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 1938
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACIÓN PENAL

VOLUMEN II

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 et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento"
(Siete partidas: Partida 1a., Título I, Ley XIII).

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

SALA DE CASACION PENAL

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 REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

SEGUNDO SEMESTRE DE 1989

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
Ignacio Jaramillo Jaramillo
Pedro Lafont Pianetta
José Fernando Ramírez Gómez
Silvio Fernando Trejos
Nicolás Becharra Simancas
Rafael Romero Sierra
Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor: *José Roberto Herrera Vergara* - Presidente
Doctora: *Laura Margarita Manotas G.* - 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 Mantilla 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

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 II

PERMISO ADMINISTRATIVO/REDENCION DE PENA/FAVORABILIDAD

1. El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos ahí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

Importante es aclarar que el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, modificó el numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, en el sentido de establecer que es requisito objetivo indispensable "Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados", para acceder al permiso administrativo de setenta y dos horas.*

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 numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, o en el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, según el caso concreto.

3. El concepto lógico jurídico de favorabilidad no tiene lugar en el presente asunto, puesto que no se ciñe a la realidad la apreciación según la cual el genuino artículo 147 de la Ley 65 de 1993, resulta más benéfico a las procesadas, frente a las disposiciones actuales del mismo, a partir de la vigencia de la Ley 504 de 1999, que lo modificó.

En la versión original del artículo 147, no tenían derecho al permiso para salir del establecimiento carcelario por setenta y dos horas los condenados por delitos de competencia de los jueces regionales, que es el caso de las procesadas, a quienes se les dictó sentencia condenatoria por infringir el Estatuto de Estupefacientes.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo,*

Aprobado Acta No. 119 Proceso No. 15640

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 las procesadas Angélica Morales Mora y Ross Mary Bohada López, quienes se encuentran detenidas en la Reclusión Nacional de Mujeres de Santa Fe de Bogotá.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos ahí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

Importante es aclarar que el artículo 29 de la Ley 504 de 1999[1], modificó el numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, en el sentido de establecer que es requisito objetivo indispensable "Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados", para acceder al permiso administrativo de setenta y dos horas.

Recuérdese que el texto original del numeral 5 art. 147 de la Ley 65 de 1993, excluía de esta prerrogativa a quienes hubieren sido condenados por delitos de competencia de los Jueces Regionales, restricción que ha desaparecido y que por ende permite acceder al permiso administrativo a quienes resultaren condenados por los Jueces de Circuito Especializados, autoridades que asumieron el conocimiento de los asuntos que venían adelantando aquellos.

Interpretando armónicamente el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, como fue modificado por la Ley 504 de 1999, con el art. 5° del Decreto 1542 de 1997; se infiere que los condenados por delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados, alcanzan la fase de mediana seguridad cuando hayan descontando el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

2. De los preceptos anteriores surge como primera conclusión que el beneficio administrativo es otorgado por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios y favorece a los condenados definitivamente y a aquellos que están pendientes de la sentencia de casación, correspondiendo a la Sala pronunciarse provisionalmente sobre las rebajas de pena por trabajo y estudio invocadas por los condenados cuyo recurso de casación se encuentre en trámite, como medio para acreditar ante aquellas autoridades el cumplimiento del presupuesto objetivo previsto en el numeral 5 del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, o en el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, según el caso concreto.

En este orden de ideas, si el procesado no ha descontado aún la tercera (1/3) parte de la condena, o el setenta por ciento (70%) de la pena si hubiere sido condenado por un Juez Regional o un Juez Penal del Circuito Especializado, incluyendo todos los factores que contribuyen al respecto, no es factible que la Sala reconozca periodos de redención, puesto que, se insiste, la decisión con carácter provisional está destinada a que los directores de los centros de reclusión tengan noticia cierta sobre la llegada del procesado a la fase de mediana seguridad, contando para ello las penas redimidas, cuyo reconocimiento y determinación pertenecen exclusivamente a la órbita del juez.

En segundo término, se infiere que el permiso hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento sin vigilancia, puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos señalados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato.

---

[1] Ley 504 de 1999, (junio 25), Por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, y de los Decretos-Ley 2790 de 1990, 2271 de 1991, 2376 de 1991, Ley 65 de 1993, Ley 333 de 1996 y Ley 228 de 1996 y se dictan otras disposiciones. (Publicada en el Diario Oficial No. 43.618 del martes 29 de junio de 1999).

3-. Las señoras Angélica Morales Mora y Ross Mary Bohada López, fueron capturadas el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996), (folio 9 cdno. 1), y condenadas por un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, el seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998), a la pena principal de ocho (8) años de prisión cada una, "como coautoras responsables penalmente de la violación a los artículos 33 y 38 numeral 3 de la Ley 30 de 1986." (folio 221 cdno. 4).

La decisión fue confirmada por el Tribunal Nacional, el trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998), (folio 10 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 cumplen treinta y nueve (39) meses más veintidós (22) días en privación física de la libertad, que hacen parte de la condena que están purgando en la Reclusión Nacional de Mujeres, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

4. Las peticionarias sostienen que en su caso, por favorabilidad, es aplicable el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, con su reglamentación original, es decir, la que reglamentó el Decreto 1542 de 1997, que permitía aspirar al permiso de setenta y dos horas a los internos que hubieren descontado la tercera parte (1/3) de la pena, y no así el artículo 147 de dicha ley, con las modificaciones introducidas por la Ley 504 de 1999, por la cual se desmotó la "Justicia Regional", pues en esta normatividad se exige como requisito objetivo el descuento del setenta por ciento (70%) de la condena a los procesados por delitos de conocimiento de los Jueces de Circuito Especializados, que deseen alcanzar tal prerrogativa.

Al terminar la "Justicia Regional", dice Angélica, "ya no pertenezco ni a Justicia Regional y mucho menos a la Justicia Especializada, por lo tanto tengo derecho a obtener este beneficio con la 1/3 de la condena."

Contrario con lo pretendido por las señoras Morales Mora y Bohada López, no es factible dar cabida al principio de favorabilidad, puesto que aquí no se trata de una sucesión de leyes, o del reemplazo de una norma por otra más reciente y sobre la misma materia, sino de dos preceptos concomitantemente vigentes destinados a reglamentar situaciones jurídicas diversas y con presupuestos diferentes y específicos.

El concepto lógico jurídico de favorabilidad no tiene lugar en el presente asunto, puesto que no se ciñe a la realidad la apreciación según la cual el genuino artículo 147 de la Ley 65 de 1993, resulta más benéfico a las procesadas, frente a las disposiciones actuales del mismo, a partir de la vigencia de la Ley 504 de 1999, que lo modificó.

En la versión original del artículo 147, no tenían derecho al permiso para salir del establecimiento carcelario por setenta y dos horas los condenados por delitos de competencia de los jueces regionales, que es el caso de las procesa-

das, a quienes se les dictó sentencia condenatoria por infringir el Estatuto de Estupefacientes.

Significa lo anterior que antes de la Ley 504 de 1999, ellas bajo ninguna circunstancia podían aspirar a dicha concesión. Entonces, mal podría reclamarse aplicación preferencial de aquel precepto, que las excluía completamente de esa gracia del sistema progresivo penitenciario, frente a la más reciente reglamentación, artículo 29 de la Ley 504 de 1999, que hizo extensivo el permiso a los condenados por delitos de conocimiento de los Jueces de Circuito Especializados, con la condición de que hubieren descontado el setenta por ciento de la pena.

Tampoco asiste razón a las peticionarias cuando aseguran que su asunto "no pertenece" a la "Justicia Regional", porque desapareció, ni a los Jueces de Circuito Especializados, puesto que no existían cuando se dictó la sentencia condenatoria.

Los delitos cuyo juzgamiento estaba atribuido a los Jueces Regionales, fueron asignados por virtud de la ley a los Jueces de Circuito Especializados, entre ellos los derivados de todas las infracciones al Estatuto de Estupefacientes, Ley 30 de 1986. En este orden de ideas, como el proceso que involucra a las señoras Angélica Morales Mora y Ross Mary Bohada López, aun no ha concluido, como que está en trámite el recurso extraordinario de casación, en el evento en que las diligencias tuviesen que regresar a las instancias, asumiría el conocimiento un funcionario perteneciente o delegado ante la "jurisdicción especializada".

Finalmente, la pretendida aplicación del artículo 147 original del Código Penitenciario y Carcelario, frente al caso de las procesadas, "por favorabilidad" y sin el lleno de los requisitos perentorios que la autorizan, implicaría un llano desconocimiento del principio de legalidad, con las consecuencias jurídicas que de tal modo de actuar podrían dimanar.

5. De acuerdo con el discernimiento anterior, consistiendo el punible que se les endilga en tráfico de estupefacientes, podrían acceder al permiso administrativo descrito por el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, como fue modificado por la Ley 504 de 1999, en armonía con el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, en el evento de acreditar a cabalidad los requisitos establecidos, entre ellos haber cumplido el setenta por ciento de la condena y observar buena conducta en prisión.

Como se dosificó la pena en ocho (8) años de prisión, equivalentes a noventa y seis (96) meses, el setenta por ciento es igual a sesenta y siete (67) meses más seis (6) días.

5. Se trata ahora de verificar si las procesadas alcanzan ese guarismo, siendo pertinentes algunas precisiones:

5.1. Con la petición Angélica Morales Mora, adjuntó siete (7) certificados en los que constan las actividades aptas para redimir pena llevadas a cabo en prisión:

Certificado No.	Concepto	Actividad	Horas	Folio
7911	trabajo	modas	1.448	79
6977	trabajo	modas	1.358	80
6177-A	trabajo	modas	464	83
6082	trabajo	modas	140	85
5974	trabajo	manualidades	322	87
5437	trabajo	confraternidad	172	89
5156	trabajo	lencería	2.152	91

Se avalan seis mil cincuenta y seis (6.056) horas de trabajo, de las cuales deben descontarse veintiocho (28), pertenecientes a las labores realizadas en el mes de octubre de 1997, por haber sido evaluadas como deficientes (folios 72 y 76 cdno. Corte).

Por el saldo, es decir, seis mil veintiocho (6.028) horas de trabajo, eventualmente podría reconocerse como redención de pena el tiempo de doce (12) meses más dieciséis (16) días, en atención a que las directivas de la penitenciaría, remitieron los documentos de soporte como los conceptos de la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza, en los que se afirma que la producción de la interna es "satisfactoria" acorde con 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 60 a 78 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 doce (12) meses más dieciséis (16) días.

Sumando la cifra de redención con la de privación física de la libertad, se obtiene un total de cincuenta y dos (52) meses más ocho (8) días de pena descontada, cantidad ésta que resulta inferior a sesenta y siete (67) meses más seis (6) días, que indican el setenta por ciento de la condena.

5.2. Por su parte, Ross Mary Bohada López, aportó siete (7) certificaciones sobre sus labores en la reclusión femenina:

Certificado No.	Concepto	Actividad	Horas	Folio
7922	trabajo	modas	1.664	121
6214-A	trabajo	modas	464	123
6890	trabajo	modas	1.226	125
6083	trabajo	lencería	108	127
5973	trabajo	lencería	468	129
5506	trabajo	lencería	166	131
5153	trabajo	lencería	2.000	133

Se contabilizan seis mil noventa y seis (6.096) horas de trabajo, por las que sería factible reconocer redención de pena por el tiempo de doce (12) meses más veintiún (21) días, puesto que, de igual manera, fueron enviadas

las calificaciones de "buena" y "excelente" conducta y los conceptos satisfactorios sobre la eficiencia de las gestiones desarrolladas por la interesada (folios 140 a 179 cdno. Corte).

De este modo, la cantidad total de pena redimida como lo ordena el Código Penitenciario y Carcelario, es igual a doce (12) meses más veintiún (21) días.

El tiempo que lleva detenida físicamente adicionado al abono por redención señala que ha descontado cincuenta y dos (52) meses más trece (13) días de pena, cifra que no alcanza los sesenta y siete (67) meses más seis (6) días, equivalentes al setenta por ciento de la condena.

6. Por manera que, las señoras Ross Mary Bohada López y Angélica Morales Mora, no han demostrado el cumplimiento del requisito cronológico señalado en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, modificado por la Ley 504 de 1999, de donde resulta improcedente por ahora el pronunciamiento sobre la redención de pena por trabajo, pues tal reconocimiento está encaminado a completar el setenta por ciento 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, a las procesadas Ross Mary Bohada López, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.104.118 de Bogotá, y Angélica Morales Mora, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.737.499 expedida en Bogotá, 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.

RECURSO DE HECHO/ CASACION DISCRECIONAL

1. El recurso de hecho tiene como finalidad determinar si la negativa de conceder el recurso de apelación o de casación, según el caso, tuvo fundamento legal o si por el contrario, se dan los presupuestos básicos para su admisión.

Sin embargo, no resulta procedente interponerlo para lograr que se conceda el recurso de casación excepcional, porque es a la Corte Suprema de Justicia a la que corresponde pronunciarse exclusivamente acerca de su admisibilidad. Sobre el tema, la Sala en pasada oportunidad hizo las siguientes precisiones:

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

"Así las cosas, cuando en casos como el presente, se desconoce esa competencia exclusiva de la Corte para conceder o no discrecionalmente el recurso de casación, de conformidad con los postulados previstos en el inciso tercero del artículo 218, la procedencia del recurso de hecho, es obvio, emana una decisión viciada de nulidad por incompetencia del funcionario que la profiere y por ello, no le queda otra alternativa a la Sala que declararlo así, devolviendo la actuación para que el funcionario ad quem remita el expediente a fin de estudiar si el recurso interpuesto se aviene o los presupuestos excepcionales para su concesión" (auto del 7 de octubre de 1997, M.P. Dr Carlos Augusto Gálvez Argote).

2. Como bien se sabe el recurso de casación excepcional requiere para su viabilidad que concurran, de un lado, los requisitos que le son comunes a este medio de impugnación y, de otro, aquellos expresamente contenidos en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, es

decir, por la necesidad de desarrollar la jurisprudencia y para la garantía de los derechos fundamentales.

En cuanto a los primeros, es deber del funcionario de instancia verificar que se haya intentado contra un fallo de segundo grado proferido por un Juzgado Penal del Circuito o que la pena impuesta sea inferior a seis años, que se haga dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segunda instancia y que lo presente quien tenga legitimidad para ello.

Acreditado lo anterior, es cuando la Corte entra a decidir sobre la admisibilidad del recurso, verificando si los aspectos referidos por el libelista se ajustan a las previsiones legales, esto es, si en realidad se considera necesario para el desarrollo de la jurisprudencia y/o para la garantía de los derechos fundamentales.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No.118 (11-08-99) Proceso No. 15717

Se pronuncia la Corte acerca del recurso de hecho presentado directamente ante esta Corporación por el defensor de los procesados Jorge y Jaime Rivera Calderón.

ANTECEDENTES

1. Los señores Rivera Calderón fueron condenados a la pena de dieciséis meses de prisión y multa por valor de $1.333.33., como autores responsables del delito de estafa, mediante decisiones de octubre y diciembre dieciséis de mil novecientos noventa y ocho proferidas por los Juzgados Cincuenta y Siete Penal Municipal y Doce Penal del Circuito de Bogotá.

2. El apoderado judicial de los procesados, mediante escrito de fecha febrero dieciocho de mil novecientos noventa y nueve, manifestó ante el citado Juez Penal Municipal su deseo de interponer recurso de casación excepcional contra la sentencia de segundo grado, por lo cual esa autoridad dispuso, en auto del veintitrés de febrero siguiente "anexar a las diligencias el escrito allegado por el señor defensor, rechazando de plano el recurso interpuesto por haberse allegado el memorial en forma extemporánea" (fl 172 Anexos).

3. Contra esa decisión interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, por lo cual el tres de marzo señaló esa autoridad que se debía estar con lo dispuesto en el auto recurrido en virtud de que la última notificación se había surtido el 18 de enero de 1999 y el término de 15 días para interponer el recurso de casación había fenecido el 8 de febrero siguiente.

4. En nuevo escrito presentado por el defensor de los procesados manifestó que interponía "recurso de reposicion para recurrir de hecho" ante el

inmediato superior contra la decisión anterior. Por tal razón, el once (11) de marzo siguiente la titular del Juzgado Cincuenta y Siete Penal Municipal dispuso que se enviaran las fotocopias allegadas por la parte interesada al Juzgado Doce Penal del Circuito para que resolviera acerca del recurso de hecho.

5. Efectuado lo anterior, el citado despacho dispuso dar cumplimiento al artículo 209 del Código de Procedimiento Penal a efectos de que el defensor de los procesados sustentara el recurso de hecho, lo cual así se cumplió.

6. En providencia del veinticinco (25) de marzo del año en curso, el Juzgado Doce Penal del Circuito determinó que la interposición del recurso de hecho en procura de obtener el trámite del recurso de casación excepcional, no podía ser aceptado por lo riguroso de los términos en casación y que en el caso en estudio, la providencia del dieciséis (16) de diciembre próximo pasado alcanzó su ejecutoria plena en lo formal y en lo material. Que si dentro de los quince días después de la última notificación del fallo del dieciséis de diciembre no presentó el abogado impugnación alguna, no existía asidero legal para concederlo. En consecuencia, que de conformidad con el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 207 *ibídem*, declaraba ajustado el auto del 23 de febrero de los cursantes y por lo mismo, improcedente la concesión del recurso de apelación en contra de éste.

7. Notificado de la citada decisión, el profesional del derecho interpuso recurso de hecho ante la Sala Penal de esta Corporación, y solicitó, "por vía de reposición", al Juez Doce Penal del Circuito se le compulsaran copias de lo actuado, por lo cual en auto del seis de abril de los cursantes, decidió mantener la decisión del veinticinco de marzo, atendiendo a la improcedencia de la casación excepcional por la falta del requisito de procedibilidad.

8.-Presentada la solicitud directamente por el defensor de los procesados, esta Corporación dispuso, antes de tomar cualquier determinación, solicitar al despacho judicial donde se encontraran las diligencias remitiera copia de lo actuado. Cumplido lo anterior, se procederá por tomar las decisiones pertinentes.

9. Manifestó el defensor de los procesados que con fundamento en el artículo 23 de la Carta Política, hace llegar a esta Corporación, copia del auto del 25 de marzo del año en curso para que se dé estricto cumplimiento al recurso de hecho del Juzgado Doce Penal del Circuito de Bogotá y se profiera orden de suspensión de la materialización y ejecución de dicha providencia, por considerarla vulneradora de los derechos fundamentales.

Señaló al respecto que proferida la sentencia de segundo grado, solicitó al referido despacho judicial, a través del derecho de petición, darle curso a los documentos que "tardía e inexplicablemente se mantuvieron ocultos en la primera instancia, y a la vez se solicitó la suspensión en aplicación del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, omitiendo dicho derecho de defensa".

Que el día 18 de febrero y luego de proferido un auto del 10 del mismo mes y año, sorpresivamente se devolvieron las diligencias al despacho de origen, fecha en la que interpuso recurso de casación excepcional y que le fue rechazado de plano el 23 de febrero del año en curso. Ante esas circunstancias, interpuso recurso de hecho que le fue resuelto de manera desfavorable el 25 de marzo del presente año.

Señala al respecto que dentro de los límites de la Constitución Nacional obliga para la contabilización de los términos el auto del 10 de febrero -ya citado- y no los posteriores a la desfijación del edicto. En consecuencia, estima que el recurso fue interpuesto dentro del término legal.

Por otra parte, menciona una serie de aspectos que a su modo de ver, se tornan en irregularidades respecto de las cuales solicita se tomen los correctivos del caso y se inicie la investigación penal y disciplinaria respectiva.

CONSIDERACIONES

10. *El recurso de hecho tiene como finalidad determinar si la negativa de conceder el recurso de apelación o de casación, según el caso, tuvo fundamento legal o si por el contrario, se dan los presupuestos básicos para su admisión.*

Sin embargo, no resulta procedente interponerlo para lograr que se conceda el recurso de casación excepcional, porque es a la Corte Suprema de Justicia a la que corresponde pronunciarse exclusivamente acerca de su admisibilidad. Sobre el tema, la Sala en pasada oportunidad hizo las siguientes precisiones:

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

"Así las cosas, cuando en casos como el presente, se desconoce esa competencia exclusiva de la Corte para conceder o no discrecionalmente el recurso de casación, de conformidad con los postulados previstos en el inciso tercero del artículo 218, la procedencia del recurso de hecho, es obvio, emana una decisión viciada de nulidad por incompetencia del funcionario que la profiere y por ello, no le queda otra alternativa a la Sala que declararlo así, devolviendo la actuación para que el funcionario ad quem remita el expediente a fin de estudiar si el recurso interpuesto se aviene a los presupuestos excepcionales para su concesión". (auto del 7 de octubre de 1997, M.P., Dr Carlos Augusto Gálvez Argote).

De allí que frente a la inobservancia de la competencia atribuida a la Corte para conceder la casación discrecional resulte de manera clara la improcedencia del trámite agotado por los Juzgados 57 Penal Municipal y 12 Penal del Circuito respecto del recurso de hecho presentado por el defensor de los procesados, y por lo tanto así habrá de declararse.

11.-De otra parte, la potestad de estudiar su viabilidad radica, como ya se dijo, a diferencia de la casación común, exclusivamente en la Corte por expresa disposición legal. Por lo tanto no corresponde a los Jueces Penales Municipales ni del Circuito, como tampoco a los Tribunales hacer pronunciamiento alguno acerca de la procedencia o improcedencia de esta modalidad discrecional. Dichas autoridades solo están facultadas para decidir acerca de la concesión de la casación común, como de manera clara lo autoriza el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

En el caso en estudio, era deber del Juez 57 Penal Municipal, autoridad ante la cual el defensor de los procesados Rivera Calderón interpuso la casación excepcional, remitir las diligencias a esta Sala de Casación Penal para que en ejercicio de la facultad discrecional, analizara si acreditaba los requisitos para su admisibilidad. Encontrándose las diligencias en la Corporación, a ello se procederá.

Como bien se sabe el recurso de casación excepcional requiere para su viabilidad que concurran, de un lado, los requisitos que le son comunes a este medio de impugnación y, de otro, aquellos expresamente contenidos en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por la necesidad de desarrollar la jurisprudencia y para la garantía de los derechos fundamentales.

En cuanto a los primeros, es deber del funcionario de instancia verificar que se haya intentado contra un fallo de segundo grado proferido por un Juzgado Penal del Circuito o que la pena impuesta sea inferior a seis años, que se haga dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segunda instancia y que lo presente quien tenga legitimidad para ello.

Acreditado lo anterior, es cuando la Corte entra a decidir sobre la admisibilidad del recurso, verificando si los aspectos referidos por el libelista se ajustan a las previsiones legales, esto es, si en realidad se considera necesario para el desarrollo de la jurisprudencia y/o para la garantía de los derechos fundamentales.

De cara con lo contenido de la actuación procesal que hace parte de estas diligencias se encuentra que según informe secretarial en el que se indica que la sentencia de segundo grado, proferida por el Juzgado 12 Penal del Circuito el dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) cobró ejecutoria el veintiuno (21) de enero de los cursantes y el recurso de casación discrecional se interpuso el dieciocho (18) de febrero siguiente (fl. 97 c. anexos).

Así las cosas, acreditado como se encuentra que el recurso de casación excepcional contra la sentencia de segundo grado se interpuso de manera extemporánea, habrá de inadmitirse.

Al respecto, debe advertirse que la presentación del recurso por fuera del término legal, en nada afecta la firmeza que cobró la decisión por el hecho de no haberse presentado dentro del término oportuno la respectiva impugnación. De tal manera que esta decisión no significa una prolongación de la ejecutoria de la sentencia la cual adquirió por disposición legal y tampoco se interrumpe por el hecho de estar en trámite un recurso de casación.

12. Finalmente, en cuanto a la consideración del recurrente relativa a que en este caso los términos debieron contabilizarse a partir del diez (10) de febrero de los cursantes, la misma no puede ser aceptada porque el hecho de dar respuesta a los memoriales presentados por el defensor de los procesados, lo que dicho sea de paso se hizo mediante auto de sustanciación, no significa que se reviva la actuación procesal o que se prolonguen o interrumpan los términos de las notificaciones.

Precisamente en esa decisión el Juzgado Doce (12) Penal del Circuito aclaró que para la fecha de presentación de los memoriales -12 de enero de 1999- ya cursaba el término de notificación del fallo de segundo grado proferido el dieciséis (16) de diciembre del año anterior, circunstancia que impedía la revocatoria solicitada por el memorialista, teniendo en cuenta que las sentencias no podían ser objeto de revocaciones ni reformas (fls. 98 y ss C. anexos).

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

RESUELVE:

1. DECLARAR IMPROCEDENTE el trámite del recurso de hecho agotado en las instancias, conforme con lo expresado en la parte motiva.

2. INADMITIR el recurso de casación discrecional interpuesto por el defensor de los procesados Jorge y Jaime Rivera Calderón, conforme a las razones expuestas en precedencia.

Vuelvan las diligencias al Juzgado de origen para que hagan parte del respectivo proceso.

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 Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD

Cuando en sede de casación y con fundamento en la causal tercera se alega la violación del derecho de defensa, la Corte ha señalado que corresponde al actor especificar la actuación procesal que resultó lesiva a los intereses del procesado y su definitiva incidencia en la parte resolutiva del fallo impugnado, pues no se trata solamente de hacer evidente cualquier irregularidad intrascendente, sino aquellas que repercutieron negativamente en detrimento de la garantía que se aduce lesionada.

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

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

Aprobado Acta No. 121 Proceso No. 13410

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Jaime Cárdenas Ramírez.

Antecedentes

1. Con ocasión de un procedimiento policial efectuado a las tres de la tarde del veinte de diciembre de mil novecientos noventa y cinco en la carrera octava con calle catorce del municipio de La Tebaida (Quindío), fue retenido el señor Jaime Cárdenas Ramírez, por habérsele hallado en su poder una pistola calibre 7.65 m.m. sin el correspondiente permiso de autoridad competente.

Iniciada la etapa instructiva por la Fiscalía Séptima Especializada de Armenia (fl. 28-1), lo vinculó mediante indagatoria (fls. 40 y ss.-1), y definió su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 55-1).

Posteriormente, luego de cerrarse la etapa instructiva (fl. 85-1), el trece de mayo de mil novecientos noventa y seis, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en su contra por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 88 y ss.-1).

2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Quindío, inició trámite de protección por maltrato infantil de la menor Juliana Cárdenas

Londoño, de siete años de edad, quien en diligencia de exposición rendida el diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis refirió haber sido víctima de abusos sexuales por su padre Jaime Cárdenas Ramírez.

El hecho fue puesto en conocimiento de la autoridad por la Defensora de Familia, y la investigación fue abierta por la Fiscalía Octava Seccional de la Unidad Especializada en Delitos Contra la Libertad y el Pudor Sexuales de Armenia (fl. 7-2), en donde se escuchó el testimonio de la ofendida (fl. 17-2) y se vinculó mediante indagatoria al sindicado (fl. 20-2), a quien se afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 28 y ss.-2).

Previa la clausura del ciclo instructivo (fls. 89-2), el nueve de agosto de mil novecientos noventa y seis calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado por el concurso de delitos de incesto, acceso carnal violento y corrupción (fls. 101 y ss.-2).

3. Los dos procesos fueron acumulados por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito (fls. 136-1), autoridad que rechazó la pretensión probatoria del defensor de ampliar el testimonio de la menor ofendida "con el objeto de contrainterrogarla", providencia que no fue impugnada (fls. 128-2); posteriormente, llevó a cabo la vista pública (fls. 147-1) y culminó la instancia condenando al procesado a la pena principal de sesenta y ocho meses de prisión, por encontrarlo penalmente responsable de los delitos imputados en los pliegos enjuiciatorios (fls. 155 y ss.-1), mediante sentencia que el Tribunal Superior confirmó al revisarla por vía de la apelación interpuesta por el sindicado y su defensor (fls. 180 y ss.-1).

Contra el fallo de segundo grado el procesado interpuso oportunamente recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, y, dentro del término legal su representante presentó el correspondiente escrito sustentatorio cuya idoneidad formal compete calificar a la Corte.

La Demanda

Partiendo de identificar el fallo impugnado y los sujetos procesales, y hacer un resumen de los hechos relacionados con el abuso sexual contra la menor Juliana Cárdenas Londoño, con apoyo en la causal tercera de casación el actor denuncia que el fallo fue proferido en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa. Sus argumentos son, en síntesis, los siguientes:

- Una vez acumulados los procesos seguidos contra su cliente, dentro del término probatorio del juicio la defensa solicitó la ampliación del testimonio de la menor Juliana Cárdenas Londoño, pretensión que fue rechazada por el Juzgado de conocimiento con el argumento de que en dos ocasiones la ofendida debió "narrar la amarga experiencia por ella vivida", en las cuales, no obstante su corta edad, refirió "con lujo de detalles" los actos de que fue víctima.

Consideró el juzgado, además, inconducente someter a esta testigo a un nuevo interrogatorio por unos hechos de los cuales resultó perjudicada y que

le ocasionaron trastornos de personalidad, máxime, si de aceptarse lo pedido, se vería enfrentada a un profesional del derecho con el pretexto de "contrainterrogarla".

- Es del criterio que siendo el dicho de la menor "la única prueba de cargo que militaba" en contra de su cliente, dada la igualdad de los sujetos procesales y el derecho de contradicción, la prueba rechazada resultaba conducente para ejercer integralmente el derecho de defensa.

- No obstante no compartir los argumentos expuestos en el auto por el juez de la causa, sostiene, "la defensa no (lo) recurrió en apelación, en virtud a que la prueba recaudada, en nuestro criterio, no conducía a la certeza de la responsabilidad de mi prohijado".

- Y como el fallo de primer grado se fundamentó únicamente en la versión de la menor, al sustentar el recurso de apelación interpuesto insistió en haberse limitado la posibilidad de interrogar a la principal y única testigo. Sin embargo, el Tribunal con similar argumentación a la expuesta en la sentencia apelada, basó su decisión en el dicho de Juliana Cárdenas Londoño y adujo que si la defensa tuvo la posibilidad de impugnar el auto que negó la prueba y no lo hizo, fue porque estuvo de acuerdo con lo decidido en la instancia.

- El propósito de la defensa con la pretensión probatoria, prosigue, no era otro que ejercer el derecho de contradicción "sobre varios aspectos fácticos nunca bien aclarados", y, en esas condiciones, en su criterio, la menor sí estaba obligada a responder las preguntas que la defensa técnica quería formularle.

- Al haberse inadmitido la posibilidad de interrogar a la menor, se dio al traste con el derecho de defensa, ya que su declaración no solamente fue el fundamento de la responsabilidad penal del procesado, sino que, además, con base en su dicho se realizó la adecuación típica de las conductas atribuidas.

- Con base en lo anterior, demanda de la Corte casar la sentencia impugnada y declarar el estado en que queda el proceso disponiendo su envío al funcionario competente (fls. 211 y ss.-1).

SE CONSIDERA

De los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, el actor incumple el relativo a la carga de indicar clara y precisamente los fundamentos de la causal que aduce para demandar la invalidación del fallo.

Cuando en sede de casación y con fundamento en la causal tercera se alega la violación del derecho de defensa, la Corte ha señalado que corresponde al actor especificar la actuación procesal que resultó lesiva a los intereses del procesado y su definitiva incidencia en la parte resolutiva del fallo impugnado, pues no se trata solamente de hacer evidente cualquier irregularidad intrascendente, sino aquellas que repercutieron negativamente en detrimento de la garantía que se aduce lesionada.

En el caso bajo estudio, si bien el actor parte de denunciar haberse proferido el fallo impugnado en un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa, argumentando que el juez de instancia rechazó la posibilidad de "contrainterrogar" a la víctima del abuso sexual quien ya había declarado en el proceso, su propuesta invalidatoria quedó a medio camino, pues no se ocupa en demostrar cómo de haberse recaudado la prueba que echa de menos, su apreciación conjunta con los demás medios incorporados a la actuación habría conducido a una decisión distinta y opuesta a la declaración de justicia contenida en el fallo.

Ello permite afirmar que la demanda no logra evidenciar haberse incurrido en alguna irregularidad trascendente en el proceso, y que la perseguida invalidación de lo actuado ni siquiera se funda en la existencia de alguna informalidad, máxime si es el mismo actor quien advierte que no obstante haber sido rechazada por el juzgador de primer grado la ampliación del testimonio de la menor Juliana Cárdenas Londoño, voluntariamente decidió no impugnar dicha decisión ante la esperanza de que esta prueba de cargo fuera apreciada de manera distinta en el fallo, de donde surge que ni aún en esa oportunidad se estimó transgredido el derecho fundamental cuya protección ahora reclama, argumento al que acude a último momento, ante el resultado adverso del fallo.

Tan ambigua resulta la fundamentación de la censura, que igualmente omitió precisar el momento a partir del cual habría de ser declarada la invalidación del proceso, e identificar el funcionario al cual serían remitidas las diligencias para la reposición de la actuación, como era de su carga hacerlo para que pudiera entenderse correctamente formulada.

Por la forma como estructura el discurso, lo evidente del libelo no es tanto la inconformidad por presuntamente haberse transgredido el derecho de defensa según se aduce, como si la rebeldía a acatar el mérito probatorio asignado por los juzgadores de instancia al testimonio de la menor Juliana Cárdenas Londoño con lo cual equivocaría, adicionalmente, la causal invocada; no de otra manera puede ser entendida la afirmación de haberse renunciado voluntariamente a impugnar el auto que rechazó la posibilidad de contrainterrogarla, por considerar que la prueba recaudada "no conducía a la certeza de la responsabilidad" del procesado.

Si lo pretendido en últimas con este medio extraordinario de impugnación era cuestionar el grado de persuasión del testimonio de la menor ofendida, como se observa, bajo ese parámetro debió acudir en sede de casación apoyado en la causal primera por errores nacidos en la apreciación probatoria, no en la causal tercera como inmotivadamente lo hace.

En estas condiciones, como por virtud del principio de limitación, le está vedado a la Corte corregir la demanda para ajustarla a los presupuestos que la hagan admisible, la decisión que se impone es su rechazo y declarar desierto el recurso en obedecimiento con lo previsto por el artículo 226 del C. de P. P.

Puesto que esta decisión causa ejecutoria con la firma del órgano que la produce, según lo disponen los artículos 197 y 226 del Estatuto Procesal, se ordenará la devolución inmediata del expediente al tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Jaime Cárdenas Ramírez, 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 Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir/
CONFESION/FLAGRANCIA

1. Como quiera que la demanda de casación está dirigida a que se disminuya el quantum de la pena impuesta en la sentencia anticipada, con fundamento en que, al tenor del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 38 de la Ley 81 de 1993, se cumplen los requisitos para la reducción de pena por confesión, al impugnante le asiste interés.

En efecto, para la procedencia de los recursos, tanto los ordinarios como el extraordinario de casación, además de la legitimidad para impugnar, se debe tener interés, que se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa al inconforme.

Cuando se trata del instituto de la sentencia anticipada, el procesado acepta su responsabilidad respecto de los cargos que se le formularon, es decir, consciente el perjuicio que le causa la decisión desfavorable, en lo atinente a la declaración de responsabilidad, siendo tal admisión irretractable. Por lo mismo, renuncia al interés para impugnar la sentencia con fundamento en la negación de esa responsabilidad, no teniéndolo por lo tanto, sino en aquellos eventos que impliquen su reconocimiento, los que están expresamente previstos en el numeral 4 del artículo 37B del C. de P. Penal, entre los cuales está el referente a la dosificación punitiva, en la que tiene incidencia la confesión.

2. Para que el procesado se haga acreedor a la reducción de una sexta parte de la pena por confesión, prevista en la citada norma, es menester:

a-Que no se encuentre en estado de flagrancia

b-Que la confesión sea fundamento de la sentencia condenatoria, y

c-Que se realice en la primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal.

La Sala ha sostenido que para que se configure la flagrancia no es menester que la persona sorprendida sea capturada en el momento de cometer un hecho punible o que sea sorprendida y capturada con objetos, instru-

mentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes lo ha cometido, es decir, que no es necesario que coincidan, desde el punto de vista temporal, estos dos fenómenos.

"Desde luego, no desconoce la Sala que, a veces, es necesaria la captura para la estructuración de la flagrancia, como cuando la persona es sorprendida en el acto de la comisión del hecho pero no identificada, lo que únicamente se logra con la aprehensión, como en el ejemplo de que varios individuos encapuchados asalten un barco y de inmediato sean cogidos.

"Pero a su vez, podemos observar que hay ocasiones en que la ley se refiere a la flagrancia desligada de la captura, como ocurre en el evento previsto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en el que se autoriza a la policía judicial para ingresar, sin orden escrita del fiscal, a lugar no abierto al público, en caso de flagrancia, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando el delito (por ejemplo un secuestro, la tenencia de narcóticos, etc.). En este caso puede no haber captura de los responsables, pero de lo que no queda duda es de que la flagrancia es la que autoriza el allanamiento sin orden escrita.

"En conclusión, tanto lógica como jurídicamente, es preciso distinguir entre el sorprendimiento en flagrancia y su consecuencia: la captura sin orden escrita".

Si bien es cierto que no sólo con respecto a la confesión simple sino a la calificada es procedente reconocer la diminuente de pena, como lo ha sostenido la Sala, se requiere, en ambos casos, que sea eficaz, soporte de la sentencia condenatoria, determinante de la misma y efectiva ayuda a la justicia.

"Entendido de otra manera sería otorgar un beneficio solo porque se confesó, cuando no era necesario hacerlo por obrar en el proceso otras pruebas distintas a la confesión que conducían inequívocamente a afirmar la responsabilidad del procesado que, encerrado por la evidencia, se decide a confesar, así sea en su primera versión, con el fin de que el pretexto le sirva para una rebaja de pena".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 121 Proceso No. 10567

Procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Fabián Rodríguez Garzón contra la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, emitida el 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual, al confirmar parcialmente la del Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, lo condenó a la pena principal de 9 años y 4 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y fun-

ciones públicas por el mismo lapso, como autor de los delitos de homicidio preterintencional y lesiones personales con deformidad física permanente.

HECHOS

El Tribunal Superior de Cundinamarca los sintetizó de la siguiente manera:

"Acaecieron en horas de la noche, del 15 de mayo de 1994, en el establecimiento "Rosa Blanca", de propiedad de la señora Rosalba Galindo Quintero, ubicado en el perímetro urbano del municipio de Viotá (Cundinamarca), cuando a consecuencia de una herida producida con arma cortopunzante, falleció, posteriormente, el señor César Augusto Cardenas y resultaron lesionados Heriberto Villamil Carrillo, Jaime Sánchez Rojas y César Moreno Romero. Por estos hechos fue sindicado Fabián Rodríguez Garzón".

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el informe de Policía Estación Viotá, la Fiscalía Seccional 26 de Girardot, mediante resolución del 17 de mayo de 1.994, declaró la apertura de la instrucción.

Escuchado en diligencia de indagatoria Fabián Rodríguez Garzón y recibidos varios testimonios, la situación jurídica le fue resuelta, el 24 de mayo de 1.994, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio en concurso con lesiones personales.

El 30 de agosto de 1994, por petición del procesado y su defensor, el instructor celebró la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal.

Remitido el expediente al Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, dictó la sentencia de primera instancia, el 13 de octubre siguiente, en la cual condenó a Fabián Rodríguez Garzón a la pena principal de 10 años 6 meses de prisión, como autor del delito de homicidio preterintencional en concurso con el de lesiones personales con deformidad física permanente.

Inconforme con la dosificación punitiva, el defensor del procesado interpuso el recurso de apelación, el cual al ser desatado por el Tribunal Superior de Cundinamarca, modificó parcialmente el fallo, pues redujo la pena a 9 años y 4 meses de prisión, el 16 de diciembre de 1994.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cargó único

El defensor del procesado Fabián Rodríguez Garzón, censura la sentencia "con fundamento en la causal primera, inciso primero, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, violación directa de la ley sustancial, por in-

terpretación errónea del artículo 370 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el artículo 32 de la Constitución Nacional, lo que llevó a la falta de aplicación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal...".

Para sustentar el cargo, cita apartes de la indagatoria y de un informe policivo, con base en los cuales asevera que el procesado reconoció ser el autor de los punibles investigados y que se presentó voluntariamente al Comando de Policía de Viotá el 16 de mayo de 1994, es decir, que no fue capturado en el momento de los hechos, pero que el Tribunal apreció erróneamente el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, "en lo que dice relación a lo que debe entenderse por flagrancia, pues para que pueda hablarse de ésta es indispensable que haya actualidad, es decir, que la persona sea aprehendida en el momento mismo de los hechos y no días después, no importa que haya sido reconocida por los testigos presenciales".

Transcribe apartes de una decisión de la Corte Constitucional, al tenor de la cual, el concepto de flagrancia se refiere a aquellas situaciones en que una persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible.

Agrega que al haber considerado el Tribunal que no se debía tener en cuenta la confesión de Fabián Rodríguez por haber mediado flagrancia, se le dio un entendimiento equivocado a tal figura y se desconoció que se cumplían todos los requisitos para conceder la rebaja de pena por confesión, por lo que solicita casar la sentencia y aplicar el artículo 299 del C. de P. Penal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Lo inicia afirmando que el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal no tiene el carácter de sustancial, tomado aisladamente, debiendo relacionarse con el 299, *ibidem*, que sí tiene ese carácter, pues consagra un derecho a reconocer al acusado, en caso de que se reúnan los requisitos exigidos por la norma.

Sin embargo, dice el Ministerio Público, obviando el yerro técnico, tampoco le asiste la razón al libelista ya que la confesión del sentenciado fue calificada, "que como es sabido no permite deducir responsabilidad alguna al procesado, pues si bien es cierto que Rodríguez Garzón reconoció en su indagatoria la autoría del hecho, al mismo tiempo esgrimió una causal de justificación (legítima defensa)".

Así, teniendo en cuenta sólo la confesión, no se podría edificar una sentencia condenatoria, ni se podría, por tanto, satisfacer uno de los requisitos exigidos por la norma para el otorgamiento de la rebaja de pena.

Además, tal confesión no fue "el fundamento de la sentencia, como lo tiene establecido la jurisprudencia, porque si hubiera sido así, se habría tenido que aceptar la defensa, legítima o putativa, planteada.

Además, acota, la prueba testimonial es clara en señalar la flagrancia, por lo que la confesión "no fue útil para establecer autoría ni, tampoco, para demostrar responsabilidad".

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Como quiera que la demanda de casación está dirigida a que se disminuya el quantum de la pena impuesta en la sentencia anticipada, con fundamento en que, al tenor del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 38 de la ley 81 de 1993, se cumplen los requisitos para la reducción de pena por confesión, al impugnante le asiste interés.

En efecto, para la procedencia de los recursos, tanto los ordinarios como el extraordinario de casación, además de la legitimidad para impugnar, se debe tener interés, que se concreta en el perjuicio o agravio que la providencia atacada le causa al inconforme.

Cuando se trata del instituto de la sentencia anticipada, el procesado acepta su responsabilidad respecto de los cargos que se le formularon, es decir, consciente el perjuicio que le causa la decisión desfavorable, en lo atinente a la declaración de responsabilidad, siendo tal admisión irrectractable. Por lo mismo, renuncia al interés para impugnar la sentencia con fundamento en la negación de esa responsabilidad, no teniéndolo por lo tanto, sino en aquellos eventos que impliquen su reconocimiento, los que están expresamente previstos en el numeral 4° del artículo 37B del C. de P. Penal[1]*, entre los cuales está el referente a la dosificación punitiva, en la que tiene incidencia la confesión.*

El actor plantea la censura bajo los postulados de la violación directa de la ley sustancial, "por interpretación errónea del artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 32 de la Constitución Nacional", lo que en su sentir "llevó a la falta de aplicación del artículo 299", citado en precedencia.

Partiendo de la base de que el artículo 299, mencionado, constituye la norma sustancial presuntamente vulnerada, hubiera bastado, al postular el cargo, acusar su inaplicación.

Sin embargo, el anterior desatino no enerva la posibilidad de un pronunciamiento de fondo.

Planteadas así las cosas, *para que el procesado se haga acreedor a la reducción de una sexta parte de la pena por confesión, prevista en la citada norma, es menester:*

a- Que no se encuentre en estado de flagrancia

b- Que la confesión sea fundamento de la sentencia condenatoria, y

c- Que se realice en la primera versión ante el funcionario judicial que conoce de la actuación procesal.

[1] [Véase casación 11.362, marzo 8/96 y 10.306, 2 de febrero/99, entre otras].

En el presente caso, los requisitos señalados en los literales a y b no se cumplieron, razón por la cual no ha de prosperar el reproche planteado por la defensa en sede de casación, en contra de la sentencia del Tribunal.

Así, el procesado fue sorprendido en estado de flagrancia, como se evidencia de los medios de convicción allegados al expediente, pues los testigos Heriberto Villamil Carreño, Rocío Astrid Cárdenas Llanos y Joselito Vásquez, observaron cuando el imputado esgrimió una navaja contra el hoy occiso César Augusto Cárdenas y otras personas, lo que permitió a la justicia su individualización y plena identificación.

El casacionista pretende que no hubo flagrancia pues, en su criterio, para que ésta se dé es necesario que la persona sea sorprendida y capturada en el momento mismo de los hechos y no posteriormente, como aquí ocurrió, pues Fabián Rodríguez se presentó voluntariamente, ante el Comando de la Policía de Viotá, horas después de los hechos.

Al respecto *la Sala ha sostenido que para que se configure la flagrancia no es menester que la persona sorprendida sea capturada en el momento de cometer un hecho punible o que sea sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes lo ha cometido, es decir, que no es necesario que coincidan, desde el punto de vista temporal, estos dos fenómenos.*

HA DICHO LA SALA

"Con referencia a este aspecto, la Sala mayoritariamente reitera su doctrina, en el sentido de que una cosa es la flagrancia, como evidencia procesal, en cuanto varias personas han tenido la oportunidad de presenciar la realización del hecho punible o de ver al delincuente con objetos, instrumentos o huellas indicativos de su participación, y otra la captura, que es apenas su consecuencia.

"La flagrancia es el motivo que autoriza la aprehensión sin mandamiento judicial y ésta es su efecto jurídico. Para percatarse, basta leer el artículo 32 de la Constitución Política en el que claramente se dice que "El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona", distinguiéndose, diáfanamente, entre el sorprendimiento en la comisión del reato y la aprehensión, como su consecuencia.

"Tal sorprendimiento y la captura pueden coincidir desde el punto de vista temporal, como cuando el autor es privado de la libertad en el mismo instante de la comisión del punible; pero puede existir entre las dos un espacio de tiempo, como cuando la persona es atrapada después de cometido, lo que se observa con mayor claridad, cuando es perseguida y se refugia en su domicilio o en el ajeno y los agentes de la autoridad penetran para el acto de la aprehensión.

"También, el precepto constitucional dice que el delincuente flagrante podrá ser aprehendido, es decir, que la autoridad o los particulares pueden darse

cabal cuenta que alguien está cometiendo un reato y no capturarlo, por imposibilidad física, por temor, porque estiman que no es procedente por no dar lugar a la detención preventiva, etc. lo cual, como aparece lógico, dejará incólume la flagrancia, con la condición de que el autor o partícipe sea identificado o, por lo menos, individualizado.

"Si aceptáramos que para que exista flagrancia es menester el apresamiento, tendríamos que concluir que en aquellos casos en los que el desarrollo del iter criminis no sólo queda en la memoria de quienes lo presenciaron sino en una filmación, la ausencia de aprehensión desnaturalizaría la flagrancia, lo cual no es lógico.

"Desde luego, no desconoce la Sala que, a veces, es necesaria la captura para la estructuración de la flagrancia, como cuando la persona es sorprendida en el acto de la comisión del hecho pero no identificada, lo que únicamente se logra con la aprehensión, como en el ejemplo de que varios individuos encapuchados asalten un banco y de inmedito sean cogidos.

"Pero a su vez, podemos observar que hay ocasiones en que la ley se refiere a la flagrancia desligada de la captura, como ocurre en el evento previsto en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en el que se autoriza a la policía judicial para ingresar, sin orden escrita del fiscal, a lugar no abierto al público, en caso de flagrancia, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando el delito (por ejemplo un secuestro, la tenencia de narcóticos; etc.). En este caso puede no haber captura de los responsables, pero de lo que no queda duda es de que la flagrancia es la que autoriza el allanamiento sin orden escrita.

"En conclusión, tanto lógica como jurídicamente, es preciso distinguir entre el sorprendimiento en flagrancia y su consecuencia: la captura sin orden escrita".

En lo que atañe con el segundo requisito, el procesado, al rendir indagatoria, aceptó la autoría de los hechos, pero planteó que había actuado en legítima defensa, sin que una confesión de tal contenido haya sido ni pueda ser el fundamento de la sentencia, pues si se aceptara habría que absolver y no habría base para verificar la reducción de pena.

Tampoco constituye ayuda a la justicia, ya que, por el contrario, y en acatamiento al principio de investigación integral, implica practicar todas las diligencias tendientes a establecer la existencia o inexistencia de esa justificante. Es que no basta con reconocer que se cometió la conducta, sino que se debe confesar la responsabilidad penal.

Si bien es cierto que no sólo con respecto a la confesión simple sino a la calificada es procedente reconocer la diminuente de pena, como lo ha sostenido la Sala[2], se requiere, en ambos casos, que sea eficaz, soporte de la sentencia condenatoria, determinante de la misma y efectiva ayuda a la justicia.

---

[2] (Casación 9869, noviembre 20/96, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; casación 9256, marzo 17/97, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia; casación 9602, agosto 19/97, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otras).

"Entendido de otra manera sería otorgar un beneficio solo porque se confesó, cuando no era necesario hacerlo por obrar en el proceso otras pruebas distintas a la confesión que conducían inequívocamente a afirmar la responsabilidad del procesado que, encerrado por la evidencia, se decide a confesar, así sea en su primera versión, con el fin de que el pretexto le sirva para una rebaja de pena"[3].

Cuando el procesado es sorprendido en flagrancia, como en el caso que nos ocupa, la confesión no puede ser eficaz, ni soporte de la sentencia condenatoria, salvo en eventos especiales[4].

Por lo anteriormente expuesto, el cargo no prospera.

Son suficientes las precedentes consideraciones para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVA:

No casar el fallo impugnado.

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 Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

[3] (Casación, mayo 11/99, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; casación septiembre 29/93, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz; casación 9602, agosto 19/97, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda, entre otras).

[4] (Casación, mayo 18/90, M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez; casación septiembre 29/93, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

JUEZ ESPECIALIZADO/ COMPETENCIA/ PORTE ILEGAL DE ARMAS

1. Habiéndose expedido en junio 25 del año en curso la Ley 504, que entró a regir desde el pasado primero de julio, por medio de la cual, entre otras disposiciones, se crearon los Juzgados Penales del Circuito Especializados y se determinaron los asuntos de su competencia, incluyendo en su artículo 5°, numeral 5°, "los delitos de fabricación y tráfico de municiones o explosivos (artículo 1° Decreto 2266 de 1991); fabricación y tráfico de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 2° del Decreto 3664 de 1986 declarado legislación permanente por el artículo 1° Decreto 2266 de 1991)", será, desde luego, frente a ella que deba la Sala definir si este proceso concierne al Juzgado Penal del Circuito de Pitalito o al Especializado que hubiere reemplazado al Regional proponente del conflicto.

2. Precisada en los anteriores términos tal atribución de los Juzgados Penales del Circuito Especializados es evidente que la Ley 504 de 1999 ha introducido una modificación respecto de la competencia que por dichos delitos se le asignaba a los Juzgados Regionales en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 8ª de 1993, artículo 9°, pues la excepción prevista en esta norma no se restringe ahora solamente al "simple porte de armas de fuego de defensa personal" sino que se hace extensiva a toda conducta de las descritas en el artículo 1° del Decreto Ley 3.664 de 1.986, esto es, que, refiriéndose el citado artículo 5° de la nueva normatividad en la primera parte de su numeral 5° exclusivamente a "municiones o explosivos", no corresponde al conocimiento de los nuevos juzgados, otrora Regionales, el porte, como tampoco la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, suministro o reparación de armas de fuego de defensa personal, resultando por tanto indudable que entratándose de esta clase de hechos compete a los Juzgados Penales del Circuito Especializados conocer de las acciones cometidas en relación con explosivos, cualquier clase de munición y armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, no siendo en cambio de su resorte aquellas que se refieran a las de defensa personal cuyo conocimiento atañe al Juez Penal del Circuito de acuerdo con la cláusula general prevista en el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal.

3. Significa entonces que si bien la Ley 504 de 1999 amplió la competencia de los Juzgados Penales del Circuito no especializados respecto de las armas de defensa personal en la medida en que a partir de su vigencia les corresponde conocer toda conducta a ellas referida y no únicamente el simple porte, no puede formularse similar consideración cuando de municiones se trata pues en ese aspecto la citada Ley asignó la facultad a los nuevos Juzgados Especializados sin importar si aquellas son o no de uso privativo de las fuerzas armadas, criterio de diferenciación que aunque el legislador tiene en cuenta lo hace para efectos de tipicidad y punibilidad, mas no para la distribución de funciones.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., Agosto diecisiete (17) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado: Acta No.121 Proceso No. 16080

Resuelve la Sala la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pitalito y uno Regional de Santa Fe de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. El día 23 de junio de 1997, en la ciudad de Pitalito, fue capturado por algunos ciudadanos el señor Jaime Antonio Cuéllar Díaz en posesión, sin salvoconducto, de una escopeta hechiza calibre .20 y seis cartuchos 7.62.

2. Adelantada la correspondiente investigación, calificó su mérito la Fiscalía Regional de esta ciudad mediante resolución de junio 16 de 1998 acusando al procesado Cuéllar Díaz por los punibles de porte ilegal de armas de defensa personal en relación con la citada escopeta y porte ilegal de munición de uso privativo de las Fuerzas Armadas respecto de los referidos cartuchos calibre 7.62.

3. Tramitándose la subsiguiente etapa ante un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá y aceptados por el acusado de manera anticipada los cargos que le fueran formulados, se abstuvo aquél de proferir la respectiva sentencia por considerar que, no obstante versar la acusación sobre un concurso de hechos que se adecuaron en los artículos 201 y 202 del Código Penal, resultando atípico el primero y referido el segundo a unos cartuchos que por virtud de su calibre se encuentran clasificados en el Decreto 2.003 de 1.982 como de defensa personal, carece de competencia para conocer del asunto toda vez que la misma se le otorga precisamente en la medida en que las armas o municiones sean de uso privativo de las Fuerzas Armadas y en consecuencia dispuso la remisión de las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Pitalito proponiendo colisión negativa de competencias.

4. Correspondió entonces el proceso al Juzgado Segundo de las mencionadas categoría y jurisdicción, quien aceptando el conflicto propuesto

igualmente se declaró sin atribución para conocer apoyado no sólo en la tipicidad del porte de la escopeta hechiza frente a las disposiciones del Decreto 2.535 de 1993; sino además en orientación jurisprudencial que define la competencia en favor del Juzgado Regional cuando se trate de municiones.

CONSIDERACIONES

1. Habiéndose expedido en junio 25 del año en curso la Ley 504, que entró a regir desde el pasado primero de julio, por medio de la cual, entre otras disposiciones, se crearon los Juzgados Penales del Circuito Especializados y se determinaron los asuntos de su competencia, incluyendo en su artículo 5°, numeral 5°, "los delitos de fabricación y tráfico de municiones o explosivos (artículo 1° Decreto 2266 de 1991); fabricación y tráfico de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (artículo 2° del Decreto 3664 de 1986 declarado legislación permanente por el artículo 1° Decreto 2266 de 1991)", será, desde luego, frente a ella que deba la Sala definir si este proceso concierne al Juzgado Penal del Circuito de Pitalito o al Especializado que hubiere reemplazado al Regional proponente del conflicto.

2. Precisada en los anteriores términos tal atribución de los Juzgados Penales del Circuito Especializados es evidente que la Ley 504 de 1999 ha introducido una modificación respecto de la competencia que por dichos delitos se le asignaba a los Juzgados Regionales en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 8ª de 1993, artículo 9°, pues la excepción prevista en esta norma no se restringe ahora solamente al 'simple porte de armas de fuego de defensa personal" sino que se hace extensiva a toda conducta de las descritas en el artículo 1° del Decreto Ley 3.664 de 1.986, esto es, que, refiriéndose el citado artículo 5° de la nueva normatividad en la primera parte de su numeral 5° exclusivamente a 'municiones o explosivos', no corresponde al conocimiento de los nuevos juzgados, otrora Regionales, el porte, como tampoco la importación, fabricación, transporte, almacenamiento, distribución, venta, suministro o reparación de armas de fuego de defensa personal, resultando por tanto indudable que entratándose de esta clase de hechos compete a los Juzgados Penales del Circuito Especializados conocer de las acciones cometidas en relación con explosivos, cualquier clase de munición y armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, no siendo en cambio de su resorte aquellas que se refieran a las de defensa personal cuyo conocimiento atañe al Juez Penal del Circuito de acuerdo con la cláusula general prevista en el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal.

3. Significa entonces que si bien la Ley 504 de 1999 amplió la competencia de los Juzgados Penales del Circuito no especializados respecto de las armas de defensa personal en la medida en que a partir de su vigencia les corresponde conocer toda conducta a ellas referida y no únicamente el simple porte, no puede formularse similar consideración cuando de municiones se trata pues en ese aspecto la citada ley asignó la facultad a los nuevos juzgados especializados sin importar si aquellas son o no de uso privativo de las

fuerzas armadas, criterio de diferenciación que aunque el legislador tiene en cuenta lo hace para efectos de tipicidad y punibilidad, mas no para la distribución de funciones.

4. En consecuencia, carente de sustento resulta el argumento del Juzgado Regional colisionante para desprenderse del conocimiento de este asunto cuando es claro que a él concernía el supuesto fáctico atinente a las municiones sin atender la naturaleza de su uso, deviniendo aún más infundado en razón a que siendo los cartuchos del calibre 7.62 y correspondiendo por ello, según la doctrina especializada, a un fusil G-3 de fabricación alemana, es ciertamente, como lo determinó la prueba pericial, munición de uso privativo de las fuerzas armadas por así delinirlo los literales c) y j) del artículo 8° del Decreto 2535 de 1993.

5. Ahora bien, ninguna incidencia puede comportar la inusitada e inoportuna afirmación del juez regional acerca de la supuesta atipicidad de una de las conductas materia de acusación pues es evidente que una tal consideración no determina la carencia de competencia en un asunto como este próximo a dictarse sentencia, sede propicia para que allí sí se emitan los juicios necesarios sobre los diferentes elementos del delito.

6. En conclusión, no discutiéndose por ninguno de los juzgados en conflicto la autonomía que óntica y jurídicamente observan cada una de las conductas materia del calificatorio, máxime que la escopeta hechiza presenta un calibre diferente al de la munición incautada, el conocimiento de este juicio compete al Juzgado Penal del Circuito Especializado que hubiere reemplazado al Regional que suscitó esta colisión.

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

RESUELVE:

1°. ASIGNAR la competencia para conocer de este asunto al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Santa Fe de Bogotá que hubiere reemplazado al Regional que trabó el presente conflicto. Por Secretaría de la Sala remítasele el expediente.

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

Cópiese, devuélvase 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.

REDENCION DE PENA/PERMISO ADMINISTRATIVO

Siendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 1542 del 12 de junio de 1997, por medio del cual se "dictan medidas en desarrollo de la ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios "podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente", siempre y cuando se reúnan los requisitos a que se contrae el artículo 147 de la ley 65 de 1993, tales como encontrarse el posible beneficiado en fase de mediana seguridad, "haber descontado una tercera parte de la pena impuesta" y "haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el consejo de disciplina", entre otros, corresponde a la Corte pronunciarse de manera provisional y exclusivamente para tal fin, sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho (...), ya que la solicitud del referido permiso de 72 horas debe elevarlo al Director del centro carcelario y sólo a éste le compete resolver al respecto.

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

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

Aprobado Acta No. 121 Proceso No. 10530

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de redención de pena que para los efectos del permiso de 72 horas a que se contrae el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, eleva el procesado José Ignacio López Duarte; quien se halla interno en el centro de reclusión para miembros de la Policía Nacional de Facatativá.

CONSIDERACIONES

1. Mediante sentencia del 28 de octubre de 1.994, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá D.C., confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 24 Penal del Circuito de la misma ciudad, en la que se condenó a López Duarte a la pena principal de 25 años de prisión y a las accesorias de ley como autor del delito de homicidio simple, fallo contra el que su defensor

interpuso el recurso extraordinario de casación que actualmente se encuentra en trámite.

2. *Siendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 1542 del 12 de junio de 1997, por medio del cual se "dictan medidas en desarrollo de la ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles", los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios "podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente", siempre y cuando se reúnan los requisitos a que se contrae el artículo 147 de la ley 65 de 1993, tales como encontrarse el posible beneficiado en fase de mediana seguridad, "haber descontado una tercera parte de la pena impuesta" y "haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el consejo de disciplina", entre otros, corresponde a la Corte pronunciarse de manera provisional y exclusivamente para tal fin, sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho José Ignacio López, ya que la solicitud del referido permiso de 72 horas debe elevarlo al Director del centro carcelario y sólo a éste le compete resolver al respecto.*

3. Ahora bien, de conformidad con la información que aporta el proceso, López Duarte ha descontado en privación efectiva de la libertad por este asunto, 71 meses y 11 días, si se tiene en cuenta que fue capturado el 6 de septiembre de 1993; igualmente ha observado conducta ejemplar durante su reclusión dedicándose al trabajo, actividad por la que acredita 16.023 horas que le representan un descuento de 33 meses y 11 días, guarismo que sumado al anterior arroja un acumulado de 104 meses y 22 días, tiempo efectivamente superior a los 100 meses a que equivale la tercera parte de la pena impuesta en los fallos de instancia, debiéndose por tanto, hacer dicho reconocimiento.

4. De otra parte y como quiera el petente también solicita constancia sobre ausencia de requerimientos de otra autoridad por el delito de fuga de presos, se dispondrá que por Secretaría, se proceda a ello, previa la revisión del expediente.

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

RESUELVE:

1. Reconocer al procesado José Ignacio López Duarte, 33 meses y 11 días de rebaja de pena equivalentes a 16.023 horas de trabajo realizado en el Centro de Reclusión para Miembros de la Policía de Facatativá, única y exclusivamente para efectos del permiso de 72 horas a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

2. Por Secretaría expídase constancia sobre los requerimientos por el delito de fuga que figuren en el expediente en contra de José Ignacio López Duarte.

3. Para lo de su competencia, remítase copia de esta decisión al Director del Centro de Reclusión para miembros de la Policía con sede en Facatativá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda. Carlos Augusto Gálvez Argote. Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FRAUDE PROCESAL/ DELITO PERMANENTE/ PRESCRIPCION

Es evidente que a la base de cualquiera de las versiones de su tesis siempre se encuentra el fenómeno prescriptivo de la acción para, a partir de allí estructurar sus argumentos de violación al debido proceso, incompetencia y nulidades, pero yerra al considerar, contrario a la plural jurisprudencia citada en el auto recurrido, que el delito de fraude procesal comporta en este caso una acción instantánea que se consumó y agotó con la presentación de la demanda reivindicatoria, omitiendo, obviamente por coherencia y conveniencia con su parecer y petición, que la conducta inductora del error empezó apenas con la presentación de la demanda, prolongándose en el tiempo al punto tal que aún perseveraba cuando se dictó el fallo de fondo, siendo por tanto patente que en este asunto el verbo rector tuvo una ejecución permanente que obligaba, según el criterio reiterado en providencias de julio 4 de 1989, agosto 17 de 1995 y septiembre 16 de 1996, siendo ponentes los doctores Carreño Luengas, Fernando Arboleda y Carlos Eduardo Mejía, respectivamente, a contar el término prescriptivo de la acción desde el último acto de inducción en error: que generalmente va hasta la ejecutoria de la providencia fraudulentamente obtenida, pudiendo ir en otros casos incluso más allá como cuando se pretende la ejecución de la decisión que por inducción en error y contrariamente a la ley hubiere dictado el funcionario, más no porque se clasificare el hecho en cuestión dentro de los tipos de resultado o se demandare la concreción del ingrediente subjetivo, que evidentemente no se exige en la ley ni se advierte en los antecedentes jurisprudenciales, sino porque siendo permanente la conducta es indispensable señalar un límite de modo que no pueda tornarse en imprescriptible la mentada acción penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., Agosto diecisiete (17) de mil novecientos noventa y nueve. (1999).

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

Aprobado: Acta No. 121 Proceso No. 15752

Resuelve la Corte la impugnación que por vía del recurso de reposición ha formulado el defensor del procesado contra el auto del pasado 6 de julio de la

presente anualidad por medio del cual no se concedió el extraordinario de casación excepcional interpuesto por el mismo sujeto procesal contra la sentencia dictada en febrero 22 del año en curso por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la que profiriera el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito condenando al acusado a la pena de prisión de dieciocho meses por el punible de fraude procesal.

ANTECEDENTES

1. Partiendo de afirmar que la conducta imputada a su defendido se consumó en agosto 26 de 1989 cuando formuló la demanda reivindicatoria ante el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá y considerando por ello que al momento de ejecutoriarse la resolución de acusación, abril 3 de 1.995, ya la acción penal se encontraba prescrita sin que en las instancias se hubiere declarado tal fenómeno no obstante las peticiones hechas al respecto, solicitó el defensor a la Corte le concediera, por vía excepcional, el recurso extraordinario de casación toda vez que del anterior supuesto de hecho, agregaba, se desprendía la necesidad de admitirlo tanto en aras del desarrollo jurisprudencial como para la protección de garantías fundamentales pues en esas condiciones resultaba imperioso que con criterio de autoridad se determinare la prescripción en el delito de fraude procesal al igual que la tutela del debido proceso.

2. Pronunciándose en relación con dicha petición la Sala profirió el auto ahora recurrido denegando la extraordinaria impugnación por considerar, entre otras cosas, que la alegada prescripción, como supuesto invocado de las dos causales referidas por el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, no contaba con sustento alguno pues además de que la jurisprudencia ha sido profusa en señalar el momento a partir del cual debe empezar a contarse el término prescriptivo de la acción penal derivada del delito de fraude procesal, ninguna duda existía de que en este asunto ese hito se marcaba en mayo 20 de 1991, fecha hasta la cual aún persistía la conducta que inducía en error al empleado oficial que habría de dictar sentencia contraria a la ley.

3. Inconforme con una tal decisión, pero sin argumentos diferentes a los que sustentaron su petición original, el defensor interpuso contra aquella el recurso de reposición para que sea revocada y en su lugar se conceda el de casación.

CONSIDERACIONES

1. Si bien por virtud del recurso horizontal la ley determina al funcionario que profirió la providencia a que reexamine los supuestos fácticos o jurídicos que le sirvieron de sustento para dictarla es claro que dicho medio de impugnación obedece a razonables y lógicos fines y no al simple ejercicio de provocar un nuevo análisis del proveído sin que el recurrente se valga de más y mejores argumentos que pongan de relieve la necesidad de su revocación, aclaración, adición o reforma.

En este asunto el impugnante, según se deduce de la correspondiente confrontación, no aporta tesis, ni consideración diferentes a aquellas de las cuales se valió para formular su solicitud de concesión del extraordinario recurso, limitándose simplemente a reiterarlas pero sin demostrar que las argumentaciones de la decisión de la cual disiente no se avienen ni en lo fáctico, ni en lo jurídico al asunto sometido a examen o no corresponde al desarrollo que jurisprudencialmente se le ha impreso al tema que motiva su discrepancia.

2. Sentadas las anteriores precisiones que, desde luego, anuncian la improsperidad de la impugnación y no obstante las mismas, un reexamen de la situación planteada por el recurrente conduce a idéntica negativa decisión pues la simple enunciación teórica y la correspondencia formal de la argumentación con los dos únicos motivos que harían viable la concesión de la casación no son razones suficientes para mover positivamente la discrecionalidad con que de manera exclusiva se encuentra investida la Corte para resolver sobre la admisibilidad del extraordinario medio de impugnación, cuando la realidad de las diligencias evidencian diferente situación en frente del desarrollo doctrinario y jurisprudencial dado al fraude procesal en punto de prescripción y que inanemente el reposicionista reclama.

3. Infructuosa se presenta la labor del recurrente por matizar su planteamiento de diversas maneras, ora por nulidad, ora por incompetencia o violación del debido proceso cuando le resulta ineludible acudir siempre al mismo basamento de partida cual es la alegada prescripción de la acción.

En efecto, es evidente que a la base de cualquiera de las versiones de su tesis siempre se encuentra el fenómeno prescriptivo de la acción para, a partir de allí estructurar sus argumentos de violación al debido proceso, incompetencia y nulidades, pero yerra al considerar, contrario a la plural jurisprudencia citada en el auto recurrido, que el delito de fraude procesal comporta en este caso una acción instantánea que se consumó y agotó con la presentación de la demanda reivindicatoria, omitiendo, obviamente por coherencia y conveniencia con su parecer y petición, que la conducta inductora del error empezó apenas con la presentación de la demanda, prolongándose en el tiempo al punto tal que aún perseveraba cuando se dictó el fallo de fondo, siendo por tanto patente que en este asunto el verbo rector tuvo una ejecución permanente que obligaba, según el criterio reiterado en providencias de julio 4 de 1989, agosto 17 de 1995 y septiembre 16 de 1996, siendo ponentes los doctores Carreño Luengas, Fernando Arboleda y Carlos Eduardo Mejía, respectivamente, a contar el término prescriptivo de la acción desde el último acto de inducción en error, que generalmente va hasta la ejecutoria de la providencia fraudulentamente obtenida, pudiendo ir en otros casos incluso más allá como cuando se pretende la ejecución de la decisión que por inducción en error y contrariamente a la ley hubiere dictado el funcionario, más no porque se clasificare el hecho en cuestión dentro de los tipos de resultado o se demandare la concreción del ingrediente subjetivo, que evidentemente

no se exige en la ley ni se advierte en los antecedentes jurisprudenciales, sino porque siendo permanente la conducta es indispensable señalar un límite de modo que no pueda tornarse en imprescriptible la mentada acción penal.

4. Por tanto, si de acuerdo con dicho criterio, en este asunto la acción de inducir en error al servidor público se inició con la presentación de la demanda reivindicatoria y se prolongó hasta obtener fraudulentamente la sentencia de mayo 20 de 1991, es innegable que a la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación la acción penal no había prescrito toda vez que su término tan sólo empezaba a correr luego de que aquél fallo adquiriera firmeza.

Por ende, no teniendo la alegación de prescripción sustento real en el proceso, es lógico concluir que ninguna de las consecuencias formuladas por el recurrente lo poseen como para que la Sala se persuada de la necesidad de conceder discrecionalmente el medio extraordinario de impugnación en aras de un desarrollo jurisprudencial que además de existente resulta profuso o para protección de garantías fundamentales que ciertamente no se acreditan conculcadas en este proceso.

5. Tampoco la argumentación sustentada en elemento diferente a la prescripción ostenta esa virtud, pues ninguna incidencia en la legalidad del fallo puede comportar el hecho de que uno de los magistrados integrantes de la Sala de Decisión del Tribunal hubiere fallecido en la misma fecha en que fue expedida la providencia, como si estuviere acreditada alguna situación o razón para concluir que no fungió hasta último momento en su condición de tal.

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

RESUELVE:

NO REPONER el auto de julio seis del presente año por medio del cual no se concedió el recurso extraordinario de casación que por vía excepcional interpuso el defensor del procesado Jorge Eliécer Hernández Hernández.

Cumuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego. Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda. Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguués. Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION/APELACION/TERMINO

El Código de Procedimiento Penal disciplina el recurso de apelación de tal manera que dispone diferencialmente un término para interponer la impugnación, otro para sustentarla y un tercer lapso deferido a los no impugnantes. Así, la apelación sólo puede proponerse hasta antes de que venzan los tres (3) días contados a partir de la última notificación, pero puede intentarse desde la fecha en que se haya proferido la providencia impugnada (art. 196 C. P. P.); la sustentación por escrito de las decisiones interlocutorias y las sentencias debe hacerse dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término para recurrir; y los no recurrentes podrán pronunciarse sobre la apelación dentro de los seis (6) días siguientes a la preclusión del lapso anterior (arts. 19A y 196B idem).

Sin embargo, la determinación de una clara afrenta al debido proceso impugnativo sólo puede explorarse a partir del sentido de la discriminación legal en los términos indicados. En efecto, como sólo a partir de la última notificación se supone que la providencia es conocida por todos, en relación con los sujetos procesales que se integran personalmente en último lugar o que deben hacerlo ficiamente por estado o edicto, en la práctica, el término de tres (3) días podría resultar insuficiente si se les exigiera cumplir simultáneamente la interposición facultativa y la sustentación obligatoria del recurso, y por ello el legislador dejó el término sólo para la primera actividad y la fundamentación se regula en un lapso separado y posterior.

Es decir, la escisión de los términos de interposición y sustentación del recurso, en principio y en el sentido antes indicado, es una garantía para el impugnante, establecida con el fin de que él pueda presentar más ampliamente los motivos y argumentos de su disenso con la decisión impugnada. De modo que el apelante, frente al mencionado privilegio procesal, voluntariamente puede renunciar a hacer la sustentación separada y puede optar por presentarla junto con la impugnación o, en cualquier caso, anticiparse al término formalmente dispuesto para ello, con tal de que lo haga después de que haya dictado la respectiva providencia y antes de que venza el lapso para fundamentar.

La posibilidad de reunir en un solo escrito la manifestación de apelar y la sustentación del recurso, o de proponer la segunda antes de que se tribu-

te formalmente el término de ley, no es sino la consecuencia de entender que el sustento sólo es la concreción de la impugnación, por medio de la expresión de los motivos de agravio ante el órgano judicial de primera instancia, en el caso de la legislación colombiana, o ante el juez o tribunal de segunda instancia en otros ordenamientos procesales.

Desde otra perspectiva, la sustentación del recurso debe entenderse como una garantía para los sujetos procesales distintos al impugnante, en el sentido de hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades para las partes, pues sólo cuando los no recurrentes conocen previamente esas expresiones de inconformidad del primero podrán contestarlas o apoyarlas en beneficio de su interés procesal, trabándose así el verdadero contradictorio como el reflejo de pares dialécticos.

Así las cosas, desde el punto de vista del derecho de los demás sujetos procesales, ninguna ofensa se infiere con una sustentación anticipada al término formalmente dispuesto para tal menester, pues queda a salvo ampliamente la facultad que tienen los no recurrentes para discernir sobre dicha impugnación, previo conocimiento de la misma y sus motivos, dentro de un término que de todas maneras es posterior a la fundamentación del recurso.

Apenas una apreciación excesivamente formalista de la regulación del trámite procesal de los recursos, sin mirar el cumplimiento o verificar el posible riesgo de los objetivos y valores superiores que informan el ordenamiento jurídico en esa materia (igualdad, contradicción y protección razonable de garantías), podría conducir a señalar que fue extemporánea la sustentación del recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia de primer grado, sólo por haberse intentado antes del correspondiente traslado.

Basta saber que dicha manifestación de agravios se hizo después de haberse proferido la respectiva decisión, como lo prescribe el artículo 196 del C. P. P., porque si se hubiera hecho antes de dictar la providencia, ahí sí cabría la objeción de extemporaneidad por anticipación. Así lo ha admitido la doctrina y la jurisprudencia cuando, verbigracia en relación con una resolución interlocutoria de medida de aseguramiento que está formalmente ejecutoriada, el actor posteriormente solicita la revocatoria de la decisión, conforme con el artículo 412 del C. de P. P., pero simultáneamente interpone la apelación en caso de que el fiscal no acceda a la pretensión. En dicho evento, el sujeto procesal estaría impugnando anticipadamente una decisión futura cuyo sentido aún es incierto, pues bien puede ocurrir que el funcionario disponga la revocación o también que la niegue y, sólo cuando ya se conozca la respectiva determinación, y no antes, podrían las partes intentar los recursos ordinarios de reposición y/o apelación en contra de la misma.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 121 Proceso No. 10669

En relación con el procesado Eliécer Rodríguez González, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá profirió la sentencia fechada el 2 de febrero de 1995, en segunda instancia, por cuyo medio lo condenó a la pena principal de ocho (8) años y cuatro (4) meses de prisión, como autor del delito de homicidio consumado en contra de la vida del ciudadano Carlos Eduardo Falla Lombana.

El defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, presentó la respectiva demanda de sustentación y, como quiera que ha emitido concepto el Procurador Delegado, corresponde a la Corte decidir sobre la cuestión planteada.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con lo sostenido en el fallo impugnado, el acontecimiento delictivo ocurrió al promediar la noche del sábado 12 de junio del año de 1993, al frente del establecimiento comercial denominado "Cigarrería Dewin", de propiedad del señor Antonio José Díaz Tapia, situado en la calle 81 N° 96-15, barrio Bachué de esta ciudad. En el interior de dicho local, se hallaba el ciudadano Eliécer Rodríguez González, desde las 7 de la noche, dedicado a consumir algunas cervezas y a la vez acompañaba el ritmo del aparato de sonido con una guacharaca; más tarde llegó a la misma tienda el vecino Tito Cucaita García y aquél le brindó una cerveza, pero momentos después lo hizo Carlos Eduardo Falla Lombana, persona que se notaba ebria y venía de consumir bebidas alcohólicas con el segundo en otro establecimiento del sector.

De pronto, se suscitó una discusión entre Rodríguez González y Falla Lombana, quienes días antes habían disgustado, pues el segundo empezó a provocar al primero con palabras soeces, después, ya en la calle, le lanzó un golpe al rostro y comenzó una riña en la cual el procesado hizo uso de una navaja y le propinó seis (6) lesiones a la víctima en distintas partes del cuerpo, una de las cuales comprometió el pericardio y el ventrículo derecho, ocasionándole un shock hipovolémico que se convirtió en la causa eficiente de su posterior muerte, hecho que ocurrió en el hospital del barrio La Granja, centro al cual había sido conducido por el propio agresor.

Después de la inspección judicial del cadáver, la Fiscal 115 Delegada abrió la instrucción y vinculó por medio de indagatoria al imputado Eliécer Rodríguez González, quien había sido capturado cerca al centro asistencial al cual condujo a la víctima, una vez se alejaba, y después le resolvió la situación jurídica en el sentido de afectar al indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, según providencia del 18 de junio de 1993 (fs. 4, 24, 27 y 52).

De acuerdo con la resolución del 6 de julio del mismo año, la instructora admitió como parte civil a la señora Aureliana Gutiérrez Chavez, en su condi-

ción de cónyuge sobreviviente y madre de dos niñas menores, y a la vez le reconoció personería a un apoderado designado para el efecto (fs. 94).

Cumplido el ciclo investigativo, la fiscal lo declaró formalmente cerrado y, por medio de resolución del 12 de octubre de 1993, calificó el mérito sumarial para acusar al procesado Rodríguez González por el delito de homicidio dolosamente cometido en la persona de Carlos Eduardo Falla Lombana, conforme con las previsiones del artículo 323 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la ley 40 de 1993 (fs. 238 y 278).

Para la fase del juzgamiento asumió el proceso el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito, despacho que decretó algunas pruebas en dicha etapa y realizó la audiencia pública en varias sesiones (fs. 302, 348, 396, 401, 442 y 490). Posteriormente, el día 31 de octubre de 1994, el juzgador de primera instancia dictó la correspondiente sentencia, de naturaleza absolutoria, pues reconoció que el procesado había actuado dentro de la causal de justificación de la legítima defensa, conforme con el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal, o, por lo menos, en situación de inculpabilidad generada por un error en la apreciación de una supuesta conducta agresora por parte de la víctima, de acuerdo con el numeral 3° del artículo 40 del mismo ordenamiento (fs. 493).

Merced a la apelación interpuesta por el apoderado de la parte civil, se produjo el fallo de segundo grado, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá revocó la decisión absolutoria revisada y, en lugar, condenó al procesado Rodríguez González como autor del hecho punible de homicidio, atenuada su culpabilidad por el estado de ira e intenso dolor que le produjo la afrenta inicial de la víctima, dado que el responsable actuó antijurídicamente cuando aceptó la riña provocada por su detractor, aunque dentro de dichas circunstancias aminorantes de la pena. Además de la sanción principal ya señalada, el Tribunal le impuso la consecuencia accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período de privación de la libertad; al igual que la obligación de resarcir los daños materiales y morales en cuantía de un mil (1000) gramos de oro y, finalmente, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y dispuso la captura del condenado (fs. 17, cuaderno del Tribunal).

Síntesis de la Demanda

Invoca el actor como fundamento de la impugnación las causales 1ª y 3ª de casación previstas en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, reparos que hace separadamente y argumenta del siguiente modo:

1. Sostiene que la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal es violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, debido a que resulta falsa la apreciación e interpretación de ciertos medios de prueba, debido a que el fallador no escudriñó cabalmente el espíritu de verdad que ellos contienen.

1.1 Dice el impugnante que se preterm itió el testimonio de Tito Cucaita García, porque el juzgador no consideró que el testigo, el día de los hechos,

estuvo ingiriendo licor desde tempranas horas y, vencido anímicamente por el licor, el hambre y el cansancio, entonces no era persona idónea para declarar, ya que no estaba en capacidad de conservar los hechos y grabarlos firmemente en su memoria. En estas condiciones, el testimoniante no pudo vivir los momentos en que Carlos Eduardo Falla Lombana derribó de un golpe a Eliécer Rodríguez González, cabalgó sobre su cuerpo y simultáneamente lo atacó con una navaja, máxime que el mismo deponente admite que cuando llegó a la cigarrería se hizo en la parte trasera del mostrador, con el ánimo de tratar unos asuntos personales con el dueño del establecimiento, y además se sabe que el ataque del primero al procesado no fue dentro del local, a los ojos del testigo, sino en plena calle una vez Rodríguez había bajado el andén.

1.2 Aduce que también se dio un alcance diferente a la declaración del señor Antonio José Díaz Tapia, propietario del local, quien afirmó que Eliécer estaba alegre en el lugar e intempestivamente dijo que se retiraba porque venía Carlos Eduardo a "formarle problemas", pero que en ningún momento advirtió la presencia del segundo en el establecimiento. El testimoniante tampoco podía haberse enterado de lo ocurrido en la calle, porque precisamente él conversaba con el señor Cucaita García detrás del mostrador y desde allí no era posible la observación por falta de luz.

1.3 En cuanto a la versión de la señora Carmen Lombana Esguerra, madre del fallecido, asevera el censor que también faltó un análisis adecuado de la misma, porque dicha dama, a pesar de su parentesco con la víctima, reconoció que su hijo siempre portaba "un triz (sic) de navajita, sin determinarse el gran tamaño de ella", y también que era un hombre de un temperamento fuerte y recio, hasta el punto de que por su actitud agresiva se había generado una discusión anterior entre los mismos protagonistas, el 24 de mayo de 1993, la cual no trascendió gracias a su intervención como progenitora, aunque su carnal de alguna manera fue brusco con ella en la ocasión. Agrega que la misma testigo significa que la culpa de los hechos del 12 de junio radicaba en su vástago, pues en tal fecha atacó injustamente y de manera gratuita a Eliécer Rodríguez González, propinándole una lesión con la navaja que siempre llevaba consigo, a la altura del pómulo derecho, y que le produjo una incapacidad de 5 días.

1.4 En relación con el testimonio del señor Fidel Collazos Lozano, el impugnante también se queja del alcance que supuestamente le negó el sentenciador, porque dicho deponente se encontraba al frente de la cigarrería al momento de los hechos, y entonces pudo observar el instante en que Tito Cucaita García y Carlos Eduardo Falla Lombana llegaron juntos al conjunto residencial en el cual vivían, después el primero se dirigió al mencionado establecimiento comercial, mientras que el segundo dio la vuelta por detrás de unas busetas que se encontraban estacionadas en el lugar, tratando de asechar a Eliécer Rodríguez González, quien se encontraba en la tienda, y una vez éste salió se le abalanzó a mansalva para tomarlo por el cuello y derribarlo, dándole puntapiés en el suelo y golpes con un "arma que brillaba", la cual no se sabe si era la navaja que siempre portaba o algún arma de fuego que la víctima se jactaba en público de haber comprado recientemente.

1.5 De igual manera, agrega el demandante, se dejó de escudriñar el testimonio de Fernando Uribe Lozano, quien da cuenta de que en ocasión anterior, mientras jugaba a la rana en un establecimiento público del sector, sin ningún motivo el señor Falla Lombana la emprendió contra él con lenguaje vulgar y a punta de golpes de puño le rompió la clavícula, lesión que le produjo una incapacidad de 15 días. Asevera que, a pesar de las alteraciones anímicas que le generaba el alcohol, Carlos Eduardo tomaba con frecuencia y siempre afrontaba problemas de suma gravedad.

1.6 También critica el actor la cicatera proyección que el Tribunal le concedió a la indagatoria del procesado Eliécer Rodríguez González, con el ánimo de negar los elementos estructurales de la legítima defensa, pues éste dice que esa noche se hallaba en el establecimiento del señor Antonio José Díaz Tapia, tocaba una guacharaca al son de la música del equipo de sonido, y además consumía unas pocas cervezas porque le estaba limitado el licor por prescripción médica, cuando de pronto apareció el señor Carlos Eduardo Falla Lombana, a quien eludió porque sabía de sus antecedentes pendencieros. No obstante, cuando ya se retiraba a su residencia, la víctima lo esperaba agazapado cerca a la cigarrería y de una vez se le fue lanzá en ristre, lo cogió del cuello y lo tiró al suelo donde cabalgó sobre él y comenzó a hacerle lances con una navaja, actitud frente a la cual primero trató de protegerse tomando al agresor por la muñeca de la mano en la cual exhibía el arma, a pesar de lo cual alcanzó a lesionarlo en el pómulo derecho, pero después sacó difícultosamente una navaja que portaba en su bolsillo y sólo así pudo lograr una defensa eficaz, prueba de lo cual es que la víctima resulta lesionada en partes tan distintas del cuerpo como la axila derecha, las piernas, los glúteos, los muslos y la región inframamaria derecha.

De otra parte, el procesado Rodríguez González, a pesar de que actuó en defensa legítima, tuvo la nobleza de prestarle ayuda inmediata al lesionado, pues con el aporte de otras personas lo introdujo en un taxi y lo llevó hasta el hospital de La Granja, inmediatamente quiso regresarse con el propósito de avisar rápidamente a la familia de la víctima, pero fue cortada su iniciativa por la captura subsiguiente.

1.7 El censor objeta, además, el rechazo de la prueba de guantelete hecha a la víctima, medio que arrojó resultados positivos en ambas manos, según consta a folios 288 del cuaderno original, y que demuestra cómo el examinado sí hizo uso de un arma de fuego para agredir al procesado.

1.8 Lamenta el censor, de igual manera, el repudio del dictamen médico-legal practicado al señor González Rodríguez, según el cual se le fijó una incapacidad de cinco (5) días, lo cual contribuía a demostrar que el examinado sí fue lesionado por Falla Lombana el día de los hechos.

1.9 Repara también el actor que se haya menospreciado la inspección judicial realizada el 2 de junio de 1994, que obra a folios 368, acto en el cual se consignaron las manifestaciones de los señores Eliécer Rodríguez González, Antonio José Díaz Tapia, Fidel Collazos Lozano y Fernando Uribe Lozano, ver-

siones que por consecuencia igualmente fueron despreciadas en la sentencia, pero que daban a entender cómo el ataque injusto de la víctima fue superior a la defensa ensayada por el procesado, quien actuó incómodamente y movido por el miedo de perder su vida.

Concluye que el Tribunal "no entró a analizar los aspectos fácticos de la investigación", así como tampoco se compenetró con el sentido de la norma prevista en el numeral 4 del artículo 29 del Código Penal, según el cual el procesado actuó por la necesidad de defender su vida ante la injusta agresión actual o inminente de la víctima, razón por la cual solicita a la Corte que case el fallo recurrido.

2. Con base en la causal tercera de casación, el demandante, de manera subsidiaria, solicita que se invalide totalmente la sentencia atacada, dejándola sin efecto, y en su lugar se absuelva al procesado Rodríguez González, de conformidad con el artículo 225, numeral 4°, inciso 1° del Código de Procedimiento Penal. Expone como fundamento fáctico el siguiente:

La sentencia de primera instancia fue notificada personalmente al representante de la parte civil el 3 de noviembre de 1994, pero la última notificación se cumplió por edicto que fue desfijado el 10 de noviembre. El apoderado de la parte civil interpuso el recurso de apelación en contra del fallo, el día 4 de noviembre y sustentó la impugnación el 8 de noviembre siguiente, fecha en la cual apenas se fijaba el edicto, lo cual significa que hizo una sustentación extemporánea, porque, según constancia secretarial del 17 de noviembre, sólo a partir de esa data comenzó a correr el término de cinco (5) días para sustentar y, desde el 24 de noviembre, se iniciaba el lapso para los no recurrentes.

Según lo piensa el actor, la fundamentación del recurso de apelación fue extemporánea por anticipación, ya que el apelante debió hacerlo entre el 17 y el 23 de noviembre de 1994, no antes, reproche que en estos términos ha admitido la jurisprudencia y la doctrina. Como el Tribunal no declaró desierta la impugnación por extemporaneidad, pasándolo por alto como lo hizo el *a quo*, significa que se ha violado el debido proceso en esa materia, tal como lo regulan los artículos 29 de la Constitución Política, 1°, 196A y 196B del Código de Procedimiento Penal, al igual que los artículos 304 a 308 del último ordenamiento citado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal propone a la Corte que no se case la sentencia impugnada, adopta para su concepto el principio de prioridad para ocuparse primero de la supuesta causal de nulidad y expone los siguientes argumentos:

1. En relación con el reproche basado en la causal tercera, el Procurador dice que no puede acogerse porque si bien la parte civil anticipó la sustentación, en la medida que sólo podía hacerlo a partir del 17 de noviembre y no antes,

lo cierto es que se trata de una irregularidad insubstancial, dado que no afecta la estructura básica del proceso, ya que los demás sujetos tuvieron la oportunidad de intervenir y rebatir sus planteamientos, en atención al traslado que se les dispensó por seis (6) días, a partir del 24 de noviembre.

Aunque la ley de procedimiento fija unas pautas de ordenación del trámite procesal, no por ello cualquier inobservancia trasciende inevitablemente al remedio extremo de la anulación total o parcial, pues, según lo prevé en el numeral 2° del artículo 304 del C. P. P., el vicio tiene que ser sustancial para que la nulidad exista en el proceso penal, en el sentido de que ha de producirse un perjuicio concreto a alguna de las partes o romper la estructura básica del proceso.

Ahora bien, el Ministerio Público señala otra inconsistencia en el reclamo del actor, pues, de conformidad con el artículo 229 numeral 2° del C. de P. P., la prosperidad de la invalidez propuesta no conlleva a la absolución del procesado, sino que en tal evento es preciso señalar en qué estado quedará el proceso y se dispondrá lo pertinente para que el funcionario de conocimiento corrija el yerro.

2. En cuanto a la censura dispuesta por la causal primera, el Procurador señala que el actor se dirige por la modalidad de la violación directa, no obstante lo cual no se circunscribe su inconformidad a las solas razones de derecho, sino que desarrolla una violación indirecta, en la medida que se dedica a una crítica probatoria o al cuestionamiento del análisis y valoración de los elementos de juicio que hizo el fallador de segundo grado para revocar la absolución de primera instancia y, en lugar, condenar al procesado.

De igual manera, el actor no señala la clase de error en que incurrió el *ad quem*, si fue de hecho o de derecho, ni tampoco concreta la naturaleza y el alcance del mismo, pues omite precisar si el defecto proviene de un falso juicio de existencia o del denominado falso juicio de identidad.

Así mismo, la censura carece de una proposición jurídica completa, dado que la demanda no fundamenta ni desarrolla el cargo, vacío que no puede colmar la Corte porque opera en esta materia el principio de limitación.

En este orden de ideas, no basta volver a referirse a los testimonios que obran en el proceso, o a la versión del procesado Eliécer Rodríguez González, a la inspección judicial o a la prueba técnica, con el ánimo de presentar visiones aisladas o personales sobre tales medios de convicción, sino que es necesario hacer un esfuerzo dialéctico que compruebe de manera clara los errores en que incurrió el Tribunal y su trascendencia en la decisión materia del recurso extraordinario. Aunque parece que el actor quiere hacer el reproche porque el Tribunal no reconoció la legítima defensa a su patrocinado, lo cierto es que los yerros técnicos resaltados impiden el estudio de fondo, pues no se sabe inequívocamente cuáles son sus pretensiones.

Pero, aparte de las falencias de técnica en el cargo, el Ministerio Público destaca que la sentencia sí tuvo en cuenta que el testigo Tito Cucaita García

había ingerido licor en exceso el día de los hechos, además que su dicho había sido respaldado por las afectaciones del señor Antonio José Díaz Tapia, dueño del establecimiento a donde arribó después el hoy occiso Carlos Eduardo Falla Lombana. De otro lado, en relación con el último testigo, el actor no concreta la razón de su inconformidad, pues él mismo admite, como lo hace el fallador, que tal persona no presenció el enfrentamiento.

Al mencionar las pruebas, el censor pretende volver sobre su valoración, sin tener en cuenta que los juicios judiciales sobre el particular son absolutos mientras no se rompan las reglas de la lógica, la experiencia y la ciencia. Finalmente, agrega el Delegado que el Tribunal hace un análisis valorativo de los medios de convicción de folios 3 a 11 del texto de la sentencia, en el cual no se advierte error objetivo alguno de preterimisión, suposición o tergiversación de la prueba, razón adicional para que no prospere el cargo.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Es obvio, como lo propone el Ministerio Público, que por acción del principio de prioridad debe examinarse primero el cargo referente al supuesto vicio de nulidad y, en segundo lugar, la censura atinente a la presunta violación de la ley sustancial.

I. SEGUNDO CARGO: NULIDAD

El reparo se enuncia como violación al debido proceso consistente en haber admitido un recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia, interpuesto por el representante de la parte civil, a sabiendas de que la sustentación se hizo antes de que judicialmente se dispensara el término previsto para ello, de conformidad con los artículos 196A y 196B del Código de Procedimiento Penal.

Es cierto que la última notificación del fallo de primer grado se hizo por medio de edicto, que se fijó el 8 de noviembre de 1994 y fue desfijado el 10 de noviembre siguiente (fs. 513). También es exacto que el apelante disponía de cinco (5) días hábiles para sustentar el recurso, computados entre el 17 y el 23 de noviembre, pues, a partir del 24 de noviembre comenzó a correr el término de seis (6) días para los no recurrentes, según constancia que obra a folios 516. De igual manera, se ha establecido que el apoderado de la parte civil fue notificado personalmente de la sentencia el 3 de noviembre de 1994, interpuso el recurso de apelación al día siguiente y lo sustentó el 8 de noviembre (fs. 514, 515 y 517-519).

El Código de Procedimiento Penal disciplina el recurso de apelación de tal manera que dispone diferencialmente un término para interponer la impugnación, otro para sustentarla y un tercer lapso deferido a los no impugnantes. Así, la apelación sólo puede proponerse hasta antes de que venzan los tres (3) días contados a partir de la última notificación, pero puede intentarse desde la fecha en que se haya proferido la providencia impugnada (art. 196 C. P. P.); la sustentación por escrito de las decisiones interlocutorias y las sentencias

debe hacerse dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término para recurrir; y los no recurrentes podrán pronunciarse sobre la apelación dentro de los seis (6) días siguientes a la preclusión del lapso anterior (arts. 19A y 196B *idem*).

Sin embargo, la determinación de una clara afrenta al debido proceso impugnativo sólo puede explorarse a partir del sentido de la discriminación legal en los términos indicados. En efecto, como sólo a partir de la última notificación se supone que la providencia es conocida por todos, en relación con los sujetos procesales que se integran personalmente en último lugar o que deben hacerlo ficticiamente por estado o edicto, en la práctica, el término de tres (3) días podría resultar insuficiente si se les exigiera cumplir simultáneamente la interposición facultativa y la sustentación obligatoria del recurso, y por ello el legislador dejó el término sólo para la primera actividad y la fundamentación se regula en un lapso separado y posterior.

Es decir, la escisión de los términos de interposición y sustentación del recurso, en principio y en el sentido antes indicado, es una garantía para el impugnante, establecida con el fin de que él pueda presentar más ampliamente los motivos y argumentos de su disenso con la decisión impugnada. De modo que el apelante, frente al mencionado privilegio procesal, voluntariamente puede renunciar a hacer la sustentación separada y puede optar por presentarla junto con la impugnación o, en cualquier caso, anticiparse al término formalmente dispuesto para ello, con tal de que lo haga después de que haya dictado la respectiva providencia y antes de que venza el lapso para fundamentar.

La posibilidad de reunir en un solo escrito la manifestación de apelar y la sustentación del recurso, o de proponer la segunda antes de que se tribute formalmente el término de ley, no es sino la consecuencia de entender que el sustento sólo es la concreción de la impugnación, por medio de la expresión de los motivos de agravio ante el órgano judicial de primera instancia, en el caso de la legislación colombiana, o ante el juez o tribunal de segunda instancia en otros ordenamientos procesales.

Desde otra perspectiva, la sustentación del recurso debe entenderse como una garantía para los sujetos procesales distintos al impugnante, en el sentido de hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades para las partes, pues sólo cuando los no recurrentes conocen previamente esas expresiones de inconformidad del primero podrán contestarlas o apoyarlas en beneficio de su interés procesal, trabándose así el verdadero contradictorio como el reflejo de pares dialécticos.

Así las cosas, desde el punto de vista del derecho de los demás sujetos procesales, ninguna ofensa se infiere con una sustentación anticipada al término formalmente dispuesto para tal menester, pues queda a salvo ampliamente la facultad que tienen los no recurrentes para discernir sobre dicha impugnación, previo conocimiento de la misma y sus motivos, dentro de un término que de todas maneras es posterior a la fundamentación del recurso.

Apenas una apreciación excesivamente formalista de la regulación del trámite procesal de los recursos, sin mirar el cumplimiento o verificar el posible riesgo de los objetivos y valores superiores que informan el ordenamiento jurídico en esa materia (igualdad, contradicción y protección razonable de garantías), podría conducir a señalar que fue extemporánea la sustentación del recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia de primer grado, sólo por haberse intentado antes del correspondiente traslado.

Basta saber que dicha manifestación de agravios se hizo después de haberse proferido la respectiva decisión, como lo prescribe el artículo 196 del C. P. P., porque si se hubiera hecho antes de dictar la providencia, ahí sí cabría la objeción de extemporaneidad por anticipación. Así lo ha admitido la doctrina y la jurisprudencia cuando, verbigracia en relación con una resolución interlocutoria de medida de aseguramiento que está formalmente ejecutoriada, el actor posteriormente solicita la revocatoria de la decisión, conforme con el artículo 412 del C. de P. P., pero simultáneamente interpone la apelación en caso de que el fiscal no acceda a la prelensión. En dicho evento, el sujeto procesal estaría impugnando anticipadamente una decisión futura cuyo sentido aún es incierto, pues bien puede ocurrir que el funcionario disponga la revocación o también que la niegue y, sólo cuando ya se conozca la respectiva determinación, y no antes, podrían las partes intentar los recursos ordinarios de reposición y/o apelación en contra de la misma.

No prospera el cargo examinado.

II. Primera Censura: Violación de la Ley Sustancial

De manera sucinta, el cargo puede enunciarse e identificarse como la inconformidad del actor por la evaluación, el alcance y las consecuencias concedidos por el Tribunal a los testimonios de Tito Cucaita García, Antonio José Díaz Tapia, Carmen Lombana Esguerra, Fidel Collazos Lozano y Fernando Uribe Lozano, al igual que a las explicaciones del procesado Elíécer Rodríguez González. El demandante también alcanza a exteriorizar su desagrado por la apreciación del mérito de la prueba de guantelete practicada al occiso, el dictamen médico legal de la lesión sufrida por el procesado y la inspección judicial integrada con los testimonios acopiados en el lugar de los hechos.

Se duele el censor de que a partir de la perspectiva probatoria que él propone, no se haya reconocido a su defendido la legítima defensa prevista en el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal, a pesar de que, desde su particular óptica, se concretaban en el caso todos los presupuestos de la norma.

Sobre esta precisa materia, razonablemente el Procurador Delegado despunta su concepto con la indicación de una inconsistencia en los términos de la demanda, pues el escrito parte del anuncio de una infracción directa de la ley sustancial, pero el desarrollo parece aproximarse más a la dinámica de la violación indirecta, en la medida que todos sus juicios de valor y reproches del actor están referidos a los distintos medios de prueba que relaciona en la demanda. La contradicción es obvia porque la transgresión directa comporta

un problema puntual de aplicación del derecho, que como tal supone la conformidad del actor con la ponderación que hizo el sentenciador de los hechos y de las pruebas.

También con buen tino el Ministerio Público echa de menos en la demanda el señalamiento de la clase de error supuestamente cometido por el Tribunal, si es de hecho o lo es de derecho, y, siendo de la primera categoría (como parece sugerirse en el contexto del escrito), tampoco hay precisión sobre la realidad de que en la sentencia se menospreciaron algunas de las pruebas traídas a colación (falso juicio de existencia) o si ellas fueron tergiversadas en su materialidad para ponerlas a expresar algo completamente diferente a su contenido (falso juicio de identidad).

Sin embargo, la inepcia de la demanda se advierte en su propia composición, porque el texto no dice de qué manera fueron apreciadas material y jurídicamente las pruebas mencionadas en la sentencia del Tribunal, con el fin de posibilitar un cotejo de dichas estimaciones con la realidad de los medios de convicción en el proceso, y así poder hacer la inferencia de supuestos yerros en la consideración probatoria de fallo. Ello significa que el ataque carece de razón suficiente, supuesto que en realidad no se dirige contra los juicios de valor o consideraciones de la sentencia, sino que presenta una valoración alternativa de pruebas que en manera alguna alcanza para saber si hubo errores manifiestos de hecho en la disposición del fallo.

De otra parte, antes que absurdos, la apreciación probatoria hecha por el Tribunal contiene premisas bien fundadas y conclusiones razonables. De este juicioso tenor son expresiones como las siguientes:

'De esta prueba se infiere que Eliécer se encontraba dentro del establecimiento cuando allí llegó Tito Cucaina y seguramente tras él lo hizo Carlos Eduardo y aunque el dueño de la tienda Antonio Díaz en la inspección judicial se muestra contradictorio con lo que había dicho en la primera oportunidad, la verdad es que Carlos Eduardo sí llegó antes de que se diera la riña en la parte de afuera. En forma consistente lo asegura Cucaina que a pesar de los tragos que tenía, dice cómo le extrañó verlo allí cuando acababa de dejarlo en la reja frente a su apartamento. Y también es cierto que al llegar estuvo charlando con Eliécer lo que degeneró en discusión que fue el preámbulo de la pelea afuera. Tito Cucaina menciona inclusive que Eliécer le ofreció una cerveza sin que Carlos Eduardo le contestara y Antonio Díaz asegura que supone que antes de formarse el problema entre ellos dos, estaban charlando porque Eliécer le dice que se va porque este señor le está formando problema. Entonces, allí dentro del establecimiento sí hubo intercambio de palabras que degeneraron en ofensivas hasta el punto de que Cucaina en medio de sus tragos, les dice que se pongan serios y más bien se tomen una cerveza. Ese es el preciso instante en que Antonio Díaz dice que se formó el problema y se salieron sin que él se diera cuenta de más. Como ocurrió igualmente con Cucaina que permanece allí impávido tomándose la cerveza hasta que finalmente sale y observa a Eduardo ya herido.

"Significa lo anterior que los hechos no son tan sorpresivos como los quiere describir el procesado Rodríguez González y los pretende corroborar con el testimonio de Fidel Collazos que asegura que cuando Eliécer salía de la tienda, Eduardo que estaba parado en la esquina, lo ataca dándole un golpe en el cuello...

"..."

"Pero todo ello es indicativo de que si bien es cierto la provocación inicial lo fue por parte de Carlos Eduardo Falla Lombana quien seguramente en medio de sus tragos, quiso reclamarle a Eliécer por los hechos que se habían dado 20 días antes y en los que también habían discutido cuando este último lo llamó a gritos en momentos en que llegaba de viaje con su familia, de esta discusión y ofensas verbales se pasó a los hechos en donde hubo forcejeo y golpes de los que el procesado ha dicho fueron producto de un inicial ataque de parte de Eduardo que primero describió como un lance con un arma cortopunzante hiriéndolo en la cara y ya después, habla de un fuerte golpe en el pómulo con el que lo tumbó. Tal vez esta variación se debió precisamente al reconocimiento médico-legal que se practicó al procesado y que se allegó después de rendir su injurada y que habla de una abrasión leve malar derecha producida con elemento contundente (fl. 101).

"Entonces, es posible que la agresión inicial se hubiera dado por parte de Carlos Eduardo pero lo fue no con un arma como pretende hacerse creer por el procesado y lo insinuó tímidamente el testigo Fidel Collazos que dice que vio cuando le lanzó un golpe al cuello y observó que algo brillaba sin que pueda afirmar que se trataba de un arma. Nada que se le parezca a un arma fue encontrada en el lugar de los hechos y tanto es así que de haber portado el obitado una navaja o arma de este tipo como lo dice el sindicado, seguramente sus lesiones hubieran sido de otro orden..." (fs. 22, 23 y 24, cuaderno 2ª instancia).

Se desestimarán los cargos de 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, procedencia 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 Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA

Totalmente inaceptables resultan las censuras elevadas por el libelista contra la sentencia de segundo grado, al hacerlas consistir en errores de derecho por falso juicio de convicción el cual se traduce en el desconocimiento del valor tarifado que la ley otorga a un determinado medio de prueba, cuando bien sabido es que en el derecho procesal penal colombiano rige el principio de la sana crítica en la apreciación de los elementos de convicción.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 121 Proceso No. 11267

Se pronuncia la Sala acerca del recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá el veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, por medio de la cual confirmó en su integridad la proferida el siete de marzo de ese mismo año por el Juzgado Treinta y seis Penal del Circuito, que condenó a Alenxánder León Carreño y a Rodrigo Viña Patiño a la pena principal de veintiún años de prisión, como autores responsables del concurso de delitos de homicidio agravado y hurto agravado, ambos en la modalidad de tentativa, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Hechos y Actuación Procesal

Aquellos ocurrieron el día cuatro de mayo de mil novecientos noventa y cuatro en el barrio Alfonso López de esta ciudad frente al establecimiento denominado "Cigarrería Búfalo", lugar del que salieron los señores Fabio Alexánder Guzmán y Jorge Alirio Ariza quienes se ocupaban de distribuir helados en una camioneta - furgón chevrolet Luv. Al momento de abordar el vehículo, dos sujetos que portaban armas se ubicaron al lado de las puertas del rodante y les exigieron que les entregaran el dinero que llevaban, pero Ariza, el conductor, al pretender desobedecer la orden dio marcha al automo-

tor, por lo cual cada uno de los maleantes disparó su arma en una sola oportunidad contra sus víctimas y emprendieron la huida.

En razón a la información suministrada por la ciudadanía en el CAI "Yomasa" de que los individuos habían abordado un vehículo de servicio público, se logró su captura en momentos en que pasaron por el frente del CAI, donde se había ubicado un puesto de control, en un colectivo de placas SGL - 195 afiliado a la empresa Transportes Panamericanos. Los individuos, a quienes en ese momento no se les encontró en su poder arma alguna, respondían a los nombres de Alexander León Carreño y Rodrigo Viña Patiño. Fueron trasladados al centro asistencial de Santa Librada donde se encontraban los ofendidos y efectivamente los reconocieron como sus agresores.

Los proyectiles disparados contra Jorge Alirio Ariza y Fabio Alexander Guzmán Barrios les ameritaron una incapacidad médico -legal de veinticinco (25) y cuarenta (40) días, respectivamente, ambos sin secuelas.

Una vez escuchados en indagatoria Alexander León Carreño y Fabio Alexander Guzmán Barrios, el Juzgado Cuarenta y dos Penal Municipal, mediante providencia del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Más adelante, la Fiscalía Noventa de la Unidad Primera de Vida avocó el conocimiento del asunto y dispuso la práctica de diversas pruebas tendientes al perfeccionamiento de la investigación, la cual declaró cerrada el quince de julio de mil novecientos noventa y cuatro y procedió a calificar el mérito del sumario con resolución acusatoria por tentativa de homicidio en contra de los encartados el treinta y uno de agosto de ese mismo año. En esa misma decisión dispuso compulsar copias a la Oficina de Asignaciones de la Fiscalía para que la respectiva Unidad investigara el punible de Porte Ilegal de Armas.

Ejecutoriada la anterior providencia, el conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito, despacho que luego de celebrar la correspondiente audiencia pública dictó el fallo de primer grado el siete de marzo de mil novecientos noventa y cinco, mediante el cual condenó a Alexander León Carreño y JOSE Rodrigo Viña Patiño a la pena principal de veintiún años de prisión, como autores del delito de homicidio agravado y hurto agravado en la modalidad de tentativa, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo de diez años, al pago de perjuicios materiales en el equivalente a doscientos gramos oro y cien gramos oro como morales, en favor de Fabio Alexander Guzmán Barrios y Jorge Alirio Ariza.

En providencia del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó en su integridad la sentencia del *a quo*, decisión contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de casación que se procede a desatar.

La Demanda de Casación

Como lo señaló la Procuraduría Delegada, las demandas de casación presentadas por el defensor de los procesados contienen el mismo reproche, por lo que se hará de ellas una sola síntesis.

Cargo Unico

Invoca el casacionista la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, "por violación de la ley sustancial de manera indirecta por ostensible error de derecho".

Explica que al ser analizados los testimonios de los Agentes Olimpo Cárdenas Herrera, William Mejía, John William Mayorga González y del Comandante Diego Alonso Cuervo León, se encuentran dos hechos primordiales que el fallador recuerda en la sentencia:

"A. Una confesión de los hoy prohijados sobre su participación y RESPONSABILIDAD MATERIAL en los hechos delictivos investigados y el porte de las supuestas armas que nunca encontraron.

"B. Un reconocimiento o inculpación por parte de los quejosos en cabeza de los encausados momentos después de los hechos, practicado de manera ilegal y del que dan fe en su testimonio sobre la responsabilidad de los mismos".

Aduce el casacionista, a renglón seguido, que la declaración de terceros no está orientada a dar fe de otras pruebas practicadas legal o ilegalmente, sino a informar a las autoridades de lo que se ha percibido. Que el *ad quem* le dio a la prueba testimonial un valor que la ley no le concede, al aceptar que a través de ella "se pueden testificar confesiones" sin tener en cuenta los parámetros contenidos en el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, y además le otorgó a dicho elemento de juicio el valor pleno de incriminación, sin acatar los lineamientos contenidos en los artículos 367 y 368 *ibidem*.

Para el casacionista no existe en el proceso una prueba legal de reconocimiento en fila de personas y, pese a ello, el fallador de segunda instancia le da al testimonio la posibilidad de suplir otras que ya se encuentran establecidas en nuestro ordenamiento. Agrega que la ley no le atribuye "la forma de prueba legal" a las declaraciones de los agentes de la Policía por el hecho de haber presenciado los hechos y de redactar un informe.

Asegura el libelista que el punto neurálgico de la cuestión no es de credibilidad o no en lo manifestado por los uniformados, sino de legalidad de las pruebas cuando el sentenciador les da un valor que la ley no les atribuye, pues a través de los testimonios de los policiales se legitima una confesión de responsabilidad y una incriminación de participación hecha por los quejosos.

Resalta como otro error de derecho que se acepten como pruebas los señalamientos hechos propiamente por los quejosos, quienes después de

narrar lo acontecido se dedican a incriminar a unas personas que no han visto. A su juicio, resulta evidente que cuando vieron a quienes sindicaban, se encontraban en tal estado de alteración emocional que les impedía formular un juicio consciente de los victimarios, pues acababan de atentar contra su integridad personal.

Además, se acepta de manera irregular y se le da un valor probatorio a las acusaciones de las víctimas, sin saber de quien se habla o se sindica, en el preciso momento en que se practica la diligencia.

En síntesis, el cargo formulado consiste en que el fallador de segundo grado otorgó al testimonio (el de los agentes) un valor probatorio que la ley no le asigna y aceptó una prueba (incriminaciones de los quejosos) que no cumple con los rigores previamente establecidos.

Solicita se case la sentencia impugnada y se dicte la que corresponda.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Destaca esa representación del Ministerio Público, en primer lugar, un insalvable error de técnica casacional al acusar la decisión de segunda instancia por haberle dado valor a los testimonios, olvidando el censor el sistema de persuasión racional que en la actualidad rige para la apreciación de las pruebas. En segundo lugar, la incorrecta afirmación del libelista relativa a que el fallador a través de una errónea valoración de los testimonios de los policiales reconoció la verificación de una confesión con desconocimiento de los requisitos establecidos en las normas procesales aducidas en el libelo, pues en ninguna parte de la sentencia atacada el sentenciador reconoce la existencia de tales probanzas.

Al respecto lo que observa la Delegada, es una valoración de los testimonios de los policiales, ajustada a los parámetros de la sana crítica, en especial la del subteniente Cuervo León, que le mereció al Tribunal plena credibilidad y la de los demás policiales, para lo cual debe tenerse en cuenta las circunstancias en que se produjeron los hechos.

Tampoco puede afirmarse válidamente que el Tribunal admitió un reconocimiento en fila de personas, cuando es la misma sala de decisión de esa colegiatura la que califica de inútil e innecesaria dicha diligencia, porque al producirse la captura de los procesados LEON y VIÑA, los agentes del orden los condujeron ante los ofendidos y estos los reconocieron.

En cuanto a la sindicación directa que los ofendidos hicieran de sus agresores, afirma que si bien no se originó en una diligencia de reconocimiento en fila de personas, tampoco puede ser desconocida por los juzgadores, por contener la misma un significado probatorio importantísimo.

Que por lo tanto, ni la confesión ni el reconocimiento se verificaron por parte del Tribunal en los términos en que de manera equivocada lo pretendió hacer ver el recurrente. Que esa corporación, en ejercicio de su legítima función valorativa reconoce credibilidad a los testimonios de los policiales que

intervinieron en el caso. Y, en cuanto a la inconformidad de que los juzgadores hubiesen dado credibilidad a las incriminaciones hechas por los ofendidos, no resulta de recibo porque se trata de un criterio subjetivo del censor que desconoce la circunstancia objetiva de que momentos antes de los hechos, los ofendidos habían visto a los agresores y por ello no dudaron en reconocerlos y describirlos como sus asaltantes.

Finaliza manifestando el Procurador Delegado que este tipo de alegaciones no tienen vigencia en la actualidad y termina la censura en contraposición con el criterio valorativo del recurrente frente al del fallador, lo que implica que el cargo no puede prosperar.

CONSIDERACIONES

Totalmente inaceptables resultan las censuras elevadas por el libelista contra la sentencia de segundo grado, al hacerlas consistir en errores de derecho por falso juicio de convicción el cual se traduce en el desconocimiento del valor tarifado que la ley otorga a un determinado medio de prueba, cuando bien sabido es que en el derecho procesal penal colombiano rige el principio de la sana crítica en la apreciación de los elementos de convicción.

En esa equivocada postura, el censor eleva una serie de reparos los cuales se orientan principalmente y de manera restrictiva y parcial a controvertir las bases probatorias del fallo, más concretamente el grado de credibilidad que los juzgadores otorgaron a las declaraciones de los agentes de la policía Olimpo Cárdenas Herrera, William Mejía, Jhon William Mayorga González y el Comandante Diego Alonso León, así como al reconocimiento efectuado por parte de los ofendidos a sus victimarios.

Ocurre además, que el libelista hace afirmaciones que no corresponden al contexto de la sentencia censurada porque allí en ningún momento se hizo alusión a confesión alguna por parte de los procesados, ni se tuvo como prueba para determinar la responsabilidad de estos en los hechos acaecidos, diligencia alguna de reconocimiento por parte de los quejosos, lo que no significa que la legalidad de la prueba sea posible de ser suplida por su contenido como finalmente se da a entender por el Delegado.

La inexactitud de las deducciones plasmadas en el libelo que se estudia, obligan a la Sala a precisar que el fallador, en uso de la amplia discrecionalidad que le otorga la ley para sopesar el grado de certeza de los distintos medios legales aportados al plenario, estimó que en este caso se acreditaban los requisitos exigidos por la ley para proferir sentencia condenatoria.

En el desarrollo de su actividad juzgadora y mediante la apreciación racional de las declaraciones aportadas por los ofendidos Fabio Alexander Guzmán Barrios y Alirio Ariza, mediante las cuales informaron las circunstancias en que resultaron afectados, le permitieron llegar al conocimiento de que el día de autos, en momentos en que los ofendidos se disponían a salir de la cigarrería "El Búfalo" al abordar la camioneta en la que repartían helados, se les acercaron dos sujetos que se ubicaron en cada una de las ventanillas

del rodante y los intimidaron con las armas de fuego que cada uno portaba para que les entregaran el dinero y todo lo que tenían. Que cuando el conductor quiso poner en marcha el automotor, los agresores les propinaron sendos disparos. Los dictámenes medicolegales y la historias clínicas de las víctimas, permitieron deducir la existencia del homicidio agravado en el grado de tentativa.

La materialidad del punible de hurto agravado tentado, tuvo como fundamento para el sentenciador el testimonio de Fabio Alexander Guzmán Barrios, quien informó que llevaban $92.000.oo pesos de las ventas de ese día.

En cuanto al aspecto subjetivo o de la responsabilidad de León Carreño y Viña Patiño, resultó relevante para el juzgador el informe policivo conforme al cual los uniformados del CAI de "Yomasa", luego de recibir una llamada telefónica en la que informaban que los sujetos que habían disparado contra Ariza y Guzmán Barrios se desplazaban en un vehículo colectivo y se suministró la descripción de los mismos; instalaron un puesto de control y al pasar el vehículo por el lugar se logró la captura de los procesados.

Además, los testimonios de los policías que dieron cuenta del operativo que se desplegó para lograr la captura de León Carreño y Viña Patiño. Pero fueron especialmente analizadas las declaraciones del Agente William Mejía y del subteniente Diego Alonso Cuervo León, quienes luego de capturar a los presuntos agresores, las condujeron al CAMI de Santa Librada donde fueron reconocidos por las víctimas, quienes se encontraban en dicho centro asistencial.

Estimó el Tribunal que tales declaraciones, en especial la vertida por el citado oficial Cuervo León, comprometían seriamente la responsabilidad de los encausados, pues señaló además que los agentes que se encontraban en el CAI 53 "Yomasa" le informaron que en uno de los colectivos que requisaron iban dos muchachos "agachados" en la parte de atrás y que los hicieron descender porque el conductor manifestaba que se habían subido en el barrio Alfonso López y que aún no le habían pagado los pasajes. Que si bien no se habían hallado armas en poder de los aprehendidos, uno de ellos le manifestó que ellos habían sido los que habían disparado y que el arma la habían arrojado en un lote cercano al sitio donde ocurrieron los hechos.

Agregó a lo que se viene diciendo que los señores Guzmán Barrios y Ariza de manera unánime afirmaron que los capturados, hoy encausados, fueron los mismos sujetos que trataron de despojarlos del dinero y les propinaron los disparos.

Lo anterior, así como los relatos de los ofendidos y la descripción física que se efectuó en las respectivas diligencias de indagatoria, sirvieron al juzgador para colegir que León Carreño fue quien disparó contra Jorge Alirio Ariza y Viña Patiño contra Alexander Guzmán.

Tales circunstancias encontraron perfecta comprobación dentro del proceso y fueron las que sirvieron de fundamento al fallador para deducir la

responsabilidad penal de los enjuiciados, y no solamente las pruebas testimoniales que de manera inadecuada pretendió censurar el libelista. A juicio de la Sala, la sentencia objeto de ataque contiene un cabal y pormenorizado estudio de las pruebas, en el cual expone con claridad las razones por las cuales de ella se deduce la responsabilidad penal de los encartados.

En ese orden de ideas, en nada incide para la estructura del fallo que el actor interprete de manera diversa las pruebas que ataca o que pretenda imprimirles cierta connotación de ilegalidad, porque con ello no logra demostrar que los razonamientos efectuados en torno a la responsabilidad de los encausados se fundamentaron en errores manifiestos en la apreciación de los medios de convicción.Por tales razones, el cargo no puede prosperar.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge 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 Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO/INVESTIGACION INTEGRAL

Lo observado en precedencia pone en claro que la Fiscalía General de la Nación incumplió con su obligación constitucional y legal de investigar el delito y coordinar las funciones de policía judicial, averiguando tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, con grave quebrantamiento de las bases fundamentales del proceso, en seria trascendencia contra el derecho de defensa de (...), quien resultó condenado por un delito que no se investigó.

No existiendo otro medio para subsanar tal quebrantamiento sustancial al debido proceso, la sentencia será casada y en su lugar se anulará desde la resolución de fecha octubre 4 de 1993, inclusive, mediante la cual la Fiscalía 123 Seccional, de la Unidad Primera de Patrimonio de Santa Fe de Bogotá, dispuso el cierre de la investigación, conservando validez la ruptura de la unidad procesal que se dispuso en la calificación, al igual que los elementos de prueba allegados, como el avalúo de los perjuicios causados con el delito (fs. 236 y Ss. cd. inicial).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto diecisiete (17) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No.121 Proceso No. 9953

Decidirá la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto en defensa del procesado Carlos Arturo Pérez Torres, contra la sentencia de fecha 1° de julio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó, con modificaciones únicamente en cuanto a la indemnización de perjuicios, la proferida por el Juzgado 67 Penal del Circuito el 13 de mayo del mismo año, condenándolo a 40 meses y 13 días de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, como coautor de un delito de hurto calificado y agravado.

Hechos

Hacia las dos y media de la mañana del 11 de junio de 1993, cuando el señor Luis Fernando Carrillo Ortiz conducía la camioneta Mazda de placas

BBL-207 por la Autopista del Norte con calle 159 del Distrito Capital, fue interceptado desde otro vehículo por cuatro individuos que portando armas de fuego y diciendo estar vinculados al DAS, adujeron una requisa para despojarlo del automotor y de otras pertenencias.

Posteriormente se logró la recuperación de la camioneta al ser retirada de un parqueadero en Bucaramanga el 29 del mismo mes, en sospechosas circunstancias que fueron denunciadas por la administradora del lugar y condujeron a la captura de Carlos Arturo Pérez Torres y Ricardo González Forunatty.

ACTUACIÓN PROCESAL

Escuchados en indagatoria, González Forunatty fue dejado de inmediato en libertad y a Pérez Torres la Fiscalía 22 de la Unidad Previa y Permanente de Bucaramanga le resolvió la situación jurídica el 6 de julio de 1993, con medida de aseguramiento de detención preventiva, "por el delito de hurto agravado y calificado..., cometido en esta ciudad el 29 de junio de 1993". Luego, anuladas las actuaciones que se adelantaban en las dos ciudades, la Fiscalía Delegada 123 de la Unidad Primera de Patrimonio de Santa Fe de Bogotá calificó la instrucción, el 26 de octubre del mismo año (fs. 153 y Ss. cd. inicial), con resolución de acusación en contra de Carlos Arturo Pérez Torres, como presunto coautor del delito de hurto calificado y agravado, disponiendo la ruptura de la unidad procesal en lo relacionado con Ricardo González Forunatty.

El enjuiciamiento fue apelado por el defensor, pero la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca se abstuvo de tramitar el recurso (diciembre 20/93, fs. 6 y 7 cd. respectivo), por haber sido extemporánea su interposición.

El juicio lo adelantó el Juzgado 67 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, que puso fin a la instancia condenando a Carlos Arturo Pérez Torres, como fue referido al iniciar esta providencia. Al resolver la apelación interpuesta por el defensor, el Tribunal reformó lo relacionado con la indemnización de perjuicios y confirmó lo demás del fallo, frente a lo cual impetra casación la defensa.

LA DEMANDA

Aunque inicialmente menciona la "causal 4a" de casación, es expreso el defensor al referirse a la consagrada en el numeral 3° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad", por violación del artículo 29 de la Constitución y, "por consiguiente", de una larga lista de artículos que no obstante no citar a que estatuto corresponden, se colige son del procesal penal, "que condujo al quebrantamiento de la ley sustancial, artículo 23, artículo 350 y 351 del Código Penal", erigiendo tres cargos:

PRIMER CARGO: Se desconoció al procesado el principio de que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable (arts. 29 Const. y 2° C. de P. P.).

Ensaya demostrar este cargo señalando que su asistido se presenta como un ciudadano honrado, bueno frente a la sociedad, de mediana educación, trabajador, que sostiene que es inocente del cargo que se le imputa y cuya conducta está exenta de dolo, "ya que no tiene conocimiento de que la camioneta fuera de terceros, su intención es arreglarla, ayudarla a salir pero sin la voluntad de infringir una norma penal', lo cual demuestra con su actitud de permanecer al lado de la administradora del parqueadero y "facilitarle los documentos de identidad y demás datos", teniendo además "todas las facilidades para huir" cuando se retiraba hacia una cancha.

Agrega que es supremamente grave que se señale que cuando Pérez Torres estuvo en el parqueadero "conocía el por qué y para qué se iba a sacar la camioneta,... porque se está aceptando como probada una conducta que no lo está, y aún continúa sin probarse..."

Dice que la investigación, que tilda de "irregularmente adelantada", está indicando cómo la administradora del parqueadero alude a un sujeto distinto y a una dama como los que dejaron el vehículo y si éste es entregado en la forma que ella testifica, "no se configura el delito de hurto de que trata el artículo 350 del Código Penal".

Observa que los falladores aceptaron "la acumulación indebida" efectuada por 'las Fiscalías 22 y 1a. de Bucaramanga y lo que no se hizo por ninguna Fiscalía en la ciudad de Santa Fe de Bogotá" y que por esta "ilegal acumulación" consideraron dolosa la actuación de su defendido en Bucaramanga, integrándola con la cometida en Bogotá por los cuatro individuos armados que atracaron a Luis Fernando Carrillo Ortiz, hecho sucedido cuando Carlos Arturo Pérez Torres no se encontraba en esta ciudad y por el cual "no se le recibió indagatoria", mientras que la víctima 'ante las fotografías que se le presentaron no puede reconocer a ninguno porque no corresponden a los rasgos de las dos personas que más puede identificar".

Prevaleció, a criterio del censor, una presunción de culpabilidad sobre la de inocencia y "la ritualidad adjetiva sobre los derechos sustanciales", negándose a su asistido el derecho a permanecer libre hasta "cuando su conducta quedara vinculada formalmente a una acusación sobre evidencias incontrovertibles".

SEGUNDO CARGO: Se quebrantó el debido proceso, "violándose el art. 304 en su numeral 2° del Código de Procedimiento Penal", en cuanto la entrega de la camioneta se efectuó contrariando "el procedimiento de los artículos 64 y 65 del C. de P. P., lo que impidió que al darse el trámite legal se investigara los motivos y conexiones que tenía la señora Cecilia Pérez Carvajal con los delincuentes y profundizar más sobre el reato en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, porque sobre este delito, fuera del denuncio, no existe otra prueba y puede darse que el delito tenga como objetivo el cobro de un seguro".

Aduce además que "se violaron los artículos 87, 88 y 92 del C. P. P.", al aceptarse que la investigación adelantada en Bucaramanga se integrara al "antecedente punitivo" averiguado en el Distrito Capital, "sin estudiar, probar y pronunciarse sobre la conducta del encartado" en aquella ciudad.

No obstante reconocer "conexidad entre uno y otro hecho", dice el defensor que lo indicado era que allá se investigara hasta la calificación del sumario, definiendo si era delito o no, lo relativo a la llevada del vehículo al parqueadero y su retiro, y en Santa Fe de Bogotá se hubiera vinculado a los sujetos que actuaron en esta ciudad, "para en la etapa del juicio ante la debida acumulación saber qué papel juega cada uno en el delito del 11 de junio del año 1993, y no hacer el traslado artificial que la sentencia de segunda instancia aceptó de que estando el procesado Carlos Arturo Pérez Torres vinculado a una circunstancia delictiva o no en la ciudad de Bucaramanga, necesariamente él debía ser condenado por el punible cometido en Santa Fe de Bogotá".

TERCER CARGO: Cita el artículo 304-2 del Código de Procedimiento Penal, para indicar que la sentencia acusada violó el derecho de defensa, al no advertir que a favor de Pérez Torres, fuera de haber sido asistido en la indagatoria por un abogado, no se alegó, ni se solicitó, decretó o controvirtió alguna prueba, quedando "a merced de las Fiscalías", que igualmente dejaron de cumplir lo dispuesto en los artículos 333, 334 numerales 2 a 5, 352 y 356 del Código de Procedimiento Penal pues "no averiguaron quienes eran los autores o partícipes del hecho", no obstante que Cecilia Pérez Carvajal y Luis Fernando Carrillo Ortiz suministraron información que podía haberse constatado, pero la administración de justicia nada aportó "sobre la conducta asumida por los demás autores o partícipes, contentándose con convertir en delincuente a Carlos Arturo Pérez Torres", a pesar de sus expresiones de inocencia.

Deriva de estos cargos, como petición común, la invalidación de la sentencia y que se declare la nulidad del proceso "a partir de la resolución dictada por la Fiscalía... Unidad Previa y Permanente, Fiscal 22, de julio 6 de 1993... o a partir del momento procesal que se estime pertinente".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, encargado, no le encuentra prosperidad a ninguno de los cargos planteados, por lo cual solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

Acerca del PRIMER CARGO, estima que el demandante desconoce tanto la técnica que regula el recurso extraordinario, "como el contenido conceptual de su propio planteamiento", en cuanto el desconocimiento de la presunción de inocencia no encaja en ninguna de las hipótesis generadoras de nulidad.

Agrega que la personal apreciación que el defensor efectúa sobre lo expuesto por su asistido, para resaltar su buen comportamiento en sociedad y darle credibilidad, no se encamina hacia la demostración de un error in

procedendo y cae en el campo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, con lo cual, además de no pasar de una estéril confrontación con el criterio judicial que llega "fortificado con la doble presunción de acierto y legalidad", desborda los parámetros de la causal tercera escogida.

Lo relacionado con la "indebida acumulación" que alega el censor, es para el Procurador una actitud facilista que no desvirtúa los lógicos razonamientos de los falladores, "que apoyados en la figura de la coautoría impropia, imponen condena al enjuiciamiento por tratarse de un solo hecho con diferentes fases de evolución y ejecución".

El SEGUNDO CARGO también carece de posibilidad de éxito, en ese concepto, igualmente por deficiencias de orden técnico y sustancial, pues no cualquier irregularidad procedimental conduce a la nulidad y en este caso, confrontada la decisión de la Fiscalía de Bucaramanga que devolvió el vehículo con el texto del artículo 65 del Código de Procedimiento Penal no se encuentra contraposición, de acuerdo con lo determinado en el numeral 1º de tal norma, debiendo además restablecerse el derecho afectado lo más pronto posible, como en efecto se hizo, sin que insinuar nexos de la administradora del aparcadero con los asaltantes sea de recibo en el derecho.

Observa así mismo el representante de la sociedad que las decisiones judiciales no dejan duda sobre la ausencia de delito en el hecho del retiro del automotor en Bucaramanga, "por tanto la condena en nada involucra tal caso por ser indiferente al derecho penal", mientras el "sustento jurídico-probatorio" de la coautoría impropia no es discutido por el libelista, lo cual releva a la Corte de pronunciarse en tal sentido.

Al Delegado también le resulta insustancial el TERCER CARGO, "pues además de su carencia de fundamento jurídico, aqueja confusión por desconocimiento absoluto de la técnica propia de esta sede, al conjugar argumentos que por su naturaleza deslindan el marco jurídico delimitado en el planteamiento inicial".

Señala que el acusado sí contó con todas la oportunidades para el adecuado ejercicio de su defensa y la omisión de alegar antes de la calificación no tiene entidad suficiente para resquebrajar las garantías debidas al procesado, mostrando el plenario cómo su defensor intervino activamente en el juicio, solicitando pruebas, empleándose a fondo en la audiencia y recurriendo el fallo.

La alegada falta de pruebas a favor del procesado no presenta desarrollo aceptable, pues no señala qué probanzas dejaron de allegarse ni su incidencia efectiva en desmedro del interés defensivo.

No haberse esclarecido la identidad de los demás copartícipes tampoco viola el derecho de defensa de Pérez Torres, "pues el juicio de responsabilidad penal es de carácter individual, no sufriendo variación por la eventual vinculación de terceros". Indica además el representante del Ministerio Público que el correcto enfoque técnico habría sido por la misma causal tercera, pero por transgresión al debido proceso, sin perjuicio de anotar que si se procuró

vincular a otras personas, como lo muestra la ruptura de la unidad procesal en la calificación para proseguir separadamente en contra de Ricardo González Fortunatty, y si el ahora sentenciado hubiera referido a las personas "con las que llevó a cabo su propósito criminal, se hubiera podido tener mayor éxito en la individualización" de los integrantes de la banda criminal.

Finalmente observa el Delegado que no haber Luis Fernando Carrillo Ortiz reconocido en "la tarjeta decadactilar de Pérez Torres" a uno de los "sujetos que lo agredieron cuando lo despojaron del carro", no constituye irregularidad generadora de nulidad, sino que esa alegación habría dado lugar a "error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, propio de la causal primera de casación". Adicionalmente, no puede entenderse que la víctima descartara al procesado "de ser uno de sus asaltantes, pues lo que inequívocamente manifiesta es su imposibilidad de reconocerlos" y la judicatura no lo condenó por haber actuado directamente en el hecho del 11 de junio de 1993 en Bogotá, sino por su participación en la empresa criminal como coautor impropio.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Por el factor común de venir encauzados los tres cargos contra la sentencia condenatoria, dentro de la causal tercera de casación y confluir todos en la petición de "la invalidación de la sentencia de segunda instancia... y declarar la nulidad del proceso" a partir de la resolución dictada el 6 de julio de 1993, mediante la cual la Fiscalía 22 de la Unidad Previa y Permanente de Bucaramanga resolvió la situación jurídica de Carlos Arturo Pérez Torres, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por el hecho al cual más adelante se hará referencia, "o a partir del momento procesal que se estime pertinente' (f. 71 cd. Trib.), la Sala se ocupará de ellos conjuntamente, en lo que, como se verá, converge a la prosperidad de la demanda.

Es ostensible el quebrantamiento del debido proceso en este asunto, con implicaciones así mismo conculcatorias del derecho de defensa, en la medida en que a Pérez Torres, capturado el 29 de junio de 1993 en Bucaramanga, por ir acompañando a quien retiró de un parqueadero el vehículo al que en seguida se hace mención, jamás se le preguntó ni definió la situación jurídica acerca de la actuación que hubiere realizado, directa o indirectamente, en relación con los hechos por los cuales se le acusó y motivaron la sentencia de condena, sucedidos en Santa Fe de Bogotá el 11 de los mismos mes y año, en la Autopista del Norte con calle 159, cuando el señor Luis Fernando Carrillo Ortiz fue despojado de la camioneta Mazda de placas BBL-207 que conducía, al igual que de algunas otras pertenencias, al ser interceptado desde otro vehículo por cuatro individuos que portaban armas de fuego y le intimaron una requisa, aduciendo ser del DAS.

Las indagatorias recibidas a Carlos Arturo Pérez Torres, cuyo original no firmó el Fiscal, y a Ricardo González Formatty, sobre quien después se rompió la unidad procesal, giraron en torno a lo sucedido en la capital de Santander y, como ya se mencionó, al proferirse el 6 de julio de 1993 medida de asegu-

ramiento de detención preventiva contra el primero, le fue imputado únicamente el presunto hurto denunciado por Cecilia Pérez Carvajal, administradora del parqueadero, "cometido el 29 de junio pasado, en la carrera 29 # 40-34 de la ciudad de Bucaramanga", según indica la motivación de dicha providencia y se repite en la parte resolutiva (f. 38 cd. inicial).

Está claro que la recuperación de la camioneta fue propiciada por la mencionada administradora, al creer que quienes la fueron a retirar del parqueadero, que habían contactado un cerrajero, la estaban hurtando en ese momento, lo cual la llevó a comunicarse con la Policía y denunciar lo allí observado, sin tener idea de lo acaecido con el mismo vehículo 18 días antes en Santa Fe de Bogotá, que también evidentemente desconocían el Fiscal que recibió las indagatorias y el que resolvió la situación jurídica que, se repite, se circunscribió a lo relacionado o derivado de los referidos hechos de Bucaramanga, limitación que así mismo se observa cuando se recibió ampliación a Pérez Torres, el 22 de julio (fs. 56 a 58 ib.) y el 4 de agosto de 1993, apareciendo en esta última, por primera y única vez, una vaga e indirecta referencia de PEREZ, a que "la señora del parqueadero" había dicho que "el señor del carro la había llamado y que había aparecido en Bogotá" (f. 72 v. ib.).

El 24 de agosto del mismo año llega por fin, a la Fiscalía Primera Seccional de Patrimonio de Bucaramanga, por intermedio del hermano del propietario de la camioneta hurtada, fotocopia de la denuncia formulada en Santa Fe de Bogotá el 11 de junio de 1993 por Luis Fernando Carrillo Ortiz, mediante la cual dio cuenta del atraco del cual había sido víctima ese mismo día. Con esta base y realizadas algunas otras diligencias, entre ellas la entrega del automotor, el 30 de agosto de 1993 la mencionada Fiscalía dispuso remitir el proceso a la Unidad Especializada de Patrimonio Económico de la capital de la República, al encontrar "plenamente establecido que el hurto del vehículo en comento ocurrió en la ciudad de Santa Fe de Bogotá" (f. 103 v. ib.), cuya investigación no aparece que hubiera merecido alguna labor.

La Fiscalía 123 de la Unidad Primera de Patrimonio Económico de esta capital recibió testimonio a uno de los agentes de Policía que había conocido del hallazgo de la camioneta en Bucaramanga y así mismo escuchó a Luis Fernando Carrillo Ortiz, con quien el 1° de octubre del citado año fueron a la Registraduría Nacional del Estado Civil, donde se le colocaron documentos relacionados con las cédulas de ciudadanía de Ricardo González Forunatty y Carlos Arturo Pérez Torres, "junto con 6 tarjetas decadactilares más, manifestando que no puedo reconocer a ninguna de las personas que me atracaron, porque no corresponden a los rasgos de las dos personas que más puedo identificar" (f. 123 ib.).

Sin más, el 4 de octubre de 1993 la citada Fiscalía declara cerrada la investigación y el 26 de los mismos la califica, rompiendo la unidad procesal para separar la actuación en cuanto a González Forunatty y acusando a Pérez Torres por hurto calificado y agravado. A falta de pruebas sobre el hecho mismo del apoderamiento del vehículo en Santa Fe de Bogotá, trata de hilvanar inferencias para motivar el enjuiciamiento y destaca que Carlos Arturo

Pérez Torres incurrió en inconsistencias al explicar porqué aceptó acompañar a retirar un automotor a alguien que apenas conocía, además de ir a buscar un cerrajero y aparecer luego el vehículo estacionado en la unidad residencial donde se hallaba alojado.

Como la administradora del parqueadero dice que quien llevó allí ese vehículo, "Otero..., le había dejado varios carros a guardar", concluye la Fiscalía que "el tal Otero es quien recibe todos los carros hurtados en el país y se desconoce qué hace con ellos..." También deduce que "cuando fue Otero a dejar la camioneta iba acompañado de una mujer que conducía un jeep y el celador dijo quien entró la camioneta iba acompañado de una dama, sin saber cuál de los dos conducía, luego existe correlación en las personas" y agrega [f. 164 ib.]:

"En síntesis si bien Carlos Arturo no participó personalmente en el atraco en esta capital, sí tiene un enlace delictual con ellos, es una red que posiblemente opera en el país, unos hurtan los vehículos, los que son llevados a otras ciudades donde están los compinches... sencillamente los delincuentes llevan a cabo su acción criminosa mediante el sistema de 'distribución de trabajo'.

No es posible predicar en el caso *sub judice* la inocencia que pregona Carlos Arturo, las pruebas vertidas en el expediente lo señalan como partícipe del hecho investigado, no hay duda que Carlos Arturo conocía perfectamente la mala procedencia del automotor y sin embargo actuó, lo que quiere decir que obró con dolo..."

Así lo ubica como un "presunto coautor" del hurto calificado y agravado, sin explicar porqué tales ilaciones no conducían, por ejemplo, a la configuración de un eventual delito de receptación.

Persiste durante el juicio la grave deficiencia investigativa acerca de la eventual participación, así fuese un remoto acuerdo previo, de Pérez Torres en el apoderamiento inicial del vehículo y las otras pertenencias del conductor; ninguna prueba se allegó sobre el asalto y la movilización subsiguiente del vehículo, ni pregunta alguna sobre ello le fue formulada al procesado en la audiencia.

Sobre tales deficiencias, en la sentencia de primera instancia se afirma que "si bien es cierto no fueron identificados los asaltantes del mentado reato, también lo es que, las manifestaciones posteriores de Carlos Arturo Pérez Torres, hacen inferir por sí solas, su participación en el ilícito..." (f. 282 ib.), efectuando referencias sobre las pruebas que muestran como sospechosa su conducta en Bucaramanga, pero nada que permita inferir coparticipación, tan siquiera por conocimiento previo, en torno a lo acaecido en Santa Fe de Bogotá.

Igual se observa en el análisis realizado por el Tribunal (fs. 33 y 34 cd. Trib., transcripción textual): "... si bien es cierto que no se puede tener como ilícita la salida del vehículo del mencionado parqueadero, la denuncia de este

hecho conllevó a descubrir a un miembro de la banda dedicada a hurtar automóviles, porque constituye axioma cómo la comisión de dicho delito normalmente no actúa una sola persona, sino varias, las que ejecutan materialmente el hecho, los que transportan el vehículo de un lugar a otro, de una ciudad a otra, los que se encargan de ocultarlo mientras deciden negociarlo o venderlo por partes, etc, etc, en cuyos casos todos ellos son coautores impropios."

En síntesis, que de un hecho indicador contingente -haber concurrido a sacar de un parqueadero el vehículo hurtado , se haya extraído la prueba de la coautoría, está poniendo en evidencia lo que en realidad sucedió en este proceso frente al hecho mismo del apoderamiento perpetrado a mano armada en Santa Fe de Bogotá: que no se investigó.

Esto es endilgado por el casacionista en la sustentación del segundo cargo, donde censura el quebrantamiento a la legalidad del proceso ("Art. 304 en su numeral 2° del Código de Procedimiento Penal"), en términos que si bien presentan los defectos de técnica que le reprocha el representante del Ministerio Público, alcanzan a determinar las falencias en que incurrieron los administradores de justicia y ameritan la prosperidad de la casación por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, de acuerdo con la causal tercera aducida por el censor (fs. 68 a 70 ib.):

"... profundizar más sobre el reato en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D. C., porque sobre este delito, fuera del denuncio, no existe otra prueba...

El proceso nos muestra que el caso ocurrido el 11 de junio del año 1993 no se había investigado ni se investigó después... al trasladar la actuación de las Fiscalías 22 y 1a. de Bucaramanga a Santa Fe de Bogotá D. C., sin definir si lo que se había presentado en esa ciudad era delito o no, permitiendo el trasplante de una conducta cuyo dolo se niega como es la de mi patrocinado a una situación ilícita en la cual las circunstancias de tiempo, modo y lugar dicen que es imposible que él estuviera involucrado. Se presenta la expectativa en la sentencia de si Carlos Arturo Pérez Torres fue juzgado por lo de Bucaramanga ? O por lo ocurrido en Santa Fe de Bogotá ? Contrariando así el debido proceso... traslado artificial que la sentencia de segunda instancia aceptó de que estando el procesado Carlos Arturo Pérez Torres vinculado a una circunstancia delictiva o no en la ciudad de Bucaramanga, necesariamente él debía ser condenado por el punible cometido en Santa Fe de Bogotá D. C., el 11 de junio de 1993 aun cuando se contrariara la lógica jurídica al no estar respaldada por una evidencia que nos diga que el procesado quiso el hecho delictivo materia de su condena..."

Cabe reiterar que Pérez Torres resultó condenado por un hecho punible, de cuya participación en el cual jamás se le preguntó, ni durante la instrucción, ni aún en la audiencia pública: el perpetrado en la Capital de la República hacia las 2:30 a. m. del referido 11 de junio de 1993, cuando el señor Luis Fernando Carrillo Ortiz conducía la camioneta Mazda de placas BBL-207 por la Autopista del Norte con calle 159, siendo interceptado desde otro vehículo

por cuatro individuos que portando armas de fuego y diciendo estar vinculados al DAS adujeron una requisa, despojándolo del automotor y de otras pertenencias.

Fuera de lo manifestado por Carrillo Ortiz, el único intento de acopio probatorio que se verificó sobre tal acaecer criminoso, fue el reconocimiento sobre fotografías para cédula de ciudadanía que se aprecia a folio 123 del cuaderno inicial, con resultados negativos. Pero no se efectuó directamente en fila de personas, como debía serlo, ni sobre álbumes de involucrados anteriormente en ese tipo de delitos, ni se realizó gestión eficiente para identificar y vincular a quienes llevaron el automotor al parqueadero.

Tampoco se pusieron en práctica, como elemental reacción oficial inmediata, las medidas de control en las carreteras, que hubieran permitido recuperar el producto del hurto en el trayecto hacia Bucaramanga. Aún más, tan inexistente fue la investigación, que recuperado el vehículo por la Policía de Bucaramanga el 29 de junio de 1993, quienes tenían derecho sobre él se enteraron a finales de agosto del mismo año, no por gestión de la autoridad, sino "en base a una llamada de la señora Cecilia Pérez Carvajal a Montajes Eléctricos de Bogotá informando que la camioneta había durado en el parqueadero de ella como veinte o veinticinco días" (f. 94 ib.).

Lo observado en precedencia pone en claro que la Fiscalía General de la Nación incumplió con su obligación constitucional y legal de investigar el delito y coordinar las funciones de policía judicial, averiguando tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, con grave quebrantamiento de las bases fundamentales del proceso, en seria trascendencia contra el derecho de defensa de Carlos Arturo Pérez Torres, quien resultó condenado por un delito que no se investigó.

No existiendo otro medio para subsanar tal quebrantamiento sustancial al debido proceso, la sentencia será casada y en su lugar se anulará desde la resolución de fecha octubre 4 de 1993, inclusive, mediante la cual la Fiscalía 123 Seccional, de la Unidad Primera de Patrimonio de Santa Fe de Bogotá, dispuso el cierre de la investigación, conservando validez la ruptura de la unidad procesal que se dispuso en la calificación, al igual que los elementos de prueba allegados, como el avalúo de los perjuicios causados con el delito (fs. 236 y Ss. cd. inicial).

Al quedar reabierta la instrucción, el despacho correspondiente de la Fiscalía podrá recibir ampliación de indagatoria a Carlos Arturo Pérez Torres y adelantar la investigación omitida, acerca del hurto calificado y agravado cometido en Santa Fe de Bogotá el 11 de junio de 1993, de acuerdo con lo anteriormente referido.

El aludido procesado continuará en libertad provisional, bajo la misma caución y las obligaciones asumidas cuando le fue concedida la excarcelación (fs. 39 y 69 cd. Corte).

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

RESUELVE:

1° CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

2° DECLARAR LA NULIDAD del proceso, desde la resolución mediante la cual se decretó el cierre de la investigación, inclusive.

Cópiese, notifíquese 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 Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONTROL DE LEGALIDAD/PREVARICATO/DOLO

Resulta claro para la Sala que la figura del control de legalidad introducida a nuestro ordenamiento por la Ley 81 de 1993, presenta unas características y unos objetivos bien definidos.

Así lo expresó la Corporación en providencia de agosto 28 de 1996 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll señalando que "su objeto es específico y lo constituye la medida de aseguramiento -no la restante actuación procesal-, cuya legalidad se deduce genéricamente de la garantía universal del Debido Proceso, consagrada en el art. 29 de la Constitución Nacional; por lo que el juzgador, en el examen a ser efectuado, deberá constatar si ella ha sido adoptada por un hecho que primigeniamente revista carácter delictivo -típico-, si la profirió el "juez natural" o funcionario competente; y si la decisión respeta las formas propias del juicio, el derecho de defensa, y la legalidad de la prueba", precisándose además que su finalidad apunta "a la nulidad de la medida, cuando ésta haya sido adoptada con violación del debido proceso o del derecho de defensa, o haya sido proferida por el funcionario incompetente... a la sustitución de la medida, cuando la selección de la misma no corresponda al tipo penal por el que se procede, a la forma de participación del agente, o en el caso concreto de la detención preventiva, a las hipótesis legalmente previstas para su aplicación en los numerales 4, 5, 6 y 7 del art. 397 del Código de Procedimiento Penal; y... a la libertad del procesado, si como consecuencia de las variantes anteriores deviene aplicable la previsión normativa de su excarcelación.

"Este mecanismo de control no constituye una tercera instancia donde sea posible combatir la valoración que de la prueba hizo el instructor al deducir los requisitos sustanciales exigidos en el art. 388 del C. de P.P. para proferir medida de aseguramiento..."

En el delito de prevaricato, tiene dicho la Corte, "el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia...la Ley no exige para que

se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el art. 149 del Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la Ley; basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia de dolo, sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación. No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo simpatía o animadversión hacia una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así". (Providencia de mayo 20 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado: Acta No. 121. Proceso No. 13775

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación oportunamente interpuesto contra la sentencia fechada en agosto 25 de 1997, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo condenó al Dr.Lisandro de Jesús Prieto Cely, Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, como autor del delito de prevaricato por acción.

HECHOS

En oportunidad anterior la Corte los sintetizó así:

"Al aquí procesado Lisandro de Jesús Prieto Cely, como Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, le correspondió conocer del control de legalidad que sobre la medida de aseguramiento impuso la Fiscalía 17 Seccional de Santa Rosa de Viterbo al Alcalde de Trinidad, Víctor Manuel Solano Montoya. En tal virtud en providencia de 23 de noviembre de 1994, cambió la tipicidad de los comportamientos imputados de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público, a interés ilícito en la celebración de contrato, variando la medida de aseguramiento de detención preventiva a caución. Esta conducta de Prieto Cely es la que se ha considerado constitutiva de presunto prevaricato por acción."

ANTECEDENTES

1. El 10 de mayo de 1994 acudió ante el Procurador Departamental de Casanare un grupo de ciudadanos residentes en el Municipio de Trinidad, con el fin de solicitarle su intervención ante la Alcaldía de esa localidad para que se investigara el manejo irregular que le estaba dando al erario público el

Burgomaestre Víctor Manuel Solano Montoya, procediendo uno de los reclamantes, el señor Alexander Cáceres Maldonado, a formalizar su queja en la cual manifiesta ser el propietario del grupo musical contratado por dicho Alcalde para que el 25 de diciembre de 1993 amenizara las fiestas del municipio de San Luis de Palenque, acordando por ello un pago de $200.000,oo, los que en efecto le fueron cancelados con el comprobante No. 052 de enero 26 de 1994, sólo que en éste figuró la cantidad de $285.000,oo y como concepto "pago de mano de obra, pintura general de la Concentración Urbana San José".

Añadió Cáceres Maldonado que los $85.000,oo de excedente se los entregó, por instrucción del secretario de la alcaldía, a una señorita que había laborado en el cargo de auxiliar de servicios generales.

Se adjuntó fotocopia autenticada del precitado comprobante de pago y sus anexos, todo lo cual efectivamente coincide con las declaraciones de Cáceres acerca de la cuantía y el concepto.

2. También ante la Procuraduría rindió testimonio el odontólogo Luis Mauricio Velásquez Avila acerca de que el alcalde Solano Montoya le expidió, en julio o agosto de 1992, una orden de trabajo cuyo objeto fue el de prestar atención odontológica a niños del municipio por el término de tres meses a cambio de la suma de $1'999.000,oo, suma que en efecto se le pagó en julio del año siguiente pero bajo el concepto de "construcción de una alcantarilla en la vía a la vereda Santa Marta".

La Procuraduría realizó visita a la Tesorería Municipal de Trinidad hallando, en efecto, la cuenta No. 570 de junio 22 de 1993 con base en la cual se pagó la suma indicada por el testigo y por el concepto citado, adjuntándose fotocopia autenticada del comprobante de pago y sus anexos. (Folios 172 a 177 del primer cuaderno).

3. La señora Rosalba Herrera de Acosta declaró que a partir de agosto de 1992 y durante 16 meses fue contratada para suministrarle alimentación a los reclusos de Trinidad, pero los pagos se le hacían por rubros de alcantarillado, construcciones o suministro de materiales, y aunque estas actividades nunca las ejecutó fue así como bajo el concepto de suministro de diez juegos de cama le fueron pagados además $460.000,oo cuando en realidad correspondían a un almuerzo que preparó para celebrar el cumpleaños del Alcalde a comienzos de 1994.

La visita de la Procuraduría ya referida determinó que efectivamente a la declarante se le hicieron pagos según comprobantes Nos. 375 de mayo 21 de 1993, 326 de marzo 25 de 1994 imputado a recursos IVA y 227 de febrero 17 del mismo año con imputación a recursos de regalías petroleras, teniendo el primero como concepto el suministro de 1.567 ladrillos con destino a la construcción de bóvedas para el cementerio, el No. 326 diez juegos de cama destinados al centro de salud y el No. 227 materiales varios para el mantenimiento de la red de acueducto municipal. (fls. 153 a 168 del primer cdno).

4. Finalmente, la visita que la Procuraduría practicó a la Tesorería Municipal permitió establecer que entre el Departamento de Casanare y el Municipio de Trinidad se celebró el convenio interadministrativo No. 095 de septiembre 22 de 1993 con el fin de realizar obras cofinanciadas, efectos para los cuales el Departamento invertiría la suma de cien millones de pesos, obligándose el Municipio a ejecutar las obras según los planes y valores consignados en el mismo acto, lo cual no fue óbice para que el Alcalde de Trinidad, dictando el Decreto 054 de octubre 19 de 1993 por medio del cual incorporó ese dinero al presupuesto municipal, variara algunas partidas bien en su destinación o en su cuantía.

En efecto, además de que la asignación señalada en el Convenio con el propósito de que se hiciera un estudio topográfico para la red eléctrica de la Vereda San Pedro fuera dirigida por el Alcalde al encerramiento de la escuela, también éste modificó las cuantías de otras pues habiéndose previsto en aquel una partida de $2'300.000,oo para la construcción de la unidad sanitaria en la vereda Bucare el Decreto la redujo a $2'000.000,oo, sucediendo similar hecho respecto de las partidas destinadas a la Vereda Sambranero que fue de $1'300.000,oo mientras que el Decreto 054 citado solamente incluye $1'000.000,oo; a la Vereda El Porvenir que siendo de $5'800.000,oo fue reducida mediante el acto administrativo del Alcalde a $5'000.000,oo; a la Concentración San José cuya asignación original de $2'000.000,oo fue ampliada por el Decreto municipal a $4'000.000,oo; y a la construcción Casa del Anciano ya que la cuantía que el Convenio interadministrativo le fijó ascendió a $6'000.000,oo pero el referido Decreto tan sólo destinó $4'000.000,oo, variaciones todas las cuales, no obstante haberse depositado esos $100'000.000,oo en cuentas del Municipio permitieron establecer la no inclusión en total de $1'400.000,oo dentro de las partidas a ejecutar en el prementado Decreto 054 de 1993.

5. También la Procuraduría dispuso la práctica de prueba pericial respecto de las obras contratadas por el Alcalde determinándose la no realización de algunas y sobrecostos en otras, según se detalla entre folios 48 a 64 del primer cuaderno del expediente.

6. Coetáneamente a la investigación adelantada por el ente en mención y con fundamento en similares hechos que permitieron incluso detectar más irregularidades, la Contraloría Departamental de Casanare, en agosto 22 de 1994, abrió juicio fiscal en contra del alcalde de Trinidad y otras personas por un total de $216'550.368,13.

7. Previa denuncia formulada por el Procurador 167 Judicial en lo Penal bajo consideración de ilicitud de los hechos así establecidos, la Fiscalía abrió proceso en contra del Alcalde Víctor Manuel Solano Montoya a quien, luego de vincularlo mediante indagatoria y con un mayor recaudo probatorio, le definió su situación jurídica con resolución fechada en agosto 26 de 1994, disponiendo entonces la Fiscalía 17 de Orocué la detención preventiva del burgomaestre al considerar que las irregularidades cuya comisión se le im-

putó constituían los delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público.(fls.65 a 109, primer cdno.)

8. El entonces defensor del procesado Solano Montoya solicitó al instructor el envío del proceso al Juez competente para que en aplicación del artículo 414-A del C. de P.P. éste controlara la legalidad de la medida de aseguramiento toda vez que, argumenta, en relación con el peculado por apropiación las pruebas demostraban atipicidad absoluta de la conducta del Alcalde, mientras que respecto al peculado por aplicación oficial diferente las mismas no permitían establecer el ingrediente normativo al punto que ni siquiera se había allegado el presupuesto aprobado para el año 92, de modo que la conducta de SOLANO en ese sentido, agrega, era relativamente atípica al igual que la falsedad ideológica por cuanto los documentos cuestionados, al no haber sido tachados de falsos, son auténticos; y si alguna alteración existió ésta no fue cometida por el Burgomaestre sino por los particulares beneficiarios de las órdenes de pago, de ahí que, concluyó el abogado, la medida de aseguramiento haya violado el principio de tipicidad como expresión del de legalidad.

Anexó con su petición fotocopia de la sentencia C-395 de 1994 por medio de la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma invocada.

9. Correspondió conocer de esa solicitud al Juzgado Promiscuo del Circuito de Orocué, a cargo del Dr.Lisandro de Jesús Prieto Cely quien, al aceptarla, dispuso correr el traslado a los demás sujetos procesales, haciendo uso de él el señor Procurador Judicial 167, Dr. Alirio Jiménez Bolaños demandando se declare ajustada a la ley la medida de aseguramiento pues los argumentos del petente, afirma, no hacen relación a un control de legalidad sino a una preclusión de investigación y si se tiene en cuenta el fallo de exequibilidad de la norma, dictado por la Corte Constitucional, ha de concluirse que ningún derecho fundamental se conculcó con la medida de aseguramiento cuestionada.

10. Adelantado el trámite propio de ese instituto procesal, el Juez Promiscuo del Circuito de Orocué dictó la providencia de noviembre 23 de 1994 declarando fundada la solicitud de control de legalidad y en tal virtud dispuso "Modificar, el Numeral Primero de la Resolución de fecha Agosto veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en su lugar dictar medida de Aseguramiento consistente en Caución prendaria...", así como cancelar la orden de captura emitida en contra del Alcalde de Trinidad.

Para esos efectos el Juez consideró ausentes las exigencias legales para imputar la comisión del delito de peculado por apropiación habida consideración que "Las cuentas de cobro que obran dentro del expediente una vez analisadas(sic) en su integridad a través de los diferentes medios de prueba, como son los testimonios rendidos y las indagatorias recibidas, confirman que las firmas que aparecen son las mismas que los beneficiarios o contratis-

tas utilizan en la realización de los diferentes actos de su vida; en el caso concreto los contratistas realizaron su aceptación de los contratos al estampar su firma y el municipio egresó dineros a los mismos de acuerdo al monto total de los(sic) estipulado en las diferentes cuentas de cobro".

Por lo anterior, colige, "la legalidad de las cuentas de cobro se corroboran por la firma de los beneficiarios o contratistas, quienes son las personas que reciben los dineros del Estado y los cuales son gastados en provecho propio y por lo tanto esa conducta Típica se marca en ellos".

En consecuencia, concluye el Juez del Circuito de Orocué, siendo la tipicidad el primer elemento del hecho punible mal podría predicarse del Alcalde la comisión del delito de peculado cuando no se ha comprobado que se hubiera apropiado de dinero del Estado para su beneficio personal, así como tampoco resulta posible imputarle el peculado por aplicación oficial diferente porque "A nuestro modo de ver, no encaja en la conducta desplegada de Víctor Manuel Solano Montoya, ya que obra en cada cuenta de cobro, recibo de materiales correspondientes para determinada obra, o ejecución que debía realizarse por el contratista. Caso diferente es que el contratista o ejecutor de la obra realizara labor diferente".

Finalmente, sobre el punible de falsedad ideológica en documento público, el Juez controlador de la legalidad de la medida de aseguramiento consideró que si bien '...es cierto que en este momento procesal de la investigación, no es posible determinar este hecho punible, por la falta de elementos técnicos y de peritos especializados en la materia... a través de los medios de prueba aportados a la investigación como son testimoniales, documentales, periciales, se puede establecer su legalidad".

Con fundamentos tales el señor Juez, "...modifica la medida impuesta por la Fiscalía 17 de Orocué, por considerar que la conducta desplegada por el Sindicado, se encaja en el artículo 145 del Código Penal, denominado interés ilícito en la celebración de contratos, cuya pena es de seis (6) meses a tres (3) años de prisión."

11. Compulsadas copias de la citada providencia la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo abrió investigación en contra del Dr.Lisandro de Jesús Prieto Cely y acreditándose la calidad de juez que para la fecha de los hechos ostentaba, fue escuchado en diligencia de indagatoria explicando que su actuación frente al control de legalidad en cuestión se fundamentó en un artículo de prensa escrito por el abogado Antonio José Cancino y como entendió que para entonces no se daban los presupuestos legales modificó la detención preventiva por caución, máxime que en el expediente se demostraba que las obras se habían realizado.

Añade que si bien no modificó la adecuación típica de las conductas reprochadas al Alcalde sí consideró que la detención preventiva procede sólo para aquellas personas que requieren rehabilitación carcelaria y en el asunto que se sometió a su control el Burgomaestre no la necesitaba de ahí que,

para protegerle sus derechos fundamentales, le trocó la detención por caución "...teniendo en cuenta las pruebas del proceso y en ese momento no se adecuaban típicamente los delitos señalados por la fiscalía...".

En la etapa del juicio el Dr. Prieto amplió su indagatoria para aceptar el haber incurrido en equivocación al decidir sobre la petición de control de legalidad explicando que ella obedeció a una actuación de buena fe en la que trató de aplicar sus conocimientos y la doctrina existente en una materia que para entonces no presentaba claridad, agravada tal circunstancia por el hecho de que el Municipio de Orocué se encuentra bastante distante y sus comunicaciones son deficientes, por manera que el juez en muchas ocasiones se ve avocado a tomar decisiones sin saber de la vigencia o no de una norma o de la existencia de algún criterio sobre la misma.

Agrega que las pruebas recaudadas no eran del todo suficientes para adecuar típicamente el listado de delitos que consignaba la Fiscalía y que por tanto se estaba atentando contra los derechos fundamentales del sindicado en la medida en que se pretendía privarle de la libertad con base en una adecuación típica que no era compatible con las pruebas aportadas y en consecuencia la medida de aseguramiento impuesta no era la indicada.

Precisa que si bien el agente del Ministerio Público, en uso de traslado, solicitó se denegara la petición sobre control de legalidad, su concepto no es una camisa de fuerza para el juez, pero dada la incompatibilidad de criterios que para ese momento tenían se apartó del expresado por el Procurador 167, máxime que éste creía que su posición en cualquier estrado judicial era la última palabra en derecho, por lo que de no ser compartida ofendía a su ego y procedía a denunciar indiscriminadamente.

12. Adelantada la etapa instructiva se calificó su mérito con resolución de enero 31 de 1996 acusándose al Dr. Lisandro de Jesús Prieto Cely por el delito de prevaricato por acción para luego, en la etapa del juicio, además de oírse la ampliación de indagatoria ya referida, escucharse los testimonios de Pedro Rafael Acevedo Rivera, Juez Promiscuo Municipal de Monterrey; Carlos Germán Rubiano López, Juez Promiscuo Municipal de Orocué; Luis Orlando Cepeda Fonseca, Fiscal 30 de Yopal y Carlos Alberto Barrera Avila, Jefe de la Unidad de Fiscalía de Yopal, quienes coinciden en afirmar la alta calidad moral y profesional que en el ejercicio del cargo de juez ha demostrado el acusado, lo cual también fue declarado en audiencia pública por el señor Juez Promiscuo Municipal de Pesca, Hugo Oswaldo Robayo Pedraza.

Igualmente, en la audiencia pública se escuchó el testimonio del abogado Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal, quien hiciera la petición de control de legalidad, negando haber tenido alguna relación distinta a la de juez-litigante que hubiera podido influir en la decisión cuestionada, explica que dicha solicitud la formuló en razón a que se estaban violando los principios de legalidad y tipicidad en la medida en que las pruebas no acreditaban el concurso de delitos que se le imputaba al alcalde de Trinidad. El señor Juez del Circuito de Orocué, dice, como en otras oportunidades, resolvió, con absoluta impar-

cialidad y objetividad, su petición de manera favorable, no acogiendo así el criterio del Ministerio Público quien, a propósito, le manifestó su intención de denunciar al juez ya que no era posible que éste desconociera su concepto.

La Sentencia Impugnada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha agosto 25 de 1997, dictó sentencia condenatoria en contra del Dr. Lisandro de Jesús Prieto Cely por el delito de prevaricato a la pena de prisión de 14 meses, interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso y pérdida del empleo, concediéndole a la vez el subrogado penal previsto en el artículo 68 del Código Penal, pues consideró que frente al concepto legal de prevaricato por acción el comportamiento del acusado reúne todos los supuestos esenciales y descriptivos que lo integran, como que se acreditó la calidad del sujeto activo además de que con el interlocutorio cuestionado, al cambiar la descripción típica y la medida de aseguramiento sin tener en cuenta la evidencia acumulada ni el patente compromiso de responsabilidad y sin hacer un verdadero juicio de convicción, el acusado dio génesis al delito.

Siendo típico el comportamiento del acusado, puntualiza el *a quo*, las explicaciones del acusado no pueden salir avantes porque al confrontar la resolución Fiscal y el auto del Juez se aprecia un marcado contraste ya que mientras allí se hace una valoración jurídico-probatoria con suficiente fuerza vinculante para restringir la libertad, el acusado forma su convicción en un censurado análisis de los medios persuasivos para eliminar las conductas imputadas al alcalde, basado en hipotética descriminalización, y luego, sin argumentos, adecuarlas al tipo penal de interés ilícito en la celebración de contratos.

Expresó el Tribunal que aunque el Juez incluyó, sin poder hacerlo, en su interlocutorio un delito no considerado por la Fiscalía, tal equívoco no es causa eficiente del atentado contra la Administración Pública, ya que por ser dispositivo novedoso y sin desarrollo jurisprudencial, eran factibles interpretaciones erróneas al aplicarlo, así como tampoco es reprochable el hecho de que el procesado hubiere cambiado la medida detentiva por caución respecto de unas conductas que en su mayoría fueron ejecutadas en vigencia de la Ley 80 de 1993, la cual tenía señalada una pena de 4 a 12 años, pues no hay elementos que permitan deducir voluntad dirigida a incumplir el deber de actuar conforme a derecho.

El comportamiento doloso del acusado, expresa el *a quo*, radica en desconocer las pruebas acumuladas por la Procuraduría, Contraloría y Fiscalía, en omitir un examen analítico que lo llevó a dictar su cuestionada providencia sin apreciar que en los pagos a Alexander Cáceres por interpretar música llanera, o a Rosalba Herrera por un almuerzo de cumpleaños, se dio una verdadera apropiación de los dineros del municipio; sin la debida comprensión que el alcalde, carente de autorización para gastar fondos públicos y sin regulación presupuestal, pagó a Mauricio Velásquez sus servicios odontológicos, o a la señora Rosalba Herrera el suministro de alimentación a

los reclusos, y sin detenerse a examinar que el Alcalde al variar los valores y rubros presupuestales frente al convenio interadministrativo, incurrió en aplicación oficial diferente de los recursos del municipio.

Tampoco avistó el procesado, argumenta el Tribunal, que las órdenes de pago firmadas por el alcalde y emitidas a favor de Alexander Cáceres, Rosalba Herrera y Mauricio Velásquez, además de que reúnen todas las condiciones de documento público, son mendaces en su contenido esencial, encontrando a cambio, no obstante tener a su alcance todas las pruebas, descriminalizado tal acto sólo con una superficial referencia a esos medios de persuasión y a los requisitos que componen la materialidad delictual.

En consecuencia, concluye la providencia recurrida, un examen a los hechos y a las pruebas reflejaba, sin vacilaciones, que el Alcalde había lesionado la Administración y Fe Públicas, luego el enjuiciado no podía desconocer esa realidad para dictar un auto contrario a la ley.

LA IMPUGNACIÓN

Interpuesto y sustentado en oportunidad el recurso de apelación contra la precitada sentencia a fin de que se revoque para en su lugar absolver al Dr.Lisandro de Jesús Prieto Cely se sostiene que al haberse afirmado que el pago hecho a Alexander Cáceres constituía peculado por apropiación es desconocer, o al menos minimizar, el valor de la prueba que demuestra que la obra sí se realizó pues el que se hubiere pagado a quien no la ejecutó no evidencia el desapoderamiento de esa suma, cuando lo importante es que la obra tenía un costo, que ella se realizó y que el municipio debía pagarla.

Por eso, sostiene el recurrente, cuando el Dr. Prieto Cely afirmó que no había prueba para decretar medida de aseguramiento por el delito de peculado por apropiación su decisión se ajustaba a derecho y, desde este punto de vista, la providencia por él dictada no es manifiestamente contraria a la ley, por tanto tampoco puede decirse que hubo dolo o que hubo daño contra la administración pública.

En segundo término aduce el impugnante que si bien a la señora Rosalba Herrera se le pagaron, sin suministrarlos, diez juegos de cama, el proceso ha demostrado que esos elementos sí fueron adquiridos por el municipio y estaban en su poder, luego tampoco hay apropiación.

Refiriéndose al punible de peculado por aplicación oficial diferente que se imputaba al alcalde con fundamento en los pagos hechos a Mauricio Velásquez y a Rosalba Herrera, afirma el apelante que su configuración requiere la demostración del elemento "aplicación debida" cuya determinación corresponde a las leyes, las ordenanzas, los acuerdos o los decretos, lo que no sucede en este caso cuando es un convenio interadministrativo el que compromete la destinación de los recursos careciendo de la fuerza vinculante que sirva de punto de referencia para sostener cuál era la aplicación de los que ingresaron al municipio por ese medio.

No obstante ser cierto, se añade, que en ese convenio se pactara que a los recursos no se les podía dar una destinación diferente, no menos acertado es que el Departamento se obligó a autorizar otra forma de distribución de los mismos si así se requiriera, sin que existiera prueba al respecto cuando se dictó la detención en contra del Alcalde a pesar de que resultaba esencial para tipificar esa clase de peculado, máxime que para que la aplicación oficial se considere diferente es necesario que aquella esté predeterminada en la ley, ordenanza o reglamento.

Además, continúa el recurrente, esta clase de peculado tenía prevista una pena privativa de libertad de seis meses a tres años, no procediendo por tanto la medida detentiva que así resultaba contraria a derecho, de modo que al cambiar el encausado la denominación a interés ilícito en la celebración de contratos no varió para nada la situación del alcalde en relación con el derecho a la libertad, pues en uno u otro caso la medida era la de caución, lo cual evidencia que la conducta del Dr. Prieto Cely no fue dolosa ni antijurídica.

Aunado a lo anterior, sostiene el impugnante, y no obstante haberse establecido en el Decreto 053 de octubre 19 de 1993, que incorporó los recursos provenientes del Departamento al Municipio, un déficit de $1'400.000,oo y la aplicación de recursos a obras no consideradas, tal conducta era atípica pues la simple destinación no es punible, eso sin contar con que el citado déficit nunca fue concretado en términos reales, siendo posible que haya obedecido a una equivocación irrelevante para estructurar un delito de peculado.

Refiriéndose al punible de falsedad ideológica reconoce la defensa que si bien el Dr. Lisandro de Jesús Prieto Cely razona de manera equivocada al afirmar que se requieren pruebas técnicas para acreditarla, dicho desconocimiento no puede calificarse como dolo, mucho menos cuando examinada la trayectoria del funcionario se hace entendible que no sea experto en materia de falsedad.

En conclusión, sostiene el recurrente, para imputar el delito de prevaricato al acusado se requiere la reunión de unos elementos objetivos y subjetivos; dentro de aquellos debe demostrarse que la decisión cuestionada es manifiestamente ilegal, valga decir que la discordancia sea fácilmente perceptible por el entendimiento de las personas comunes que se mueven en el medio judicial, mientras que en relación con los subjetivos el dolo implica que el funcionario conozca que su decisión es contraria a la ley y que además quiere violarla: se requiere una intención torcida y la demostración de que el funcionario conocía cuál era la decisión que correspondía en derecho y que no obstante profirió otra diferente.

Consideraciones

1. *Resulta claro para la Sala que la figura del control de legalidad introducida a nuestro ordenamiento por la Ley 81 de 1993, presenta unas características y unos objetivos bien definidos.*

Así lo expresó la Corporación en providencia de agosto 28 de 1996 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll señalando que "su objeto es específico y lo constituye la medida de aseguramiento -no la restante actuación procesal-, cuya legalidad se deduce genéricamente de la garantía universal del Debido Proceso, consagrada en el art. 29 de la Constitución Nacional; por lo que el juzgador, en el examen a ser efectuado, deberá constatar si ella ha sido adoptada por un hecho que primigeniamente revista carácter delictivo -típico-, si la profirió el "juez natural" o funcionario competente; y si la decisión respeta las formas propias del juicio, el derecho de defensa, y la legalidad de la prueba", precisándose además que su finalidad apunta "a la nulidad de la medida, cuando ésta haya sido adoptada con violación del debido proceso o del derecho de defensa, o haya sido proferida por el funcionario incompetente... a la sustitución de la medida, cuando la selección de la misma no corresponda al tipo penal por el que se procede, a la forma de participación del agente, o en el caso concreto de la detención preventiva, a las hipótesis legalmente previstas para su aplicación en los numerales 4, 5, 6 y 7 del art. 397 del Código de Procedimiento Penal; y... a la libertad del procesado, si como consecuencia de las variantes anteriores deviene aplicable la previsión normativa de su excarcelación.

"Este mecanismo de control no constituye una tercera instancia donde sea posible combatir la valoración que de la prueba hizo el instructor al deducir los requisitos sustanciales exigidos en el art. 388 del C. de P.P. para proferir medida de aseguramiento...".

2. Si bien para la fecha en que el Dr. Prieto Cely conoció la petición de control de legalidad, que le hiciera el entonces defensor del alcalde del municipio de Trinidad, la figura resultaba novedosa, no menos cierto es que la norma no permitía la ilícita aplicación que de ella hizo el procesado, mucho menos cuando, si de pronunciamientos jurisprudenciales o doctrinales se trataba, éstos ya existían, tanto que con su petición el letrado anexó copia de la sentencia C-395 de septiembre 8 de 1994 proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual no sólo declaró exequible el artículo 414 A del C. de P.P. sino que además precisó algunas de las características del instituto puntualizando, entre otras, la no correspondencia a una tercera instancia ni a un recurso adicional encaminado a una nueva valoración de la prueba, puesto que solamente se trata de un mecanismo de control que apunta a la protección de los derechos fundamentales.

Independientemente por tanto de la inteligencia a que obligaba el artículo 54 de la Ley 81 de 1993 y sabido que el juez en sus providencias sólo está sometido al imperio de la ley, resulta indudable que el procesado se adentró en el estudio del control de legalidad con apoyo en los elementos jurisprudenciales y doctrinales con que entonces contaba, pero arribando a ilícitas conclusiones que la norma evidentemente no le autorizaba en modo alguno.

Así, no obstante comprender el juez acusado que "...cuando se presentan diferencias de criterio en asuntos de interpretación jurídica en las que no se

ponen de presente violaciones flagrantes del derecho, ni postura ilógica o irregulares, ni desconocimiento claro de pruebas, ni ausencia de competencia, no es procedente el control de legalidad de las medidas de aseguramiento, como que se desnaturalizaría la finalidad de la institución y se convertiría en una tercera instancia...." o que la legalidad alegada pudiendo ser tanto de índole sustancial, como de naturaleza formal, lo importante es que en uno u otro caso, claramente se quebranten los principios y garantías fundamentales, aparece evidente que la decisión finalmente adoptada no comporta la coherencia deseable con una tal argumentación.

3. Entendiendo el procesado, como que así lo expresó en su providencia, que podía analizar tanto lo formal como lo sustancial, en cuanto se quebrantaren principios y garantías fundamentales, lo mínimo que entonces le exigía la lógica y su obligación de administrador de justicia, era confrontar la medida de aseguramiento, objeto del control, con la norma que le había servido de fundamento, valga decir con el artículo 388 del C. de P.P., ejercicio cuya manifiesta omisión se aprecia en el hecho de que en parte alguna de la decisión cuestionada hizo el imperativo análisis del preciitado artículo o de los requisitos que legalmente se exigen para dictar medida de aseguramiento, ni se detuvo a examinar si las pruebas recogidas por la Procuraduría, Contraloría y Fiscalía, que entonces obraban en el proceso, permitían o no edificar por lo menos un indicio grave de responsabilidad.

Sesgada entonces la legal finalidad del control de legalidad se le hizo producir unos efectos jamás previstos por el artículo 414 A del Código de Procedimiento Penal al punto que la providencia materia del reproche no parece referirse a la prueba legalmente requerida para resolver la situación jurídica, sino para condenar, olvidando que para aquel momento del proceso la categoría del valor probatorio era apenas de probabilidad y no de certeza, exigiendo, fuera de toda previsión normativa, que desde los albores del proceso o para definir la situación jurídica de un indagado, aparezca prueba que responda a este carácter y no a la exigencia legal propia de esa fase del sumario.

Por tanto, desde el momento mismo en que el Dr. Prieto Cely, omitió la confrontación de la medida de aseguramiento, cuyo control de legalidad se le solicitaba, con las exigencias contenidas en el artículo 388 del C. de P.P., encuadró su conducta en el tipo penal del prevaricato por acción previsto en el artículo 149 del C.P.

4. Aún, en gracia de discusión, aceptando la equivocada e ilícita concepción del procesado acerca de que el juez controlador de la legalidad puede realizar una nueva evaluación probatoria, tiénese que de todas maneras la efectuada por el Dr. Prieto Cely no se compadece en nada con los postulados normativos que rigen la valoración de los medios de prueba y especialmente con aquellos que enseñan que toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación, las cuales deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, expo-

niendo el funcionario judicial siempre razonadamente el mérito que le asigna a cada prueba. (Arts. 246 y 254 C. de P.P.).

5. Sobre tales premisas devienen, entonces, infundadas las argumentaciones del recurrente que tienden a demostrar que el señor Juez procesado actuó en consonancia con la ley al considerar que no se tipificaba ninguno de los delitos de peculado, ni el de falsedad ideológica en documento, toda vez que:

a. La investigación contra el Alcalde de Trinidad demostraba que a Alexander Cáceres y a Rosalba Herrera de Acosta se les pagó con dineros del erario municipal unos servicios no prestados al ente territorial, sino al ciudadano Solano Montoya, como que el primero, en enero 26 de 1994, recibió $285.000,oo de los cuales le correspondieron $200.000,oo como retribución por las horas de música que solicitó el Alcalde en las fiestas de San Luis de Palenque entregándose el excedente, por indicación del secretario de la Alcaldía, a una persona que prestó sus servicios como auxiliar, mientras que a Rosalba Herrera, entre los varios pagos que se le efectuaron, el día 28 de marzo de 1994 se le canceló con dineros del Municipio la suma de $441.600,oo a cambio del almuerzo que preparó con ocasión del cumpleaños del Alcalde Solano Montoya.

Emergía, entonces, con absoluta claridad que ni las horas de música, ni el almuerzo de cumpleaños constituían servicios a cargo del Municipio y por lo mismo resultaba ilícito pagarlos con dineros del erario cuando era obvio que mal procedía Solano Montoya al cubrir con recursos del Municipio obligaciones que eran sólo de él, de ahí que forzosamente debía concluirse la efectiva consumación del verbo rector referido en el artículo 133 del C.P., toda vez que en las circunstancias dadas indudablemente el Alcalde se apropió en provecho suyo de dineros del Estado.

Nada de lo anterior se demerita por el deleznable argumento defensivo de que el erario no sufrió desmedro alguno por cuanto finalmente las obras fueron ejecutadas y hallados en poder del ente territorial los cuestionados juegos de cama, pues lo que entonces sucedió, según esa lógica, es que el Alcalde pagó dos veces los mismos servicios, obras y suministros.

La prueba de los asertos que anteceden con que el señor Juez controlador de la legalidad contaba era abundante y en todo caso más que suficiente para al menos colegir ese indicio de responsabilidad que demanda una medida de aseguramiento; ella, incluyendo los testimonios de los beneficiarios de dichos pagos, las mismas órdenes de cancelación, la visita de la Procuraduría, el dictamen pericial, los conceptos de la Contraloría permitía demostrar que a Cáceres y a Rosalba Herrera se les pagó realmente unos servicios con falsa imputación al presupuesto municipal, irregularidad esta que evidentemente bastaba para que el Juez empezara a inferir la apropiación que, aunque también aparecía probada, la argüía desconocida.

En ese estado de cosas el hecho de que las obras de pintura que supuestamente se le pagaban a Cáceres se hubieran ejecutado o el que en poder del

Municipio se encontraran los juegos de cama que supuestamente había suministrado Rosalba Herrera, era una circunstancia que no desvirtuaba en nada aquel según el cual el Alcalde pagó con dineros del municipio obligaciones que le pertenecían sólo a él como persona natural.

b. Si bien la abstracta descripción del punible de peculado por aplicación oficial diferente supone un marco de referencia en el que se señalen la destinación de los recursos y su monto que para el caso en análisis no sería otro que el presupuesto Municipal contenido en un Acuerdo del Concejo de Trinidad y que para el momento en que el Dr. Prieto Cely tomó la decisión que se le reprocha no obraba evidencia de su existencia en el proceso, no menos cierto es que tal carencia, ni siquiera detectada por el Juez, no podía llegar a tener una influencia tal como para descartar la tipificación del delito cuando en el mismo proceso aparecía prueba documental que permitía inferir el indicio de responsabilidad legalmente exigido.

En efecto, es innegable que Luis Mauricio Velásquez y Rosalba Herrera, al atender aquél odontológicamente a niños de Trinidad y ésta suministrar la alimentación a los reclusos, prestaron unos servicios a cargo del Municipio que éste debía pagar y pagó efectivamente, por lo que hasta ahí ninguna reprobación merecería la conducta del Alcalde ni la fundamentación del Dr. Prieto, resultando sí posible hacerla cuando se encuentra y así se le evidenciaba al controlador de la legalidad de la medida de aseguramiento, que dichos servicios no fueron cancelados con partida presupuestal destinada para el efecto sino con una asignación dirigida a obras y construcciones en esa localidad y a suministro de materiales, lo cual se infiere de la simple observación de las órdenes de pago como que a Rosalba Herrera se le canceló, en marzo 2 de 1994, la suma de $853.120,oo por suministro de alimentación a los reclusos pero con cargo al Programa 06, Proyecto 001, segunda parte de recursos por regalías petroleras, que presupuestalmente correspondía al suministro de materiales con destino al mantenimiento de la red de acueducto municipal, en mayo 21 de 1993 se le pagó la suma de $238.464,oo también por alimentación a los reclusos pero los dineros provenían del Programa 006, Proyecto 001 de recursos IVA correspondiente a suministro de materiales de construcción y a Luis Mauricio Velázquez se le canceló, en julio 2 de 1993, $1.990.000,oo por sus servicios odontológicos con imputación al Programa 04, Proyecto 011 recursos de regalías destinados a construcción de alcantarilla en la vía a la vereda Santa Marta.

En consecuencia, conjugada la prueba testimonial y documental recaudada en el proceso seguido contra el Alcalde Trinidad y que obviamente el Juez del Circuito de Orocué debía someter a su análisis, le resultaba a éste no sólo posible sino un imperativo legal conformar el indicio que exigía la aplicación de una medida de aseguramiento pues, se reitera, aquella le hacía patente que las irregularidades así conocidas por su despacho le permitían inferir que el Presupuesto Municipal se estaba ejecutando ilícitamente y sin embargo, sin más argumentación, simplemente se limitó a afirmar, sobre el delito de peculado por aplicación oficial diferente, que "a nuestro modo de ver,

no encaja en la conducta desplegada de Víctor Manuel Solano Montoya, ya que obra en cada cuenta de cobro, recibo de materiales correspondientes para determinada obra, o ejecución que debía realizarse por el contratista. Caso diferente es que el contratista o ejecutor de la obra realizara labor diferente", lo cual en verdad distaba mucho de la realidad procesal que entonces se le presentaba, máxime que tampoco se trataba de que las obras se sujetaran al Convenio Interadministrativo celebrado con el Departamento, sino al Presupuesto Municipal, al cual aquel fue incorporado, permitiendo las referidas pruebas colegir que las asignaciones se estaban ejecutando en manera diversa a la prevista en el Presupuesto de Trinidad.

En ese sentido ninguna incidencia tenía el que no obraran unas autorizaciones o la legalización de los cambios presupuestales que el defensor echa de menos, cuando el propio Alcalde de Trinidad en su indagatoria los explica por errores contables al sentar las partidas.

Siendo por tanto fáctible y legalmente obligatorio, como en efecto lo era, imputar al Burgomaestre la probable comisión del delito de peculado por aplicación oficial diferente, el argumento del apelante, acerca de que comportando dicho punible como medida de aseguramiento una caución la decisión del Juez devenía intrascendente, resultaría fundado sólo en cuanto únicamente fuera esa la infracción penal objeto de la investigación, no siendo esto precisamente lo posible de plantearse en el presente asunto porque también existía prueba de la ejecución de delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento público.

c. La investigación que entonces conoció el Dr. Prieto Cely por virtud del control de legalidad demostraba que, al incorporarse por la Alcaldía los recursos provenientes del Convenio Interadministrativo al Presupuesto Municipal se presentaba una diferencia de $1'400.000,oo, la que siendo manifiesta y fundada en la visita de la Procuraduría y en el dictamen pericial y si bien por sí sola no constituía un delito sí era muy indicativa, en armonía con las demás pruebas, de que probablemente el Alcalde estaba ejecutando delitos contra la Administración Pública, pero aún así el Juez del Circuito de Orocué no encontró mérito para que se hubiera proferido la medida de aseguramiento que dictó la Fiscalía en contra del Burgomaestre de Trinidad.

d. Además de que se acepta por la defensa que en relación con el delito de falsedad documental que se imputaba a Solano Montoya el Juez del Circuito razonó equivocadamente, es evidente que su conducta trasciende al campo penal habida consideración que resultaba indudable que en el proceso seguido contra el Alcalde aparecía ostensible que al expedirse las resoluciones de pago y las respectivas órdenes se certificaban hechos falsos como eran los conceptos o causas de emisión de dichos actos administrativos, todo lo cual fue evadido por el señor Juez que controló la legalidad simplemente argumentando que "...en este momento procesal de la investigación, no es posible determinar este hecho punible, por la falta de elementos técnicos y de peritos especializados en la materia...", sobrando por tanto argumentos para con-

cluir cuán desacertada y contraria a la ley fue su decisión de modificar la tipicidad de los hechos imputados al Burgomaestre de Trinidad y con ello sustituir la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de caución.

6. Significa lo analizado que el Dr.Lisandro de Jesús Prieto Cely adecuó objetivamente su comportamiento a los elementos que estructuran el tipo penal de prevaricato por acción ya que, en primer término, se acreditó que para la fecha de los hechos ostentaba la calidad de servidor público, Juez de la República y en segundo lugar, que en tal condición profirió decisión manifiestamente contraria a la ley, entendiéndose por tal y bien lo precisa el recurrente, como aquella contrariedad fácilmente perceptible por el entendimiento de las personas comunes que se mueven en el medio judicial.

Una simple observación del proceso seguido contra el Alcalde, un análisis muy somero de las pruebas, obligaban a concluir que Solano Montoya sí era probable responsable de la comisión de delitos de peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente y falsedad ideológica en documento público; que la investigación contenía pruebas no sólo de la entidad requerida por el artículo 388 del C. de P.P., sino de mayor contundencia para fundamentar una medida de aseguramiento de detención en su contra y, en consecuencia, para no asumir las decisiones que en forma ilegal tomó el señor Juez Promiscuo del Circuito de Orocué, Dr.Lisandro de Jesús Prieto Cely.

La eficacia de la prueba, que sin duda persuadía al más ignorante, no permitía la actitud de variar la adecuación típica de los hechos, ni sustituir la medida de aseguramiento y mucho menos llegar a la falsa conclusión absolutamente desmotivada de que la adecuación correcta respondía al tipo de interés ilícito en la celebración de contratos, careciendo la providencia que decidió el control de legalidad de una sustentación valedera y fundada en las pruebas recogidas en el proceso de ahí que su manifiesta ilegalidad devenga de la falsa o simulada motivación sobre aspectos que ninguna trascendencia tenían en la investigación, desatendiendo en cambio todo ese cúmulo de pruebas que de manera idónea obligaba a mantener al Alcalde sujeto a la medida de aseguramiento de detención preventiva.

7. Produciendo las pruebas recaudadas en este proceso certeza de la existencia del hecho punible por cuya comisión se acusó al Dr. Prieto Cely, también ellas tienen el mismo efecto en punto de responsabilidad, acerca de la cual el defensor sostiene su señalamiento sólo en cuanto el dolo implica que el funcionario conozca que su decisión es contraria a la ley y que además quiere violarla, la demostración de que el funcionario conocía cuál era la decisión que correspondía en derecho y que no obstante profirió una diferente.

En el delito de prevaricato, tiene dicho la Corte, "el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a

la justicia...la Ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el art. 149 del Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la Ley; basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia de dolo, sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación. No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo simpatía o animadversión hacia una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así".(Providencia de mayo 20 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

Frente a tales razonamientos es claro que la formación jurídica del Dr. Prieto Cely, su inquietud por el estudio, su preocupación por sus obligaciones como administrador de justicia, de que dan cuenta sus colegas que declararon en el juicio, el conocimiento que tuvo de la figura a través de doctrina y jurisprudencia constitucional, el absurdo y total desconocimiento de la realidad probatoria que contenía el proceso son circunstancias que, sin duda, concurren a comprobar esos elementos, conocimiento y voluntad, y permiten afirmar que la decisión del Dr. Prieto no obedeció a una simple disparidad de criterios, o a una equivocada comprensión del mecanismo procesal, o a una inane equivocación de buena fe, sino a una actitud dolosa que, por tanto, merece el juicio de reproche.

Significa todo lo anterior que la sentencia recurrida se encuentra debidamente sustentada en medios de prueba sólidos que han permitido la demostración cierta de los extremos que legalmente demanda el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para proferir decisión de condena por lo cual será confirmada, máxime que no encuentra la Corte reparo alguno en las demás decisiones del Tribunal, a no ser que la suspensión condicional de la ejecución del fallo ha de entenderse únicamente en relación con la pena privativa de libertad.

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

RESUELVE:

Con la aclaración a que se hizo referencia en la parte motiva, CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de 25 de agosto de 1997 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por medio de la cual condenó al Dr. Lisandro de Jesús Prieto Cely.

Notifíquese, devuélvase al tribunal de origen 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.

LIBERTAD PROVISIONAL/ CONCURSO

Ha sido criterio de la Sala, y ahora se reitera, que las funciones de la pena, especialmente en cuanto a la prevención, protección y resocialización, cuando se trata de concurso de delitos, como en el presente asunto, conformado por homicidio agravado y hurto calificado con circunstancias de agravación, pueden y deben verificarse al cumplimiento total de la misma, atendiendo a las connotaciones tan graves de aquellos hechos punibles, que en la mayoría de los casos se cometen a través de verdaderas organizaciones al margen de la ley, con posibilidades reales de generar alarma social y desestabilizar muchas instituciones indispensables para la vida en comunidad.

Cabe recordar que las constancias de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituyen la labor valorativa del juez, pues aquellas consisten exclusivamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, y una guía para otros aspectos, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado, en parte inferible de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron cometidos los reatos, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 121 Proceso No. 10616

La Sala resuelve el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el procesado Pedro Alfonso Chaparro Rodríguez, quien se encuentra privado de la libertad en la Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio, contra el auto del 14 de julio de 1999, mediante el cual le fue negada la libertad provisional.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

Se trata del auto del 14 de julio de 1999, (folio 113 cdno. Corte), mediante el cual la Sala de Casación Penal, negó la libertad provisional al procesado Pedro Alfonso Chaparro Rodríguez, tras verificar que aún no cumplía con el requisito objetivo contenido en el artículo 72 del Código Penal, consistente en el descuento de las dos terceras partes (2/3) de la condena, que le fue dosificada en diecisiete (17) años de prisión.

En aquella oportunidad, ante la carencia del requisito objetivo, la Sala se abstuvo de analizar los aspectos subjetivos contemplados en la misma norma.

DEL RECURSO

En su memorial manifiesta inconformidad con la negativa a sus pretensiones, pero sin formular ninguna censura contra la providencia impugnada, puesto que, como si se tratara exclusivamente de una nueva petición de libertad, se limitó a aportar un certificado adicional por 160 horas de trabajo en extramuros, cuya redención contribuye a lograr el descuento de las dos terceras partes de la condena, si se agrega también el tiempo transcurrido bajo el régimen del internado, después de la expedición del auto materia del recurso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Más que el ánimo de disentir de los razonamientos de la Sala, plasmados en la decisión materia del recurso, lo que se observa es una nueva solicitud de libertad, con apoyo en argumentos que con antelación no habían sido puestos en conocimiento de la Colegiatura.

Por ello, ante la inexistencia de reparos específicos, se mantendrá incólume el auto del 14 de julio de 1999, por el cual se negó la libertad provisional al señor Pedro Alfonso Chaparro Rodríguez.

Sin embargo, mediando una distinta petición de libertad provisional, con base en argumentos nuevos, es preciso analizarla como tal y a ello se procede:

1. El señor Pedro Alfonso Chaparro Rodríguez, fue capturado el diecinueve (19) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991), (folio 7 cdno. 1), y condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Villavicencio, el quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993), a la pena principal de diecisiete (17) años de prisión, equivalentes a doscientos cuatro (204) meses, "como coautor penalmente responsable del punible de homicidio agravado en concurso con el hurto calificado y agravado, este último en el grado de tentativa." (folio 324 cdno. 1).

La sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995), (folio 52 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 noventa y seis (96) meses en privación física de la libertad, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

2. Tratándose de homicidio agravado y hurto calificado, excluidos de los beneficios introducidos por la Ley 415 de 1997, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de que en su favor convergieran a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Como la pena fue dosificada en doscientos cuatro (204) meses de prisión, las dos terceras partes equivalen a ciento treinta y seis (136) meses.

4. Se trata ahora de verificar si el señor Chaparro Rodríguez, alcanza ese guarismo, siendo pertinentes algunas precisiones:

En auto del 14 de julio de 1999, (folio 113 cdno Corte), indicó la Sala que por el trabajo llevado a cabo en prisión correspondía una redención de pena igual a cuarenta (40) meses más cinco (05) días.

A la nueva solicitud se anexó el certificado número 2592, que avala ciento sesenta (160) horas de trabajo en extramuros, por las que eventualmente podría reconocerse como redención de pena el tiempo adicional de diez (10) días, en atención a que las directivas de la penitenciaría remitieron las constancias de "ejemplar" conducta y la calificación "satisfactoria" otorgada por la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza, a las gestiones del procesado. (folios 123, 124 y 125 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 cuarenta (40) meses más quince (15) días.

Sumando la cifra de redención a la de privación física de la libertad, se obtiene un total de ciento treinta y seis (136) meses más quince (15) días de pena descontada, cantidad que supera las dos terceras partes de la condena, que, como se anticipó, equivalen a ciento treinta y seis (136) meses, de suerte que se rebasa el requisito objetivo y se torna imprescindible el pronunciamiento sobre el factor subjetivo previsto en la norma en cita.

5. Este ejercicio ofrece aspectos que se oponen a la aspiración del justiciable, toda vez que los delitos que se le imputan y por los cuales fue condenado a la postre en primera y segunda instancia, (homicidio del conductor para facilitar el hurto del taxi que manejaba), impiden emitir un diagnóstico favorable.

La incursión en el mundo del crimen en compañía de otra persona, con quien compartía el mismo trabajo en mecánica automotriz, con procedimientos preconcebidos y bien definidos, denota en el señor Pedro Alfonso Chaparro Rodríguez, la preparación anticipada del delito y enorme insensibilidad, refle-

jada en la carencia de toda consideración y respeto por los derechos ajenos, factores indicativos de la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como garantía de rehabilitación.

Ha sido criterio de la Sala, y ahora se reitera, que las funciones de la pena, especialmente en cuanto a la prevención, protección y resocialización, cuando se trata de concurso de delitos, como en el presente asunto, conformado por homicidio agravado y hurto calificado con circunstancias de agravación, pueden y deben verificarse al cumplimiento total de la misma, atendiendo a las connotaciones tan graves de aquellos hechos punibles, que en la mayoría de los casos se cometen a través de verdaderas organizaciones al margen de la ley, con posibilidades reales de generar alarma social y desestabilizar muchas instituciones indispensables para la vida en comunidad.

Al respecto, el Tribunal Superior de Villavicencio, en fallo del 25 de enero de 1995, expresó:

No cabe predicar que en este caso un hecho punible esté aislado del otro. El arribo intempestivo y azaroso de la víctima a la estación de gasolina y su inmediata muerte dentro del vehículo a manos de los autores, indica que maniobró de ese modo por la necesidad de buscar ayuda o protección del personal de trabajadores de la bomba. De echo, un grave riesgo lo amenazaba y pensó conjurarlo mediante esta acción. Y le costó la vida.

Queda pues el hurto como explicación válida para la actitud de la víctima. Agréguese el hecho de que el acusado Chaparro era dueño de un taller de mecánica en Acacías donde él y Marquez trabajaban desde hacía algún tiempo, lo que les allanaba el camino para un hecho de esta naturaleza no solo por el local para ocultar el vehículo sino por los conocimientos de su oficio de los dos y los elementos a la mano para deshuesarlo y obtener sus partes."

De esta manera, el pronóstico que se emite acerca del factor subjetivo sobre el procesado no resulta favorable para su pretensión libertaria, pues sin dejar de reconocer el efecto de la detención que está padeciendo, en punto de los fines de la pena, este solo hecho no resulta suficiente para afirmar que han logrado su resocialización, y por tanto, que puedan retornar sin reparo alguno a la sociedad.

También *cabe recordar que las constancias de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituyen la labor valorativa del juez, pues aquellas consisten exclusivamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, y una guía para otros aspectos, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado, en parte inferible de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron cometidos los reatos, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social.*

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

RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER el auto del catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999), mediante el cual le fue negada la libertad provisional al señor Pedro Alfonso Chaparro Rodriguez, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.344.926 de Zipaquirá (Cund.).

SEGUNDO: NEGAR al procesado Pedro Alfonso Chaparro Rodriguez, la libertad provisional solicitada, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

Cópiese, 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 O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Narcotráfico

Tratándose de delitos tipificados en el Estatuto de Estupefacientes, Ley 30 de 1986, excluidos de los beneficios introducidos por la Ley 415 de 1977, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de que en su favor convergieran a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*,

Aprobado Acta No. 122 Proceso No. 15108

La Sala resuelve la solicitud de libertad provisional elevada por el defensor del señor Miguel Enrique Rozo Torres, quien se encuentra detenido en el Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 7, con sede en Santa Fe de Bogotá, bajo la supervisión del Director de la Cárcel Nacional Modelo. (folio 8 cdno. Corte).

Consideraciones de la Corte

1. El procesado Miguel Enrique Rozo Torres, Mayor (r) de Infantería de Marina, fue capturado el seis (6) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991), (folio 6 cdno. 1), y condenado por un Juzgado Regional de Bogotá, el catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), a la pena principal de ocho (8) años de prisión, equivalentes a noventa y seis (96) meses, "por haber sido hallado autor responsable de infracción al Art. 33 de la Ley 30 de 1986", "con pleno conocimiento del ilícito consistente en transportar y llevar consigo la sustancia estupefaciente cocaína." (folio 346 cdno. 3).

La decisión fue confirmada por el Tribunal Nacional, el diecinueve (19) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998), (folio 12 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 tres (43) meses más siete (07) días en privación física de la libertad, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

2. *Tratándose de delitos tipificados en el Estatuto de Estupefacientes, Ley 30 de 1986, excluidos de los beneficios introducidos por la Ley 415 de 1977, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de que en su favor convergieran a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.*

Como la pena fue dosificada en noventa y seis (96) meses de prisión, las dos terceras partes equivalen a sesenta y cuatro (64) meses.

3. Se trata ahora de verificar si el señor Miguel Enrique Rozo Torres, alcanza ese guarismo, siendo pertinentes algunas precisiones:

En auto del 15 de julio de 1999, (folio 33 cdno Corte), indicó la Sala que por trabajo y estudio llevados a cabo en prisión correspondía una redención de pena igual a diecinueve (19) meses más dieciséis (16) días.

A la nueva solicitud se anexó el certificado número 03442, que avala setecientas veintidós (722) horas de trabajo en preparación de alimentos, por las que eventualmente podría reconocerse como redención de pena el tiempo adicional de un (01) mes más quince (15) días, en atención a que las directivas de la penitenciaría remitieron las constancias de "buena" conducta y la calificación "satisfactoria" otorgada por la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza, a las gestiones del procesado. (folios 65 y 68 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 veintiún (21) 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 cuatro (64) meses más ocho (8) días de pena descontada, cantidad que supera las dos terceras partes de la condena, que, como se anticipó, equivalen a sesenta y cuatro (64) meses, de suerte que se rebasa el requisito objetivo y se torna imprescindible el pronunciamiento sobre el factor subjetivo previsto en la norma en cita.

4. Este ejercicio ofrece aspectos que se oponen a la aspiración del justiciable, toda vez que los delitos que se le imputan y por los cuales fue condenado a la postre en primera y segunda instancia impiden emitir un diagnóstico favorable.

A pesar de que el señor defensor se esfuerza por demostrar que a lo largo de su vida, militar y civil, el procesado se ha desempeñado en forma ejemplar, y que durante su permanencia bajo el régimen penitenciario ha luchado por su superación personal, trabajando, aún en tiempo libre, y llegando inclusive hasta adelantar estudios superiores en administración de empresas, y que

con ello satisfaría el presupuesto subjetivo para alcanzar la libertad provisional, lo cierto es que razonamientos como los que a continuación se proponen conspiran contra sus afirmaciones.

La actividad que entraña el comercio de estupefacientes denota en sus agentes enorme insensibilidad, reflejada en la carencia de toda consideración y respeto por sus deberes familiares y sociales, factores indicativos de la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como garantía de rehabilitación. Las circunstancias modales en que el señor Miguel Enrique Rozo Torres, participó en el delito ponen de manifiesto una personalidad ambiciosa y sin escrúpulo, pues la idea de dedicarse al comercio organizado de drogas que producen dependencia, con ánimo de lucro, fue superior al impacto que causa en la ciudadanía el grave daño que se propicia a toda la comunidad.

A lo anterior se suman las consecuencias nefastas que el narcotráfico genera en la juventud, que se consume en el vicio, deteriorando la integración de la familia como célula básica de la sociedad, comportamiento que por sí solo demanda todo el rigor de la función punitiva del Estado, como expresión de la prevención general, que haga posible que estas conductas delictuales no se multipliquen ante la ilusión de enriquecimientos fáciles.

Debe tenerse en cuenta que el señor Rozo Torres, fue oficial de la Armada Nacional, Institución en la que avanzó hasta el grado de Mayor de Infantería de Marina, hoy retirado, y que en sus actividades particulares, al tiempo de la comisión del ilícito, ocupaba el cargo de "Jefe de Seguridad" de una prestigiosa empresa privada, lo cual, sin duda, le permitía movimientos y acceso a ciertas circunstancias y esferas de poder, que fueron utilizadas en pro de las incursiones al margen de la ley para beneficiar al grupo del que formaba parte.

La sociedad puede y debe exigir un comportamiento más acorde con la juridicidad a personas que han pertenecido a las instituciones encargadas de velar por la seguridad ciudadana en todo orden y, que por lo mismo, han recibido instrucción específica destinada a conocer y velar por la garantía de los derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental.

De esta manera, el pronóstico que se emite acerca del factor subjetivo sobre el procesado no resulta favorable para su pretensión libertaria, pues sin dejar de reconocer el efecto de la detención que está padeciendo, en punto de los fines de la pena, este solo hecho no resulta suficiente para afirmar que ha logrado su resocialización, y por tanto, que deba retornar sin reparo alguno a la sociedad.

También cabe recordar que las constancias de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituyen la labor valorativa del juez, pues aquella consiste exclusivamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, y una guía para otros aspectos, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado, en parte inferible de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el

reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social.

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

RESUELVE:

NEGAR al procesado Miguel Enrique Rozo Torres, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.078.057 de Cartagena, la libertad provisional solicitada, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

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, (no hay firma); *Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

La no aplicación del sustituto previsto en el artículo 68 del Código Penal en este caso, tiene recibo en la causal 1ª de casación, cuerpo 1º, artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, es decir la violación directa de dicho precepto sustancial.

Entonces no es dable al recurrente disfrazar tal inaplicabilidad con la alegación de que se ha desconocido el debido proceso y también la noción de "antecedentes" consagrada en el artículo 248 superior, todos estos malabares jurídicos para dar visos de procedencia a la impugnación excepcional prevista en el inciso 3º., artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 122 Proceso No. 16092

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso de casación discrecional interpuesto por el Defensor del procesado Juán Carlos López Gaviria contra la sentencia de junio 2 de 1999, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó al mencionado a 2 años de prisión por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Consideración de la Corte

1. Como la sentencia impugnada fue proferida por el referido delito sancionado en su máximo con 4 años de prisión (art. 1º Dto. 3664 de 1986), 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" (inc. 3º, art. 218 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 lo pedido pueda ser examinada.

2. Al recurrir el fallo confirmatorio del dictado por el Juzgado Promiscuo del Circuito de la Virginia, el defensor de López Gaviria sustenta que no habérsele concedido a éste la condena de ejecución condicional se violaron los artículos 29 y 248 de la Constitución Nacional, pues se arguyó para dicha negativa por parte de los sentenciadores de instancia que "dos semanas después de ser sorprendido en el porte de arma que nos ocupa cometió el delito de hurto calificado y agravado", más de "la presunta participación del señor López Gaviria en (sic) un grupo de personas que continuadamente se dedicaban a robar motocicletas en el sector en que fue aprehendido". (fl.29 cdno. Trib.).

Hace consideraciones sobre la naturaleza del delito de porte ilegal de armas y las circunstancias en que lo cometió el procesado, deduciendo que al no otorgársele el subrogado penal "se le está penando dos veces" (fl.31 infra.), a más de que "es y debe ser siempre un derecho fundamental el de considerarse sólo como antecedente penal las sentencias condenatorias en firme precedentes al acontecer delictual que en este proceso se juzga" (fl.33).

Estima, finalmente, que "en la sentencia se consideraron factores extraproceso y otros ajenos al mandato legal del artículo 68 del Código Penal al considerarse válidos para determinar los rasgos de la personalidad del señor López Gaviria".

3. A tales planteamientos del impugnante extraordinario debe responder esta Sala:

La no aplicación del sustituto previsto en el artículo 68 del Código Penal en este caso, tiene recibo en la causal 1ª de casación, cuerpo 1º, artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, es decir la violación directa de dicho precepto sustancial.

Entonces no es dable al recurrente disfrazar tal inaplicabilidad con la alegación de que se ha desconocido el debido proceso y también la noción de "antecedentes" consagrada en el artículo 248 superior, todos estos malabares jurídicos para dar visos de procedencia a la impugnación excepcional prevista en el inciso 3º., artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Sin perjuicio de lo dicho es conveniente recordar que los falladores de instancia coincidieron en que no era aplicable la condena de ejecución condicional (art.68 C.P.) porque "si bien es cierto en el expediente no reposa constancia de antecedentes judiciales anteriores a la comisión de este hecho punible" (fls.132 infra y 13 supra. Cdno. Trib. y 133 cdno. No.1.) , de todos modos fue condenado por el delito de hurto agravado, "denotando con ello su tendencia a infringir normas penales" y también si se tiene en cuenta que, según constan en el expediente, el procesado López Gaviria "se dedicaba a robar motos en el sector".

Esas razonadas consideraciones no pueden, repítese, afirmarse como violatorias al debido proceso, aparte de que, contrariamente a lo sostenido por el actor y como se acaba de ver, el fallo impugnado expresamente reconoció que la sentencia por el delito de hurto no constituye un "antecedente".

Así las cosas, no se admitirá la impugnación y, como la sentencia objeto de la misma queda en firme, el expediente se devolverá al Tribunal.

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 procesado Juán Carlos López Gaviria contra la sentencia de junio 2 de 1999, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó al mencionado a 2 años de prisión por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

2. En firme este auto, regresa el proceso al Tribunal de origen.

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 Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia/ **TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/REPARACION DEL DAÑO/ REDENCION DE PENA**

El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (mod. art. 3° Ley 81 de 1993) claramente consagra dos oportunidades para que el procesado pueda solicitar sentencia anticipada:

- Desde la resolución de situación jurídica hasta el cierre de investigación.

- Desde la resolución acusatoria hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública.

Si el procesado opta por la primera de dichas hipótesis (que, entre otras cosas, comporta una rebaja de pena mayor), pero no admite los "cargos" que contiene la resolución que ha definido su situación jurídica, no se ve razón alguna para dudar de que, no obstante ello, pueda perfectamente acudir a la segunda hipótesis, en la cual ya enfrenta los cargos propiamente dichos contenidos en la resolución acusatoria.

Ni del mencionado artículo 37, ni de otra u otras disposiciones que tengan relación con éste, cabe siquiera inferir la prohibición de que el implicado haga uso de los dos eventos allí previstos y que se extractaron líneas atrás.

Es sabido que la hermenéutica jurisprudencial sólo se exhibe necesaria cuando el correspondiente texto constitucional o legal le da cabida; pero si, como en este caso, "no hay nada qué interpretar", la jurisprudencia devendría superflua o como mínimo redundante, en el sentido de que ante la respectiva claridad, aparte de "repetir", y por sustracción de materia, nada tiene que aportar.

Al respecto bien dice el artículo 27 del Código Civil que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Entonces en este punto no se presenta, a contrario de lo que estima el actor, necesidad de desarrollar la jurisprudencia.

A igual conclusión se llega con respecto a la "reparación" contemplada en el artículo 374 del Código Penal y que autoriza al juez a disminuir las penas señaladas en los delitos contra el patrimonio económico, "de la mitad a las tres cuartas partes", si antes de dictarse sentencia de primera instancia se restituye el objeto material del delito o su valor y se indemnizan los perjuicios causados con el delito.

- "La capacidad económica", del sindicado que plantea el recurrente, no tiene incidencia alguna en dicha atenuante por reparación, pues tanto el objeto material del delito, como los perjuicios por éste ocasionados, responden imprescindiblemente a una cuantificación OBJETIVA, bien fijada por el perjudicado, ora por el perito o finalmente por el Juez (C.P.P. arts. 295, 264. C.P. arts. 106 y 107), teniendo en cuenta obviamente cada caso concreto. Es decir que la referida capacidad económica del implicado resulta enteramente extraña a la hora de determinarse el monto del objeto material del delito y de los perjuicios correspondientes.

En cuanto a la expresión "podrá" que utiliza el citado artículo 374, y sobre el cual discurre el recurrente, ya dijo esta Sala en sentencia de casación de noviembre 23 de 1998 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll):

"La inflexión verbal "podrá", a la cual se ha hecho alusión, está referida a la facultad que tiene el Juez de reducir la pena de la mitad a las tres cuartas partes, es decir, a la posibilidad de fijar el quantum entre los límites mínimo y máximo que la propia norma consagra, teniendo por norte los criterios establecidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal.

Con dicha directriz sólo se pretendió fijar un marco de racionalidad en la aplicación de la consecuencia jurídica, en manera alguna condicionar al criterio del juzgador la procedencia de la norma misma".

En cuanto a "qué plazo debe operar" para se acreedor a la aludida rebaja "por reparación", igualmente el citado artículo 374 es expreso y nítido al determinar que la mismo debe darse "antes de dictarse sentencia de primera instancia"; claridad que, repítese, hace innecesaria cualquier intervención de la jurisprudencia en este punto.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 122 Proceso No. 16013

Se pronuncia la Sala sobre la procedencia del recurso de casación discrecional interpuesto por el Fiscal Local 239 contra la sentencia anticipada de febrero 15 de 1999, mediante la cual el Juzgado 27 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá en segunda instancia condenó a Franklin Harold García

Ibañez y Adolfo Armanadio Quiroz Ospina a 9 meses y 8 días de prisión, y 7 meses de prisión, respectivamente, por el delito de hurto calificado y agravado.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

1. Como la sentencia impugnada fue proferida en segunda instancia por un Juzgado Penal del Circuito, 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", según el inciso 3°., artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, 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 de segunda instancia que modificó en cuanto a la pena el que dictó el Juzgado 72 Penal Municipal, sustenta el fiscal 239 que se hace necesario desarrollar la jurisprudencia con relación a dos puntos:

- "Cuando los sujetos incriminados solicitan sentencia anticipada en la fase instructiva, y al efectuarse los peticionarios no aceptan los cargos, y cuando ésta, el ciclo investigativo clausurado vuelven y la piden" (fls.278, sic).

Sobre el descuento de pena que por reparación consagra el artículo 374 del Código Penal, dice que la jurisprudencia "no hizo claridad sobre si se debe tener en cuenta la capacidad económica y qué lapso debe operar para obtener esa merma de la pena" (id.).

3. Dichos planteamientos merecen las siguientes réplicas:

a) El artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (mod. art. 3° Ley 81 de 1993) claramente consagra dos oportunidades para que el procesado pueda solicitar sentencia anticipada:

- Desde la resolución de situación jurídica hasta el cierre de investigación.

- Desde la resolución acusatoria hasta antes de que se fije fecha para la celebración de la audiencia pública.

Si el procesado opta por la primera de dichas hipótesis (que, entre otras cosas, comporta una rebaja de pena mayor), pero no admite los "cargos" que contiene la resolución que ha definido su situación jurídica, no se ve razón alguna para dudar de que, no obstante ello, pueda perfectamente acudir a la segunda hipótesis, en la cual ya enfrenta los cargos propiamente dichos contenidos en la resolución acusatoria.

Ni del mencionado artículo 37, ni de otra u otras disposiciones que tengan relación con éste, cabe siquiera inferir la prohibición de que el implicado haga uso de los dos eventos allí previstos y que se extractaron líneas atrás.

Es sabido que la hermenéutica jurisprudencial sólo se exhibe necesaria cuando el correspondiente texto constitucional o legal le da cabida; pero si, como en este caso, "no hay nada qué interpretar", la jurisprudencia devendría superflua o

como mínimo redundante, en el sentido de que ante la respectiva claridad, aparte de "repetir", y por sustracción de materia, nada tiene que aportar.

Al respecto bien dice el artículo 27 del Código Civil que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Entonces en este punto no se presenta, a contrario de lo que estima el actor, necesidad de desarrollar la jurisprudencia.

b) A igual conclusión se llega con respecto a la "reparación" contemplada en el artículo 374 del Código Penal y que autoriza al juez a disminuir las penas señaladas en los delitos contra el patrimonio económico, "de la mitad a las tres cuartas partes", si antes de dictarse sentencia de primera instancia se restituye el objeto material del delito o su valor y se indemnizan los perjuicios causados con el delito.

- "La capacidad económica", del sindicado que plantea el recurrente, no tiene incidencia alguna en dicha atenuante por reparación, pues tanto el objeto material del delito, como los perjuicios por éste ocasionados, responden imprescindiblemente a una cuantificación OBJETIVA, bien fijada por el perjudicado, ora por el perito o finalmente por el Juez (C.P.P. arts. 295, 264. C.P. arts. 106 y 107), teniendo en cuenta obviamente cada caso concreto. Es decir que la referida capacidad económica del implicado resulta enteramente extraña a la hora de determinarse el monto del objeto material del delito y de los perjuicios correspondientes.

En cuanto a la expresión "podrá" que utiliza el citado artículo 374, y sobre el cual discurre el recurrente, ya dijo esta Sala en sentencia de casación de noviembre 23 de 1998 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll):

"La inflexión verbal "podrá", a la cual se ha hecho alusión, está referida a la facultad que tiene el Juez de reducir la pena de la mitad a las tres cuartas partes, es decir, a la posibilidad de fijar el quantum entre los límites mínimo y máximo que la propia norma consagra, teniendo por norte los criterios establecidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal.

Con dicha directriz sólo se pretendió fijar un marco de racionalidad en la aplicación de la consecuencia jurídica, en manera alguna condicionar al criterio del juzgador la procedencia de la norma misma".

c) En cuanto a "qué plazo debe operar" para se acreedor a la aludida rebaja "por reparación", igualmente el citado artículo 374 es expreso y nítido al determinar que la misma debe darse "antes de dictarse sentencia de primera instancia"; claridad que, repítese, hace innecesaria cualquier intervención de la jurisprudencia en este punto.

Como no se da el mencionado requisito, no se concederá el recurso y el fallo impugnado queda entonces en firme. El proceso será devuelto al Juzgado 27 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

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 Fiscal Local 239 contra la sentencia anticipada de febrero último, mediante la cual el Juzgado 27 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá en segunda instancia condenó a Franklin Harold García Ibáñez y Adolfo Armanadio Quiroz Ospina a 9 meses y 8 días de prisión, y 7 meses de prisión, respectivamente, por el delito de hurto calificado y agravado.

2. En firme este auto, devuélvase el proceso a dicho Juzgado.

Cópiese, notifíquese y 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 Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION-Competencia de la Corte y de la Fiscalía

Una vez más debe reiterar la Sala que la competencia que la ley le asigna para resolver las solicitudes de cambio de radicación, de un distrito judicial a otro, se circunscribe a aquellos procesos penales que se encuentran en la fase del juicio, como claramente lo preceptúa el numeral 8° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, etapa que, como bien sabido es, tiene su inicio con la ejecutoria de la resolución de acusación.

Como el numeral 4° del artículo 121, ibidem, modificado por el artículo 17.4 de la ley 81 de 1993, dispone que corresponde al Fiscal General de la Nación, durante la etapa de la instrucción, y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro, mediante resolución motivada, el presente asunto será enviado a aquel Despacho para los fines que estime pertinente.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 122 Proceso No. 15919

Resuelve la Corte lo que en derecho corresponda respecto a la solicitud de cambio de radicación que ha elevado el defensor del procesado Alvaro González González, en el diligenciamiento que cursa en su contra por los delitos de homicidio, homicidio en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego.

Fundamentos de la Petición

El defensor del procesado solicita el "cambio de radicación del sumario N° 1136 que cursa en la Fiscalía 29 Seccional de Yopal (Casanare), contra los señores Alvaro González González y Jairo Sánchez Plazas, por los punibles de homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas, y asignarlo a una de las Fiscalías de la Unidad de Vida de la ciudad de Santa Fe de Bogotá y su ulterior conocimiento por parte de uno de los Juzgados Penales del Circuito de esta ciudad capital".

Considera que su solicitud es procedente por cuanto que en la región en donde se adelanta el proceso, actúan diferentes grupos al margen de la ley que hacen "de las suyas" sin que pueda intervenir la autoridad, al punto que esas denominadas "autodefensas" ingresan a la Cárcel del Circuito y se llevan a los detenidos.

Igualmente, por haber sido la víctima del homicidio, señor Luis Fernando Cely Caballero, una persona destacada en la sociedad y haber tenido lazos de parentesco con un escolta del actual Gobernador del Casanare, su defendido ha sido objeto de amenazas contra su vida, además que el verdadero autor del hecho se ha mostrado como su enemigo.

Del mismo modo, dice, se siente amenazado, a tal punto que permanece la mayor parte del tiempo oculto en su oficina y poco acude a la Fiscalía 29, por temor a "ser acribillado por los grupos de autodefensa", circunstancias que le han impedido allegar y solicitar pruebas en aras del ejercicio del derecho de defensa a él encomendado.

Agrega que ante la dirección del centro carcelario pidió el traslado de los internos, lo que le fue negado, por cuanto que el citado fiscal no dio su autorización, razón por la cual elevó solicitud directamente ante el Inpec.

Finaliza demandando a la Sala que los datos por él suministrados se mantengan en "reserva para evitar peores consecuencias".

Consideración de la Corte

Una vez más debe reiterar la Sala que la competencia que la ley le asigna para resolver las solicitudes de cambio de radicación, de un distrito judicial a otro, se circunscribe a aquellos procesos penales que se encuentran en la fase del juicio, como claramente lo preceptúa el numeral 8° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, etapa que, como bien sabido es, tiene su inicio con la ejecutoria de la resolución de acusación.

Del escrito presentado por el defensor del procesado, se infiere que el diligenciamiento se encuentra en la fase instructiva, toda vez que de él viene conociendo la Fiscalía 29 Seccional de Yopal (Casanare), razón por la cual no es la Corte la llamada a definir el cambio pretendido por el peticionario.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de resolver la solicitud.

Ahora bien, *como el numeral 4° del artículo 121, ibídem, modificado por el artículo 17.4 de la ley 81 de 1993, dispone que corresponde al Fiscal General de la Nación, durante la etapa de la instrucción, y cuando sea necesario para asegurar la eficiencia de la misma, ordenar la remisión de la actuación adelantada por un fiscal delegado al despacho de cualquier otro, mediante resolución motivada, el presente asunto será enviado a aquel Despacho para los fines que estime pertinente.*

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

RESUELVE:

1°) ABSTENERSE de resolver la petición de "cambio de radicación" presentada por el defensor del procesado Alvaro González González, por las razones en precedencia puntualizadas.

2°) En consecuencia, para los fines que estime pertinente, remítase el asunto al señor Fiscal General de la Nación.

Cópiese 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.

CASACION-Interés para recurrir-Apelación

Cuando el sentenciado en primera instancia no apele oportunamente, o habiéndolo hecho no apele como es debido (por no sustentar en debida forma), carece de interés para impugnar en casación el fallo de segundo grado que revisó el que por esta circunstancia debe entenderse consentido. Estas consideraciones salvo, claro está, la violación a las garantías constitucionales, que le imponen al juzgador un pronunciamiento oficioso.

En las providencias de esta Sala que cita la Procuraduría en su concepto. (sent. Cas. Sept. 5 de 1996. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll) y en otras varias más, se ha ratificado que el no apelante no puede convertirse en impugnador en casación, pues ello equivaldría en la práctica a la aceptación de omisión que el legislador no ha institucionalizado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado por Acta No.118 (agosto 11/99) Proceso No. 11104

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de Eduardo Montaña Pantaleón, contra la sentencia de junio 2 de 1.995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín condenó a dicho procesado y a Hernando Molina Rivera a 18 meses de prisión por el delito de estafa en el cual figuran como ofendidos Gustavo Adolfo Márquez Gómez y Alfredo Márquez Restrepo.

ANTECEDENTES

1. El sentenciador de primera instancia resume así los hechos materia del proceso:

"A finales del año 1.990 Pedro José Lega Rueda, como ingeniero del Capurganá Caribean Club, se presentó a las oficinas del señor Gustavo Adolfo Márquez Gómez a proponerle cambio de artículos náuticos que expende en su negocio por acciones de la empresa para la que él trabajaba; posterior-

mente regresó proponiéndole compra de su finca El Bosque ubicada en el municipio de El Peñol también para la firma Caribean Club o Corimev Ltda., como el señor Márquez le pidiera ochenta millones de pesos por el inmueble y a Lega Rueda le pareciera aceptable ese precio, lo puso en contacto con Eduardo Montaña Pantaleón, dueño del Club, se reunieron y negociaron la finca en el valor antes mencionado, pagadero así: nueve acciones del CLUB, se corrige, del Capurganá Caribean Club a seis millones de pesos cada una, trece millones en la construcción de dos cabañas en otra propiedad del vendedor y un pagaré por trece millones con plazo de un año, la construcción de las dos cabañas se haría en el término de seis meses.-

"Después de estar bien informado sobre el asunto, se le exhibió el certificado de la Cámara de Comercio de Medellín, sobre la constitución de la sociedad comercial "Corporación Integral de Mercadeo y Ventas Limitada, pudiendo utilizar la sigla 'Corimev Ltda.", conformada por Hernando de Jesús Molina Rivera, William Alvaro García Velasco, Rodrigo Jiménez Betancur y Eduardo Montaña Pantaleon: se le dio a conocer la maqueta y el proyecto dizque ya iniciado de construcción de las cabañas en Capurganá, el señor Márquez Gómez suscribió un documento de compra venta con el primero de los accionistas como representante legal de la sociedad, recibiendo en ese momento los contratos de compra de acción números 0317, 0320, 0322, 0349, 0350, 0351, 0352, 0353 y 0359, el pagaré por $13.000.000 con fecha de vencimiento el 20 de noviembre de 1991 y otro pagaré por igual valor, garantizando la construcción de las dos cabañas en Guatapé con vencimiento a mayo 20 de 1991, acto que fue protocolizado en la Notaría 21 del Círculo de Medellín.

"El 20 de noviembre de 1990, en la misma Notaría, el vendedor Marquez Gómez otorgó la escritura pública de la finca negociada con Montaña Pantaleón, a favor de Corporación Integral de Mercadeo y Venta Limitada "Corimev Ltda.", representada legalmente, repetimos, por Hernando de Jesús Molina Rivera (Escritura 106, fls. 17), finca de la cual, inmediatamente tomaron posesión sus compradores para más adelante gravarla con una hipoteca en primer grado a favor del señor Oscar Restrepo Velez.

"Transcurrido el término de vencimiento de los pagarés y después de haber abandonado la oficina que los habilidosos compradores tenían por la 70, el señor Márquez logró localizar a Eduardo Montaña Pantaleón quien le manifestó que no había problema, que le firmaba un compromiso de cumplimiento por diez millones de pesos si en un mes no le pagaba y volvió a desaparecer, enterándose luego que este señor tenía oficina en Envigado en el Centro Comercial La Casona, procediendo entonces a denunciarlo penalmente por considerarse estafado". (fls. 912 y 913 cdno. N°2).

2. Esos hechos fueron denunciados por el referido Gustavo Márquez Gómez (fl. 1 cdno. Nro. 1), la Fiscalía -Unidad Primera de Patrimonio- abrió investigación (fl. 9), admitió al mencionado como parte civil (fl. 36) e indagó a Eduardo Montaña Pantaleón (fl. 36), quien dijo que lo que ocurre es que "no me han salido bien las cosas", que no ha cometido delito alguno y que de todas mane-

ras se encuentran sus respectivas acciones para responder por cualquier cosa.

- Se profirió medida de aseguramiento contra Montaña Pantaleón (fl. 101), la cual fue confirmada (fl. 214).

- Practicadas otras pruebas, se oyó en indagatoria al ingeniero Pedro Lega Rueda (fl. 421) y la Fiscalía se abstuvo de proferir a su respecto medida de aseguramiento (fl. 538 cdno. Nro. 2).

-Luego de surtido el trámite legal, se declaró persona ausente a Hernando Molina Rivera (fl. 538-2).

3. Cerrada la instrucción, ésta se calificó, por medio de resolución de marzo 10 de 1.994 (fl. 612-2) y los referidos sindicados Montaña y Molina fueron acusados por el delito de estafa. En cuanto a Lega Rueda se precluyó la investigación.

Tal acusación fue recurrida por la defensa y recibió entera confirmación mediante proveído del 29 de agosto de 1999 (fl.740 cdno. # 2).

4. El Juzgado 2°. Penal del Circuito de Medellín practicó varias pruebas (fls. 783 y ss), celebró audiencia pública (fl. 899) y, en armonía con la acusación, dictó sentencia de marzo 6 de 1.995 (fl. 911), mediante la cual condenó a los acusados a la pena principal de 18 meses de prisión.

El procesado Montaña Pantaleón y su defensor apelaron dicho fallo (fl. 949) y el Tribunal, por medio del suyo que se ataca en casación (fl. 950), lo declaró parcialmente desierto por deficiente sustentación y sólo entró a conocer del mismo en cuanto a la nulidad por atentado al debido proceso. Así en la parte resolutiva hace la mencionada declaratoria de deserción y niega la nulidad en cuestión (fls. 964 y 965).

El procesado le otorgó poder a otra profesional y es ésta quien presenta la demanda de casación.

LA DEMANDA

Dice la casacionista que las siguientes son "las causales propuestas" (fl. 1005 cdn. Nro. 2).

CAPITULO I

"Nulidad por violación al derecho de defensa" (fl. cit).

Anota que "los falladores de instancia, en abierta contradicción a lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Nacional inciso final y 249 del Código de Procedimiento Penal, solamente ordenaron y practicaron aquellas pruebas que iban en contra del acusado, dejando de ordenar y practicar las que hubieran podido llegar a favorecerlo". (id).

Manifiesta que el procesado Eduardo Montaña Pantaleón, en su indagatoria y en otras oportunidades procesales, manifestó unos hechos a modo de

exculpación, como también su defensor solicitó en la etapa del juicio la práctica de unas pruebas, las cuales le fueron negadas por el juzgado "únicamente con la siguiente motivación: 'son innecesarias'" (fl. 1.007) por lo cual afirma a continuación:

"Los funcionarios de instrucción nada hicieron para tratar de corroborar los dichos del implicado citados anteriormente, ni de oír en declaración a algunos de los otros 88 socios, lo cual hubiera permitido tener una idea imparcial de la situación y desvirtuar con ello el predicado ardid, pues permitía entender que la creación del club era una realidad. Los Márquez tuvieron la posibilidad de enterarse a plenitud en qué consistía la formación de un club recreativo y que el ofrecimiento inicial para la colocación de acciones se hacía con fundamento en maquetas, planos y los lotes disponibles, además, que en caso de liquidación por insolvencia o quiebra por tratarse de una sociedad conformada sin ánimo de lucro, los remanentes debían entregarse a una entidad de beneficencia folio 87.

"El *a quo* como se precisó, también negó esa posibilidad que permitía clarificar el asunto, al negar sin más ni más la práctica de las pruebas que en ese sentido le fueran solicitadas".

Hace una serie de consideraciones de lo que habría arrojado "el confrontar el dicho de mi defendido" (fl. 1.007 infra y 1.008) y concluye que "se habría establecido la existencia de los mencionados bienes, como fueron adquiridos, en qué se invirtieron los dineros, y finalmente que en ningún momento se dispuso de ellos en manera definitiva, pues tanto el lote como la hostería en Capurganá se mantenían congelados así como los restantes inmuebles, lo que necesariamente hubiera llevado a los falladores a concluir de manera obvia que el provecho ilícito elemento del tipo- de ninguna manera podía configurarse o demostrarse, y en consecuencia la decisión habría sido diversa y favorecedora a los intereses de mi cliente" (fls. 1.008 infra y 1.009).

- Luego plantea una "violación al derecho de defensa por ausencia de defensa técnica" (fl. 1009) y dice que los abogados que asistieron a su representado no solicitaron la práctica de pruebas, ni intervinieron en alguna de las solicitadas y practicadas con la presencia de la parte civil.

"Las invocadas en la etapa de la causa, como antes se dijo, fueron negadas por innecesarias, y el profesional del derecho ni siquiera se tomó el trabajo de interponer el recurso de apelación y esforzarse en demostrar la importancia de las mismas para el esclarecimiento de la verdad" (fl. cit.).

Añade que la defensa aportó sí en fotocopia simple una serie de pagos considerables efectuados a René Cardona por la compra de la Hostería Capurganá folios 663 a 675, pero nada se hizo para demostrar su autenticidad, ni se procuró el interrogatorio del nombrado para establecer la veracidad de la compra de la Hostería y de los pagos. Tampoco se demostró la cuantiosa inversión que se adelantó en la finca que se les había comprado a los Márquez, como el lago artificial para el criadero de truchas fl. 157, o la explanada

construida para una cancha de fútbol que se observara en la Inspección Judicial a folio 296. Con ello se hubiera podido explicar la inversión de los dineros y el interés del Club en poseer las facilidades para desarrollar sus proyectos.

"La sustentación al recurso de apelación que interpusiera respecto del fallo de primera instancia fue tan pobre y deficiente, que el *ad quem* lo declaró parcialmente desierto" (Id.).

CAPÍTULO II

"Cargo único por violación directa de la ley sustancial artículo 220.1 del Código de Procedimiento Penal, por aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal, y la consecuente falta de aplicación de los artículos 833 y 100 parágrafo del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 633, 636 y siguientes del Código Civil, para cuyo cuestionamiento se aceptan las pruebas de acuerdo a como fueron apreciadas en el fallo impugnado" (fl. 1.010 infra).

Luego de transcribir un aparte del fallo que explica la existencia de la estafa y no de un incumplimiento civil (fl. 1.011), precisa el censor: "El fallador partió de un supuesto errado, al asimilar que el hecho que dio lugar al fallo impugnado constituía un negocio jurídico comercial, siendo que lo que se ofrecía, y así taxativamente lo reconoce el fallo al referirse a los dichos de mi prohijado folios 922 y 923, era la posibilidad de disfrutar de un club recreativo, institución sin ánimo de lucro que según lo determina el parágrafo del artículo 100 del Código de Comercio: "Las asociaciones con fines culturales, recreativos, deportivos, de beneficencia u otros análogos, no son comerciales", y añade que el referido Club "se ajustó en todo a las previsiones de los artículos 633 del Código Civil, como una corporación que era, cuyos estatutos fueron sometidos a la consideración y aprobación de la entidad gubernamental correspondiente según lo prevé el art. 636 *ibidem*, c. fr. folio 148, a la cual también se refirió el fallo a folio 923" (fl. cit.).

Indica que el fallador olvidó "que los elementos del tipo (de estafa) deben demostrarse" (fl. 1.012, paréntesis de la Sala) y que en ese caso "de ninguna manera se probó en provecho ilícito, y ello no podía ser, por la sencilla razón de que todos los dineros recaudados fueron invertidos en los bienes de la organización" (Id.).

Insiste en que el hecho imputado a su defendido corresponde a la esfera del derecho civil, y pide a la Corte que, previa casación del fallo, absuelva a aquél.

CAPÍTULO III

"Violación indirecta de la ley sustancial, artículo 220-1, cuerpo segundo del Código de Procedimiento Penal por falsos juicios de existencia respecto de las siguientes pruebas" (fl. 1.013).

1. Gustavo Adolfo Márquez tuvo tiempo suficiente "para investigar la viabilidad del club antes de proceder a cambiar la finca por más acciones en noviembre 20 de 1990.

2. Los "Derechos Turísticos Recreativos" que se adquirieron, según escrito de folios 22 a 25, los cuales demuestran "que los Márquez no fueron sujetos de ningún ardid o mantenimiento en error" (fl. 1.013).

3. El dicho de Alfredo Márquez a folio 93, de que "tenía la esperanza de que las deudas que tenían algunos socios podían pagarlas con esa exhortación que se les hizo y así recuperar nuestro dinero" (fl. 1.013), cosa que el censor estima suficiente para descartar el delito de estafa.

4. El mencionado procesado en cuanto afirmó los bienes "que existían de propiedad del Club" (fl. 1.014 supra), cuestión que, de haber sido apreciada, hubiera llevado al Tribunal a la deducción de que "los diez y siete millones de pesos más los intereses que se le adeudaban al denunciante estaban perfectamente respaldados, que sobre ellos no existió riesgo alguno y que por lo tanto debió concluir que el denunciante no sufrió daño alguno patrimonial, ni que el mismo hubiera estado en peligro". (fl. 1.014).

5. El informe del ingeniero Carlos Enrique Restrepo Botero que obra a folios 864 y siguientes, que demostraba que "las entidades conformadas" tenían sustento jurídico y que no hubo, pues, "mise en scene" (fl. cit. infra).

6. Los "pagos considerables a terceras personas" que el Club hizo y que se demostraron en inspección judicial visible a folio 365 (fl. 1.015).

7. Los "documentos obrantes a folios 62 y siguientes mediante los cuales se constituyó la Sociedad Promotora de Clubes Sociales y Campestres Pronaclub y Compañía Limitada, según la escritura pública 1917 de octubre 11 de 1991 de la Notaría 19 del Círculo de Medellín en la cual la socia y representante legal elegida, aporta a nombre de sus hijos el lote de terreno contiguo al Hotel Calypso en Capurganá, una vez logrará la respectiva licencia judicial para ello" (fl. 1.015 infra y 1.016).

8. El certificado de existencia y representación del mencionado Club.

9. "La existencia del respectivo lote", probada en inspección judicial de folio 229.

Así las cosas, pide la casacionista casar el fallo y absolver al procesado.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal hace una aclaración inicial sobre la ilegitimidad para recurrir, y al respecto advierte que el Tribunal, en la sentencia recurrida en casación, declaró parcialmente desierto el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, limitándose a examinar únicamente la violación al debido proceso alegada en dicho recurso. En tal sentido cita tres decisiones de esta Sala de 9 de agosto/95, 5 de septiembre/96 y 11 de mayo/97 MM.PP. doctores Didimo Páez Velandia,

Fernando Arboleda Ripoll y Jorge Aníbal Gómez G, respectivamente y sobre lo anterior sostiene que, no hay sentencia de segunda instancia sino con relación a dicho punto de nulidad, agregando que para estos efectos, da lo mismo no combatir ciertos aspectos del fallo que se apela, que combatirlos mal, como ocurrió en este caso con la subsiguiente declaratoria de deserción parcial (fl. 19), presentándose un vacío de decisión judicial del superior, lo que constituye requisito esencial e inevitable para la procedencia del recurso extraordinario de casación, lo que determina la imposibilidad de aceptar la procedencia del recurso. (fl. 19).

Relieva que los puntos de disenso que se consideraron por el Tribunal como deficientemente sustentados, son los mismos que componen en esta sede casacional los cargos de los Capítulos II y III y que, repite, el Tribunal se limitó a estudiar la alegación correspondiente a que el Juez 2° Penal del Circuito de Medellín (fallador de primer grado) negó por "innecesarias" unas pruebas solicitadas por el defensor, lo cual "implica, de cara al pronunciamiento de fondo que atañe al recurso de casación y en orden a la legitimidad para recurrir, que si los aspectos no resueltos en la decisión de segunda instancia por insuficiente sustentación, explícitamente puntualizados por el ad-quem en el evento que ocupa la atención, llegan a ser planteados nuevamente como motivo de disenso por el impugnante extraordinario, no será factible su análisis en la sede casacional, coherentemente con lo que hasta ahora se ha explicado en el contexto del concepto" (fl. 21).

Con la advertencia de que no podía examinar la Corte los referidos cargos, pasa a estudiar la Delegada el propuesto en primer lugar.

"Nulidad por violación al derecho a la defensa" (fl. 26).

- Sobre el desconocimiento del principio "de investigación integral", dice inicialmente que el no recepcionarse "las declaraciones de los restantes 88 accionistas afectados con la posible estafa" (fl. 27 infra), "no afecta primordialmente la situación específica del negocio jurídico que se realizó con los ofendidos Alfredo y Gustavo Márquez, las circunstancias que envolvieron este negocio fueron del todo particulares y la demostración de que se dieron negociaciones similares no demuestra indefectiblemente que alteren situaciones especiales que fueron determinantes para estructurar el delito de estafa, tales como la realización del negocio con anterioridad a la constitución legal de las diversas sociedades para promocionar el club (Pronaclub) o comercializar sus acciones (Corimev), e incluso del mismo club recreacional (Capurganá Caribean Club); el negocio que generó la inconformidad de los Márquez no sólo tuvo como contraprestación el pago de las acciones, sino el incumplimiento sistemático de las demás obligaciones: la construcción de unas cabañas y el pago de una suma acordada respaldada mediante un pagaré, las maniobras dilatorias del procesado, su ocultamiento, etc." (fl. 28), y agrega:

"En fin, no se quiere negar que las pruebas incoadas por la casacionista hubieran sido importantes para esclarecer los hechos, sino que no reunían la entidad suficiente, exigible para esta sede, para que inexorablemente de su

existencia se concluyera un error judicial al extremo de alterar rotundamente el resultado final de la sentencia; sin cumplirse con ese requerimiento, tampoco se puede alegar que la inobservancia de tales probanzas conduzca a la afectación de las garantías del procesado y especialmente en lo pertinente al derecho a la Defensa" (id.).

Acota la posibilidad de que el a la sazón defensor no haya solicitado dichas declaraciones por considerarlas nocivas para el procesado, además de que "la práctica de tales pruebas, en su integridad 88 declaraciones como lo pretende la libelista, dada su cantidad, bien pudo constituir, a más de no ser clara su pertinencia según lo expuesto atrás, una excesiva dilación procesal..." (fl. 30).

-En cuanto a la nulidad por la inercia de los defensores de turno, responde que "esta afirmación resulta radical y totalmente contraria a lo que refleja la realidad procesal, en la que surge una actuación diligente y activa por parte de los abogados que representaron al sindicado en el trayecto de la actuación, pese a que no contaron con suerte en la obtención de su cometido -salvo aquella desatención originada en la falta de sustentación del recurso de apelación contra la sentencia de primer grado que germinó en la declaratoria de deserción parcial del recurso-, lo restante, constituye una evidente interferencia a lo que se ha denominado jurisprudencial y doctrinalmente como parte de una "estrategia defensiva" efectuada por los abogados, que se reflejó, en cuanto a los aspectos de fondo, a las siguientes gestiones a lo largo del proceso" (fl. 31).

Realiza una relación de las anunciadas actuaciones (fl. 31 infra y 32) y opina que esa afirmación de la demandante "no deja de ser más que una vana intención de descalificación subjetiva de la infructífera gestión de sus antecesores en la defensa" (fl. 33).

En tales condiciones, conceptúa que la demanda no prospera y que el fallo combatido no debe ser casado.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La Sala no puede examinar los cargos de los Capítulos II y III de la demanda en el caso presente.

Lleva razón la Delegada cuando advierte que con relación a esos dos cargos (violaciones directa e indirecta) no hubo inconformidad ni pronunciamiento de segunda instancia, ya que ésta se limitó a conocer de la nulidad que también alegó el recurrente en apelación.

Repítese que sobre la errónea interpretación del artículo 356 del Código Penal (definitorio de la estafa) y la crítica a la prueba que meramente enunció el recurrente, por falta de sustentación el fallador de segundo grado se abstuvo de conocer.

Así, dijo el Tribunal que "el único punto de los censurados que tiene ribetes de sustentación aunquando brevísimo es el que hace consistir el abogado

en "...la violación del debido proceso, y la falta de garantías que se le reconocieron al procesado para su defensa", pues "En cuanto a los demás puntos criticados por el señor Defensor de la sentencia recurrida, no se examinarán sobre la base" de los fundamentos que expresa a continuación (fl. 959 cdno. N° 2 subrayas del original).

Y en seguida, con apoyo en varias decisiones de esta Sala de Casación, sustenta por qué con relación a los demás puntos no hay sustentación (fl. 959 infra y ss).

Y si no hubo decisión de segundo grado que revisara el tema ahora contemplado en los cargos segundo y tercero de la demanda, como tampoco en ello se introdujo alguna modificación gravosa, es obvio que esta parte "inexistente" del fallo deviene refractaria al recurso de casación, el cual únicamente procede contra sentencias que revisen sus homólogas de primera instancia (art. 218 C.P.P. modificado art. 35 Ley 81/93).

En suma, *cuando el sentenciado en primera instancia no apele oportunamente, o habiéndolo hecho no apele como es debido (por no sustentar en debida forma), carece de interés para impugnar en casación el fallo de segundo grado que revisó el que por esta circunstancia debe entenderse consentido. Estas consideraciones salvo, claro está, la violación a las garantías constitucionales, que le imponen al juzgador un pronunciamiento oficioso.*

En las providencias de esta Sala que cita la Procuraduría en su concepto, (sent. Cas. sept. 5 de 1996, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll) y en otras varias más, se ha ratificado que el no apelante no puede convertirse en impugnador en casación, pues ello equivaldría en la práctica a la aceptación de omisión que el legislador no ha institucionalizado.

Con esa introducción, se pasa, pues, a conocer del cargo de nulidad propuesto, y que en la demanda se descompone en los siguientes apartes:

Sobre la Investigación Integral

Violación al derecho de defensa por la no práctica de varias pruebas.

Dice el censor que no se practicaron las pruebas tendientes a confirmar las siguientes afirmaciones que hizo el procesado en su indagatoria:

1. "Mi cliente en su injurada hizo referencia a las propiedades que se tenían, una finca en Rionegro, vereda Manpuesto, terreno en Cartagena frente a la isla Cascajos, la finca adquirida por los Márquez, dijo que ellos (sic) habían afirmado que había un cliente interesado en comprarla quien vivía en los Estados Unidos y estaba dispuesto a dar por ella sesenta y cinco millones de pesos. Además, que algunos de los socios estaban recibiendo los servicios ofrecidos en el Hotel Calypso de Cartagena mientras lograba la construcción del club".

2. Que dicha finca adquirida por los Márquez no se hipotecó inmediatamente sino al año siguiente.

3. que Alfredo Márquez sabía dónde estaban las oficinas en las cuales se ofrecían las acciones del club y también "de la buena fe con que se estaba actuando" (fl. 1034).

4. Que sobre el embargo decretado por el Juzgado 2° Civil del Circuito existía una principio de arreglo, a más de que Alfredo Márquez recibió una mesa de billar en abono "a la deuda" (fl. 1035 supra).

Añade que así mismo dentro del término probatorio del juicio el defensor del procesado solicitó la declaración de varias personas "que tenían conocimiento sobre la manera como se forman los clubes sociales, su funcionamiento y los derechos que otorgan las acciones, y que las mismas no podían considerarse como títulos valores. La solicitud fue negada por el Juez *a quo* únicamente con la siguiente motivación: 'Son innecesarias' ", como reclama que tampoco fueron citados para declarar "algunos de los 88 socios, lo cual hubiera permitido tener una idea imparcial de la situación y desvirtuar con ello el predicado ardid".

-Sobre el tema de nulidad invocado dijo el Tribunal sentenciador:

'En noviembre 21 del año últimamente citado, el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO de Medellín, por medio del interlocutorio respectivo se pronunció (fls.777-779) en sentido negativo "por innecesarias". Auto que fue notificado personalmente a algunas de las Partes mientras que a otras lo fue por estados, el 29 de los mismos, mes y año (fls.779 vto. hacia el final).

A la providencia últimamente mencionada, como se sabe, le cabían los recursos de reposición y apelación, empero el Defensor técnico del procesado guardó silencio, nada hizo. Y con su actitud le dio la razón al Juzgado que le negó la práctica de dichas pruebas (art. 250 C.P.P.).

A la hora de nona el señor Defensor plantea indirectamente la nulidad porque no se le decretaron las peticionadas pruebas, pero viéndolo bien si se atiende al contenido del epígrafe del memorial de la repetida solicitud de pruebas, referente a la "viabilidad de la prueba", era la de establecer la naturaleza jurídica de los derechos recreativos ofrecidos por la Corporación de Turismo dirigida por el señor Montaña Pantaleón, que según el abogado, son diferentes a las consagradas en el art. 619 y ss. del C. de Comercio, sin que diga cuál cree que sea.

Sea la que fuere lo que quería probar el señor Abogado es un tema de estricto derecho que como es también sabido, el Operador Jurídico debe saber de antemano, y no hay que probarlo sino que apenas hasta sí mucho con citárselo, con la excepción de las normas extranjeras y la costumbre. Por eso era innecesaria dicha práctica.

No hay violación al debido proceso, no sólo porque la Defensa en su momento pudo haber recurrido dicho auto interlocutorio sino porque la norma jurídica no hay necesidad de probarse, ya que el Juez, se presume de derecho, la sabe.". (fls. 963 y 964 cdno. No. 2).

-Observa esta Sala que desde el inicio del proceso se practicaron pruebas de diversa naturaleza (testimonial, documental y pericial) para averiguar la realidad de lo ocurrido y que incluso en la etapa del juicio el Juzgado 2º Penal del Circuito de Medellín, en auto de noviembre 21 de 1994 (fl.777-2), aparte de negar "por innecesarias" las pruebas pedidas por el defensor del acusado, practicó las pedidas por el apoderado de la parte civil y otras que decretó oficiosamente.

Ha reiterado esta Sala que cuando se alega en casación la nulidad por omisión de pruebas, el demandante está en la insoslayable obligación de demostrar a la Corte la incidencia de las mismas, es decir hacer ver que, si dichas pruebas se hubieran practicado, el sentido del fallo cambiaría en pro del sujeto procesal a quien representa, tarea que no cumple aquí el casacionista, sino, en cambio, las pruebas que echa de menos -en término de la Delegada- "no tienen asidero procesal para ordenar su práctica", pues las mismas "no afectan primordialmente la situación específica del negocio jurídico que se realizó con los ofendidos Alfredo y Gustavo Márquez" (fl. 36).

Esas las razones para que este motivo de nulidad no salga avante.

Sobre la defensa técnica.

Prosigue la actora con tal modo "no técnico" de alegar en casación, pues el respectivo impugnante no puede limitarse a realizar afirmaciones "generales y vagas" de que el defensor no cumplió con su cometido profesional, para por esa vía enunciativa pretender una nulidad. La nulidad en esta sede, como también ocurre en las instancias, (art. 220-3 C.P.P.), tiene ineludiblemente que probarse, lo que en este caso le correspondía a la casacionista, haciendo ver a la Corte qué oportunidades en favor del procesado dejó superar el defensor pasivamente y cuál la trascendencia de sus omisiones. O sea que en esa labor se impone objetivizar las falencias que se le enrostran a la defensa técnica, sin pretender que ellas nazcan de la simple subjetividad del casacionista.

Sin perjuicio de lo dicho, la reseña de la actuación cumplida por la defensa del procesado Eduardo Montaña Pantaleón (fls. 109 a 112, 186 a 189, 205 a 208, 656 a 662, 767 a 771, 772 y 773, 903 a 910, del proceso) efectuada por la Delegada en su concepto (fl. 32), pone de manifiesto una realidad contraria a la que sostiene este segundo aspecto del cargo analizado, y se añade que "sin perjuicio de lo anterior", porque la Corte en esta sede extraordinaria no puede por propia iniciativa, escudriñar folio por folio el proceso a fin de constatar si se dió o no la defensa técnica ni valorar sus calidades. De hallarla tan protuberante y esencial, es obvio que la Sala procedía a decidir en consecuencia; pero tal evidencia -aquí ausente- no releva al actor de la obligación de precisar el cargo en los términos antes indicados.

Por lo demás, siendo el ejercicio de la defensa de iniciativa libre aun cuando dentro de la ética, por parte del defensor letrado, no basta con la expresión de lo que éste había podido hacer y no hizo en favor de su representado para

abrirle paso a una nulidad por ausencia de defensa, sino que se haría forzoso acreditar que esa actividad fue el fruto del descuido o la desidia y no de una estrategia encaminada a obtener favor de la duda y de la celeridad del pronunciamiento o de lo incompleto de la actuación.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente 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.

LIBERTAD PROVISIONAL

Nada impide y este es un criterio profusamente reiterado por la Sala, que para hacer una valoración orientada a determinar si procede o no la libertad provisional -de reunirse los requisitos para otorgar la libertad condicional-, se deba forzosamente tener en cuenta la personalidad del procesado que se revela en algunos casos en forma ciertamente inequívoca del momento de cometer el delito, toda vez que esto en manera alguna implica que se le esté juzgando "dos veces" por el mismo hecho, pues la verdad es que no se está produciendo en estricto sentido este efecto, ya que uno es el momento en que se impone la pena y otro distinto aquél en que se decide si con miras a satisfacer los fines de prevención general y especial de ella, puede el procesado merecer la libertad o explarla en su rigor total.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No.124 Proceso No. 15623

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el procesado Carlos Abel Coy Pineda, contra el auto del pasado 22 de julio del año en curso, mediante el cual le fue negada la libertad provisional solicitada.

CONSIDERACIONES

1. Para el recurrente no obra en el proceso, contrario a lo sostenido por la Sala en la decisión impugnada, "prueba sobreviniente", diversa a la tenida en cuenta al momento de emitir el fallo condenatorio de la cual pueda colegirse "fundadamente" que requiere de tratamiento penitenciario, razón por la cual se le estaría juzgando "dos veces y por un mismo hecho", en abierto desconocimiento del non bis in idem, máxime cuando está probado que no es "una amenaza social", lo que se desprende de su comportamiento durante el tiempo en que estuvo detenido domiciliariamente y últimamente cuando se presentó en forma voluntaria ante las autoridades.

Así entonces, se carece de un "concepto científico", con base en el cual pudiera verdaderamente llegarse a la conclusión de que en su caso es necesario el tratamiento carcelario, sin que la expresión "fundadamente" a que hace referencia el art. 72 del C.P., pueda entenderse como que está auspiciando que dicha negativa sea dable con base en un libre albedrío o convicción íntima.

2. Previamente constatar que, en efecto, Coy Pineda habría completado privado de la libertad un lapso superior a las dos terceras partes de la pena principal de tres (3) años de prisión y multa de 50 salarios mínimos legales mensuales, que como responsable 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-, le impusiera el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cali, la Sala analizó el segundo de los aspectos a que se refiere el art. 72 del C.P., llegando a la conclusión de que el conjunto de las circunstancias que se revelan a través de los hechos que fueron objeto de investigación y de la personalidad de su actor en desarrollo de los mismos, informan con suficiencia el imperativo de que el peticente con miras a satisfacer sus teleológicas propuestas, cumpliera integralmente la pena que le fuera irrogada en la sentencia.

3. Esta percepción sobre la necesidad de que en el caso concreto Coy Pineda se vea influido por la sanción penal en la totalidad y rigor de la que le fuera impuesta, no exige como confusamente parece entenderlo, la existencia de "prueba sobreviniente" y mucho menos que al sopesar la Sala la conveniencia de otorgar o no la libertad, deba excluir de tal estudio los hechos que han sido objeto de juzgamiento en las instancias, so pretexto de que tenerlos en cuenta y observar las características de la intervención del procesado en ellos, es asunto exclusivamente reservado al juez pero para el momento de dosificar la pena.

4. De una parte, *nada impide y este es un criterio profusamente reiterado por la Sala, que para hacer una valoración orientada a determinar si procede o no la libertad provisional -de reunirse los requisitos para otorgar la libertad condicional-, se deba forzosamente tener en cuenta la personalidad del procesado que se revela en algunos casos en forma ciertamente inequívoca del momento de cometer el delito, toda vez que esto en manera alguna implica que se le esté juzgando "dos veces" por el mismo hecho, pues la verdad es que no se está produciendo en estricto sentido este efecto, ya que uno es el momento en que se impone la pena y otro distinto aquél en que se decide si con miras a satisfacer los fines de prevención general y especial de ella, puede el procesado merecer la libertad o expiarla en su rigor total.*

5. El criterio de la Sala con el cual manifiesta su inconformidad el interno, no se ha fundado, en modo alguno, en un "libre albedrío" como lo manifiesta el recurrente, si pudiese entenderse que con esta expresión está significando que no se han señalado por carecer el proceso de objetivo respaldo, los motivos fundantes de la decisión, cuando la verdad es que el actor omite referirse a ellos, razón por la cual plantea en términos abstractos el objeto de su disen-

timiento, bajo el pretexto de que solamente podría sustentarse la negativa para la deprecada liberación en "concepto científico", que en ningún momento la ley exige.

6. Se le juzgó a Coy Pineda en su condición de abogado y ex-fiscal de la República por un delito de cohecho y en el análisis del aspecto subjetivo, la Corte concretó su comprensión del fenómeno en el caso concreto, en los términos siguientes:

"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'.

Ningún reparo de los manifestados por el impugnante conducen a la Sala a reconsiderar la decisión recurrida, debiéndose, por tanto, mantenerse en firme.

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

RESUELVE:

NO REPONER el auto objeto de impugnación.

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 Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Causales

Al ser probable que la sentencia, condenatoria o absolutoria, o las providencias de preclusión o cesación de procedimiento que se encuentren ejecutoriadas no contengan la verdad histórica, originándose así una injusticia, el legislador penal instituyó la acción de revisión como el mecanismo idóneo para remover la cosa juzgada y declarar sin valor el fallo objeto de la acción, dictando la providencia que corresponda o disponiendo tramitar nuevamente el proceso desde el momento en que se indique, según la causal que la Sala encuentre fundada (art. 240 del C. de P.P.).

Por consiguiente, debe quedar claro que el trámite de la revisión no se creó para reabrir debates jurídicos o fácticos cumplidos a lo largo de un proceso finalizado, ni para reexaminar los elementos de convicción que sirvieron de fundamento a una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada, sino para removerla, con el fin de que, cuando se trata de causales diferentes a la 2ª y 6ª del artículo 232 del C. de P. Penal, un despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, tramite nuevamente el proceso, para que enmiende, al interior del mismo, la determinación injusta.

Así las cosas, es necesario distinguir dos clases de procedimientos: el de revisión, tendiente a derrumbar la cosa juzgada, por una de las causales taxativamente señaladas en la ley; y el del proceso cuya revisión se ordena, que debe ser nuevamente tramitado a partir del momento en que se indique.

En la primera hipótesis, la actividad está encaminada exclusivamente a la demostración de alguna de las causales previstas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 124 Proceso No. 14198

Procede la Sala a resolver la solicitud de nulidad elevada por el señor Jorge Miguel Magdaniel Rosado, dentro del presente diligenciamiento.

ANTECEDENTES

1. Por auto del 10 de julio de 1998 se admitió la demanda que el Señor Viceñscal General de la Nación presentó con el fin de promover la acción de revisión contra la resolución por medio de la cual se dispuso la preclusión de la investigación, en el proceso que se adelantó contra Jorge Magdaniel Rosado.

2. Agotado el trámite correspondiente, mediante providencia del 10 de febrero del presente año, la Sala negó, por inconducentes, las pruebas que el señor defensor del señor Magdaniel Rosado solicitó.

3. Interpuesto el recurso de reposición contra la anterior decisión, el mismo se resolvió desfavorablemente, según auto del pasado 4 de mayo.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Solicita el memorialista se decrete la "nulidad parcial" del presente diligenciamiento, a partir del auto por el cual se resolvió la solicitud de pruebas. Las razones de su petición se pueden sintetizar así:

Luego de resaltar las virtudes jurídicas que rodean la acción de revisión, de explicar cómo la misma debe estar sujeta al debido proceso, constitucionalmente reconocido y fundado en sérios principios, de conceptualizar sobre la importancia de los derechos de defensa y de contradicción y de señalar cómo la vulneración de éstos genera nulidad, considera que en el presente caso se ha quebrantado el de defensa.

Asevera que la "renuencia" de la Corte a decretar y practicar las pruebas, en especial dos, oportunamente solicitadas, "me privan de la posibilidad de hacerme acreedor de unas informaciones que desvirtuarían el objeto de esta acción de revisión, pues siendo ésta favorable a mis intereses, carecería de objeto esta revisión, si se tiene en cuenta la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como sería el derecho a no volver a ser investigado por los mismos hechos comprendidos en el auto que ordenó la preclusión".

El que la Sala que condenó a la doctora María del Carmen Llerena Roca, fallo dentro del cual se hicieron serias afirmaciones que comprometen "mi responsabilidad penal, sin que haya tenido la posibilidad de ser oído", sea ahora la misma que adelanta este diligenciamiento, la coloca en una condición de prejuzgamiento que vulnera la imparcialidad.

Muestra de ello, dice, es el contenido del auto del 4 de mayo de 1999, por medio del cual no se repuso la providencia del 10 de febrero anterior, "sin precisar de manera concreta la inconducencia y la impertinencia de estas dos pruebas, frente al objeto y la naturaleza del proceso que se adelanta..., decisión ésta adoptada por los mismos Magistrados que condenaron a la Fiscal que precluyó la investigación a mi favor, con excepción de los señores magistrados Edgar Lombana Trujillo y Nilson G. Pinilla Pinilla".

Esa posición reiterada de la Corte, necesariamente ha conducido al desequilibrio en el derecho a la igualdad "que me asiste para solicitar pruebas", las cuales podrían darle a la Sala una visión distinta de los hechos y, en consecuencia, le permitiría una decisión más ponderada y menos unilateral, lo que conlleva a concluir que en el curso de la revisión se ha limitado el derecho de defensa, pues "no basta con que formalmente se me permita actuar dentro del trámite de este proceso, sino que se escuche el derecho material a mi defensa que no me ha sido posible acceder".

"Como el proceso penal debe estar fundamentado en hechos, y las pruebas deben conducir a la mayor aproximación de la verdad de éstos, mi preocupación sería la siguiente: Es que acaso, en esta causal invocada por el Señor Vicefiscal, el derecho a mi defensa no debe estimarse, por el prurito de que sólo se persigue como objeto del mismo obtener la revisión del fallo?, dando a entender que en este caso no hay oportunidad a la contradicción probatoria, ya que se me negó absolutamente toda posibilidad de que se decretasen pruebas, muy a pesar de haberlas solicitado y allegado en debida forma y dentro de la oportunidad señalada por la ley, atentado incluso, contra el deber que tiene el juzgador de investigar con igual celo lo favorable y desfavorable al procesado, dado que oficiosamente no se decretó prueba alguna en esta dirección, que enriqueciera el debate probatorio, al que dramáticamente he pretendido".

En cuanto a la pertinencia de las pruebas, dice que se atiene a los argumentos expuestos en el recurso de reposición, agregando que no se ha desvirtuado, hasta ahora, el objeto que persigue con ellas, toda vez que no se le ha dicho cuál es la posición de la Sala en el caso "de que la responsabilidad de los presuntos hechos ya hubiese sido dilucidada, individualizada, o a contrarium sensu, los órganos competentes, hubiesen persistido en la inexistencia de consumación delictual".

Finaliza indicándole a la Corte que su pretensión no es "reponer el auto que ya repuso la solicitud de práctica de pruebas", sino simplemente llamar la atención de la Sala frente a la actitud que ha tomado en este asunto.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Al ser probable que la sentencia, condenatoria o absolutoria, o las providencias de preclusión o cesación de procedimiento que se encuentren ejecutoriadas no contengan la verdad histórica, originándose así una injusticia, el legislador penal instituyó la acción de revisión como el mecanismo idóneo para remover la cosa juzgada y declarar sin valor el fallo objeto de la acción, dictando la providencia que corresponda o dispondendo tramitar nuevamente el proceso desde el momento en que se indique, según la causal que la Sala encuentre fundada (art. 240 del C. de P.P.).

Por consiguiente, debe quedar claro que el trámite de la revisión no se creó para realizar debates jurídicos o fácticos cumplidos a lo largo de un proceso finalizado, ni para reexaminar los elementos de convicción que sirvieron de fundamento

a una decisión que ha hecho tránsito a cosa juzgada, sino para removerla, con el fin de que; cuando se trata de causales diferentes a la 2ª y 6ª del artículo 232 del C. de P. Penal, un despacho judicial de la misma categoría, diferente de aquel que profirió la decisión, tramite nuevamente el proceso, para que enmiende, al interior del mismo, la determinación injusta.

Así las cosas, es necesario distinguir dos clases de procedimientos: el de revisión, tendiente a derrumbar la cosa juzgada, por una de las causales taxativamente señaladas en la ley; y el del proceso cuya revisión se ordena, que debe ser nuevamente tramitado a partir del momento en que se indique.

En la primera hipótesis, la actividad está encaminada exclusivamente a la demostración de alguna de las causales previstas en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Teniendo en cuenta las precedentes premisas, resulta evidente que las pruebas solicitadas, en su oportunidad, por el defensor del señor Jorge Miguel Magdaniel Rosado debían ser negadas, ya que las mismas no reunían los requisitos de conducencia y pertinencia que exige la ley para su práctica.

En efecto, cuando se solicitó que, entre otros medios de convicción, se oficiara a la Unidad Especial de Delitos Varios de la Fiscalía de Riohacha, o se recibieran unos testimonios, o se tuviera como prueba la denuncia formulada por Magdaniel Rosado ante las autoridades venezolanas, se buscaba ilustrar a la Sala sobre aspectos relacionados con la posible ausencia de autoría o responsabilidad penal del procesado frente a la celebración ilegal de unos contratos, y no para desvirtuar la causal que sirvió de fundamento a la demanda presentada por el señor Vicefiscal General de la Nación.

En otros términos, las pruebas pedidas en manera alguna tenían relación con la causal objeto de este proceso de revisión, lo que llevó ineludiblemente a negarlas.

Aceptar lo contrario no sólo implicaría contrariar los principios legales que rigen a los medios de convicción, sino que la Corte entre a examinar el tema de la responsabilidad del procesado cuando es otro el juez natural el llamado para tal efecto.

Son suficientes las anteriores consideraciones para concluir que en el presente asunto no se ha transgredido el derecho de defensa del señor Jorge Miguel Magdaniel Rosado y que el trámite se ha adelantado respetando las reglas propias del debido proceso.

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

RESUELVE:

1º. NO DECRETAR LA NULIDAD planteada por el señor Jorge Miguel Magdaniel Rosado, de acuerdo a las razones expuestas en precedencia.

2º. Ejecutoriada esta decisión, córrase el traslado de que trata el artículo 238 del Código de Procedimiento Penal.

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.

COMPETENCIA-Congresista

El artículo 235 de la Constitución Política asigna a la Corte Suprema de Justicia la competencia para investigar y juzgar a los congresistas. Igualmente, en su parágrafo precisa que "Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 124 Proceso No. 15841

Decide la Corte lo que en derecho corresponda respecto de la causa que se adelanta contra el doctor Jorge Armando Monroy Ruiz, ex Senador de la República.

ANTECEDENTES

1. Adelantada la correspondiente investigación y una vez clausurada la misma, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja, el 29 de noviembre de 1995, profirió resolución de acusación en contra de, entre otros, Jorge Armando Monroy Ruiz, por el delito de peculado por extensión, apropiación, decisión que, con algunas modificaciones, fue confirmada en segunda instancia, el 2 de febrero de 1996.

2. El expediente pasó al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad que, luego de tramitar la etapa del juicio, pronunció la sentencia de primera instancia, el 28 de enero de 1999, en la que condenó a los procesados Jorge Armando Monroy Ruiz y Luz Marina Rodríguez Jiménez a las penas principales de 30 meses de prisión, multa de cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad. Igualmente, absolvió a los demás coprocesados y negó a los condenados el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por los defensores, el Ministerio Público y el Fiscal Delegado, las diligencias llegaron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el que, con fundamento en una certificación allegada, ordenó, mediante auto del pasado 28 de abril, remitir a la Corte, por competencia, el original del expediente, toda vez que el acusado Monroy Ruiz "se encuentra desempeñándose como Senador de la República", en reemplazo del doctor Héctor Helí Rojas Jiménez, a quien se le concedió una licencia no remunerada por tres meses. Sobre las copias prosiguió la actuación respecto de la otra procesada.

3. Encontrándose el diligenciamiento en esta Corporación para el trámite legal correspondiente, el Secretario General del Senado de la República certificó que el doctor Jorge Armando Monroy Ruiz actuó como Senador "hasta el día 7 de julio de mil novecientos noventa y nueve".

Consideración de la Corte

El artículo 235 de la Constitución Política asigna a la Corte Suprema de Justicia la competencia para investigar y juzgar a los congresistas. Igualmente, en su parágrafo precisa que "Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero sólo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas".

En este proceso se juzga al doctor Jorge Armando Monroy Ruiz por haberse apropiado de dineros públicos cuando se desempeñó como Diputado a la Asamblea de Boyacá, razón por la cual el proceso se venía rigiendo por las normas generales de competencia hasta cuando se posesionó, el 8 de abril del año en curso, como Senador de la República en reemplazo del doctor Héctor Helí Rojas Jiménez, a quien se le concedió licencia no remunerada por tres meses, habiéndose reintegrado al cargo, el pasado 8 de julio, por vencimiento de la misma.

Por consiguiente, como el doctor Monroy Ruiz ha dejado de ser Senador y teniendo en cuenta que el ilícito que se le atribuye no guarda relación con las funciones desempeñada por él en el Congreso de la República, lógico es concluir que la Corte ha perdido competencia para conocer de este asunto, razón por la cual se remitirá el diligenciamiento a la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja para lo de su cargo.

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

Resuelve:

1. DECLARAR que la Corte ha perdido competencia para conocer de la causa que se adelanta contra el doctor Jorge Armando Monroy Ruiz, ex Senador de la República.

2. Disponer la remisión inmediata del expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja.

Cópiese y 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.

DESISTIMIENTO

De conformidad con lo establecido por el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, es viable el desistimiento del recurso extraordinario de casación, únicamente mientras el proceso no haya ingresado a Despacho para fallo, requisito que no se dá en el presente caso, pues la Secretaría puso el asunto a disposición del Magistrado Sustanciador el 16 de julio del año próximo pasado, para la elaboración del respectivo proyecto de sentencia que ponga fin al recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 124 Proceso No. 12695

La procesada Mónica Victoria Correa Alzate mediante escrito dirigido a esta Corporación desde el Centro de Reclusión de Mujeres de Manizales, desiste del recurso de casación interpuesto en su representación contra la sentencia de fecha mayo 16 de 1996 proferida por el Tribunal Nacional, mediante la cual modificó la de primera instancia de un Juzgado Regional de Medellín que la condenó a la pena principal de 12 años de prisión por el delito de omisión de informes sobre actividades terroristas que contempla el artículo 4° del Decreto 180 de 1988 (introducido a la legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991), en el sentido de fijarle por dicha conducta diez (10) años de prisión.

Recibido el proceso en esta Corporación y cumplido el reparto, por auto de fecha 11 de febrero de 1997, se declaró ajustada a derecho la demanda presentada a nombre de la citada procesada, ordenando correr traslado al Señor Procurador Delegado en lo Penal a fin de que emitiera su concepto en el término del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

En escrito recibido el 26 de julio del corriente año, la procesada consigna que desiste del "recurso interpuesto en esa Corporación".

De conformidad con lo establecido por el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, es viable el desistimiento del recurso extraordinario de casación,

únicamente mientras el proceso no haya ingresado a Despacho para fallo, requisito que no se dá en el presente caso, pues la Secretaría puso el asunto a disposición del Magistrado Sustanciador el 16 de julio del año próximo pasado, para la elaboración del respectivo proyecto de sentencia que ponga fin al recurso extraordinario de casación.

Así las cosas, ha de concluirse que la manifestación de desistimiento debe ser inaceptada por extemporánea y como consecuencia de ello, ordenarse que una vez en firme esta decisión, el expediente vuelva al Despacho del Magistrado sustanciador para los fines legales pertinentes.

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

RESUELVE:

1.-INACEPTAR el desistimiento del recurso extraordinario de casación impetrado por la procesada Mónica Victoria Correa Alzate, por las razones consignadas en precedencia.

2. En firme esta providencia, vuelvan las diligencias al Despacho del Magistrado sustanciador para la elaboración del respectivo proyecto de fallo que deba proferirse.

Notiquese 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, Mario Mantilla Nougués, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Requisitos

El recurso de casación se halla regulado totalmente por una preceptiva de obligatoria observancia, tanto para el impugnante como para los demás sujetos procesales y para el Juez extraordinario, y es la contenida en los artículos 218 y ss. del C. de P. P.; de manera que la redacción de la demanda debe cumplir con los requisitos de forma establecidos en el artículo 225 de ese estatuto para dar viabilidad al recurso, porque en el evento de no ser así, la pretensión acusatoria no alcanza a tomar cuerpo jurídico porque fenece con el rechazo de la demanda que ordena decretar el artículo 226 ibid.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 124 Proceso No. 14414

Decide la Corte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226 del C. de P.P., sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia anticipada dictada el 7 de noviembre de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la cual se condena a Armando Barreto Monroy como autor del concurso de delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y homicidio en la persona de Luis Alexander Prieto. Al efecto, se examina el aspecto formal de la demanda presentada para sustentar la impugnación.

ANTECEDENTES

1. El 30 de marzo de 1996 en horas de la noche, en inmediaciones del paradero de buses Cootraunidos del Barrio La Estrella -carrera 18-A con calle 74 Sur- de esta ciudad capital de la República y cuando departían entre uno de los buses los hermanos José Alfredo y Luis Alexander Prieto Hurtado con Armando Barreto Monroy, se suscitó un altercado aparentemente leve entre los contertulios que culminó con el momentáneo retiro de éste, pues minutos después regresó portando una escopeta, con la cual disparó contra

el segundo de los mencionados, que falleció en el hospital Kennedy rato después.

2. En la etapa sumarial del proceso iniciado para establecer los hechos, una vez resuelta su situación jurídica señalándolo como responsable del concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fls. 96 cd. ppl.1) el procesado, que había sido vinculado con indagatoria, en acuerdo con su defensor solicitó audiencia especial con miras a sentencia anticipada con fundamento en el artículo 37 del C. de P.P. (fl. [fl. 109]; y acogida que fue su petición, la Fiscalía celebró el 5 de junio de 1997 la audiencia, en la cual el procesado aceptó la imputación en los términos en que se le había formulado al definírsele la situación jurídica (fl. 115-116).

3. Remitido en este estado el asunto al Juzgado 10° Penal del Circuito, este Despacho profirió la sentencia de primer grado (fls. 134 y ss.) haciendo el descuento punitivo en la proporción autorizada para la clase de decisión deprecada por el implicado; pero como la decisión no fuera del agrado de la defensa, su representante apeló abogando por el reconocimiento de rebaja por confesión. No accedió el Tribunal al descuento en comentario y confirmó a integridad el fallo *a quo*, razón por la cual esta vez discrepó el mismo procesado, recurriendo en casación contra la sentencia de segunda instancia y sustentando la impugnación a través de otro profesional del derecho mediante la demanda que examina la Corte para verificar si se allana a las exigencias de forma previstas en la normatividad correspondiente.

LA DEMANDA

En su escrito de demanda la defensa anuncia que ataca la sentencia "a través de dos cargos" con apoyo en las causales 3a. y 1a. del artículo 220 del C. de P.P. por haberse proferido en juicio viciado de irregularidades generadoras de nulidad y porque se dejó de valorar la confesión y no se practicó al acusado un examen médico-legal para establecer "si es inimputable por razón de la ira y la embriaguez".

Sin embargo en el desarrollo del discurso, lejos de independizar los cargos de conformidad con la pluralidad de causales de casación aducidas, bajo un titular que denomina "Demostración del cargo", se limita el censor a relacionar las actuaciones procesales que considera irregularmente surtidas incluyendo glosas de corte subjetivo y carentes de demostración, y a cuestionar la actividad del entonces defensor. Así, en lo medular, se expresa:

"Al momento de ser aceptada la sentencia anticipada, se debió previo a la aceptación de cargos, saber si el sindicado es inimputable ..." y, que "... está demostrado ... el estado emocional de mi prohijado de alicoramiento y de la ira causada por la agresión física y verbal ... A pesar de las fallas, en lo único que el defensor hizo, fue la apelación y solicitar el derecho sagrado de la rebaja por confesión, el que fue negado".

A continuación aparece plasmado un titular denominado "Comentarios", bajo el cual sostiene el profesional que su procurado careció de defensa efec-

tiva, que "no obra de suma importancia el examen de medicina Legal ..."; que no se solicitó ninguna prueba, que demostrara algo de defensa"; que la aceptación de cargos se produjo a insinuación del defensor; añadiendo que "Esta es una considerable violación de las Normas Supralegales que ordena el derecho sagrado de la rebaja"... Como quiera que no se dio la rebaja aduciendo ... ciertas jurisprudencias, se ha negado un derecho constitucional.

Tras insistir en la ausencia de defensa técnica y en la omisión de la investigación integral y bajo un nuevo título que denomina "Jurisprudencia" cita una serie de pronunciamientos de esta clase, que estima pertinentes. Avanza en la exposición con un apartado que llama "Consideración" y que es una reseña reiterativa en la que afirma que las normas violadas fueron las "rectoras del C.P.P. y el art. 29 de la C. N.", terminando con un "Capítulo de Conclusiones", igualmente repetitivo en el que incluye como motivo de nulidad la no aceptación de la confesión como factor de descuento punitivo, solicitando como corolario, bien, que se anule la actuación desde inclusive "el auto que resolvió la situación jurídica", o bien, que se acceda a la rebaja por confesión.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

El recurso de casación se halla regulado totalmente por una preceptiva de obligatoria observancia, tanto para el impugnante como para los demás sujetos procesales y para el Juez extraordinario, y es la contenida en los artículos 218 y ss. del C. de P.P.: de manera que la redacción de la demanda debe cumplir con los requisitos de forma establecidos en el artículo 225 de ese estatuto para dar viabilidad al recurso, porque en el evento de no ser así, la pretensión acusatoria no alcanza a formar cuerpo jurídico porque fenece con el rechazo de la demanda que ordena decretar el artículo 226 ibid.

La detallada síntesis de la demanda presentada en este caso muestra que no obstante aducir dos causales de casación como fundamento legal para objetar la sentencia de segundo grado, la 3a. y la 1a. del artículo 220 del C. de P.P., a través de las cuales se procuran decisiones de alcance y extensión diversos: por la primera, la anulación de todo lo actuado desde inclusive la resolución que definió la situación jurídica del procesado, y por la segunda, el reconocimiento de la rebaja de pena por confesión; el casacionista trata de desarrollarlas con un único discurso inaceptable dentro de la técnica casacional.

Asevera el actor, en unidad argumentativa, que el proceso se surtió con irregularidades solo enmendables a través de la nulidad del proceso, porque el sentenciado careció de defensa técnica, no se atendió el principio de la investigación integral, no se estableció si se trataba de un inimputable al momento de delinquir; y no se accedió al reconocimiento de la rebaja de pena por confesión, todo ello además, sin la respectiva e imperativa demostración.

Palmar es pues, que el reproche al fallo de las instancias se ancla en dos motivos excluyentes entre sí, como que con el primero se desconoce la validez

de la actuación procesal en una extensión considerable y con el segundo se acepta esa validez y simplemente se cuestiona el no reconocimiento de una diminuente de la pena. Esta situación imponía en la facción de la demanda, al tenor de los numerales 3o. y 4o. y del último inciso del artículo 225 en comentario, la observancia de las exigencias de claridad y precisión en la fundamentación de los reparos, la mención de todas las normas que se estimaban infringidas por el fallador, la separación de los cargos y su argumentación independiente, así como, dada su característica de excluyentes, la formulación de uno como subsidiario.

Una tan heterodoxa confección de la demanda compromete severamente la intelección de los reparos que la conforman, no solo por la confusión conceptual que envuelve, sino porque no se demuestra la razón de los supuestos que la motivan ni se citan todas las disposiciones legales de orden sustancial que se consideran infringidas, lo que de otra parte la hace incompleta, debiendo la Corte, por tanto, rechazarla y decretar la deserción del recurso, como así se hace en atención al mandato 226 precitado.

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 incoado a nombre de Armando Barreto Monroy contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá que lo condena por el concurso de delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y homicidio en la persona de Luis Alexander Prieto Hurtado. Esta providencia carece de recursos de conformidad con lo dispuesto en 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 Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación de un proceso, como excepción que es al principio de la competencia territorial, obedece a circunstancias específicas contempladas en el artículo 83 de la misma obra "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", pero es presupuesto de procedibilidad la anexión de las pruebas en que se funda la petición, porque ellas constituyen el apoyo de la decisión correspondiente.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Mario Montilla Nougués*

Aprobado Acta No.124 Proceso No. 16069

Decide la Sala la solicitud de cambio de radicación suscrita por el enjuiciado Miller Alejandro Benavides y remitida a esta Corporación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

ANTECEDENTES

Contra Miller Alejandro Benavides, quien se halla detenido en la cárcel del municipio de Bolívar Cauca-, sin que de la actuación allegada pueda establecerse si es por razón del presente juicio, que le adelanta el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Chiquinquirá -Boyacá- por el delito de cohecho, en el cual se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública, solicita el cambio de radicación de su proceso "hacia otra región o Distrito".

Aduce como motivo fundamental que él y su grupo familiar -esposa e hija o "entenada"-, quienes viven también en Bolívar, se hallan "bajo graves amenazas ..." que ponen en peligro sus vidas, la integridad personal y la tranquilidad.

Afirma que su esposa ha estado recibiendo llamadas telefónicas "anónimas", de larga distancia, amenazantes que atribuye a dos ciudadanos, "procesados dentro de la misma investigación".

No aporta prueba alguna sobre la ocurrencia de los hechos que menciona a pesar de anunciar que anexa "la queja propuesta en cuanto a las amenazas", añadiendo que "como complemento de medio de prueba" sugiere que se reciba a su grupo familiar ratificación y versión de las dichas amenazas. Reitera sus temores debido al hecho de hallarse en libertad los individuos a quienes considera autores de las amenazas.

2. La petición fue transferida por el Juzgado cognoscente al Tribunal Superior del Distrito de Tunja, que al advertir su falta de competencia, determinó su envío a la Corte.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Por prescripción del artículo 68, numeral 8o. del C. de P.P., recae en la Corte la competencia para resolver sobre el cambio de radicación en etapa de juzgamiento solicitado para Distrito judicial diferente de aquel en donde se adelanta el proceso, tal como acontece en este caso, en el que, de acuerdo a la comunicación del Juzgado del conocimiento, ya se fijó fecha para la celebración de la audiencia pública.

El cambio de radicación de un proceso, como excepción que es al principio de la competencia territorial, obedece a circunstancias específicas contempladas en el artículo 83 de la misma obra "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", pero es presupuesto de procedibilidad la anexión de las pruebas en que se funda la petición, porque ellas constituyen el apoyo de la decisión correspondiente.

La solicitud en examen carece del respaldo probatorio requerido, porque no fue aportada "la queja" que dice su signatario haber formulado y cuya naturaleza jurídica no precisa, además de limitarse a sugerir "recepción de versión" a su esposa y su "entenada, cuando sea necesario", que es actividad que no cumple desarrollar al funcionario que ha de decidir al respecto, a cuyo conocimiento deben llegar consolidadas esas probanzas.

Frente a la carencia del indispensable presupuesto probatorio, se hace imperativo despachar adversamente la solicitud, aunque no sobra advertir al procesado de la posibilidad con que cuenta de requerir ante el INPEC un cambio del sitio de reclusión si como dice es cierto que él y su familia han estado recibiendo graves amenazas en el municipio sede de su actual reclusión.

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

RESUELVE:

DENEGAR el cambio de radicación solicitado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote. Edgar Lombana Trujillo, Mario Muntilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia de la Corte

En lo que tiene que ver con una pretensión de esta índole, se viene observando que a la Corte, en sede del recurso extraordinario de casación, sólo le es permitido atender peticiones de libertad apoyadas en el motivo 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, o lo relacionado con solicitudes de redención de pena con fines del permiso administrativo de 72 horas, también dentro de lo establecido en la normatividad pertinente, sin que la ley la faculte, a través de un pedimento como el aquí propuesto, para efectuar modificaciones a la sentencia de segundo grado en la forma deseada por el procesado, tema que sólo se puede abordar al resolver la impugnación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá. D.C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta No. 125 Proceso No. 13435

El procesado Gildardo Arias Valencia pide a la Corte "libertad inmediata", derecho que considera debe otorgársele si se tiene en cuenta que el fallo de segunda instancia, en virtud del grado de consulta, modificó la pena que le fuera impuesta por el juez de conocimiento, "contrariando todos los postulados Constitucionales, los de Derecho Penal y Procesal Penal", debiendo, en su opinión, primar la pena fijada en primera instancia que ya cumplió con el tiempo descontado en detención y la redención por trabajo.

Consideración de la Corte

Un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de 9 de mayo de 1996 condenó a Gildardo Arias Valencia a la pena principal de 66 meses de prisión, por los delitos de rebelión y falsedad personal. El entonces 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, sustentado por su defensor que propone en uno de los cargos la violación a la reforma en perjuicio.

En varias oportunidades la Corte ha negado la excarcelación de Arias Valencia, porque su petición no puede estudiarse a la luz de lo establecido en el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, precepto que excluye de la libertad condicional casi matemática, a los sindicados, entre otros, del delito de rebelión, que es la infracción imputada al aquí acusado, y no cumplir requisitos contemplados en el artículo 72 del Código Penal, debiendo satisfacer por ahora la totalidad de la sanción impuesta en el fallo de segundo grado. Pretende en esta oportunidad su liberación con apoyo en uno de los cargos que sustentan el recurso extraordinario de casación, por el incremento punitivo efectuado en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

En lo que tiene que ver con una pretensión de esta índole, se viene observando que a la Corte, en sede del recurso extraordinario de casación, sólo le es permitido atender peticiones de libertad apoyadas en el motivo 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, o lo relacionado con solicitudes de redención de pena con fines del permiso administrativo de 72 horas, también dentro de lo establecido en la normatividad pertinente, sin que la ley la faculte, a través de un pedimento como el aquí propuesto, para efectuar modificaciones a la sentencia de segundo grado en la forma deseada por el procesado, tema que sólo se puede abordar al resolver la impugnación.

Como no existe posibilidad legal, por ahora, para tratar el asunto propuesto, la petición del procesado deviene improcedente, por tanto, la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de emitir pronunciamiento en relación con la petición de "LIBERTAD INMEDIATA", presentada por el procesado Gildardo Arias Valencia.

Cópiese, notifíquese 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 Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA/INDAGATORIA

Los antes citados preceptos fueron declarados inexequibles casi dos años después, el 8 de febrero de 1996, mediante sentencia C-049 de la Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz, providencia que sólo tiene efectos hacia el futuro, en virtud de que la Corte ningún pronunciamiento realizó sobre una hipotética retroactividad. Como lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Estatuto de la Administración de Justicia) y lo ha señalado reiteradamente esta Sala, desde las sentencias de casación de fecha junio 26/96, rad. 9280, M. P. Ricardo Calvete Rangel y julio 25/96, rad. 9577, ponente quien ahora desempeña igual labor. Frente a la obligación de recibir la indagatoria, la Fiscalía aplicó una disposición entonces vigente, lo cual no puede censurarse como irregularidad.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 125 Proceso No. 11300

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en defensa del procesado Jaime Santibañez Gazo contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que confirmó la condena que le impuso el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, por tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Hechos

La madrugada del 27 de marzo 1994, en el bar Manhatan, ubicado en la calle 18 con carrera 10ª de Marsella (Risaralda), Jaime Santibañez Gazo, quien se hallaba en estado de embriaguez, sorpresivamente le colocó un arma de fuego en la cabeza a Francisco Antonio Loaiza y le efectuó dos disparos que lo lesionaron, además de herir levemente a otras tres personas. Fue capturado por un agente de Policía y otros concurrentes y se le encontraron dos revólveres, sin que tuviera permiso de autoridad competente para portarlos.

Antecedentes Procesales

La Fiscalía 27 Seccional de Pereira abrió investigación; el 28 de marzo de 1994 oyó en indagatoria a Jaime Santibañez Gazo y el 5 de abril siguiente la

Fiscalía Quinta Seccional de esa ciudad decretó su detención preventiva (fs. 15 y Ss. cd. 2). Cerrada la instrucción, el 22 de julio de 1994 le fue proferida resolución de acusación por concurso de tentativas de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal (fs. 159 y Ss. ib.), providencia apelada por el defensor, que el 31 de agosto del mismo año la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior respectivo aclaró que se trataba del concurso de una sola tentativa de homicidio y dos portes ilegales de armas de fuego (fs. 203 y Ss. ib.).

Correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa ciudad, convertido luego en Segundo, adelantar el juicio y, celebrada la audiencia pública, el 21 de julio de 1995 condenó al procesado por dichos delitos, a 14 años de prisión, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, la indemnización de los perjuicios ocasionados y ordenó el comiso de una de las armas de fuego incautadas (fs. 349 y Ss. cd 2).

Apelada la sentencia por el defensor, el 30 de agosto de 1995 fue confirmada por el Tribunal Superior de Pereira, mediante providencia que es objeto del recurso de casación.

La Demanda

Al amparo de la causal tercera de casación es formulada la censura al fallo impugnado, por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa, al no haber contado el procesado con un defensor idóneo en la indagatoria, conforme al artículo 29 de la Constitución.

Dice el recurrente que el 28 de marzo de 1994 se recibió la injurada, sin que el procesado tuviera como defensor a un abogado o a un estudiante vinculado a consultorio jurídico. Esta diligencia es un acto de defensa del acusado y al ser allegada en esas condiciones, se presenta una nulidad absoluta, por violación del derecho de defensa, que altera todo el proceso.

Agrega que no había peligro inminente de vencimiento de términos judiciales y Pereira es una ciudad capital, con facultad de derecho, con abundancia de abogados habilitados para la defensa, por lo cual no había necesidad de prescindir de un defensor cualificado.

Por lo anterior, solicita declarar la nulidad de lo actuado a partir de la indagatoria.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal señala que el cargo no está llamado a prosperar, porque el sindicado fue asistido en la injurada por un ciudadano no profesional del derecho y al día siguiente designó un abogado como defensor, quien pidió copias, se notificó de la medida detentiva, pidió pruebas, etc.

Agrega que la indagatoria no fue el único fundamento del fallo condenatorio, que se basó principalmente en el testimonio de Luis Fernando Alvarán

CORREA, quien presenció lo sucedido. Además, el 31 de mayo de 1994 el procesado amplió la injurada, asistido por un abogado y no varió su versión inicial.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE:

El recurrente ha considerado como circunstancia generadora de nulidad, haber sido el procesado escuchado en injurada sin la asistencia de un defensor titulado en derecho, o un estudiante.

El 28 de marzo de 1994 fue oído en indagatoriaJaime Santibáñez Gazo, fecha en que aún regían el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 34 del decreto 196 de 1991, que permitían encomendar la defensa durante su recepción a una persona honorable que no fuere servidor público, al no hallarse un letrado en disponibilidad de asistirlo.

Exactamente eso fue lo sucedió, según hizo constar la Fiscalía, ante la respuesta del por indagar de no tener a quien nombrar: "en razón a que no hay abogado titulado en estos momentos, se le designa de oficio a persona honorable habilitada para tal". Al día siguiente el sindicado confirió poder a un abogado, que se notificó de la medida de aseguramiento, pidió copias y algunas pruebas.

Los antes citados preceptos fueron declarados inexequibles casi dos años después, el 8 de febrero de 1996, mediante sentencia C-049 de la Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz, providencia que sólo tiene efectos hacia el futuro, en virtud de que la Corte ningún pronunciamiento realizó sobre una hipotética retroactividad. Como lo dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Estatuto de la Administración de Justicia) y lo ha señalado reiteradamente esta Sala, desde las sentencias de casación de fecha junto 26/96, rad. 9280, M. P. Ricardo Calvete Rangel y julio 25/96, rad. 9577, ponente quien ahora desempeña igual labor. Frente a la obligación de recibir la indagatoria, la Fiscalía aplicó una disposición entonces vigente, lo cual no puede censurarse como irregularidad.

Es decir, el fallo de la Corte Constitucional no afecta la injurada mediante la cual se vinculó a Jaime Santibáñez Gazo al proceso y la diligencia conserva su validez, al haber sido realizada de conformidad con lo dispuesto por la ley que regía en ese tiempo, la cual autorizaba al instructor para designarle una persona de reconocida honorabilidad que lo asistiera como defensor en la indagatoria cuando no hubiere abogado disponible, como se aprecia que sucedió en este caso, donde no consiguió la Fiscalía un profesional en ciencias jurídicas.

La validez de la diligencia en mención, de suyo ampliada el 31 de mayo del mismo año con la asistencia del defensor titulado de su confianza, mantiene incólume la vinculación del sindicado y, en consecuencia, la nulidad invocada por el recurrente carece de sustento, al no existir el vicio alegado y la actuación haber seguido los lineamientos trazados por la legislación que regía en el tiempo de la recepción de la injurada.

Por tales razones el cargo no está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, 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, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TESTIMONIO

Las perplejidades o vacíos del testimonio, en cuanto repercutan en su incredulidad, bien porque surjan de su contenido intrínseco, bien porque se hagan manifiestas en su conexión con los demás medios probatorios, responden a la categoría del error de hecho, únicamente cuando es ostensible y se hace explícita, la violación de reglas lógicas, de ciencia o de experiencia, que constituyen los linderos dentro de los cuales la sana crítica otorga soberanía al fallador en el acto de apreciar la prueba.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 125 Proceso No. 11196

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación impetrado por el defensor del procesado Javier Eduardo Cárdenas Bayona contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, que lo condenó a la pena de cuarenta y un (41) años de prisión, por los delitos de homicidio y hurto agravados.

Hechos y Actuación Procesal

Aquellos sucedieron el día 1° de abril de 1993 en la vereda Sativa, Jurisdicción del Municipio de Paipa, cuando en las horas de la noche los señores Arsenio y Oscar Cruz dieron aviso a la Policía de que algo sospechoso estaba ocurriendo frente a la cabaña donde habitaban Alfonso Jerez Abdelnur y Luz Amparo Encinales Mejía, pues se habían percatado de la presencia allí de vehículos sospechosos y de que, contrario a lo que ordinariamente ocurría, las luces externas del lugar se encontraban apagadas.

En la Estación de Policía se les dijo que ingresaran a la casa, lo que hicieron en compañía de los hermanos de apellido Iguavita, miembros de la defensa civil, quienes encontraron el interior de la vivienda totalmente desordenado y al señor Jerez Abdelnur muerto, cubierto con una cobija. Al no escuchar que alguien respondiera a sus llamados, decidieron volver a las instalaciones de la Policía.

Al llegar nuevamente a la cabaña acompañados por los agentes, se dieron cuenta de que en el cuarto de la empleada se encontraba la señora Encinales Mejía, quien les hizo un relato de lo ocurrido, señalando como responsable de los hechos a Javier Eduardo Cárdenas Bayona. Así mismo, creyendo que también iba a ser asesinada les mostró una inscripción que había hecho en la pared, en la que acusaba al citado individuo.

Los antecedentes de lo ocurrido, en amplia y completa perspectiva fueron descritos por la Fiscalía de primera instancia en los términos siguientes:

"En el juicio de sucesión de su esposa correspondió a Jorge Alfonso Jerez Abdelnur, el cincuenta por ciento de la casa de habitación ubicada en la carrera 16 No 14-12 de Sogamoso; la parte restante correspondió a su hija Martha Leticia Jerez.

"Continuaron viviendo en esta propiedad los propietarios padre e hija, lo mismo que el esposo de ésta Javier Eduardo Cárdenas Bayona y sus hijos. Por algún tiempo el señor Cárdenas Bayona trabajó en los negocios de su suegro, concretamente en una bomba de gasolina, hasta cuando tuvo un altercado con sus suegros (sic) agrediéndolo físicamente.

"pasado algún tiempo Jorge Alfonso Jerez Abdelnur, decide ir a vivir con Luz Amparo Encinales Mejía a la localidad de Paipa en principio se establece en el centro de la población y posteriormente construye una cabaña a dos y medio kilómetros del centro de la vereda de Sativa.

"En el mes de enero del presente año Jorge Alfonso Jerez resuelve vender a su hija la parte de la propiedad, de la que eran condueños, además, el vehículo campero Mitsubishi de placa GJ 28-85 modelo 1988; sin que la anterior decisión se hubiera estipulado por escrito, en documento de promesa de venta. Fijada la fecha y hora acordaron los contratantes que el día de la escritura y traspaso, se cancelaría el total del contrato o convención, que fijaron las partes en veinticuatro millones de pesos. Dinero que según se había hablado traería Javier Eduardo Cárdenas Bayona.

"Llegados el día y la hora veintinueve de enero de mil novecientos noventa y tres, se presentaron a la Notaría los contratantes, sin que se hubiese hecho presente Javier Cárdenas con el dinero; ante la promesa de su hija de cancelarle muy pronto el total, el señor Jerez firma la escritura y hace el traspaso del vehículo, sin recibir dinero alguno, ni respaldar la suma por medio de título.

"Elaborados los documentos a nombre de su hija el señor Jerez se impacienta ante el incumplimiento por parte de ella y de su yerno a la cancelación de la obligación, ya que se habían fijado varias citas y no había recibido ningún dinero. Con el objeto de recuperar sus bienes, decide presentarse a su hija y solicitarle que firme una letra de cambio, título que es firmado de inmediato por Martha Jerez, por la suma de veinticuatro millones; este documento es firmado el seis de febrero, en el que se fija como fecha la cancelación el diez del mismo mes y año. Nuevamente se siente burlado el señor Jerez y decide entregar la letra al abogado Luis Alberto Mesa Vargas, para su cobro ejecuti-

vo; y el tres de marzo, ante los temores del señor Jerez de que los bienes por los que no había recibido dinero alguno fueran vendidos, ya que no se explicaba, según lo dijo a su abogado de donde podría sacar su yerno el dinero, pidió al abogado solicitara las medidas preventivas de embargo y secuestro, de los bienes objeto de transacción.

"El diecisiete de marzo la demandada se entera del ejecutivo en su contra, llama al abogado, quien la entera de los pormenores del caso, insinuándole un arreglo con su padre; el diecinueve se presentan a la oficina del abogado padre e hija, y esta se compromete a cancelar el veintitrés del mismo mes con dineros que traería Javier Cárdenas. El veinte llama al abogado la demandada y le pide prórroga para el veintiséis ; no cumple y el veintinueve nuevamente llama y se excusa, aduciendo que su esposo estaba en la Universidad, solicitándole al abogado adelantara las diligencias del desembargo de los bienes, porque su esposo llegaría al finalizar la semana antes de semana Santa. Comprometiéndose como última fecha cancelar el dinero el día dos de abril en la ciudad de Sogamoso.

"Encontrándose en su cabaña Jorge Alfonso Jerez acompañado de su compañera Luz Amparo Encinales Mejía, entre siete y ocho de la noche del primero de abril del presente año, solos puesto que la empleada de servicio había solicitado permiso y salido a eso de las seis de la tarde, escuchan que llaman o golpean por la puerta de atrás de la cabaña; al preguntar quién es oyen la voz de Javier Eduardo Cárdenas Bayona, a quien le solicitan dar la vuelta, para abrirle la puerta principal; así lo hace. Y al abrirle la puerta Amparo, ella observa dos vehículos, y Javier hace su entrada acompañado de dos sujetos más, que presenta, sin que ello despertara sospecha en los desprevenidos moradores; invitan a pasar a Javier Eduardo y sus compañeros, mientras que este informa que el objeto de su visita es la de cancelar la deuda al señor Jerez. En este momento Amparo se dirige a la cocina a insinuación de su compañero, con el fin de preparar un café para los visitantes, escuchando que parte de la deuda la cancelará en efectivo y parte en cheque de la Caja Agraria, para un total de veinticinco millones, y como quedara un saldo, se deja constancia en el cuerpo del recibo, que traía elaborado ya Javier Eduardo. El señor Jerez hace leer el recibo a su compañera y luego de hacerle la anotación respectiva, lo firma, y se lo entrega al señor Cárdenas Bayona. Inmediatamente después con el pretexto de que llovía y hacía frío Cárdenas Bayona manifiesta que afuera hay otros dos amigos, que si les pueden ofrecer un café; acceden a ello los dueños de casa, y estando Luz Amparo en tren de preparar el café, Javier abre la puerta de la entrada principal y entran dos sujetos arma en mano; uno de los recien llegados se dirige de inmediato a la cocina cogiendo a Luz Amparo del brazo le ordena tirarse al piso; en este momento la testigo escucha cuando su compañero decía Javier que es esto, el señor Jerez intenta llegar a la escalera y el sujeto que se encontraba en la cocina, ante la actitud de Jerez, sale de la misma, descuidando a Amparo, quien aprovecha la oportunidad y se encierra en el cuarto de servicio, lugar desde donde escucha un disparo.

"Resguardada en ese sitio escucha tanto la voz de Javier como de otros sujetos que le piden que diga la clave de la caja fuerte, escucha a Javier cuando le dice que está secuestrado, escucha que le hablan de un secuestro al cucho; ella les manifiesta que desconoce la clave, que quien la sabe es Alfonso, que traten de abrir a la fuerza. Atemorizada se dá cuenta que en ocasiones tratan de abrir la puerta del cuarto en el que se encuentra.

Sin poder determinar el tiempo que permaneció en semejante estado, y con la seguridad absoluta de que iba a hacer víctima, debido a que conocía uno de los presentes a Javier y que él lo sabía, con la ayuda de un elemento duro, primero una puntilla y luego un arete realizó escritos tanto en la superficie de las paredes del baño, como de la pieza de la empleada tales como Javier nos mató, Javier Cárdenas nos mató etc., escritos que fueron elaborados, a oscuras, y en el estado propio de una persona que esta viviendo esta situación" (fls. 546 a 549).

Además de lo anterior, se pudo establecer que del lugar donde sucedieron los hechos se hurtaron joyas, dinero, títulos valores y un revólver de propiedad del occiso y que en las afueras de la cabaña fue hallada una caja fuerte.

Realizada la diligencia de levantamiento de cadáver y escuchadas las declaraciones rendidas por la señora Luz Amparo Encinales Mejía, Oscar Cruz Espitia y la versión rendida por Javier Eduardo Cárdenas Bayona, la Fiscalía Tercera de la Unidad Previa y Permanente de Duitama, dispuso la apertura de instrucción, el 5 de abril de 1993.

Luego de haber sido escuchado en indagatoria el inculpado Cárdenas Bayona, la Fiscalía Décima de Duitama, Grupo de Vida a donde pasaron las diligencias, le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el presunto delito de homicidio en la persona de Jorge Alfonso Jerez Abdelnur.

Mediante providencia del 7 de julio de 1993 se admitió la demanda de constitución de parte civil de Jorge Alfonso, Gladys Cecilia e Irma Stella Jerez Medina, e igualmente se decretó el cierre de investigación.

La calificación del mérito del sumario se produjo el 30 de agosto de 1993, con resolución acusatoria en contra de Jorge Enrique Cárdenas Bayona por los delitos de homicidio y hurto agravados y tentativa de hurto.

El conocimiento de la causa le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama por lo que dispuso el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal. Durante el transcurso de dicha etapa concedió la libertad provisional mediante caución prendaria al procesado, por haberse configurado la causal contenida en el artículo 55 numeral 5° de la ley 81 de 1993, esto es, por haber transcurrido más de seis (6) meses a partir de la resolución de acusación, sin que se hubiese celebrado la correspondiente audiencia pública.

Celebrada la mencionada diligencia, se profirió el fallo de primer grado el 12 de mayo de 1995, por medio del cual condenó a Javier Eduardo Cárdenas

Bayona a la pena principal de 41 años de prisión, como coautor responsable de los delitos de homicidio y hurto, ambos agravados, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años y al pago de perjuicios que determinó así:

Los materiales, por el homicidio, por la suma de $449.700 pesos correspondientes a los gastos efectuados por los hijos del occiso y en favor de éstos. Por concepto de lucro cesante, el equivalente a 100 gramos oro, en favor de su compañera permanente Amparo Encinales Mejía.

En cuanto al hurto, por perjuicios materiales, la suma de $615.000.oo pesos por los bienes de propiedad de la señora Encinales Mejía y $1.885.000.oo pesos por los del señor Jerez Abdelnur. Por perjuicios morales, el equivalente a 150 gramos oro para cada uno de los hijos de la víctima y el equivalente a 100 gramos oro, para la compañera permanente.

Finalmente, le revocó el beneficio de la libertad que le había otorgado.

Apelada la decisión, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo mediante providencia del 21 de julio de 1995, ahora objeto del recurso extraordinario de casación, la modificó en lo relativo al pago de perjuicios por parte del procesado Cárdenas Bayona a quien ordenó cancelar el equivalente a 400 gramos oro por concepto de daños materiales causados por el homicidio, a favor de los hijos legítimos del victimario y su compañera Amparo Encinales Mejía y 150 gramos oro por los daños morales, por cada uno de los herederos y 1000 gramos oro, para la señora Encinales Mejía.

Respecto a los daños materiales generados por el hurto a bienes del occiso y la señora Encinales Mejía, se determinaron en 150 gramos oro, repartidos equitativamente entre los herederos del occiso y 50 gramos oro en favor de la mencionada señora.

La Demanda de Casación

Nueve cargos formula el censor contra el fallo de segundo grado, al amparo de la causal primera, por errores de hecho en la apreciación del algunas pruebas y la falta de consideración y valoración de otros elementos de convicción existentes dentro del plenario, los cuales fundamentó de la siguiente manera:

Primer Cargo

Error de hecho por falso juicio de identidad, por haber otorgado al testimonio de Luz Amparo Encinales Granados "una apreciación de credibilidad absoluta y total que no le corresponde", con lo que contraría el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, respecto de los factores que se han de tener en cuenta en el estudio y valoración de un testimonio.

Al respecto adujo el silencio de la declarante en sus primeras intervenciones y que debió romper forzadamente ante la Juez de la causa para manifestar a "regañadientes" que ciertamente ella había sacado unos bolsones o maleti-

nes con cosas de la cabaña, en la mañana del dos de abril y que las había llevado a casa de su vecina, la señora de Cruz.

Además incurrió en contradicciones como cuando afirma una y otra vez que vio y oyó cuando Javier Cárdenas Bayona le contaba una y otra vez el dinero al señor Jerez Abdelnur; que tuvo en su mano y leyó el recibo que el mismo Cárdenas Bayona llevara y que presenció cuando el hoy occiso se trasladó a la sala del comedor a anotar y firmar el recibo o comprobante, el mismo que vio, según agregó dicha testigo, cuando Cárdenas Bayona lo cogió y lo guardó.

Todo ello para luego decir ante la Fiscal 10ª que no sabía ni se había dado cuenta si el señor Jerez Abdelnur había contado y cogido ese dinero.

Igualmente cuando afirma que parte de las frases que escribió en la pared las hizo con unos aretes de "JAMBAL" que llevaba puestos, los cuales nunca se conocieron en el proceso, nunca los mostró a los vecinos en la mañana del 2 de abril ni ante el C.T.I.; nunca exhibió cómo habían quedado. Todo lo contrario; cuando declaró ante la Juez Primera Penal del Circuito de Duitama, al hacer un inventario de las joyas y valores que se habían sustraído, se refiere a unos aretes de "JAMBAL" que asegura estaban entre un cajón del closet, con otras joyas de ella y del occiso que los asaltantes se llevaron.

A renglón seguido asegura que el Tribunal no ha querido aceptar como cierto el hecho "de la sacada de las bolsas o maletines" con fundamento en lo afirmado por el Sargento de la Policía Nacional Gómez Laguna en la diligencia de audiencia pública, según el cual ésta señora no había sacado nada. Ni el Juzgado ni el Tribunal, dieron la importancia debida, sobre lo que manifestó la señora Prescilia Espitia de Cruz en haber visto unos bolsones en compañía de sus hijas y otras personas, joyas de las que supuestamente la señora Encinales Mejía se quejaba que le habían sustraído.

Agregó que al testimonio en comento, se le buscó rodear de toda protección para impedir su desmoronamiento ante la evidencia de su inconsistencia, como cuando se negara la ampliación del testimonio de la doméstica Ana Mercedes Chaparro y cuando se niega a solicitar a la Fiscalía de Santa Rosa de Viterbo las declaraciones rendidas por Mercedes Chaparro, Prescelia de Cruz, las hijas de ésta y otras personas, sobre lo relacionado a las bolsas o maletines y sus contenidos.

En consecuencia, a juicio del censor, el testimonio de la señora Encinales Mejía debió ser examinado de manera más rigurosa, determinándose por qué había incurrido en silencios y contradicciones.

A ello agregó que dicho testimonio no podía tenerse como una prueba completa, demostrativa de la responsabilidad penal del procesado, luego de referir que Martha Jerez Medina - esposa del procesado - había declarado que al enterarse de que la señora Encinales Mejía mantenía relaciones con el occiso, ésta la llamaba con frecuencia a amenazarla e insultarla.

Dice que si bien no se ha demostrado por Cárdenas Bayona que su viaje a Paipa fue el 31 de marzo de 1993, tampoco se ha comprobado dentro del proceso que éste hubiese viajado el 1° de abril de ese año, ni que en las horas de la noche de esa fecha hubiese estado en la cabaña donde murió Jerez Abdelnur.

Como sobre este aspecto, existe duda, ésta debe resolverse a favor del reo, pues apenas existen los dichos de Cárdenas Bedoya y la señora Encinales Mejía. Que son juicios y reflexiones de los juzgadores que han conducido a equivocaciones y al desconocimiento de la realidad.

Sobre la base de tales fundamentos, estimó el libelista que se habían vulnerado los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, a lo que se llegó por desconocimiento del artículo 294 *ibidem*, "al dar a este testimonio una apreciación y valoración diferente a la que realmente merece".

Segundo Cargo

También por la vía del falso juicio de identidad, acusa la sentencia cuando al examinar el contenido de la versión libre del procesado "y sumarla y cruzarla con su injurada", no dio a esta ninguna credibilidad, optando por lo manifestado por la señora Encinales Mejía. Según el libelista, muchas de las afirmaciones del encausado se hallan respaldadas con otros elementos probatorios que existen en el proceso.

No se creyó que Cárdenas Bayona, por medio de préstamos que le hicieran su padre y hermanos, hubiese reunido el dinero que debía entregar al señor Jerez Abdelnur. También se desconoció que la misma señora Encinales Mejía dijo que ella conoció y leyó el recibo o comprobante que originara la entrega del dinero. Ella afirma que Javier Cárdenas Bayona llevó y entregó un dinero a Jerez Abdelnur y que oyó y vio contar ese dinero. Que vio cuando Javier Cárdenas Bayona sacó un fajo de billetes de $10.000.oo; que conoció el recibo o comprobante que llevaba escrito Cárdenas Bayona, que lo leyó y presenció cómo los protagonistas Jerez Abdelnur y Cárdenas Bayona se trasladaban a la sala del comedor por insinuación suya, para que el primero de los nombrados firmara el recibo. Que ella, Encinales Mejía, vio cuando Javier Cárdenas lo cogió y guardó; que obra en el expediente en original y copia auténtica y no ha sido tachado de falso, ni tiene adulteración alguna; su fecha y contenido tampoco han sido desconocidos por persona alguna.

Con fundamento en lo anterior pregunta si los juzgadores consideran que Encinales Mejía miente cuando se refiere a lo de la entrega del dinero, a su contabilización por parte de Javier Cárdenas, a la existencia del recibo y a su redacción y firma por parte del hoy occiso.

En cuanto a la fecha en que el procesado estuvo en Paipa, que es lo que "se discute y se averigua y se debe averiguar", el procesado dice que fue el 31 de marzo de 1993, fecha en que recogió el dinero que tenía en la casa donde vivía cerca a la calle 100 "por donde cada cuarto de hora pasan buses que viajan a Boyacá". Que salió antes de las 5:00 de la tarde y fue en bus hasta

Paipa a donde llegó entre las 7 y 30 y ocho de la noche. Que así lo dijo en su versión libre. Luego, en su indagatoria manifestó que al señor Jerez Abdelnur lo vio por última vez en la cabaña donde vivía, sobre las siete y media de la noche y que vestía un buso.

Señala entonces que de las cuatro a las once de la noche hay siete horas, tiempo suficiente para viajar en bus de Bogotá a Paipa, ir a pié hasta la cabaña donde habitaba la víctima, regresar a pié a la carretera y tomar nuevamente el bus de vuelta a la capital.

En la sentencia se dice que en 6 horas y media no es posible hacer tal movimiento, pero que es apenas una consideración que no se haya demostrada probatoriamente; por lo tanto, en cuanto a si en seis horas y media o en siete se podía hacer ese viaje y esas vueltas, no se deben hacer reflexiones y juicios porque todo se centra en si el hecho tuvo ocurrencia el 31 de marzo o el 1.° de abril de 1993.

En cuanto al señalamiento que hizo el procesado de que la última vez que vio a la víctima fue el 31 de marzo y que vestía un buso, refirió el censor que Jorge Jerez Medina, hijo del occiso, y Polo Molano realizaron la misma afirmación. Que en el acta de inspección del cadáver se indicó que este vestía un chaleco. Por lo tanto, no entiende por qué los juzgadores se resisten a dar credibilidad a lo dicho por su representado, sobre la prenda que vestía el señor Jerez Abdelnur.

Para el Tribunal, su prohijado no estuvo en Paipa el 31 de marzo por cuanto, según la señora Encinales Mejía, entre las 7 y 30 y 8:00 p.m se encontraba con Jerez Abdelnur en la casa del señor Polo Molano, lo cual no se discute, ni tampoco que el occiso hubiese visitado a William Correa. Pero, si Javier Cárdenas llegó a las 7 y 30 y entregó el dinero a las 8 de la noche "era o fue posible que este y la Encinales pudieran estar sobre las ocho (8) de la noche en casa de Polo Molano".

Según él, la prueba que existe en el expediente indica que sí.

Entonces pone de presente que la señora Encinales Mejía había dicho que en el trayecto desde la cabaña hasta donde el señor Molano se demoraban 10 minutos. Polo Molano comentó que no se acordaba de la fecha precisa en que ocurrió aquella visita pero que fue un miércoles; que pudo ser antes o después de las ocho de la noche.

"Con lo anterior, por lo menos se anota (sic) duda al respecto. Si se podía o no llegar a donde el señor Molano, por Jerez Abdelnur y Amparo Encinales, después que éste recibiera a Javier Cárdenas en la cabaña".

"Se le entregara el dinero, firmara el recibo y seguidamente se trasladaran para la casa del primero de los nombrados (señor Molano) sin romper en mucho la hora de las 8 de la noche, como éste dice".

Por lo anterior consideró vulnerados los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, violación a la que se llegó por incorrecta aplicación del

artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, relativo a los criterios de apreciación del testimonio.

Tercer Cargo

Estima el censor que se incurrió en un falso juicio de identidad porque se le dio un alcance e interpretación que no tenía al testimonio del señor Polo Molano.

Señala que el testigo expresó en forma incierta que Jerez Abdelnur y la señora Encinales lo habían visitado un miércoles y que llegaron antes o después de las 8:00 p.m.

Se ha dicho que tal visita se cumplió posiblemente a partir de las 8:00 p.m., con posterioridad a que el hoy occiso, entre las 7 y 30 y 8:00 de la noche hubiera atendido a Javier Cárdenas Bayona, lo cual es factible, y el Tribunal no puede negar esa posibilidad de manera rotunda. Para demostrarlo hace los siguientes razonamientos:

"La Encinales Mejía dice que Javier Cárdenas llegó sobre las 7 y 30 de la noche a la cabaña, manifestación semejante a la de éste.

"La entrega del dinero, según el procesado duro unos veinte minutos, lo que indica que en ello se acercaron a las ocho (8) de la noche.

"La Encinales dice que entre la cabaña que ella habitaba con el señor Jerez Abdelnur y la casa del señor Molano, llegaron a casa de éste pasadas las ocho (8) de la noche".

Sin embargo, el Tribunal considera que la hora de la visita fue antes de las ocho (8) de la noche.

En esta oportunidad también señaló como vulnerados los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, por desconocimiento del artículo 294 *ibidem*.

Cuarto Cargo

También hace recaer un falso juicio de identidad, sobre el testimonio del señor Alberto Gómez Laguado. Para el libelista, este testigo con el ánimo de dar fortaleza a lo dicho por la señora Encinales Mejía, afirmó que ella no sacó de la cabaña ningún objeto, bolsa o maletín en la mañana del 2 de abril de 1993; que esa versión la contradice la señora Prescelia Espilia de Cruz, pero el Tribunal desestima lo que esta manifiesta y tiene como verdad de a puño lo afirmado por Gómez Laguado, versión sobre la cual se apoyó en parte la sentencia condenatoria.

Se pregunta si no se encontró en el expediente la versión de Encinales Mejía ante la Juez 1ª Penal del Circuito, cuando aceptó y declaró que en aquella oportunidad sacó los maletines y bolsos con algunas cosas y uno de estos bolsos lo dejó a guardar por un día a la señora de Cruz, como ambas lo afirman. Según él, la valoración y alcance de esta prueba no es la que le otorga el Tribunal Superior.

Señaló como vulneradas las mismas normas en mención.

Quinto Cargo

Estima que al documento otorgado entre los hermanos Jorge Alfonso, Marta Leticia, Gladys Cecilia e Irma Stella Jerez Medina se le da "un sentido y alcance probatorio que no tiene ni puede tener".

Explica el demandante que ocurrida la muerte del señor Jorge Alfonso Jerez Abdelnur, sus hijos, con un criterio civil de repartición de los bienes sucesorales sentaron tal documento, acto que cumplió la esposa del procesado Martha Leticia Jerez Medina por presión de sus hermanos, quienes le manifestaron que si firmaba el documento no se constituirían en parte civil. Pero el fondo del documento no es, ni puede serlo, el reparto de bienes ni la deducción que hace el Tribunal de ser una prueba clara, precisa y fehaciente de que el pago de Javier Cárdenas a Jerez Abdelnur, no tuvo lugar, ni tampoco la entrega del dinero, como tanto se afirma en el proceso.

Se cuestiona entonces, si fue que acaso los firmantes estuvieron en la cabaña el 31 de marzo o el 1° de abril; que si fue en esta última fecha, fueron testigos presenciales de lo ocurrido y por lo tanto así han debido expresarlo en sus diferentes intervenciones.

Agrega que el no haber estado en ninguna de las fechas en discusión, no les permitía decir lo contrario en cuanto a su presencia en tal lugar. Por ello no se puede aceptar como cierto el contenido de dicho documento porque a ninguno le consta si se entregó dicho dinero o no y dentro de la duda, según él, ha debido examinarse ese escrito.

Señaló que en el proceso hay pruebas que contradicen la versión de que Javier Cárdenas no le entregó el dinero a la víctima, como la declaración de Luz Amparo Encinales Mejía, quien ofrece un detalle cuidadoso del comprobante suscrito por Jerez Abdelnur.

Con lo anterior se desconocieron los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, pues el enunciado falso juicio de identidad proviene de haberle dado a dicho documento "un valor y un objetivo diferente al que realmente corresponde", vulneración a la que se llegó por desconocimiento del artículo 294 y concordantes del mismo estatuto procesal.

Sexto Cargo

Esta vez el demandante hace recaer el falso juicio de identidad en que el Tribunal "mediante una presunción de veracidad, aceptó como ciertos en su mensaje y contenido, así como en los elementos que se emplearon en su ejecución, los letreros o grabaciones que se dice hiciera Luz Amparo Encinales Mejía en la pared del cuarto del servicio cuando allí se refugiara. Frases como : Javier nos mató".

Al respecto señala que en el proceso se ha tenido que tales frases fueron escritas por la citada señora, únicamente por lo que ella dice, sin que exista otro elemento probatorio que ratifique o complemente tal testimonio.

Se queja de que los investigadores no establecieron cómo y cuándo se hicieron tales grabaciones; si la señora Encinales se encontraba allí; si tenía puestos sus aretes "Jambal" con los que dice escribió tales frases; si eran de tal dureza que permitían tal operación; no se comprobó en qué estado quedaron. Nadie los vio ni los examinó después de la muerte del señor Jerez Abdelnur. Lo mismo ocurrió con la puntilla con la cual dijo que también escribió tales frases. De ella no se conoció nada, ni el lugar de donde había sido arrancada. Por lo tanto, agrega, cabe preguntar si las grabaciones se hicieron en la forma y oportunidad señaladas por la señora Encinales Mejía.

Que no obstante esa incertidumbre, el Tribunal Superior dio por cierto el contenido de tales letreros y la forma y elementos que en ellos se emplearon.

Expresa que de acuerdo a la versión rendida ante el Juez de la causa por la señora Encinales Mejía, unos aretes de "Jambal" le fueron sustraídos aquella noche del 1° de abril de un cajón - joyero.

También aquí, a juicio del censor, el Tribunal fue más allá de lo que permite la ley existiendo duda sobre el punto. Por lo tanto, estima como vulnerados los artículos 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal, por falta de certeza en la responsabilidad criminal del procesado y por no haberle dado aplicación al principio de que toda duda debe resolverse en su favor, violación a la que se llegó por desconocimiento de los artículos 249 y 294 del Código de Procedimiento Penal.

Séptimo Cargo

Este lo hace consistir en un falso juicio de existencia, porque al examinar los elementos probatorios el Tribunal hizo caso omiso del recibo o comprobante que Javier Cárdenas Bayona entregara a Jorge Alfonso Jerez Abdelnur, como pago de una deuda de su esposa, pues de antemano concluyó que tal pago o entrega del dinero no se había hecho. Vuelve y se pregunta entonces, qué ocurre con el grado absoluto de veracidad otorgado a la señora Encinales Mejía y sobre la cual se erige la sentencia condenatoria. Que al momento de tomar una decisión tan grave, no acepta lo que al respecto dice la testigo angular de los hechos.

Comentó que en todas sus intervenciones, esta señora siempre se refirió a dicho recibo o comprobante. Lo reconoció en fotocopia auténtica ante la Fiscalía 10ª de la Unidad Investigativa de Duitama, ante la juez de la causa y en la audiencia pública. En este último evento reconoció el recibo original y le hace la observación de que no se acuerda si cuando lo vio por primera vez tenía fecha o nó.

Luego agrega: "la fecha allí escrita a máquina es la del 31 de marzo de 1993, día en que afirma Javier Eduardo Cárdenas Bayona, estuvo en la cabaña del señor Jerez Abdelnur en Paipa, llevándole el dinero".

Si no se tuvo certeza de que este acto ocurrió el 31 de marzo o el 1° de abril, el Tribunal ha debido aplicar la duda para resolverla en favor del procesado y, de haberlo hecho, le habría dictado sentencia condenatoria.

Invocó como norma vulneradas el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, al no resolverse a favor del procesado esta gran duda, sobre el día y la hora en que estuvo en Paipa de acuerdo a la fecha y hora contenida en el recibo y, por ende, el artículo 247 del mismo estatuto procesal por falta de certeza en la responsabilidad penal del procesado.

Octavo Cargo

Estima el casacionista que se incurrió en un falso juicio de identidad, al desechar el fallador el testimonio de la Sra Prescelia Espitia de Cruz porque con éste no se pretendía resolver todas las incógnitas como ha querido hacerlo la señora Encinales Mejía y los investigadores, que en uno u otro nivel intervinieron en el proceso.

Lo que se pretendía, agrega, era demostrar, así fuera en mínima parte que la señora Encinales Mejía no era tan ponderada en su veracidad y espontaneidad, ni tenía la integridad que le reconocieron los juzgadores de instancia.

Señala que por la declaración extraproceso de la señora Espitia de Cruz, fue que se pudo llegar a la señora Encinales Mejía en su intervención ante la Juez Primera Penal del Circuito de Duitama para hacerle reconocer y decir "a regañadientes" que en la mañana del 2 de abril de 1993, había sacado de la cabaña unos bolsos o maletines y había dejado a guardar uno de ellos en la casa de la señora de Cruz.

Que lo había callado en sus dos intervenciones, silencio que para el censor no parecía correcto, pero para el Tribunal esta señora no sacó ningún maletín o bolsa. Si se tiene en cuenta que la señora de Cruz manifestó que ella, junto con sus hijas y unas amigas habían esculcado el bolso y habían visto dentro de él joyas y elementos a los cuales dicha señora se había referido ante la policía, investigadores, y vecinos, como que los asaltantes se las habían llevado. El juez de la causa no quiso establecer si eran joyas o no

Con ello se desconocieron los artículos 254, 294 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Noveno Cargo

El falso juicio de identidad lo hace consistir en el desconocimiento del valor probatorio que les corresponde a las declaraciones de Betty Manrique Cortéz, Gustavo Corredor Cuéllar, Ivonne Quintero de San Juan y José María Lagos.

Todos ellos, comenta el demandante, rindieron testimonio conforme a cita hecha por el procesado y manifestaron que este había estado en una wiskería, donde ellos trabajan, en una noche de la semana anterior a semana santa, como desde las 7 pm hasta las 6 am. Solo Betty Manrique concretó que fue el 1° de abril de 1993.

Por su parte, Gustavo Corredor Cuéllar, en ampliación de su testimonio, indicó que había sido en esa fecha y que así lo había podido precisar porque

el 2 de abril no había podido cumplir una cita odontológica por haber llegado a la casa tarde y cansado. Pero como posteriormente, al contestar una pregunta afirmó que se trataba de una cita médica, la que había incumplido, estimó el Tribunal que ello era razón suficiente para tenerla como no veraz, a lo que agregó la circunstancia de que tales declarantes habían comparecido por solicitud de los hermanos de Cárdenas Bayona.

Explica que los parientes del procesado, ante la inercia de los investigadores en adelantar las diligencias se trasladaron a Bogotá con el fin de saber si existía la Wiskería y las personas que trabajaban allí, si era cierto que Cárdenas Bayona había estado en ese lugar la noche del 1° de abril de 1993; la localización de esas personas y la solicitud de que comparecieran fue de conocimiento de la fiscalía instructora; por lo tanto, no se pueden descalificar tales testimonios por este motivo.

Estimó entonces que la sentencia violó indirectamente la norma de derecho sustancial por error de hecho, por falso juicio de identidad "al no otorgar a estas declaraciones el valor probatorio correspondiente" con lo que se infringieron los artículos 254, 294 y 247 del Código de Procedimiento Penal, ya que de haberse cumplido con los criterios de apreciación del testimonio, la ausencia de responsabilidad del procesado en los hechos investigados habría sido clara y nítida, y en su favor se habría emitido sentencia absolutoria.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Para esa representación del Ministerio Público, ninguno de los cargos contenidos en el libelo está llamado a la prosperidad ya que es evidente el marginamiento, por parte del censor, de las reglas básicas que regulan este medio de impugnación, dadas su naturaleza y la entidad que debe tener una propuesta por esta vía para que tenga receptividad.

Expresa que los cargos elevados con fundamento en el falso juicio de identidad en la forma propuesta por el recurrente, no solo es incompleta sino equivocada, pues la violación debe predicarse respecto de normas de carácter sustancial y cuando se opta por la vía indirecta, debe el censor indicarlas así como acreditar su aplicación indebida o su falta de aplicación en la sentencia sin que pueda olvidarse de la demostración de la trascendencia del yerro probatorio enunciado, y su incidencia en la infracción de las normas sustanciales pertinentes.

No es correcto entonces aludir a normas de carácter procesal como lo hace el actor, cuando hace un señalamiento de los artículos 249, 254 y 294; por lo tanto debió desarrollar la censura respecto del artículo 445 del C. de P.P. Sin embargo, agrega el Procurador, el planteamiento que se hace acerca de la duda a lo largo de la demanda se quedó en el ámbito netamente enunciativo.

Ello, porque el recurrente cuestiona la prueba a su acomodo y finalmente sin ilación afirma tajantemente, en algunos casos, que por lo menos habría

duda; y en otros, simplemente hace una cita de la norma, al punto que el fundamento del cargo en nada se relaciona con el fenómeno argüido, cuando era su deber sopesar los medios probatorios en su conjunto, para concluir que se configura la duda razonable que es imposible de resolver.

Con los falsos juicios de identidad que se enuncian a lo largo del libelo, agrega, lo que se pretende es revivir el debate probatorio superado en las instancias, lo que impide el estudio de trasfondo de su alternativa de apreciación probatoria que está orientada a que se reexamine dicho material contenido en el proceso, pues retoma el valor asignado a las probanzas por el Tribunal y antepone su personal punto de vista apreciativo, cuestión que escapa a la esencia del recurso extraordinario.

Recuerda la Delegada, que el recurso de casación está contemplado en nuestro sistema para mantener la legalidad de los fallos judiciales con el objeto de desarrollar los objetivos contenidos en el artículo 219 del estatuto procesal, demostrándose los diferentes yerros de juicio, procedimiento o de garantía que obligan a enmendar la sentencia o el trámite afectado.

También enfatiza, en cuanto al falso juicio de identidad, que esta modalidad de violación indirecta de la ley sustancial tiene fundamento en la distorsión objetiva de la prueba que se produce, en términos de agregación o cercenamiento y que siempre debe tener trascendencia en el fallo. En otras palabras, consiste tal tipo de error en que se hace decir a la prueba algo que no se extracta de su tenor contextual y que afecta la sentencia al punto que la decisión debió ser diferente a la proferida. Agrega que tal propuesta también procede cuando el sentenciador desconoce las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas que sirven de soporte al fallo.

Estima esa Representación del Ministerio Público, que los falsos juicios de identidad acá planteados no corresponden a su exacta naturaleza ni deberán ser estimados por cuanto reviven el debate probatorio superado en las instancias ordinarias del proceso.

En cuanto al falso juicio de existencia, recogido en el séptimo cargo que el recurrente propone, señala que además de apartarse el censor del correcto sendero demostrativo, no advirtió que en la sentencia de primer grado el comprobante de pago firmado por el occiso al procesado sí fue apreciado, ni que su aparición tuvo como base la demostración de la presencia de éste en el lugar de los hechos el 1° de abril de 1993.

Además, que si bien es cierto el juzgador de segunda instancia no hizo alusión específica a dicho medio de prueba, no por ello se ha omitido su apreciación; olvidó el recurrente también que su coartada, la relativa a que el día de los hechos estuvo departiendo en una wiskería, y el argumento cimentado en que otros elementos probatorios de mayor trascendencia como las declaraciones de la presunta acompañante en el sitio y la del mesero que los atendió, fueron desvirtuados por los falladores de instancia, mediante el análisis global de la prueba que culminó con otorgarle mayor credibilidad a la sobreviviente del asalto Amparo Encinales.

Concluye diciendo que el medio probatorio que se señala como inexistente no tiene la trascendencia que pretende imprimirle el actor, pues aparte de los otros medios de prueba, jamás se podrá descartar que se firmó bajo presión, o que el interfecto lo hizo sin reparar en la fecha del mismo, cuando lo esencial era la recepción del pago pendiente.

Solicita finalmente que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

La Corte comparte las apreciaciones hechas por la Procuraduría Delegada en torno a la demanda que ahora es objeto de estudio. Desde los inicios se advierte la falta de técnica y razón del censor en la formulación de los cargos propuestos, pues lo que realmente cuestiona del fallo de segunda instancia es la credibilidad otorgada a los elementos de prueba que le sirvieron de base al juzgador para estructurar la condena proferida en contra de Javier Eduardo Cárdenas Bayona. Por ello, desde ahora hay que decirlo, la demanda que se estudia no está llamada a prosperar.

Lo primero que advierte la Sala, es el desconocimiento por parte del demandante de lo que implica una censura por la vía del error de hecho por falso juicio de identidad. En el marco de esta causal, es deber del libelista demostrar que el juzgador alteró el contenido material de la prueba, dándole un alcance que en realidad no contiene.

Contrario a lo anterior, el escrito que se examina está orientado a censurar el análisis crítico efectuado por los falladores de instancia respecto de cada elemento de prueba, mas no, como se esperaba, la demostración de que los hechos que de ellos se dedujeron en las instancias no eran los que realmente les correspondían.

Esa postura es la que mantiene el casacionista al tratar de fundamentar los cargos aducidos al amparo de la causal en comento. Y, aunque también acudió al falso juicio de existencia, varios son los reparos que, en su momento, se harán al respecto.

Pues bien: de los falsos juicios de identidad propuestos en la demanda se hará un análisis en conjunto para no incurrir en innecesaria repetición, ya que si bien todos ellos hacen referencia a distintos elementos de juicio, en su mayoría de índole testimonial, es para criticar el grado de credibilidad que se les otorgó en las instancias. El desarrollo de todas las argumentaciones termina constituyendo un cúmulo de censuras por falso juicio de convicción, circunstancia que implica el fracaso de los reproches no solo por constituirse en una inaceptable dilogía (al enunciar un tipo de error y desarrollar otro) sino porque, en definitiva, el casacionista opta por el camino incorrecto en razón a que no es ésta la instancia adecuada para proponer un nuevo debate probatorio, ni mucho menos para cuestionar el valor de persuasión que les fue otorgado en las instancias.

En el primer cargo, el libelista se dedica a analizar de manera individual el testimonio de la señora Amparo Encinales a efectos de atribuirle una serie

de inconsistencias, lo que utiliza de soporte para afirmar que dicha prueba debió ser examinada de manera más rigurosa y determinarse por qué había incurrido en silencios y contradicciones y que por tanto la misma "no podía tenerse como prueba completa demostrativa de la responsabilidad penal del procesado".

Y como refirió aspectos que en su sentir no habían sido comprobados o averiguados, estimó entonces que eran suficientes estos argumentos, ya referidos, para afirmar que existía la duda y que esta debía resolverse al favor del reo.

La alegación así estructurada es impropia del falso juicio de identidad. Este supone la confrontación objetiva del contenido del medio probatorio con lo que del mismo se predica en la sentencia, pero no las razones por las cuales se estimó que había mérito para otorgarle credibilidad.

Las perplejidades o vacíos del testimonio, en cuanto repercutan en su incredulidad, bien porque surjan de su contenido intrínseco, bien porque se hagan manifiestas en su conexión con los demás medios probatorios, responden a la categoría del error de hecho, únicamente cuando es ostensible y se hace explícita, la violación de reglas lógicas, de ciencia o de experiencia, que constituyen los linderos dentro de los cuales la sana crítica otorga soberanía al fallador en el acto de apreciar la prueba. Pero no es esa la vía utilizada por el recurrente toda vez que no señala ni demuestra la imposibilidad absoluta de que lo dicho por la testigo que cuestiona no pudiera haber ocurrido.

De ahí que su reproche envuelva un error de derecho por falso juicio de convicción que, se ha reiterado, no es posible alegar en casación frente a un régimen de apreciación racional, no tarifado.

La misma situación se presenta respecto de la segunda censura pues lo que alega es que no se le haya dado credibilidad a la versión del procesado cuando, según él, muchas de sus afirmaciones se hallan respaldadas con elementos probatorios obrantes en el plenario.

Se marginó por completo el casacionista de la lógica y de la técnica que deben acompañar a la sustentación del cargo y se dedicó a entremezclar proposiciones que hacen parte del error de derecho por falso juicio de convicción, las cuales esgrime a lo largo del mismo para oponerse al criterio del fallador. De esa manera termina por convertir su escrito en un alegato de instancia, a tal punto que se dedica a contradecir cada argumento contenido en el fallo con sus personales apreciaciones, postura que no deja margen para que la Corte entre a realizar consideraciones distintas o de fondo.

En el tercero y cuarto cargos se ocupa de criticar el contenido de los testimonios rendidos por los señores Polo Molano y Alberto Gómez Laguado los cuales estimó como tergiversados por el fallador pero, de nuevo, termina presentando su personal opinión acerca de la forma como se debieron apreciar y de la capacidad persuasoria que se le debió dar a cada uno de ellos.

El planteamiento del quinto cargo, al igual que los anteriores está basado en el mérito probatorio que se le otorgó al documento otorgado entre los hijos

del occiso respecto del cual afirma que se le dio un 'sentido y alcance que no tiene ni puede tener', enunciado que enfrentado con sus posteriores razonamientos confirma su intención de oponerse a la convicción alcanzada por los falladores de instancia.

Esta evidencia se denota más aún al avanzar en la lectura del siguiente cargo: no obstante el error de hecho que ha venido proponiendo, esto es, el falso juicio de identidad que también hace recaer sobre el mensaje, tanto por su contenido como por los elementos que se emplearon para la elaboración de los letreros hechos por la señora Encinales Mejía en la pared del cuarto de servicio donde ella se refugiara, la alegación se concreta en una serie de reparos respecto a la falta de elementos de juicio que respaldaran tal circunstancia, razonamiento que no guarda ninguna congruencia con la causal de casación escogida para censurar el fallo.

Tan equivocado es el entendimiento que tiene el libellista acerca de lo que implica la distorsión de un medio probatorio que para fundamentar la octava censura, aparte de los yerros hasta aquí resaltados, afirma que se incurrió en falso juicio de identidad porque se desechó el testimonio de la señora Prescelia Espitia de Cruz, planteamiento este que corresponde a otro tipo de error que posee naturaleza completamente diferente y que por ende requiere un específico marco de sustentación, como es el del falso juicio de existencia.

En el noveno reproche asegura el casacionista que a las declaraciones de Betty Manrique Cortéz, Gustavo Corredor Cuéllar, Ivonne Quintero de San Juan y José María Lagos se les otorgó un valor probatorio que no correspondía y, por tanto, se incurrió en falso juicio de identidad, lo que se convierte en otra razón de peso para afirmar que el demandante no acierta en la técnica de casación, habida cuenta que los testimonios no tienen valor prefijado en norma jurídica alguna y que, de tenerlo, no otorgar el que corresponda constituiría un error de derecho por falso juicio de convicción y no la clase de yerro que aduce el demandante.

Resulta plenamente contrario a la claridad y la exigencia que deben acompañar a la demanda de casación incurrir en las dilogías que se han puesto de manifiesto y que ante esa doble invocación, en virtud del principio de limitación, la Corte no puede entrar a corregir, ni a realizar una labor hermenéutica para desentrañar cuál era la verdadera intención del casacionista, que es a quien le corresponde señalar el camino del análisis y a la Corte entrar a resolverlo.

También las falencias se manifiestan respecto de las normas que se invocaron como infringidas. Con fundamento en los errores de hecho, si bien no es pertinente señalar norma probatoria vulnerada, precisamente por ser errores de hecho y no de derecho, sí debe demostrarse el quebranto indirecto de la ley sustancial. El recurrente no procedió así. Cambió el orden lógico del raciocinio haciendo aparecer como indirectamente vulnerado el artículo 294 del C de P.P., norma que es de contenido netamente procesal. Además, el desconocimiento de la norma sustancial que se invoque debe estar plena-

mente ligado al fundamento de la censura, circunstancia que en este caso no aparece demostrada.

Faltaría por analizar el séptimo cargo, efectuado al amparo del error de hecho por falso juicio de existencia, que lo relaciona el libelista con la omisión en la apreciación de un recibo o comprobante de pago que el procesado Cárdenas Bayona entregó al occiso Jorge Alfonso Jerez Albdelnur, pero que revela es su desacuerdo con la conclusión a que se llegó en tanto el juzgador estimó que dicho pago no se había efectuado. En efecto, de sus posteriores argumentos se destaca que estos no consultan en lo más mínimo, la demostración de este tipo de yerros. Implican estos que a pesar de existir efectivamente la prueba, esta fue ignorada por los falladores de instancia y por su trascendencia para el resultado de la decisión, han debido tenerse en cuenta.

Sin embargo, nuevamente orienta la censura a cuestionar el grado de credibilidad otorgado a la señora Amparo Encinales, haciendo crítica de su testimonio, a lo que se aúna que construye premisas equivocadas como el hecho de que no se tuvo la certeza de la fecha en que ocurrieron los hechos, cuando el fallador arribó a la conclusión de que estos habían sucedido el 1° de abril de 1993.

Es que quien recurra en casación no puede limitarse a consignar apreciaciones simplemente opuestas a las del juzgador, que no guardan ninguna relación con el tipo de error que enuncia y sin tener en cuenta los términos en que fueron emitidos los fallos de instancia. La demanda debe ser elaborada sobre premisas lógicas que respondan, de manera precisa, a la causal invocada y a las normas sustanciales que se estimen infringidas.

Tampoco se trata, como en este caso, de hacer un análisis individual de cada medio de prueba que se considere erróneamente apreciado, pues la estimación que hace el juzgador, en ese sentido, se proyecta sobre el conjunto o la totalidad de los elementos de juicio aportados al plenario. Ello es así porque goza de amplia facultad para formarse su propio criterio, pudiendo desechar los que no le aporten nada significativo o sencillamente no le resulten veraces y acoger aquellos con fundamento en los cuales adquiere certeza y por tanto estructuran su decisión. Lo único que limita esta actividad, son los parámetros de la sana crítica, es decir, la racionalidad derivada de la observancia de las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

En sede de casación no se puede proponer un reexamen de dicha apreciación racional, para reemplazarla por razonamientos diversos como los que propone el censor. Admitirlo así, sería tanto como incurrir en el desacierto de desconocer la presunción de certeza y legalidad de los fallos de instancia.

De otra parte, lo que se desprende de la lectura del libelo que se analiza, es que el casacionista creyó suficientes los argumentos plasmados en cada uno de los cargos para afirmar, en todo momento, que se había vulnerado el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal y que toda duda debía resolverse a favor de su defendido.

Se ha señalado que la Corte no está llamada a corregir los yerros de los que adolece el libelo, para aclarar o complementar su contenido, máxime cuando se aduce el desconocimiento de un principio universal como el in dubio pro reo, que por su trascendencia requiere de un análisis ponderado del acervo probatorio, cuando su desconocimiento se predica de la errónea apreciación probatoria.

Pero, pasando por encima esa protuberante falencia, estima la Sala que en el caso que se analiza las reflexiones de los falladores de instancia aparecen acordes con la realidad procesal que muestran los autos. De allí que luego de un examen ponderado de la prueba aportada al proceso se haya determinado que la responsabilidad por los punibles que fueron materia de investigación se encontraba en cabeza del procesado Javier Eduardo Cárdenas Bayona.

El fallador de segunda instancia, luego de descartar de plano la versión rendida por el procesado hizo, entre otras, las siguientes consideraciones para edificar la sentencia de condena:

"En cambio, la testificación rendida por Luz Amparo Encinales Mejía, está plenamente ratificada con los diferentes medios de persuasión allegados al informativo. En efecto, sobre el día de los hechos dice, que aproximadamente a las 7:30 p.m., del 1° de abril, se encontraba con su esposo Alfonso Jerez Abdelnur, en el patio de la casa, cuando llegó Javier Cárdenas y al abrir, notó la presencia de dos carros, un taxi amarillo y otro automóvil grande, antiguo; indica que el acusado entró con dos muchachos, a quienes presentó como amigos y le expresó a don Alfonso su voluntad de pagar el dinero, después ella se dirigió a la cocina para preparar unos tintos y desde allí escuchó el ofrecimiento de un cheque girado contra la caja agraria, mientras otra parte se cancelaba en efectivo, también comunicó al acreedor que le quedaba adeudando $ 1.026.000.oo, manifestación que aceptó el ahora occiso y se hizo constar en un recibo que Javier le presentó ya escrito, documento que ella tuvo la oportunidad de leer, por insinuación de su esposo.

"Luego narra la testigo, que fue a preparar otros tintos para los amigos del incriminado que estaba afuera y escuchó que Alfonso dijo 'Javier qué es esto?', entonces se asomó a ver que ocurría y observó dos señores listos para disparar, uno de ellos la cogió del brazo, pero como vio que su compañero subía las escaleras la soltó y ella aprovechó esa ocasión, para esconderse en la pieza de su empleada, en este momento oyó un disparo y al esposo de Martha Jerez decir, 'Salga que me tienen secuestrado', requiriéndola para obtener la clave de su caja fuerte, pues le exigían dinero y joyas. Sobre la ropa que vestía el justiciable, **notó una chaqueta de cuero y también portaba un carriel del mismo material**, prendas éstas que el inculpado tenía, como lo admite en versión libre rendida ante el CTI. (negrillas del texto).

"Menciona que dentro de la habitación, quitó los listones que aseguran la ventana, para huir, pero como otro señor desde afuera le pedía abrir el cofre de seguridad y si no la mataban, convencida de que iba a morir, escribió en la

pared con una puntilla 'Javier nos mató'; también le preguntaron dónde estaba el automotor y por eso ella escribió 'se fueron a sacar el carro donde la vecina', más tarde llegó la Policía, junto con un vecino y al cerciorarse que realmente eran autoridades, salió del cuarto, hizo el recuento de lo ocurrido y les mostró las frases estampadas rudimentariamente sobre el muro interior"

MÁS ADELANTE SE CONSIGNÓ EN EL FALLO:

"Dado el valor probatorio que les corresponde a estos medios de persuasión, se infiere que el pretendido viaje del 31 de Marzo, es hábil estratagema tendiente a demostrar la ficticia cancelación de los $24.000.000.oo adeudados al occiso y así mismo, es un medio para anular el reproche punitivo, derivado de las censurables actuaciones desarrolladas el 1° de abril. Sin embargo, el coautor del obrar ilícito no logró su proclive apetencia, ya que los testimonios y la prueba documental, infirman su falaz versión y demuestran su responsabilidad, pues respecto a los primeros, no hay medio de convicción que les reste credibilidad..."

"En lo que respecta a los eventos ocurridos el día 1° de Abril de 1993, los señores Oscar y Arsenio Cruz Espitia, corroboran la presencia de dos automotores, uno azul situado cerca de la cabaña y otro amarillo dentro de la finca, en actitud sospechosa, porque cuando ellos pasaron frente al carro, colocaron luces plenas y emprendieron la marcha en forma rápida, así mismo, les pareció raro que el alumbrado externo de la residencia estuviera apagado y ante estas circunstancias accionaron el pito, pero como no respondieron su llamado, dieron aviso a la Policía: después, con Henry y Jairo Iguavita, quienes son de la Defensa Civil, entraron al inmueble, donde hallaron afuera la caja de seguridad y adentro, detrás de un sofá, el cuerpo del señor Jerez. También en un cuarto observaron a la señora Amparo, quien estaba muy nerviosa y rehusaba salir por miedo a que la mataran, pero luego se tranquilizó, les narró el crimen ejecutado por Javier y sus amigos y les mostró los escritos hechos en el muro interno de la pieza donde se refugió.

(...)

"Y en cuanto a las frases inculpatorias, hechas por amparo sobre la pared, el compendio fotográfico permite verificar la fidelidad de sus manifestaciones, escritos que también fueron evidenciados en diligencia de inspección judicial, donde se constató igualmente el desprendimiento de listones del marco de la ventana, maniobra encaminada a lograr la evasión.

"Los anteriores argumentos de orden probatorio y jurídico, son atendibles para dar credibilidad al sujeto pasivo sobreviviente y en consecuencia, al señor Cárdenas debe tenérsele como transgresor de las normas sustantivas relacionadas al inicio del fallo, por atentar contra bienes jurídicamente tutelados de singular importancia, cuales son la vida y el patrimonio económico, comportamientos que realizó en plenitud de sus facultades síquicas, esto es con el concurso de su voluntad e intelecto" (fls. 42 al 48 cdno. Tribunal).

De lo transcrito hasta este momento, resulta fácil advertir que ninguno de los reclamos formulados por el demandante tenían entidad suficiente para cuestionar el fallo, no sólo por lo defectos de técnica y de fondo ya mencionados, sino porque tampoco abordó la totalidad de la información analizada en la sentencia y de la cual es que se desprenden las conclusiones allí plasmadas. A manera de ejemplo, se destacan por la Sala otras reflexiones hechas por el fallador:

"Al margen del acervo testimonial y documental analizado, la investigación cuenta con pluralidad de hechos indiciarios que comprometen aún más la responsabilidad del acusado, puesto que tenía el móvil suficiente para delinquir, como era aparentar la cancelación del dinero y así mismo, sus explicaciones liberatorias resultan improbadas y de aquí surge el indicio de mala justificación e igualmente, el de oportunidad para ejecutar el designio criminoso, porque el conocimiento del occiso y su compañera, le facilitaron el acceso a la cabaña".(fl 48 cdno Tribunal).

Es que el casacionista, para oponer su personal criterio al del fallador, optó por analizar tangencialmente algunos elementos de prueba, dejando sin demostración los yerros atribuidos. Por lo tanto se mantiene incólume el fallo censurado.

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.

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.

LIBERTAD PROVISIONAL-Trabajo, estudio o enseñanza-Reglamentación

Cabe advertir que la Resolución 251 del 14 de julio del corriente año, emanada de la Dirección de la Cárcel del Circuito Judicial de Cáqueza (Cund.), si bien es cierto que en ella se reconoce a los internos el trabajo en las áreas de ornato y embellecimiento, cafetería y ordenanzas, incluidos los domingos y festivos, a partir de la vigencia de la Ley 65 de 1993 (fl. 47), también lo es que dicho acto administrativo rige solamente a partir de la fecha de su expedición, como allí expresamente se dijo, sin que pueda tener efectos retroactivos a la entrada en vigencia de la mencionada ley, en primer término, porque en el artículo 79 del Código Penitenciario y Carcelario establece el trabajo como obligatorio para los condenados como medio terapéutico para los fines de su resocialización, el cual debe ser organizado de acuerdo con las aptitudes y capacidades de cada interno, pero en todo caso "...previamente reglamentado por la Dirección General del INPEC", y solo así podrán los Directores de cada establecimiento de reclusión, en casos especiales y con la debida justificación autorizar a los reclusos a cumplir labores específicas durante los domingos y festivos, mediante un acto administrativo particular, no general y menos con efecto retroactivos con el fin de convalidar actuaciones irregulares presentadas en el pasado, en franca oposición a lo previsto en el artículo 100 de la Ley 65 de 1993 que perentoriamente establece que "El trabajo, estudio o la enseñanza no se llevará a cabo los días domingos y festivos", desde luego con la excepción ya dicha.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Manrique Nougués*

Aprobado Acta No. 126 Proceso No. 14791

Con apoyo en lo previsto en el numeral 2° del Artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, el procesado Kennedy Alberto Ríos Leal quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito de Cáqueza (Cund.), solicita su libertad provisional por considerar que reúne los requisitos tanto objetivos como subjetivos a que se refiere el artículo 72 del Código Penal.

Acompaña a su petición nuevos certificados de trabajo, actas de evaluación del mismo, certificados de conducta, copia de la cartilla biográfica y de la Resolución No. 251 del 14 de julio del corriente año de la Dirección del citado Centro de Reclusión sobre autorizaciones para laborar los días domingos y festivos.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

El Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza, mediante sentencia anticipada calendada el 17 de octubre de 1997 condenó a Kennedy Alberto Ríos Leal a la pena privativa de la libertad de cuarenta y un (41) meses y diez (10) días de prisión (fl. 227 a 239), como coautor del delito de hurto calificado y agravado en concurso con el de porte ilegal de armas de defensa personal agravado, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 18 de diciembre siguiente (fl. 4 a 11), es decir, que las dos terceras partes de ella equivalen a veintisiete (27) meses y diecisiete (17) días de prisión, para los efectos de la excarcelación demandada.

El peticionario fue inicialmente privado de su libertad el 14 de junio de 1997 (fl. 12) y no el día trece como lo afirma en su solicitud y puesto en libertad provisional el 2 de octubre siguiente (fl. 213), es decir, permaneció detenido en este primer período tres (3) meses y dieciocho (18) días. Como consecuencia del fallo condenatorio proferido, se le libró orden de captura la que se materializó el 11 de mayo de 1998, permaneciendo recluido en esta segunda oportunidad hasta la fecha y por cuenta de este asunto, quince (15) meses y quince (15) días adicionales, con lo cual ha descontado efectivamente diecinueve (19) meses y tres (3) días.

Por trabajo se le certifican en el primer período 664 horas en artesanías y en el segundo 3.410 horas en la misma actividad y en cafetería (fl. 13, 39 y 43 - Cuad. Corte), sin que pueda la Sala reconocerle redención de pena respecto de todas ellas por las siguientes razones:

a. El certificado No. 0346 en lo que corresponde a los meses de julio a octubre de 1998 (fl. 13), excede en 168 horas al máximo permitido por la Ley 65 de 1993, ya que en él no se indica en forma separada cuantas de ellas corresponden a la actividad de artesanías que no está autorizada para realizarse durante los días domingos y festivos y cuantas a cafetería.

b. En el certificado No. 0397 que corresponde a los meses de noviembre de 1998 a febrero del corriente año (fl. 39), se certifican labores en cafetería, no obstante lo cual en el acta de evaluación sobre el mismo período (fl.40), se califica como satisfactoria pero en el área de artesanías, luego de las 910 horas certificadas solamente pueden contabilizársele 768.

c. En el certificado No. 0473 correspondiente a los meses de marzo a agosto (parcial) del corriente año (fl. 43), se incurre en idéntico error al señalado en el literal a), pues se le certifican 1.208 horas en artesanías y cafetería, sin determinarse cuantas de ellas corresponden a cada actividad. En consecuencia solo pueden serle contabilizadas 1.096.

d. Finalmente, cabe advertir que la Resolución 251 del 14 de julio del corriente año, emanada de la Dirección de la Cárcel del Circuito Judicial de Cáqueza (Cund.), si bien es cierto que en ella se reconoce a los internos el trabajo en las áreas de ornato y embellecimiento, cafetería y ordenanzas, incluidos los domingos y festivos, a partir de la vigencia de la Ley 65 de 1993 (fl. 47), también lo es que dicho acto administrativo rige solamente a partir de la fecha de su expedición, como allí expresamente se dijo, sin que pueda tener efectos retroactivos a la entrada en vigencia de la mencionada ley, en primer término, porque en el artículo 79 del Código Penitenciario y Carcelario establece el trabajo como obligatorio para los condenados como medio terapéutico para los fines de su resocialización, el cual debe ser organizado de acuerdo con las aptitudes y capacidades de cada interno, pero en todo caso "...previamente reglamentado por la Dirección General del INPEC", y solo así podrán los Directores de cada establecimiento de reclusión, en casos especiales y con la debida justificación autorizar a los reclusos a cumplir labores específicas durante los domingos y festivos, mediante un acto administrativo particular, no general y menos con efecto retroactivos con el fin de convalidar actuaciones irregulares presentadas en el pasado, en franca oposición a lo previsto en el artículo 100 de la Ley 65 de 1993 que perentoriamente establece que "El trabajo, estudio o la enseñanza no se llevará a cabo los días domingos y festivos", desde luego con la excepción ya dicha.

Así las cosas, en el segundo período de detención, Ríos Leal acredita 2.984 horas que sumadas a las 664 del primer período, le dan un total de 3.648 horas, las que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 le representan una rebaja equivalente a siete (7) meses y dieciocho (18) días, para un acumulado de veintiséis (26) meses y veintún (21) días, insuficientes para satisfacer las dos terceras partes de la sanción impuesta en las sentencias de instancia.

Dada la anterior circunstancia, la Corte negará la libertad al peticionario y ordenará que copia de esta providencia sea puesta en conocimiento del Director General del Instituto Penitenciario y Carcelario "INPEC" a fin de que se adopten las medidas necesarias para evitar los reiterados yerros que la Corte viene observando en la expedición de certificados para redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, en especial, lo relativo a las autorizaciones para laborar en días domingos y festivos.

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

RESUELVE:

1° NEGAR al procesado Kennedy Alberto Ríos Leal la libertad provisional solicitada, conforme a lo puntualizado en la parte motiva.

2° Copia de esta providencia, envíesele al Director General del Instituto Penitenciario y Carcelario, para su conocimiento. También al Director de la Cárcel del Circuito de Cáqueza, a fin de que se expidan nuevos certificados de trabajo, corrigiendo las inconsistencia señaladas.

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.

REDENCION DE PENA-Trabajo carcelario/
DETENCION DOMICILIARIA

Mientras el detenido preventivamente en un establecimiento carcelario debe tolerar la intromisión del Estado en diversas esferas de su intimidad personal, en tanto, que este le controla el horario para hacer actividades cotidianas como levantarse, acostarse, comer, en fin, disponer de medios de comunicación, el detenido preventivamente no soporta esa presencia permanente por estar en su domicilio a cuyo interior no tiene acceso el control carcelario, pues de lo contrario, la medida se terminaría extendiendo a quienes comparten dicho domicilio con el afectado: de ahí que, no resulte de recibo la afirmación de (...) en el sentido de que con el criterio sostenido por la Sala se vulnere el derecho a la igualdad, porque no se trata, como en este caso, de darle tratamiento diferenciado a situaciones idénticas.

En esta medida cobra especial importancia el término interno utilizado en la Ley 65 de 1993, pues hace exclusiva referencia a quien se halla al interior de un establecimiento carcelario, por manera que, las actividades programadas por cada centro de reclusión sean aplicables únicamente a quienes están bajo su directa custodia y responsabilidad, tal y como lo prevén los artículos 79 y 94 ibidem, en el sentido de que, según la primera norma citada: "El trabajo en los establecimientos de reclusión es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará teniendo en cuenta las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". Y la segunda disposición, establece en cuanto a la educación y enseñanza que, "La educación al igual que el trabajo constituye la base fundamental de la resocialización. En las penitenciarías y cárceles habrá centros educativos para el desarrollo de programas de educación permanente, como medio de instrucción o tratamiento penitenciario, que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior. La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema pe-

nitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno . el conocimiento y respeto de los valores humanos , de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y desarrollo de su sentido moral. En los demás establecimientos de reclusión, se organizarán actividades educativas y de instrucción, según las capacidades de la planta física y de personal, obteniendo de todos modos, el concurso de las entidades educativas y culturales"; siendo aún más claro el artículo 98 en cuanto a la redención de pena por enseñanza, pues allí se establece que, "el recluso que acredite haber actuado como instructor de otros, en cursos de alfabetización o enseñanza primaria, secundaria, artesanal o técnica y de educación superior tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de estudio, siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias de instructor, educador, conforme al reglamento. El instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias, debidamente evaluadas, conforme al artículo 81".

No queda, pues, ninguna duda de que las actividades propias de redención de pena previstas en el Código Carcelario como mecanismo terapéutico a través del cual el Estado asume directamente el tratamiento penitenciario, como medio específico de la prevención especial en la lucha contra el delito, no tiene como destinatarios a los detenidos domiciliariamente, pues éstos, se insiste, solamente están sujetos a la vigilancia del cumplimiento de la medida por parte del INPEC, que no al control directo propio de quien sí está sometido al rigor de la prisión.

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

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

Aprobado Acta No. 127 Proceso No. 15736

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de redención de pena elevada por el procesado Jorge Enrique Sánchez Alfonso, quien se halla interno en la cárcel municipal de Chía.

CONSIDERACIONES

1. No obstante que el peticionario no aporta certificados en los que acredita haber enseñado, estudiado o trabajado durante el tiempo que ha permanecido privado de la libertad en la cárcel de Chía, lo cual de suyo resultaría suficiente para que la Sala se abstuviera de hacer reconocimiento alguno, debe precisarse que en esta oportunidad, insiste en que se le reconozca el tiempo que dice haber enseñado por el lapso que estuvo asegurado en detención domiciliaria, a pesar de que por auto del 24 de junio pasado se le negó una solicitud en igual sentido.

2. Sin embargo, y como quiera que el procesado cree tener derecho al reconocimiento deprecado con base en las planillas de control diario que anexa

a esta solicitud como un "nuevo elemento de juicio" para ello, por cuanto, en su criterio, lo sostenido por la Sala en el pasado auto del 24 de junio obedece a una interpretación contraria al principio de favorabilidad, toda vez que, al considerar que las actividades de estudio trabajo y enseñanza reguladas la Ley 65 de 1993 y reglamentadas por el INPEC, hacen referencia a los detenidos preventivamente no en el domicilio sino en un centro de reclusión, siendo que, por el contrario, dicha normatividad no prohibe "el desarrollo de las actividades de redención de pena en detención domiciliaria", ya que si bien no existen disposiciones al respecto, tampoco puede entenderse que quienes se encuentran en tal situación no estén autorizados para efectuar esta clase de labores, no obstante encontrarse en su domicilio privados de la libertad, pues si así fuera se quebrantaría el principio de igualdad, máxime cuando en su caso, las certificaciones expedidas por el Director de la cárcel cumplen con todas las exigencias del Código Penitenciario.

3. Así las cosas, debe aclarársele al peticionario, que el hecho de que aporte como pruebas nuevas las planillas de control diario sobre la enseñanza que dice haber impartido durante el período que permaneció en su domicilio detenido preventivamente, no varían el criterio interpretativo de la Sala, puesto que la tesis que él propone desconoce la naturaleza autónoma de detención preventiva y la domiciliaria como medidas de aseguramiento previstas en el Código de Procedimiento Penal, que implica que la primera se cumple en un centro de reclusión bajo el control directo de las autoridades carcelarias, esto es la sujeción del interno al reglamento de la respectiva cárcel, mientras que la detención preventiva, aunque igualmente constituye una limitación de la libertad que se cumple en el domicilio del procesado y bajo la vigilancia del INPEC, no somete al cobijado con esa medida al régimen disciplinario, sino a las obligaciones impuestas por el funcionario judicial para acceder al goce de la medida.

4. Significa lo anterior, que *mientras el detenido preventivamente en un establecimiento carcelario debe tolerar la intromisión del Estado en diversas esferas de su intimidad personal, en tanto, que este le controla el horario para hacer actividades cotidianas como levantarse, acostarse, comer, en fin, disponer de medios de comunicación, el detenido preventivamente no soporta esa presencia permanente por estar en su domicilio a cuyo interior no tiene acceso el control carcelario, pues de lo contrario, la medida se terminaría extendiendo a quienes comparten dicho domicilio con el afectado; de ahí que, no resulte de recibo la afirmación de Sánchez Alfonso en el sentido de que con el criterio sostenido por la Sala se vulnere el derecho a la igualdad, porque no se trata, como en este caso, de darle tratamiento diferenciado a situaciones idénticas.*

5. *En esta medida cobra especial importancia el término interno utilizado en la Ley 65 de 1993, pues hace exclusiva referencia a quien se halla al interior de un establecimiento carcelario, por manera que, las actividades programadas por cada centro de reclusión sean aplicables únicamente a quienes están bajo su directa custodia y responsabilidad, tal y como lo prevén los artículos 79 y 94 ibidem, en el sentido de que, según la primera norma citada: "El trabajo en los*

establecimientos de reclusión es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará teniendo en cuenta las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario". Y la segunda disposición, establece en cuanto a la educación y enseñanza que. "La educación al igual que el trabajo constituye la base fundamental de la resocialización. En las penitenciarías y cárceles habrá centros educativos para el desarrollo de programas de educación permanente, como medio de instrucción o tratamiento penitenciario, que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior. La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno , el conocimiento y respeto de los valores humanos , de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y desarrollo de su sentido moral. En los demás establecimientos de reclusión, se organizarán actividades educativas y de instrucción, según las capacidades de la planta física y de personal, obteniendo de todos modos, el concurso de las entidades educativas y culturales": siendo aún más claro el artículo 98 en cuanto a la redención de pena por enseñanza, pues allí se establece que, "el recluso que acredite haber actuado como instructor de otros, en cursos de alfabetización o enseñanza primaria, secundaria, artesanal o técnica y de educación superior tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de estudio, siempre y cuando haya acreditado las calidades necesarias de instructor, educador conforme al reglamento. El instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias, debidamente evaluadas, conforme al artículo 81".

6. No queda, pues, ninguna duda de que las actividades propias de redención de pena previstas en el Código Carcelario como mecanismo terapéutico a través del cual el Estado asume directamente el tratamiento penitenciario, como medio específico de la prevención especial en la lucha contra el delito, no tiene como destinatarios a los detenidos domiciliariamente, pues éstos, se insiste, solamente están sujetos a la vigilancia del cumplimiento de la medida por parte del INPEC, que no al control directo propio de quien sí está sometido al rigor de la prisión, por manera que, el hecho de que el Director de la cárcel de Chía le hubiera certificado a Sánchez Alfonso la realización de actividades de enseñanza por fuera del reglamento -incluyendo sábados y domingos y en horario no permitido por el código carcelario que establece que solo podrá ser entre 8:00 a.m. y 6:00 p.m. no indica en modo alguno que deba reconocérsele redención de pena por este motivo, máxime cuando las funciones de dicho funcionario como jefe de gobierno del centro de reclusión se remiten al control y funcionamiento del establecimiento a su cargo (art. 36 *ibidem*).

7. Por lo anterior, la Sala se abstendrá de reconocerle a Jaime Enrique Sánchez Alfonso, redención de pena por enseñanza.

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

RESUELVE:

Abstenerse de reconocerle al procesado Jaime Enrique Sánchez Alfonso redención de pena por enseñanza impartida durante el periodo que permaneció en detención domiciliaria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, (no hay firma); *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.

DELITO COMPLEJO/DELITO CONEXO/REBELION/ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO/ HOMICIDIO-Cometido en combate

Así mismo, se confunde el delito complejo con los delitos conexos. El primero, como lo ha sostenido la Sala, supone que las distintas conductas estructuran un sólo hecho punible y los segundos la configuración de varios, jurídicamente autónomos, pero conexos ideológica, consecuencial u ocasionalmente.

Ahora bien, si el casacionista consideraba que el homicidio del agente de policía era un hecho autónomo pero conexo con el de rebelión, se ha debido postular, simplemente, falta de aplicación del artículo 127 del Código Penal y aplicación indebida del artículo 29 del Decreto 180/88 (homicidio), por estimarse que a pesar de ser un hecho punible autónomo debía quedar impune, por haber sido cometido en combate por un rebelde y no constituir acto de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Si lo pretendido era que se estaba en presencia de un delito complejo, al quedar el homicidio comprendido en la rebelión, como elemento típico constitutivo de la misma o circunstancia específica de agravación, se ha debido invocar, en cargo separado y subsidiario, interpretación errónea del artículo 125 del C. P. (rebelión) y aplicación indebida del artículo 29 del Decreto 180/88 (homicidio).

Pero, de todos modos, tampoco le asiste razón al recurrente.

Así, no es cierto que el homicidio del agente policial hubiera sido cometido en combate "expresión que no puede ser entendida en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva. Si se aceptara esta interpretación, habría de concluirse que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador".

El combate comporta "un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes.

"Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler".

Las normas del Derecho Internacional Humanitario que el impugnante cita como inaplicadas, están contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales I y II de 1977, los que fueron aprobados por Colombia, mediante las Leyes 5 de 1960, 11 de 1992 y 171 de 1994, respectivamente, por lo que están incorporados a la legislación interna.

Sin embargo, como lo señala el artículo 3°, común a los cuatro Convenios de Ginebra y lo reiteró la Corte Constitucional al declarar exequible la ley aprobatoria del Protocolo II, "...las normas humanitarias no surten efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto", conservando los Estados la potestad de regular soberanamente los conflictos armados y de "someter a los rebeldes al derecho penal interno, principio que también aparece ratificado por el artículo 3° del Protocolo Adicional II, según el cual no pueden invocarse las normas de dicho instrumento para justificar intromisiones extranjeras o 'con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos' (subrayas fuera del texto). En la referida sentencia de constitucionalidad sobre el Protocolo II, con cita del jurista chileno Hernán Montealegre, se reflexiona que 'el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza' (hasta aquí el autor invocado). Y continúa la Corte Constitucional, 'el Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión y la sedición' ".

En consecuencia, las normas del Derecho Internacional Humanitario tienen un contenido y finalidad dirigidas a ampliar la cobertura de protección a la humanidad y no a tipificar directamente los delitos ni señalar las sanciones, lo que corresponde al régimen penal de cada país.

En el caso que nos ocupa, la legislación penal colombiana y, concretamente, el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, vigente para la época, reprimía el homicidio con fines terroristas imputado al procesado, por lo que resulta improcedente acusar la vulneración de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que no suspenden la vigencia de las normas nacionales, lo que constituye una razón más para rechazar el cargo.

Además, no es cierto que las normas del D. I. H., legitimen la guerra o la existencia de los conflictos armados internos o el recurso a instrumentos bélicos por grupos armados irregulares o cualquier forma de ataque, sino

que su filosofía, propósitos y principios buscan humanizar la guerra, evitar sus excesos y limitar los medios y métodos de acción, y, por lo tanto, no pueden ser sofísticamente interpretadas en el sentido de que autorizan, permiten o legitiman conductas como las que ocupan la atención de la Sala, sino que, por el contrario, aparece claro que las proscriben.

No es cierto, ni podría serlo, aplicando la más elemental racionalidad, que las normas del D. I. H, cuya finalidad, como se vió, es proteger a la población civil en los conflictos y evitar los métodos y medios crueles e insidiosos, autoricen comportamientos como el que ocupa la atención de la Sala. Por el contrario, como lo reconoce el recurrente, prohiben el terrorismo y protegen a la población civil, tal como aparece en el artículo 13 del Protocolo II, que dice:

Protección de la población civil

"1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esa protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes:

"2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil...".

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 125 (agosto 25 de 1999) Proceso No. 13433

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, el 23 de agosto de 1996, en la que al confirmar integralmente la del Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, fechada el 15 de septiembre de 1995, condenó a Roberto Ahumada Aldana a las penas principales de 22 años de prisión y multa de 160 salarios mínimos legales mensuales, a las accesorias de rigor y al pago de los daños y perjuicios, como autor de los delitos de rebelión, terrorismo y homicidio terrorista.

Hechos

El juzgador de primer grado los sintetizó en los siguientes términos:

"El día 2 de junio de 1992, en horas de la noche y mientras nuestro país se encontraba a oscuras sufriendo las incomodidades y consecuencias del comúnmente llamado 'apagón', miembros de una célula urbana del grupo Escuadra N° 25 de las FARC-EP (Ejército del Pueblo), en cumplimiento de una escalada terrorista programada por esa organización en contra de varios cen-

tros de atención inmediata CAI, dos hombres y una mujer eran los encargados de cumplir la misión encomendada con aquél propósito, por lo que se desplazaron al barrio Ciudad Jardín, donde se localizaba el CAI ubicado en la calle 17 sur con carrera 13 de esta ciudad, y luego de propinarle varios disparos con arma de fuego a Carlos Manuel Ramírez Ortiz, único Agente de la Policía que se hallaba en el lugar, finalmente activaron una bomba de alto poder explosivo que destruyó totalmente el habitáculo.

"Gracias a la colaboración de un individuo que vio cuando los facinerosos tomaron un bus de servicio público y pidió la colaboración de la policía, se logró la captura de Roberto Ahumada Aldana, quien desde ese mismo instante aceptó la coautoría en la realización de los ilícitos, así como también informó que en el barrio La Gaitana de Suba, donde se residenciaba en la casa ubicada en la transversal 118ª Nº 132ª-30, tenía guardado material explosivo utilizado para los atentados terroristas, incautando 27 tacos de dinamita comercial, 27 detonadores ineléctricos, un pedazo de mecha lenta, un sistema eléctrico, un contenedor metálico, ½ libra de explosivo militar y 9 papeletas de azufre, capturando a Ramiro Bonilla, persona ajena a los hechos y a cuyo favor se precluyó investigación".

Actuación Procesal

Con fundamento en el informe suscrito por el Jefe de la Unidad Investigativa de Orden Público, las versiones libres rendidas por Roberto Ahumada Aldana y Ramiro Bonilla Mejía y unos testimonios, diligencias allegadas durante la indagación preliminar, el Juzgado de Instrucción de Orden Público de Santa Fe de Bogotá, mediante auto del 5 de junio de 1992, inició la investigación.

Escuchados en diligencia de indagatoria Roberto Ahumada Aldana, quien admitió pertenecer al grupo subversivo FARC-EP y haber lanzado un artefacto explosivo contra el CAI del barrio Ciudad Jardín, como acto de rebelión y no de terrorismo, y Ramiro Bonilla Mejía, se les resolvió la situación jurídica, el 19 de junio siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, para el primero, por los delitos de terrorismo y homicidio terrorista, y absteniéndose respecto al segundo.

Practicadas varias pruebas y luego de que Ahumada Aldana, después de solicitar sentencia anticipada, no aceptara los cargos imputados, la Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, a donde pasó el proceso, cerró la investigación el 10 de mayo de 1993.

Superadas unas contingencias, el 25 de abril de 1994, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del sindicado Ahumada Aldana, por los delitos de rebelión (art. 125 del C.P., modificado por el art. 1º del Decreto 1857 de 1989), terrorismo (art. 1º del Decreto 180 de 1988) y homicidio con fines terroristas (art. 29 del Decreto 180 de 1988, en concordancia con el artículo 8º del 2790 de 1990). En cuanto al otro procesado, precluyó la investigación.

Apelada dicha decisión por el acusado y su defensor, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, mediante resolución del 30 de agosto siguiente, la confirmó íntegralmente.

El expediente pasó al Juez Regional de esta ciudad capital que, luego de tramitar el juicio, pronunció la sentencia de primera instancia, el 15 de septiembre de 1995, en la que condenó a Roberto Ahumada Aldana a las penas principales de 22 años de prisión y multa de 160 salarios mínimos mensuales, como coautor de los delitos imputados en la resolución de acusación.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Nacional lo confirmó íntegralmente, el 23 de agosto de 1996.

La Demanda de Casación

Capítulo I

Causal primera

Bajo el subtítulo de "cargo único", sostiene el libelista que el Tribunal Nacional, al imputar el artículo 1° del Decreto 180 de 1988, (terrorismo), incurrió en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de dicho precepto, "lo que produjo la inaplicación del tipo de rebelión (art. 125 del C.P.) para el hecho que pretendió el juzgador adecuar indebidamente al tipo de terrorismo", e impidió que se le sentenciara solamente por aquel punible.

En su criterio, el fallador se equivocó en la selección del artículo citado, cometiendo así un "error en la adecuación típica al hacer coincidir erróneamente el comportamiento del procesado con la descripción normativa del delito de terrorismo".

Luego de transcribir la mencionada norma y de recordar que nuestra legislación proscribe la responsabilidad objetiva, dice que el procesado, desde el inicio de la investigación, claramente sostuvo que el ataque al CAI obedeció a una directriz de la organización en la que milita (FARC-EP), en el sentido de realizar una ofensiva contra la Policía Nacional, por lo que procedieron a planear y ejecutar "la destrucción de los cubículos que ocupa la Policía. Es claro en el proceso que mi defendido afirmó que el ataque era dirigido 'contra el enemigo', contra los CAI y sus ocupantes miembros de la policía".

Partiendo de esta premisa, acota que el objetivo de los insurgentes, en particular el ánimo del acusado, en su condición de rebelde, fue el de propinar golpes militares a un objetivo militar como eran las instalaciones policiales y la de sus ocupantes, las que a la luz de las normas penales internas y del Derecho Internacional Humanitario, son un objetivo militar legítimo, sin que en tal propósito se incluyera "causar zozobra entre la población civil", lo que no solamente surge de las explicaciones de Ahumada Aldana, sino de "los hechos y demás realidades procesales", ya que de ellas se concluye que los rebeldes buscaron no afectar a la población civil, que utilizaron una carga explosiva calculada únicamente para destruir el objetivo militar propuesto y que se trató de una actividad estrictamente enmarcada dentro de la delin-

cuencia política, la que si bien constituyó un acto de violencia, la misma no alcanza el concepto de violencia terrorista.

Por lo tanto, al ausentarse el propósito terrorista del acusado, imposible se hace la aplicación del tipo de terrorismo.

También estima equivocado el que se haya afirmado que la utilización del explosivo demuestra el ánimo terrorista del insurgente, pues tal elemento forma parte del concepto de armas, las que deben tener idoneidad y capacidad bélica suficiente para "enfrentar el bando enemigo", además de que el Derecho Internacional Humanitario no proscribe su uso, constituyéndose sólo en acto terrorista cuando su utilización se hace de manera indiscriminada, de modo que afecte la población civil, lo que en este caso no aconteció.

Tampoco está demostrado, dice, que la población aledaña al CAI "haya sido puesta en estado de zozobra o terror", estando lejos de esta hipótesis la afirmación del Juez Regional, según la cual los vecinos del sector fueron víctimas de la repentina alteración del ánimo que les produjo el estallido de la carga explosiva.

Luego de traer a colación un estudio que sobre el tema hizo la Defensoría del Pueblo y de criticar la ambigüedad del citado tipo penal, agrega que no cualquier alteración del estado anímico constituye terrorismo, pues para que exista se requiere, como varios doctrinantes lo han señalado, "que se produzca un terror llevado al extremo, de modo que se alcance una situación que raye con la 'locura colectiva'". La población civil puede sentir mayor o menor alteración en su tranquilidad, pero aún así no puede pregonarse que las acciones bélicas dirigidas contra objetivos militares, así estén ubicadas en zonas habitadas por civiles, constituyan actos de terrorismo.

Por ello, estima "que no está demostrado que efectivamente se haya cumplido el aspecto subjetivo de haber causado terror a la población civil", sin dejar pasar por alto que tampoco existió en su defendido ánimo terrorista, aspecto que no puede basarse en meras conjeturas.

Insiste en resaltar que el proceso es claro en enseñar que el objetivo de Ahumada Aldana no fue causar terror, que su misión estaba dirigida a "atacar un puesto de la infraestructura militar del enemigo" y que su blanco "no fue la población civil, sino un objetivo militar legítimo dentro de los cánones de la guerra, por dura que sea esta realidad".

> *"Ahora, de buenas a primeras no puede el juzgador, contrariando la confesión del procesado y la realidad procesal en su integridad, inventarse que la finalidad del procesado era causar terror y zozobra en la población civil. De la postura subjetiva del juzgador, de su postura ideológica no pueden surgir conclusiones que estén divorciadas con la verdad procesal. En el expediente no aparece ni un solo indicio que indique que los insurgentes tenían como finalidad causar terror y zozobra en la POBLACION. Lo que en el expediente está claro es que los guerrilleros tenían su voluntad dirigida a destruir el CAI, como objetivo militar".*

En conclusión, estima que el comportamiento de su defendido estuvo inmerso en el delito de rebelión y que no se dan los presupuestos para afirmar que su conducta se adecua a la descripción del tipo de terrorismo, lo que le permite inferir que el sentenciador se equivocó en la selección de la norma y, en consecuencia, la aplicó indebidamente, yerro que también vulneró los artículos 1°, 2°, 9° y 125 del C.P., 1 del C. de P.P. y 29 de la Constitución Política, porque se vulneró el derecho al debido proceso "al sancionar dos veces el mismo hecho (el uso del petardo como rebelión y como terrorismo)".

Solicita, entonces, a la Corte casar la sentencia impugnada y, en su lugar, proferir el fallo de reemplazo, "en el sentido de no condenar por terrorismo sino por rebelión".

Capítulo II

Causal primera

Acudiendo también a la causal primera de casación, cuerpo primero, acusa al fallador de segundo grado de haber violado directamente la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 127 del Código Penal, la que seleccionó correctamente "pero interpretó mal su sentido y su alcance". Tal interpretación errónea "Trajo consigo la inaplicabilidad del artículo 125 del C. P. (rebelión). De no haber mediado la errónea interpretación, seguramente el juzgador se hubiera limitado a considerar el homicidio como inmerso dentro del punible de rebelión con lo cual la sanción del procesado sería sustancialmente menor".

Luego de transcribir la citada norma, sostiene que su equivocada interpretación llevó a que se afirmara que el homicidio imputado al procesado no fue cometido en combate, lo que a su vez implicó el desatinado concurso entre dicha conducta ilícita y el delito de rebelión.

A continuación copia una porción de la sentencia de primer grado, en la que se hace un análisis semántico de la palabra "combate" y se plasma la definición que sobre la misma trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para, posteriormente, criticar la forma tan limitada como el sentenciador se ocupó del tema, aun cuando, dice, aquella definición lejos de dar la razón al Tribunal, "nos la da a nosotros", ya que combate, en términos militares, implica "acciones bélicas: la simple amenaza de ataque, el ataque mismo, el hostigamiento, las acciones psicológicas, las acciones económicas y políticas etc.".

Se duele que el Tribunal hubiese evadido el "debate jurídico sobre el combate y el factor sorpresa como táctica y realidad militar", para lo cual transcribe la porción del fallo que toca el punto.

En consecuencia, sostiene que el término combate supera el concepto de que sólo existe si se produce un intercambio de agresiones entre los bandos en conflicto, apreciación que vista así estaría alejándose de la realidad mundial sobre el desarrollo de las hostilidades.

Exigir la mutua reacción implicaría la descontextualización respecto a lo que ha sido la historia de la humanidad en cuanto a la guerra. Las tácticas militares imponen muchos procedimientos que son ajenos a la simultaneidad de la "acción-reacción". El factor sorpresa es una táctica militar universalmente aceptada, la que permite aprovechar la ventaja militar que trae el descuido del "enemigo", para garantizar el éxito del ataque y evitar la menor cantidad de bajas posible, no pudiéndose considerar que la sorpresa conlleva a un estado de indefensión.

Apoya su tesis con la mención que sobre el tema hizo, el 14 de diciembre de 1982, "un alto comandante del ejército colombiano", agregando que el combate en la modalidad de guerra de guerrillas es mucho más rico que el simple intercambio de disparos". Por esa razón, el DIH no prohíbe la sorpresa como método de guerra y, al contrario, lo acepta como una estratagema. Lo que se prohíbe es atacar o matar al enemigo desarmado o que se halle fuera de combate.

Luego de citar la jurisprudencia de esta Corporación, fechada el 27 de octubre de 1993, y de reiterar, con ejemplos, los conceptos que sobre "combate" y "ataque sorpresivo" ha resaltado, concluye afirmando que "es forzoso reconocer que el homicidio del agente de la policía, ocurrió dentro del concepto de combate. Que no ocurrió en estado de indefensión, ni en ningún otro de los que el DIH prohíbe, por lo tanto, es preciso asimilar la noción de combate dentro de los términos de las exigencias históricas y jurídicas actuales. Es preciso dar un sentido lógico al término combate".

Por consiguiente, estima que el equivocado entendimiento que el fallador le otorgó al artículo 127 del Código Penal y, en particular, al término combate, llevó a que su defendido fuera condenado por homicidio en concurso con rebelión, yerro que de no haberse presentado, "seguramente el juzgador se hubiera limitado a considerar el homicidio como inmerso dentro del punible de rebelión".

La incorrecta inteligencia del artículo 127, "trajo consigo la inaplicabilidad del art. 125", como también la transgresión de los artículos 1° y 2° del Código Penal y 29 de la Carta Política, pues se condenó por "un hecho que normativamente no está previsto como sujeto a punición" y se desconoció "el debido proceso y la legalidad de la pena".

Capítulo III

Causal primera

Sostiene que el sentenciador incurrió en "violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación (Exclusión evidente) de normas de DIH".

Le parece increíble y desafortunado que el Tribunal Nacional, hubiese omitido referirse a las reglas y al Derecho Internacional Humanitario, siendo ellas esenciales en los argumentos de la defensa, máxime cuando la Constitución Política, en sus artículos 93 y 214.2, impone su obligatorio cumplimiento.

Con fundamento en la anterior premisa, formula dos cargos, a saber:

Cargo primero

La sentencia del Tribunal Nacional, "por falta de aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH), vulneró normas sustanciales de este mismo ordenamiento y de normas legales internas que permitieron la arbitraria sanción penal autónoma del delito de homicidio".

Bajo el título "el homicidio del agente no infringe el DIH" y luego de resaltar apartes del texto "Derecho Internacional Humanitario y su aplicación en Colombia", suscrito por el doctor Mauricio Hernández Mondragón, Asesor de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, concluye que "matar es una constante de la guerra. El derramamiento de sangre es indeseado pero una realidad ineludible en las acciones bélicas. El DIH no proscribe la acción de matar, sino que traza límites a los combatientes y determina en qué circunstancias matar transgrede los principios del DIH".

Después de hacer una breve reseña sobre la historia de la guerra en Colombia y de referir cómo resulta indispensable abordar el tema, por más desagradable y espinoso que sea, señala que lo primero que se debe tener en cuenta es el "principio de distinción", "según el cual hay que diferenciar las categorías de combatientes y no combatientes".

Según el DIH, dice, combatiente es el que participa directamente en las hostilidades. Partiendo de este concepto, con fundamento en lo expresado por el doctrinante Alejandro Valencia Villa y de acuerdo con lo establecido en "el artículo 3° común de los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949", "participan directamente de las hostilidades, en principio, quienes tienen las armas". Por ello, en Colombia participan directamente en las hostilidades los "miembros de la Policía Nacional", de las Fuerzas Armadas, los organismos de seguridad, los grupos paramilitares que actúen con la anuencia del Estado y los integrantes de las organizaciones insurgentes.

"Así las cosas, tenemos que el agente de la policía que resultó muerto por el ataque de los insurgentes, entre los que se encontraba mi defendido, por su condición de policía, hace parte directa de las hostilidades y se considera como combatiente. El agente, por tanto, no se hallaba inmerso dentro de la lista de personas sobre las que se prohibieran las acciones que describe el art. 3° común de los Convenios de Ginebra".

En consecuencia, siendo claro que el agente de la policía no había depuesto las armas, ni estaba fuera del combate por enfermedad o herida, además de que hace parte de un aparato armado del Estado, ya que sus miembros reciben entrenamiento militar, formación contrainsurgente, participan en operaciones de este tipo y están en constante disposición de combatir, sin olvidar que, en este caso, el agente estaba, al momento del ataque, cumpliendo con su labor, resulta incuestionable que es, de acuerdo con el DIH, un participe directo en las hostilidades y, por lo mismo, un blanco legítimo de la

guerrá, y no lo contrario como de manera ligera lo afirmó el juzgado de primera instancia.

Y el hecho de haber sido sorprendido por la acción bélica, en su criterio, "no le quita su condición de partícipe directo de las hostilidades", según lo dispuesto en el citado artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra; además que "el artículo 37, numerales 1° y 2°, del Protocolo I" señala que son tácticas militares legítimas "la sorpresa, la emboscada y el golpe de mano", por lo que no se puede pregonar que el ataque por sorpresa "a un objetivo militar humano armado que se halla cumpliendo su servicio, pueda constituir 'homicidio en estado de indefensión' ".

De otro lado, acota, no se puede alegar la indefensión respecto de los miembros de la policía y del ejército que prestan sus servicios en los centros urbanos, pues tienen "control sobre sus instalaciones y están prestos a reaccionar y a recibir refuerzos, toda vez que dentro de la lógica de una confrontación interna para nadie es un secreto que, como objetivos militares legítimos, pueden ser objeto de ataques inesperados por parte de la insurgencia..."

Para ahondar en mayores argumentos sobre el tema de la "indefensión", el libelista transcribe algunos apartes del libro "Glosario de Términos y Expresiones Policiales" del doctor Pedro Julio Mahecha, para, posteriormente, reiterar que el "agente de la policía que resultó muerto en la acción bélica rebelde participaba directamente de las hostilidades".

Concluye la censura diciendo que el Tribunal Nacional "inaplicó las reglas del DIH", en particular "el art. 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra y el art. 37 del Protocolo I, lo que produjo la 'aplicación indebida del tipo penal que consagra el homicidio contra funcionario (art. 29 del Decreto 180/88 en concordancia con el artículo 8 del Decreto 2970 de 1990)", yerros que de no haber existido no se hubiese condenado al procesado por el delito de homicidio.

Igualmente, agrega, la inaplicación de las citadas normas de DIH produjeron la violación directa del artículo 127 del Código Penal, "porque facilitó la interpretación errónea de esta norma", como también condujo al desconocimiento de los artículos 214, 2 y 29 de la Constitución Política, 1° y 2° del Código Penal y 1° del Código de Procedimiento Penal, transgresiones que de no haberse presentado no se habría condenado por el delito de homicidio.

Cargo segundo

Acusa al Tribunal Nacional de haber violado la ley sustancial, "por falta de aplicación de las normas de Derecho Internacional Humanitario y normas legales internas, lo que permitió arbitrariamente la sanción penal del tipo de terrorismo".

Señala que a la luz del párrafo 2° del artículo 13 del Protocolo II, el cual transcribe, está proscrito el terrorismo. No obstante, dice, claro es que la conducta terrorista se caracteriza por la finalidad de quien produce el acto, ánimo que en este caso no existió.

Después citar un aparte de la obra "Prohibición del terrorismo en el Derecho Internacional Humanitario", del tratadista Hans Peter Gasser, de transcribir el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, los artículos 4° y 13 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, el artículo 33 del Convenio IV de Ginebra y el artículo 51 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, normas que prohiben los actos de terrorismo respecto de quienes no participan directamente en las hostilidades, los castigos colectivos, los desplazamientos y tratan sobre el significado de los "ataques indiscriminados", y de mencionar nuevamente las obras de los tratadistas Alejandro Valencia Villa e Iván Orozco Abad, concluye en lo siguiente:

"Ya hemos demostrado que Roberto Ahumada Aldana, no obró con el ánimo de aterrorizar a la población, sino con el propósito único de propinarle un golpe a su enemigo, en este caso, la Policía Metropolitana de Bogotá. Vimos igualmente, que el ataque no fue indiscriminado y no fue perpetrado para alcanzar bienes o personas civiles, sino que el ataque se concentró en el objetivo militar previamente escogido: el CAI del barrio Ciudad Jardín del Sur. Por lo dicho, No nos hallamos ante la comisión del delito de terrorismo.

"...

"No se diga más. Roberto Ahumada es un delincuente político, ¡Jamás un terrorista! También a la luz del DIH, es clarísimo que mi defendido no incurrió en actos terroristas, sino en acciones propias de su condición de rebelde, y en acciones propias de la guerra permitida por el DIH".

Finaliza afirmando que la no aplicación de las mencionadas normas del DIH, trajo consigo la aplicación indebida del artículo 1° del Decreto 180/88 (terrorismo) el desconocimiento del numeral 2° del artículo 214 de la Carta fundamental, la violación directa, por interpretación errónea, del art. 127 del C. Penal y, además, la infracción del artículo 29 de la Constitución y 1° del Código de Procedimiento Penal, al desconocer el debido proceso y la legalidad de la pena. "Seguramente, si no hubieran mediado tales yerros, el procesado no hubiera sido condenado por el delito de terrorismo", por lo que solicita que se case la sentencia impugnada y se absuelva al procesado del delito de terrorismo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Refiere que como los tres capítulos en los cuales el libelista relaciona los distintos cargos contra la sentencia, contienen temas íntimamente ligados, emitirá el respectivo concepto respetando la diferenciación realizada, aun cuando será reiterativo en los conceptos relativos al Derecho Internacional Humanitario.

CAPÍTULO I

Causal primera

Estima que esta censura no se encuentra técnicamente bien planteada, ya que si bien el censor la funda en la violación directa de la ley sustancial,

de todos modos, sin respetar los hechos y las pruebas plasmadas en el fallo, se adentra indebidamente a comentar lo expresado por el procesado en su indagatoria, explicando la forma como debió analizarse para entender que su defendido actuó únicamente como rebelde y descartar, de esta manera, la imputación que de los delitos de homicidio y terrorismo se le hizo separadamente, con lo que claramente trasmuta el ataque a los ámbitos de la violación indirecta de la ley sustancial.

Bajo ese presupuesto, el libelista sostiene que se aplicó indebidamente el tipo penal que establece el delito de terrorismo. No obstante, dice la Delegada, omitió considerar que en el proceso "de adecuación típica de una conducta a la abstracta descripción contenida en la ley no se hace exclusivamente a partir de los elementos subjetivos, sino que el asunto debe estudiarse dentro de un contexto amplio, más allá de la limitada intencionalidad declarada del sujeto agente, porque si bien esta forma parte del tipo, en él existen otras circunstancias que influyen en la adecuación y además, la misma intencionalidad debe mirarse teniendo en cuenta, también las consecuencias de la acción que pueden ser establecidas racionalmente y de antemano a su ejecución".

Agrega que el actor olvidó que, tratándose de delitos como los que han sido objeto de juzgamiento, el terror es una consecuencia necesaria e inseparable de la explosión de un artefacto en un zona residencial, "máxime cuando ésta se produce concomitante o sucesivamente con otros ataques de similar naturaleza a distintos sitios de una ciudad que, de ordinario, no se encuentra sometida al estallidos de las bombas", aspectos que para el procesado eran fácilmente conocidos o previsibles.

Pese a lo anterior, dice, el que el casacionista inicie su fundamentación señalando que Ahumada Aldana afirmó en la indagatoria que actuó obedeciendo directrices de la organización en la que milita para realizar una ofensiva contra la Policía Nacional, lo que en su opinión debe entenderse, dentro del contexto de la guerra irregular que vive Colombia, "como un ataque que iba dirigido 'al enemigo'", es algo que merece especial atención:

. En primer término, precisa que conforme al Derecho Internacional Humanitario, el que sirve de sustento a los argumentos de la defensa, no debe hablarse de "enemigos", sino de combatientes, ya que dicha normatividad, la que se expresa por medio de los diferentes Pactos, Convenios y Tratados, entre los que se encuentran los mencionados por el libelista, en forma clara señala "quienes son combatientes, quienes pueden serlo, quienes son blancos legítimos, cuales son los objetivos militares legítimos", con sus expresas y concretas diferencias, pero en manera alguna se utiliza la expresión "enemigos".

En segundo término, estima necesario estudiar lo relativo a la naturaleza de la Policía Nacional y su posibilidad de que sea considerada como combatiente en el marco de un conflicto armado.

Con apoyo en lo normado en los artículos 216, 217 y 218 de la Constitución Política, estima, en oposición a lo plasmado por el demandante, que la

Policía Nacional, en principio, como cuerpo armado de naturaleza civil, "no se presume combatiente en un conflicto interno, porque sus funciones se relacionan con la preservación del orden, entendido como las condiciones que permiten a los ciudadanos el ejercicio de sus derechos y libertades, es decir, que la Policía Nacional vela por aspectos de la vida civil de la República".

Concluye, entonces, que el ataque contra la Policía Nacional no lo ampara las normas del DIH, ya que hace "parte de la población civil y si bien porta armas, depende del poder ejecutivo civil en sus diversos órdenes territoriales y cumple las finalidades específicas señaladas en la Constitución".

"La Policía Nacional, en Colombia, no es parte de las Fuerzas Armadas y, por lo tanto, no tiene, *per se*, la vocación de ser combatiente en los conflictos armados internos. Esta condición, sin embargo, la puede adquirir, esto es, puede eventualmente formar parte de las hostilidades, puede ser combatiente, cuando se presenten circunstancias especiales, que en el caso colombiano están restringidas a aquellas fuerzas especiales de la Policía Nacional que han sido adscritas preferencialmente a enfrentar la subversión y el narcotráfico.

"Consecuencia de lo anterior es que si la Policía Nacional no es un grupo armado combatiente, sus miembros y sus bienes, entre los que se cuentan los CAI, no pueden ser considerados 'objetivos militares legítimos', según las leyes de la guerra".

Por consiguiente, de conformidad con los artículos 43 y 52 del Protocolo I, no todo el cuerpo de la Policía Nacional ni sus bienes pueden ser considerados objetivos militares, pudiéndose concluir que el CAI y sus integrantes no son combatientes, toda vez que no están vinculados con el conflicto armado interno y, por el contrario, cumplen funciones de preservación del orden ciudadano.

En consecuencia, "si el CAI no era un objetivo militar legítimo; si estaba ubicado en una zona eminentemente residencial; si las funciones que debía cumplir el agente que se encontraba de servicio allí no eran propias de quien participa en las hostilidades; si la utilización del material explosivo causó terror y zozobra en la población, se concluye que fue acertado el Tribunal al aplicar al caso juzgado el artículo 1° del Decreto 180 de 1988".

De otra parte, agrega, si bien un explosivo puede ser un método admisible de guerra, también lo es que cuando se utiliza indiscriminadamente afectando a los sujetos no involucrados en el conflicto armado, tal comportamiento no lo cobija el DIH.

Por lo tanto, estima el Delegado que el cargo no debe prosperar.

Capítulo II

Causal primera

Como alega el actor que equivocadamente se imputó el homicidio en concurso con el delito de rebelión, cuando lo cierto es que aquella conducta ocurrió

en combate, lo que se desprendió de la errada interpretación del artículo 127 del Código Penal, considera el Delegado necesario entrar a estudiar el punto.

Dice que el combate se entiende como el enfrentamiento entre las partes "combatientes que participan directamente en las hostilidades. Sus diversas manifestaciones, desde las propias de la guerra irregular hasta las más sofisticadas de la guerra de guerrillas o las más tenues de la guerra fría, no tienen un sola caracterización, pero todas ellas implican que el combate solamente se presente entre miembros combatientes de las fuerzas armadas enfrentadas".

Como en este caso, señala, el agente de la Policía Nacional no formaba parte de las fuerzas armadas destinadas a confrontar las acciones de la subversión, lo que no la hacía parte del conflicto, según así se explicó en el acápite anterior, no podía entonces tenérsele como blanco legítimo de ataque.

Del mismo modo, refiere que si bien el DIH no prohibe los ataques por sorpresa, como acción bélica, también es indiscutible que esa misma normatividad se encarga de señalar limitaciones y reglas que deben cumplirse en ese tipo de ataques, según así lo dispone el numeral 3° del artículo 44 del Protocolo I, el que impone la obligación a los combatientes distinguir a la población civil en el curso de una operación militar. Si no es posible la distinción, "existe la obligación para el combatiente de llevar sus armas abiertamente. Se entiende entonces que el ataque por sorpresa no implica el ocultamiento de la calidad de combatiente; si ésta se esconde, el acto se configura como un acto de perfidia a la luz de las normas del DIH".

Lo anterior hace necesario separar los actos sorprestivos, permitidos en un combate, de los actos de perfidia, como es el simular la condición de persona civil, siendo claro que, en este caso, el agente de la Policía Nacional destacado en el CAI, quien no estaba preparado para enfrentar un ataque guerrillero, no podía prever que un civil se "acerque al CAI provisto de explosivos y le dispare por considerarlo un blanco legítimo, participante de las hostilidades".

Estima también que es una equivocación del libelista considerar el CAI como un centro de operaciones de la Policía Nacional, pues, como lo ha reiterado, dicha institución no es parte de las Fuerzas Militares ni puede ser considerada como cuerpo armado combatiente, lo que permite deducir que un "CAI no es una trinchera en donde se espera el ataque de fuerzas insurgentes; no está construido con esa finalidad".

Así, entonces, conceptúa la Delegada que teniendo en cuenta la naturaleza de la Policía Nacional, sus funciones, la calidad de no combatiente de sus miembros y la finalidad de sus instalaciones, son elementos de juicio suficientes que permiten predicar que el homicidio en el agente de policía no ocurrió dentro del desarrollo de un combate, razón por la cual no está llamado a prosperar.

Finalmente agrega:

"Es preciso señalar que el Derecho Internacional Humanitario no es un ordenamiento sustitutivo del derecho penal; marca pautas para la humanización de los conflictos, pero en todo caso en el que con un acto de guerra se afecten intereses jurídicamente tutelados, se aplica en forma preferente el derecho interno de cada nación..."

CAPÍTULO III

Causal primera

Afirma el actor que el Tribunal desconoció por completo las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Cargo Primero

Estima que es una gran equivocación del actor afirmar que el homicidio del agente de la policía no infringe normas del DIH, pues claro es que ese comportamiento viola el artículo 43 del Protocolo I, el que procede a transcribir.

Después de reiterar que la Policía Nacional no forma parte de las Fuerzas Militares, por lo que sus miembros no tienen la calidad de combatientes, que cumple unas precisas funciones constitucionalmente establecidas y de recordar que es necesario individualizar al combatiente, ya que no puede inferirse que todos los que poseen las armas se revisten de esa calidad, concluye que el policía muerto en el CAI no tenía la calidad de combatiente, además que no estaba destinado a un cuerpo armado civil en el combate antisubversivo ni participaba directamente de las hostilidades, como atinadamente lo señala la sentencia impugnada, lo que hace inferir que estaba protegido por las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Si se aceptara, en gracia de discusión, que el agente pudiera considerarse blanco legítimo, de todos modos la argumentación del censor pierde vocación de prosperidad, pues su muerte no se produjo dentro del contexto de un ataque sorpresivo permitido por el DIH. Por el contrario, fue un acto de perfidia como el señalado en el artículo 44 del Protocolo I, ya que "el procesado Ahumada Aldana simuló el estatuto de personal civil para disparar contra el agente y luego lanzar el explosivo contra el CAI, sin que llevara expuestas sus armas o por cualquier otro medio mostrara su condición de combatiente".

Luego de criticar la mala utilización de leguaje propio del DIH que hace el libelista, de las imprecisiones conceptuales en las que incurre y del desconocimiento sobre el sentido y alcance de las mencionadas normas, finaliza manifestando que el cargo no debe prosperar.

Cargo segundo

También considera que el actor se equivoca, desconociendo que el comportamiento del procesado vulneró normas del DIH que proscriben la violencia.

La conclusión según la cual está proscrito el terrorismo permite al Delegado coincidir con el libelista, pues es claro que las normas internacionales

prohíben los actos de violencia indiscriminados en los que se afecten indistintamente objetivos militares y bienes civiles. "Por ello, la sentencia impugnada no presenta vicios en la aplicación de la ley, porque en el presente caso ocurre que el CAI objeto del ataque no constituía un objetivo militar legítimo, según lo analizado en precedencia, y dadas las condiciones en las que fue atacado, con perturbación de la tranquilidad de la ciudadanía a la que se sometió a un estado de transitorio terror, se consideró adecuadamente en las instancias el ataque, como un acto de violencia terrorista".

Por lo tanto, después de reiterar los conceptos en precedencia señalados y de resaltar cómo el juzgador no irrespetó las normas del DIH, considera que el cargo tampoco debe prosperar.

Con fundamento en las anteriores razones, solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Son cuatro los cargos que al amparo de la causal primera, cuerpo primero, de casación formula el libelista contra la sentencia del Tribunal Nacional.

Primer cargo

Censura al sentenciador haber incurrido en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 180 de 1988 y falta de aplicación del 125 del Código Penal, siendo ésta la única norma que se ha debido aplicar, toda vez que en su criterio la conducta del procesado no se adecua al tipo penal de terrorismo, sino sólo al de rebelión, agregando que su defendido, desde un comienzo, manifestó que sólo cumplía una directriz impuesta por la organización en la que milita (FARC-EP), sin que en su ánimo existiera el deseo de causar zozobra o terror entre la población civil.

El cargo está antitécnicamente aducido y desarrollado, por lo que será desestimado.

Así, pese a haberse formulado el reproche bajo los postulados de la violación directa de la ley sustancial, se desvía hacia los presupuestos propios de la indirecta.

En efecto, habiéndose formulado la censura con fundamento en la causal primera, cuerpo primero, era deber del actor aceptar los hechos y las pruebas tal como fueron apreciados por el sentenciador, limitando su argumentación al planteamiento estrictamente jurídico.

No obstante, abandonando la hipótesis seleccionada, en el desarrollo del reproche sostiene que "de ninguna actuación procesal se puede deducir que el ánimo que orientó al procesado haya sido el de causar zozobra o terror", o que "solamente de las conjeturas de los funcionarios judiciales que han actuado en el proceso ha venido imperando tal deducción", o que "no está demostrado que la población aledaña al CAI haya sido puesta en estado de zozobra", o que "no puede el juzgador contrariando la confesión del procesado

y la realidad procesal en su integridad inventarse que la finalidad del procesado era causar terror y zozobra en la población civil... En el expediente no aparece ni un sólo indicio que indique que los insurgentes tenían como finalidad causar terror y zozobra en la población... Lo que en el expediente está claro es que los guerrilleros tenían su voluntad dirigida a destruir el Cai, como objetivo militar... Para el juzgador la versión del indagado es de plena credibilidad, sin embargo, desconoce que su voluntad haya estado dirigida a un blanco militar y no a aterrorizar a la población. Es plena entonces, o no, la credibilidad en las manifestaciones del procesado".

Como salta a la vista, el casacionista fundamenta la censura en cuestionamientos a la apreciación probatoria, abandonando ilógicamente el camino señalado al enunciar el cargo, sin que tampoco demuestre en esta segunda alternativa, los desatinos cometidos por las instancias.

En efecto, si, en últimas, optó por la vía indirecta, era necesario que enseñara que el Tribunal Nacional, al apreciar la prueba, incurrió en errores de hecho, por falso juicio de existencia, por suposición u omisión del medio de prueba, o de identidad, por falseamiento de su contenido fáctico o por desconocimiento de las reglas de la sana crítica, o de derecho por falso juicio de legalidad o de convicción y que evidenciara su incidencia en el fallo.

No cumplió con esta carga el recurrente, limitándose a aseverar, sin ningún desarrollo ni demostración, que el juzgador no creyó la confesión del acusado, que contrarió la realidad procesal, que no hay indicios de los que se infiera la finalidad terrorista etc.

En consecuencia, el demandante no demuestra ningún desatino de las instancias, sino que lo pretendido es oponer sus respetables y muy sugestivas opiniones a las conclusiones probatorias del sentenciador, quien teniendo en cuenta los elementos de prueba allegados y, en particular, los referentes a las circunstancias del caso concreto y al medio utilizado, concluyó, de manera razonada y crítica, en la existencia del punible de terrorismo.

Señaló al Respecto el Tribunal

"El delito de terrorismo, como se anotó en aparte precedente, requiere de un elemento objetivo y uno subjetivo, que están presentes en este proceso: está acreditado con el informe de aprehensión y con las declaraciones de los testigos que se produjo reacción y efecto en las personas que transitaban por el sector o que tenían asiento en cercanías del CAI, quienes afirman que la onda explosiva alcanzó a realizar daños en los vidrios de residencias cercanas y alcanzaron a algunos de los residentes (folios 355, 356 y 357 del cuaderno original número 1), donde se refiere que la gente corría, en estampida, gritando, desconcertada, acongojada por la explosión causada, que generaron esos sentimientos de zozobra y terror que reconocieron el ente acusador y el fallador de instancia.

"Es igualmente patético el hecho de que no sólo ello se realizó en ese sector de la ciudad, puesto que acciones del mismo talante y con resultados

idénticos se causaron en diversos sectores de la capital, atemorizando en grado sumo a sus habitantes, quienes eran presa del terror, sin poder evitarlo ni entender el porqué de esa escalada.

"De la misma manera, en la ejecución del hecho se utilizaron explosivos, con suficiente poder destructivo y que esa potencialidad, no puede acogerse la manifestación de que su cantidad había sido medida para que sólo afectara al CAI; ello no es cierto, pues como se vio en precedencia, la onda explosiva afectó a los residentes del sector, de donde ese poder de aniquilamiento estuvo presente y se percibió.

"Se ha sostenido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que 'el acto terrorista puede ser realizado con dolo indirecto o eventual, y éste se deduce del medio utilizado, del lugar en que se ejecuta el hecho y de la indiferencia del autor no obstante que es claro, ostensible y evidente que con esa conducta se genera una situación de terror, zozobra y alarma colectivas'.

"Si estos son elementos que exige la norma para que se esté en presencia del punible de terrorismo, y dentro del proceso se encuentran plasmados y acreditados en grado tal que no es posible desconocerlo, cómo pretender subsumirlo, ocultarlo o desdibujarlo dentro del tipo político que desarrollaba el procesado Ahumada Aldana por su condición de militante activo de las FARC, cuando es la misma norma represora penal en su artículo 127 la que nos está determinando que cualquier acto que implique terrorismo, se aparta y tiene aplicación punitiva conjunta con aquél comportamiento.

"Entonces, si bien ese esfuerzo de la defensa es plausible en procura de sacar avante su tesis, también lo es que no puede desconocerse la realidad que muestran los autos y que impiden su acogimiento, por lo que en este tópico la reclamación del señor defensor no está llamada a prosperar".

Es preciso que la Sala reitere que la casación no es una tercera instancia, donde se puedan hacer toda clase de cuestionamientos a la sentencia, para que la Sala escoja entre ellos y los planteamientos del juzgador, sino que se está en presencia de un recurso extraordinario y rogado, al que el fallo arriba amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, 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 por la ley, demostrarlos y evidenciar sus trascendencia en la parte dispositiva del fallo.

Por otra parte, si el procesado también fue condenado por el delito de rebelión, resulta ininteligible que se acuse falta de aplicación del artículo 125 del Código Penal.

Ahora bien, si lo alegado es que la rebelión absorbe el terrorismo, esto es, que se trata de un delito complejo, ha debido reprocharse y demostrarse interpretación errónea de aquel precepto y aplicación indebida del artículo 1° del Decreto 180 de 1988.

Igualmente, sufre el cargo otra abrupta desviación en el instante en que se afirma que se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto que se transgredió el debido proceso, al sancionarse dos veces el mismo hecho, como rebelión y como terrorismo, desatino que si lo consideraba como de actividad ha debido aducirlo por la causal tercera de casación, respetando así los postulados técnicos que rigen el recurso extraordinario y, particularmente, los principios de autonomía y prioridad.

En las condiciones precedentes el cargo no prospera.

Cargo segundo

Acusa al sentenciador de haber violado directamente la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 127 del Código Penal, por cuanto que "interpretó mal su sentido y alcance", al imputarle al procesado el homicidio del policial como un acto fuera de combate, lo que condujo a que se le condenara por un concurso de hechos punibles. Tal interpretación errónea implicó la falta de aplicación del artículo 125 del C. P. (rebelión), dentro del que queda "incurso" el homicidio.

Respecto a la norma que el censor cita como transgredida, debe acotarse que fue excluida del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, mediante sentencia N° C-456 de 1997. Sin embargo, como quiera que para la época de los hechos se encontraba vigente, ha de examinarse el reproche con el fin de determinar su presunta violación y su eventual aplicación ultractiva, por virtud del principio de favorabilidad.

Debe señalarse que esta censura también está mal planteada, lo que dificulta su inteligencia, yerro que por sí sólo es suficiente para desestimarla.

Así, se plantea interpretación errónea del artículo 127 del Código Penal, precepto que no fue aplicado, siendo lo correcto haberse aducido falta de aplicación. En efecto, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, cuando se postula tal forma de violación directa de la ley sustancial, se supone que ésta se aplicó y era la que regulaba el caso concreto, es decir, se acertó en su selección, pero se le dio un sentido que no tiene.

Si como consecuencia de la equivocada interpretación del precepto, este se deja de aplicar o se aplica indebidamente, el desatino es de selección y, por tanto, se debe invocar falta de aplicación o aplicación indebida y no interpretación errónea, ya que la causa del yerro no importa; pudo ocurrir porque se erró sobre su existencia material, o sobre su validez o sobre su sentido o alcance, sino que lo que cuenta, en últimas, es la decisión que con relación a ella adopta el sentenciador, esto es, inaplicarla o aplicarla indebidamente.

Así mismo, se confunde el delito complejo con los delitos conexos. El primero, como lo ha sostenido la Sala, supone que las distintas conductas estructuran un sólo hecho punible y los segundos la configuración de varios, jurídicamente autónomos, pero conexos ideológica, consecuencial u ocasionalmente[1].

[1] Ver, entre otros, casación 11.837, febrero 4/99, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Ahora bien, si el casacionista consideraba que el homicidio del agente de policía era un hecho autónomo pero conexo con el de rebelión, se ha debido postular, simplemente, falta de aplicación del artículo 127 del Código Penal y aplicación indebida del artículo 29 del Decreto 180/88 (homicidio), por estimarse que a pesar de ser un hecho punible autónomo debía quedar impune, por haber sido cometido en combate por un rebelde y no constituir acto de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Si lo pretendido era que se estaba en presencia de un delito complejo, al quedar el homicidio comprendido en la rebelión, como elemento típico constitutivo de la misma o circunstancia específica de agravación, se ha debido invocar, en cargo separado y subsidiario, interpretación errónea del artículo 125 del C. P. (rebelión) y aplicación indebida del artículo 29 del Decreto 180/88 (homicidio).

Pero, de todos modos, tampoco le asiste razón al recurrente.

Así, no es cierto que el homicidio del agente policial hubiera sido cometido en combate "expresión que no puede ser entendida en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva. Si se aceptara esta interpretación, habría de concluirse que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador"[2].

El combate comporta "un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes.

"Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ata que que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler"[3].

En el caso que nos ocupa no se trabó ni podía trabarse ningún combate entre la agrupación insurreccional y el solitario agente de policía, pues aquel exige un enfrentamiento de carácter colectivo.

Además, los atacantes se presentaron como personas civiles, no combatientes, resultando un contrasentido que se alegue ahora tal condición. Por otra parte, como lo explica el Procurador Delegado, el agente de la Policía Nacional se hallaba en imposibilidad de repeler tan sorpresivo ataque, pues no estaba ni preparado ni entrenado para enfrentar los ataques de la guerrilla, sino sólo para atender los asuntos atinentes a su función constitucional de proteger la vida, honra, bienes, libertades y demás derechos de los ciudadanos.

En cuanto al análisis que hace el Delegado sobre la naturaleza civil de la policía, su calidad de no combatiente y la finalidad de sus instalaciones, la

---

[2] Casación 11.837, febrero 4/99, M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll

[3] Casación 12.661, mayo 27/99, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Sala considera que no es necesario adentrarse en ese aspecto frente al caso concreto.

Por otra parte, descartado el combate, tampoco habría lugar a la eximente de pena del artículo 127, citado, si se considera, como ya se expresó en otra parte de esta providencia, que se trató de un homicidio con fines terroristas.

Finalmente, tampoco se está en presencia de un delito complejo, en forma tal que la rebelión absorba el homicidio y que el procesado sólo deba ser sancionado por aquélla, pues los elementos típicos del homicidio no forman parte de la descripción típica de la rebelión.

El cargo no prospera.

Cargo tercero

Afirma el libelista que el sentenciador de segunda instancia violó directamente la ley sustancial, por falta de aplicación de normas del Derecho Internacional Humanitario, lo que lo llevó a la aplicación indebida del artículo 29 del Decreto 180 de 1988 y a la interpretación errónea del 127 del Código Penal.

Este reproche es fundamentalmente igual al anterior, tan solo que aquí se acude a las normas del Derecho Internacional Humanitario para argumentar que sí hubo combate, que la Policía Nacional hace parte de las hostilidades y que el agente muerto era un combatiente.

A lo allí expresado sobre el desatino técnico que implica invocar interpretación errónea y no falta de aplicación del artículo 127, citado, sobre la manera atinada como actuaron las instancias al no conceder la eximente de pena de tal precepto, por no haber habido combate y tratarse de un homicidio terrorista, lo que sería suficiente para desestimar el reproche, es necesario agregar lo siguiente:

Las normas del Derecho Internacional Humanitario que el impugnante cita como inaplicadas, están contenidas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales I y II de 1977, los que fueron aprobados por Colombia, mediante las Leyes 5 de 1960, 11 de 1992 y 171 de 1994, respectivamente, por lo que están incorporados a la legislación interna.

Sin embargo, como lo señala el artículo 3°, común a los cuatro Convenios de Ginebra y lo reiteró la Corte Constitucional al declarar exequible la ley aprobatoria del Protocolo II. "...las normas humanitarias no surten efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto", conservando los Estados la potestad de regular soberanamente los conflictos armados y de "someter a los rebeldes al derecho penal interno, principio que también aparece ratificado por el artículo 3° del Protocolo Adicional II, según el cual no pueden invocarse las normas de dicho instrumento para justificar intromisiones extranjeras o "con el objeto de menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos" (subrayas fuera del

texto). En la referida sentencia de constitucionalidad sobre el Protocolo II, con cita del jurista chileno Hernán Montealegre, se reflexiona que 'el derecho humanitario coexiste con el derecho interno, el que recibe su aplicación general, y no afecta la condición jurídica de las partes contendientes respecto a su posición legal o ilegal ante el recurso a la fuerza' (hasta aquí el autor invocado). Y continúa la Corte Constitucional, 'el Estado sigue entonces detentando el monopolio jurídico legítimo de la coacción, mientras que los alzados en armas quedan sometidos a las penas previstas para delitos como la rebelión y la sedición'[4].

En consecuencia, las normas del Derecho Internacional Humanitario tienen un contenido y finalidad dirigidas a ampliar la cobertura de protección a la humanidad y no a tipificar directamente los delitos ni señalar las sanciones, lo que corresponde al régimen penal de cada país.

En el caso que nos ocupa, la legislación penal colombiana y, concretamente, el artículo 29 del Decreto 180 de 1988, vigente para la época, reprimía el homicidio con fines terroristas imputado al procesado, por lo que resulta improcedente acusar la vulneración de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que no suspenden la vigencia de las normas nacionales, lo que constituye una razón más para rechazar el cargo.

Además, no es cierto que las normas del D. I. H., legitimen la guerra o la existencia de los conflictos armados internos o el recurso a instrumentos bélicos por grupos armados irregulares o cualquier forma de ataque, sino que su filosofía, propósitos y principios buscan humanizar la guerra, evitar sus excesos y limitar los medios y métodos de acción, y, por lo tanto, no pueden ser sofísticamente interpretadas en el sentido de que autorizan, permiten o legitiman conductas como las que ocupan la atención de la Sala, sino que, por el contrario, aparece claro que las proscriben.

En esas condiciones, la improsperidad del cargo se impone.

Cargo cuarto

Considera el casacionista que se inaplicaron las normas del Derecho Internacional Humanitario, lo que condujo a que se aplicara indebidamente el artículo 1° del Decreto 180 de 1988 (terrorismo), a que se interpretara erróneamente el artículo 127 del Código Penal y a que se infringiera el artículo 29 de la C. P., al desconocerse el debido proceso.

Este reproche adolece, también, de ostensibles desaciertos que dada la naturaleza extraordinaria, rogada y eminentemente técnica del recurso, por sí solos son suficientes para desestimarlo.

Así, si lo pretendido es que no hubo terrorismo y que, por lo tanto, se aplicó indebidamente el artículo 1° del Decreto 180/88 no se entiende, y el

---

[4] Segunda instancia. Rad. 12051, septiembre 25/96, M.P. Dr. Jorge A. Gómez Gallego. En el mismo sentido Casación 12661, mayo 27/99, M.P. Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*.

casacionista no lo dice, qué relación existe entre ese pretendido yerro en la aplicación del precepto y la interpretación errónea del art. 127 del Código de Procedimiento Penal, que no se aplicó.

Además si la censura la fundamenta en la causal primera del art. 220 del C. de P. Penal, tampoco resulta lógico que, al interior del mismo cargo, denuncie la violación del artículo 29 de la C. P., por desconocimiento de la garantía del debido proceso, reproche que por respeto a la lógica y a los principios de autonomía y prioridad, ha debido plantearse de manera separada y como principal.

Independiente de estas falencias técnicas, tampoco le asiste razón al impugnante, pues, como claramente lo señalaron las instancias, en conclusión que no ha sido derrumbada por el libelista, se está en presencia de un acto de terrorismo, si se considera que se utilizaron explosivos con suficiente poder destructivo, que se aterrorizó a los habitantes del sector, quienes corrían en estampida gritando, desconcertados por la explosión; que la onda explosiva causó daños en los vidrios de las residencias cercanas y que acciones de la misma naturaleza y con resultados idénticos se causaron en diversos sectores de la capital, concomitantemente.

Además, como se expresó al analizar el cargo anterior, resulta improcedente invocar la vulneración de las normas del Derecho Internacional Humanitario, pues el artículo 1° del Decreto 180 de 1988, describe y sanciona el terrorismo, motivo adicional para desestimar el reproche.

De otra parte, *no es cierto, ni podría serlo, aplicando la más elemental racionalidad, que las normas del D. I. H. cuya finalidad, como se vió, es proteger a la población civil en los conflictos y evitar los métodos y medios crueles e insidiosos, autoricen comportamientos como el que ocupa la atención de la Sala. Por el contrario, como lo reconoce el recurrente, prohiben el terrorismo y protegen a la población civil, tal como aparece en el artículo 13 del Protocolo II, que dice:*

Protección de la población civil

"1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esa protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes:

"2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil...".

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiesey 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 Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA/CAMBIO DE RADICACION

Frente a la preceptiva del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, en donde se predica que el cambio de radicación podrá disponerse cuando en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal; no observa esta Corporación que en ninguno de los anteriores presupuestos se puedan ubicar los fundamentos que esboza el defensor del procesado (...) para conseguir el cambio de radicación demandado.

Frente al tema aquí analizada esta Corte ha dicho:

"Grave para la administración de justicia sería el aceptar que cada vez que los funcionarios no acceden a las pretensiones de las partes, haya necesidad de cambiar a los jueces naturales so pretexto de no ofrecer éstos garantía de imparcialidad. Pero aún, extremando la hipótesis, en el supuesto de ser ilegales esas decisiones judiciales, no habría lugar al cambio de radicación pues el ordenamiento señala correctivos para esos eventos como serían la denuncia, si en verdad se tiene convencimiento que la actuación es contraria a derecho; o la recusación, si existe alguna causa específica para ello." (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Mayo 18 de 1993).

Y es cierto, si el procurador judicial del procesado (...) considera que con alguna decisión el Juez Tercero Penal del Circuito de (...), ha faltado a sus deberes oficiales, bajo su estricta responsabilidad, podrá poner en conocimiento de la autoridad competente las supuestas irregularidades, si es que a su juicio ellas se han presentado. Pero lo que no resulta sensato es presumir que dicho funcionario no será imparcial sólo porque el denunciante ocupa en la rama judicial un cargo de mayor categoría que el suyo. Ahora bien, si el recusado fundadamente considera que en el juez de primera instancia se da alguna de las causales de impedimento contemplado en el artículo 103 del C. de P. Penal, expedito tiene el camino para intentar la recusación; toda vez que lo que se preserva con el cambio de radicación no es la hipotética simpatía o el supuesto temor reverencial de un determinado funcionario por una de las partes trabadas en conflic-

to sino el real o al menos eventual riesgo de falta de imparcialidad o de independencia de todo la administración de justicia en la región de donde se quiere erradicar el proceso.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 125 (Agosto 25/99) Proceso No. 15952

De plano decide la Corte sobre la solicitud de cambio de radicación elevada al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio (Meta) por el defensor del procesado Hugo Artunduaga Salas, dentro del proceso que se adelanta en el mencionado Despacho judicial por el delito de contaminación de aguas.

La Petición

El defensor del procesado Hugo Artunduaga Salas, mediante escrito dirigido al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, solicita el cambio de radicación de las diligencias que se adelantan en contra de su defendido por el delito de contaminación de aguas, a otro Distrito Judicial distinto al de Villavicencio, porque de lo contrario se afectaría "...la independencia en la administración de justicia". Considera viable su pretensión puesto que según él se acreditan los presupuestos exigidos en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal y así se solucionarían "...situaciones especiales que puedan llegar a presentarse en la etapa del juicio."

Su pretensión la fundamenta en la calidad, dignidad y cargo del denunciante, que resulta ser el superior inmediato del funcionario Juzgador, por ser Magistrado de la Sala Penal del Tribunal del mismo Distrito Judicial, y para ello se apoya además en los motivos que adujo la Dirección Nacional de Fiscalías para ordenar la variación de asignación de la investigación que se adelantó en contra de su poderdante.

Consideración de la Corte

Las razones expuestas por el libelista no alcanzan a estructurar fundamento serio para que en su caso se decrete el cambio de radicación que solicita, pues en ninguna de ellas se vislumbra siquiera un indicio de que se pueda afectar la independencia de la administración de justicia, como pasa a verse:

1. Como apenas resulta lógico no sólo el magistrado denunciante se declaró impedido para conocer en segunda instancia de las diligencias a que se ha hecho referencia, sino que de igual forma los compañeros de Sala manifestaron sus razones para inhibirse de conocer de las mismas, y tan es eso cierto que a folio 13 de las copias del Cuaderno del Tribunal obra una constancia del Secretario en donde deja a disposición del Despacho del Conjuez Dr. Alvaro Bacca Barrera, el primero en orden alfabético de la Sala de conjueces que reemplazó a los titulares, para que se pronuncie respecto de la apelación

del auto proferido dentro del asunto que se adelanta contra Artunduaga Salas, por medio del cual se negaron unas pruebas, con lo que se demuestra que lejos de poner en peligro la independencia de la administración de justicia, como lo insinúa porque ni siquiera expresamente lo afirma el peticionario, lo que se refleja es el querer de la Judicatura de Villavicencio de actuar bajo los postulados de transparencia, lealtad, imparcialidad y rectitud que gobiernan la función de impartir justicia.

2. En lo que se relaciona con los antecedentes que llevaron a la Dirección General de Fiscalías a ordenar la variación de asignación de la investigación, ha de decirse que esos son elementos que en su oportunidad fueron evaluados por la autoridad con competencia para investigar en todo el territorio Nacional, sin que por ello válidamente pueda concluirse que son suficientes para variar el juez natural o el conocimiento del asunto sin consideración al territorio. Es claro entonces que si en la etapa de la causa alguna de las partes considera que se debe ventilar algún incidente respecto de la competencia, independientemente de lo que haya considerado la Fiscalía, deberá promoverlo ante el funcionario que esté conociendo del asunto y previo el procedimiento que para tal cometido tenga previsto el ordenamiento legal.

Así las cosas, *frente a la preceptiva del artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, en donde se predica que el cambio de radicación podrá disponerse cuando en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal; no observa esta Corporación que en ninguno de los anteriores presupuestos se puedan ubicar los fundamentos que esboza el defensor del procesado Hugo Artunduaga Salas para conseguir el cambio de radicación demandado.*

Frente al tema aquí analizado esta Corte ha dicho:

"Grave para la administración de justicia sería el aceptar que cada vez que los funcionarios no acceden a las pretensiones de las partes, haya necesidad de cambiar a los jueces naturales so pretexto de no ofrecer éstos garantía de imparcialidad. Pero aún, extremando la hipótesis, en el supuesto de ser ilegales esas decisiones judiciales, no habría lugar al cambio de radicación pues el ordenamiento señala correctivos para esos eventos como serían la denuncia, si en verdad se tiene convencimiento que la actuación es contraria a derecho; o la recusación, si existe alguna causa específica para ello." (M.P. Dr. Didimo Páez Velandia. Mayo 18 de 1993).

Y es cierto, si el procurador judicial del procesado Artunduaga Salas considera que con alguna decisión el Juez Tercero Penal del Circuito de Villavicencio, ha faltado a sus deberes oficiales, bajo su estricta responsabilidad, podrá poner en conocimiento de la autoridad competente las supuestas irregularidades, si es que a su juicio ellas se han presentado. Pero lo que no resulta sensato es presumir que dicho funcionario no será imparcial sólo porque el denunciante ocupa en la rama judicial un cargo de mayor categoría que el suyo. Ahora bien, si el acusado

fundadamente considera que en el juez de primera instancia se da alguna de las causales de impedimento contemplado en el artículo 103 del C. de P. Penal, expedito tiene el camino para intentar la recusación; toda vez que lo que se preserva con el cambio de radicación no es la hipotética simpatía o el supuesto temor reverencial de un determinado funcionario por una de las partes trabadas en conflicto sino el real o al menos eventual riesgo de falta de imparcialidad o de independencia de todo la administración de justicia en la región de donde se quiere erradicar el proceso.

Con fundamento en lo dicho y examinadas las copias allegadas con la respectiva petición no le queda otra alternativa a esta Corporación que denegar el cambio de radicación solicitado, no sin antes reiterar que el instituto jurídico antes mencionado está para conjurar circunstancias de orden general que puedan en un evento afectar, entre otras garantías, la imparcialidad de los funcionarios judiciales, mas no para atender situaciones de orden particular o individual sin compromiso para la recta administración de justicia, como se da en el presente caso.

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

RESUELVE:

1° NEGAR el cambio de radicación impetrado por el defensor del procesado Hugo Artunduaga Salas.

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.

DETENCION DOMICILIARIA-Competencia para concederla

En cuanto a la petición subsidiaria consistente en que se le sustituya la detención preventiva por la domiciliaria, la Corte no tiene competencia durante el trámite del recurso extraordinario de casación, sino para atender peticiones relativas a la libertad del procesado y las rebajas que le correspondan por las actividades cumplidas durante la privación de la libertad (trabajo, estudio o enseñanza), exclusivamente para acreditar ante las autoridades carcelarias el requisito cuantitativo de la pena (una tercera 1/3 parte), para los efectos del beneficio administrativo previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

La sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, está reservada a las etapas de investigación y juzgamiento, luego corresponde exclusivamente a la Fiscalía y al Juez del conocimiento antes de proferir sentencia de primer grado. otorgarla desde luego en aquellos casos en que el procesado acredite suficientemente los requisitos para ello, es decir, los previstos en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 129 Proceso No. 11715

El procesado Jhon Jairo Gil Murillo, quien se halla privado de su libertad en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, solicita se le decrete la suspensión de la detención preventiva o, subsidiariamente, se le conceda la detención domiciliaria, pues actualmente padece crisis mental y enfermedades como sinusitis crónica y tumor cerebral, con dolores insoportables y secreciones de pus y sangre por nariz y boca.

Consideración de la Corte

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, habrá lugar a que la privación de la libertad se suspenda

"...3. Cuando el sindicado sufriere grave enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales o médico particular ratificado bajo juramento".

Por auto del 10 de los corrientes mes y año, se ordenó al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Medellín, que con base en la documentación existente en el centro de reclusión y la correspondiente historia clínica del Hospital La María donde fue ya atendido, se le practicara un nuevo examen por parte de un especialista a fin de determinar si en realidad padece grave enfermedad que amerite la suspensión de la detención preventiva.

Según dictamen de fecha 20 de agosto del corriente año (fl. 37), con fundamento en los exámenes físico y mental, el forense encontró al recluso "Clínicamente normal", concluyendo: "Paciente de 34 años de edad con tumor benigno (cilindroma de senos paranasales) con poca mejoría clínica luego de la cirugía del 18 de junio de 1999; al que se le realizó evolución especializada en los últimos días de la cual no hay reporte médico en este momento. Actualmente el paciente está clínicamente estable y no sufre grave enfermedad. Para ampliar el concepto acerca de la necesidad de reintervención se requiere copia de la historia clínica en la que se incluya la última evaluación por el otorrino-laringólogo, diligencia que debe hacerse a través de su despacho" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, es claro que la suspensión de la detención que actualmente sufre Gil Murillo resulta inconducente, pero, se ordenará a la Dirección del establecimiento carcelario que proceda conforme a las indicaciones del forense, esto es, la realización de exámenes paraclínicos, cuyos resultados acompañados de la correspondiente historia clínica en la que se incluya la última evaluación del citado especialista, deben ser enviados al Instituto de Medicina Legal, a fin de determinar si sería procedente su hospitalización.

En cuanto a la petición subsidiaria consistente en que se le sustituya la detención preventiva por la domiciliaria, la Corte no tiene competencia durante el trámite del recurso extraordinario de casación, sino para atender peticiones relativas a la libertad del procesado y las rebajas que le correspondan por las actividades cumplidas durante la privación de la libertad (trabajo, estudio o enseñanza), exclusivamente para acreditar ante las autoridades carcelarias el requisito cuantitativo de la pena (una tercera 1/3 parte), para los efectos del beneficio administrativo previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

La sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria, está reservada a las etapas de investigación y juzgamiento, luego corresponde exclusivamente a la Fiscalía y al Juez del conocimiento antes de proferir sentencia de primer grado, otorgarla desde luego en aquellos casos en que el procesado acredite suficientemente los requisitos para ello, es decir, los previstos en el artículo 53 de la Ley 81 de 1993.

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

RESUELVE:

1°. NEGAR al procesado Jhon Jairo Gil Murillo la suspensión de la detención preventiva, conforme a lo puntualizado en precedencia.

2°. ABSTENERSE de considerar la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la domiciliaria, por las razones consignadas en la parte motiva.

3°. Ordenar al Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, que realice todas las diligencias de carácter administrativo para que el interno Gil Murillo sea sometido a los exámenes y control del médico especialista, de conformidad con las recomendaciones del forense. Para ello, la Secretaría le enviará copia de esta decisión y del correspondiente dictamen.

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 Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla, (no hay firma).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

De acuerdo con el artículo 225-2 del C. de. P. P., uno de los requisitos formales de la demanda de casación es la síntesis de la actuación procesal. En el capítulo que bautiza con ese nombre, el demandante narra lo acontecido a los pocos días del homicidio, incluyendo un allanamiento, una orden de captura, una versión libre y la recepción de varias pruebas tanto durante la instrucción como dentro del juicio. Es decir, se refiere más que todo a algunas diligencias pero no a lo realizado en detalle por las autoridades judiciales. Esta exigencia, así, ha sido presentada en forma más que precaria.

Cuando se acude a la violación indirecta por falso juicio de identidad, es imprescindible demostrar que de manera ostensible, notoria, palmaria, el juzgador ha tergiversado, desfigurado, el contenido fáctico de algún medio probatorio en particular. El censor no solamente no lo hizo sino que ni siquiera lo insinuó. Simplemente enunció la forma de error y nada más sin decir, por ejemplo, qué le quitó, que parceló o que le agregó el juzgador a esta o a aquella prueba.

Si se invoca la violación indirecta es trascendente mostrar cómo se unen, en perfecta relación causal, de medio a fin, la quiebra de las pruebas y la subsiguiente ruptura de las normas sustanciales.

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

Magistrado Ponente: Dr *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 129 Proceso No. 14094

El 28 de noviembre de 1996, el juzgado penal del circuito de Urrao condenó a Enrique Sepúlveda Vargas, "Chapolo", a 480 meses de prisión como autor de homicidio agravado y de porte ilegal de arma de fuego. Le impuso, además, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por 10 años, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, y le negó la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por la defensa y el ministerio público, el 11 de agosto de 1997 el Tribunal de Antioquia lo confirmó en todas sus partes.

El señor Sepúlveda Vargas interpuso recurso de casación contra esta última y en uso del mandato conferido, su defensor presentó la demanda correspondiente.

Ahora, la Sala estudia la demanda presentada para determinar si es admitida o no.

Hechos

El 4 de febrero de 1996, la señora Amanda Oliveros Montoya se encontraba con doña Aracelly Aguirre Aguirre en la panadería "Las delicias del suroeste", situada en el casco urbano de Urrao, establecimiento que atendía Rubiela Hurtado. Hacia las 6:20 P.M., intempestivamente se introdujo en el sitio un hombre que cubría su rostro con un pasamontañas, portaba cachucha y vestía chaqueta y ruana; se dirigió a Amanda, la tomó del brazo, la jaló y le dijo que se trataba de un secuestro. A la fuerza la retiró del local, la llevó hacia un callejón que conduce al hospital de la localidad y le propinó 4 disparos en la cabeza, heridas que le ocasionaron instantáneamente la muerte. El agresor emprendió de inmediato la huida y posteriormente fue vinculado como presunto autor del hecho Enrique Sepúlveda Vargas (a. Chapolo).

La Demanda

El defensor invoca como cargo único violación indirecta de la ley sustancial, causal 1ª de casación, cuerpo segundo. Se trata, dice, de varios errores de hecho motivados en falso juicio de identidad.

"...al tener en cuenta el testimonio aportado por el cabo primero de la policía Jhon Jairo Montes Gómez, como si hubiesen sido testigos presenciales, pues el informante, cuya identidad fue reservada, sabía que en dicha residencia se encontraba el arma homicida, pero no que hubiera podido ver y reconocido al encapuchado que ocasionó la muerte a la señora Amanda Oliveros...".

Añade que con la causal que invoca pretende que la Corte case la sentencia y la reemplace por una absolutoria. Al terminar su escrito hace énfasis en que

"...hay una violación indirecta por apreciación indebida de pruebas, por lo tanto dicha apreciación errónea vio la la ley sustancial, en lo referente a lo estipulado en los artículos 445 y 247 del C. de. P. P., presunción de inocencia y prueba para condenar, respectivamente...".

Dentro de lo que pudiera ser denominado desarrollo de la causal, hace lo siguiente:

En primer lugar, en una parte inicial, se refiere al testimonio del cabo de la policía y a la manera como éste dice se enteró del probable autor del hecho,

a través de una persona que había oído la versión a otra que no quería ser identificada debido a sus temores. Afirma el casacionista que aparte de esta prueba no existe ninguna otra y que tal como el informante describe la vestimenta del presunto autor, era imposible reconocerlo.

En segundo lugar, ya dentro de las "consideraciones de los motivos de acusación", dedica su esfuerzo a resumir las palabras de los varios declarantes dentro del proceso y a señalar cómo para unos Sepúlveda estaba en sitio diferente al que fue escenario de lo ocurrido y cómo para otros el autor del homicidio fue una persona diferente, Rigoberto Vargas, quien había confesado el hecho pero que ya había fallecido.

Por último, expone que de acuerdo con el padre del procesado, a su residencia ingresan y duermen muchas personas, una de las cuales habría podido ser la propietaria del arma utilizada para cometer el homicidio. Se lamenta de la deficiencia de la instrucción frente a la necesidad que había de esclarecer este punto.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La demanda analizada debe ser inadmitida y, por tanto, se impone declarar desierto el recurso de casación. Las razones son las siguientes :

1. De acuerdo con el artículo 225-2 del C. de. P. P., uno de los requisitos formales de la demanda de casación es la síntesis de la actuación procesal. En el capítulo que bautiza con ese nombre, el demandante narra lo acontecido a los pocos días del homicidio, incluyendo un allanamiento, una orden de captura, una versión libre y la recepción de varias pruebas tanto durante la instrucción como dentro del juicio. Es decir, se refiere más que todo a algunas diligencias pero no a lo realizado en detalle por las autoridades judiciales. Esta exigencia, así, ha sido presentada en forma más que precaria.

2. Cuando se acude a la violación indirecta por falso juicio de identidad, es imprescindible demostrar que de manera ostensible, notoria, patente, el juzgador ha tergiversado, desfigurado, el contenido fáctico de algún medio probatorio en particular. El censor no solamente no lo hizo sino que ni siquiera lo insinuó. Simplemente enunció la forma de error y nada más sin decir, por ejemplo, qué le quitó, qué parceló o qué le agregó el juzgador a esta o a aquella prueba.

3. Si se invoca la violación indirecta es trascendente mostrar cómo se unen, en perfecta relación causal, de medio a fin, la quiebra de las pruebas y la subsiguiente ruptura de las normas sustanciales. Tampoco lo hizo el casacionista. Solo al final de su escrito, expresa:

"Con todo lo obrante dentro del presente proceso, teniendo en cuenta que la denuncia inicial, aportada por el cabo de la policía, resultó de unas suposiciones, como fue la de que dicho señor (Enrique Sepúlveda), fue colaborador de la guerrilla y a la vez, que al parecer estaba vacunando a la señora Amanda (la occisa); también debido a que no le fue encontrado o decomisado el revólver, a Enrique Sepúlveda (mi hoy defendido), y que el testimonio tenido como

único fundamento para dictar la sentencia condenatoria es de una persona cuya identidad fue reservada; en la sentencia hay una violación indirecta por apreciación indebida de las pruebas, por lo tanto dicha apreciación errónea viola la ley sustancial, en lo referente a lo estipulado en los artículos 445 y 247 del C. de. P. P. , presunción de inocencia y prueba para condenar...". Se queda sin sustancia, pues, lo que implica, de por sí, una inexpugnable relación de fundamento a consecuencia entre la falla probatoria y el equívoco sustancial.

4. Con la simple lectura de la demanda se descubre, sin esfuerzo, aquello que pretende el defensor: mostrar su opinión sobre la prueba y tratar de oponerla a las afirmaciones probatorias del juzgador. Ello, así, no más, no es atendible en casación, menos si, como en este supuesto, según se infiere de las palabras del casacionista, el estudio de los jueces se sustenta en prueba testimonial, medio por excelencia ceñido a la sana crítica.

5. Por último, dígase que el casacionista tampoco señaló a qué forma de violación sustancial se llegó por el desconocimiento de la prueba, es decir, si a falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la normatividad. Con mucho empeño se podría pensar en que el censor quiso decir que los errores probatorios evitaron la aplicación de las reglas sobre presunción de inocencia y sobre requisitos para proferir sentencia condenatoria. Pero ese mismo esfuerzo o esa hermenéutica que tendría que hacer la Corte, enseña que el letrado no se sujetó a los principios de precisión y claridad que exige el artículo 225-3 del C. de. P. P. Y la Corte no puede asumir esa tarea, que compete exclusivamente a quien impugna en casación.

Los yerros formales de la demanda, entonces, impiden su admisión.

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

RESUELVE:

1. Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Enrique Sepúlveda Vargas y, en consecuencia, declarar desierta la impugnación.

2. En virtud de lo dispuesto en el artículo 197 del C. de. P. P., contra este auto no procede ningún recurso.

Comuníquese 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 Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla (no hay firma).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA-Irretractabilidad, imposibilidad de llegar a decisión absolutoria

La Corte ha sido insistente en señalar que la aceptación voluntaria de responsabilidad con miras al proferimiento de sentencia anticipada se rige por el principio de irretractabilidad, en cuanto implica para el procesado la renuncia a controvertir la prueba y el contenido de la acusación, y que si bien es cierto la limitación del interés para recurrir consagrada en el citado artículo 37B está referida al recurso de apelación, debe entenderse que también impera para la casación, puesto que de no ser así, el recurso extraordinario se convertiría en un mecanismo de burla de la restricción allí prevista (Cfr. Autos de mayo 6/97 Magistrado Ponente Dr. Gómez Gallego, y febrero 10/99 Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll, entre otros).

En reiterados pronunciamientos la Sala ha sido clara en sostener que la naturaleza jurídica de las formas de terminación anticipada del proceso, su configuración legal, y las razones de política criminal que determinaron su incorporación en el ordenamiento jurídico, repelen la posibilidad de que a través suyo el juzgador pueda llegar a una decisión absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que han sido objeto de aceptación o acuerdo con el procesado, y que cuando no es posible llegar a sentencia de condena porque está plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o está amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, todo esto dentro del marco a la violación de las garantías fundamentales, el juzgador debe abstenerse de proferir decisión de mérito e invalidar la actuación para retornarla al procedimiento ordinario, lo cual ubicaría el yerro dentro del ámbito de la causal tercera (Cfr. Casación de noviembre 26/98, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll).

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

Aprobado Acta No. 129 Proceso No. 13452

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 Durlandy Alonso Salas Giraldo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de mayo de 1996, en las inmediaciones de la Universidad de Antioquia de la ciudad de Medellín, siendo aproximadamente las 7:15 de la mañana, dos sujetos intimidaron con arma de fuego a Erica María Escobar Jiménez, y la despojaron de la motocicleta marca Suzuki Adress, de placas EOE-35A. Minutos más tarde, en la calle 94 con carrera 64C de la misma ciudad, miembros de la Policía Nacional recuperaron el vehículo en poder de Durlandy Alonso Salas Giraldo y Henry Hernán Urrego (menor de edad), a quienes incautaron un arma de fuego (trabuco) con un cartucho calibre 38 largo.

Iniciada la investigación, la Fiscalía escuchó en indagatoria a Salas Giraldo, resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, y mediante providencia de 12 de septiembre de 1996, profirió en su contra resolución de acusación por los delitos de hurto calificado agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.9, 11, 25, 100-1).

En el trámite del juicio, a instancias del procesado, el Juzgado de conocimiento celebró audiencia de aceptación de cargos conforme a lo establecido en el artículo 37 del estatuto procesal penal (modificado por los artículos 3° de la Ley 81 de 1993, y 11 de la ley 365 de 1997), y profirió sentencia anticipada en su contra el 28 de enero de 1997, condenándolo a la pena principal de 21 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, por los delitos imputados en la resolución acusatoria, y que fueron objeto de aceptación (fls.129-1).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Medellín, mediante decisión de mayoría de 17 de marzo de 1997, excluyó como circunstancia agravante la prevista en el artículo 372.1 del Código Penal, por considerarla improcedente, y fijó la pena principal en 15 meses de prisión (fls.145-1).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el recurrente plantea violación "directa" de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 4° del Código Penal, que consagra el principio de antijuridicidad material, en cuanto tiene que ver con el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Sostiene que de conformidad con la referida norma, para que una conducta típica sea punible, debe ser antijurídica, es decir tener capacidad de lesionar, o de poner en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado, el cual, en el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, es la seguridad pública.

En el estudio hoplológico visto a folios 78 y 79 del expediente se aprecia con meridiana claridad que el arma utilizada por el procesado para intimidar

a la víctima carecía de aguja percutora, razón por la cual no era apta para realizar disparos, de donde se sigue que con el acto de portarla no estaba vulnerando ni poniendo en peligro el bien jurídico de la seguridad pública.

Apoya su postura en el salvamento de voto del Magistrado disidente, y en una decisión del Juzgado 15 Superior de Medellín relacionada con el mismo aspecto, cuyos apartes pertinentes transcribe, para concluir diciendo que los juzgadores, al proferir la sentencia de condena, soslayaron de un todo la aplicación del citado artículo 4° del Código Penal, en lo que respecta al enjuiciamiento por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal.

Por tanto, solicita a la Corte "revocar parcialmente" el fallo impugnado, y absolver al procesado por el referido ilícito.

SE CONSIDERA

Ab initio se advierte que el recurrente carece de interés jurídico para demandar en sede extraordinaria la absolución de Salas Giraldo por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, pues en tratándose de sentencia anticipada, la impugnación del fallo por parte del procesado o su defensor no tolera la discusión de aspectos distintos de los taxativamente señalados en el artículo 37B.4 del Código de Procedimiento Penal (modificado por los artículos 5° de la ley 81 de 1993 y 12 de la ley 365 de 1997), es decir, la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes, los cuales presuponen el mantenimiento o intangibilidad de la decisión de condena.

La Corte ha sido insistente en señalar que la aceptación voluntaria de responsabilidad con miras al proferimiento de sentencia anticipada se rige por el principio de irretractabilidad, en cuanto implica para el procesado la renuncia a controvertir la prueba y el contenido de la acusación, y que si bien es cierto la limitación del interés para recurrir consagrada en el citado artículo 37B está referida al recurso de apelación, debe entenderse que también impera para la casación, puesto que de no ser así, el recurso extraordinario se convertiría en un mecanismo de burla de la restricción allí prevista (Cfr. Autos de mayo 6/97 Magistrado Ponente Dr. Gómez Gallego, y febrero 10/99 Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll, entre otros).

En el caso que es objeto de análisis, el impugnante alega que el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal no se estructura por ausencia de antijuridicidad material, planteamiento que implícitamente contiene una retractación a la aceptación que de la responsabilidad en dicho ilícito hizo voluntariamente el procesado en el juicio, y que, por implicar el desconocimiento de la acusación, resulta impertinente de ser propuesto en sede extraordinaria.

Aunque lo dicho sobre la ausencia de interés sería suficiente para rechazar in limine la demanda, no puede dejar de precisarse que ésta, desde el punto de vista técnico formal, incumple los presupuestos mínimos legalmen-

te establecidas para su admisión. De una parte, porque la propuesta de ataque, en los términos en que ha sido planteada, resulta abiertamente contradictoria, como quiera que se alega violación directa de la ley sustancial sobre la base de haberse incurrido en errores de apreciación probatoria (cuerpo segundo), y de otra, porque el censor no demuestra la clase de error cometido, ni indica su naturaleza, sino que se limita a transcribir apartes del salvamento de voto del Magistrado disidente, y de una decisión de un juzgado de Medellín, donde se estudia el punto objeto de controversia.

Como si esto fuera poco, la causal de casación invocada no sería la correcta, si se da en considerar que la Corte no podría proferir fallo sustitutivo de absolución. *En reiterados pronunciamientos la Sala ha sido clara en sostener que la naturaleza jurídica de las formas de terminación anticipada del proceso, su configuración legal, y las razones de política criminal que determinaron su incorporación en el ordenamiento jurídico, repelen la posibilidad de que a través suyo el juzgador pueda llegar a una decisión absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que han sido objeto de aceptación o acuerdo con el procesado, y que cuando no es posible llegar a sentencia de condena porque está plenamente demostrado que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o está amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, todo esto dentro del marco a la violación de las garantías fundamentales, el juzgador debe abstenerse de proferir decisión de mérito e invalidar la actuación para retornarla al procedimiento ordinario, lo cual ubicaría el ataque dentro del ámbito de la causal tercera* (Cfr. Casación de noviembre 26/98, Magistrado Ponente Dr. Arboleda Ripoll).

Visto, entonces, que el impugnante carece de interés para recurrir, y además, que la demanda no cumple los presupuestos mínimos de forma y contenido requeridos para su admisión, la Corte la rechazará in limine, conforme a lo previsto en el artículo 226 del estatuto procesal penal, no sin advertir que contra esta decisión no procede recurso alguno, según lo establecido en el artículo 197 ejusdem.

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 Durlandy Alonso Salas Giraldo. En consecuencia, se declara desierto el recurso.

Comuníquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda R., Jorge Córdoba Poveda, Carlos Gálvez Argote, Edgar Lombana T., Mario Mantilla N., Carlos Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla, (no hay firma).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROVIDENCIAS-En el proceso

Al tenor del artículo 179 del C. de P.P. las providencias que se dictan en la actuación se clasifican en resoluciones, autos y sentencias, pero esta sistematización no impide la emisión de providencias, tanto en la investigación como en la etapa del juicio, cuyo contexto o puede abarcar determinaciones paralelas pero autónomas en su naturaleza y alcance jurídico.

Al Fiscal, como acusador corresponde dictar resoluciones, que pueden ser de mero impulso o interlocutorias, y al Juez los autos -también así clasificados- y las sentencias; y es frecuente que uno y otros funcionarios expidan providencias que involucran decisiones conjuntas pero como se ha dicho, esencialmente distintas, que no siempre cuentan con idénticas posibilidades de impugnación, pues algunas de ellas ni siquiera pueden ser objetadas por ser de mero cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.129 Proceso No. 14331

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 17 de octubre de 1997 por el Tribunal Nacional, que con parcial modificación a la de primera instancia, condena a Jaime Orjuela Caballero a la pena principal de tres años y seis meses de prisión, como autor del delito de conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública.

La misma providencia confirma la orden de expedición de copias -numeral 7o. parte resolutiva- para la investigación de posible delito tipificado en la Ley 30 de 1986, contra Jaime Raúl, Henry y Carlos Arturo Orjuela; también -numeral 8o. contra el mismo procesado Jaime Orjuela Caballero por el mismo delito y por el de testaferrato, así como contra Katerine Cobo de Orjuela, Jaime Raúl y Jorge Alberto Orjuela López y Néstor Toro. De igual manera en los -numerales 9o. y 10 confirma denegatoria a devolución de los bienes incautados y su dejación a disposición de la Fiscalía futura investigadora para efecto de la decisión del numeral 8 premencionado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Resume así la Procuraduría Delegada los hechos materia de la sentencia: "En diligencia de allanamiento practicada a las propiedades de Jaime Orjuela Caballero el día 21 de agosto de 1989, por presuntas vinculaciones con actividades de narcotráfico, en el inmueble denominado 'Casa Azul' lote 5, Avenida Peñas Blancas, Barrio Ciudad Jardín de Cali, fue hallada una subametralladora 'Ingram', calibre 9 mm, considerada como de uso privativo de las fuerzas armadas, adquirida por Jaime Orjuela Caballero a nombre de 'Inmobiliaria y Servicios Ltda.'.

"Como el arma no contaba con salvoconducto para el uso y conservación, fue incautada junto con otros bienes y propiedades de Jaime Orjuela.

"Las propiedades, el arma, vehículos, y otros enseres decomisados, hacen parte de las empresas o sociedades a nombre de la esposa e hijos y amigos allegados, que el mismo Orjuela Caballero constituyó con su patrimonio proveniente de ingresos producto de negocios que ejercía en Estados Unidos, con su ex esposa. Ese patrimonio ingresó al país en 1985, y fue legalizado en Colombia por amnistía del mismo año, convirtiéndose el procesado en un importante empresario de Cali".(fl. 15 cd. C.).

Por el concurso de delitos de conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública y enriquecimiento ilícito, la Fiscalía Regional con sede en Cali comprometió en juicio al sindicado mediante resolución de acusación del 19 de septiembre de 1994 (fls. 523-546 cd. 5). En la misma providencia dispuso la expedición de copias para eventual investigación del posible delito de falsedad de los documentos presentados como soporte de la tenencia del arma incautada y otros.

Surtida la etapa del Juicio, el juzgado Regional al que correspondió el asunto profirió sentencia de primer instancia condenándolo por el delito contra la seguridad pública y absolviéndolo por el de enriquecimiento ilícito. Ordenó además este fallador expedir copias para la investigación de varios posibles delitos, uno tipificado en la Ley 30 de 1986 contra el mismo sentenciado Orjuela Caballero, y los de testaferrato contra Jaime Orjuela Caballero, Katerine Cobo de Orjuela, Néstor Toro, y Jaime Raúl y Jorge Alberto Orjuela López. También denegó la entrega de varios bienes inmuebles y unos vehículos que relacionó, que dispuso dejar a disposición de la Fiscalía Regional para, según precisó:

"... que formen parte de la investigación que se adelantará conforme a las copias que se dispuso compulsar ...". (fls. 1513- 1577 cd. 6).

En grado de consulta y por apelación conoció el Tribunal Nacional de la sentencia de primer grado, la que confirmó en su integridad mediante el fallo que la defensa ha sido recurrido extraordinariamente.

LA DEMANDA

Consta de dos cargos; Primero. Causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P.

La sentencia es violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, en virtud del error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación del salvoconducto del arma, lo que determinó la aplicación indebida del artículo 247 del C. de P. P. y la falta de aplicación del artículo 445 del mismo estatuto.

Dice el censor que la investigación se contrajo a establecer si existía o no el dicho salvoconducto para verificar la comisión del delito en la modalidad de conservación de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública. Organiza el cuestionamiento a las consideraciones de la sentencia citando los fragmentos que considera relevantes, comenzando por glosar el aspecto atinente a la afirmación de falsedad del contenido de algunos de los documentos presentados por la parte acusada como soporte de la tenencia del arma y la aceptación por el Tribunal de que uno de ellos exhibía autenticación de la sección de Biblioteca y Archivo de la Industria Militar, y de la posibilidad de que el salvoconducto hubiera sido expedido por esta dependencia pero "a cuenta de la corrupción".

Advierte que las citas fragmentarias de la sentencia tienen por objeto resaltar cómo el Tribunal pese a la aceptación de los tópicos precedentes, "inclusive ... que en esta investigación existen demostraciones encontradas" confirmó la sentencia de condena, cuando lo que debió hacer era revocar esa decisión y absolver al implicado.

Luego, echando mano de las explicaciones del procesado sobre la forma de adquisición del arma: obsequio de "un amigo el día de su cumpleaños" aceptado por la necesidad de proveer a la seguridad de su familia y de sus empresas, gestión de la "solicitud de amparo" en mayo de 1988; requerimiento posterior de unos oficiales del ejército sobre la procedencia del arma y suministro de explicaciones tan satisfactorias, que a los pocos días se la devolvieron junto con una caja de munición, el salvoconducto y la factura de compra pese a no haber sido adquirida en la industria militar, hace una retractación de las explicaciones que la defensa brindó al apelar de la sentencia de primer grado, cuando aseveró que un mayor retirado del ejército de nombre John Gaviria había sido encargado por el procesado para tramitar el salvoconducto, y afirma ahora que ese ex militar "intervino fue en el año de 1994 para obtener copias de documentos de la Industria Militar". Tornando a la reiterativa afirmación de que "para la época de la incautación del arma (Ag. 21/89) ésta se encontraba legalmente amparada ..." y por ello así lo declararon el vigilante Luis Angel Figueroa y el representante legal de varias de las empresas, Jaime Eduardo Barreto, añade que "se desconoce" si por parte de quienes tramitaron los documentos en este caso "se cometió alguna irregularidad" y proclama la inocencia de su cliente a quien le atribuye "tenia la seguridad de que el adminículo contaba con su salvoconducto". Recuerda que el Jefe del Departamento de Salvoconducto y Comercio de Armas y explosivos reconoció como suya la firma estampada en el salvoconducto, y que la Fiscalía encontró, en una experticia, que el referido documento "se identifica en su elaboración y originalidad con los aportados como material indubitado".

Reafirmando la autenticidad del salvoconducto critica la orden de expedición de copias también para que se investigue el presunto delito de falsedad en los documentos en comentario y recalca que "solamente en un futuro se establecerá con certeza si tales documentos fueron espurios y quiénes sus responsables". Cuestiona el criterio del fallador porque "en este proceso ya se está condenando" a su procurado, advirtiendo que una cosa es la posible falsedad documental y otra la "supuesta" conservación ilegal del arma..

Con insistencia sobre la inocencia estima errada la avaluación del salvoconducto, porque documento de tal naturaleza "goza de la presunción de autenticidad y ... el acusado obró amparado por los principios de la buena fe y confianza'. Expone extensamente las razones que en su criterio así lo denotan.

El error del sentenciador es trascendente, pues le imputó el delito al procesado a título de responsabilidad objetiva "descartando el error de tipo que ... planteó la defensa ..." pese a la inexistencia de un fallo condenatorio por la falsedad que apenas ordenó investigar.

Si no se hubieran cometido estos errores, el Tribunal habría concluido que la tenencia del arma estaba legalmente autorizada y por tanto el hecho investigado era atípico; o que, siendo eventualmente típico, el procesado "no es culpable al concurrir las causales de inculpabilidad aglutinadas en los numerales 3o. y 4o. del artículo 40 del Código Penal".

Sin certeza sobre la tipicidad, ni la culpabilidad, no podía declararse la responsabilidad y darse aplicación al artículo 247 del C. de P. P. Lo procedente, en observancia de la presunción de inocencia, era dar aplicación al principio de la duda establecido en el artículo 445 del C. de P.P.

La petición consecuente a este reparo pretende la absolución por el delito de conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública mediante revocación casacional de los numerales 1o. y 2o. del fallo acusado.

Segundo. Causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P.

La sentencia, en relación con el delito de conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, es violatoria de garantías y derechos fundamentales, entre éstos el del debido proceso por haber confirmado los numerales 7o. a 10 de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, en los que se ordenó expedir copias para investigar al procesado y a sus familiares por los presuntos delitos de tráfico de sustancias estupefacientes -Ley 30 de 1986- y testaferrato, en cuanto la Constitución y la Ley protegen la unidad familiar y por ende, el derecho a no declarar contra los propios parientes. Estima innecesario que se ordene investigación por narcotráfico, cuando aparece acreditado que no es requerido por las "autoridades norteamericanas".

En otro aspecto, encuentra "definitivamente" transgresor de los derechos del procesado el que sin haberse impartido condena a pago de indemnización como efecto de la condena por conservación del arma de fuego de uso privati-

vo de la Fuerza Pública se haya dispuesto la no entrega de bienes incautados pese a la absolución impartida por el delito de enriquecimiento ilícito en el mismo fallo, y asevera que de esta manera se desconocieron los derechos del procesado consagrados en los artículos 60 y 338 del C. de P. P., "en cuanto se trata de objetos o bienes de libre comercio y por lo tanto deben ser restituidos a su dueño, poseedor o tenedor legítimo".

Finaliza solicitando "la cancelación de los ordenamientos aludidos" y la devolución del proceso al Tribunal para que revoque las decisiones objetadas.

El Ministerio Público

En la opinión del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la objeción basada en la causal 3a. del artículo 220 C. de P.P. debe ser acogida y por tanto casarse parcialmente la sentencia acusada.

Recuerda que con motivo del allanamiento a las propiedades de Jaime Orjuela Caballero a finales de 1989 por presumirse su vínculo con actividades de narcotráfico enriquecimiento ilícito se inició este proceso que culminó con decisión absolutoria por este último delito, pero persistiendo dudas sobre la posible incursión delictiva del mismo Orjuela Caballero en violación a la Ley 30 de 1986, el Juzgado ordenó compulsar copias para futuras investigaciones por ese hecho punible y por testaferrato, para lo cual el Juzgado dispuso que los bienes incautados permanecieran en este estado a disposición de la Fiscalía Regional de Cali que adelantaría tales investigaciones.

Considera que la absolución impartida al procesado por enriquecimiento ilícito, en el este proceso en que se incautaron los bienes de su propiedad, impide la permanencia en ese estado de esa masa patrimonial con miras a investigaciones diferentes, pues no puede el Juez dejar sin decidir, precisa, "alguno de los extremos del objeto del proceso, motivado por la duda que le asiste sobre la presunta comisión de otros ilícitos y dejar al mismo tiempo sub júdice el destino de los bienes que ya soportaron el proceso. Era algo que debía decidirse en forma definitiva en la sentencia (arts. 179 y 338 C. de P. Penal'. Es el funcionario de la investigación proyectada, el competente para resolver sobre nuevas eventuales medidas respecto de los dichos bienes. Estas las razones para que se acceda a la casación parcial impetrada.

Opuesto en cambio, se manifiesta al otro reparo consignado en la misma censura por nulidad, pues considera que la orden para que se investiguen presuntos delitos de narcotráfico y testaferrato "es legítima y procedente en tanto su posible comisión no se averiguó en este proceso". Además el planteamiento es incompleto porque el demandante no precisó cuál de las garantías que dijo violadas lo fue, ni explica la razón de ser de la referencia que hace al derecho de toda persona a no declarar en contradeparientes.

También se muestra en desacuerdo con el cargo primero, sobre referido al delito de conservación ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública y basado en la causal 1a. de casación, según el cual hubo falso juicio

de identidad por tergiversación del contenido material de la prueba. Estima que la alegación está equivocada técnica y conceptualmente debido al fraccionamiento del fallo que hace el censor para incrustar su propio juicio, sin demostrar el error que pregona. En apoyo de su criterio recuerda los supuestos decantados por la jurisprudencia cuando de objeciones a la evaluación probatoria se trata, destacando la necesidad de demostrar los errores de esta clase respecto de todas las pruebas incidentes en la decisión cuestionada. Respecto de la certeza que tuvo el fallador para deducir la responsabilidad del procesado en el delito de porte ilegal de arma de fuego afirma que resultó de la valoración de las diferentes pruebas aportadas, a las cuales hace extensa referencia, concluyendo que el delito de conservación ilegal del arma de uso restringido no depende de la declaración de falsedad del documento público representado en la licencia de porte por ser independiente "en cuanto al bien jurídico y su lesión", y advierte en últimas que lo que el censor hace es plantear una valoración distinta a la del fallador sin acreditar los errores que aduce.

Consideración de la Corte

La demanda carece de vocación de prosperidad, lo que comporta la pevalencia de la sentencia de segundo grado en todos sos términos, según pasa a verse:

En relación con el cargo primero, que pretende la absolución del procesado por el delito contra la seguridad pública por haber incurrido el Tribunal en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho -falso juicio de identidad- en la apreciación de la prueba documental representada en el salvoconducto o licencia para la tenencia del arma de uso privativo de la Fuerza Pública, encuentra la Corte que la fundamentación de la causal aducida no se aviene a los postulados de técnica que gobiernan el recurso extraordinario, situación que indefectiblemente conduce a la ineficacia de la alegación.

Cuando se pregona la violación indirecta de la ley sustancial por errores de apreciación de la prueba que sirvió de fundamento a la decisión acusada, es deber del actor derruir todas y cada una de esas pruebas, pues es apenas obvio que la permanencia indemne de uno solo de esos elementos de juicio demostrativo de la responsabilidad del acusado, deja vigente la sentencia e impide el éxito de la censura. De ahí el fracaso del reparo en examen.

La defensa centra su atención en lo que considera errada apreciación de la licencia de la entidad militar competente para autorizar la tenencia de las armas de fuego afirmando repetidas veces la autenticidad de ese documento que dice admitió el Tribunal, y la ajenidad de su cliente frente a las falsedades documentales que antecedieron al salvoconducto.

Pero a lo largo de la alegación reconoce a la par con el fallador, que para el trámite de la exhibida licencia se incurrió en irregularidades tan patentes, como la probada no aparición de la licencia "en pantalla" en el Departamento de Control y Comercio de Armas y explosivos de la Industria Militar, "única dependencia facultada para expedir salvoconductos" de acuerdo a la preci-

sión del fallo acusado en su folio 31, aspecto éste que el Tribunal resumió advirtiendo que aunque el salvoconducto exhibido :

"haya sido expedido por quien estaba facultado para suscribir esa clase de documentos, lo cierto es que su contenido es apócrifo ...y eso por sí lo hace e falso, inidóneo para probar la licitud en la conservación ...". (fl. 34 cit.).

Así mismo ofrece el casacionista una subjetiva y explicablemente interesada exposición sobre la credibilidad que en su particular opinión merece el procesado en sus explicaciones y resta importancia a las inexactitudes que la propia de defensa, según lo reconoce él mismo, había aducido para apelar contra el fallo de primer grado, absteniéndose por completo de precisar y demostrar el error de que habla.

Cierto es que en este proceso no se juzgó la falsedad documental -para cuya investigación la Fiscalía calificadora desde la resolución de acusación, antes que el Tribunal, había ordenado expedir copias-, dándose una ruptura de la unidad procesal que si bien no marca irregularidad, sí permite especulaciones como las que son objeto de la demanda en estudio; pero esta circunstancia no es óbice para la estructuración e imputación del delito de conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, pues es un hecho naturalísticamente independiente del de la falsedad.

De manera que, si la ilicitud de la conservación del arma en criterio del sentenciador se originó en la, por lo menos, irregularidad no desvirtuada en el trámite del salvoconducto exhibido para demostrar el derecho a esa tenencia, debió el casacionista, no solo acreditar la tergiversación de esta prueba en su contenido y en su significación lógica, sino los demás errores de apreciación en el examen de todos los otros elementos de juicio que soportaron la decisión condenatoria.

Al declinar esta obligación de origen legal a la luz del segundo aparte del numeral 1o. del artículo 220 del C. de P. P., propia del juicio que en materia casacional se hace a la sentencia de segundo grado en los casos autorizados por la ley de procedimiento, la demanda es incompleta y no da opción a la Corte para verificar si el estudio probatorio del fallo de las instancias transgredió la ley sustancial en los términos aducidos por el censor.

El cargo no prospera.

Por cuanto hace al cargo segundo la improcedencia de la censura es indiscutible.

En sentir del actor, la sentencia del Tribunal vulnera la garantía del debido proceso y derechos fundamentales de su poderdante, en primer término, por haber confirmado la orden de expedición de copias impartida por el *a quo* para que se investigue la posible incursión de éste y algunos de sus parientes y allegados en delitos tipificados en la Ley 30 de 1986 y en testaferrato; y en segundo lugar, por mantener la orden de no entrega a él, de los bienes incautados en este proceso en que se le absuelve por enriquecimiento ilícito y disponer

que queden a disposición de la Fiscalía futura investigadora de los posibles delitos antes mencionados.

Las decisiones que tildá de irregulares y generadoras de quebranto de específicas garantías constitucionales, que son las contenidas en los numerales 7o., 8o., 9o. y 10 de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, no son determinaciones propias del tema central de ese pronunciamiento que pone fin al tracto ordinario del proceso, sino decisiones autónomas de distinta naturaleza procesal que bien hubieran podido adoptarse en providencias separadas de la sentencia y antes de ella, sin afectar lo intrínseco de su temática, en la medida en que no guardan imprescindible relación con los hechos juzgados.

Dispuso el Tribunal, a la par con la condena por el delito de conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública y la absolución por enriquecimiento ilícito, en el precitado numeral 7o. de la parte resolutiva del fallo que confirmó, la expedición de copias para la investigación de posibles delitos contra la salubridad -Ley 30 de 1986- cometidos por personas que, aunque ligadas por parentesco de consanguinidad con el encausado, no son sujetos de la definición procesal en este juicio. En el numeral 8°, ordenó la expedición de copias para la investigación por el mismo delito y por el de testaferrato, contra el aquí procesado y contra su esposa y otros de sus parientes, originadas estas órdenes en la circunstancia de que en este proceso no se investigaron ni juzgaron esos hechos punibles, cuya eventual ocurrencia subyace en varias de las pruebas acopiadas durante esta investigación. En los numerales 9o. y 10 denegó la entrega de los bienes que habían sido incautados dentro de esta investigación y ordenó dejarlos a disposición de la Fiscalía Regional a la que hayan de corresponder las futuras investigaciones.

Al tenor del artículo 179 del C. de P.P. las providencias que se dictan en la actuación se clasifican en resoluciones, autos y sentencias, pero esta sistematización no impide la emisión de providencias, tanto en la investigación como en la etapa del juicio, cuyo contexto o puede abarcar determinaciones paralelas pero autónomas en su naturaleza y alcance jurídico.

Al Fiscal, como acusador corresponde dictar resoluciones, que pueden ser de mero impulso o interlocutorias, y al Juez los autos -también así clasificados- y las sentencias; y es frecuente que uno y otros funcionarios expidan providencias que involucran decisiones conjuntas pero como se ha dicho, esencialmente distintas, que no siempre cuentan con idénticas posibilidades de impugnación, pues algunas de ellas ni siquiera pueden ser objetadas por ser de mero cumplimiento.

Tal el caso en examen, en el que la sentencia, redactada conforme a los parámetros establecidos en el artículo 180 del C. de P.P., dictada para definir la acusación por conservación ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública y por enriquecimiento ilícito contra el mismo procesado y pasible del recurso de casación, que de conformidad con el artículo 218 del C. de P.P. procede solo contra las sentencias de segunda instancia contempladas en ese dispositivo, introduce reflexiones y disposiciones ajenas a su núcleo cen-

tral cuya naturaleza es la de autos de sustanciación, que por su naturaleza no pueden ser objeto del recurso de casación. Así lo reconoció la jurisprudencia de esta Sala, pudiendo consultarse al efecto el fallo del 30 de septiembre de la presente anualidad en que es ponente el Magistrado doctor Gálvez Argote.

La orden de no entregar los bienes en comiso pese a la absolución con que se favorece al procesado por el delito de enriquecimiento ilícito sino dejarlos a disposición de la Fiscalía para eventual investigación por violación a la Ley 30 de 1986 y por testaferrato, no es de lo intrínseco de esa sentencia, porque la razón de ser de esa determinación se halla en la orden de compulsa para posibles futuras investigaciones, dicho sea de paso, por ilícitos de oficiosa investigación.

Siendo manifiesta la improcedencia de la censura en comentario, se aparta la Corte del concepto de la Procuraduría. No prospera el cargo.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, en parcial desacuerdo con 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 (no hay firma).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/NARCOTRAFICO

Tratándose del hecho punible contemplado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de reunir a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (01) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 130 Proceso No. 14926

VISTOS

La Sala resuelve la nueva solicitud de libertad provisional, por tener los requisitos para "gozar de la Libertad Condicional" elevada por el señor Fredy Alberto Vergara Betancur, quien se encuentra detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se precisa al iniciar que por no encontrarse ejecutoriada materialmente la sentencia condenatoria, ha de entenderse la petición como de libertad provisional, referida a las previsiones del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

2. El señor Fredy Alberto Vergara Betancur, fue capturado el veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996). (folios 1 y 4 cdno. 1), y condenado por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, en sentencia del 25 de febrero de 1998, a purgar la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, como responsable de infringir la Ley 30 de 1986, en su artículo 33 inciso 1°, "porque se sorprendió conservando en su casa de habitación droga que produce dependencia, más concretamente cocaína base". (folio 258 cdno. 1). La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 13 de mayo de 1998. (folio 282 cdno. 1), y en contra de ella el

otro coautor, denominado Helios de Jesús Barrientos Porras, interpuso el recurso de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

3. Significa lo anterior que el señor Vergara Betancur, no recurrente, en la actualidad cumple treinta y dos (32) meses más seis (06) días en privación física de libertad, que hacen parte de la condena que está purgando en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

4. *Tratándose del hecho punible contemplado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de reunir a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.*

Como se dosificó la pena en cuarenta y ocho (48) meses de prisión, las dos terceras partes (2/3) equivalen a treinta y dos (32) meses.

5. Se trata ahora de verificar si el señor Fredy Alberto Vergara Betancur, alcanzó ya ese guarismo, o si convergen los requisitos indispensables para recobrar su libertad, siendo pertinentes algunas precisiones:

En auto del tres (03) de junio de 1999, (folio 64 cdno. Corte), indicó la Sala que por el trabajo en confección de artesanías realizado por el interno correspondía una redención de pena igual a ocho (08) meses más dieciocho (18) días.

Sumando la cifra de redención a la de privación física de la libertad se obtiene un total de treinta y ocho (38) meses más veinticuatro (24) días de pena descontada. Como se anticipó, las dos terceras partes de la condena equivalen a treinta y dos (32) meses, tiempo que es superado, de suerte que se rebasa el requisito objetivo y se torna imprescindible el pronunciamiento sobre el factor subjetivo previsto en la norma citada.

6. En autos de 3 de marzo y 3 de junio de 1999, la Sala de Casación Penal, negó al señor Vergara Betancur, idénticas peticiones de libertad, expresando que el análisis de los aspectos subjetivos, especialmente en tanto el procesado se involucró en el delito de narcotráfico, teniendo la capacidad de inclinarse por conductas lícitas diferentes, hacían aconsejable la verificación de los fines de la pena al cumplimiento total de la misma.

Dichos criterios, que ahora se reiteran, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que les dieron origen permanecen incólumes, son del siguiente tenor:

"Este ejercicio ofrece aspectos que se oponen a la aspiración del justiciable, toda vez que el delito que se le imputa y por el cual fue condenado a la postre en primera y segunda instancias, impide emitir un diagnóstico favorable.

La actividad que entraña el comercio de estupefacientes denota en sus agentes enorme insensibilidad, reflejada en la carencia de toda consideración y respeto por sus deberes familiares y sociales, factores indicativos de la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como garantía de rehabilitación. Las circunstancias modales en que el señor Fredy Alberto Vergara Betancur, participó en el delito ponen de manifiesto una personalidad ambiciosa y sin escrúpulo, pues la idea de dedicarse al comercio organizado de drogas que producen dependencia, con ánimo de lucro, fue superior al impacto que causa en la ciudadanía el grave daño que se propicia a toda la comunidad.

A lo anterior se suman las consecuencias nefastas que el narcotráfico genera en la juventud, que se consume en el vicio, deteriorando la integración de la familia como célula básica de la sociedad, comportamiento que por sí solo demanda todo el rigor de la función punitiva del Estado, como expresión de la prevención general, que haga posible que estas conductas delictuales no se multipliquen ante la ilusión de enriquecimientos fáciles.

De esta manera, el pronóstico que se emite acerca del factor subjetivo sobre el procesado no resulta favorable para su pretensión libertaria, pues sin dejar de reconocer el efecto de la detención que está padeciendo, en punto de los fines de la pena, este solo hecho no resulta suficiente para afirmar que ha logrado su resocialización, y por tanto, que deba retornar sin reparo alguno a la sociedad,

También cabe recordar que la constancia de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituye la labor valorativa del juez, pues aquella consiste exclusivamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social".

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

RESUELVE

NEGAR al procesado Fredy Alberto Vergara Betancur, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.323.663 de Yarumal (Antioquia), la libertad provisional solicitada.

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 O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla. (No hay firma).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IN DUBIO PRO REO

Cabe recordar que cuando se trata de demandar el in dubio pro reo existen dos alternativas para su reclamación: la primera, cuando el sentenciador admite su existencia pero en la parte resolutiva de la decisión condena, evento en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no lo reconoce, existiendo y, por lo tanto, condena o lo admite, inexistiendo y, en consecuencia, absuelve, en ambos casos, por haberse incurrido en errores de hecho o de derecho, evento en el cual la censura debe dirigirse bajo los lineamientos de la violación indirecta.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 14245

VISTOS

Resuelve la Corte la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado Fabio Arias García.

ANTECEDENTES

1. El juzgado de primera instancia sintetizó los hechos así:

"El 13 de julio del pasado año (1996), se celebró una fiesta en el salón comunal de la vereda El Volcán en el municipio de Vetas, reunión que se prolongó hasta la madrugada del 14. Siendo aproximadamente las cuatro de la madrugada (4:00 a.m.), se presentó una discusión entre Fabio Arias García y Wilson Rangel González en la cual hubo golpes de parte y parte, e intempestivamente Fabio Arias blandiendo una navaja, lesionó a Wilson Rangel, y algunos de los presentes observaron de inmediato que Wilson sangrando en la cara se cayó al piso y fue cuando se dieron cuenta que éste tenía una herida en el tórax, motivo por el cual varios de los asistentes se abalanzaron sobre Fabio Arias, quien lesionó levemente a Román Contreras, para después emprender la huida".

2. El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia del 17 de junio de 1997, condenó a Fabio Arias García a la pena principal de 26 años de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales.

3. Apelado el fallo por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de la misma ciudad, mediante sentencia del 18 de septiembre del mismo año, la confirmó en su integridad.

Contra esta sentencia el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación.

La Demanda de Casación

Al amparo de la causal primera de casación, el defensor del procesado formula un único cargo contra la sentencia del Tribunal, por "infracción indirecta, por error manifiesto de hecho, debido a la violación de las reglas de la sana crítica", lo que condujo a la falta de aplicación de los artículos 29 de la Constitución Política y 2°, 254, 294 y 445 del Código de Procedimiento Penal. También cita como quebrantado el artículo 323 del C. P. modificado por el 29 de la Ley 40 de 1993.

En la demostración del reproche asevera que los artículos 29 de la Carta Constitucional y 2° y 445 del Código Procesal Penal, contemplan el principio de la presunción de inocencia, que el juzgador de segunda instancia debió haber examinado, "pues los elementos probatorios recogidos durante la etapa instructiva, lo mismo que en la etapa del juicio no llegaron a demostrar fehacientemente la responsabilidad de Fabio Arias García".

Sin embargo, el Tribunal dio por demostrada tanto la autoría como la culpabilidad del acusado, según así lo demuestra con la transcripción de una porción del fallo.

Posteriormente se remite a analizar, desde su personal perspectiva, el dictamen de patología forense y los testimonios de Alba de Rodríguez, Gloria Liliana Salazar Sanabria, Román Contreras, Blanca Rojas de Rodríguez, Miguel Contreras, Arnoldo Arias Toloza, Edinson Contreras, Arceslo Gamboa Lizcano, Luis Manuel Moreno, Luis Mendoza Velázquez, Aurora Contreras y Pedro Nel Suárez Arciniegas, para finalizar diciendo que la sentencia "no concuerda con la prueba contenida en el expediente, toda vez que el juzgador de segundo grado violó las reglas de la sana crítica..."

A renglón seguido sostiene que si el fallador hubiese apreciado correctamente los medios de convicción, otras habrían sido las conclusiones de la sentencia, ya que necesariamente se hubiese reconocido la duda.

Finaliza solicitando a la Corte que tenga en cuenta los argumentos en procedencia expuestos.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Resulta evidente que el escrito con el cual se pretende obtener la ruptura del fallo, no reúne los requisitos que para su admisión estatuye el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Debe reiterarse que la casación no es una tercera instancia donde los sujetos procesales puedan hacer toda clase de cuestionamientos a una sentencia que, por ser la culminación de 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 errores de juicio o de procedimiento, cometidos por las instancias, al tenor de los motivos expresa y taxativamente señalados por la ley, demostrarlos y evidenciar su trascendencia en la parte dispositiva del fallo.

En el presente caso, si bien es cierto que el censor ataca la sentencia bajo los postulados de la violación indirecta de la ley sustancial, por presunto error de hecho, por haberse transgredido las reglas de la sana crítica, la labor demostrativa la centró en intentar sacar conclusiones probatorias diferentes a las del fallador, sin demostrar contrariedad abierta con los principios de la ciencia, la lógica o la experiencia.

Como lo ha sostenido la doctrina de la Sala, en esta clase de desatino se debe demostrar que al apreciar la prueba el sentenciador se dejó llevar por el capricho y la irracionalidad, "pues no se trata de darle pábulo a una puja por una supuesta mejor lógica o la más exquisita dialéctica en el análisis probatorio, sino de denunciar que éste no se hizo, o que lo dicho es aberrante en términos de elemental racionalidad, reglas de experiencia o de determinaciones consolidadas en materia científica" (Casación 10.949, mayo 6/98. M.P. Dr., Jorge Aníbal Gómez Gallego).

El error emerge de la ostensible contradicción entre la apreciación del sentenciador y los principios de la sana crítica y no de la simple disparidad entre sus conclusiones probatorias y las del censor, las que no configuran ningún vicio, prevaleciendo las de aquél, por venir la sentencia amparado por la doble presunción de acierto y legalidad.

Finalmente, *cabe recordar que cuando se trata de demandar el in dubio pro reo existen dos alternativas para su reclamación: la primera, cuando el sentenciador admite su existencia pero en la parte resolutiva de la decisión condena, evento en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no lo reconoce, existiendo y, por lo tanto, condena o lo admite, inexistiendo y, en consecuencia, absuelve, en ambos casos, por haberse incurrido en errores de hecho o de derecho, evento en el cual la censura debe dirigirse bajo los lineamientos de la violación indirecta.*

Por las anteriores razones, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la Sala rechazará el libelo.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fabio Arias García. En consecuencia, se declara desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto.

Contra esta decisión no procede ningún recurso (art. 197 del C. de P.P.). 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 Manrique Noguès, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION

El artículo 80 del Código Penal establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, tomando en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, sin exceder de 20 años ni ser inferior a cinco.

A su turno, el artículo 84 ejusdem determina que la prescripción de la acción penal se interrumpe por el equivalente del auto de proceder, debidamente ejecutoriado, empezando a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, sin bajar de cinco años.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 13641

ASUNTO

Se pronuncia la Corte en relación con la petición de casación de procedimiento por prescripción de la acción penal, presentada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

HECHOS Y ANTECEDENTE PROCESAL

1° Al parecer por animadversión preexistente entre ellos, en la primera hora de la mañana del 10 de junio de 1990, en las afueras de una casa ubicada en la calle 68 con carreras 16 y 17 del barrio Daniel Lemaitre de Cartagena, Hernando Saladen Hernández lesionó con proyectil de arma de fuego a Víctor Manuel Padilla González, causándole leve herida en "región frontal" (f. 38 cd. inicial).

2° El proceso fue iniciado por el Juzgado 14 de Instrucción Criminal radicado en aquella ciudad, que luego de vincular en indagatoria al inculpado, el 19 de junio de 1990 le dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, por tentativa de homicidio; el 5 de septiembre del mismo año aceptó el desistimiento que presentó el apoderado de la víctima y, por consiguiente, declaró extinguida la acción civil (fs. 98 y 99 ib.); por vencimiento de términos sin calificar la instrucción, el 22 de octubre le otorgó

al procesado libertad provisional, bajo caución equivalente a un salario mínimo mensual legal de entonces (fs. 110 y 111 ib.).

El Fiscal 6° de la Unidad Especializada de Vida de Cartagena, el 15 de junio de 1993 calificó la instrucción, profiriendo resolución de acusación contra Saladen Hernández por el delito de homicidio tentado, ordenando su captura, pliego de cargos que alcanzó ejecutoria el 30 de junio del mismo año, esto es, 3 días hábiles después de la última notificación (24 de junio de 1993), sin que hubiera sido recurrido.

3° En virtud de impedimento de la Juez 4ª Penal del Circuito de Cartagena, el asunto pasó al Juzgado 5° de la misma jurisdicción, que el 29 de agosto de 1995 condenó al acusado a la pena principal de 5 años de prisión por la tentativa de homicidio y declaró que "no tiene derecho a gozar del subrogado penal de condena de ejecución condicional. En consecuencia requiérase al C. T. I. a fin de que le dé cumplimiento a la captura ordenada dentro del proceso. De igual forma líbrese orden de captura en contra de Hernando Saladen Hernández al DAS y a la SIJIN" (f. 257 ib.), providencia contra la cual la defensora del incriminado interpuso apelación.

4° La impugnación fue resuelta por el Tribunal Superior de Cartagena el 25 de octubre de 1996, en el sentido de confirmar la sentencia recurrida (fs. 6 a 36 cd. segunda instancia).

5° La defensa interpuso el recurso extraordinario de casación y la correspondiente demanda fue declarada formalmente ajustada a las exigencias legales por auto de 15 de enero de 1998, proveído que igualmente dispuso correr traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal, a fin de que rinda el concepto correspondiente (f. 5 cd. Corte).

Mediante escrito de fecha 1° de junio del año en curso, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide a la Corte que declare la prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento, si se tiene en cuenta que en este caso el término derivado de lo dispuesto en los artículos 80 y 84 del Código Penal es de cinco años, siete meses y 15 días, el cual se cumplió "en febrero 30 de 1999" (sic, f. 9 cd. Corte).

Consideración de la Corte

El artículo 80 del Código Penal establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, tomando en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes, sin exceder de 20 años ni ser inferior a cinco.

A su turno, el artículo 84 ejusdem *determina que la prescripción de la acción penal se interrumpe por el equivalente del auto de proceder, debidamente ejecutoriado, empezando a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, sin bajar de cinco años.*

Aplicando las anteriores disposiciones al asunto tratado, se tiene que la pena máxima prevista para el delito de homicidio simple en el artículo 323 del

Decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos y más favorable al procesado, era de 15 años de prisión: con la disminución por tratarse de tentativa (art. 22) se reduce a un tiempo "no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado", lo cual significa que la pena no podía ser superior a 11 años y 3 meses. Pero como operó la interrupción del término prescriptivo por la ejecutoria de la resolución de acusación (30 de junio de 1993), dicho guarismo se reduce a la mitad (5 años, 7 meses y 15 días), lapso que se cumplió el 14 de febrero de 1999.

En estas condiciones, abatido por el tiempo el *ius puniendi* de que es titular el Estado, se impone declarar la cesación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del C. de P. P., por lo cual no puede proseguir el trámite restante de la impugnación extraordinaria ni algún otro desenvolvimiento de la extinguida acción penal.

Como obvia consecuencia de lo anterior, deberá el funcionario de primer grado devolver la caución prendaria que el procesado prestó al momento de obtener su libertad provisional (fs. 110 a 113 cd. 1), que se convierte en definitiva, y esta corporación ha de disponer la cancelación de las órdenes de captura libradas contra Hernando Saladen Hernández.

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

RESUELVE:

1° DECLARAR prescrita la acción penal en el proceso adelantado por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Cartagena contra Hernando Saladen Hernández, por el delito de tentativa de homicidio cometido contra Víctor Manuel Padilla González.

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

3° El Juzgado 5° Penal del Circuito de Cartagena dará cumplimiento a la devolución de la caución prendaria prestada por el procesado al ser otorgada su libertad provisional.

4° Comuníquese a las dependencias correspondientes la cancelación de las órdenes de captura que fueron libradas contra Hernando Saladen Hernández.

5° Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, *Fernando 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 Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSOS-Interés para recurrir

Para que procedan los recursos, tanto los ordinarios como el extraordinario, es menester que se cumplan dos requisitos, a saber: que se esté legitimado, esto es, que se trate de un sujeto procesal a quien la ley faculta para impugnar, y que se tenga interés, que se manifiesta en el agravio o perjuicio inferido con la decisión.

Y para que haya interés en el recurrente en casación es necesario, además, que haya apelado la sentencia de primera instancia, pues una actitud pasiva reflejaría que consiente el perjuicio, que está conforme con lo resuelto; o, en su defecto, que el fallo de segunda instancia haya desmejorado su situación en virtud de la apelación interpuesta por otro sujeto procesal, o que el superior haya examinado la providencia en razón del grado de competencia funcional de la consulta, pues mientras no se produzca la de segunda instancia, no puede saber el sentido definitivo del fallo, ya que el superior puede decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella, o que la casación verse sobre nulidades.

A veces la falta de interés aparece desde cuando se interpone el recurso, alternativa en la cual no debe concederse y si equivocadamente se procede a ello, deberá decretarse la nulidad del trámite ilegalmente adelantado. En otras ocasiones, la falta de interés sólo viene a concretarse al conocerse las pretensiones de la demanda de casación, evento en el cual deberá rechazarse in limine la misma y declararse desierto el recurso. Pero puede acontecer que el libelo se admita, caso en el cual, al decidir el recurso, se desestimará la demanda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 10498

Vistos

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Oscar Alberto Gallego contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, el 18 de agosto de 1994, en la que al confirmar

la del Juzgado 4° Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 11 de abril del mismo año, lo condenó como coautor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, a la pena principal de 45 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años.

En el mismo proveído se condenó a Fabio Alirio Castro Martínez y Carlos Julio Rubio Salazar a la pena principal de 50 años de prisión, como coautores de los mismos punibles.

Interpuesto oportunamente el recurso de casación por todos los procesados, el Tribunal lo declaró desierto con relación a Castro Martínez, por falta de presentación de la demanda, y con respecto a Rubio Salazar, por presentación extemporánea, y declaró ajustado a las formalidades legales el libelo aducido por el defensor de Oscar Alberto Gallego. Corrido traslado al Ministerio Público, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita no casar la sentencia.

Antecedentes

1. Hechos

Hacia las ocho de la mañana del 16 de abril de 1993, varios individuos, entre ellos Oscar Alberto Gallego, penetraron a la residencia ubicada en la carrera 1ª. Sur N° 11-21 de la ciudad de Ibagué, habitada por la señora Teodolinda Rodríguez de González, con el propósito de apoderarse de bienes de su propiedad, logrando sustraerle un televisor, una grabadora y otros utensilios del hogar, no sin antes propinar varias heridas en el cuello a la anciana mujer, con arma cortopunzante, las cuales determinaron su inmediato deceso.

2. Actuación procesal

Practicada la diligencia del levantamiento del cadáver, la Fiscalía Sexta Seccional de Ibagué, adscrita a la Unidad Primera de Vida, recibió indagatoria a Oscar Alberto Gallego, Carlos Julio Rubio Salazar y Fabio Castro Martínez, a quienes definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado y agravado, el 29 de abril de 1993.

El 27 de junio del mismo año, se declaró cerrada la investigación y se procedió a calificar el mérito del sumario con resolución de acusación en contra de los procesados, por los delitos en precedencia citados, el 30 de agosto de 1993, la que quedó ejecutoriada el 6 de septiembre siguiente.

La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Ibagué que, después de celebrada la diligencia de audiencia pública, dictó sentencia el 11 de abril de 1994, en la que condenó a los procesados en la forma ya reseñada. Apelada ésta por Fabio Alirio Castro, Carlos Julio Rubio y el defensor de éste último, el Tribunal Superior de la misma ciudad la confirmó en su integridad, el 18 de agosto de la citada anualidad.

El condenado Oscar Alberto Gallego, ahora recurrente en casación, también interpuso el recurso de apelación al momento de la notificación, pero no lo sustentó dentro del término legal, por lo que le fue declarado desierto.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El defensor del procesado Oscar Alberto Gallego invoca como cargo único "La causal primera a que se contrae el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dado que dicha sentencia se profirió con violación de las siguientes normas jurídicas sustanciales: artículo 2, 3, 4, 5, 21, 23, 26, 36, 323, 324, 349, 350 y 351 del Código Penal.".

Acepta como indiscutible la ocurrencia del hecho, pero recalca que no existe "prueba directa" de que el procesado haya tomado parte, como autor o partícipe. Estima, además, que si bien es cierto aparecen las versiones de Sergia Espitia de Muñoz, Reinaldo Cruz Escarpeta, Hernán Uribe y Hernando Reyes, ellas no hacen referencia a Gallego como autor o partícipe.

En cuanto a Reinaldo Cruz Escarpeta dice que "en algo así como un reconocimiento en rueda de personas" señaló a Gallego como una de "las personas que transportaban algunos objetos de un lugar a otro, durante la mañana de los hechos, pero en realidad de verdad, sin mayores precisiones de qué llevaba cada uno".

Agrega que en el proceso aparece la confesión del mencionado Castro Martínez, hecha ante la Fiscalía Sexta Delegada, en la que manifestó que él y nadie más había dado muerte a la señora Teodolinda Rodríguez y concreta que solamente fue ayudado por Arcesio Tique Molina y que la intención era únicamente el hurto y nada más.

Asegura que esa confesión no ha sido desvirtuada por prueba alguna y que no obstante que reúne los requisitos del artículo 296 del C. de P. P., no se le dió ningún valor "en cuanto manifiesta que el hecho punible de homicidio fue cometido solamente por él". No se tuvo en cuenta para nada "en el aspecto concreto de relevar al procesado Oscar Alberto Gallego de cualquier participación en los hechos".

Concluye aseverando que la prueba testimonial fue "apreciada inadecuadamente", como también lo fueron la confesión de Fabio Alirio Castro y el Informe de Captura de Gallego. Y en cuanto al testimonio de Cruz Escarpeta "se sobrevaloró, sin análisis alguno y sin crítica de ninguna especie, por lo cual no da motivos de credibilidad", todo lo cual llevó la vulneración de las normas sustanciales que se indican.

Por todo lo anterior solicita que se case la sentencia y se profiera la que deba reemplazarla.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de hacer algunas precisiones sobre el error de hecho en materia de casación, muestra el Procurador que el demandante se aleja diametralmente

de la realidad procesal ya que en su criterio las sentencias de instancia se basan en prueba contundente que no arroja duda alguna, como la versión de Reinaldo Cruz Escarpeta, quien señaló al procesado Oscar Alberto Gallego como uno de los individuos que para el momento de la ocurrencia de los hechos salía campantemente de la vivienda de la occisa con varios de los bienes muebles que a la postre se determinó habían sido objeto del hurto.

Descalifica la demanda presentada, por flagrantes fallas de orden técnico, especialmente la que refleja el pretender en sede de casación controvertir la valoración probatoria que el juzgador le dió a los elementos de convicción que soportan la decisión condenatoria, pretendiendo que sean sus particulares visiones las que deban prevalecer.

En consecuencia, conceptúa el Ministerio Público que se debe desestimar la demanda de casación y, por consiguiente, no casarse la sentencia.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Para que procedan los recursos, tanto los ordinarios como el extraordinario, es menester que se cumplan dos requisitos, a saber: que se esté legitimado, esto es, que se trate de un sujeto procesal a quien la ley faculta para impugnar, y que se tenga interés, que se manifiesta en el agravio o perjuicio inferido con la decisión.

Y para que haya interés en el recurrente en casación es necesario, además, que haya apelado la sentencia de primera instancia, pues una actitud pasiva reflejaría que consiente el perjuicio, que está conforme con lo resuelto; o, en su defecto, que el fallo de segunda instancia haya desmejorado su situación en virtud de la apelación interpuesta por otro sujeto procesal, o que el superior haya examinado la providencia en razón del grado de competencia funcional de la consulta, pues mientras no se produzca la de segunda instancia, no puede saber el sentido definitivo del fallo, ya que el superior puede decidir sin limitación sobre la providencia o la parte pertinente de ella, o que la casación verse sobre nulidades.

A veces la falta de interés aparece desde cuando se interpone el recurso, alternativa en la cual no debe concederse y si equivocadamente se procede a ello, deberá decretarse la nulidad del trámite ilegalmente adelantado. En otras ocasiones, la falta de interés sólo viene a concretarse al conocerse las pretensiones de la demanda de casación, evento en el cual deberá rechazarse in limine *la misma y declararse desierto el recurso. Pero puede acontecer que el libelo se admita, caso en el cual, al decidir el recurso, se desestimará la demanda.*

"... pues siendo que la decisión que correspondería es la del fallo para decidir sobre las pretensiones del casacionista y para ello tiene que haberse cumplido las exigencias sustantivas y procesales previstas por la ley como supuestos, la subsistencia del hecho generador del vicio lo impide, ya que como sucede en casos como el presente, la falta de interés para recurrir por parte del demandante para formular un ataque como el que ha presentado, continúa produciendo, material y jurídicamente, los mismos efectos negati-

vos atribuibles desde el momento en que se recurrió el fallo del Tribunal, no quedándole otra alternativa a la Corte que la de desestimar oficiosamente la demanda, pues la simple inadvertencia de la causa a la hora de concederse el recurso o de inadmitirse la demanda no hace que el vicio pierda eficacia, sino que lo que era causa de rechazo o inadmisión se convierta en causa de desestimación, ya que todo depende de la fase procesal en que se tome la decisión, pues el auto de admisión erróneamente proferido, no obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y determinar el vicio o la índole de la pretensión, dado que carece de fuerza vinculante no porque se estime ilegal, sino porque carece de efecto, y pensar en atribuirle capacidad saneadora al auto de admisibilidad equivaldría, como se ha dicho, a comprometer a la Corte en el nuevo error de asumir una competencia de que carece, la cual queda limitada exclusivamente a tomar esta decisión, dado que el objeto de fallo, como es la demanda, no puede proferirse ante su ineptitud". (Casación N° 10.391; 20 de abril de 1999, M. P. Dr. Carlos A. Gálvez Argote).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el procesado interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, pero fue declarado desierto por falta de sustentación. Esta sentencia no era consultable y arribó a la segunda instancia en virtud del recurso interpuesto por los otros procesados y no desmejoró la situación del no recurrente y, además, en la demanda de casación no se plantea ninguna nulidad, de lo que se colige que el impugnante en casación carecía de interés para recurrir, motivo por el cual se 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:

Desestimar la demanda.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Calleja, 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.

ESTADO DE INFERIORIDAD/ SANA CRITICA/ FLAGRANCIA

Como lo ha afirmado la Corte al referirse al estado de inferioridad de la víctima, "en tal hipótesis, el agente despliega comportamiento insidioso, asechante, alevoso, utiliza el mecanismo avieso y solapado del veneno o emplea cualquier otro artificio que coloque al sujeto pasivo en condiciones desventajosas para intentar con fortuna reacción lempestiva a la letal agresión. -Y para la indefensión- el actor no necesita utilizar ninguno de aquellos subterfugios para lograr su propósito homicida, porque el destinatario de la acción se encuentra ya en situación personal desventajosa -enfermo, dormido, minusválido, drogado- inferioridad ésta que aprovecha para consumar sin riesgo y con mayor seguridad el homicidio." (Sentencia de junio 12 de 1961. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).

El Juez no tiene la obligación de respetar una determinada tarifa legal, como que debe someterse a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, sino porque es deber del casacionista demostrar no el valor que la ley le asigna o niega a cada prueba, sino cómo el sentenciador desconoció las reglas que rigen la sana crítica en la labor intelectiva de sopesar razonablemente el grado de credibilidad, que conforme a tales parámetros merece cada medio de convicción.

Una cosa es que el agente sea visto e identificado o individualizado al momento de cometer el ilícito, lo cual constituye la flagrancia como tal, y otra que además de eso se produzca la captura en esas circunstancias, pues no siempre sucede, la experiencia ha demostrado, que a pesar de la situación de flagrancia se produzca la consiguiente captura.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve. (1999).

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

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 10788

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de John Jairo Flórez Palacio contra la sentencia del 9 de marzo de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó la proferida en primera instancia por el juzgado 32 Penal del Circuito de la misma

ciudad, en la que se condenó al procesado a la pena principal de 40 años y 4 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años como autor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de arma para la defensa personal, imponiéndole, igualmente, el pago de 500 gramos oro como indemnización por los perjuicios materiales y 200 por los morales ocasionados con el delito contra la vida.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Estos tuvieron ocurrencia en la ciudad de Medellín, el día viernes 25 de marzo de 1994, cuando al encontrarse el señor Darío de Jesús Zapata ingiriendo licor en un kiosco ubicado en la Terminal de Buses de Transportes de esa capital, calle 108 con carrera 82, fue atacado sorpresivamente por un individuo, quien sin darle oportunidad de defensa, le disparó e impactó en tres oportunidades con un revólver calibre 38, ocasionándole serias heridas y destrozos internos a la altura del pómulo izquierdo, que le causaron la muerte.

Como quiera que en el sitio de los hechos se obtuvo información sobre el autor del homicidio, se logró la captura de John Jairo Flórez Palacio por parte del Sargento Viceprimero del Batallón de Policía Militar del Barrio París, Miguel Humberto Cepeda Vargas, a quien uno de los testigos presenciales le suministró las características de la persona que había disparado.

Con base en este informe, en la declaración de los agentes que participaron en la aprehensión y en el reconocimiento que en fila de personas hiciera del implicado el testigo Rubén Darío Ospina Urrego, la Fiscalía 151 de la Unidad de Reacción Inmediata de El Bosque de la ciudad de Medellín inició la correspondiente investigación, vinculando mediante indagatoria al capturado, siéndole resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como sindicado del delito de homicidio agravado por haberse cometido por motivo fútil y aprovechando la indefensión de la víctima, en concurso con el de porte ilegal de arma para la defensa personal, decisión ésta que tomó la Fiscalía No. 16 de la Unidad Segunda de Vida por ser a la que posteriormente le fue asignada la instrucción del proceso.

Recepcionada diversa prueba testimonial, así como obtenido el resultado del examen biológico practicado a las manchas de sangre que se encontraron en los zapatos que calzaba el procesado la noche de su captura, el 16 de junio de 1994 se declaró cerrada la investigación, habiéndose calificado el mérito probatorio del sumario el 21 de julio mediante resolución acusatoria en contra de John Jairo Flórez Palacio por los punibles que le fueron imputados cuando se le resolvió su situación jurídica, la cual al ser apelada por su defensor fue confirmada el 7 de septiembre del mismo año por la Fiscalía Séptima Delegada ante los Tribunales de Medellín y Antioquia.

Adelantado el juicio, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por las partes, incluyendo un examen psiquiátrico al procesado, en el que se concluyó, que si bien pudo presentar signos de embriaguez aguda la noche de los hechos, no estuvo en incapacidad de comprender y autodeterminarse en

su actuar, esto es, que no padeció transtorno mental alguno. Culminada la audiencia pública el 14 de diciembre de 1994, el Juzgado 32 Penal del Circuito profirió sentencia condenatoria por los delitos objeto de la acusación, pero desestimando la agravante del numeral 4° del artículo 324 del C.P., la cual recibió confirmación del Tribunal al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor de Flórez Palacio.

LA DEMANDA

Primer cargo

Con amparo en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, acusa el demandante el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín por ser violatorio indirecto de la ley al haber incurrido en errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia en la valoración probatoria, que lo condujeron a dejar de aplicar los artículos 2, 247 y 445 del C.P.P. y por ende, a aplicar indebidamente los artículos 23, 323 324.7 del C.P.

Bajo este supuesto del ataque, procede a discriminar las pruebas que, en su criterio, el fallador "no debió apreciar para condenar", tales como el testimonio de Rubén Darío Ospina Urrego, la entrega del supuesto revólver por el procesado a una mujer, la llamada telefónica informando sobre el autor del homicidio, la confesión extrajuicio del delito, las manchas de sangre en los zapatos del procesado, las amenazas a los testigos, el indicio de oportunidad, el móvil del punible y la situación de flagrancia.

Dice, entonces, que el *ad quem* incurrió en error de hecho por falso juicio de identidad en la valoración del testimonio de Rubén Darío Urrego, "al darle un alcance incriminatorio del cual adolece", lo cual pasa a demostrar con la transcripción de algunas de sus respuestas en las que este declarante refiere que tenía conocimiento, por comentarios que se hacían en el barrio, que John Jairo era un asesino y que probablemente también participó en la muerte de su hermano ocurrida el 25 de enero de 1993, es decir, que declaró en contra del procesado por un ánimo vindicativo, lo que hace cuestionable la credibilidad que pueda merecer su testimonio, más aún, si se tiene en cuenta su condición de homosexual, por cuanto esta clase de individuos "manejan una doble moral en consonancia con una doble personalidad, pues sabiéndose varones, reniegan de su condición biológica, entran en conflicto con la moral social, y adoptan papeles del sexo opuesto", como se demuestra con la "insólita" la actitud que adoptó cuando para que se produjera la captura de Flórez Palacio llegó al extremo de solicitarle al Oficial de turno de la Base Militar que le prestara ropa para camuflarse, quedándose vigilando para comprobar que la captura se materializara, lo que no resulta normal en un testigo desinteresado, "ingenuo y desprevenido", como lo califica la sentencia para fortificar su credibilidad.

Además, agrega, a parte de que estos aspectos de la personalidad de un testigo deben tenerse en cuenta a la hora de valorar su versión, aquí el fallador "al analizar el estado de sanidad de este deponente", desconoció, que como él mismo lo afirmó, estaba "prendido" para cuando sucedieron los hechos, por-

que estaba tomando aguardiente más o menos desde las 7 de la noche, como lo corrobora la declarante María Sol Angel Grisales con quien se encontraba, cuando al interrogársele sobre este punto respondió, que cuando aquél salió de su casa "estaba borracho", estado que se evidencia con las contradicciones en que incurre al afirmar, en la primera oportunidad, que al lado del occiso se encontraban dos personas más, no obstante, cuando amplió su declaración manifiesta que eran tres, modificando también la hora en que ocurrieron los hechos, pues primero dijo que se desarrollaron entre 11 y 12 de la noche, y luego, que entre las 12 y 2 de la madrugada, llegando hasta señalar como cómplices a los acompañantes de la víctima.

En estas condiciones, colige, es claro que este declarante no puede tenerse como testigo presencial, pues lo cierto es que, si bien se encontraba en el entorno, se hallaba era en la cocina de la casa de Sol Angel Grisales, percatándose de lo sucedido únicamente luego de oír los disparos, momento en que salió y alcanzó a percibir la presencia del procesado; por eso su relato lo hace "imaginando la dinámica de los hechos por simple deducción", siendo esta la razón por la que mientras afirma que el homicida le disparó de frente a su víctima, ésta en realidad presentó las lesiones en la parte occipital, lo que explica que la versión suministrada ante el Batallón Militar no sea tan detallada como la que relató al Fiscal.

En cuanto a lo que denomina "la entrega del supuesto revólver a una mujer", afirma el casacionista, que la sentencia distorsiona el testimonio del Sargento Cepeda Vargas, "derivando de allí no solo la existencia de un arma, sino el arma homicida", cuando lo que en realidad manifestó fue que vio al individuo entregarle un objeto a una dama pero no sabe qué, pues inicialmente el procesado le dijo que le había entregado el arma a su esposa, no obstante que momentos después afirmó no tener arma, esto es, "extremó la interpretación de las cosas", incurriendo en "típico error de existencia, por falso juicio de identidad".

Respecto a la llamada telefónica, censura la sentencia, por cuanto en ella al referir el Tribunal que el Sargento manifestó en su declaración que por este medio le informaron de los hechos, suministrándole no solo la descripción del homicida sino también su nombre, lo hace como si este dato se hubiese obtenido por persona distinta a Rubén Darío Ospina Urrego, desconociendo que lo que realmente dijo este testigo fue que la persona que llamó "en un comienzo no dio el nombre del homicida, solo lo describió por sus vestimentas; luego que se presentó personalmente tampoco dio el nombre del homicida", lo cual significa, que se estaba refiriendo a Rubén Darío Ospina y no a una tercera persona, anónima.

Igual sucede, continúa, con la supuesta confesión extrajuicio que deduce el sentenciador de este mismo declarante, desconociendo que si bien el Sargento Cepeda afirmó que Flórez Palacio le manifestó al momento de su captura que "yo lo maté porque quise, cuánto vale y se lo pago", a renglón seguido aclara que posteriormente el capturado negó cualquier participación en dicho homicidio y que éste iba "con tragos", no pudiéndose deducir de tales

contradicciones confesión alguna, porque lo único que demuestran es el estado de embriaguez del procesado.

Respecto del examen biológico forense realizado a las manchas de sangre que presentaban los zapatos del procesado y que tomó el Tribunal como un indicio grave de responsabilidad, estima el libelista que se distorsionó la inferencia, por cuanto si bien en la pericia se concluyó que trataba de sangre humana tipo "o", lo único que puede deducirse de allí, como el propio incriminado lo manifestó en su indagatoria, es su presencia en el lugar de los hechos, pero no como equivocadamente se hace en la sentencia que haya sido él quien disparó a la víctima o que esa sangre correspondiera a ella, si se tiene en cuenta que al final de dicho experticio se aclara que no se cuenta con un procedimiento científico confiable que permita establecer el RH en manchas, lo cual en estricto sentido, tampoco posibilitaba al Tribunal a afirmar que el tipo de sangre en cuestión era "o positivo".

Tampoco es cierto, como lo dice la sentencia, que el procesado hubiese manifestado solamente que las manchas de sangre eran de cerdo, puesto que en la indagatoria afirmó que bien pudo ser sangre del occiso por haberse estado presente en lugar de los hechos después de que sucedieron, o podían ser de cerdo porque en la tarde había concurrido a la casa de un señor "que se dedica a esta actividad".

Además, el dictamen no precisó si las manchas eran ante o *post mortem*, o cuál su antigüedad, lo cual serviría para determinar si estuvo en el teatro de los hechos antes o después de que sucedieran.

En lo que se refiere a las amenazas a los testigos, reproduce el actor el aparte pertinente de la sentencia, afirmando que en lo que se refiere a Rubén Darío Ospina, no existe en el proceso prueba de que hubiese tenido que abandonar su sitio de trabajo por esta razón, calificando estas denuncias como fruto de su personalidad enfermiza y en lo que respecta a los otros deponentes que en forma general relaciona el *ad quem*, precisa que, María Concepción Zapata Osorio, Luz Stella Villegas, José Alonso Zapata Gallo y Sol Angel Grisales Cardona, "dijeron que nunca han existido".

Para cuestionar las inferencias lógicas sobre el indicio de oportunidad, resalta el demandante que la presencia del procesado cerca al lugar de los hechos tiene una justa explicación, esto es, que como lo dice el informe de captura, la declaración de Martha Liliana Aguirre -compañera de Flórez Palacio y él mismo en la diligencia de indagatoria, aparte de que vive por el sector, se desempeñaba como conductor de un colectivo "cuya terminal es el cuadradero donde está ubicado el kiosco de gaseosas, y lo ordinario es que en esos sitios se reúnan los respectivos conductores".

Critica también el supuesto móvil del homicidio, que, dice, el Tribunal entendió probado con base en una afirmación insular que hiciera el testigo Rubén Darío Ospina en el sentido de que fue por un problema de mujeres, pues es la única persona que lo sugirió, no obstante reconocer que no se sabe

en realidad cuál fue la razón para que le dieran muerte a Darío de Jesús Zapata.

Incurrió también el fallo *ad quem*, afirma, en un error de hecho por falso juicio de existencia al valorar como pruebas autónomas e independientes el testimonio de Rubén Darío Urrego y la situación de flagrancia en que éste afirma haber visto a John Jairo Flórez cometer el ilícito, pues en realidad se trata de un solo medio de convicción de carácter testimonial.

Como pruebas no apreciadas y que demuestran la inocencia del inculpado, cita el demandante las declaraciones de María Concepción Zapata, Alonso Zapata Gallego, Luz Stella Villegas Alvarez, María Sol Grisales Cardona y la indagatoria y su posterior ampliación, rendidas por John Jairo Flórez Palacio, con lo cual, agrega, incurrió el fallador en error de hecho por falso juicio de identidad, "al negarles a sus dichos el alcance probatorio que conllevan".

Afirma, entonces, que la testigo Sol Angel Grisales manifestó bajo juramento que se encontraban en su casa celebrando el cumpleaños de su esposo en compañía de Rubén Darío Ospina, quien se encontraba "borracho, pero no estaba que se caía", por eso, cuando escucharon los disparos dicho testigo se encontraba en la cocina "parado junto al lavadero" y sin embargo, el Tribunal no le dio el alcance que tiene porque supuso que esta deponente había sido amenazada.

Igual, dice, sucede con las versiones de María Concepción Zapata, José Alonso Zapata y Luz Villegas Alvarez, respecto de quienes supuso la sentencia que se dejaron doblegar por las amenazas pretendiendo entorpecer la investigación al afirmar que la persona que disparó fue un extraño que tenía "una cortada en el rostro", no obstante tratarse de personas que "tenían una posición privilegiada para ser testigos directos de los hechos. María Concepción Zapata Osorio, es la propietaria del Kiosco de gaseosas; José Alonso Zapata G. y Luz Stella Villegas A., formaban la pareja que departía en las afueras del mismo establecimiento.".

Así, y reiterando estas censuras, que dice lo hace para demostrar su incidencia en el fallo impugnado, colige que al haberse tenido como testigo principal a alguien que no solo no presenció los hechos, sino que acusa al procesado motivado por su enemistad con él, se impone su casación y consecuencialmente, proferir el consiguiente fallo absolutorio de reemplazo, pues es evidente que se quebrantaron como normas medio los artículos 254, 273, 294 y 303 del C.P.P.

Segundo cargo:

De manera subsidiaria, propone el demandante esta censura con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, acusando la sentencia de segunda instancia de violar indirectamente y por error de hecho por falso juicio de identidad los artículos 23, 323, 324.7 del C.P. por aplicación indebida y 247 y 445 del C.P.P. por falta de aplicación.

No obstante, afirma de inmediato, que se dejó de apreciar el testimonio de María Concepción Zapata Osorio, propietaria del kiosco de gaseosas, ubicado cerca del sitio donde ocurrieron los hechos y quien sobre los mismos manifestó que en un taxi llegó un sujeto que se bajó y le pidió un aguardiente, pero cuando se volteó a lavar unas ropas escuchó los disparos, ante lo cual regresó de inmediato a su posición inicial observando a la víctima ya en el piso, procediendo a describir al agresor como una persona de aproximadamente 25 años de edad, más o menos alto, gordo, blanco y con una cicatriz en el lado izquierdo del rostro, precisando que John Jairo Flórez llegó a ese mismo lugar después de cometido el homicidio. Sin embargo, "la sentencia alega" que fue amenazada y que era la única interesada en que el cuerpo de la víctima no fuera encontrado en su establecimiento, " y por lo tanto, es muy probable que el arrastramiento y lavado de la sangre de la víctima, haya partido de su parte".

De Luz Stella Villegas, quien declaró en términos similares, hace el actor idéntica apreciación, pasando a referirse a la testigo Sol Angel Grisales, en términos sustancialmente idénticos a los expuestos en el cargo anterior.

Concluye; entonces, que debido a dichos errores, descartó el sentenciador la hipótesis de que el homicidio pudo cometerse por una persona diferente a John Jairo Flórez o que por lo menos existe la duda razonable sobre su responsabilidad, solicitando en consecuencia se case el fallo recurrido y se dicte uno de reemplazo.

Tercer cargo:

En relación con el delito de porte ilegal de armas y de la circunstancia de agravación del homicidio a que se contrae el artículo 324.7 del C.P., también como subsidiario y por motivo de nulidad, formula el demandante este reproche aduciendo falta de motivación y confusión en la sentencia sobre tales imputaciones.

En la demostración del cargo, manifiesta que nada dijo el fallo sobre la clase de arma con la que se causó el homicidio, cuántos disparos de la misma recibió la víctima, "si fueron hechos por delante o por detrás, cuál primero, cuál después, si fueron hechos antes de morir o después, etc., no se sabe dónde está el arma, etc., la sentencia solo se ocupó parcialmente de referirse al cargo de homicidio dejando sin motivación este delito".

En cuanto a la agravante específica del homicidio, afirma que la sentencia tiende a confundir con otro no imputado en la acusación -estado de indefensión de la víctima-, existiendo no solo confusión, sino falta de sustentación sobre ella.

Cita como violados, los artículos 29 del C.P. y 180 y 304.2.3 del C.P.P. e impetra, por lo expuesto, se anule la condena en lo que se refiere al delito de porte ilegal de arma para defensa personal y a la agravante específica del homicidio.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

Causal Tercera

Previa aclaración en el sentido de que por la naturaleza y alcance de este reproche, que corresponde al tercer cargo formulado por el demandante, se impone estudiarlo en primer término, solicita el Delegado su desestimación, por cuanto, en lo que se refiere a la ausencia de motivación respecto de la condena por el delito de porte ilegal de arma para la defensa personal, se trata de "un atrevimiento" la propuesta del demandante, no solo por la brevedad de su argumento, sino porque dicho delito fue precisamente el presupuesto fundamental para la comisión del punible contra la vida, y aunque no fue explícita ni amplia la sentencia en consideraciones sobre este tema, explica, si lo refiere de manera integral al tratar lo relacionado con el poder de los proyectiles y a la forma en que se usó el arma, como a las consecuencias sufridas por la víctima, como se encuentra suficientemente demostrado con el acta de necropsia.

En lo que concierne a la circunstancia específica de agravación punitiva del delito de homicidio, para el Ministerio Público deviene "advertible la falta de razón del casacionista", ya que inferioridad e indefensión "son conceptos involucrados por el uso corriente, el uno en el otro, lo que con frecuencia se encuentra en la Jurisprudencia y en la Doctrina", como dice constatarlo con citas de antigua jurisprudencia de esta Sala, que en efecto relaciona, al igual que lo hace con doctrina del Profesor Gutiérrez Anzola, para colegir, que "lo mismo" se presenta en el presente caso, "donde la víctima, además de anciano estaba dormido y totalmente distraído".

Concluye, así, que "pretender que el inferior -esto es, el que se encuentra en estado de inferioridad-, está en capacidad de defenderse, o que el indefenso e inerme -el que se encuentra en estado de indefensión-, no está en inferioridad, son malabarismos colmados de audacia conceptual".

Causal Primera

También respecto de este reproche solicita el Delegado su improsperidad, porque, no obstante anunciar el censor una clase de yerro -error de hecho por falso juicio de identidad- demuestra otro, -error de derecho por falso juicio de convicción-, pues es claro que la pretensión del actor apunta a atacar el valor de cada una de las pruebas "enjuiciando al fallador por haberles dado crédito", con lo cual desatiende la naturaleza del cargo para proponer un nuevo debate probatorio que no corresponde a la Corte en esta sede.

Citando, acto seguido, jurisprudencia de esta Sala en la que sustenta su técnico cuestionamiento, lo extiende el Delegado a "las glosas del casacionista en torno a la prueba indiciaria", pues, al igual que sucede con la testimonial y pericial, tampoco está sujeta a tarifa legal alguna.

No obstante lo anterior, precisa que aunque para el recurrente resulta aventurada la incriminación que contra el procesado hizo el testigo Ospina

Urrego, de quien afirma el demandante que no vio ni oyó lo que manifestó bajo juramento porque María Sol Grisales dijo que éste se encontraba en la parte interior de su casa cuando se escucharon los disparos, no tiene en cuenta la versión de Beatriz Zapata Sáenz en la que sostuvo que en el entierro de su padre la declarante mencionada le comentó que sabía sobre los hechos y que Rubén Darío había visto cómo ocurrieron, a pesar de que "se determinó a mentir cuando más tarde llamada ante el avance de la investigación se llenó de miedo y quiso inclusive desfigurar, lo que en tributo a la verdad había contado...".

Sin embargo, destaca que para entonces Ospina Urrego ya había declarado cuanto percibió, pudiéndose deducir que hubo otras personas que también presenciaron los hechos pero prefirieron guardar silencio "por el miedo al ya conocido antisocial", por esa razón, dice, no en vano este testigo afirmó que el esposo de Sol le dio una bofetada cuando se enteró que había mencionado el nombre de aquella en su declaración; de ahí que ni tampoco iba a mencionar que una "niña" salió cojeando al momento de los disparos, "apreciación en que lo acompaña quien estaba con ella ingiriendo licor, José Alonso Zapata".

Por eso y las amenazas de parte de los amigos del procesado, fue que Ospina Urrego debió abandonar su residencia y sitio de trabajo; de ahí que no se trate de suposiciones del fallador, "sino la palpitante realidad de aquellas barriadas de Medellín, donde el imperio del hampa alcanza lo que se propone, mediante la intimidación, salvo cuando se encuentran personas como este testigo, cuyo valor tiene que soportar improperios hasta de quienes dicen colaborar con la justicia".

Destaca también que la versión de dicho testigo coincide con las heridas producidas con proyectil de arma de fuego en la cabeza del occiso y la forma como vestía el homicida, aspectos que corroboran los demás testigos que pese a conocer al agresor no quisieron decir quién fue, razón por la cual se ordenó la expedición de copias en su contra.

En lo que concierne a las críticas sobre el comportamiento de este deponente cuando acudió a la Unidad Militar para dar la noticia del delito, afirma el Delegado, no expone el demandante argumentos serios, pues no se trataba simplemente de una actitud sospechosa de aquél, sino de evitar que el autor escapara a la acción de la justicia.

En cuanto al indicio de las huellas de sangre humana halladas en los zapatos de Flórez Palacio, es una apreciación que el Ministerio Público califica de "aventurada y totalmente alejada de las propias versiones del acusado", quien solo después de obtenerse el resultado biológico manifestó que "podía ser por haber pasado por donde estaba el muerto".

Tampoco considera que carezca de "fuerza indiciaria" el comentario de Ospina Urrego sobre los rumores acerca de que Flórez Palacio fuese el autor del atentado y posterior muerte de un hermano de aquél, no solo porque no es la única prueba en su contra, sino porque la objetividad de esta declaración

"robustece la convicción de la capacidad para delinquir de quien ha sido aquí acusado...".

Al referirse a los comentarios que para el defensor merece la confesión extrajudicial que hiciera el procesado ante los militares que efectuaron su captura, para el Delegado es "... si no ridículo, sí desconcertante" el argumento de que Flórez Palacio cometió el homicidio "...por pura jocosidad...", ya que ante la repentina captura de un sujeto "que internamente sabe por qué lo procuran, pero cuyo deseo es que no se conozca su acción", es inconcebible tal explicación, máxime si la embriaguez que presentaba era aguda, esto es, le permitía "actuar con perfecta deliberación".

La misma glosa, dice, es pertinente frente a los comentarios del censor respecto del revólver que también confesó el incriminado haber entregado con anterioridad a su mujer, "...en parte observada por los captores aunque sin determinar el objeto entregado", ni tiene valor, por ende, su inmediata retractación bajo el pretexto de que "su protegido estaba entregado a la jocosidad insoportable de jugar con su libertad, tras de hacerlo con la vida de los demás...".

Igualmente, no estima seria la crítica del censor en cuanto a la flagrancia y declaración que sobre esta situación rindió Ospina Urrego, porque, lo primero, hace referencia a la evidencia procesal, a lo fáctico y lo segundo, la prueba testimonial, dio razón de otras circunstancias y modalidades del hecho punible.

En general, concluye, que los sentenciadores analizaron todas las pruebas otorgándoles el valor que merecían, por eso rechazó las que no le ofrecieron credibilidad y dispuso la expedición de copias, reitera, a los testigos que faltaron a la verdad.

Solicita, en consecuencia, desestimar la demanda y no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

Causal Tercera

Unico Cargo

Por descontado, como igualmente lo hace el representante del Ministerio Público en su concepto, que por impetrarse en este cargo la nulidad del fallo, así sea parcial, su estudio debe preceder a los formulados por la vía de la causal primera, no obstante presentarlo el demandante en tercer lugar y con el carácter de subsidiario, como que ante su eventual prosperidad, si bien sólo afectaría el fallo del Tribunal, es evidente que se alteraría el objeto de los precedentes ataques, pues en ellos incluye además de lo relacionado con la autoría del homicidio, lo concerniente a la agravante prevista en el artículo 324. 7 del C.P., que junto con el delito de porte ilegal de armas cuestiona en la censura por invalidez, así se procederá en cumplimiento del principio de prio-

ridad que respecto al orden en que deben estudiarse los cargos, gobierna este recurso.

Dos son, entonces, las irregularidades que denuncia el defensor del procesado para reclamar la nulidad de la sentencia: la primera, por falta de motivación respecto del delito de porte ilegal de armas para la defensa personal y la segunda, porque, en su criterio, el Tribunal confundió el estado de inferioridad con la indefensión de la víctima, optando por ésta última circunstancia, cuando la imputada en la acusación fue la primera.

Bajo estos supuestos y como de entrada se observa, respecto a ninguna de las dos censuras le asiste razón al demandante, pues en punto de la primera, que además se queda en la simple y confusa presentación, como que la motivación que reclama no se centra en la falta de demostración del delito imputado a su defendido, sino al hecho de no haberse precisado el número de disparos homicidas, la posibilidad de que hayan existido en el momento de los hechos otras armas, qué tipo de munición se utilizó, "si los disparos fueron hechos antes de morir o después", qué clase de arma era y "dónde se encuentra actualmente", es lo cierto que falta a la verdad de los fallos, en la medida en que no es cierto que el Tribunal, como tampoco le es predicable al *a quo*, haya guardado silencio sobre la existencia del arma homicida. Por el contrario, el *ad quem*, no obstante que no estaba en la obligación legal de estudiar el tema, precisamente por la limitación que le imponía el artículo 217 del C. de P. P., de conformidad con el cual "la apelación únicamente le permite al superior revisar los aspectos impugnados" y el delito del porte ilegal de armas no fue objeto de la alegación sustentatoria del recurso que interpuso el defensor contra el fallo de primer grado, que es el mismo que ahora impugna en casación, pues las razones expuestas para solicitar la revocatoria de la sentencia estaban en un todo dirigidas a desvirtuar la veracidad del testimonio incriminatorio de Rubén Darío Ospina Urrego en cuanto fue John Jairo Flórez Palacio la persona que cometió el delito de homicidio, es lo cierto que, como también lo precisa el Delegado, el Tribunal no dejó pasar por alto la motivación de la sentencia respecto a la demostración del arma utilizada como medio para la consumación del homicidio.

Así, fue enfático en afirmar que cuando sucedieron los hechos "el procesado portaba arma de fuego (revólver), calibre 38 y le disparó por tres ocasiones" a Darío de Jesús Zapata, como consta a folio 327 y más adelante, al folio siguiente, al referirse a los hechos punibles objeto de la acusación, expuso: "En cuanto a la violación del Dcto. 2266, art. 1°., se sabe que el homicidio se agotó, como ya se dijo, con arma de fuego (revólver)". Pero además, la Juez del Circuito en su sentencia, confirmada por el Tribunal, al afirmar la tipicidad del delito contra la seguridad y tranquilidad ciudadana, precisó que: "a falta de incautación del arma de fuego portada y para la cual no se tenía autorización legal, de sus características e idoneidad da buena cuenta el resultado muerte con ella causado y que el Médico Legal certificó producida "por proyectiles de arma de fuego"" (fl.302), amén de que el propio procesado reconoció extraprocesalmente ante las autoridades que le propinaron captura, "que el

arma de fuego utilizada "se la acabo de entregar a mi señora"" (fl.312), como igualmente lo resaltó el *a quo*.

Ahora, en lo que se refiere a la circunstancia agravatoria del homicidio, aún aceptando en gracia de discusión, que sea cierto que el Tribunal se refiere indistintamente a la indefensión y a la inferioridad de la víctima como si se tratase de palabras sinónimas, y lo que es más importante, de fenómenos jurídicos iguales, ello no quiere decir que se haya condenado al procesado impulándosele un agravante diverso a aquél atribuido en la acusación, pues aún a pesar de esa aparente sinonimia, que corresponde más a un empleo antitécnico del lenguaje que a una confusión conceptual, ello no implica la ruptura del fallo por ese hecho, ya que la motivación a la agravante se ajusta al alcance que la jurisprudencia le ha dado a la indefensión, al sostener el Tribunal que, "El estado de indefensión o inferioridad de la víctima, desde este punto de vista constituye alevosía, porque no es necesario que el reo coloque a la víctima en esa situación mediante actos previamente preparados por él, sino que es suficiente para que surja esta agravante que el ofendido carezca de los medios o elementos que le sirvan para repeler el ataque, estando así el victimario en condiciones de superioridad en relación con el atacado. El occiso Darío de Jesús Zapata, agrega, estaba totalmente desprevenido en la cantina de María Concepción, no portaba armas de ninguna naturaleza y por ende se encontraba en inferioridad frente a su atacante, pues no podía repeler el ataque de quien actuaba armado de revólver y tenía ventaja de su parte" (fl. 348).

Y, precisamente, *como lo ha afirmado la Corte al referirse al estado de inferioridad de la víctima, "en tal hipótesis, el agente despliega comportamiento insidioso, asechante, alevoso, utiliza el mecanismo avieso y solapado del veneno o emplea cualquier otro artificio que coloque al sujeto pasivo en condiciones desventajosas para intentar con fortuna reacción tempestiva a la letal agresión. -Y para la indefensión- el actor no necesita utilizar ninguno de aquellos subterfugios para lograr su propósito homicida, porque el destinatario de la acción se encuentra ya en situación personal desventajosa -enfermo, dormido, minusválido, drogado- inferioridad ésta que aprovecha para consumar sin riesgo y con mayor seguridad el homicidio" (Sentencia de junio 12 de 1981, M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).*

Así, no hay duda que la " motivación anfibológica o la posible incongruencia entre la acusación y la sentencia" que aduce el demandante carece de razón, puesto que, además de concurrir en el fallo impugnado la suficiente motivación sobre la agravante objeto de la condena, como quedó expuesto, tanto la indefensión como la inferioridad son circunstancias específicas de agravación del homicidio contenidas dentro del numeral 7° del artículo 324 del C.P., por lo que el lapsus del sentenciador no logra agraviar los derechos o garantías del procesado, aspecto, que por cierto, no es demostrado por el censor, pues se limita simplemente a exponer la situación que considera irregular.

El cargo no prospera.

Causal Primera

Primer cargo

Como con acierto lo afirma el Delegado, esta censura presenta serios defectos técnicos que resultan suficientes para desecharla, como que invocando el censor un error de hecho por falso juicio de identidad, demuestra uno de derecho por falso juicio de convicción, dejando en evidencia su interés por que a toda costa se crea no solo la versión del procesado, sino la de aquellos testigos, que sin éxito, pretendieron respaldarlo, asunto que desde luego escapa a los fines de la casación, ya que no correspondiéndole en esta sede cumplir funciones de instancia a la Corte, inanes resultan las alegaciones sobre la inconformidad del demandante respecto de la valoración probatoria plasmada en la sentencia, no solo porque en casos como el presente, *el Juez no tiene la obligación de respetar una determinada tarifa legal, como que debe someterse a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, sino porque es deber del casacionista demostrar no el valor que la ley le asigna o niega a cada prueba, sino cómo el sentenciador desconoció las reglas que rigen la sana crítica en la labor intelectiva de sopesar razonablemente el grado de credibilidad, que conforme a tales parámetros merece cada medio de convicción.*

Ahora bien, en esta censura acusa el demandante una serie de errores de hecho por falso juicio de identidad y de existencia a fin de demostrar los errados juicios valorativos del sentenciador, que quedan sin ningún sustento serio, al ser confrontados con la realidad del proceso, si se tiene en cuenta que todos los cuestionamientos que hace están referidos a las inferencias lógicas que extrajo el juzgador luego de valorar con juicioso detenimiento y acierto los diversos medios de prueba en los que se sustentan los hechos indicadores base de los indicios que le sirvieron de apoyo para proferir el fallo de condena en contra de Flórez Palacio

En efecto, el denominado falso juicio de identidad en que, según el casacionista, se incurrió al valorar el testimonio de Rubén Darío Urrego, "al darle un alcance incriminatorio que no posee", lo cree demostrar con una enérgica oposición personal a las conclusiones del Tribunal, que en nada contribuyen a demostrar el pretendido yerro, pues se queda en cuestionamientos carentes de toda seriedad, como que al afirmar que el señalamiento que hace dicho deponente en contra de su defendido tiene un origen vindicativo porque considera que Flórez Palacio está involucrado en la muerte de un hermano suyo, desconoce que esa particular situación fue atinadamente apreciada por el Tribunal, que ateniéndose al contenido objetivo de lo que sobre el punto manifestó aquél, sostuvo que: "...en esa terminal fue acribillado a balazos su consanguíneo y respondía al nombre de Sergio Andrés Ospina Urrego. No siente ninguna animadversión contra el procesado, pero le duele profundamente la forma como le dio muerte al anciano Darío de Jesús Zapata. Estas son sus palabras textuales: 'por lo de mi hermano no sentí yo ningún rencor contra John Jairo ya que no estaba seguro si este fue el que lo lesionó".

Más aún, peregrinamente considera que la inclinación homosexual del testigo debe tenerse como elemento de juicio irrebatible para desechar la veracidad de sus afirmaciones, poniendo en duda su valor civil para denunciar los hechos y presentarse ante los militares que esa noche estaban de guardia en el Batallón del Barrio París para precisar con exactitud a la persona que sindicaba del homicidio y colaborar para que se produjera su captura, pues de manera inexacta dice el actor que aparte de que Ospina Urrego le solicitó al oficial de turno que le prestara ropa para camuflarse, se quedó vigilando para comprobar que la aprehensión se hiciera efectiva, cuando lo cierto es que ninguno de los militares que intervino en ella manifestó algo similar. Por el contrario, el Soldado José Laudo Montilla Gaspar, afirmó que cuando salieron en busca de la persona con las características del homicida, vieron a un hombre que iba "de paso largo" y cuando los vio salió corriendo, "...y entonces salimos a pie detrás del tipo que corría al vernos a nosotros, salimos detrás mi persona y el soldado Gutiérrez Lara, el carro patrulla atrás de nosotros se quedaron mi Primero Cepeda Vargas Miguel y el soldado Patiño Ríos José Wilson y ellos con el testigo, aclaro que el testigo por no dejarse ver del hombre que corría salió y se fue, no sé para dónde se fue, me parece para la casa de él..." (fl. 70), aclarando más adelante que, "...cuando el testigo nos comunicó el caso, él se quedó en la base y nosotros bajamos a pie a verificar el caso, pero no bajamos en patrulla ni nada, lo hicimos a pie, es que nosotros llamamos patrulla a un grupo de soldados que salen a hacer algún reconocimiento..." (fl. 73).

Por su parte, el soldado Narciso Patiño Osorio, expresó también que "...el testigo se quedó en la base militar..."(fl.76) y el Sargento Viceprimero Miguel Humberto Cepeda Vargas, sobre el mismo punto, dijo: "...No, el testigo no lo quiso mirar, porque al parecer el testigo se dio cuenta de la captura y entonces ya el testigo no lo dejáramos ver al detenido..." (fl. 84).

Obsérvese, entonces, que de conformidad con lo declarado por quienes estuvieron en contacto directo con Ospina Urrego, lo que se puede colegir es que su actitud era de prevención frente a las posibles retaliaciones que pudiera ejercer después el autor del homicidio al sentirse denunciado por aquél.

Y, buscando a toda costa demeritar la contundencia de la sindicación que hiciera esta persona en contra John Jairo por el homicidio objeto de esta investigación, aduce el demandante que en la sentencia no se tuvo en cuenta el estado de sanidad mental de Ospina Urrego porque de acuerdo con lo afirmado por él en la declaración rendida en la Fiscalía, así como lo expresado por María Sol Angel Grisales, en cuya casa se hallaba el testigo cuando sucedieron los hechos, éstos se encontraban ingiriendo licor aproximadamente desde las 7 de la noche, y por ende, se encontraba "borracho", haciendo también en este sentido sus propias inferencias lógicas a partir de un análisis descontextualizado de lo que objetivamente manifestaron los testigos que se refirieron a esta situación en particular, pues la inmediatez y la claridad con la que el testigo Ospina Urrego denunció los hechos a la autoridad y el relato que hizo al Fiscal en la madrugada del mismo día y el qué hiciera en las

posteriores ampliaciones de declaración, no permiten, en sana lógica poner en duda su estado sensoperceptivo para el momento en que presenció la comisión del delito, la coherencia de su versión, unida al hecho de que todos los detalles que aportó sobre la forma como se cometió el homicidio, encontraron comprobación en la investigación, permiten darle la credibilidad que mereció para los juzgadores.

Además, sobre este punto, olvida el casacionista que en ningún momento el testigo afirmó que se encontrara en estado de embriaguez, pues no es lo mismo referenciar que estaba tomándose unos tragos en casa de una amiga, a explicar con precisión, por qué afirma que pudo percibir todo cuanto sucedió alrededor de la muerte de Darío de Jesús Zapata, ya que éste en su primera declaración expuso que a la vivienda de Sol Angel Grisales llegó "desde las 10 más o menos", lo cual es corroborado por aquella, quien manifestó que efectivamente Rubén Darío estuvo esa noche en su casa en compañía de una amiga y "...estuvimos tomando las dos parejas como hasta la una de la mañana, era esa hora más o menos cuando se terminó la reunión ...", diciendo sobre el estado de sobriedad de éste que, "estaba borracho pero no estaba que se caía, en la casa nos tomamos entre los cuatro dos botellas de aguardiente, cuando él llegó ya estaba como tomado porque tenía tufo de alcohol, pero lo vi como en sano juicio cuando llegó a mi casa, ahora que me acuerdo nos tomamos entre los cuatro solo tres medias de aguardiente, porque cuando él se me llevó media cuando se fue de la casa, nos tomamos esas tres medias en aproximadamente tres horas, si mucho..." (fl. 195). Y en el mismo sentido declaró el Soldado José Laudo Mantilla Gaspar, afirmando que cuando Rubén Darío se presentó a la Base Militar a denunciar los hechos, "...llegó como a la una y media de la madrugada,... solo, estaba en sano juicio, pero se le siente (sic) olor a trago, o sea que si tomó no fue mucho para que se le notara..." (fl. 75).

Resultan, así, inanes las críticas del demandante para poner en duda la veracidad de las afirmaciones de dicho testigo, pues, como se anotó en precedencia, ninguna circunstancia permite considerar que se encontraba en un estado de embriaguez que le impidiera relatar con precisión los hechos que vio, ni mucho menos, el hecho de que no dijera de manera exacta la hora en que éstos ocurrieron, porque igualmente, cuando amplió la declaración, dijo "...eso fue como a las, o mejor no recuerdo hora exacta, pero eso fue entre las doce de la noche y las dos de la madrugada" (fl. 95) y la demás prueba testimonial de quienes estuvieron con Rubén Darío y los propios miembros de la Base Militar, al relatar la hora de salida, los primeros, y la hora en que denunció los hechos, demuestran, a no dudarlo, que sí presenció la comisión del ilícito, siendo pues, que el casacionista en este aspecto, se enfrenta sin éxito a las lógicas y razonables apreciaciones del Tribunal.

Menos aún, tiene contundencia alguna el argumento del censor, en el sentido de que el testigo no presenció los hechos, porque según la declaración de María Sol Angel Grisales, cuando escucharon los disparos, ella, el testigo en mención y su amiga, se encontraban en la cocina de su casa, pues, la clara y detallada versión que de los hechos suministró Ospina Urrego, en-

contró corroboración, aún en la de aquellos deponentes que pretendieron desviar la acción de la justicia hacia otro posible autor, después de un exhaustivo y riguroso análisis que hiciera el Tribunal de sus aseveraciones. Tales puntos convergentes, son los siguientes:

a. La víctima, Darío de Jesús Zapata se encontraba ingiriendo licor en el kiosco de Coca Cola del Terminal de Transportes.

b. En el mismo sitio se hallaba una pareja.

c. Que después de acercarse el sujeto y disparar contra Zapata, la mujer empezó a gritar y cuando salió del lugar con su acompañante, salió cojeando. hecho que es igualmente manifestado por María Concepción Zapata, quien no obstante negar que presenció los hechos, acepta que inmediatamente después de producidos los disparos que escuchó cuando se encontraba de espaldas a sus clientes llegó John Jairo Flórez a tomarse un trago, así como que la víctima "...estaba sentado sobre una banca del Kiosco, el señor que le dispararon estaba era sentado, ya que recuerdo en una especie de butaco alto, no sé si giratorio ó no...".

En este sentido, tiene particular significado en la declaración de Rubén Darío, la afirmación de que la mujer que conformaba la pareja salió gritando, llorando y además, cojeaba, no solo porque esa manifestación la hizo desde la declaración que dio a la Fiscalía apenas unas horas después de ocurridos los hechos de sangre que se investigan, esto es, a las seis de la mañana del viernes 25 de marzo de 1994, en el sentido de que "vi la muerte de un señor en la madrugada, donde una persona se acercó con un revólver en la mano, que era indio, de bozo, pantalonela corta blanco (sic), con un revólver marca (sic) treinta y ocho, cacha café, se acercó dándole tres tiros a un señor de edad, conozco que estaba sentado en un kiosco de Coca Cola, el kiosco estaba abierto y había una señora, la cual no se cómo se llama pero era la que atendía el kiosco y corrieron dos más, una mujer y un hombre que salieron de ahí mismo y estaban con el señor que murió, la mujer salió cogiando (sic), ellos salieron asustados de ahí"(fl. 8). Y a su turno, José Alonso Zapata quien se encontraba esa noche en el referido kiosco en compañía de Luz Stella Villegas Alvarez, relató que, "entonces, cuando sonaron los tiros Stella se puso a llorar y a gritar y entonces yo levanté la cabeza y la cogí a ella y me la llevé para ahí cerca de la casa de ella, pero ella en la carrera como que se golpeó en la rodilla y le vi sangre a ella en la rodilla, entonces yo me imaginé incluso que era que a ella le habían dado con los disparos, pero resultó que lo de la rodilla era solo un golpe con una lata...".

No es cierto, por ende, como lo afirma el libelista, que el testigo hubiese imaginado la dinámica de los hechos, ni tampoco que prueba de ello, sea el hecho de que mientras la víctima presentara lesiones en la parte occipital, Ospina Urrego, asegura que a Darío de Jesús Zapata le dispararon de frente, no solo porque aquél fue enfático en todas sus versiones al manifestar que se produjeron tres disparos, sino porque si bien el occiso presentó dos lesiones en la parte izquierda del occipital, también lo es, que en el protocolo de ne-

cropsia se relaciona otra herida producida con arma de fuego, con orificio de entrada con tatuaje y material de limpieza en el pómulo izquierdo, lesión que solo hubiera podido producirse con un disparo hecho frente a la víctima.

d. Sol Angel Grisales se negó a decirle a la justicia la verdad de lo que presenció, porque se disculpó afirmando que se encontraba en la cocina con su esposo que estaba dormido, punto que omite señalar el censor, desconociendo que fue ésta precisamente la que se presentó al entierro de la víctima y conversó con una de sus hijas, Beatriz del Socorro Zapata Sáenz, manifestándole que sabía del homicidio y además le dio el nombre de Rubén Darío Urrego, asegurándole que él también lo había presenciado.

Asimismo, lo concerniente a la acusación del censor, en el sentido de que, de una errada valoración del testimonio del Sargento Cepeda Vargas, el Tribunal no solo derivó la existencia del arma, sino que supuso que esta era la homicida, no deja de ser una apreciación aislada y fuera del contexto probatorio sustento de la cadena indiciaria en la medida en que todos esos hechos indicadores convergen a señalar a Flórez Palacio como autor del homicidio por el que se halla condenado, pues, no precisa en qué aspecto el Tribunal puso en la declaración de dicho testigo, afirmaciones que éste no hizo, o cómo puso a mentir esa prueba frente a su contenido objetivo material.

En efecto, lo que valoró el Tribunal fue no solo la constancia dejada desde la misma diligencia de inspección al cadáver sino la propia afirmación de Cepeda Vargas, en cuanto que antes de su aprehensión, Flórez Palacio fue visto entregándole algún objeto a una mujer, pudiendo inferir razonablemente, que era el arma homicida, precisamente porque el mismo Sargento en la declaración lo aduce como explicación al hecho de que, cuando requisaron al procesado no se le encontrara arma y además, porque a él éste le dijo "se la acabo de entregar a mi señora porque me voy a tomar unos tragos... y que el arma si tenía salvoconducto que si quería que fuéramos a la casa de él y nos la mostraba" (fl. 80).

Tampoco atina el demandante en la crítica que hace al fallo impugnado, al afirmar que tergiversó la prueba al concluir que en la Base Militar se conocieron los hechos por medio de una llamada telefónica y de la información que personalmente dio Rubén Darío Ospina Urrego, tomando como sustento para ello, la afirmación del Sargento Cepeda Vargas, quien afirmó que la persona que llamó inmediatamente después se hizo presente en la base, pues con ello no logra evidenciarse yerro alguno, como quiera que acertada fue la deducción lógica del fallador, si se tiene en cuenta que si bien el testigo en mención hizo tal referencia, lo fue como una deducción propia, sin que ello signifique, que conforme a la prueba recolectada en la investigación, no pudiera sostenerse que fue persona distinta a Rubén Darío, la que hizo la aludida llamada telefónica, pues es el propio Ospina Urrego, el que deja sin piso la suposición que *motu proprio* hace el miembro del ejército, cuando al ser interrogado al respecto, enfáticamente, contestó: "yo nunca aporté esa información en forma telefónica, de inmediato me fui a avisar personalmente a la base

militar, no sé si alguno de los otros testigos pudo haber llamado a informar eso, yo al menos no llamé por teléfono" (fl. 102).

Así las cosas, la misma consideración merece el yerro que imputa el censor sobre el supuesto de que se valoró erradamente la declaración de Cepeda Vargas para deducir de ella una confesión extrajuicio de parte del procesado, no obstante que el mismo testigo afirma también que inmediatamente después Flórez Palacio se desmiente de su manifestación respecto a haber sido el autor del homicidio objeto de esta investigación y además estaba embriagado, pues aparte de que con escuetos y genéricos cuestionamientos no logra el demandante demostrar ni la distorsión en que supuestamente incurrió el fallador al deducir de allí un indicio, sino que tampoco se esfuerza por concretar su incidencia en el fallo, máxime, si su inconformidad radica en una insatisfacción con las conclusiones del sentenciador, por considerar que de tales contradicciones no era posible entender confesión alguna, lo que definitivamente pone de presente el enfrentamiento de la personal perspectiva del libelista sobre la credibilidad y valor incriminatorio de tal versión juramentada, con la que razonada, prudente y acertadamente le otorgó el Juez colegiado y desconoce que en el dictamen siquiátrico practicado a Flórez Palacio a petición de la defensa, se concluyó que al momento de los hechos, aquél "...presentaba una embriaguez aguda voluntaria que no le anulaba su capacidad de comprensión y de determinación...".

Además, aquí confunde el defensor la flagrancia como evidencia procesal y la captura como consecuencia de aquella, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que *una cosa es que el agente sea visto e identificado o individualizado al momento de cometer el ilícito, lo cual constituye la flagrancia como tal, y otra que además de eso se produzca la captura en esas circunstancias, pues no siempre sucede, la experiencia ha demostrado, que a pesar de la situación de flagrancia se produzca la consiguiente captura.*

Especial referencia amerita la crítica sobre la conclusión del sentenciador sobre las manchas de sangre encontradas en los zapatos que calzaba el procesado la noche de los hechos, pues afirma el censor que el Tribunal distorsionó el examen biológico forense en el que se concluyó que las manchas mencionadas corresponden a sangre humana tipo O, es decir, solo puede demostrarse con ello que Flórez Palacio estuvo en el escenario de los hechos, pero no que fuera él quien disparó o que la sangre correspondiera a la de la víctima que era O positivo.

Sobre este punto, debe precisarse en primer lugar que este argumento se torna contradictorio, pues al tiempo que el demandante pretende con el aludido yerro demostrar que la sangre impregnada en los zapatos del procesado no corresponde a la víctima, concluye sin embargo, que la deducción lógica, es que ello tan solo demuestra la presencia de aquél en la escena de los acontecimientos, con lo cual, sin extremarse en esfuerzos analíticos, permite obviamente, afirmar que, entonces, es indiferente que el examen biológico

forense no hubiese determinado el RH de la sangre encontrada en los zapatos del procesado, pues se determinó con claridad que era humana y de tipo o, lo que unido a las manifestaciones del propio Flórez Palacio, Luz Stella Villegas y María Concepción Zapata, en el sentido de que aquél estuvo en el kiosco tomándose unos aguardientes, según sus versiones después de ocurrido el delito, conduce a idéntica conclusión.

Sin embargo, la referencia que la sentencia hace al respecto, lo es para explicar cómo se desvirtúan las explicaciones del encausado y se robustece la prueba de cargo con este hecho indicador, al sostener lo siguiente:

"En forma rotunda el implicado John Jairo Flórez Palacio niega cualquier participación suya en los hechos materia de investigación. Las manchas de sangre halladas por el ejército en sus zapatos corresponden a sangre de cerdo, porque ese día ayudó al sacrificio de un porcino en la casa de un amigo suyo. Sin embargo, ya se vio, luego de los exámenes pertinentes que se trataba de sangre humana. Hábilmente el justiciable al enterarse de esta situación afirmó que era muy probable cuando llegó al kiosco para apurar un aguardiente haya pisado sangre de la víctima que yacía sin vida en el pavimento".

Y más aún, insólito y descabellado es el sustento argumentativo del censor, cuando se queja de que no se haya determinado si las manchas de sangre eran ante o post mortem, pues es algo científicamente imposible.

De la misma manera, se desentiende el libelista de la realidad del proceso y de la sentencia al aducir como yerros las conclusiones sobre la mendacidad de las declaraciones de María concepción Zapata, José Alonso Zapata, Luz Stella Villegas y Sol Angel Grisales, con el argumento de que estuviesen siendo amenazados, pues aquí también desconoce que la última de las mencionadas, le manifestó a Beatriz del Socorro Zapata, hija del occiso, que sabía de ese delito, pero que no declaraba para no tener problemas y por eso le dio el nombre de Rubén, como la persona que presenció lo ocurrido, miedo que encuentra corroboración en la torpeza como ésta y los otros tres testigos quisieron tergiversar la verdad de lo ocurrido, para negar que efectivamente habían presenciado el homicidio y reconocido a su autor, ya que coincidiendo en su gran mayoría de detalles con la versión de Rubén Darío, quisieron hacer presente en el escenario de los hechos y como autor de los mismos a un personaje inexistente, con el ánimo de no involucrar a Flórez Palacio.

Además, el propio Ospina Urrego en la ampliación de su declaración, le precisó al fiscal que a consecuencia de su intervención en este proceso como testigo, había tenido que dejar su lugar de residencia y trabajo, porque "luego de eso, como a los ocho días uno de los sicarios del barrio, no sé el apodo o el sicario, ese sicario cierto día, como a la semana de haber yo declarado eso, me paró en la calle y me dijo que no fuera a declarar, que le colaborara, que si indagaba podía dejar detenido al tipo que mató al viejo más de treinta años, entonces yo me le hice el negado que no sabía el problema, ese tipo que me dijo eso es como uno de los amigos y del mismo combo del detenido, ya una

vez, y luego de eso, un sardino pasó por la calle riéndose y me ofreció flores amarillas, un ramillete de flores, pero no me dijo nada; yo al ver que me estaba ofreciendo flores, entiendo que si sigo declarando me voy al cementerio, eso es lo que a mí me significan esas flores que me ofrecieron" (fl.97).

Por último, igualmente baladí es la tesis de la que se vale el actor para demeritar las inferencias del fallador sobre el indicio de oportunidad, pues se limita a aducir como argumento en contra que el procesado vive por el sector y se desempeñaba como conductor de un colectivo, cuyo terminal es el paradero donde está ubicado el kiosco en el que se perpetró el crimen, consideración, que aparece aislada e inoportuna, ya que no tiene en cuenta para ello que en la diligencia de indagatoria, Flórez Palacio no menciona, en la rutina hecha ese día, que hubiese estado trabajando en esa actividad y por el contrario, afirma haber estado en ese sitio hacia la media noche, se tomó varios aguardientes y se fue (fl.17) aunque, dice, que para ese momento ya se había cometido el homicidio, luego de lo cual la señora María cerró el negocio.

Y, en cuanto al móvil del homicidio, faltando a la verdad de la sentencia, afirma el demandante que el Tribunal dio como probado que había sido por un asunto de mujeres, cuando lo que afirmó al respecto fue que:

"Es incuestionable que el móvil del crimen no ha sido posible descubrirlo, aunque se teje alguna hipótesis sobre el mismo. Dice Rubén Darío Ospina que el homicidio, según se rumora, fue por problemas de mujeres (fl. 100), lo que no es descartable. Algún motivo tuvo que albergar el incriminado para tomar parte activa en el homicidio del proceso..." (fl. 348).

De otra parte, desacertado y contradictorio es el argumento del demandante al aseverar que el fallador incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al valorar como pruebas autónomas el testimonio de Rubén Darío Ospina Urrego y la situación de flagrancia en que éste afirma haber presenciado el homicidio, así como haber dejado de valorar las pruebas, que a su juicio, demuestran la inocencia del procesado, tales como los testimonios de María Concepción Zapata, Alonso Zapata Gallego, Luz Stella Villegas, María Sol Angel Grisales, la indagatoria y posterior ampliación rendida por el procesado, siendo que la argumentación previa, dentro del mismo cargo, la ha sustentado sobre el alcance probatorio de las mismas, esto es, que sí fueron valoradas, pero no se les negó u otorgó la credibilidad, que él como defensor, hubiese preferido.

Así, entonces, el cargo no prospera.

Segundo cargo

En esta censura, que presenta el censor como subsidiaria, se acusa la sentencia de segunda instancia de incurrir en error de hecho por falso juicio de identidad, al valorar el testimonio de María Concepción Zapata y Luz Stella Villegas en cuanto describieron a una persona de características disímiles a las del procesado, como el autor de los disparos que le causaron la muerte a Darío de Jesús Zapata y la versión de María Sol Angel Grisales, en lo que

tiene que ver con la ubicación de Rubén Darío cuando escucharon los disparos, sin que con su argumentación fundamentadora logre, al igual que en el anterior reproche, demostrar tergiversación alguna de parte del fallador al valorar el contenido material de dichas pruebas y mucho menos la existencia de la duda a favor del incriminado, pues se reduce en un todo a rebatir la acertada y ponderada apreciación que hicieron los jueces de instancia para deducir de la prueba sustento de los hechos indicadores, las inferencias lógicas sobre la autoría y responsabilidad que le corresponde a Flórez Palacio en el homicidio investigado.

En efecto, sobre estas personas, estimó el Tribunal:

"...han tratado por todos los medios de entorpecer la encuesta penal, queriendo cambiar por todos los medios posibles la evidencia de la forma como se desarrollaron los hechos violentos, añadiendo dizque el responsable fue un extraño que llegó en un taxi y que tenía una cortada en el rostro. Como si ello fuese poco la deponente María Sol, conocida como la 'Chola', para demeritar el dicho firme y coherente de Ospina Urrego quiere hacer creer a la judicatura que cuando los disparos se escucharon éste se encontraba en el interior de su residencia 'junto al lavadero de la cocina' (fls. 194). Más grave aún, cuando se enteró que Rubén Darío la mencionó como testigo del evento homicida, no tuvo ningún empacho en tratarlo de homosexual y su compañero lo agredió físicamente por esta circunstancia. De todo lo anterior surge con nitidez que están faltando a la verdad de lo acontecido y por ende estuvo bien que se haya dispuesto ordenar las copias pertinentes para que su conducta sea investigada por la autoridad competente" (fl. 340).

Además, y siendo que los fallos de primera y segunda instancia conforman una unidad inescindible en todo aquello que no sea modificado por el superior, necesariamente ha de concluirse que el *ad quem* hizo suya la seria y sensata consideración, que tuvo el Juez del Circuito para ordenar la expedición de copias penales contra estos testigos para que fueran investigados por el presunto delito de encubrimiento por favorecimiento, al sostener que:

"Es que desde un punto de vista estrictamente humano, no se comprende la mentira ni el silencio de estos testimoniantes, pues con esa actitud suya (sic) de tratar de ubicar el punto del crimen a cierta distancia de donde en verdad acaeció, ello traduce en un consentimiento por lo menos tácito con la acción de arrastramiento ejercida sobre la víctima hasta donde se realizó la diligencia del levantamiento del cadáver ' a una distancia de un kiosco de Coca- Cola de 2.70 mts. (f.1), con la limpieza que se hizo al sitio para desaparecer las huellas de sangre, cerrando el establecimiento como si nada hubiera pasado y dejando a un hombre tirado en la vía sin mover un dedo para prestarle una mínima ayuda.- Se entiende sí que por fundados temores frente a un delincuente que así procede con sus semejantes no se le venga a señalar con toda la verdad de lo cometido, pero ya querer entorpecer la investigación y distraer a la administración de justicia, los muestra incursos en la hipótesis delictiva de Encubrimien-

to por Favorecimiento, para lo cual se expedirán las copias respectivas" (fl. 311).

No prospera el cargo.

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

RESUELVE:

Desestimar la demanda y en consecuencia, no casar el fallo impugnado.

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 Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Delitos excluidos de la Ley 415 de 1997

Consistiendo los delitos en hurto agravado y calificado, y acceso carnal violento, igual que sus conexos, lesiones personales y porte ilegal de armas, todos excluidos de los beneficios introducidos por la Ley 415 de 1977, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de que en su favor convergieran a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 13006

VISTOS

La Sala resuelve solicitud de "libertad condicional" elevada por el señor Juán Inocencio Mosquera Mosquera, quien se encuentra recluido en la Cárcel "Villahermosa" del Distrito Judicial de Cali.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1- Se precisa al iniciar que por no encontrarse ejecutoriada materialmente la sentencia condenatoria, aunque se solicita libertad condicional ha de entenderse la petición como de libertad provisional, referida a las previsiones del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

2- EL procesado Juán Inocencio Mosquera Mosquera, fue capturado el quince (15) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995), (folios 2 y 10 cdno. Corte), y condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Medellín, en sentencia del 11 de julio de 1996, a la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión en calidad de coautor responsable del concurso de delitos conformado por hurto agravado y calificado, acceso carnal violento, lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

(folio 513 cdno. 1). La decisión fue confirmada íntegramente por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 30 de agosto de 1996; (folio 544 cdno. 1), y en contra de ella se interpuso el recurso de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

3- Significa lo anterior que el señor Mosquera Mosquera, no recurrente, en la actualidad cumple cuarenta y ocho (48) meses más dieciocho (18) días en privación física de libertad, que hacen parte de la condena que está purgando en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

4- *Consistiendo los delitos en hurto agravado y calificado, y acceso carnal violento, igual que sus conexos, lesiones personales y porte ilegal de armas, todos excluidos de los beneficios introducidos por la Ley 415 de 1977, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de que en su favor convergieran a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.*

Como la pena fue dosificada en setenta y dos (72) meses de prisión, las dos terceras partes equivalen a cuarenta y ocho (48) meses.

5- Se trata ahora de verificar si el señor Mosquera Mosquera, alcanza ya ese guarismo, o si convergen los requisitos indispensables para recobrar su libertad, siendo pertinentes algunas precisiones:

El peticionario no aportó ningún certificado en el que conste que es merecedor a redención de pena por trabajo o estudio llevados a cabo en prisión, en los términos del Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993. Por esta circunstancia el tiempo de pena descontada coincide con el lapso en que ha permanecido confinado físicamente, es decir cuarenta y nueve meses (49) más dieciocho (18) días.

Como se anticipó, las dos terceras partes de la condena equivalen a cuarenta y ocho (48) meses, cantidad que es superada, de suerte que se rebasa el requisito objetivo y se torna imprescindible el pronunciamiento sobre el factor subjetivo previsto en la norma citada.

6- Este ejercicio ofrece aspectos que se oponen a la aspiración del justiciable, toda vez que los delitos que se le imputan y por los cuales fue condenado a la postre en primera y segunda instancia, impiden emitir un diagnóstico favorable.

La reiterada incursión en el mundo del crimen, en compañía de las mismas personas, entre otros los coautores Alexis Palacios Mosquera y Edgar de Jesús Manco Calle, con procedimientos preconcebidos y bien definidos, denota en el señor Juan Inocencio Mosquera Mosquera, predisposición al delito y enorme insensibilidad, reflejada en la carencia de toda consideración y respeto por los derechos ajenos, factores indicativos de la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como garantía de rehabilitación.

En los expedientes obran copias de dos sentencias condenatorias adicionales contra Juán Inocencio Mosquera Mosquera. Una por el delito de porte ilegal de armas, proferida por el juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín. (folio 372 cdno. 2). Otra por el delito de extorsión, expedida por un Juzgado Regional de la misma ciudad (folios 467 cdno.2).

Recuérdese que el señor Palacio Mosquera, fue suboficial del Ejército de Colombia, en el rango de Cabo Segundo y para delinquir se asoció con Juán Inocencio Mosquera Mosquera, que había formado parte de la Policía Nacional, situación que los ponía en ventaja en el conocimiento de las armas de fuego y operativos de asalto, como los que aplicaron ilegalmente para hurtar la mayoría de los bienes de la casa de una familia y, como si fuera poco, en medio del más reprochable de los despliegues de indolencia, apoyados en la fuerza intimidatoria de las armas, para avanzar hasta acceder carnalmente a la señora del hogar, quien resultó gravemente afectada en su psiquis.

La sociedad puede y debe exigir un comportamiento más acorde con la juridicidad a personas que han formado parte de las instituciones encargadas de velar por la seguridad ciudadana en todo orden y, que por lo mismo, han recibido instrucción específica destinada a conocer y velar por la garantía de los derechos ajenos.

De otra parte, en la cartilla biográfica allegada con la presente petición de libertad, en el acápite denominado "Requerimientos Judiciales", se observa que Juán Inocencio Mosquera Mosquera, es solicitado por tres autoridades: Auditoría Auxiliar de Guerra de Medellín, por el delito de homicidio; Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, por homicidio, porte ilegal de armas y concierto para delinquir; y por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito, también de la Capital de Antioquia, por porte ilegal de armas (folio 342 cdno. Corte).

Con el panorama anterior, el pronóstico que se emite acerca del factor subjetivo sobre el procesado no resulta favorable para su pretensión libertaria, pues sin dejar de reconocer el efecto de la detención que está padeciendo, en punto de los fines de la pena, este solo hecho no resulta suficiente para afirmar que ha logrado su resocialización, y por tanto, que pueda retornar sin reparo alguno a la sociedad.

También cabe recordar que la constancia de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituye la labor valorativa del juez, pues aquella consiste exclusivamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, y una guía para otros aspectos, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado, en parte inferible de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social.

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

RESUELVE

NEGAR al procesado Juan Inocencio Mosquera Mosquera, identificado con cédula de ciudadanía No. 82.383.341 de Itsmina (Chocó), la libertad provisional solicitada.

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.

IMPEDIMENTO-Amistad íntima o enemistad grave

Resulta incuestionable del claro contenido del numeral quinto (5°) del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, que la causal allí contemplada se presenta "Cuando exista amistad íntima o enemistad grave entre alguno de los sujetos procesales y el funcionario judicial".

Dicha causal de impedimento o de recusación (amistad íntima o enemistad grave), tiene que ser recíproca y actual, es decir, un sentimiento mutuo suficiente para que el funcionario judicial no pueda administrar justicia con la libertad y ecuanimidad debidas, ya que su ánimo se encontraría perturbado por hechos (afecto o resquemor) que indiscutiblemente le impedirían obrar con imparcialidad en las decisiones que por su cargo debe adoptar en el caso sometido a su consideración.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 16098

Decide la Corte el incidente de recusación promovido por el defensor del procesado Oscar Cifuentes Medina contra el Magistrado de la Sala doctor *Edgar Lombana Trujillo*, para conocer del presente proceso que por los delitos de hurto agravado y porte ilegal de armas que ha llegado a esta Corporación en virtud del recurso extraordinario de casación.

ANTECEDENTES

Aduce el memorialista que el Magistrado se halla incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 5° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, dado que cuando se desempeñaba como Juez de Instrucción Penal Militar en el año de 1982, tuvo a su cargo un asunto en el que el doctor Lombana Trujillo fue apoderado del sindicado contra quien se dictó auto de detención, razón por la cual le elevó denuncia injusta ante el Tribunal Superior Militar, lo que le causó perjuicios morales y materiales ante dicha Corporación, sus compañeros y familiares.

Agrega que el Tribunal Militar adelantó la correspondiente investigación en su contra, absteniéndose de proferir medida alguna de aseguramiento y finalmente el proceso fue archivado.

Por otra parte el Magistrado acepta haber presentado contra el doctor Luis Francisco Cifuentes Bernal en el Tribunal Militar la denuncia a que hace referencia el libelista, "...desconociendo por completo sus incidencias, hasta hoy que me entero por medio del escrito anterior, que no hubo mérito para decretar detención preventiva en contra del sindicado, y que por el contrario se ordenó el archivo del expediente".

"Como hecho nuevo es preciso informar que el Dr. Luis Francisco Cifuentes Bernal por otros hechos me denunció ante un Juzgado de Instrucción Criminal en esta ciudad, quien se abstuvo de abrir formal investigación en mi contra".

Estima que las causales previstas en los numerales 5° y 10° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal no se presentan en este caso concreto, pues "Bastaría para no acceder a la pretensión de la defensa con rellevar en forma inapropiada como ella fue planteada, toda vez que al comienzo solicita me declare impedido para conocer de este expediente, figura extraña al Código Procesal Penal e incompatible con la reglamentación que de los impedimentos y las recusaciones hace.... Con todo, como el peticionario al final del escrito dirige su postulación hacia la recusación, entraré a pronunciarme sobre ella, advirtiendo desde ya que ni la causal 5ª, ni la 10ª se patentizan para acceder a apartarme del conocimiento de este proceso".

"Efectivamente, una de las hipótesis que consagra la causal 5ª de impedimento alude a la existencia de enemistad grave entre alguno de los sujetos procesales y el funcionario judicial, situación que en lo que a mí concierne no sucede, pues pese a que ya hace largos años fuí denunciado por el recusante, hoy este acto es para mí totalmente intrascendente en atención al paso del tiempo, y debido a su inocuidad por no haber producido lesiones de entidad en mis derechos merced a que la actuación culminó con auto inhibitorio; por lo tanto, mi espíritu no alberga resentimiento, malquerencia o animadversión que pueda afectar mi independencia, imparcialidad y probidad para administrar justicia en este caso. Motivos que a mi juicio bastan para no aceptar la recusación en lo que a esta causal corresponde".

"No empece a que el peticionario no menciona la causal 10ª, considero conveniente señalar las razones por las cuales no me he declarado impedido para conocer de este asunto".

"Esta causal describe dos hipótesis: La primera exige encontrarse en curso una investigación penal o disciplinaria en contra del funcionario judicial, promovida antes de iniciarse el proceso por alguno de los sujetos procesales, en donde aquél haya sido vinculado legalmente, es decir, mediante indagatoria o declarado reo ausente. Y la segunda, alude a que la denuncia sea formulada con posterioridad a la iniciación del proceso, en cuyo caso proce-

derá el impedimento una vez sea vinculado jurídicamente el funcionario judicial".

"Como puede verse es evidente que ninguna de las dos hipótesis se presenta en este caso, puesto que formulada la denuncia en mi contra antes o después de iniciado el proceso, lo cierto es que no fui vinculado a esa investigación mediante indagatoria o declaratoria de rebeldía, por la potísima razón de que el Juez de Instrucción Criminal que conoció de ella se inhibió de abrir investigación" (fls. 7 a 9).

En escritos posteriores el recusante aporta constancias expedidas por la Secretaria de la Auditoria Principal de Guerra y del Jefe de Personal de la Décimo Tercera Brigada del Ejército Nacional y fotocopia del libro radicador del proceso que se adelantó en contra de Pedro Sánchez Castillo y otro, donde figura como defensor el Magistrado doctor Lombana Trujillo (fls. 16 a 19) y Constancia de la Secretaria del Tribunal Militar y fotocopia del libro radicador, que dan cuenta del proceso adelantado en su contra por denuncia de aquél (fls. 25 y 26), con los cuales pretende probar sus afirmaciones tendientes a obtener que la Sala separe del conocimiento al citado Magistrado.

CONSIDERACION DE LA CORTE

Resulta incuestionable del claro contenido del numeral quinto (5°) del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1993, que la causal allí contemplada se presenta "Cuando exista amistad íntima o enemistad grave entre alguno de los sujetos procesales y el funcionario judicial", situación que no se presenta en esta oportunidad, donde el Magistrado recusado afirma inequívocamente que "mi espíritu no alberga resentimiento, malquerencia o animadversión que pueda afectar mi independencia, imparcialidad y probidad para administrar justicia en este caso".

Dicha causal de impedimento o de recusación (amistad íntima o enemistad grave), tiene que ser recíproca y actual, es decir, un sentimiento mutuo suficiente para que el funcionario judicial no pueda administrar justicia con la libertad y ecuanimidad debidas, ya que su ánimo se encontraría perturbado por hechos (afecto o resquemor) que indiscutiblemente le impedirían obrar con imparcialidad en las decisiones que por su cargo debe adoptar en el caso sometido a su consideración.

Las simples referencias a hechos pasados y con los resultados ya vistos, no pueden ahora ser obstáculo para que el Magistrado Lombana Trujillo ejerza con imparcialidad y pulcritud su función jurisdiccional.

Así las cosas, no existe motivo alguno para la separación en este proceso del Magistrado doctor Edgar Lombana Trujillo, ni tampoco la Sala puede hacer pronunciamiento respecto de la causal 10ª de impedimento que éste menciona en su rechazo a la recusación propuesta, pues en primer término no ha sido aducida por el recusante y su mención constituye más un acto de delicadeza por parte del funcionario, que la existencia real de motivo para su separación en el conocimiento de este proceso.

En consecuencia, la recusación propuesta no puede prosperar.

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

RESUELVE:

DECLARAR que en el presente asunto, no se presenta motivo alguno para separar de su conocimiento al Magistrado doctor Edgar Lombana Trujillo, razón por la cual la RECUSACION promovida por el doctor Luis Francisco Cifuentes Bernal en su condición de defensor del procesado Oscar Cifuentes Medina no está llamada a prosperar al no asistirle razón en su planteamiento.

En consecuencia, vuelvan las presentes diligencias a la Secretaría de la Sala, para que continúe con el trámite del recurso extraordinario de casación dispuesto en auto del 2 de agosto del corriente año.

Cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION / NULIDAD

1- El error en la denominación jurídica se demanda en casación por la causal tercera, es decir: la única manera de subsanar tal yerro es buscando invalidar la calificación. Si no se plantea de esa forma, resulta imposible dictar sentencia de reemplazo pues ello conduciría a la creación de incongruencia entre la sentencia y el pliego de cargos.

2- De largo tiempo, la Corte ha dicho, ceñida al mensaje de la ley, que dentro de la demanda se pueden exponer varios cargos, incluso excluyentes, pero que se tiene que hacer de manera separada, cada uno con su propio sustento.

También se sabe, por el principio de prioridad, que cuando se acude a varios cargos y uno de ellos es la nulidad, el referente a ésta debe ser expuesto en forma principal.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón,*

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 13787

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del Sargento Primero (r) del Ejército Nacional Cenón Torcuato Torres Gutiérrez, contra la sentencia del 18 de junio de 1997, proferida por el Tribunal Militar, mediante la cual lo condenó a las penas principales de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y $20.000 de multa, por el delito de peculado por apropiación. Esta sentencia, sustancialmente confirmó la que había dictado en 1ª. instancia el Ayudante General del Comando del Ejército, el día 10 de diciembre de 1996, que imponía, además de las penas principales, la separación absoluta de las Fuerzas Militares y la interdicción por tiempo igual al de la pena privativa principal.

Hechos

El 29 de septiembre de 1993, las señoras Cecilia Falla de Roca y Gloria Restrepo de Salazar, en su calidad de Presidenta y Vicepresidenta del Centro de Acción Social del Ejército, formularon denuncia contra Cenón Torres Gutiérrez, Jorge E. González Morales, Carlos A. Pabón Rojas e Ignacio Calindo Rodríguez, quienes se desempeñaban como funcionarios de la referida asociación, en razón a que durante el periodo comprendido entre los meses de diciembre de 1991 y febrero de 1993, dejaron de contabilizar y consignar valores que ascendían a algo más de $20.000.000, dineros relacionados con pensiones, matrículas y cuotas para vivienda.

Antecedentes

Iniciada la investigación y practicadas varias diligencias, el 16 de marzo de 1994 el Juzgado 2°. de instrucción penal militar definió la situación jurídica de Cenón Torcuato Torres Gutiérrez imponiéndole la medida de detención, por el delito de peculado. Ante solicitud de revocatoria intentada por la defensa, la detención fue ratificada por el Ayudante General del Comando del Ejército, mediante proveído del 23 de mayo del mismo año. Y el 26 de julio de 1994, el Tribunal Superior Militar, en 2ª. instancia, confirmó la decisión.

El 15 de octubre de 1996, el Ayudante General del Comando del ejército cerró la investigación y calificó el mérito del sumario convocándolo a consejo de guerra el 21 de octubre del mismo año, como autor de peculado.

Surtida la vista pública, fueron producidas las sentencias ya mencionadas.

La Demanda

Con base en las causales primera y tercera de casación, el censor formula dos cargos contra la sentencia, uno por violación de una norma de derecho sustancial, y, el otro, por tratarse de un proceso viciado de nulidad. Así se expresa:

Primer cargo. Errónea aplicación del artículo 189 del código penal militar, porque el delito que se tipifica es el de abuso de confianza y no el de peculado por apropiación, circunstancia que genera violación directa de la ley sustancial. Y sustenta de la siguiente manera.

1. Tanto en el código penal militar, como en el ordinario, el bien jurídico protegido en materia de peculado es la administración pública, entendida ésta como la actividad cumplida por quienes están encargados del funcionamiento del Estado.

2. El régimen normativo existente sobre el funcionamiento de las entidades del orden nacional, departamental y de economía mixta, difiere del previsto para las entidades de utilidad común y de aquellas denominadas sin ánimo de lucro. Agrega que las fundaciones o instituciones de utilidad común, son las creadas por iniciativa particular y por ésta razón se rigen por el derecho privado, de donde resulta que no están adscritas ni vinculadas a la admi-

nistración pública y, por tanto, que los servidores del Centro Social del Ejército, que no pertenece a la administración, no cuentan con la tutela de ésta ni con la de la legislación penal en el capítulo consagrado al delito de peculado por apropiación.

3. El delito de peculado es esencialmente funcional, reprime la conducta de los militares que ejerzan tareas de administración o custodia de los bienes del Estado que se les ha confiado como consecuencia de sus funciones. Desde este punto de vista, no todo hecho de apropiación realizado por un militar constituye peculado, salvo que tenga la administración o custodia de bienes pertenecientes a la administración pública.

4. El delito que se investiga es de aquellos denominados de resultado, lo que significa que el acto de apropiarse consiste en "hacer propio", en ingresar al patrimonio para provecho personal o de un tercero, bienes objeto de protección penal pertenecientes al Estado o a las empresas o instituciones en que este tenga parte o que se hallen en cabeza de particulares cuya administración o custodia se le hayan confiado al servidor, circunstancia no predicable de los bienes que corresponden a empresas privadas.

5. Tras analizar con respaldo en la doctrina y en la jurisprudencia los verbos rectores apoderarse y apropiarse, concluye que su poderdante no ha incurrido en el delito de peculado.

6. Respecto del objeto material del ilícito, insiste en que los bienes protegidos por la norma son aquellos de propiedad del Estado o los que se encuentran al servicio de las instituciones donde este tenga parte. Y añade que en el asunto que se estudia el patrimonio de la asociación es de particulares, razón por la cual no se cumple con uno de los requisitos del tipo.

7. Respecto de la expresión con motivo de sus funciones, agrega que las labores encomendadas al funcionario deben estar reglamentadas en disposiciones administrativas del Estado, concretamente en la Constitución o en la ley, y no en los estatutos o reglamentos de las personas jurídicas de carácter privado. Y termina argumentando que los ingresos de la Asociación no proceden del Estado sino de donaciones, cuotas de sostenimiento, ventas, rifas, matrículas, etc.

8. Explica que para que se estructure el ilícito se necesita que el perjudicado sea una empresa o institución en que el Estado tenga parte, trátese de sociedades de economía mixta o de empresas industriales y comerciales cuyo aporte sea de un 90% o más de capital social, al paso que, según las pruebas allegadas, dentro del haber de la Asociación no existen recursos estatales. Por tanto, la sentencia no se fundamenta en los hechos cuando afirma que Acción Social recibe aportes oficiales. Por este aspecto también la conducta es atípica.

9. Bajo el título "segundo aspecto de la causal primera", afirma que se ha presentado una contradicción entre los hechos reales y la calificación jurídica verificada en las instancias y que, además de ese yerro, surge otro argumento

sobre la misma causal, que enuncia como el relativo a la antijuridicidad, que trata de precisar así: "Si se mira la conducta aquí enjuiciada, ella, en caso de haberse tipificado plenamente, en nada afecta el bien jurídico protegido, la administración, pero ni tan siquiera los bienes del Estado, sino un patrimonio privado, así calificado no solo por la índole de las funciones correspondientes al Voluntariado, de derecho privado, pretende solventar". Siguiendo esa línea, expone que de igual forma se ha incurrido en la violación del artículo 4°, del Código penal, por cuanto se condena por un delito contra la administración pública, cuando en realidad pudo ser un atentado contra el patrimonio económico de un ente privado.

Sobre el tema, transcribe algunas decisiones de la Corte que se refieren a las diferencias entre el peculado y el abuso de confianza, para decir que también se ha incurrido en violación de la norma sustancial al dar por probado un elemento del tipo -la apropiación-, elemento que no pudo comprobarse en el asunto, pues ninguna prueba indica que esa cantidad de dinero haya ingresado al patrimonio de Cenón Torcuato Torres Gutiérrez.

Segundo cargo. Sentencia dictada en un juicio viciado de nulidad. Desarrolla la censura así:

1. La Justicia Penal Militar no es competente para conocer del asunto, de un lado, porque no se trata de un ilícito cometido por un militar en ejercicio de sus funciones, y, del otro, por cuanto la entidad perjudicada es una asociación de derecho privado.

2. Es preciso concretar si su defendido actuó como autor o como cómplice. Para ello es menester que su conducta sea analizada de manera paralela con la del señor González, lo que implica investigar bajo una misma cuerda procesal los dos comportamientos. Como no se hizo y, al contrario, se adelantaron procesos separados, se generó violación de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal.

Culmina pidiendo que en el evento de prosperar el primer cargo, sea casada la sentencia y se dicte la de reemplazo; y que si se reconoce la tercera causal, se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación y se remitan las diligencias a la justicia ordinaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se impone el rechazo de la demanda estudiada, por las siguientes razones:

1. Frente al primer cargo,

1.1. *El error en la denominación jurídica se demanda en casación por la causal tercera, es decir, la única manera de subsanar tal yerro es buscando invalidar la calificación. Si no se plantea de esa forma, resulta imposible dictar sentencia de reemplazo pues ello conduciría a la creación de incongruencia entre la sentencia y el pliego de cargos.* El censor, sin embargo, solicita proferir un

fallo de reemplazo, lo que equivale a decir que se ha equivocado en la selección de la causal.

1.2. Mucho se ha dicho, y es jurisprudencia tradicional, que cuando se acude a la violación directa de la ley sustancial como causal de casación está vetada al impugnante la referencia al material probatorio pues que éste, en sí, se acepta como se encuentra. No obstante, cuando el casacionista se ocupa de los requisitos tanto del peculado como del abuso de confianza, escribe:

"... un elemento que debe estar demostrado para hablar del delito... es la apropiación, porque en cualquiera de las descripciones de las correspondientes conductas tiene que aparecer nítida, plenamente demostrada, la 'apropiación'. El ingreso de una determinada cantidad de dinero o de unos bienes al patrimonio individual y privado de quien o quienes se supongan autores de la apropiación. Y, en el afán, vuelvo a decirlo, de hallar una norma adecuada para que quedara el caso en manos de la justicia penal militar, toda la actividad procesal se derivó a la dialéctica correspondiente. Pero no hubo actividad investigativa, ni por tanto demostrativa de ese aspecto sustancial del delito. Y sin él, pues sencillamente el tipo penal, el delito no se da completo. ¿Dónde se ha demostrado el acto de la apropiación?; ¿dónde una averiguación sobre el aumento patrimonial?; ¿qué bienes ha adquirido, que no tuviera antes, el sargento Torres Gutiérrez?; ¿qué cuenta corriente que antes no tuviera o en qué forma se ha aumentado?; ¿qué vehículos, qué cambios en su vida personal y familiar se han advertido?; cosas todas estas que habrían permitido, por inferencia, la afirmación de la apropiación. Tal aspecto fundamental de los delitos, cualquiera que sea su calificación, no aparece ni siquiera investigado; mucho menos demostrado. Cómo no concluir, entonces, que hay un error (la H. Corte jurisprudencialmente lo tiene aclarado) en la apreciación de la prueba (que no existe al respecto) sino, más aún, en suponer una prueba de apropiación que no existe ..." (Fl. 14 de la demanda).

De lo anterior se desprende, de una parte, que el demandante sí se ocupó de la prueba, así fuera para extrañarla, con lo cual desnaturalizó el análisis que debe hacerse con fundamento en la causal conocida como violación directa de la ley sustancial; y, de la otra, que al reprobar la calificación impartida por los Jueces -peculado-, con el argumento de la ausencia probatoria del "provecho", se desbordó porque la crítica que hace también se puede dirigir contra el tipo que propone - abuso de confianza pues que la exigencia típica que probatoriamente no encuentra es común a los dos tipos penales: el utilizado por la justicia y el sugerido por el actor. Con ello, si de atipicidad se trata en los dos casos, el planteamiento, obviamente, tendría que ser diferente, desde luego con argumentación diversa, puesto que una es la solicitud de cambio de tipo y otra la búsqueda de absolución por atipicidad.

1.3. Tenuemente, ya cuando se ocupa de "su" segunda causal, que bautiza nulidad por tratarse de un proceso viciado, acude a otro planteamiento: como Torres Gutiérrez hacía de dependiente de un particular de apellido González y lo relacionado con éste fue investigado separadamente, no es posi-

ble saber si su defendido actuó como cómplice por 'intención inocentemente distinta', es decir, que en justicia no se puede apreciar la conducta de Torres sin conocer la de González. Y añade: "Se violó, así, la ley procedimental (arts. 87 y 88 del C. de. P. P.) que ordena investigar bajo una misma cuerda (dentro de una misma competencia) los hechos que son conexos". Y luego, en las conclusiones, afirma que por ello, entre otras cosas, surge la causal 3ª. de casación.

No hay dudas sobre la confusión que en este punto crea el casacionista. Primero, porque mezcla lo referente a la forma de participación, que parece generarle incertidumbres; segundo, porque vuelve sobre la prueba al impetrar que se una a la investigación de Torres la de González para poder desentrañar el grado de intervención delictiva de aquél; y tercero, porque tras hablar de violación de la ley procedimental, termina, sencillamente, pidiendo nulidad. Este "cargo" no es desarrollado en manera alguna; se queda en el mero enunciado, amén de que sin impartirle mayor importancia al tema, deja de lado nítidas disposiciones constitucionales y legales que conducen a la ruptura de la unidad procesal, y tacha la última parte del artículo 88 del C. P.P., que indica cómo tal fenómeno ritual no genera nulidad, a menos que afecte las garantías constitucionales. No es posible, de otra parte, que hubiera olvidado que desde el momento en que fue resuelta una situación jurídica dentro del mismo proceso, el juez 2°. de instrucción penal militar compulsó copias con destino a la justicia ordinaria para que allí fuera valorada la conducta del civil Jorge González Morales. Pero aparte de esta última reflexión, pertinente ahora es señalar que entreverando participación criminal con imposibilidad de ruptura de la unidad procesal, enmaraña su anhelo ante el Juez de casación porque no se hace entender, con nitidez, sobre lo realmente pretendido.

1.4. Como otra forma de violación directa, que llama "segundo aspecto de la causal primera", encuentra lo relacionado con la antijuridicidad, que señala como ruptura del artículo 4°, del Código Penal.

Trata de desarrollar el tema afirmando que si la conducta se hubiera dirigido a los bienes, estos serían privados y no públicos, es decir, retoma lo ya expuesto con anterioridad, cuando se esforzaba por demostrar la atipicidad frente al peculado. Y dice:

"... si se mira la conducta aquí enjuiciada, ella, en caso de haberse tipificado plenamente, en nada afecta el bien jurídico protegido, la administración, pero ni tan siquiera los bienes del Estado, sino un patrimonio privado, así calificado no solo por la índole de las funciones correspondientes al Voluntariado, sino por los fines individuales que la organización mencionada, de derecho privado, pretende solventar..." (Fls 12 y 13 de la demanda).

Como fácilmente se detecta, la "segunda" parte de la causal es igual a la anterior pues tiene que ver con los "bienes", así en unos momentos los denomine "objeto material" y en otros "bien jurídico". Por tanto, las objeciones hechas en precedencia tienen cabida también en esta sede.

2. Sobre el segundo cargo.

Tampoco puede ser admitida la pretensión, por las siguientes razones:

2.1. A lo largo de esta respuesta al casacionista se ha señalado la oscuridad plural que enseña frente al recurso extraordinario de casación. En relación con los temas planteados como "nulidad", es válido recordar que el artículo 225-3 del C. de. P. P. plasma los principios de claridad y precisión que deben acompañar a toda demanda, axiomas que se pierden en el libelo que se analiza pues que hablar de nulidad por una ruptura de la unidad procesal indebida, por incompetencia y por necesidad de establecer el grado de participación delictiva del procesado, empaña la nitidez que se espera en sede de casación.

2.2. *De largo tiempo, la Corte ha dicho, ceñida al mensaje de la ley, que dentro de la demanda se pueden exponer varios cargos, incluso excluyentes, pero que se tiene que hacer de manera separada, cada uno con su propio sustento.* Y agrega que no es válido, al presentar una censura, remitirse a argumentos alegados en cargos anteriores (por ejemplo, auto del 10 de marzo de 1994, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel). No obstante, el libelo que nos ocupa seguidamente incurre en la irregularidad que se menciona, porque, vgr., cuando alude, para efectos de la causal primera, a errónea calificación, introduce la incompetencia, y cuando se refiere a ésta, después, habla de una y otra tipificación. Y en cuanto a las causales de nulidad que menciona, la demanda refunde con mucha nubosidad las pretensiones del demandante.

2.3. *También se sabe, por el principio de prioridad, que cuando se acude a varios cargos y uno de ellos es la nulidad, el referente a ésta debe ser expuesto en forma principal.* El orden señalado es una regla de casación establecida con mucho tino. Sin embargo, como ya fue señalado, el casacionista rompe el principio en su escrito porque, primero, al inicio, indica que acude a dos causales: la violación directa de la ley sustancial y, después, la nulidad (Fl. 4 de la demanda); segundo, porque desarrolla así, en este orden: sustentación de la causal primera (Fl. 5 de la demanda), segundo aspecto de la causal primera (Fl. 12) y, finalmente, causal tercera (Fl. 15); y por último, porque en las conclusiones considera que se ha violado la causal primera de casación "... y, en segundo lugar... . ", se hace actual "... la causal tercera de casación..." (Fls. 16 y 17 de la demanda).

2.4. De otra parte, ya más concretamente, si el casacionista consideraba que la investigación no podía adelantarse en la Justicia Penal Militar, estaba en la obligación de demostrar el factor que determinaba la competencia en cabeza de la Justicia ordinaria. Se limitó, sin embargo, a estimar que eran suficientes los mismos argumentos que había utilizado en torno de la causal primera.

Como se desprende de lo brevemente dicho, la demanda adolece de formas básicas en su construcción. Por ello debe ser rechazada.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal-,

RESUELVE:

Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del señor Cenón Torcuato Torres Gutiérrez y, por tanto, 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, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. 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

Cualquiera que sea la causal que se invoque, la demanda de casación no es de libre elaboración y debe ceñirse a los requisitos establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales está el señalamiento de la preceptiva que se estime infringida y la indicación clara, precisa y completa de los fundamentos, en armonía con la naturaleza del quebrantamiento aducido, además de demostrar la trascendencia del yerro en la decisión.

No se trata de señalar cualquier error, sino la existencia de una falla sustancial y su incidencia en la estructura del proceso, en la medida en que haya ocasionado una alteración de las bases esenciales de la instrucción o del juzgamiento, de conformidad con la causal de nulidad invocada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 15125

ASUNTO

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en defensa del procesado Enrique Espinosa Torres, sindicado de rebelión.

HECHOS

La tarde del 4 de julio de 1993, la Brigada Móvil N° 2 efectuó un retén, en la vereda Campo de Yuca del municipio de Tibú (Norte de Santander). Enrique Espinosa Torres, conductor de la camioneta Toyota, modelo 1979, placa JAK 296 de Venezuela y el pasajero Jairo Calderón Santos fueron capturados al hallarse dentro del automotor una carabina Winchester, calibre 22 y una granada, quienes luego informaron que Mario Pinzón Botello, Alvaro Estévez Rodríguez y Marco Tulio Blanco Ramírez pertenecían al EPL y se logró su aprehensión, al igual que la de Víctor Julio León Joya, de quien se coligió que también hacía parte de ese grupo subversivo.

ANTECEDENTES PROCESALES

Una Fiscalía Regional de Cúcuta abrió investigación y escuchó en indagatoria a Jairo Calderón Santos, Enrique Espinosa Torres, Mario Pinzón Botello, Marco Tulio Blanco Ramírez y Alvaro Estévez Rodríguez y el 19 de julio de 1993 decretó su detención preventiva (fs. 113 y Ss., cd.1). Cerrada la investigación, el 1º de julio de 1994 les fue proferida resolución de acusación por rebelión (fs. 252 y Ss. cd. 3.). El 15 de septiembre siguiente el *ad quem* confirmó el pliego de cargos apelado.

Correspondió a un Juzgado Regional de Cúcuta adelantar el juicio y el 6 de octubre de 1997 condenó a Alvaro Estévez Rodríguez y Víctor Julio León Joya o Aníbal Eberto Páez por rebelión, a 6 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales; absolvió a Jairo Calderón Santos, Enrique Espinosa Torres, Mario Pinzón Botello y Marco Tulio Blanco Ramírez(fs. 50 y Ss. cd. 5).

Al resolver la consulta, el 7 de mayo de 1998 el Tribunal Nacional declaró la nulidad parcial de lo actuado, a partir del cierre de la investigación, en lo que respecta a Jairo Calderón Santos; revocó la absolución y en su lugar, condenó a Mario Pinzón Botello, Marco Tulio Blanco Ramírez y Enrique Espinosa Torres, por rebelión, a 6 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de 120 salarios mínimos legales mensuales; y confirmó lo demás, mediante sentencia que es objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación es formulado el único cargo a la sentencia impugnada, por haberse violado el debido proceso, argumentando que en el fallo se incurre en un error de derecho.

El impugnante dice que en la sentencia recurrida se afirma que los sindicados pertenecen al EPL y está demostrada la materialidad del delito de rebelión, pero tal situación no se soporta en prueba alguna y los informes del Ejército no tienen la más mínima credibilidad.

Expresa que algunas armas le fueron colocadas a los capturados por miembros de las Fuerzas Militares, no siendo aquéllos quienes las portaban. Existieron dos retenes y varios acusados pasaron sin inconvenientes el primero, lo cual revela que no llevaban armas de fuego. Agrega que fueron capturados el 4 de julio de 1993 y sus derechos se los dieron a conocer el siguiente 6; el expediente pasó al despacho el 4 de julio de 1995 y la sentencia fue dictada el 6 de octubre de 1997. Así mismo asevera que las armas presuntamente halladas no fueron dejadas a disposición de la Fiscalía, que los testigos con reserva de identidad hacen imputaciones genéricas y que los soldados eluden responder sobre la incautación de tales armas.

Insiste en que no hay la certeza necesaria del decomiso de las armas de fuego a Enrique Espinosa Torres y Jairo Calderón Santos, debiéndose deses-

timar lo expresado por los testigos con reserva de identidad y tener en cuenta la "inexistencia legal del casette" donde aparece lo reconocido por el procesado Mario Pinzón Botello sobre sus actividades como insurgente; "se debe sumar a ésto que los sindicados fueron vilmente torturados... lo que invalida igualmente las actuaciones e informes de los militares". Las contradicciones que éstos presentan anulan el resto de pruebas, hay incongruencias en los números de serie de las armas, su cantidad y los alias de los supuestos guerrilleros, sin que exista demostración firme contra Enrique Espinosa Torres, aunque la haya contra otros acusados.

Anota que el *ad quem* incurrió en varios errores de hecho, como la omisión de algunas pruebas, no darle valor demostrativo a los testigos aportados por la defensa y distorsionar el sentido del conjunto probatorio. También cometió errores de derecho al darle valor de prueba a las declaraciones de testigos con reserva de identidad, no ordenadas por el competente, recibidas por un funcionario que no estaba facultado para ello y le dio nivel de indicio a la grabación de la versión del sindicado Pinzón Botello, obtenida mediante tortura.

Por lo anterior, solicita casar el fallo condenatorio y absolver a Enrique Espinosa Torres de rebelión, además de ordenar la entrega de la camioneta Toyota, placa JAK 296 de Venezuela.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Cualquiera que sea la causal que se invoque, la demanda de casación no es de libre elaboración y debe ceñirse a los requisitos establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales está el señalamiento de la preceptiva que se estime infringida y la indicación clara, precisa y completa de los fundamentos, en armonía con la naturaleza del quebrantamiento aducido, además de demostrar la trascendencia del yerro en la decisión.

No se trata de señalar cualquier error, sino la existencia de una falla sustancial y su incidencia en la estructura del proceso, en la medida en que haya ocasionado una alteración de las bases esenciales de la instrucción o del juzgamiento, de conformidad con la causal de nulidad invocada.

El recurrente no enunció el cargo que dice va a formular, únicamente señaló que hubo violación del debido proceso, pero en ninguna parte concreta en qué consistió esa vulneración, ni en qué etapa se presentó. Tan solo al final menciona algunos actos que podrían considerarse irregulares, pero referidos a algunas pruebas, lo cual no se transmite al resto de la actuación, ni incide en la estructura básica del sumario ni del juicio.

La mayor parte del libelo lo dedica a analizar la prueba, bajo su particular punto de vista; resalta algunas contradicciones y llega a la conclusión de que no son creíbles los informes militares. Se observa así que se aparta totalmente de la causal de casación invocada, en la cual deben señalarse las

irregularidades sustanciales que socaven las bases fundamentales del proceso y no inmiscuirse con valoraciones probatorias.

Los aparentes errores de hecho, consistentes en la no apreciación de una probanza o la tergiversación de otras que no especifica, serían falsos juicios de existencia por omisión o de identidad, que ha debido presentar al amparo de la causal primera de casación. Lo mismo ha de decirse acerca de los yerros de derecho aparentemente cometidos en la aducción de los testimonios con reserva de identidad (falso juicio de legalidad) y no acudir a la causal tercera por supuesta violación del debido proceso, que no afectaría la esencia de éste.

Se aprecia así, que el impugnante no presentó ni desarrolló el cargo que parcialmente enunció y en su mayor parte le dio un contenido de alegación de instancia, además de hacer referencia a unos supuestos errores de hecho y de derecho, con lo cual se apartó totalmente de la censura por causal tercera que pretendió formular. Al incumplir de tal manera los requisitos formales señalados en la ley procesal, se torna imposible un posterior examen de fondo.

Como la Corte no puede entrar a llenar los vacíos, ni suplir las deficiencias, ni corregir las imprecisiones de la demanda, se impone su rechazo de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, lo cual conduce a declarar desierta la impugnación, mediante decisión que adquiere ejecutoria en la fecha en que es suscrita (art. 197 ib.) y no admite recurso alguno.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en defensa del procesado Enrique Espinosa Torres y, en consecuencia, declarar desierta la impugnación interpuesta.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese 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 Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

De conformidad con el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, resulta evidente que el recurrente carece de legitimidad para solicitar que la Corte le admita el recurso de casación por la vía discrecional.

En efecto, el legislador contempló tal especie del recurso extraordinario, para aquellas sentencias que no cumplan con los requisitos de procedibilidad para acceder a la común, cuando la Sala lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la protección de los derechos fundamentales. Además, sólo legitimó a determinados sujetos procesales para acudir a este medio de impugnación, entre los cuales no incluyó al tercero civilmente responsable.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 16207

VISTOS

Decide la Corte la admisibilidad del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el apoderado del tercero civilmente responsable contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva, mediante la cual condenó a Juvenal Tabares Arnézquita a las penas principales de 3 años de prisión y multa de $10.000, por el delito de lesiones personales culposas.

ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Campoalegre (Huila), mediante sentencia del 20 de noviembre de 1998, condenó al citado procesado a las penas principales de 3 años de prisión y multa de $10.000, como autor del delito de lesiones personales culposas.

De igual manera, lo condenó a pagar, de manera solidaria con los terceros civilmente responsables, los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados con la infracción a la ley penal.

Apelado el fallo por el apoderado de la parte civil y el defensor, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Neiva, al desatar el recurso, lo confirmó, mediante sentencia del 9 de junio de 1999.

2.- Contra la anterior decisión el apoderado del tercero civilmente responsable interpuso el recurso extraordinario de casación discrecional, sin especificar los motivos de su inconformidad.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

De conformidad con el inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, resulta evidente que el recurrente carece de legitimidad para solicitar que la Corte le admita el recurso de casación por la vía discrecional.

En efecto, el legislador contempló tal especie del recurso extraordinario, para aquellas sentencias que no cumplan con los requisitos de procedibilidad para acceder a la común, cuando la Sala lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la protección de los derechos fundamentales. Además, sólo legitimó a determinados sujetos procesales para acudir a este medio de impugnación, entre los cuales no incluyó al tercero civilmente responsable.

Por tal motivo, al no estar éste facultado para acceder a la casación excepcional, la Corte no puede admitir el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso de casación discrecional solicitado por el apoderado del tercero civilmente responsable.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguera, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Normatividad

El artículo 72A del Código Penal dispone que con excepción de los delitos de: Enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la ley 40 de 1993; secuestro; extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y, amenazas personales o familiares; los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en las Leyes 360 y 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, el Juez concederá la libertad condicional al condenado a la pena privativa de la libertad mayor de tres años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón,*

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 13609

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de libertad suscrita por la apoderada de Delnor Hernando Zapata Arboleda, con base en la ley de alternatividad penal, por cuanto que considera que su representado reúne los requisitos exigidos para ello.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *El artículo 72A del Código Penal dispone que con excepción de los delitos de: Enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la ley 40 de 1993; secuestro; extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia*

oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y, amenazas personales o familiares: los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en las Leyes 360 y 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, el Juez concederá la libertad condicional al condenado a la pena privativa de la libertad mayor de tres años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

2. Beinor Hernando Zapata Arboléda fue condenado por el Juzgado 39 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá con sentencia del 12 de diciembre de 1996 a la pena de 13 años de prisión por los delitos de tentativa de homicidio y falsedad marcaria. El Tribunal Superior de esta capital confirmó dicha providencia en segunda instancia.

3. El procesado fue privado de la libertad el 23 de mayo de 1995, llevando a la fecha en detención física 51 meses y 10 días.

4. Con auto del 11 de noviembre de 1998 la Sala le reconoció al acriminado una redención de pena por trabajo y estudio de 11 meses y 24 días. Con posterioridad a esta ocasión, por orden de la Corporación, conforme a petición de la defensora de Zapata Arboleda, se requirió a las autoridades del penal donde se encuentra recluido aquél para que se allegaran los documentos relativos a las actividades ejecutadas por aquél con el propósito de examinar el descuento de pena solicitado, enviándose la calificación de la conducta del interno en el último trimestre y la constancia que comprende el trabajo entre agosto de 1998 y julio de 1999. Como no se aportó el acta de evaluación que exige el artículo 101 de la Ley 65 de 1993 no es posible tener en cuenta esas actividades para efectos de descuento de pena.

5. El sindicado a la fecha ha descontado 63 meses y 4 días, tiempo que resulta inferior al mínimo del quantum de la pena exigida en el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, equivalente a 93 meses y 18 días, debiendo la Sala denegar la libertad solicitada por no cumplir el factor objetivo requerido.

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

RESUELVE:

Negar la libertad solicitada por la apoderada de Beinor Hernando Zapata Arboléda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando 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.

CASACION-Impugnación

Tampoco se podía conceder con fundamento en que era conexo al concierto para delinquir, cuyo máximo de pena a la sazón era de 6 años de prisión, pues aunque la Sala ha aceptado que la conexidad a que se refiere la norma no es la restringida del artículo 87 del C. de P.P., sino que es más amplia, comprendiendo los delitos que se deciden en la misma sentencia, como ocurrió en este caso, para la procedencia del recurso, de todos modos es necesario que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite o por lo menos que se haya condenado por él al recurrente, así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos.

Aunque aceptáramos que lo pretendido fue interponer la casación discrecional, cuya admisión o inadmisión es de competencia exclusiva de la Corte, al tenor del inciso final del artículo 218 del C. de P.P., era necesario que dentro del término de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia, lo sustentara, esto es, que expresara, así fuera brevemente, los motivos para que se le concediera, que no pueden ser otros que la protección de un derecho fundamental vulnerado en las instancias o la necesidad de desarrollar la jurisprudencia, sin que fuera aún la oportunidad, como erróneamente lo cree, para presentar la pertinente demanda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 16020

VISTOS

Decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por la procesada Nohora Cecilia Rodríguez Romero contra el auto del 20 de abril del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá denegó el recurso extraordinario de casación.

ANTECEDENTES

1. De acuerdo con las copias aportadas a este diligenciamiento, se sabe que mediante sentencia del 24 de febrero de 1999, el Tribunal Superior de

Santa Fe de Bogotá, al desatar el recurso de apelación interpuesto, confirmó la condena que le fuera impuesta, por el Juzgado 5° Penal del Circuito de la misma ciudad, a los procesados Edisson Alfonso Mora Castañeda, Divina Morales de García, Angel Horacio González Lara y Nohora Cecilia Rodríguez Romero, por los delitos de concierto para delinquir y cohecho por dar u ofrecer.

2. Inconforme con la anterior decisión, los procesados Edisson Alfonso Mora Castañeda y Nohora Cecilia Rodríguez Romero, condenada esta última por el delito de cohecho por dar u ofrecer, interpusieron el recurso extraordinario de casación, el cual les fue negado por el Tribunal, con providencia del 20 de abril siguiente, por las siguiente razones:

2.1. Estimó que el delito de cohecho por dar u ofrecer, por el cual la procesada Nohora Rodríguez Romero fue condenada, para la época de los hechos tenía como pena máxima 2 años de arresto, por lo que por razón del quantum punitivo no admitía la impugnación propuesta.

Dice que tampoco se puede predicar que existe conexidad con el delito de concierto para delinquir, ya que ella no fue ni investigada ni juzgada por ese punible.

2.2 En cuanto atañe al procesado Edisson Alfonso Mora Castañeda, afirma que como quiera que el acusado "no cuestionó en su oportunidad, a través de los recursos ordinarios, el contenido de la sentencia condenatoria en cuanto a él hacía referencia..., mal puede aceptarse que aspire ahora este sujeto procesal a que su situación sea estudiada en sede de casación", por cuanto que implicaría que se estudiara la sentencia de primera instancia.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE HECHO

La procesada Nohora Cecilia Rodríguez Romero, dice que su inconformidad con la providencia que recurre radica en que el Tribunal sólo analizó el aspecto objetivo referente al quantum punitivo "impuesto para desechar y desde luego frustrar la posibilidad de recurrir en casación a la directamente afectada con el juicio de reproche en comento".

Asevera que el Magistrado "no podía... estudiar la modalidad de la casación por vía excepcional", ya que sólo le interesaba presentar ante la Sala la violación de los derechos fundamentales que sufrió en el proceso y, por tal motivo, es ella en su fuero interno la que sabe en qué consistieron dichas transgresiones.

Reitera que el recurso de casación tiene tres modalidades previstas en la ley, para ser viable "su revisión", a saber: "El quantum de la pena a imponer en el delito objeto del juicio de reproche. 2. Los delitos conexos con éstos y 3. La casación por vía excepcional, cuando haya violación de derechos fundamentales o por necesidad del desarrollo de la jurisprudencia".

Luego de explicar desde su personal óptica el contenido y alcance de los artículos 218 y 224 del Código de Procedimiento Penal, aduce que el objetivo

de este recurso de hecho es "buscar que la Honorable Corte Suprema de Justicia me conceda el término de traslado en igualdad de condiciones de quien interpone el Recurso de Casación por el quantum de la pena, de 30 días para presentar una demanda técnicamente desarrollada por un abogado".

De igual manera, pretende que la Sala indique, con apego a los derechos fundamentales, el "trámite que se debe guardar, observar y llevar a cabo por el Honorable Tribunal Superior para los procesos en que por cualquiera de las tres modalidades se recurra en casación, ...", en especial en lo que atañe a la casación discrecional que no tiene un procedimiento regulado por la ley, máxime que en el término de ejecutoria de la sentencia se obliga al recurrente "no sólo interponerla, sino que debe igualmente acompañar la demanda", violándose así el artículo 13 de la Constitución Política.

Por lo expuesto, solicita que se revoque la providencia que niega la concesión del recurso de casación interpuesto en tiempo y se ordene al Tribunal "dar el trámite del artículo 224 del C. de P.P., concediéndome el traslado de 30 días para que un abogado en ejercicio y en mi nombre proceda a exponer técnicamente a través de una demanda cuál es la causal que me asiste a ir en casación".

Consideración de la Corte

Conforme a lo expuesto en precedencia, se advierte qué razón le asistió al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá para haber negado la concesión del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia.

En efecto, resulta claro para la Sala que el que se interpuso, entre otros, por la procesada Nohora Cecilia Rodríguez Romero, fue el contemplado en el inciso primero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, y no la discrecional, no obstante que el quantum punitivo máximo del delito de cohecho por el que fue condenada no alcanzaba el exigido en la citada norma, ya que por la época tenía una sanción de arresto entre 3 meses y 2 años.

Tampoco se podía conceder con fundamento en que era conexo al concierto para delinquir, cuyo máximo de pena a la sazón era de 6 años de prisión, pues aunque la Sala ha aceptado que la conexidad a que se refiere la norma no es la restringida del artículo 87 del C. de P.P., sino que es más amplia, comprendiendo los delitos que se deciden en la misma sentencia, como ocurrió en este caso, para la procedencia del recurso, de todos modos es necesario que se haya impugnado el fallo por el delito cuyo máximo punitivo lo admite o por lo menos que se haya condenado por él al recurrente, así su cuestionamiento sólo se relacione con los conexos, alternativas que no se dan aquí, pues el condenado por concierto para delinquir carecía de interés para acudir a la casación, por no haber apelado el fallo de primera instancia y no haberlo desfavorecido el de segunda, y la recurrente no fue condenada por ese punible.

Por otra parte, al serle negado el recurso extraordinario de casación, por la vía común, la impugnante pretende ahora que lo que quiso interponer fue el de casación discrecional, pero que le fue negado sin que se le hubiese dado

la oportunidad de sustentarlo, esto es, sin que se corriera el traslado de los 30 días para elaborar la demanda.

A este respecto, tampoco le asiste ninguna razón, pues, por tratarse de un recurso extraordinario y rogado, es deber del impugnante identificar la modalidad de casación que interpone, ya que por la regulación autónoma que las caracteriza son excluyentes y la discrecional no es subsidiaria de la común, por lo que la invocación a posteriori no puede ser tenida en cuenta por extemporánea, como lo ha sostenido la Sala.[1]

Más aún, aunque aceptáramos que lo pretendido fue interponer la casación discrecional, cuya admisión o inadmisión es de competencia exclusiva de la Corte, al tenor del inciso final del artículo 218 del C. de P.P., era necesario que dentro del término de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia, lo sustentara, esto es, que expresara, así fuera brevemente, los motivos para que se le concediera, que no pueden ser otros que la protección de un derecho fundamental vulnerado en las instancias o la necesidad de desarrollar la jurisprudencia, sin que fuera aún la oportunidad, como erróneamente lo cree, para presentar la pertinente demanda.

En los casos en que el recurso es concedido por la Corte, el expediente es devuelto al tribunal o juzgado de origen, con el fin de que allí se corra el traslado de que trata el artículo 224, dentro del cual sí se deberá presentar la demanda, con el rigor técnico exigido por la ley.

Por lo tanto, no es cierto, como lo asevera la recurrente, que en la casación por la vía discrecional se viole el principio de igualdad con relación a la común, pues en ambos hay un término de 30 días para confeccionar el libelo de demanda.

La única diferencia, en cuanto a la sustentación, radica en que la primera debe sustentarse, sin formalismos de ninguna clase, en el término de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, requisito que no se exige para la común, para que la Corte disponga de unos mínimos elementos de juicio que le permitan determinar si la concede o no.

De las consideraciones anteriores se colige que a la impugnante no le asiste la razón, siendo acertada la decisión atacada, por lo que el recurso de hecho no prospera.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por la sentenciada Nohora Cecilia Rodríguez Romero.

---

[1] Auto del 23 de noviembre de 1998, MP, Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

Cópiese, devuélvase 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.

LEGITIMA DEFENSA/ DOLO/

La legítima defensa es de aquéllos institutos penales que para su reconocimiento exigen la concurrencia de todos los elementos que la configuran -existencia de la agresión, actualidad o inminencia, dirección hacia derecho propio o ajeno, necesidad de defensa, proporcionalidad-, y si el desamparo de la censura llega a extremos en los que ni siquiera se puede otear cómo cada uno de los factores de la justificante muestran real existencia a través de pruebas sobre las cuales cometió el error el funcionario, es forzoso concluir que no hay juicio técnico, con la inmediata consecuencia de conservar el fallo la incolumidad por sus notas de acierto y legalidad no desvirtuadas.

Es preciso recordar que el derecho penal en nuestro medio es de acto, con la inmediata consecuencia de que el elemento interno o subjetivo del autor, no puede menos que descubrirse a través de los diferentes medios probatorios, los mismos que habrán de reportar la intención, elemento este de vital importancia para la determinación del tipo referido a un ataque contra la vida o contra la integridad personal.

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

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

Aprobado Acta N° 131 Proceso No. 10559

Vistos

Procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de casación que con la demanda respectiva presentó el defensor del procesado Jesús Efrén Rojas Salcedo contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, fechada el 13 de diciembre de 1994, mediante la cual confirmó la condena a 8 años y 4 meses de prisión que por el delito de homicidio en estado de ira había impuesto el Juzgado 61 Penal del Circuito.

Hechos y Actuación Procesal

En esta ciudad, a eso de las 9 p.m. del 22 de agosto de 1993, después de haberse producido una refriega dentro de una buseta de servicio público afiliada a la empresa Transpensilvania, Jesús Efrén Rojas Salcedo resultó expulsado de la misma por una de las ventanas, ante lo cual reaccionó dispa-

rando en contra de Carlos Alberto Cardona, uno de los rijosos, quien recibió el impacto letal al asomarse desde el vehículo.

Al día siguiente de los hechos se abrió la investigación y se vinculó como procesado a Jesús Efrén Rojas Salcedo, a quien luego la Unidad Primera de Vida aseguró con detención preventiva por el delito de homicidio simple, injusto por el cual fue acusado el 9 de noviembre de 1993 en decisión que confirmó la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales el 26 de noviembre del mismo año.

De la etapa del juicio conoció el Juzgado 61 Penal del Circuito quien concluyó la instancia con sentencia condenatoria, reconociendo al procesado el estado de ira; providencia que al revisar en apelación confirmó el Tribunal el 13 de diciembre de 1994, no sin antes advertir que no se hallaban cumplidos los requisitos de la degradante punitiva, por lo que sin afectar el fallo en perjuicio del procesado porque era apelante único, ordenó la compulsación de copias a fin de que la Fiscalía, si lo tenía a bien, investigara al funcionario que tal concesión había hecho.

Síntesis de la Demanda

Primer cargo. Violación indirecta.

El censor acusa la sentencia de contener errores de hecho que determinaron la parte resolutiva.

En tal sentido asegura que si el Tribunal reconoció que el procesado fue expulsado del vehículo y que hubo agresiones, ello implicaba una conducta justificatoria de legítima defensa, de tal forma que si bajo las circunstancias que moldearon el caso -hecho emocional- se pretende fraccionar la necesidad del derecho con el argumento de que las agresiones habían concluido cuando el acusado disparó, esto es un error producto de la "incorrecta apreciación de las pruebas" al creerse desvirtuado con el testimonio de los agresores algo tan cierto y cuyo alcance únicamente podía medirse con la óptica del que actuó "que fue quien padeció algo tan evidente y gráfico".

Fundamenta el cargo en que hay una incapacidad de medicina legal demostrativa de las lesiones infligidas al procesado y en la posición que tenía la víctima, según el plano levantado de acuerdo con la versión del agresor Iván Gómez -la cual debe apreciarse con beneficio de inventario-, de donde surge la antinomia entre la verdad procesal y la visión del fallador, lo que pone de presente la falta de aplicación del artículo 29 numeral 4 del Código Penal.

Solicita la casación del fallo y el proferimiento de otro absolutorio de remplazo.

Segundo cargo. Violación directa.

En esta oportunidad el libelista funda la censura en que el haber reconocido en favor del procesado el estado de ira implicaba una responsabilidad por homicidio preterintencional debido a que lo colegible era un dolo dirigido a lesionar "habiéndose dado la muerte, siendo previsible".

Y argumenta que si la ira es ley del proceso, quedaba por establecer la existencia de una prueba capaz de desvirtuar el dicho de Efrén Rojas sobre su intención al disparar; probanza que hubiera sido un dictamen psiquiátrico, que no se practicó, sin ser este argumento invasor de una censura no propuesta sino una explicación necesaria para demostrar la buena fe del procesado y del Tribunal.

Hecha la mentada aclaración, enfatiza que el estado de ira derivaba la necesaria aplicación del artículo 325 del C.P. "como salida Jurídica Subsidiaria propuesta por la defensa desde la vista pública y en forma más clara en la sustentación del Recurso de Apelación".

Depreca que se case la sentencia recurrida y en su lugar se profiera la sustitutiva de responsabilidad por homicidio preterintencional.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte que mantenga incólume el fallo.

Sobre el primer cargo, después de un preámbulo atinente a la causal de justificación de la legítima defensa y sus requisitos, sostiene que en el caso no se presentó de acuerdo con el meticuloso examen que de las pruebas hizo el fallador, en el que la indagatoria fue sopesada y desmentida por los testimonios de Iván Fernando Arce, Gloria Zulema Barrero y el conductor de la buseta, por quienes pudo establecerse que el procesado había sido el iniciador de la riña y que en ningún momento el occiso "se haya abalanzado al procesado con un cuchillo...".

De esta manera afirma que la labor del censor consiste en interpretar de manera distinta a como lo hace el Tribunal los elementos de juicio aportados al proceso sin lograr demostrar que sus decisiones fueron el resultado de error alguno, por lo que la demanda deviene antitécnica, hecho también visible cuando promueve el ataque a partir de una expresión general desechando la claridad requerida por el recurso extraordinario y olvidando la presunción de acierto y legalidad con que los fallos llegan a esta sede casacional.

Sobre el segundo cargo opina que no corre mejor suerte en la medida en que el desarrollo de la censura no corresponde con el planteamiento inicialmente propuesto, toda vez que el censor pretende acreditarlo con aspectos propios de la causal tercera, como es la falta de la práctica de un examen psiquiátrico al procesado, tendiente a demostrar la intención de herir al disparar, lo que entraña una manifiesta violación del principio de la autonomía de las causales de casación.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Primer cargo. Violación indirecta.

En reiteradas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala ha puesto de presente la inocuidad de las demandas cuyos planteamientos referentes a errores

de hecho dejan de mencionar las pruebas sobre las cuales se materializa el error y su clase -si falso juicio de existencia por omisión o suposición, o falso juicio de identidad-, así mismo la incidencia de éste en el fallo.

Y esta exigencia casacional se hace igualmente insoslayable tratándose de casos en los que se busca quebrar el fallo para ser reemplazado por el que reconozca la justificación, toda vez que *la legítima defensa es de aquéllos ius títulos penales que para su reconocimiento exigen la concurrencia de todos los elementos que la configuran -existencia de la agresión, actualidad o inminencia, dirección hacia derecho propio o ajeno, necesidad de defensa, proporcionalidad-, y si el desamparo de la censura llega a extremos en los que ni siquiera se puede otear cómo cada uno de los factores de la justificante muestran real existencia a través de pruebas sobre las cuales cometió el error el funcionario, es forzoso concluir que no hay juicio técnico, con la inmediata consecuencia de conservar el fallo la incolumidad por sus notas de acierto y legalidad no desvirtuadas.*

Ninguno de estos requerimientos técnicos deja ver el libelista en su demanda, porque todo lo centra en que si el sujeto resultó expulsado del vehículo por obra de las lesiones que le habían sido causadas dentro de él hechos que dice fueron reconocidos por el Tribunal- se imponía para la judicatura la obligación de reconocer la legítima defensa: planteamiento del todo ajeno a los fines de la casación, ya que como en efecto ocurrió termina por buscar apoyo a su tesis en la desacertada opinión de que a través de la indagatoria era como podía nutrirse la idea de que el procesado había actuado justificadamente.

Una tal argumentación deja a la Corte sin base de la cual pueda partir para determinar si hubo o no errores y sobre cuáles pruebas se presentan, contrario a esto, lo que abunda es la referencia personal del demandante acerca de la manera como esperaba fueran evaluadas algunas de las unidades de investigación -la indagatoria y el reconocimiento médico legal practicado al procesado-, olvidando que su criterio no puede avasallar el del juzgador por reputarse éste legal y acertado, lo que asido del principio de limitación impide al Juez de casación ir más allá de lo propuesto en el ataque, pues no puede pasarse por alto que la naturaleza del recurso es rogada y la función del censor consiste en avisar y demostrar los yerros que le restan legalidad al fallo, cometido este que constituye el tema central y unívoco del extraordinario recurso.

Así las cosas, brilla por su ausencia la técnica en la elaboración de la demanda, en contraste con la forma ordenada y racional como el Tribunal apreció el acervo probatorio, del cual dedujo que cuando el procesado disparó ya se encontraba fuera de cualquier peligro que hubiera podido poner en riesgo su integridad por parte de aquéllos con los que; desarmados, antes había peleado dentro de la buseta, de la cual fue expulsado por la fuerza impримida contra su cuerpo para evitar que sacara el arma finalmente utilizada desde el piso sobre la humanidad de Carlos Alberto Cardona Rincón con un disparo dirigido a zona vital por quien estaba bien entrenado para ello: un escolta.

El cargo no prospera.

Segundo cargo. Violación directa.

La violación directa de la ley sustancial, ataque que para ser preciso en casación supone el planteamiento de un debate puramente jurídico por cuanto no hace referencia a las pruebas sino a la aplicación de las normas, constituye un ejercicio en el que el demandante debe reconocer la forma como el juez apreció los hechos, lo que lleva insita la anuencia sobre la valoración dada a los elementos de convicción.

No empece, en esta ocasión el libelista tampoco enrutó por el sendero adecuado el desarrollo del cargo, a fuerza de considerar con el equivocado y no menos incomprensible argumento de que al haberse reconocido al justiciable el estado de ira, era preciso deducirle responsabilidad penal por homicidio preterintencional y no por la modalidad simple que fue la que se consideró en la condena del Tribunal.

Tan peculiar razonamiento lo hace el casacionista fincado en un hipotético caso a partir del cual deduce su aplicación a la generalidad de los asuntos en los que haya sido reconocida la aminorante de la ira, olvidando que no todos los aconteceres delictuales són idénticos y que aquélla opera como fundamento modificador del marco punitivo sin ataduras previas a tipos penales que por tener una forma de culpabilidad más favorable al procesado parecieran serle connaturales o tan afines que necesariamente reclamaran su aplicación.

No, *es preciso recordar que el derecho penal en nuestro medio es de acto, con la inmediata consecuencia de que el elemento interno o subjetivo del autor, no puede menos que descubrirse a través de los diferentes medios probatorios, los mismos que habrán de reportar la intención, elemento este de vital importancia para la determinación del tipo referido a un ataque contra la vida o contra la integridad personal.*

Pero el argumento del recurrente se hace menos comprensible si se repara que el Tribunal no fue partidario del reconocimiento del estado emocional, lo cual lo obligaba a detenerse en la forma como el *a quo* al reconocerlo lo consideró configurado, para con ello poder edificar, al menos teóricamente, el juicio técnico jurídico; pero no, se contentó con remitir a la Corte a su intervención en la vista pública y a la sustentación del recurso de apelación, como si el trámite extraordinario abriera ex novo puertas a una reconstrucción evaluadora de actos procesales de las instancias ya superadas.

Tan equivocada concepción apenas sí explica por qué el censor echa de menos una prueba con la que considera se hubiera podido establecer el *animus* del procesado al disparar, y así se anticipe a manifestar que hace el comentario no para desviar el ataque sino para hacerlo completo y eficaz, lo cierto es que en ello la Corte descubre flagrante la incongruencia entre el planteamiento de la censura y lo que constituye su desarrollo, pues no cabe la menor duda de que cuando se extraña la práctica de una probanza, el camino para

alegarla en casación es la causal tercera, como un vicio de actividad que llegaría a ser, mas no como con desatino opina el libelista al decir que corresponde a un error de hecho, esto es a un vicio *in iudicando* cuyo correcto ataque debe intentarse por la vía de la causal primera.

De esta forma, reitera la Sala, la ira como degradante punitiva genérica, con lógica autonomía puede modificar la punibilidad de diferentes tipos penales, independientemente de las formas de culpabilidad de éstos -por ejemplo homicidio simple, agravado o preterintencional-, sin que por ello el método para su demostración sea extraño al de la libre apreciación probatoria que sólo somete al juez al respeto de las reglas de la sana crítica.

No está de más advertir que, pese a ser suficiente para desestimar el cargo el hecho de haber acudido el demandante al material probatorio -refiere a la intención probada con la indagatoria sin otro medio de convicción que la desvirtúe- dentro de la violación directa en la modalidad de inaplicación de la norma que no tolera esta clase de disfuncionalidades, el fondo de la argumentación está en contravía de la teoría general del delito, dogmática cuya observancia con mayor veras resulta indispensable en la órbita casacional.

No prospera el cargo.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia objeto de impugnación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

DEFENSA TECNICA/COLISION DE COMPETENCIA-Trámite/APELACION/CONFESION/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/REDENCION DE PENA

1. El ejercicio de la defensa técnica. No puede desconocerse que, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, la defensa material y técnica se impone en ambas fases del proceso penal colombiano (investigación y juzgamiento). En este orden de ideas, hoy en día no es posible pretextar que dicha garantía tuvo cumplida vigencia durante la segunda etapa, y entonces que, como se trata de actos más avanzados del proceso, con ello se enjugaría cualquier falencia ocurrida en la fase de la investigación.

Sin embargo, una vez establecido que la defensa no puede faltar en ninguno de los dos estadios procesales, sería exageradamente formal exigir que paso a paso en la instrucción, cualquiera sea la naturaleza de ellos, la participación del defensor sea inexorable. No, en realidad existen actuaciones que no pueden practicarse sin la presencia del defensor, tales son las que demandan la asistencia e intervención del procesado (indagatoria, examen del imputado en el lugar de los hechos, reconocimiento en fila de personas, sentencia anticipada, audiencia especial, etc.), en cuyo caso podría generarse una inexistencia (art. 161 C. P. P.), u otras en las que legalmente se dispone la presencia del defensor, aunque allí no se encuentre el sindicado (reconocimiento por medio de fotografías); pero, cumplidos aquellos insoslayables preceptos, el examen de la garantía de defensa técnica debe hacerse en el contexto y la realidad global de cada fase procesal, con tal de que los funcionarios judiciales no hayan entorpecido la oportunidad de contradicción o defensa para todos los sujetos procesales.

2. Sobre el supuesto de que la competencia la determina exactamente la ley y no la voluntad de las partes, el trámite de colisión de competencias reviste unas características especiales, dado que el juez que la proponga se dirigirá al otro exponiendo los motivos para conocer o no del caso concreto. El juez requerido, a su turno, si no está de acuerdo, contestará con la presentación de sus razones y de una vez enviará el expediente al funcionario judicial competente para resolver el conflicto, el cual lo hará de plano dentro de los tres días siguientes (art. 99 C. P. P.).

3. Las providencias que declaran desierto el recurso de apelación o las que lo deniegan por improcedente, no son interlocutorias sino de sustanciación especiales, decisiones que por su naturaleza jurídica sólo admitirían el recurso de reposición y/o de hecho (C. P. P., arts. 186, 199 y 204). De otra parte, la declaración de desierto sólo está prevista para el recurso de apelación que no se sustenta, no para aquel que se interpone fuera de tiempo, pues en este último caso simplemente se deniega (idem, art. 215).

4. No preveía el artículo 37 original del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), el pretendido derecho a la información anticipada al imputado, desde la diligencia de indagatoria, en relación con los eventuales beneficios por confesar el delito o facilitar terminación prematura del proceso. Tampoco lo hacen los vigentes textos de los artículos 37, 37A y 37B, resultantes de las modificaciones que al instituto le hizo la Ley 81 de 1993.

Eso sí, ya en el curso de la audiencia especial para terminación anticipada, una vez producido el acuerdo entre el fiscal y el procesado, los protagonistas declaraban su contenido ante el juez, quien debía ordenar su consignación por escrito en el acta, y, adicionalmente, dicho funcionario (no el fiscal) tenía la obligación de "explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad..." (se ha resaltado).

Ahora bien, salvo el tema de las notificaciones, el derecho a la información al imputado, y el correlativo deber que tendría el funcionario, sólo están previstos en los artículos 283 y 377 del Código de Procedimiento Penal. De acuerdo con el primero, el fiscal o el juez siempre harán saber al imputado sobre el derecho a no declarar contra sí mismo ni contra las demás personas indicadas en la norma, por estar ellas dentro de su convencional círculo de solidaridad. Y el segundo precepto consagra los derechos que deben informarse al capturado, entre los que no cuentan los de la existencia de eventuales beneficios por confesión o terminación anticipada.

5. De otra parte, el sindicado adquiere el derecho a una rebaja de pena cuando admite la responsabilidad, no antes o con la sola información o el solo conocimiento de la norma que lo prevé, motivo por el cual envuelve petición de principio aseverar que la judicatura lo privó de una rebaja de pena por no haberlo enterado de una eventualidad, cuando ahora es imposible demostrar que el procesado sí acogería positivamente esa sugerencia de terminación anticipada, y además, llegada la hora de la diligencia, también aceptaría los cargos formulados.

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

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

Aprobado Acta No. 131 Proceso No. 11050

VISTOS

Por medio de sentencia fechada el 31 de mayo de 1995, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá confirmó un fallo de primer grado dictado por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito, en virtud del cual el procesado César Augusto Castaño Rubiano fue condenado a la pena principal de diecisiete (17) años y ocho (8) meses de prisión, como autor de un concurso de delitos de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

El defensor del acusado propuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación y, obtenido el concepto previo del Procurador Primero Delegado en lo Penal, la Corte definirá sobre lo planteado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con las declaraciones del fallo impugnado, los acontecimientos delictivos ocurrieron así:

Desde la noche del 31 de octubre del año de 1992, se realizaba una fiesta en el establecimiento denominado "La Casa del Pueblo", situado alrededor del parque principal de la localidad de Fontibón, perteneciente al Distrito Capital, jolgorio en cual intervenía el entonces teniente del ejército César Augusto Castaño Rubiano (ahora en el grado de capitán), acompañado de los soldados Jhon Fredy Hernández Hoyos y Francisco Javier Cárdenas Villarraga, todos vestidos con traje común. Horas después, pasaron por el sector los soldados Jhon Puerto Gualteros, Gonzalo Alexander Gómez Acosta, Carlos Eduardo Cortés Gómez, Bernardo Camacho Puin e Iván Darío Escobar Corredor, adscritos al Batallón Trece de Policía Militar, quienes hacían uso de permiso pero llevaban puestos sus uniformes, entonces fueron invitados a participar del regocijo y allí conocieron al mencionado oficial.

En la madrugada del día siguiente, entró al establecimiento el joven Giovanni Ramírez Suárez, quien fue señalado como reconocido "ladrón" por algunos de los circunstantes, y de inmediato el teniente ordenó a los soldados Cortés Gómez y Gómez Acosta que condujeran al visitante a los baños situados en la parte trasera del local, lugar en el cual procedió a golpearlo con una pistola que portaba. Después, el oficial le advirtió al extraño que contaba con cinco (5) minutos para retirarse de la zona, y el amonestado, que se advertía alicorado, emprendió carrera, pero inmediatamente fue seguido por el militar de graduación y sus subordinados, el primero de los cuales le descerrajó dos (2) disparos, uno de los cuales penetró por la línea media de su espalda y lo derribó, oportunidad que aprovechó de nuevo el agresor para golpearlo con el arma y además darle de puntapiés.

A pesar de que el agredido se notaba sin fuerzas, los militares pararon una buseta de servicio público y lo condujeron hasta las instalaciones de la estación de policía local, pero el comandante de turno, al ver sus lamentables condiciones de salud, pidió que lo llevaran más bien al centro hospitalario del barrio, establecimiento en el cual constataron que había fallecido y después

se dictaminó que el proyectil incrustado salió cerca de la axila derecha y comprometió el hilio pulmonar del mismo lado, razón por la cual el herido murió por anemia aguda secundaria a dicha lesión.

En la ocasión, el oficial agresor hizo uso de una pistola para la cual no tenía salvoconducto ni tampoco era de dotación oficial.

Respecto de los hechos antes narrados, la Fiscalía inicialmente abrió investigación previa, después ordenó la apertura de instrucción y también cumplió la vinculación por medio de indagatoria de los soldados Jhon Fredy Hernández Hoyos y Francisco Javier Cárdenas Villarraga, al igual que del teniente César Augusto Castaño Rubiano, a quienes posteriormente afectó con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin derecho a excarcelación, según providencia del 11 de enero de 1994, como partícipes del hecho punible de homicidio, los dos primeros a título de cómplices y el tercero en la condición de autor material (cuaderno original 1, fs. 1, 80, 96, 104, 127 y 231).

A instancias del Ministerio Público, que hizo uso del recurso de reposición en contra de la resolución de situación jurídica, se adicionó la medida de aseguramiento para imputar el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, sólo en relación con el procesado Castaño Rubiano (fs. 269). Como la misma providencia también había sido apelada por los defensores de los sindicados, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal intervino y revocó la medida de aseguramiento en relación con los soldados Hernández Hoyos y Cárdenas Villarraga, pero la mantuvo respecto del oficial vinculado (fs. 368).

Producido y rituado el cierre de investigación, se calificó el mérito sumarial en la providencia del 11 de julio de 1994, por medio de la cual se acusó al capitán César Augusto Castaño Rubiano, como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, de conformidad con los artículos 323 del Código Penal (antes de la Ley 40 de 1993) y 1° del Decreto 2266 de 1991. En la misma resolución, la Fiscalía precluyó la investigación en favor de los dos militares rasos (fs. 512).

Negada la reposición interpuesta como impugnación principal en contra de la decisión calificatoria, la Fiscalía ante el Tribunal desató el subsidiario recurso de apelación, por medio de resolución del 6 de septiembre de 1994, según la cual se confirma la acusación por ambos hechos punibles, pero con la aclaración de que el homicidio era agravado por el estado de indefensión en que fue puesta la víctima, de acuerdo con el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal (fs. 588).

El conocimiento del juicio fue asumido por el Juzgado Cuarenta y Cinco Penal del Circuito, despacho que, según auto del 17 de noviembre de 1994, niega la pretendida nulidad por violación del derecho de defensa; señala fecha para la audiencia pública; ordena la práctica de algunas pruebas y rechaza otras que se habían propuesto (fs. 607A y 622). Dicha providencia fue apelada pero la confirmó el Tribunal Superior (fs. 689).

Cumplida la audiencia pública en varias sesiones (cuaderno 2, fs. 2, 26 y 37), el Juzgado dictó sentencia de primer grado el 5 de abril de 1995, por cuyo medio condenó al acusado Castaño Rubiano a la pena principal de diecisiete (17) años y ocho (8) meses de prisión, como autor de un concurso de delitos de homicidio agravado (C. P., arts. 323 y 324-1) y porte ilegal de armas (ídem, art. 201, modificado por el Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el art. 1° del Decreto 2266 de 1991). Igualmente, el juzgador le impuso al condenado la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años y la obligación civil de reparar los perjuicios materiales y morales, en cuantía equivalente a tres mil (3.000) gramos de oro (fs. 65, cuaderno 2).

La ya citada sentencia del Tribunal, producida por acción del recurso de apelación, confirmó todos los aspectos impugnados del fallo de primer grado (cuaderno del Tribunal, fs. 32).

Síntesis de la Demanda

El impugnante invoca, en primer lugar, la causal tercera de casación, por cuanto se ha dictado sentencia dentro de un juicio viciado de nulidad, y expone cuatro variedades que comportan violación al debido proceso y/ al derecho de defensa.

1. En cuanto a la defensa, aduce que el sindicado tuvo varios defensores durante la etapa de la instrucción, pero todos caracterizaron su conducta por la nula o escasa actividad. En efecto, el primero de ellos, se limitó a asistirlo personalmente en la diligencia de indagatoria y le aconsejó que en su versión cambiara las circunstancias en las cuales ocurrió el hecho; no solicitó pruebas, a pesar de que el procesado le suministró una lista de personas que fueron testigos de lo ocurrido; interpuso un recurso de apelación en contra de la medida de aseguramiento, pero fue declarado desierto por introducción extemporánea y, finalmente, propuso la reposición en contra de la resolución de cierre de investigación, con el argumento de que era necesario oír un testimonio pendiente, pero obviamente le fue negado porque la persona no aparecía mencionada en parte alguna de la investigación.

El mismo abogado había sido suspendido en el ejercicio de la profesión, por el término de un año, y la Fiscalía decidió separarlo del cargo de defensor cuando ya transcurría el lapso para presentar alegatos precalificatorios, mas, cuando le notificaron el hecho al procesado, que se hallaba en la Brigada Móvil N° 1, acantonada en Granada (Meta), éste designó otro profesional del derecho como nuevo defensor (el tercero), el mismo que antes precisamente había sido nombrado como defensor suplente por el principal, sin que éste tuviera la capacidad jurídica para hacerlo porque estaba suspendido, y además el nuevo asesor apenas se limitó a solicitar copias del expediente, pues, posesionado el 27 de julio de 1994, al día siguiente el procesado le entregó poder a otro abogado.

Antes de que el procesado proveyera a su nueva defensa de confianza, por razón de la indicada suspensión, la Fiscalía le nombró de oficio otro defensor (el segundo), pero dejó que siguiera su curso el término de traslado a las partes para alegar de conclusión; tampoco se conoce la fecha en que se le comunicó tal designación y la correspondiente acta de posesión es inexistente, porque no aparece firmada por el fiscal ni por su auxiliar. De otra parte, interroga el censor, cómo puede ejercerse una defensa eficaz, en un caso tan grave como éste, si la mal denominada posesión del abogado defensor de oficio coincide con el vencimiento del término para alegar.

Viene posteriormente la actuación de un cuarto defensor, quien se contenta con solicitar copias de la actuación y después, por medio de un precario escrito de dos hojas, interpone los recursos de reposición y apelación en contra de la resolución acusatoria. La notoria deficiencia del memorial condujo a la frustración de la impugnación principal y, respecto de la apelación subsidiaria, la Unidad de segunda instancia le hizo un reproche porque el abogado se limitó a hacer una apreciación personal, sin propender por verdadero análisis de la providencia impugnada, pues ni siquiera se refirió a los puntos de hecho y de derecho sobre los cuales apoyaba su disentimiento.

Le parece al demandante que todas estas omisiones de los defensores, a no dudarlo, fueron la causa de la condena impuesta al procesado. Dicha negligencia profesional, agrega, 'de ningún modo puede considerarse como estrategia defensiva, pues, todo lo contrario, antes de la audiencia pública se privó al sindicado de la oportunidad de defenderse adecuada y técnicamente del gravísimo hecho por el cual fue procesado y condenado.

Para apoyar la tesis de la ausencia de defensa técnica, el censor cita la sentencia de casación del 18 de mayo de 1993 (radicado 7184), con ponencia del magistrado Ricardo Calvete Rangel, según la cual la actuación defensiva en la audiencia pública no puede suplir las deficiencias de la fase investigativa.

Como el fallo cuestionado se dictó dentro de un juicio viciado de nulidad, el actor solicita que se decrete la nulidad del proceso, a partir de la resolución de cierre de investigación, inclusive, con el fin de que el procesado pueda aportar las pruebas que su primer defensor no quiso aportar ni solicitar.

2. Referente al debido proceso, el casacionista relieva dos yerros: uno relacionado con la definición irregular del conflicto de competencias y el segundo, porque se pretermitió una instancia en la definición de la situación jurídica.

2.1 Primero afirma que en la instrucción se cometieron graves errores que impidieron una decisión correcta de la colisión de competencias planteada en dicha fase. En efecto, la Fiscal 108 Delegada se declaró incompetente, envió el proceso a la justicia penal militar y propuso el respectivo conflicto; pero el comando de la Brigada Décimo Tercera, juzgado de primera instancia, por medio de auto interlocutorio, también negó la competencia y ordena enviar el expediente al Consejo Superior de la Judicatura. Mas ocurre que la decisión del juez penal militar no fue notificada personalmente al Ministerio Público, como lo ordenan los artículos 412 y 413 del Código de Justicia Penal Militar, a

pesar de lo cual el Consejo Superior decidió el conflicto sin reparar en tal falencia.

Dado que no estaba ejecutoriada la mencionada decisión interlocutoria, agrega el censor, entonces el Consejo Superior de la Judicatura carecía de competencia funcional para resolver el conflicto, razón por la cual se incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

2.2 En segundo lugar, el defensor del procesado interpuso los recursos ordinarios en contra de la resolución que impuso medida de aseguramiento, fechada el 11 de enero de 1994, pero, por medio de una simple constancia secretarial, fueron determinados como extemporáneos, cuando el artículo 186 ordena que la declaración de desierto la haga el fiscal mediante decisión interlocutoria.

Además, por medio de resolución del 29 de marzo de 1994, la fiscal instructora ordenó la notificación personal de la medida de aseguramiento al teniente Castaño Rubiano, hecho que quedó consumado el 21 de abril siguiente, fecha en la cual regresa el despacho comisorio. Se tiene entonces que, si tal era la última notificación, aún eran oportunos los recursos propuestos y, como realmente ellos no fueron examinados en primera ni en segunda instancia, se han cometido irregularidades que vulneran el debido proceso.

Solicita, en el evento de la colisión de competencias, que se decrete la nulidad desde el auto que produjo la Brigada para remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura. Y, si se aceptare que hubo desconocimiento de la doble instancia en el trámite de la resolución de detención preventiva, pide que se reponga la actuación para conceder el recurso.

3. Además de los vicios antes sustentados, el actor dice que la sentencia contiene otros que igualmente atañen al debido proceso y el derecho de defensa. Así, sostiene que en la diligencia de indagatoria, el fiscal no le hizo saber al imputado los beneficios de rebaja de pena a que sería acreedor en caso de confesión, conforme con el artículo 299 del C. de P. P., o de allanarse a la audiencia especial de que trataba el texto original del artículo 37 del mismo estatuto; y menos que ambas reducciones era acumulables.

La advertencia al procesado sobre la existencia de los privilegios por confesión y colaboración con la justicia, arguye el demandante, era una obligación del fiscal que recibió la indagatoria, tal como lo disponía el artículo 37 citado y se contempla aún después de la reforma introducida por la Ley 81 de 1993. Sin embargo, no consta en el acta de injurada que el funcionario lo haya hecho, omisión que indudablemente quebranta las formas propias del proceso penal garantizadas en el artículo 29 de la Constitución Política.

Como la Fiscalía no cumplió su deber de instruir, exhortar e informar al imputado sobre los beneficios de rebaja de pena que podía obtener si confesa-

ha su autoría o participación en los hechos, o si se acogía a la audiencia especial, indudablemente vulneró el derecho de defensa y el debido proceso, amparados como fundamentales en la Constitución Política, razón por la cual la sentencia ha incurrido en las causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita, en consecuencia, que se invalide la actuación procesal, a partir de la diligencia de indagatoria.

4. El último vicio constitutivo de nulidad atañe a la errónea calificación del homicidio como agravado por la indefensión, a sabiendas de que no concurre dicha circunstancia específica de agravación punitiva.

Para que se configure el factor específico de agravación previsto en el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, y poderlo diferenciar de la característica genérica consagrada en el numeral 5° del artículo 66 de la misma obra, la doctrina ha dicho que, en el primer caso, el sujeto debe actuar con un doble dolo: el de matar y el de querer poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovecharse de ellas.

Sin embargo, como en este evento ocurrió que el ofendido Giovanni Ramírez Suárez, aprovechando un descuido de sus captores, emprendió la huida, entonces el procesado se llenó de ira y consecuencialmente no puede aseverarse que calculó el poner en condiciones de inferioridad a la víctima o aprovecharse de ellas. Como el acusado actuó con dolo de ímpetu, expone, tal estado de ánimo no permite deliberar para alcanzar condiciones de inferioridad en la víctima o valerse de las mismas.

En vista de que la conducta del procesado no podía calificarse como homicidio agravado, conforme con el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, sino como homicidio simple con la circunstancia genérica de agravación dispuesta en el numeral 5° del artículo 66 del mismo ordenamiento, el Tribunal ha incurrido en una nulidad por violación del debido proceso, pues a ello conduce la errónea calificación del comportamiento delictivo.

Pide que se case la sentencia para decretar la nulidad a partir de la resolución de cierre de investigación.

Ahora bien, con apoyo en la causal primera de casación, presentada como violación directa de la ley sustancial, el actor propone la casación del fallo por indebida aplicación del numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, ya que si bien se acepta que están demostrados los hechos, ellos no alcanzan a configurar lo que en abstracto se describe en la causal de agravación indicada.

Saca a relucir los mismos argumentos del cargo anterior, supuesto que el estado de exaltación anímica del autor, más la obnubilación de su conciencia por la huida del capturado, no le permitían calcular la situación de indefensión o de inferioridad de la víctima. De modo que si la conducta del procesado estuvo revestida de un dolo de ímpetu, modalidad subjetiva en la cual el sujeto procede inopinadamente, sin la habitual reflexión que acompaña a quien

actúa con deliberación, no puede deducirse la agravante específica sino sólo la genérica contemplada en el numeral 5° del artículo 66 del Código Penal.

Por manera que, de conformidad con el numeral 1° del artículo 229 del C. de P. P., el demandante solicita a la Corte que case el fallo recurrido y dicte el que deba reemplazarlo, esta vez por un concurso heterogéneo de delitos de homicidio simple, con la circunstancia genérica de agravación del artículo 66-5 del Código Penal, y el porte ilegal de armas previsto en el artículo 201 del mismo estatuto, modificado por el Decreto 3664 de 1986.

En este mismo evento, pide a la Corte que se reconozca al acusado una rebaja de la pena por confesión, en una tercera parte, conforme con el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que para la época de los hechos dicha disposición aún no había sido modificada por la Ley 81 de 1993, y además tal hecho procesal se produjo en la indagatoria.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

En relación con la causal tercera de casación, referente a la posible violación del derecho de defensa y el debido proceso, el Procurador Delegado expone:

A. En este caso no hay carencia absoluta de defensa, único acaecimiento que justificaría la invalidación del proceso, porque en la diligencia de indagatoria, el procesado fue asistido por un defensor de su confianza, quien solicitó copia de la actuación para efectos de la misión encomendada. Además, el profesional interpuso los recursos de reposición y apelación en contra de la resolución de medida de aseguramiento.

Igualmente, aquél primer profesional asistente designó otro abogado, quien fue reconocido como defensor suplente del procesado.

También el defensor principal interpuso el recurso de reposición contra la resolución que declaró cerrada la investigación, con el fin de que continuara la instrucción y se practicara alguna prueba.

Ante la evidencia de que el primer defensor mencionado había sido suspendido en el ejercicio profesional, la Fiscalía dispuso la comunicación de la novedad al procesado y después proveyó de oficio al nombramiento y reconocimiento de otro defensor, quien después fue reemplazado en el cargo por un nuevo letrado, designado contractualmente por el sindicado. Este último solicitó copia de la actuación para ejercer la defensa confiada.

Posteriormente, el procesado se hizo asistir judicialmente de otro profesional, quien pidió copias de la actuación e interpuso los recursos de reposición y apelación en contra de la resolución acusatoria. El mismo defensor pidió al juez de conocimiento que decretara la nulidad por violación del derecho de defensa y, negada en providencia interlocutoria del 17 de noviembre de 1994, propuso el recurso de apelación.

En adelante, la defensa fue encargada, por voluntad del procesado, a un abogado diferente, profesional que obtuvo copias de la actuación, asistió al

acusado en la audiencia pública e interpuso el recurso de apelación en contra del fallo de primer grado. Esta impugnación la sustentó oralmente ante la respectiva Sala de Decisión del Tribunal Superior y finalmente presentó demanda de casación en contra de la sentencia de segunda instancia.

B. En relación con las censuras dispuestas en los numerales 1, 2 y 3 del segundo literal de la demanda, por presunta transgresión del debido proceso, el Ministerio Público opina que la demanda carece de fundamentación, porque el actor no demuestra la clase de nulidad invocada y tampoco indica de qué manera las circunstancias mencionadas por él pueden quebrantar la estructura del proceso, obviamente en perjuicio de las garantías del procesado.

A pesar de estos yerros de técnica, la Delegada considera:

B.1 Respecto de la censura del numeral 1°, si bien es cierto no hubo notificación personal al Ministerio Público de la providencia del 2 de julio de 1993, por medio de la cual el Comando de la Brigada Décimo Tercera no aceptaba la competencia señalada por la Fiscalía, según lo disponen los artículos 412 y 413 del Código de Justicia Penal Militar, lo definitivo es que tal irregularidad no es de carácter sustancial que pueda afectar las bases del juzgamiento o quebrantar los intereses de las partes. Además, el planteado incidente de colisión de competencias fue resuelto satisfactoriamente por el Consejo Superior de la Judicatura.

B.2 En cuanto al ataque contenido en el numeral 2°, la circunstancia a la que alude el casacionista tampoco viola el debido proceso. En efecto, la medida de aseguramiento fue notificada por anotación en estado el 18 de enero de 1994 y, como ésta fue la última notificación, el término para recurrir venció el 21 de enero siguiente, plazo dentro del cual recurrieron el Ministerio Público y los defensores de los procesados Jhon Fredy Hernández Hoyos y Francisco Javier Cárdenas Villarraga. Sin embargo, el defensor del procesado Castaño Rubiano propuso recursos contra la misma providencia el 27 de enero de 1994, lo cual pone en evidencia la extemporaneidad de su solicitud, razón suficiente para que la Fiscalía, por medio de una constancia de la secretaria auxiliar del despacho, negara el trámite de los mismos.

B.3 El reproche que se hace en el numeral 3°, relacionado con la ausencia de información al imputado sobre los beneficios por confesión y audiencia especial, hecho que supuestamente debe cumplirse en la diligencia de indagatoria, se tiene que tales preceptos están librados a la voluntad del procesado y no existe orden legal que obligue a su información en el acto de indagatoria.

C. En lo que se refiere al ataque de nulidad por errónea calificación, debido a que se trataba de un homicidio simple y no agravado, el Procurador sostiene que se ha equivocado la vía de censura, porque la equivocada calificación, siempre que no afecte el nombre jurídico de la infracción, debe ser demandada por la causal primera (violación de la ley sustancial) y no por la tercera (nulidad). Sobre el tema, el Ministerio Público cita la sentencia del 24 de octubre de 1994, cuya ponencia correspondió al magistrado Fernando Arboleda Ripoll.

Sin embargo, acota el Ministerio Público, tampoco tiene razón el demandante al señalar una errónea calificación jurídica del hecho, dado que en realidad el ofendido se encontraba en condiciones de inferioridad e indefensión en relación con el victimario, pues éste primero lo había agredido con una pistola como objeto contundente y después, cuando la víctima corría, le descerrajó un disparo por la espalda.

D. Sobre la causal primera de casación, invocada por el actor para alegar una aplicación indebida el numeral 7° del artículo 324 del Código Penal, cuando las normas aplicables al presente caso no pueden ser otras que los artículos 323 y 66-5 ídem, el Delegado conceptúa que la censura no puede prosperar.

Como quiera que la aplicación indebida consiste en un falso juicio de selección de la norma, tal juicio no puede hacerse en este evento, porque los hechos procesalmente reconocidos coinciden con los supuestos condicionantes del numeral 7° del artículo 324 del Código Penal. En efecto, tras remitir a la misma argumentación del acápite anterior, el Procurador Delegado reitera que la indefensión de la víctima fue el resultado de la incompleta incapacidad en que ella se encontraba para repeler la agresión de que fue objeto.

RESOLUCIÓN DE LA CORTE:

Se evacuarán las inquietudes del censor en el mismo orden de sus planteamientos, ya que con buen sentido se propuso primero la nulidad y después la violación directa de la ley sustancial.

I. NULIDAD

1. *El ejercicio de la defensa técnica. No puede desconocerse que, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, la defensa material y técnica se imponen en ambas fases del proceso penal colombiano (investigación y juzgamiento). En este orden de ideas, hoy en día no es posible pretextar que dicha garantía tuvo cumplida vigencia durante la segunda etapa, y entonces que, como se trata de actos más avanzados del proceso, con ello se enjugaría cualquier falencia ocurrida en la fase de la investigación.*

Sin embargo, una vez establecido que la defensa no puede faltar en ninguno de los dos estadios procesales, sería exageradamente formal exigir que paso a paso en la instrucción, cualquiera sea la naturaleza de ellos, la participación del defensor sea inexorable. No, en realidad existen actuaciones que no pueden practicarse sin la presencia del defensor; tales son las que demandan la asistencia e intervención del procesado (indagatoria, examen del imputado en el lugar de los hechos, reconocimiento en fila de personas, sentencia anticipada, audiencia especial, etc.), en cuyo caso podría generarse una inexistencia (art. 161 C. P. P.), u otras en las que legalmente se dispone la presencia del defensor, aunque allí no se encuentre el sindicado (reconocimiento por medio de fotografías); pero, cumplidos aquellos insoslayables preceptos, el examen de la garantía de defensa técnica debe hacerse en el contexto y la realidad global de cada fase procesal.

con tal de que los funcionarios judiciales no hayan entorpecido la oportunidad de contradicción o defensa para todos los sujetos procesales.

Pues bien, en este caso, el casacionista unas veces señala irregularidades que en realidad no lo son; mas en otras, a pesar de su existencia, a lo sumo se tienen como pasajeras y no trascendentales limitaciones de hecho, pero que, dentro del conjunto de las demás oportunidades de defensa durante la misma etapa, no puede afirmarse que hayan malogrado el derecho.

Así, en el caso del defensor de oficio nombrado para reemplazar al contractual que había sido suspendido, es cierto que aquél apenas compareció el 7 de julio de 1994, el mismo día que formalmente venció el término de ocho (8) días para presentar alegatos precalificatorios, lo cual, en parte, pone en evidencia una dificultad práctica de la defensa técnica para enfrentar ese preciso momento procesal, mas solamente ese (fs. 510 y 511).

Con todo, conviene precisar que la resolución de cierre de investigación fue dictada el 3 de junio de 1994, el defensor contractual del procesado (aún no relevado de sus funciones) fue notificado personalmente de tal decisión el 16 de junio siguiente, y apenas fue removido el cargo el 29 de junio, fecha en la cual el instructor se enteró de la suspensión disciplinaria que pesaba en su contra, lo cual significa que la defensa técnica sí tuvo oportunidad de pronunciarse anticipadamente sobre el mérito sumarial, así no hubiese sido en el curso de los ocho días estrictamente dispuestos para tal menester (fs. 462fte. y vto., 486 y 490). Si bien es cierto que el abogado Román Peñaranda estaba suspendido desde antes (15 de febrero de 1994), mas inexplicablemente se lo había ocultado a la judicatura, cabe anotar que materialmente ejerció su encargo técnico y entonces no pueden producirse consecuencias negativas en la actuación procesal, aunque ello no podía ser óbice para que nuevamente se investigara disciplinariamente la aparente deslealtad de su conducta.

En relación con los reparos al acta de posesión del defensor de oficio del procesado, nombrado al conocerse la referida suspensión, lo único que puede apreciarse inequívocamente es el olvido de las firmas de los funcionarios del despacho, pero es la rúbrica del posesionado lo que da fe de la real existencia del acto y de las prevenciones que sin duda se le hicieron para asumir el cargo, porque lo demás queda en el campo de las conjeturas. De otra parte, las diligencias de posesión de defensores o apoderados hoy son inoficiosas, y lo eran por esas calendas, pues apenas sí reflejan el rezago de costumbres judiciales difíciles de remover, porque, a partir de la vigencia del actual ordenamiento procesal penal, basta reconocer o designar al defensor convencional o de oficio, con el fin de dejarlos habilitados para actuar o desempeñar el cargo, salvo que el último se excuse con justificación, según se infiere sistemáticamente de los artículos 142 y 147 del citado estatuto. Precisamente, como se quería liberar la estructura procesal penal de ritualidades inútiles, no apareció reproducido en el vigente Código de Procedimiento Penal el artículo 137 del anterior estatuto procesal, que disponía la mencionada posesión de defensores.

Además, aunque no siendo posible reducir la eficacia de un momento procesal a otro posterior, sí es cierto que los alegatos precalificatorios del defensor tendrían la vocación de evitar una calificación perjudicial al procesado, pero, ante el hecho real de que se haya desperdiciado dicha oportunidad, aún sería viable buscar el mismo objetivo con la impugnación de la resolución calificatoria, actitud que de veras fue la que asumió el nuevo defensor del acusado en este proceso, cuando interpuso simultáneamente los recursos de reposición y apelación, de manera principal y subsidiaria, respectivamente (fs. 562-563). Desde luego que la oportunidad puede ser más intensa cuando se aprovechan los dos momentos (alegato precalificatorio e impugnación), pero como es igual el propósito defensivo de ambas (esquivar la acusación o hacerla más benigna), el uso racional de por lo menos una de ellas muestra el ánimo sincero de defender.

Ahora bien, aunque el corto memorial de impugnación no es un dechado de la dialéctica, en el sentido de que metodológicamente no confutó, punto por punto, las declaraciones y determinaciones de la providencia impugnada, lo cierto es que sí se refirió a lo fundamental de su recepción probatoria y también a hechos y circunstancias que realmente reposaban en el expediente y, a su manera, cumplió una auténtica labor defensiva, porque, provisto de copias de la actuación procesal, realzó los supuestos actos delictivos contra el patrimonio que entonces cometía la víctima, como justificación de la intervención protectora del oficial militar procesado; se dolió de que en ese momento procesal, precisamente por la actitud delictiva del ofendido, no se haya entendido que el teniente desplegaba actos del servicio, que de pronto discernían la competencia a la justicia penal militar, aunque albergaba la esperanza de demostrarlo inequívocamente más adelante; lamentó que la fiscalía hubiera menospreciado las explicaciones del acusado, enderezadas a mostrar que el disparo entró casualmente en el cuerpo de la víctima, pues, si él no tuvo el ánimo de causarle daño, de tal manera sólo se le debía acusar por un homicidio culposo; y finalmente, ante el hecho de que el oficial estaba en servicio activo y llevaba consigo una pistola porque tenía asignada una misión, alegó decididamente que el procesado en esas condiciones no podía ser sujeto activo de un delito de porte ilegal de arma de fuego.

De otro lado, el ejercicio de la defensa técnica no puede medirse por la eficacia de sus alegaciones, sino por su contexto de justificación, esto es, por la verificación de que ellas racionalmente sí caben dentro del campo de los hechos y posiciones jurídicas posibles que se debaten en el proceso, porque definitivamente lo primero (eficacia) no depende de lo que hizo el defensor sino de la convicción que alcance el órgano decisor, pues, en sentido contrario, se llegaría al absurdo de que el procedimiento penal es unidimensional y las decisiones fatalmente serían receptáculos de las pretensiones defensivas propias del procesado, cuando se sabe que actualmente dicho instrumento se concibe como un equilibrio político entre el interés público por el descubrimiento de los delitos y la activación de la coerción penal, de un lado, y de otro, el interés individual por zafarse de la persecución penal y de la pena.

A lo antes dicho, súmese que el procesado Castaño Rubiano no careció de defensor técnico en ningún momento de la instrucción, a partir de la indagatoria, inclusive, cuando se detectó que el primero de ellos estaba inhabilitado por una suspensión disciplinaria, de inmediato la fiscalía proveyó el encargo de oficio. Además, en el curso de la investigación, los profesionales que sucesivamente fungieron como tales, siempre ejercieron actos de control por medio de la solicitud de copias de la actuación procesal, la interposición de recursos contra la medida de aseguramiento, la notificación personal de la resolución de cierre de investigación, la solicitud de reposición de esta última providencia y la impugnación de la resolución acusatoria (fs. 143, 274, 462vto., 472, 555, 560 y 562).

De otra parte, en relación con el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución de cierre de investigación, así no haya prosperado, es bueno aclarar que en su momento sí se perfilaba como un genuino acto defensivo, pues el impugnante se proponía que la instrucción quedara abierta para lograr el testimonio del Coronel Carlos Joaquín Arévalo García, comandante de la Escuela de Ingenieros Militares en la época de los hechos, dado que así se podrían recoger otros elementos de juicio para demostrar que la competencia radicaba en la justicia penal militar y no en la ordinaria (fs. 472).

Por último, se advierte que la Fiscalía hizo investigación integral, porque, a pesar de que los soldados Jhon Fredy Hernández Hoyos y Francisco Javier Cárdenas Villarraga fueron vinculados inicialmente al proceso, por medio de indagatoria, lo cierto es que el procesado Castaño Rubiano los cita persistentemente como sus acompañantes y subordinados, conocedores de lo que hacían inicialmente los militares y lo que ocurrió después esa misma noche en la "casa del pueblo", razón por la cual sus versiones potencialmente constituían una verificación favorable de las citas del acusado, así a la postre no lo hayan beneficiado como de pronto lo esperaba (fs. 96 y 104).

Desde luego que la investigación integral, como deber de los funcionarios judiciales, no sustituye la defensa técnica como garantía inexcusable que radica en una parte, pero, descontado que el defensor estuvo pendiente del curso procesal, no es fácil aseverar que alguna ausencia de solicitud de pruebas constituye un abandono del encargo, sino que es un comportamiento procesal más cercano a una estrategia defensiva.

No prospera el primer cargo.

2. Violación del debido proceso.

2.1 Trámite irregular del conflicto de competencias. Efectivamente, la Fiscal 108 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, por medio de resolución del 5 de mayo de 1993, declaró que los sindicados eran miembros de la fuerzas militares, estaban en servicio activo para la época de los hechos y a la sazón cumplían labores de vigilancia en el lugar como miembros de las fuerzas armadas, razón por la cual decidió enviar el expediente a la justicia penal militar y simultáneamente propuso colisión negativa de competencias (fs. 148).

También es cierto que el Comandante de la Décima Tercera Brigada, juez de primera instancia, dictó el auto interlocutorio fechado el 2 de julio de 1993, por medio del cual expresó que los hechos en los cuales había perdido la vida el joven Giovanni Ramírez Suárez, si es que podían atribuirse a los uniformados, no fueron cometidos por causa y razón del servicio, motivo por el cual rechaza la competencia señalada por la Fiscalía y remite el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que esa Corporación dirimiera el conflicto planteado. De igual manera, se ha establecido que la providencia de la justicia penal militar, a pesar de su carácter interlocutorio, no se notificó personalmente al Ministerio Público castrense, como lo ordenan los artículos 412 y 413 del Código Penal Militar (fs. 170 y 173).

Sobre el supuesto de que la competencia la determina exactamente la ley y no la voluntad de las partes, el trámite de colisión de competencias reviste unas características especiales, dado que el juez que la proponga se dirigirá al otro exponiendo los motivos para conocer o no del caso concreto. El juez requerido, a su turno: si no está de acuerdo, contestará con la presentación de sus razones y de una vez enviará el expediente al funcionario judicial competente para resolver el conflicto, el cual lo hará de plano dentro de los tres días siguientes (art. 99 C. P. P.).

Similar previsión se hace en el artículo 470 del Código Penal Militar, pues la ininterrupción en el intercambio de criterios de los funcionarios confrontantes y la decisión de plano del conflicto, son datos que enseña cómo son ajenas a dicho trámite las notificaciones y, obviamente, también los recursos, pues, por la dinámica legal del incidente, se entiende que es indispensable una decisión rápida de aspecto tan prevalente y de interés público como es la competencia, porque de todas maneras la definición concreta del juez natural está garantizada por el acuerdo responsable de los jueces que se pretenden o se niegan como competentes, o, en caso de repulsa, por la intervención final de un superior funcional común a los enfrentados.

De este modo, el conflicto fue legalmente trabado y legítimamente definido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, en el auto del 31 de agosto de 1993 (fs. 176-181), pues, siendo innecesarias las notificaciones de las providencias que lo configuraron, también sobran las disquisiciones sobre la forma como se debió comunicar al Ministerio Público.

2.2 Preterminisión de una instancia. El demandante advierte violación al debido proceso porque, interpuestos los recursos por el defensor del procesado Castaño Rubiano en contra de la medida de aseguramiento, la Fiscalía no los declaró desiertos por medio de providencia interlocutoria, como lo dispone el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal, sino que se contentó con una constancia secretarial que negaba el traslado de los mismos por haber sido propuestos extemporáneamente.

Es conveniente aclarar que el defensor del procesado Castaño Rubiano, en este caso, interpuso dos recursos y no solamente el de apelación, porque este último lo propuso como subsidiario al de reposición, razón por la cual a la petición debía dispensarse el trámite previsto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal. Así entonces, como primero debía proveerse sobre la reposición, cuyo rito comienza con un traslado secretarial de dos (2) días, era obvio que éste no podía otorgarse a una impugnación extemporánea, aunque lo correcto hubiera sido que, por medio de providencia de sustanciación notificable, el fiscal de una vez negara ambos recursos por haberse solicitado fuera del término legal, no obstante que tal solución sólo está expresamente prevista para la denegación de la alzada (art. 186 C. P. Penal).

De igual manera, las providencias que declaran desierto el recurso de apelación o las que lo deniegan por improcedente, no son interlocutorias sino de sustanciación especiales, decisiones que por su naturaleza jurídica sólo admitirían el recurso de reposición y/o de hecho (C. P. P., arts. 186, 199 y 204). De otra parte, la declaración de desierto sólo está prevista para el recurso de apelación que no se sustenta, no para aquel que se interpone fuera de tiempo, pues en este último caso simplemente se deniega (idem, art. 215).

Con todo, aunque lo más jurídico hubiese sido el proferimiento de una decisión de sustanciación notificable (especial), tampoco se advierte un daño trascendente al debido proceso, que haya afectado relevantemente los intereses del procesado, porque de todas maneras se puede establecer que las impugnaciones se hicieron después de vencido el término legal.

En efecto, la medida de aseguramiento fue proferida el 11 de enero de 1994 y, como el sindicado Castaño Rubiano estaba en libertad, al día siguiente se le citó por medio de telegrama a la dirección residencial registrada en el expediente (fs. 127 y 244). Como el procesado y otros requeridos no comparecieron oportunamente, la providencia se les notificó por fijación en estado hecha el 18 de enero siguiente (fs. 242vto.).

De modo que, cumplida la última notificación el 18 de enero de 1994, las partes podían interponer los recursos desde el proferimiento de la decisión y hasta el 21 de enero siguiente (3 días después de aquella comunicación ficta), porque después se sustanciaron los correspondientes traslados (fs. 249). Establecido que el memorial de impugnación del defensor del procesado Castaño Rubiano fue presentado el 27 de enero, entonces era obvia la extemporaneidad del mismo (fs. 274).

Ahora bien, como lo expone el casacionista, es cierto que la fiscal instructora ordenó posteriormente la notificación personal de la providencia de situación jurídica al procesado, una vez enterada de que había sido privado de la libertad y puesto a su disposición en la Brigada Móvil N° 1, con sede en Granada (Meta), y adicionalmente dispuso que se librara el respectivo despacho comisorio (fs. 361). Tal cometido se cumplió por la secretaría común de la Fiscalía de Granada, el día 21 de abril de 1994, oportunidad en la cual no

interpuso ningún recurso contra la medida de aseguramiento, a pesar de que pidió copias con tal propósito (fs. 424, 439 y 440).

Desde luego que es extraña la tardía "notificación personal" al procesado, pues tal actitud sólo puede concebirse como una comunicación de la situación jurídica formalmente consolidada a quien acababa de ser privado de la libertad, en orden a garantizar el ejercicio posterior de sus derechos, mas no para entender que el funcionario judicial podía regresar caprichosamente el proceso a momentos ya superados, dado que éste ha sido identificado como una secuencia progresiva y altamente integrada que no tolera tales retrocesos, salvo el caso de nulidad. En el caso de la oportunidad para interponer los recursos, es la ley y no la arbitrariedad o el error del funcionario la que fija los términos, en atención a la regla técnica de la eventualidad, cuya consecuencia correlativa es la preclusión de dichos momentos.

En este acaecimiento procesal, ni siquiera puede reclamarse la aplicación del principio general del derecho expresado en la máxima latina *error communis facit ius* (el error común o general hace derecho), según el cual hipotéticamente podría sostenerse que la equivocación de la Fiscalía provocó una actitud también errada del sujeto procesal. Sin embargo, nótese que la artificiosa "notificación personal" se hizo el 21 de abril de 1994 (fs. 439), mientras que el defensor había interpuesto los recursos (tardíamente) desde el 27 de enero del mismo año (fs. 274), lo cual significa que el recurrente no pudo haber actuado movido por un error de la Fiscalía que aún no se había producido.

No existe razón suficiente para aceptar el segundo cargo.

3. Derecho a la información sobre beneficios. El actor sostiene que se ha conculcado de manera ostensible y grave el derecho de defensa del capitán César Augusto Castaño Rubiano, porque la Fiscalía, en la diligencia de indagatoria, no le informó sobre los beneficios de rebaja de pena que podía obtener si confesaba el hecho o se acogía a la terminación anticipada del proceso, de acuerdo con los artículos 299 y 37 del Código de Procedimiento Penal, antes de la reforma introducida por la Ley 81 de 1993. Expone, adicionalmente, que esa obligación del fiscal de informar al imputado sobre la existencia de tales prerrogativas estaba dispuesta en el artículo 37, y aún sigue vigente en el texto modificado por la Ley 81, razón por la cual también se ha vulnerado el debido proceso regulado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

En el desarrollo de la sustentación de este cargo, el censor dice que no es de poca monta la omisión, porque de haber cumplido el fiscal, la pena se hubiera reducido en 6 años y algunos meses. Además, habiéndose producido la confesión en la indagatoria, sin importar que hubiera sido calificada, debió hacer la respectiva redención de pena.

No preveía el artículo 37 original del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), el pretendido derecho a la información anticipada al imputado, desde la diligencia de indagatoria, en relación con los eventuales beneficios por confesar el delito o facilitar terminación prematura del proceso. Tampoco lo ha-

cen los vigentes textos de los artículos 37, 37A y 37B, resultantes de las modificaciones que al instituto le hizo la Ley 81 de 1993.

Eso sí, ya en el curso de la audiencia especial para terminación anticipada, una vez producido el acuerdo entre el fiscal y el procesado, los protagonistas declaraban su contenido ante el juez, quien debía ordenar su consignación por escrito en el acta, y, adicionalmente, dicho funcionario (no el fiscal) tenía la obligación de "explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad..." (se ha resaltado).

Ahora bien, salvo el tema de las notificaciones, el derecho a la información al imputado, y el correlativo deber que tendría el funcionario, sólo están previstos en los artículos 283 y 377 del Código de Procedimiento Penal. De acuerdo con el primero, el fiscal o el juez siempre harán saber al imputado sobre el derecho a no declarar contra sí mismo ni contra las demás personas indicadas en la norma, por estar ellas dentro de su convencional círculo de solidaridad. Y el segundo precepto consagra los derechos que deben informarse al capturado, entre los que no cuentan los de la existencia de eventuales beneficios por confesión o terminación anticipada.

No sería lógico que la norma del artículo 37 (no modificado) consagrara tal derecho a la información de beneficios, pues, por algo despuntaba su texto con el señalamiento de que la terminación anticipada del proceso se podía realizar por "iniciativa del fiscal o del sindicado". De modo que, si el funcionario advertía las condiciones para terminar anticipadamente el proceso, después de proferida la apertura de instrucción, simplemente dictaba la resolución en la que fijaba fecha y hora para celebrar la respectiva audiencia especial, mas en manera alguna tenía que sugerirle veladamente la diligencia al procesado, por medio de una información del contenido abstracto de la ley que se supone conocido por todos los ciudadanos, máxime si se ha determinado que aquél estaba asistido por un defensor experto en derecho. Desde luego que esa iniciativa del fiscal contenía una considerable dosis de prejuzgamiento y prepotencia estatal, lo cual condujo a la saludable reforma para que el trámite de sentencia anticipada sólo fuera provocado por el sindicado (art. 37 actual).

En sentido contrario a lo pretendido por el impugnante, la Constitución y la ley procesal penal regulan escrupulosamente no sólo la garantía de la no autoincriminación, sino también el derecho del imputado a que los funcionarios judiciales le informen sobre el contenido de la misma (Const. Pol., art. 33 y C. P. P., art. 283). En tal sentido, los fiscales y los jueces deberán observar prudencia e integridad si se deciden a informar al procesado sobre los beneficios por confesión o terminación anticipada o colaboración eficaz, sobre todo entregando totalmente los datos relacionados con lo que puede conseguir en su favor y también con las limitaciones que comporta su renuncia a refutar la acusación, pues no vaya a ser que tras esa comunicación judicial con el imputado se esconda el deseo personal y egoísta de liberarse rápidamente de un expediente más, o que las instrucciones del funcionario se conviertan en un

instrumento para presionar autoacusaciones falsas, o que en cualquier caso su actitud sirva para sobornar la voluntad del sindicado que debe ser transparente y libre para esos efectos.

De otra parte, el sindicado adquiere el derecho a una rebaja de pena cuando admite la responsabilidad, no antes o con la sola información o el solo conocimiento de la norma que lo prevé, motivo por el cual envuelve petición de principio aseverar que la judicatura lo privó de una rebaja de pena por no haberlo enterado de una eventualidad, cuando ahora es imposible demostrar que el procesado sí acogería positivamente esa sugerencia de terminación anticipada y además, llegada la hora de la diligencia, también aceptaría los cargos formulados.

Tampoco fructifica el tercer cargo.

4. Nulidad por errónea calificación sumarial. El actor sitúa la irregularidad en la calificación de una parte de los hechos como delito de homicidio agravado por la indefensión de la víctima (C. P., art. 324 7), a sabiendas de que no concurría dicha circunstancia de agravación, lo cual constituye una violación al debido proceso y, según el numeral 2° del artículo 304 del C. de P. P., acarrea nulidad.

No es necesario ahondar en las razones expuestas por el censor para pedir la exclusión de la causal de agravación del homicidio, pues de entrada se advierte un impediente error de técnica. En verdad, la Corte ha sostenido recurrentemente que la errónea calificación sumarial es motivo de nulidad, porque el yerro es tan protuberante que subvierte las bases del proceso, de tal manera que a la persona se le juzgaría por un delito que no corresponde a la realidad probatoria declarada por el instructor.

Sin embargo, también ha precisado la jurisprudencia, que el error de tales características es sólo aquel que afecta la denominación genérica de la infracción, o el que, a pesar de permanecer dentro del mismo género, representa un gravamen injustificado para el procesado e incide notablemente en el posterior ejercicio de la contradicción y la defensa. Los demás yerros, se ha dicho, no convocan el remedio extremo de la nulidad, porque su remoción puede intentarse por la vía de los recursos en contra de la calificación sumarial de primera instancia, o en el debate durante del juzgamiento, o por la impugnación de la sentencia de primer grado, o por el medio extraordinario de la casación, mas en esta última oportunidad sólo podría hacerlo por la causal primera.

Así entonces, como al demandante le incomoda es la deducción de la agravante del homicidio, la exclusión de dicho factor debía intentarse por la causal primera de casación, bien como violación directa ora como violación indirecta, pues no sería necesario decretar la nulidad de la actuación para declarar que el procesado sólo cometió un delito de homicidio simple, cuando bastaría que la Corte dictara el fallo de reemplazo con tales prevenciones (C. P. P., arts. 220-1 y 229-1).

Por manifiesta informalidad en su proposición, fracasa esta cuarta censura.

II. Violación Directa de la Ley Sustancial

Sólo un cargo propone el censor por esta vía, prevista como causal primera de casación, y lo hace consistir en la aplicación indebida del numeral 7° del artículo 324 del Código Penal y la falta de aplicación del numeral 5° del artículo 66 del mismo estatuto. Con base en los mismos argumentos del reproche precedente, el actor sostiene que no se configura la colocación o el aprovechamiento de las condiciones de indefensión de la víctima, sino que a lo sumo podría pregonarse genéricamente que el procesado "abusó de las condiciones de inferioridad del ofendido".

El demandante entiende que por la vía directa no es posible discutir los hechos y las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia, porque se trata solamente de oponer un criterio jurídico sobre las normas relevantes. Así, el actor acepta que el procesado había golpeado previamente al ofendido y también que el disparo mortal se produjo por la espalda.

Sin embargo, el demandante postula que el victimario actuó con dolo de ímpetu, esto es, movido por la ira que le suscitó la huida arbitraria del ofendido, cuando él lo requería en procedimiento regular por los supuestos actos delictuosos que estaba cometiendo. Estos últimos son hechos que no se admitieron en la sentencia y, por el contrario, fueron descartados expresamente para poder derivar la mencionada agravante.

Que la víctima haya huido por su cuenta y riesgo, es algo que no se admitió en el fallo, porque, por el contrario, se declaró que el procesado le había concedido cinco minutos para se alejara del escenario, pero inmediatamente después la persiguió y le descerrajó los dos disparos, lo cual no revela tanto un estado de exaltación como sí una frialdad de ánimo.

Tampoco se aceptó en la sentencia que esa noche el ofendido estuviese dedicado a obras delictivas concretas, como lo sugieren el procesado y su defensa, sino que a los militares les informaron genéricamente que se trataba de un "ladrón".

De verdad que el censor no controvierte dos de los aspectos objetivos que pueden estructurar la causal de agravación por indefensión, pero sí agrega otros dos como presupuestos que en realidad no fueron recibidos en la sentencia, con el fin de alistar así la discusión del aspecto subjetivo del factor intensificador de la pena, pues pretende demostrar que anímicamente el procesado no estaba en condiciones de percibir las circunstancias de inferioridad de la víctima o de aprovecharse de ellas.

Si se pensaba atacar tan fundamentales datos reveladores de la existencia o de la inexistencia de la agravación, lo correcto era acudir a la vía de la violación indirecta, pues a estas alturas no se sabe si el actor quiso decir que también habían sido admitidos en la sentencia los supuestos fácticos del dolo

de ímpetu, o si pretendía demostrar que hubo errores de hecho o de derecho que impidieron al juzgador su detección.

Por quebrantamiento de la regla técnica de la demanda en forma, también se rechazará esta censura.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, origen y contenido indicados en la motivación de este fallo.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego. Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda. Carlos A. Gálvez Argote, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson 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 postularse de manera íntegra y sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.

Dispone 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 obliga a declarar desierto el recurso si la demanda no reúne las condiciones formales.

Que la causal que se estime procedente sea la tercera, en nada reduce los requisitos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta Sala ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M. P. Carlos A. Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues se mantiene la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera completa, precisa y clara, cómo se incurrió en actos que trascendieron contra las garantías fundamentales o hacia el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N°131 Proceso No. 13334

ASUNTO

Decide la Corte si es formalmente admisible la demanda de casación presentada por la defensora de Euclides Orrego Tabares, condenado como autor de homicidio simple, en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y tentativa de hurto agravado, luego de ser acumulados dos procesos.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1° Alrededor de las 9:30 p. m. del 4 de noviembre de 1995, un grupo de amigos que se hallaba departiendo en el restaurante "Rico Pollo", calle 21 Sur con carrera 2a., Barrio Granada, al oriente de Santa Fe de Bogotá, fue requerido por un individuo en solicitud de un gato para automotor, préstamo negado por serles desconocido el solicitante, lo cual molestó a éste, que atacó a uno de los contertulios con un destornillador y después regresó provisto de una pistola obtenida en una casa vecina, que primero disparó contra un transeúnte y luego contra el grupo, ocasionándole la muerte a Luis Miguel Beltrán Martín, al propinarle un tiro en la cabeza.

Perseguido el autor de los disparos, penetró en una vivienda cercana, probablemente la misma donde había conseguido el arma de fuego; allí fue capturado por miembros de la Policía Nacional y se le incautó la pistola Astra, N° 1158024, calibre .38 (9mm) corto, provedor para 7 cartuchos, que se identificó pericialmente como la utilizada para disparar el proyectil encontrado en el cadáver de Beltrán Martín.

El capturado dijo primero responder al nombre de Ancízar Tabares Grajales y luego Euclides Orrego Tabares. Oído en indagatoria y ampliación, la situación jurídica le fue resuelta el 9 de noviembre de 1995, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de arma de fuego (f. 56 y Ss. cd. respectivo).

El 11 de marzo de 1996, la Fiscalía 39 Seccional de la Unidad Tercera de Delitos contra la Vida de Santa Fe de Bogotá profirió resolución de acusación contra Euclides Orrego Tabares, por los delitos de homicidio, agravado por indefensión de la víctima, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, enjuiciamiento recurrido por el encausado y confirmado íntegramente el 7 de mayo del mismo año por una Fiscalía de la Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, luego de superarse una confusión inicial (fs. 175 y Ss., 241 y 37 y Ss. de los cuadernos respectivos).

El adelantamiento del juicio le correspondió al Juzgado 11 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, a donde llegó para ser acumulada la causa que es referida en el siguiente punto.

2° Hacia las 7:30 p. m. del 7 de mayo de 1995, frente a la Iglesia del barrio San Blas, calle 20A Bis Sur N° 1 35 Este, dos personas intentaron hurtarse el automóvil Renault 4 de placas HKD-475, modelo 1988, valorado en $4'000.000, mientras su poseedor, el sacerdote Roberto Ramírez Castro, celebraba Misa. La actuación de algunos feligreses les impidió mover el carro y debieron emprender la huida, siendo capturado uno de ellos, de nombre Euclides Orrego Tabares, quien el día siguiente fue escuchado en indagatoria y dejado luego de ella en libertad, a petición de su defensor, al haber quedado el "hurto por el que se le vincula en la modalidad de tentativa" (fs. 9 y 10 cd. respectivo).

El 28 de septiembre del mismo año fue proferida en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de hurto agravado imperfecto, concediéndosele libertad provisional bajo caución prendaria de $30.000 (fs. 50 y Ss. ib.).

El 12 de febrero de 1996, la Fiscalía 100 de la Unidad Tercera Local de Patrimonio Económico de Santa Fe de Bogotá profirió resolución de acusación contra Euclides Orrego Tabares, como coautor de la referida tentativa de hurto agravado (fs. 119 y Ss. ib.), providencia que no fue recurrida.

Le correspondió esta causa al Juzgado 16 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, despacho que el 25 de junio de 1996 (f. 175 ib.) ordenó enviarla al Juzgado 11 Penal del Circuito para efectos de acumulación con la especificada en el punto 1° de esta relación.

3° Acumulados los dos juicios, el 25 de septiembre de 1996 se celebró audiencia pública, además de haberse allegado información y copias acerca de otros antecedentes y sindicaciones del acusado. El 15 de octubre del mismo año el Juzgado 11 Penal del Circuito condenó a Euclides Orrego Tabares como autor de los delitos de homicidio agravado, porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y tentativa de hurto agravado, imponiéndole 11 años y 7 meses de prisión, 8 años de interdicción de derechos y funciones públicas y la obligación concreta de indemnizar los perjuicios materiales y morales ocasionados con el homicidio, entre otras determinaciones (fs. 58 y Ss. cd. respectivo).

Apelado este fallo por el procesado, quien en la sustentación expresa que "al ver que ellos eran varios una persona me ayudó con un arma y disparé sin intención de matar a nadie... fue un solo tiro que se disparó del arma homicida", solicitando se le conceda "el beneficio de la condena de ejecución condicional", y por su defensor, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá lo confirmó el 18 de diciembre de 1996, modificándolo únicamente en el sentido de no hallar configurada la indefensión de la víctima que generaba la agravación del homicidio, por lo cual la pena principal fue disminuida a 26 años y 7 meses de prisión (fs. 3 y Ss. cd. Tribunal).

La Demanda de Casación:

El procesado y su postrer defensora interpusieron contra tal fallo el recurso extraordinario y ella presenta la correspondiente demanda, formulando un único cargo por la causal tercera de casación, "al haberse proferido sentencia en un juicio viciado de NULIDAD, en virtud de grave violación al DERECHO DE DEFENSA", que hace consistir en que al procesado se le "designaron múltiples defensores de oficio, con lo que la Administración Judicial pretendía satisfacer el imperativo constitucional de designar defensor para la debida asistencia jurídica del acusado de un delito por cuya gravedad no podía pasarse por alto que tal designación obraba para los fines supremos de garantizar un derecho fundamental, que en el caso a examen implicaba abordar a fondo la cuestión... es evidente que el sinnúmero de abogados jamás logró

conocer tan siquiera a fondo el proceso no, nada de eso ocurrió, y no encontramos ni un solo 'indicio' de que podía ser así".

Se queja de que "en la primera diligencia de indagatoria" el defensor "a quien el indagado manifiesta nombrar para que lo asista en esta diligencia y en todas las demás" se hubiera hecho presente cuando él ya había designado a otra abogada, por lo cual presupone que no pudieron preparar adecuadamente la defensa ni a aquél le consta si "le advirtieron de sus derechos constitucionales o acerca de los beneficios que podría obtener, si se acogía a la sentencia anticipada o a la audiencia especial", y la diligencia "desemboca en una serie de preguntas donde pasa de todo menos informarle al sindicado la naturaleza de la acusación y los móviles (sic) por los cuales se encuentra allí rindiendo una indagatoria y asistido por un abogado", según consagra "la CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en su artículo 8 que trata de las garantías judiciales, ordinales b y c".

Agrega que a la ampliación de indagatoria "comparece otro abogado, a quien se hace aparecer como designado por el acusado, pero en realidad designado por la Fiscalía", sin que la recurrente exprese las razones en que se basa para lanzar tal aseveración, ni si, como aparece, se está refiriendo a la defensa en uno solo de los procesos que después fueron acumulados. Manifiesta así mismo que "dos abogados nombrados el mismo día y ambos para todo el proceso, sin que el segundo de los nombrados volviera a ocuparse de él, no puede ser otra cosa que una burla atroz", pero no especifica si cometida por el procesado que los designó, por los abogados o por alguna autoridad.

Continúa la casacionista refiriendo que después le fueron designados, ahora sí de forma oficiosa, otros abogados, uno para una diligencia practicada el 23 de enero de 1996 y otro el 31 de los mismos, quien después pide relevo "por tener quince defensas de oficio en su haber", todo lo cual está indicando que "la defensa durante la investigación fue puramente material realizada a golpe de machete, por decirlo así, en ausencia de instrumentos técnicos verdaderamente idóneos como deben ser para el caso con la asistencia de un defensor que cumpliera verdaderamente con la sagrada misión de defender a una persona sindicada de un delito de tal naturaleza", dando a entender una vez más que lo único que reprocha es la presunta falta de defensa técnica acerca del homicidio.

El 10 de abril de 1996 asume otro letrado, pero es Orrego Tabares quien, al decir de la impugnante, sigue asumiendo la mayor actividad defensiva, pasando múltiples memoriales y solicitudes, "desacertadas o no", sin que el defensor se esmere por asesorarle jurídicamente y decirle qué solicitudes proceden, por lo cual la actividad defensiva "espontánea entra a reñir también con la necesidad de acelerar el proceso dilapidándose tiempo precioso para preparar la audiencia... toda una serie de solicitudes espontáneas se obliga el defensor por lo menos a presentar un memorial que es una tímida solicitud de pruebas... Pero lo verdaderamente atroz, es que sin haberse realizado actividad probatoria alguna por parte de la 'defensa técnica' en el proceso, lo

poco que hace al final porque se practiquen algunas, SE DENIEGA. La defensa técnica no parece tan técnica".

Llega entonces un defensor público pero, al sentir de la impugnante, su actividad cae en el vacío y se esfuma sin enriquecer el juicio ni aportar novedades "respecto a lo ya armado por la Fiscalía a espaldas de la defensa técnica", ni poder controvertir las pruebas aportadas, "que fueron consideradas únicas e irrefutables".

Fueron siete abogados "los nombrados para darles visos de legalidad al proceso", meramente formal ante "la escasez absoluta de la defensa" aunque el Tribunal haya rebajado la prisión a 26 años y 7 meses, quitando la agravante, quizás al percibir "que se estaba cometiendo una injusticia de orden superior pero en las condiciones señaladas poco hizo ya para restablecer los derechos fundamentales vulnerados".

Solicita entonces casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de todo lo actuado, por violación del derecho de defensa a lo largo de todo el proceso, "incluyendo la diligencia de indagatoria".

CONSIDERACIÓN 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 postularse de manera íntegra y sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.

Dispone 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 reanudación del fallo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos, mientras el 226 ibídem obliga a declarar desierto el recurso si la demanda no reúne las condiciones formales.

Que la causal que se estime procedente sea la tercera, en nada reduce los requisitos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta Sala ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M. P. Carlos A. Gálvez Argote y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues se mantiene la obligación de fundamentar y demostrar, también de manera completa, precisa y clara, cómo se incurrió en actos que trascendieron contra las garantías fundamentales o hasta el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento.

En el caso bajo estudio, la libelista cae en dos omisiones cardinales, que impiden a la Corte ocuparse de fondo en el análisis del reproche que plantea.

En primer término, la impugnante no señala a qué consecuencias distintas a las determinadas en la sentencia de segunda instancia habría llegado el proceso de contar el implicado con una defensa a cargo de un sólo abogado, o de letrados que hubieren tenido mayor continuidad en la gestión profesional, ni cuáles fueron los medios de convicción dejados de acopiar, o si resultaba

posible demostrar la ausencia de responsabilidad de quien en ambos hechos fue capturado en flagrancia y frente al único que motiva la atención de la impugnante, según se verá, aceptó ser el autor del disparo letal, con un arma que no estaba autorizado a portar; o si resultaba posible una pena menor, después de ser reducida en quince años la prisión impuesta.

Tampoco examina con claridad si la causa de los varios cambios la generaba el propio procesado, o es achacable a la administración de justicia, que de acuerdo con lo relatado en la demanda siempre estuvo presta a designar otro defensor cuando el nombrado por Orrego Tabares o el previamente asignado de oficio dejaba de concurrir.

La casacionista empieza censurando la designación de "múltiples defensores de oficio", pero de su misma relación se desprende que varios de los que duraron menos fueron nombrados por el propio sindicado. De la misma forma lanza conjeturas, sin alguna sustentación, acerca de que uno de los profesionales que aparecen designados por el procesado lo fue de oficio, o si se efectuaron y cómo unas advertencias al empezar la injurada antes de llegar un segundo abogado de confianza, olvidando que la primera también había sido nombrada por él y que fueron varias las oportunidades en las cuales, por continuación o ampliación de la indagatoria, fue escuchado y pudo manifestar todos los reparos que a bien tuviese.

Se queja de que fuera el propio procesado quien enviara memoriales y solicitudes, que la impugnante dice que dilataron el desenvolvimiento procesal, pero reprocha que no lo hubiere hecho quien estaba a cargo de la defensa técnica. Contradictoriamente también lamenta que las pruebas pedidas por el defensor hubieren sido denegadas, con lo cual pretende reforzar sus suposiciones de desprotección jurídica, cuando más bien está denotando que no existían pruebas conducentes o que no resultaren superfluas que faltare por allegar. Olvida además lo reafirmado por esta corporación:

"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 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..." (Rad. 13.029, agosto 11/98, M. P. Ricardo Calvete Rangel).

En segundo lugar, la demanda es manifiestamente incompleta, pues aunque en forma expresa está dirigida a que se case la sentencia de segunda instancia y "se decrete LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO POR VIOLACION DEL DERECHO A LA DEFENSA, a lo largo de todo el proceso incluyendo la diligencia de indagatoria", resulta ostensible que sólo observa uno de los procesos que resultaron acumulados, el adelantado por el homicidio de que fue víctima Luis Miguel Beltrán Martín y el porte ilegal de la pistola utilizada para cometerlo, dejando por completo de lado el que se estuvo diligenciando sepa-

radamente por la tentativa de hurto agravado sobre el vehículo del sacerdote Roberto Ramírez Castro.

Sobre esa actuación absolutamente nada reprocha la libelista, en particular acerca de la defensa que se haya desplegado a favor de Euclides Orrego Tabares durante toda la instrucción y la parte del juicio que hubiere podido desarrollarse antes de la acumulación.

Siendo evidente que la sentencia involucra también la responsabilidad del procesado por la tentativa de hurto, erró así mismo la impugnante al pretender su remoción total, habiendo analizado únicamente la presunta deficiencia en el respeto de la garantía fundamental de la defensa en el otro de los procesos que después confluyeron en el juicio y dieron lugar a un solo fallo, dejando sin postulación ni desarrollo la suerte que habría de correr la incidencia arrojada por uno de los factores del juicio sobre la decisión unificada, defecto que, al igual que el referido primeramente, deja a la corporación sin posibilidad legal de abordar a fondo el estudio del reproche.

Las referidas faltas de precisión y omisiones en la formulación y el desarrollo del cargo único de nulidad por hipotética conculcación de la defensa técnica, imponen legalmente el rechazo de la demanda, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, lo cual conduce a declarar desierta la impugnación, mediante providencia de la Sala que no admite recurso alguno al quedar ejecutoriada en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.).

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por la defensora de Euclides Orrego Tabares 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 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 Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA-Inactividad del abogado/
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

1. La Corte ha sido uniforme y reiterativa en el sentido de que quien demanda violación del derecho de defensa por supuesta inactividad del abogado, debe demostrar que en realidad fue una omisión lesiva de los intereses del procesado, atendiendo a lo recaudado por la investigación. Esto implica que sea insuficiente para efectos de la nulidad la simple crítica que en abstracto haga un togado de la actuación de otro, pues es lógico que cada profesional quiera anteponer aquello que él habría hecho frente al caso concreto y que diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva. El hecho de que no haya coincidencia defensiva entre una actuación realizada y otra posible, no significa que se haya infringido la garantía constitucional (cfr., por ejemplo, 29 de abril de 1999. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

El silencio de un defensor que no impugna la resolución acusatoria no entraña nulidad pues que puede obedecer, por ejemplo, a táctica profesional o a una tácita conformidad con el pensamiento judicial. Reprochar esa inactividad no comporta ausencia de defensa porque, vgr., podría obedecer a la inconveniencia de apelar ante el temor de una confirmación. El interponer recurso o no contra la calificación del mérito del sumario, compete al fuero interno del letrado.

2. Se sabe, por larga y cierta jurisprudencia de la Corte, que cuando se demanda con fundamento en la violación directa de la ley sustancial, la prueba y el análisis de ella hecho en las instancias, debe permanecer intangible, es decir, no puede ser criticada, revalorada ni cuestionada. En estos casos compete al casacionista referirse y circunscribirse, de manera exclusiva, al falso juicio sobre la existencia de la norma sustancial, a su indebida aducción o a la errónea interpretación de la misma.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón.*

Aprobado Acta No. 125 agosto 25/99 Proceso No. 12524

VISTOS

Decide la Sala lo relacionado con la demanda de casación presentada por el defensor del señor Pedro Pablo Rincón Aldana, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca. Esta Corporación revocó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, y en su lugar lo condenó como autor responsable de los delitos de homicidio culposo cometidos en concurso material homogéneo. Le impuso como penas principales cuatro (4) años de prisión, dos mil pesos ($ 2.000) de multa y dos (2) años de suspensión en el ejercicio de su profesión de conductor; como accesoria, interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual a la sanción privativa de la libertad. Así mismo, ordenó el resarcimiento de los perjuicios y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

El 21 de junio de 1993, aproximadamente a las 4:15 P.M., en la vía La Caro - Chocontá, kilómetro 40 más 920 metros, sitio La Playa, el bus Ford 65 de placas AA-3031, conducido por Pedro Pablo Rincón Aldana, golpeó por el lado derecho la camioneta Fiat 81, azul, de placas AG-5181, conducida por Jesús Guillermo Soto Castellanos. El segundo de los vehículos mencionados fue empujado por el otro a las aguas de un río adyacente a la vía. Como consecuencia, fallecieron Jorge Alberto Vega Siachoque y el menor Gabriel Alejandro Avila. Resulta del expediente, además, que el bus marchaba muy cerca de la camioneta, es decir, que guardaba poca distancia; que se desplazaba a excesiva velocidad; que el comportamiento del señor Rincón fue altamente imprudente y que tiene soporte probatorio el que el procesado quiso superar al vehículo colisionado por el lado derecho, es decir, que el hecho fue resultante de pluralidad de violaciones del código de tránsito.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. La Unidad de Fiscalía de Chocontá dictó resolución de apertura de investigación el 30 de junio de 1993 y vinculó mediante indagatoria a Pedro Pablo Rincón Aldana y a Jesús Guillermo Soto Castellanos.

2. El 30 de septiembre del mismo año, resolvió la situación jurídica: respecto del primero, dispuso medida de aseguramiento de detención preventiva con reconocimiento del derecho a la libertad provisional. Le imputó delitos de homicidio culposo. En relación con el segundo, se abstuvo de imponer medida.

3. Luego de practicadas pruebas de diversa índole, el 22 de junio de 1994 fue cerrada la investigación y el 23 de agosto de 1994 la fiscalía produjo resolución de acusación contra el procesado Rincón Aldana, como presunto autor responsable de los delitos de homicidio culposo, y preclusión en favor de Soto Castellanos. Mantuvo la libertad del señor Rincón Aldana.

4. Ejecutoriado el auto calificatorio, el proceso fue remitido al Juzgado Penal del Circuito de Chocontá, despacho que adelantó la etapa del juicio.

Una vez practicada la audiencia pública, dictó sentencia absolutoria el 30 de abril de 1996, en la cual siguió manteniendo la libertad provisional del procesado.

5. Apelado el fallo por la parte civil, el Tribunal de Cundinamarca lo revocó y se pronunció como ya fue explicado.

6. El defensor del ciudadano Rincón Aldana interpuso recurso de casación, que sustentó.

La Demanda

El censor acude a dos cargos, así:

Primer cargo. Violación directa de la ley sustancial, al amparo de la causal 1ª. (artículo 220 del C. de. P. P.), como consecuencia de interpretación errónea de los artículos 26, 27, 28 y 68 del C. P. y de falta de aplicación de los artículos 22, 28, 42, 47 y 149 del código nacional de tránsito.

Segundo cargo. Causal tercera, porque la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, por falta de defensa técnica. Lo sustenta en los artículos 304 3 del C. de. P.P. y 29 de la Constitución Política. Para desarrollarlos, argumenta como sigue:

En cuanto al primer cargo.

1. En la parte de la sentencia correspondiente a la tasación de la pena el Tribunal se refiere a la inexistencia de Antecedentes y agravantes en contra del procesado. Sin embargo, sin mayores fórmulas de juicio, sin un razonamiento válido, impone una pena de cuatro años con el único argumento de que se parte del mínimo contemplado para el hecho, aumentado hasta en otro tanto.

2. Si bien el Tribunal partió de dos años de prisión, que fueron incrementados en otro tanto, para un total de cuatro años, lo lógico era que el aumento de la pena se fundamentara en los criterios que señala el artículo 61 del C. P. Así, el ascenso punitivo debió ser tan solo de algunos meses, o días, cosa que no se hizo porque la norma violada no fue tenida en cuenta ni valorada.

3. La interpretación errónea se produjo porque el Tribunal no tuvo en cuenta el sentido y alcance del término "hasta otro tanto", contemplado en la disposición. Cierto que el mínimo de dos años previsto en el artículo 329 del C. P. puede sufrir un incremento de días, meses o años, pero ello siempre tiene que obedecer al juicio crítico que se hace de las circunstancias a que se refiere y que se encuentran plenamente establecidas en el plenario.

4. En la propia sentencia del Tribunal se sostiene, incluso, "que el agente activo del reato no presenta ni registra antecedentes, como tampoco en la resolución se determinaron agravantes".

5. Con motivo de la interpretación errónea, se ha llegado a una pena que excede los límites señalados que permiten la movilización del juez. Igualmen-

te se evidencia un marcado afán del sentenciador por reprimir severamente el comportamiento, severidad que lo condujo a violar el precepto legal, al no hacer una verdadera y justa dosificación de la pena. El Tribunal optó por el camino más corto, como era ajustar la pena en otro tanto.

6. Lo mismo ha ocurrido con los artículos 27 y 28 del C.P. Se dice en la normatividad que la pena aplicable en el concurso no puede ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a los respectivos hechos punibles. En el caso que nos ocupa, el Tribunal tan solo tuvo en cuenta el mínimo y el máximo, con lo cual cercena el derecho del procesado a obtener un justo pronunciamiento, pues aun cuando el fallador ha dejado en claro la existencia de circunstancias que favorecen al imputado, procede a imponer una sanción extrema. Lo indicado es que, atendiendo a esas circunstancias que rodean el hecho, se busque un punto de equilibrio entre los extremos citados.

7. El fallador, además, incurre en interpretación errada cuando, sin miramiento de ninguna especie, y desde luego sin dejar conocer su pensamiento sobre el particular, procede, a renglón seguido, a negar el subrogado de la condena de ejecución condicional.

8. También la sentencia es violatoria del derecho sustancial en cuanto le faltó dar aplicación a los preceptos del código nacional de tránsito citados, que regulan aspectos atinentes a los requisitos para poder ejercer la actividad de conducir vehículos automotores. Tales presupuestos, son proyectados por el casacionista a la conducta de Soto Castellanos, quien no portaba licencia de conducción y además presentaba una limitación física para desempeñar dicha actividad.

9. Teniendo en cuenta lo anterior, es decir, que se trata de normas de derecho sustancial, explica que si bien con ello no se demuestra la inocencia de Pedro Pablo Rincón Aldana, sí tienen un valor importante para la tasación de la pena, con lo cual se habría evitado la violación que se hizo del artículo 26 del C.P., y demás normas que son citadas.

El segundo cargo.

Para demostrar la nulidad que impetra, aduce que la actividad desplegada por el inicial defensor del procesado Rincón Aldana no se compadece con el postulado de la defensa técnica. Explica como razones las siguientes:

1. Existen hechos incontrovertibles que demuestran la poca actividad de quien ejercía la defensa durante la etapa instructiva. En el transcurso de tal fase hizo muy pocas peticiones de prueba, por no decir que ninguna, cuando existían aspectos vitales que demostrar, a través de la inspección judicial, o la solicitud de licencia del conductor del otro vehículo, la solicitud de peritos técnicos que conceptualizaran sobre todos aquellos aspectos que inciden en el desplazamiento de los cuerpos, coincidencia en huella de frenada y cálculo de la posible velocidad de desplazamiento. Todos estos elementos brillaron por su ausencia, con las consecuencias propias que hoy tiene que soportar el procesado Rincón Aldana.

2. La resolución de acusación debió ser recurrida en su oportunidad, puesto que ante la existencia de elementos comprometedores de la responsabilidad de Soto Castellanos, la preclusión decretada en su favor constituye una decisión contraria a derecho.

Como consecuencia de los cargos anteriores, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida, y en su lugar declarar:

a) La nulidad de la actuación a partir del auto que cerró la investigación, por violación al derecho de defensa, por cuanto el procesado careció durante el proceso de una verdadera custodia técnica.

b) Subsidiariamente, y de no ser aceptada la anterior petición, que se reforme la sentencia ajustando la pena a la realidad jurídica, y conceder, en consecuencia, el subrogado de la condena de ejecución condicional, por cuanto el procesado cumple con los requisitos legales para ello.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar la sentencia recurrida, por considerar que merecen rechazo las censuras incoadas en el libelo impugnatorio.

Respecto del 2°. cargo, que toma en primer lugar en razón al principio de prioridad, estima lo siguiente:

1. El menoscabo del derecho de defensa tan solo conduce a la nulidad cuando el defensor no ha desplegado ninguna actividad o ésta ha sido completamente contraria a los intereses del procesado, tachas que no son predicables del inicial defensor.

2. La defensa fue desarrollada por un profesional del derecho debidamente titulado, que participó activamente en el devenir de la actuación, con lo que se garantizó en un todo el resguardo técnico del procesado.

3. El ataque se identifica con una disparidad de comportamientos defensivos entre el casacionista y quien fuera defensor inicial del señor Rincón Aldana, inconformismo del actor que no se erige en cortapisa de la validez deprecada respecto de la actuación procesal. Cuando acusa que el defensor no solicitó la práctica de algunas pruebas, ha debido proyectar el ataque hacia el menoscabo de la investigación integral, demostrando que la supuesta omisión probatoria revestía la trascendencia necesaria para mutar el sentido del fallo, más no entremezclar dicha aseveración con los apartes iniciales del cargo.

4. La proyección que el censor da al hecho de no haberse impugnado el proveído calificatorio, tampoco encuentra mayor relación con el postulado prístino de la censura, porque la responsabilidad penal se reporta individual y, salvo que se hubiese demostrado por parte del actor -que no lo hace-, el desplazamiento de la imputación hecha a Rincón Aldana, a partir de la deducción de un compromiso de responsabilidad en cabeza de Soto Castellanos,

la preclusión con la que este se vio beneficiado, por manera redunda en una violación del derecho a la defensa y, por lo mismo, tampoco en el decreto de la invalidez de la actuación.

En relación con el primer cargo, apunta:

1. La demostración del ataque que hace el casacionista por violación directa de la ley sustancial se supedita en esencia a la exposición de una serie de cuestionamientos en punto de la tasación del quantum punitivo impuesto al procesado, de la denegación del subrogado de la condena de ejecución condicional y de la no consideración de circunstancias predicables del inicial sindicado Soto Castellanos, en el entendido que éste no portaba licencia de conducción y que además presentaba una limitación física para desempeñar dicha actividad.

2. El censor no logra comprobar los yerros de hermenéutica que acredita a la sentencia, toda vez que las razones que esboza sólo se proyectan al plano del simple inconformismo respecto a la forma como se tasó la pena impuesta a su defendido.

3. En el contexto del fallo, en forma por demás acertada, el *ad quem* reconoció la ausencia de antecedentes penales así como de agravantes predicables del procesado y, precisamente con base en dicha circunstancia, tomó como base punitiva el mínimo de la pena principal dispuesto para el homicidio culposo, el que aumentó en otro tanto en virtud de la fórmula concursal que le fue imputada, con plena referencia a los parámetros normativos que regulan dichos cómputos, con lo que se desestima la interpretación errónea, como quiera que el fallador actuó conforme a los límites regulados por dichos preceptos.

4. En lo atinente a la no concesión de la condena de ejecución condicional, resulta indefectible que tal actitud negativa del Tribunal respondió en un todo a los dictados objetivos del artículo 68 del C.P., por cuanto, ante el hecho de que la pena impuesta excedió el límite de los tres años de prisión, se tornaba inoficioso el examen de los factores subjetivos contenidos en esa norma.

5. El casacionista en modo alguno comprueba la trascendencia que reporta la falta de aplicación de los preceptos contenidos en el código nacional de tránsito en punto del sentido del fallo, como le era exigible, pues es precisamente en este acápite de la demanda, en donde el censor le resta incidencia a la supuesta infracción normativa respecto del compromiso de responsabilidad predicado en contra de Rincón Aldana, y sin mayor referencia a la tasación del quantum punitivo, como surge del aparte de la demanda cuyo texto transcribe.

6. El recurrente desatiende que la responsabilidad penal se reporta en un todo individual y, desde esta perspectiva, la inidoneidad que a su criterio afectaba a Soto Castellanos para conducir automotores, como él mismo lo advierte, por manera desplazaba el compromiso de responsabilidad que le fue endilgado a su defendido en la sentencia y, mucho menos, incidía en el monto

de su pena; circunstancia que le imprime a este aparte del cargo un grado de intrascendencia de cara al sentido del fallo, que determina su incuestionable desestimación.

Consideración de la Corte

Por la vía de la impugnación extraordinaria, la sentencia no puede ser rota. Las razones son las siguientes:

Frente al segundo cargo, es decir, la nulidad.

1. Cuando se alega nulidad por falta de actividad probatoria, o por no impugnar determinada decisión judicial, el casacionista está en la obligación de demostrar, en el primer evento, qué pruebas no fueron practicadas y cuál la incidencia de esta omisión en la situación del procesado. Y, en el segundo supuesto, que la solicitud de anulación basada en que no se ha impugnado una resolución, implica demostrar la trascendencia de lo omitido en el examen final del proceso.

En el asunto que nos ocupa, el demandante se limita a censurar al defensor que lo antecedió, por el hecho de no haber solicitado una inspección judicial, la licencia del conductor del otro vehículo y la participación de peritos técnicos que conceptualizaran sobre todos aquellos aspectos que inciden en el desplazamiento de los cuerpos, coincidencia entre huellas de frenada y cálculo de la posible velocidad de desplazamiento. Sin embargo, no precisa ni demuestra que las pruebas citadas tuvieran la importancia necesaria para cambiar el resultado de la sentencia.

2. *La Corte ha sido uniforme y reiterativa en el sentido de que quien demanda violación del derecho de defensa por supuesta inactividad del abogado, debe demostrar que en realidad fue una omisión lesiva de los intereses del procesado, atendiendo a lo recaudado por la investigación. Esto implica que sea insuficiente para efectos de la nulidad la simple crítica que en abstracto haga un togado de la actuación de otro, pues es lógico que cada profesional quiera anteponer aquello que él habría hecho frente al caso concreto y que diagnostique y establezca su propia estrategia defensiva. El hecho de que no haya coincidencia defensiva entre una actuación realizada y otra posible, no significa que se haya infringido la garantía constitucional (cfr., por ejemplo, 29 de abril de 1999, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).*

3. Aparte lo anterior, el defensor inicial del ciudadano Rincón Aldana, abogado titulado, sí actuó. En efecto:

a) Diligencia de indagatoria, con mandato para tal acto y para los demás. 1°. de julio de 1993 (Fl. 48).

b) Petición de pruebas, que fueron decretadas. 19 de julio de 1993 (Fls. 103/4).

c) Ante la medida de aseguramiento proferida en contra de su cliente, con reconocimiento de libertad provisional, petición sobre cambio de caución. 19 de octubre de 1993 (Fl. 155).

d) Estudio precalificatorio. 11 de julio de 1994 (Fl. 190).

e) Notificación de la calificación. 29 de agosto de 1994 (Fl. 205 vto).

f) Notificación de dos autos sobre parte civil. 29 de agosto de 1994 y 14 de febrero de 1995 (Fls. 207 vto y 225 vto).

g) Renuncia al poder por haber sido designado personero municipal de Chocontá. 28 de febrero de 1995 (Fl. 231).

Hasta aquí, la actuación del primer defensor. Posteriormente, el señor Rincón Aldana otorgó poder a otro profesional y prosiguió la actuación sin mayores inconvenientes.

Como se establece de la anterior relación, la defensa sí estuvo atenta al decurso del proceso, así no hubiera hecho todo aquello que habría hecho el casacionista. La defensa durante la instrucción, entonces, no merece reproche, y menos uno de tal envergadura que pudiera conducir a la anulación.

4. *El silencio de un defensor que no impugna la resolución acusatoria no entraña nulidad pues que puede obedecer, por ejemplo, a táctica profesional o a una tácita conformidad con el pensamiento judicial. Reprochar esa inactividad no comporta ausencia de defensa porque, vgr., podría obedecer a la inconveniencia de apelar ante el temor de una confirmación. El interponer recurso o no contra la calificación del mérito del sumario, compete al fuero interno del letrado.*

En síntesis, repítese, la demanda enseña solamente la inconformidad del actual defensor del ciudadano Rincón Aldana con la labor de su anterior defensor. Tal disparidad de criterios no afecta la validez de la actuación procesal.

El cargo, entonces, no prospera.

Frente al primer cargo. Violación directa de la ley sustancial, originada en la interpretación errónea de los artículos 26, 27, 28, 46 y 68 del Código Penal, así como en falta de aplicación de los artículos 22, 28, 42, 47, y 149 del código nacional de tránsito. Se responde:

1. El cargo se vincula con tres aspectos: la dosificación de la pena impuesta; la negación de la condena de ejecución condicional; y la no estimación de circunstancias predicables del otro conductor, el señor Soto Castellanos -quien fue favorecido con preclusión de la instrucción -, en cuanto no portaba licencia de conducción el día del suceso lamentable, y se hallaba limitado físicamente para guiar automotores.

2. *Se sabe, por larga y cierta jurisprudencia de la Corte, que cuando se demanda con fundamento en la violación directa de la ley sustancial, la prueba y el análisis de ella hecho en las instancias, debe permanecer intangible, es decir, no puede ser criticada, revalorada ni cuestionada. En estos casos compete al casacionista referirse y circunscribirse, de manera exclusiva, al falso juicio sobre la existencia de la norma sustancial, a su indebida aducción o a la errónea interpretación de la misma.* Por ejemplo, en casación del 10 de octubre de 1996, expresó su Sala Penal:

"... en la violación directa, todo cuestionamiento probatorio se halla fuera de lugar, porque el error jurídico que se critica estriba en la aplicación de la norma o su falta de aplicación, o su interpretación por el Juez, pero indefectiblemente, aceptada la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones fácticas, por efecto de la errada selección de la normatividad sustancial llamada a regir el caso o de la equivocada intelección de su contenido o alcance jurídico..." (M. P. Dr. Didimo Páez Velandia) (se resalta, ahora).

Días después, el 24 de octubre del mismo año, dijo:

"...cuando se desarrolla un debate probatorio que se pretende que la Corte también asuma, no es dable invocar la violación directa, ya que en esta clase de censura las valoraciones fácticas o de los hechos, se respetan tal y como vienen dados por el Tribunal, debiéndose concretar el debate en la faz jurídica del asunto..." (M. P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar) (Subrayas de ahora).

El demandante contraría lo anterior. En desarrollo de la causal que enuncia como primera por interpretación errónea y falta de aplicación de algunas normas, entre otras cosas, escribe, frente a la negación de la condena de ejecución condicional y al olvido del código de tránsito:

"Haciendo un rastreo de la forma como se presenta la actuación, encuentro, que los hechos son de aquellos, que a la luz del derecho penal no tienen una honda repercusión social, a pesar del resultado, habida consideración, a que en muchas ocasiones y dado lo intempestivo de su ocurrencia, los resultados no logran una cabal representación en la mente del sujeto activo del reato. Con mucha más razón, en el caso que nos ocupa, si tenemos en cuenta que de una u otra forma, la actividad ejercida por el conductor del vehículo Fiat, tuvo una marcada incidencia en el desarrollo de los acontecimientos y en el resultado final. Ahora bien, sin mayores esfuerzos ,encontramos que existen elementos verdaderamente extraños al comportamiento, y que contribuyeron a la producción del resultado final, a saber: para cualquier conductor, es muy difícil concebir un accidente en carretera, donde las personas que ocupan los automotores pueden ser víctimas de lesiones en su integridad física, o incluso de su muerte. Pero lo que resulta imprevisible, y difícil de representar en una mente humana, es que ese accidente se vaya a presentar cerca a donde cruza un río, que como consecuencia del choque del automotor salga despedido y caiga al lecho de las aguas, y que como consecuencia y resultado final, dos de sus ocupantes pierdan la vida, no como consecuencia directa de la lesiones, sino como producto de ahogamiento por inmersión prolongada en agua dulce...".

Mas adelante, cuando alude a la violación de derecho sustancial por inaplicación de una serie de normas del código nacional de tránsito, escribe:

"Probatoriamente se demostró que el conductor del fiat ...no tenía la correspondiente licencia para conducir, hecho que desde luego debe incidir, en cualquier determinación, ya que este documento es el único que demuestra

la idoneidad y capacidad de una persona para conducir un vehículo como el que chocó contra el bus. No es lo mismo, que determinado automotor sea conducido por un licenciado, a quien se le han practicado por autoridad competente los exámenes que demuestran su idoneidad, que el conducido por una persona que no tiene los conocimientos ni experiencia necesarios, para la actividad citada. De otro lado, por manifestación directa del señor Soto Castellanos, se determinó que lo afectaba una incapacidad en uno de sus miembros inferiores, lo cual a la luz del artículo 22 del C. N. T., conlleva la observancia de algunos requisitos para poder ejercer la actividad de conducir, pero como no se tuvo en cuenta esta normatividad, tampoco se estableció si se cumplía con dicha exigencia...".

Como fácilmente se percibe en las anteriores transcripciones, el casacionista invadió terrenos vedados, a más de que en no pocos renglones plasma su opinión sobre lo sucedido, seguramente para que la Corte lo recoja y lo oponga a la sentencia recurrida. Los dos temas se encuentran fuera del contexto de la violación directa de normas sustanciales. Y ello sería suficiente para negar la prosperidad de los cargos hechos en la demanda.

3. El escrito presentado para sustentar el recurso de casación se debe orientar a comprobar que el fallo es ilegal, es decir, que vulnera el derecho. Por ello no se admite a quien lo confecciona que se quede en el simple propósito de cuestionar la falta de aplicación de unas normas. El demandante debe demostrar la trascendencia que tiene en la sentencia la falta que pregona. Sin embargo, en este asunto, el casacionista se atiene a la formulación para simplemente afirmar que el equívoco influyó en la tasación de la pena impuesta al procesado Pedro Pablo Rincón Aldana. Pero no dice, con exactitud, por qué.

4. Aún admitiendo que pudiera ocuparse de la responsabilidad de su protegido, que no es el objeto de su demanda, no explica cómo la inidoneidad y la disminución física que a su juicio afectaba a Soto Castellanos para conducir automotores, influyó en la de su defendido. Tampoco enseña cómo pudieron intervenir en la dosificación de la pena las limitaciones mencionadas del señor Soto Castellanos, amén de que olvida que la responsabilidad penal es personalista, individual y que las hipotéticas "culpas" de una persona no pueden ser trasladadas a otra.

5. Tampoco demuestra el demandante la enunciada interpretación errónea del artículo 63 del C. P. Constriñe el reproche a su simple inconformidad con el no reconocimiento del subrogado.

6. Sobre los cargos aducidos a la luz de la causal primera de casación, el demandante utiliza la siguiente terminología:

a) "Me permito invocar como causal de casación ... la causal 1ª. del artículo 220 del C. de. P. P., por considerar la sentencia acusada como violatoria de la ley sustancial, concretamente de los artículos 26, 27, 28, 46 y 68 del código penal, artículos 22, 28, 42, 47 y 149 del código nacional de tránsito, modificado por el Decreto 1089 de 1990, como consecuencia de la interpretación

errónea y falta de aplicación de algunas de las normas citadas" (Resalta la Sala).

b) "La interpretación errónea, se produce cuando el honorable Tribunal, no tiene en cuenta el sentido y alcance del término hasta otro tanto, contemplado en la norma, el cual permite una suma de posibilidades, donde se encuentra que el mínimo de dos años (art. 329 C. P.), puede sufrir un incremento de días, meses o años, pero esto, siempre deberá corresponder al juicio crítico, que se hace de las circunstancias a que me he venido refiriendo y que se encuentran plenamente establecidos en el plenario".

c) "Sin lugar a equivocaciones queda patentizado que efectivamente se presenta una violación directa de la ley sustancial por cuanto al dársele aplicación se ha hecho una errónea interpretación, que ha conllevado a una pena que excede los límites señalados para que el Juez, se mueva, y brinde las garantías al rematado".

d) "En tercer lugar, encuentro que la interpretación errónea, de las normas citadas anteriormente, inciden profundamente en las determinaciones que debe adoptar el juzgador de segunda instancia, como consecuencia de la penalización de la conducta. Una vez se tiene el concepto sobre la responsabilidad plena del procesado, entonces, vendrá el juicio crítico para determinar si es procedente, conceder algunos beneficios al rematado. Y es aquí donde nuevamente se nota, que el fallador en la sentencia impugnada, incurre en interpretación errada, ya que sin miramiento de ninguna especie, y desde luego sin dejar conocer su pensamiento sobre el particular, procede a renglón seguido, a negar el subrogado de la condena de ejecución condicional".

e) A la sentencia del Tribunal le faltó dar aplicación a las normas de tránsito. Estas "... son normas sustanciales, y con las cuales si bien no se demostraba la inocencia de Pedro Pablo Rincón Aldana, sí tenían un valor importante para la tazación (sic) de la pena, y de esta forma se hubiera evitado la violación que se hizo del artículo 26 del C. P., y demás normas que he venido citando dentro de este análisis. La violación directa de una norma sustancial de derecho, abarca todos aquellos aspectos que se omitieron en el momento de apreciar el comportamiento del sujeto activo del reato, frente a la disposición, la cual es erradamente apreciada por quien lleva a cabo el juicio valorativo".

f) "Para finalizar mi planteamiento con respecto a este primer cargo, tengo que confirmar mi pensamiento, que las normas citadas en este texto sufrieron una interpretación errra (sic), y algunas otras no se aplicaron, lo cual determina que se haya producido la causal primera de casación, es decir, que la sentencia es violatoria de una norma sustancial de derecho".

g) Y cuando llega a la petición final, expresa: "Subsidiariamente y de no ser aceptada la anterior petición, que se reforme la sentencia ajustándo (sic) la pena, a la realidad jurídica, y conceder en consecuencia el subrogado de la condena de ejecución condicional, por cuanto el procesado cumple con los requisitos legales".

La Sala ha hecho las transcripciones anteriores para indicar cómo el demandante incurre en yerros insalvables. Olvida, por ejemplo, que cuando se plantea aplicación indebida de una norma sustancial, se debe determinar la norma indebidamente aplicada y aquella que en su lugar ha debido ser aplicada; que por lógica la indebida aplicación no conduce a una interpretación equívoca sino que, al contrario, la interpretación errada puede conducir al falso juicio de selección; y que cuando como consecuencia de la errónea interpretación de la ley, ésta se deja de aplicar, o se aplica indebidamente, es tarea del demandante alegar falta de aplicación o aplicación indebida, según el caso, y no interpretación errónea (para la última hipótesis, cfr. casación del 29 de abril de 1999, M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda), todo ello, naturalmente, revestido de la absoluta claridad y precisión que exige el artículo 225-3 del C. de. P. P. Esto no lo hizo el casacionista.

De lo expuesto se desprende que la demanda no puede prosperar.

No sobra decir que si se pensara en la exigüidad o precariedad de la motivación de la sentencia en lo relacionado con la dosificación de la pena, ello resultaría irrelevante pues que observada la conducta del señor Rincón Aldana, la individualización punitiva obligaría a no partir del mínimo de dos años sino, seguramente, de mucho más allá, con fundamento en las líneas trazadas por el artículo 61 del C. P. Con otras palabras, la velocidad, la cercanía del bus al vehículo que desplazaba a las personas victimizadas, el ánimo de superación de la camioneta por el lado prohibido, la alta imprudencia de Rincón, es decir, las varias violaciones del estatuto de tránsito terrestre, se vincularían estrechamente a la gravedad del daño y al grado de culpabilidad, con lo cual sería ilógico tomar como base para la fijación de la pena el mínimo establecido para el homicidio culposo. El punto de partida tendría que ser mayor, y con la modificación aumentativa en razón del concurso, la pena final resultaría siendo semejante y hasta mayor que la fijada por el *ad-quem*. Sería irrito pensar, así, en que porque con ligereza el Tribunal tomó como base de iniciación los dos años previstos en el artículo 329 del C. P., la pena determinada no llegaría, finalmente, a los 4 años.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, 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, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA-Congresista

La atribución constitucional que el artículo 235 confiere a la Corte para investigar y juzgar a los miembros del Congreso se condiciona a una de dos situaciones: que el sometido a proceso penal simplemente ostente la calidad de Representante a la Cámara o Senador, evento en el cual, para efectos de la mencionada competencia, no resulta de relevancia si el punible fue o no cometido por razón de las funciones congresales; o que si, por el contrario, el investigado no conserva su posición en el cuerpo legislativo, bien por renuncia a la misma o porque se le hubiere despojado de su investidura, la conducta ilícita tenga relación con las atribuciones y obligaciones constitucionales y legales que corresponden a los congresistas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá. D.C., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Cálvez Argote*

Aprobado: Acta No. 133. Proceso No. 14325

Vistos

En firme la decisión del Consejo de Estado, por medio de la cual decretó la pérdida de investidura que de congresista ostentaba el Representante a la Cámara Carlos Alberto Oviedo Alfaro, se pronuncia la Corte en relación con su competencia para seguir adelantando este sumario.

Antecedentes

1. Por virtud de hechos ocurridos en la ciudad de Armenia el 30 de septiembre de 1997 en los cuales se causó la muerte al miembro del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, Carlos Humberto Guzmán Bermeo, se decidió la apertura de sumario vinculando al mismo, bajo sindicaciones de ser el determinador de tal punible, al Representante a la Cámara Carlos Alberto Oviedo Alfaro, dictándosele, en su debida oportunidad, medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio.

2. Recaudadas las pruebas pertinentes tanto sobre la existencia del suceso punible como en relación con la responsabilidad del aforado en la comisión del mismo, en condición de determinador, se clausuró por consiguiente la fase de investigación; sin embargo, apresTándose la Sala a impartir la correspondiente calificación se allegó copia autenticada, con constancia de ejecutoria producida el pasado 26 de agosto del año en curso, del fallo dictado por el Consejo de Estado en julio 13 de la anualidad que transcurre a través del cual decretó "la pérdida de la investidura de congresista, del Representante a la Cámara Carlos Alberto Oviedo Alfaro".

CONSIDERACIONES

La atribución constitucional que el artículo 235 confiere a la Corte para investigar y juzgar a los miembros del Congreso se condiciona a una de dos situaciones: que el sometido a proceso penal simplemente ostente la calidad de Representante a la Cámara o Senador, evento en el cual, para efectos de la mencionada competencia, no resulta de relevancia si el punible fue o no cometido por razón de las funciones congresales; o que sí, por el contrario, el investigado no conserva su posición en el cuerpo legislativo, bien por renuncia a la misma o porque se le hubiere despojado de su investidura, la conducta ilícita tenga relación con las atribuciones y obligaciones constitucionales y legales que corresponden a los congresistas.

Bajo tales premisas, la Corte ha venido conociendo de este asunto en virtud a que el sindicado Carlos Alberto Oviedo Alfaro fungía como Representante a la Cámara; sin embargo, habiendo el Consejo de Estado decretado en contra del mencionado la pérdida de esa condición, es evidente que la competencia de la Sala persistiría en tanto el punible de homicidio que se le imputa al ex congresista tuviera relación con las funciones que desempeñaba como miembro de la célula legislativa, situación que ciertamente no se produce toda vez que deviene con absoluta claridad que ningún nexo existe entre la comisión del delito contra la vida objeto de este sumario y las acciones que de conformidad con el ordenamiento corresponde ejercer a los congresistas.

Por tanto, no existiendo ninguno de los dos supuestos generantes del fuero constitucional, impera concluir, de acuerdo con el artículo 235 de la Carta, que la Sala carece en la actualidad de competencia para llevar adelante este proceso en contra del ex Representante Oviedo Alfaro, lo que, en consecuencia, impone la remisión de las diligencias a la Fiscalía General de la Nación.

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

RESUELVE:

1°. ABSTENERSE DE SEGUIR CONOCIENDO de este proceso que se adelanta en contra del ex Representante a la Cámara Carlos Alberto Oviedo Alfaro.

2°. REMITIR el expediente, por competencia, a la Fiscalía General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No hay firma), *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.

CASACION / SENTENCIA

La repulsa de la demanda debe dirigirse única y exclusivamente contra las decisiones que tienen el carácter de sentencia, no contra determinaciones que aunque contenidas en el cuerpo de esa providencia, carecen de esa connotación. Además, cuando son varios y excluyentes los cargos a formular, deben presentarse independientemente porque cada uno tiene sus propias características y consecuencias jurídico procesales; así lo ordena el numeral 4o. del artículo 225 precitado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., Septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués.*

Aprobado Acta No. 133 Proceso No. 15959

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 proferida el 5 de febrero de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que condena a Carlos Ramírez Vizcaíno como coautor del concurso de delitos de homicidio en la persona de Miriam Rosa Quintana, Bernardo Maury y Edgar Berdugo.

Antecedentes

1. El 3 de diciembre de 1995 en horas de la madrugada, intempestivamente fueron atacados mediante disparos de arma de fuego por Carlos Enrique Vizcaíno, los ciudadanos Miriam Quintana y Bernardo Maury, quienes acompañados de Edgar Berdugo y Ricardo Morro y otras dos personas caminaban por el sector de la calle 10 con carrera 59 de la ciudad de Barranquilla, causando la muerte de los tres primeros y heridas al último de los mencionados.

2. El sindicado fue vocado a juicio mediante resolución de acusación del 22 de marzo de 1996 (fls. 153-159 cd. ppl.) por el concurso de delitos de homicidio simple y por estos mismos hechos punibles condenado en primera instancia por el Juzgado 7o. Penal del Circuito de Barranquilla en sentencia en cuya parte resolutiva dispuso además la expedición de copias para la investigación de un posible delito de falso testimonio y de los posibles delitos de

porte ilegal de arma de fuego de defensa personal y tentativa de homicidio en el ciudadano que quedó herido contra el mismo sentenciado ((fls. 374-391). Este fallo fue confirmado a integridad por el Tribunal Superior del Distrito al revisarlo por apelación.

Contra la sentencia de segundo grado recurrió extraordinariamente la defensa que provee a la sustentación de rigor con el escrito cuyo aspecto formal se examina.

LA DEMANDA

Así aparece enunciada la única censura:

"Aduzco como causal para pedir la revocación del fallo, la contemmplada en el Art. 220 del C. de P. P. 1 B, por violación directa que a la letra dice; Si la violación de la norma proviene de error en la apreciación de determinada prueba es necesario que así lo alegue el recurrente".

Especifica como normas violadas el artículo 17 del Decreto 2535 de 1993 y el artículo 323 del C.P..

En relación con el delito contra la seguridad pública, -respecto del cual no hubo condena sino orden de compulsa para eventual investigación- el censor se limita a preguntarse "cómo se atreve" el fallador a hablar de porte de arma si a su poderdante no le hallaron arma alguna y jamás fue encontrada y además éste fue capturado días después de los hechos.

La violación del artículo 323 del C. P. la hace consistir en que el procesado no fue sorprendido en flagancia y en que los juzgadores basaron el fallo solamente en los testimonios de Maribel Laserna y Ricardo Morro, quienes se retractaron de la incriminación "en la primera audiencia pública" no obstante este último haber recibido heridas en los mismos hechos.

Agrega que "Tampoco han tenido en cuenta los juzgadores el informe rendido por el C. T. I. y por el G. R. I.", que afirman que el autor fue individualizado. También, asegura,

"interpretaron mal las pruebas de los testigos esposos Jiménez Vizcaíno, pues no le dieron ningún valor probatorio, sino que solamente acogieron lo desfavorable de las declaraciones olvidándose de su obligación ... de tener en cuenta tanto lo favorable como lo desfavorable. Tampoco tuvieron en cuenta el testimonio del economista y contador Eduardo Mendoza, y pare de decir y citar".

Añade que el Código de Procedimiento Penal tiene un vacío probatorio en la segunda instancia, que debe llenarse con disposiciones del C. de P. C., por lo cual él, ante la circunstancia de no estar funcionando en determinados días los juzgados ni el Tribunal, solicitó que ante la Notaría 1a. de Barranquilla declararan Maribel de J. Laserna y Ricardo Morro, pero el Tribunal no tuvo en cuenta esas declaraciones.

Luego asevera que en el proceso no se dio cumplimiento al artículo 247 del C. de P. P. que indica cuál es la prueba para condenar, la que dice, "... aquí no se dió", pese a lo cual se condenó a su cliente. En esta forma, "no se ha realizado el debido proceso, puesto que se le ha cortado (sic) el derecho de defensa a mi representado". Tras señalar el "alcance de la impugnación" solicita a la Corte:

"... casar totalmente la sentencia impugnada que condenó a mi representado ... por los delitos de homicidio simple múltiple, lesiones personales y porte de arma y se dicte un nuevo fallo sustitutorio que absuelva ...".

Consideración de la Corte

Al transcribir el demandante en la presentación del cargo el segundo aparte del numeral 1o. del artículo 220 del C. de P. P. y precisar como fundamento legal de la censura el "numeral 1 B" de esta norma y desarrollarlo con reflexiones todas de carácter probatorio, salta a la vista que la clase de violación a que quiso referirse es la indirecta, resultando la mención de la directa, como fruto de un simple error mecanográfico.

Bajo esta óptica, cumple precisar que la aducción de errores en la apreciación de la prueba por parte del sentenciador como motivo de casación propio de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P. P. conlleva para el actor el deber de individualizar esos errores en todas las pruebas en que pudieron presentarse y de acreditar su trascendencia en la decisión cuestionada.

No basta afirmar su ocurrencia en la evaluación de algunas pruebas, ni lanzar glosas descalificantes de índole subjetiva sobre el criterio asumido por el juzgador porque entonces la demanda, no solo es incompleta, sino que se convierte en una alegación concebida con criterio opuesto al del sentenciador sin apoyo en errores aducibles en casación, desconocedora de los supuestos formales establecidos en el artículo 225 del C. de P. P. para la procedibilidad del recurso extraordinario.

De otro lado, *la repulsa de la demanda debe dirigirse única y exclusivamente contra las decisiones que tienen el carácter de sentencia, no contra determinaciones que aunque contenidas en el cuerpo de esa providencia, carecen de esa connotación. Además, cuando son varios y excluyentes los cargos a formular deben presentarse independientemente porque cada uno tiene sus propias características y consecuencias jurídico procesales; así lo ordena el numeral 4o. del artículo 225 precitado.*

En el escrito que se examina el casacionista asevera la violación del artículo 17 del Decreto 2535 de 1993 aludiendo al delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal en relación con el cual no existió fallo, porque el fallo confirmado por el Tribunal se limitó a ordenar compulsar copias para eventual investigación (fl. 390 cd. ppl.), esto es, respecto de este ordenamiento el recurso es improcedente.

Y en cuanto toca con la alegada violación del artículo 323 del C. P. y del 247 del C. de P. P. tampoco señala los errores aducibles en casación que pudieran haber generado la condenación sin existir prueba plena de responsabilidad, como lo asegura, por los delitos consumados de homicidio. Es así como asevera que la sentencia tuvo como pruebas exclusivas de compromiso los testimonios de Maribel Laserna y Ricardo Morro quienes se retractaron en la audiencia pública, pero no señala en qué consistió el error probatorio del Tribunal al apreciar estas pruebas. A este suelto comentario añade que el Tribunal "tampoco" tuvo en cuenta que el C.T.I y el G.R.I informaron que el autor del delito fue individualizado; que tampoco apreció el testimonio de Eduardo Mendoza, sin dar a conocer el contenido de esta prueba ni su papel protagónico en el fallo acusado; y al acusar la sentencia por no haber apreciado dos testimonios extraproceso olvida demostrar la trascendencia de tal yerro. Esta forma de exponer deja incompleta la censura y favorece su rechazo.

De contera, al afirmar que los falladores "interpretaron mal" los testimonios de "los esposos Jiménez Vizcaíno" porque no les otorgó credibilidad a lo favorable de su contenido, el censor se ubica en franca oposición criterial con el Tribunal, pero por fuera de cualquier situación que permita a la Corte conocer los errores judiciales de apreciación de esas pruebas.

Una inconsistencia más afecta formalmente a la demanda, y es afirmar coetáneamente y dentro de la misma argumentación que los errores de evaluación probatoria denunciados dentro de la causal 1a. de casación comportaron la violación del debido proceso y del derecho de defensa.

El numeral 4o. del artículo 225 del C. de P. P. dispone que cuando son varias las causales aducidas los cargos se propongan independientes, tanto más cuando son excluyentes entre sí, como acontece en este caso, porque al hablar de violación indirecta se acepta la validez del proceso, que a la vez se rechaza cuando se asegura que esos errores probatorios generaron la transgresión del debido proceso y del derecho de defensa, que debe objetarse a través de la causal 3a.

Finalmente, la solicitud casacional tampoco se halla concebida en términos comprensibles a juzgar por la afirmación totalmente reñida con la realidad procesal consignada en ella de que el Tribunal "condenó" al procesado "por los delitos de homicidio simple múltiple, lesiones personales y porte de arma", cuando lo cierto es que el fallo acusado solo se refiere a los delitos consumados de homicidio.

Incuestionable pues, la total inobservancia de las exigencias formales en la demanda.

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 Carlos Ramírez Vizcaíno contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que lo condena como coautor del concurso de delitos de homicidio en las personas de Miriam Rosa Quintana, Bernardo Maury y Edgar Berdugo.

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.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego. (No hay firma), *Fernando 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.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/COMPETENCIA/EXTORSION

El acta que contiene los cargos para sentencia anticipada aceptados por el procesado, al igual que el de acuerdo de la audiencia especial, "son equivalentes a la resolución de acusación", según las voces del artículo 37B.2° del Código de Procedimiento Penal. Y si ese documento se equipara en sus efectos al pliego enjuiciatorio, fija la competencia del juzgador y marca los límites para establecer la consonancia entre acusación y sentencia.

De ahí que, en aquellas hipótesis de imputación de varios hechos punibles, o de participación de varias personas en el delito, ha sido prevista en el numeral 3° del mismo artículo 37B del Código de Procedimiento Penal la posibilidad de realizar aceptaciones o acuerdos parciales, con la subsiguiente ruptura de la unidad procesal -y eventual variación de la competencia-. Por ende, el Juez al efectuar el respectivo control de legalidad no puede ignorar el cargo al cual se allanó el procesado, para deducir su incompetencia a partir de los hechos punibles no contemplados en el trámite de terminación prematura del proceso, pues un tal proceder desconoce la fuerza vinculante que, con la entidad de la resolución de acusación, tiene el acta para sentencia anticipada.

Al ser la cuantía de la extorsión inferior a 150 salarios mínimos legales, y no concurrir para el homicidio ninguna otra causal de agravación distinta de la prevista en el numeral 2° del citado artículo 30 de la Ley 40 de 1993 -aspectos éstos no discutidos por los colisionantes-, de conformidad con el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 5° de la Ley 504 de 1999), se descarta la competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, para por exclusión, con arreglo al artículo 72 num. 1° literal c) del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 10 de la Ley 81 de 1993), radicarse su conocimiento en el Juzgado Penal del Circuito de Caloto (Cauca), jurisdicción donde tuvieron ocurrencia los hechos antes descritos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 133 Proceso No. 15991

1. Asunto

Desatar la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Penal del Circuito de Caloto (Cauca) y un Juzgado Regional de la ciudad de Cali (Valle), dentro del proceso adelantado contra el exsoldado Jair Gutiérrez, por los delitos de extorsión en la modalidad de tentativa y homicidio agravado.

2. Antecedentes

A raíz de la denuncia formulada por Nelson Harold Puerto Henao contra personas indeterminadas por el delito de extorsión, el 25 de julio de 1998 se montó un operativo con efectivos de la Policía Judicial, y al momento de la entrega del dinero exigido -veinte millones de pesos- hubo un cruce de disparos donde resultó muerto uno de los extorsionistas, el soldado Jesús Celis Martínez, perteneciente a la Compañía Escorpión de la Contraguerrilla con sede en Caloto (Cauca), y James Humberto Fernández Villarreal, conductor de confianza de la víctima. Momentos después fue capturado el soldado voluntario Jair Gutiérrez, a quien se le incautó el armamento de dotación oficial. Jéfferson García Puentes, otro soldado voluntario, huyó con rumbo desconocido después de haber participado en la acción delictiva, dejando abandonados su fusil (Galil) y pertrechos en un lugar cercano al sitio donde tenía su asentamiento la Compañía Escorpión.

La Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Caloto (Cauca) inició la correspondiente investigación penal, vinculó mediante indagatoria a Jair Gutiérrez y el 31 de julio de 1998 profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por los punibles de extorsión en grado de tentativa y homicidio agravado, por haberse cometido "Para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible" cual era la extorsión, y "para asegurar su impunidad" (fs. 107 y ss.).

El 12 de agosto de 1998 la funcionaria instructora amplió la indagatoria del sindicado, imputándole el delito de "fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas", considerando tipificada tal conducta al evadirse los soldados de las guarniciones militares llevándose consigo las armas de dotación oficial, con el exclusivo fin de ejecutar conductas delictivas.

Con este argumento, mediante proveído de 14 de agosto de 1998 remitió las diligencias por competencia a la FISCALIA REGIONAL DE CALI "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del C. de P. Penal, por tratarse de hechos punibles conexos" (f. 141).

Ante la Fiscalía Regional el detenido Jair Gutiérrez solicitó sentencia anticipada y aceptó los cargos formulados por los delitos de homicidio agravado conforme al numeral 2° del artículo 324 del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 40 de 1993), y extorsión en la modalidad de tentativa, por la suma de veinte millones de pesos ($20'000.000,oo) (fs. 205 y ss.).

Sin decretar la ruptura de la unidad procesal para que por separado se investigara el punible de porte ilegal de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, el instructor remitió las diligencias a los Juzgados Regionales de la ciudad de Cali, para que se ejerciera el control de legalidad del trámite de sentencia anticipada.

El Juzgado Regional al que correspondieron las diligencias, se declaró incompetente para proferir sentencia y remitió las diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Caloto (Cauca), proponiéndole colisión negativa de competencias en caso de no compartir su planteamiento. En su criterio, "la competencia de los Jueces Regionales sólo procede cuando la EXTORSION es de 150 salarios mínimos mensuales conforme al artículo 71 del Código de Procedimiento Penal", y "en el año de 1998 el salario mínimo mensual era de $203.826,oo que al multiplicarlos por 150 salarios mínimos que es la competencia nuestra, nos da un valor de $30'573.900,oo es decir, más de la extorsión hecha de acuerdo con el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal" (f. 263).

Por su parte la Jueza Penal del Circuito de Caloto (Cauca) aceptó la colisión propuesta, y remitió las diligencias a esta Corporación para que se resuelva el conflicto, pues en su sentir "los hechos acaecidos en el Crucero a Huellas y la Dominga-Alta, parajes de esta municipalidad, el 21 de julio pasado, donde salieron comprometidos soldados profesionales activos, pertenecientes al Ejército Nacional, señores Jair Gutiérrez (detenido) y Yéferson García Puentes (ausente), ocurrieron en conexidad sustancial de delitos, a saber: "DE LA FABRICACION Y TRAFICO DE ARMA Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS", "DE LA EXTORSION", en grado de tentativa y "DEL HOMICIDIO AGRAVADO", correspondiendo entonces, su conocimiento a la JUSTICIA REGIONAL, según lo dispone el artículo 89, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993" (f. 277).

3. Consideración de la Corte

De conformidad con el artículo 68.5° del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 35 de la Ley 504 de 1999), la Corte es competente para resolver la colisión propuesta, por tratarse de la divergencia de criterios entre un Juez Regional (ahora Penal del Circuito Especializado, según el art. 1° de la ley en cita), y un Juez Penal del Circuito.

El acta que contiene los cargos para sentencia anticipada aceptados por el procesado, al igual que el de acuerdo de la audiencia especial, "son equivalentes a la resolución de acusación", según las voces del artículo 37B.2° del Código de Procedimiento Penal. Y si ese documento se equipara en sus efectos al pliego enjuiciatorio, fija la competencia del juzgador y marca los límites para establecer la consonancia entre acusación y sentencia.

De ahí que, en aquellas hipótesis de imputación de varios hechos punibles, o de participación de varias personas en el delito, ha sido prevista en el numeral

3° del mismo artículo 37B del Código de Procedimiento Penal la posibilidad de realizar aceptaciones o acuerdos parciales, con la subsiguiente ruptura de la unidad procesal -y eventual variación de la competencia-. Por ende, el Juez al efectuar el respectivo control de legalidad no puede ignorar el cargo al cual se allanó el procesado, para deducir su incompetencia a partir de los hechos punibles no contemplados en el trámite de terminación prematura del proceso, pues un tal proceder desconoce la fuerza vinculante que, con la entidad de la resolución de acusación, tiene el acta para sentencia anticipada.

Tal como ha quedado expuesto, y acorde con el acta respectiva, el procesado Jair Gutiérrez sólo aceptó la comisión de los delitos de homicidio agravado por el artículo 324.2° del Código Penal (modificado por el artículo 30 de la Ley 40 de 1993), y extorsión en la modalidad de tentativa, en cuantía de veinte millones de pesos, suma ésta equivalente a 98,12 salarios mínimos legales mensuales, vigentes para el año 1998 cuando ocurrieron los hechos.

Al ser la cuantía de la extorsión inferior a 150 salarios mínimos legales, y no concurrir para el homicidio ninguna otra causal de agravación distinta de la prevista en el numeral 2° del citado artículo 30 de la Ley 40 de 1993 -aspectos éstos no discutidos por los colisionantes-, de conformidad con el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 5° de la Ley 504 de 1999), se descarta la competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, para por exclusión, con arreglo al artículo 72 num. 1° literal c) del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 10 de la Ley 81 de 1993), radicarse su conocimiento en el Juzgado Penal del Circuito de Caloto (Cauca), jurisdicción donde tuvieron ocurrencia los hechos antes descritos.

Ante la aceptación parcial de cargos por parte del procesado Jair Gutiérrez, ha debido el fiscal de conocimiento decretar la ruptura de la unidad procesal, para que la investigación por el punible de porte ilegal de armas de fuego y municiones de uso privativo de las fuerzas militares continuara el trámite ordinario. No empece esta subsanable omisión, no le asiste razón a la Jueza Penal del Circuito de Caloto (Cauca), al pretender deducir su incompetencia de una inoperante conexidad -por la aceptación parcial de cargos- entre los hechos punibles por los que inicialmente se abrió investigación, ignorando a su vez que por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares -del cual derivaría la competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados-, ni siquiera se ha resuelto situación jurídica, y por ende, mal podía contemplarse en el acta de terminación anticipada del proceso.

A ella se adscribirá, en consecuencia, la competencia para ejercer el control de legalidad del acta de sentencia anticipada que por los delitos de homicidio agravado y extorsión en la modalidad de tentativa, solicitara el procesado Jair Gutiérrez.

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

RESUELVE

ADSCRIBIR la COMPETENCIA para ejercer el control de legalidad del acta de aceptación de cargos para sentencia anticipada, suscrita por el procesado Jair Gutiérrez, al Juzgado Penal del Circuito de Caloto (Cauca), a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado Regional de Cali.

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.

PROCESO PENAL/FISCAL/RESOLUCION DE ACUSACION/ PRECLUSION DE LA INVESTIGACION

A propósito de la identificación de la estructura procesal vigente en Colombia, la Sala en ocasión pretérita (sentencia del 4 de febrero de 1999, radicado 10.918), con ponencia de quien ahora cumple igual cometido, determinó cómo dentro de nuestro sistema de tendencia acusatoria rige la nota característica de la separación funcional de juez y acusación, en el sentido de que por mandato constitucional se prevé la facultad prevalente de la Fiscalía de "calificar y declarar precluidas las investigaciones", salvo en el caso de los congresistas y demás hipótesis previstas en la Constitución y la ley (arts. 250-2, 186, 235-3, 221 y 246).

Dicho contenido normativo superior, no comporta nada diferente a que el acto calificatorio, en su contenido de estimación probatoria y de acusación, por lo general hace fenecer sin posibilidad de regreso la actividad investigativa del Estado en la primera fase del proceso, razón por la cual, una vez ejecutoriada la decisión, salvo el caso de nulidad por error en la denominación jurídica, no puede el juez ni el fiscal volver sobre ella con pretensiones modificatorias, porque tal actitud conllevaría al desconocimiento de la separación funcional entre acusadores y juzgadores, con el agravante de permitir a quien no tiene competencia la toma de partido respecto a algo que constitucional y procesalmente debe custodiarse, no sólo en beneficio del procesado sino de la seguridad jurídica de la que se vale un Estado Social de derecho para la realización del debido proceso.

En este orden de ideas, la separación funcional y la preclusión de la decisión calificatoria, como principios inviolables plasmados constitucionalmente, hacen de la acusación un acto que no puede desconocerse o plagarse de condición proteica, pues hay en él una calificación de delito o delitos y de la presunta responsabilidad del procesado, factores que anuncian y demarcan el ámbito de la contradicción y la defensa dentro de la etapa subsiguiente del rito penal, cual es la del juicio.

De ahí la conclusión de que el juez no puede válidamente variar una acusación, por lo menos antes de la sentencia, para acomodarla a su particular visión y dirigir inopinadamente el juicio, sino que debe asumir el conocimiento del proceso de acuerdo con el pliego de cargos formulados, salvo que exista protuberante revés sobre la calificación jurídica.

Ahora bien, tratándose de variaciones en el fallo, caso frente al que se encuentra la Corte, se ha reiterado que aquéllas están circunscritas al capítulo o al título correspondiente para mantener la identidad de género delictivo, de acuerdo con el artículo 442-3 del C.P.P., siempre que no emerjan para el procesado consecuencias más gravosas de las conocidas por medio de la resolución de acusación, aunque la carga acusatoria sí podrá degradarse obviamente con la aclaración de que debe preservarse la estructura genérica. De modo que si el fiscal adujo una motivación básica en la calificación sumarial, asentada en una apreciación racional de las pruebas y en la argumentación fáctica y jurídica propia de las facultades que en su momento radican en él y son prevalentes, no podría el juzgador en la sentencia pretextar una nulidad por el mero prurito de que su razonamiento es más agudo o en todo caso diferente, pues tal actitud quebrantaría los principios de separación funcional y de preclusión del calificatorio.

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

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

Aprobado Acta No. 133 Proceso No. 13524

VISTOS

Entra la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Procurador 64 Judicial para asuntos penales de Cali, en relación con la sentencia proferida por el Tribunal Superior de la misma ciudad, fechada el 8 de abril de 1997, que condenó a Francisco Edison Quesada Salazar a la pena principal de tres (3) años de prisión, como autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y receptación.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 3 de diciembre de 1991, el señor Ismaél Polindara Capote fue despojado de la camioneta marca Chevrolet LUV, placas NO-2912, modelo 1986, de propiedad de la empresa "Huevos Kikiriki", en cuyo interior llevaba cuarenta (40) panales del producto que era objeto de la compañía, por parte de tres sujetos que lo encañonaron con arma de fuego, a la entrada del barrio Marroquín de la ciudad de Cali. Al día siguiente, la policía logró recuperar el automotor cuando era conducido por Francisco Edinson Quesada Salazar, quien al ser requerido por la identificación del vehículo, presentó una tarjeta de circulación y un seguro obligatorio falsos, documentos cuyos datos no coincidían con las características del bien hurtado, el que además había sido pintado y llevaba puestas unas placas apócrifas.

En razón de tales hechos, previa apertura de la investigación por parte del desaparecido Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de Cali, fue escuchado en indagatoria el capturado Quesada Salazar, quien después es afectado con detención preventiva como presunto autor del concurso de hur-

to calificado-agravado, falsedad material de particular en documento público, uso de documento público falso y falsedad en documento privado, según providencia del 11 de diciembre de 1.991 (fs. 32), decisión que fue parcialmente anulada por el interlocutorio del 23 de enero del año siguiente, según el cual el Juzgado Catorce Penal del Circuito declaró la invalidez de la medida cautelar, en relación con los delitos contra la Fe Pública y únicamente la dejó vigente respecto del atentado patrimonial (fs. 56).

Cerrada la investigación, el instructor calificó el sumario el 6 de abril de 1.992, de acuerdo con providencia que ordena la reapertura de la instrucción por el término máximo de un año (fs. 130 y 147), conforme con las previsiones del Decreto 050 de 1987 (anterior Código de Procedimiento Penal), acto que tuvo efectos hasta que con motivo de la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991 (actual Estatuto Procesal Penal), la Fiscal 43-I Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali asumió el conocimiento del asunto, clausuró una vez más la fase investigativa y calificó nuevamente el mérito sumarial, por medio de resolución acusatoria del 3 de enero de 1994, proferida en contra del procesado por los delitos de encubrimiento como favorecimiento y falsedad en documento privado (arts. 176 y 221 C. P.), a la par que dispuso compulsar copias del proceso, habida cuenta que la decisión no cobijaba la totalidad de delitos investigados ni tampoco a todos los partícipes (fs. 175 y 179).

Vencido el término de traslado previsto en el artículo 446 del C. de P. P., la Juez Catorce Penal del Circuito de Cali, de oficio, declaró nulidad de la actuación procesal, a partir de la resolución de acusación, por errónea calificación jurídica de los hechos, y a la vez ordenó compulsar copias para que se investigara el supuesto delito de falsedad material en documento público, en relación con la mistificada licencia de tránsito que se decomisó al acusado, según lo dejó consignado en el auto del 19 de julio de 1994 (fs. 223). Por tal motivo, el proceso retornó a la fiscal competente, funcionaria que repuso la calificación, por medio de resolución del 25 de agosto de 1994, pero esta vez profirió acusación por los hechos punibles de encubrimiento como receptación, falsedad en documento privado y uso de documento público falso, conforme con los artículos 177, 221 y 222 inciso 1° del Código Penal, a tiempo que ordenó reforzar las copias que ya había dispuesto el juzgado de conocimiento, mas con la aclaración de que ellas estarían destinadas a investigar los posibles delitos de hurto calificado-agravado y falsedad material de particular en documento público (fs. 238). La acusación quedó ejecutoriada el 29 de septiembre de 1994 (fs. 261v.).

Adelantada la etapa del juicio, el juzgador de primera instancia concluyó con la sentencia condenatoria del 28 de junio de 1996, por cuyo mérito se impuso al procesado la pena principal de veintidós (22) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, como responsable de los delitos por los cuales había sido acusado. De igual manera, el fallador le negó al condenado el subrogado de la condena de ejecución condicional y se abstuvo de imponer obligación resarcitoria, por

cuanto no se evidenciaba daño patrimonial alguno, dado que el vehículo fue entregado definitivamente a su propietario (fs. 367).

El juez de primera instancia adicionó la sentencia, por medio de auto interlocutorio fechado el 9 de julio de 1996, con el fin de imponerle al sentenciado una multa por valor de un mil ($ 1.000.oo) pesos, como parte de la pena principal correspondiente al delito de receptación (fs. 393).

Como el fallo fue apelado por el Ministerio Público, en atención a que consideraba que el acusado debía ser absuelto por el injusto de falsedad en documento privado y que la sanción principal debía adicionarse con la de multa por valor de un mil pesos ($ 1.000.oo), correspondiente al delito de encubrimiento, el Tribunal desató el recurso por medio de la sentencia fechada el 8 de abril de 1997, a cuyo tenor condena al ciudadano procesado a la pena principal de tres (3) años de prisión, como autor de los punibles de falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado y receptación (fs. 403).

La Demanda de Casación

El Procurador Judicial impugnante se vale de dos cargos para solicitar el rompimiento del fallo. Así:

1. El Cargo Principal

Está basado en la violación directa de los artículos 31 de la Constitución, 17 y 217 del Código de Procedimiento Penal, en la medida que el Tribunal no podía agravar la pena al procesado, pues el "Ministerio Público tenía como única finalidad que el H. Tribunal Superior de Cali, absolviera al condena (sic) por el delito de 'FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO' sin la intervención de ningún otro sujeto procesal, y al encontrar improcedente lo impugnado, el superior no tenía competencia para modificar la condena", criterio que ha sido reiterado por las Cortes en el sentido de que la figura del apelante único se conserva aun en aquellos casos en los que siendo el impugnante distinto del condenado o su defensor, el desacuerdo estriba en puntos favorables al procesado.

2. Cargo Subsidiario

En esta ocasión, el demandante acude a la causal segunda de casación para resaltar que el Tribunal incluyó en la condena el hecho punible de falsedad material de particular en documento público, lo cual le facilitó elevar la pena fijada por el *a quo*, cuando dicho delito "fue excluido expresamente en la Resolución de Acusación", además de haberse resuelto en la misma pieza procesal la compulsación de copias en procura de la investigación separada de tal conducta delictiva.

De tal planteamiento, el impugnante deriva cómo "la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Superior de Cali, en su Sala de decisión penal, no está de acuerdo con el pliego de cargos".

Solicita, en consecuencia, la casación parcial del fallo y que se deje la condena en los términos de la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia.

El Concepto del Delegado

Después de establecer un marco metodológico, que apunta a reflexionar conjuntamente sobre ambos cargos por su manifiesta afinidad, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal admite la tesis propuesta por el recurrente, en el sentido que es notorio el desbordamiento del Tribunal de los límites trazados por el fiscal en la acusación, hecho a partir del cual surgió un aumento de pena en disfavor del procesado.

En orden a resaltar su criterio, aduce que el Tribunal a pesar de no salirse del capítulo que tipifica las conductas contra la fe pública, sí adicionó a la acusación la calidad de coautor-determinador del procesado Francisco Edison Quesada Salazar, en relación con un delito de falsedad de particular en documento público, algo que en ningún momento fue contemplado dentro del pliego de cargos, el cual se limitó a endilgarle al acusado, entre otros hechos punibles, el uso del documento público falso. Se desprende entonces que el *ad quem* condenó por un injusto esencialmente distinto del que fue materia de acusación.

Tras detallar la manera como el fiscal, ante la inexistencia de prueba que le indicara la real participación del imputado en la falsificación del documento público (matrícula del vehículo), determinó fundamentar la acusación sólo en el delito de uso de documento público falso y compulsó copias para que fuera investigada la falsedad material de particular en documento público, lo cual implica que "en esa calificación se acusó específicamente por el 222 inciso 1, cuya penalidad básica es de 1 a 8 años", de donde "si resulta extraña la condenación por ese tipo penal, igualmente tiene que resultar extraña la dosimetría partiendo del básico previsto en esa norma (art.220) que es de DOS AÑOS...".

Con base en el criterio expuesto, el Delegado sugiere la casación del fallo proferido por el Tribunal y, en consecuencia, volver a la decisión de primera instancia, por medio de la cual se declaró al procesado responsable de los delitos de "uso de documento público falso", "falsedad en documento privado" y "encubrimiento por favorecimiento" (sic), y lo había condenado a la pena principal de veintidós (22) meses de prisión.

Consideración de la Corte

Dado el planteamiento de dos cargos que invitan a la aplicación de la regla de prioridad que gobierna el recurso extraordinario de casación, la Corte analizará en primer lugar lo concerniente a la causal segunda, en vista de que el contenido de su sustentación absorbe los fundamentos de la censura por violación directa de los artículos 31 de la Carta Política, 17 y 217 del Código de Procedimiento Penal, dado que, según la argumentación de las cen-

suras, el incremento de la pena en la segunda instancia supuestamente se produjo porque con antelación se desbordó el fundamento de la resolución acusatoria. De igual manera, como la consecuencia inexorable de establecer que la sentencia superó indebidamente la carga acusatoria, sería la de reducir la pena a los límites establecidos en la pieza procesal enjuiciatoria, entonces no habría necesidad de acudir en este caso, directa ni indirectamente, a la objeción por reforma peyorativa.

Pues bien, *a propósito de la identificación de la estructura procesal vigente en Colombia, la Sala en ocasión pretérita (sentencia del 4 de febrero de 1999, radicado 10.918), con ponencia de quien ahora cumple igual cometido, determinó cómo dentro de nuestro sistema de tendencia acusatoria rige la nota característica de la separación funcional de juez y acusación, en el sentido de que por mandato constitucional se prevé la facultad prevalente de la Fiscalía de "calificar y declarar precluidas las investigaciones", salvo en el caso de los congresistas y demás hipótesis previstas en la Constitución y la ley (arts. 250-2, 186, 235-3, 221 y 246).*

Dicho contenido normativo superior, no comporta nada diferente a que el acto calificatorio, en su contenido de estimación probatoria y de acusación, por lo general hace fenecer sin posibilidad de regreso la actividad investigativa del Estado en la primera fase del proceso, razón por la cual, una vez ejecutoriada la decisión, salvo el caso de nulidad por error en la denominación jurídica, no puede el juez ni el fiscal volver sobre ella con pretensiones modificatorias, porque tal actitud conllevaría al desconocimiento de la separación funcional entre acusadores y juzgadores, con el agravante de permitir a quien no tiene competencia la toma de partido respecto a algo que constitucional y procesalmente debe custodiarse, no sólo en beneficio del procesado sino de la seguridad jurídica de la que se vale un Estado Social de derecho para la realización del debido proceso.

En este orden de ideas, la separación funcional y la preclusión de la decisión calificatoria, como principios inviolables plasmados constitucionalmente, hacen de la acusación un acto que no puede desconocerse o plagarse de condición proteica, pues hay en él una calificación de delito o delitos y de la presunta responsabilidad del procesado, factores que anuncian y demarcan el ámbito de la contradicción y la defensa dentro de la etapa subsiguiente del rito penal, cual es la del juicio.

De ahí la conclusión de que el juez no puede válidamente variar una acusación, por lo menos antes de la sentencia, para acomodarla a su particular visión y dirigir inopinadamente el juicio, sino que debe asumir el conocimiento del proceso de acuerdo con el pliego de cargos formulados, salvo que exista protuberante revés sobre la calificación jurídica.

Ahora bien, tratándose de variaciones en el fallo, caso frente al que se encuentra la Corte, se ha reiterado que aquéllas están circunscritas al capítulo o al título correspondiente para mantener la identidad de género delictivo, de acuerdo con el artículo 442-3 del C.P.P., siempre que no emerjan para el procesado consecuencias más gravosas de las conocidas por medio de la resolución de

acusación, aunque la carga acusatoria sí podrá degradarse obviamente con la aclaración de que debe preservarse la estructura genérica. De modo que si el fiscal adujo una motivación básica en la calificación sumarial, asentada en una apreciación racional de las pruebas y en la argumentación fáctica y jurídica propia de las facultades que en su momento radican en él y son prevalentes, no podría el juzgador en la sentencia pretextar una nulidad por el mero prurito de que su razonamiento es más agudo o en todo caso diferente, pues tal actitud quebranta los principios de separación funcional y de preclusión del calificatorio.

A lo que se ha expuesto, conviene agregar, como posición jurisprudencial de la Corte, lo dicho en los siguientes pronunciamientos:

"El marco dentro del cual se debe desarrollar el juicio está determinado por la resolución de acusación, en donde el Estado por conducto del fiscal le indica al acriminado cuáles son los cargos que le formula, para que el pueda proveer a su defensa con la seguridad de que no va a ser sorprendido con una condena por hechos o situaciones distintas. De igual modo, los sujetos procesales tendrán en dicha resolución un punto de referencia definido sobre las pruebas que puedan presentar y solicitar en el período probatorio de la causa, las cuales se deben limitar a las que sean conducentes y eficaces para corroborar, degradar o desvirtuar la acusación, no siendo de recibo las que pretendan dar lugar a nuevos cargos.

"Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por su inobservancia de sus requisitos legales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el fiscal subsane la irregularidad advertida" (M.P. Ricardo Calvete Rangel, casación del 2 de agosto de 1995. Se ha resaltado).

Así mismo, en el auto del 28 de agosto de 1998, con ponencia del magistrado Fernando Arboleda Ripoll, se puntualizó sobre el tema en las siguientes expresiones:

"La Sala ha reiterado la fuerza vinculante que tiene la resolución de acusación ejecutoriada en un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, en la medida en que no puede ser desconocida por el juzgador con argumentos apriorísticos, y al concretar los hechos por los que se llama a juicio delimita la competencia y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación anticipada del proceso..."

¿Y Qué ocurrió en el caso examinado?. La respuesta será el fruto de una simple verificación, porque cuando la fiscal 43-1 calificó nuevamente el sumario, el 25 de agosto de 1994, después de haber sido declarada nula la primera calificación, lo hizo por los injustos de ronplación, falsedad en documento privado y uso de documento público falso, conforme con los artículos 177, 221 y 222, inciso 1° del Código Penal, omitiendo conscientemente la imputación por el reato de falsedad de particular en documento público (art. 220 idem), en razón de que no existía elemento probatorio diferente al que acreditaba la

naturaleza de documento público que tenía la tarjeta de propiedad tachada de falsa y su incautación al procesado en el momento de la captura.

El acusador dijo expresamente:

"En cuanto a los documentos incautados al encartado Quesada Salazar, concretamente la tarjeta de propiedad No. 3611568 vemos que esta se trata de un documento expedido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones, pero que en este caso durante la etapa de instrucción se estableció que el documento en mención fue falsificado íntegramente. lo que nos conlleva a establecer que nos encontramos frente a la infracción de que trata el artículo 220 del Código Penal, denominado 'Falsedad Material de Particular en documento Público' por lo que se deberá compulsar copias de este acto" (folio 243 vto.).

De lo expuesto, queda claro que el fiscal, de acuerdo con una motivación fundada en la apreciación racional de las pruebas, se abstuvo de ampliar el ámbito de la acusación al delito antes indicado, por lo menos en relación con el procesado que se identificó y fue legalmente vinculado al proceso, mas sin desatender la importancia de no dejar en la impunidad la presunta responsabilidad penal del acusado o de otros partícipes, derivada de conductas diversas de las que fueron objeto del pliego de cargos, razón por la cual ordenó la expedición de copias para una averiguación separada.

El Tribunal Superior de Cali, a su turno y por la vía del recurso de apelación interpuesto en contra del fallo proferido por la Juez Catorce Penal del Circuito, en el que se había condenado al procesado congruentemente por los injustos explicitados en la resolución de acusación, no admitió como válida la ponderación que el fiscal y el *a quo* hicieron sobre los hechos del proceso; por el contrario, bajo la consideración adicional y distinta del oficio que desempeñaba el procesado, como tramitador de documentos de tránsito, llegó a concluir que él era partícipe de una empresa criminal donde "unos se comprometieron a guardar el vehículo una vez hurtado, otros a venderlo y otros a obtener el apoderamiento" (fs. 418).

Estimado tal hecho como cierto, el Tribunal llegó a reconocer en el texto mismo de la sentencia que lo ordenado por el procedimiento era declarar una nulidad, sin embargo de lo cual dejó de hacerlo con el pretexto de que por el transcurso del tiempo se avecinaba la prescripción de la acción; de ahí que, como en efecto lo hizo, responsabilizó al procesado como determinador del delito de falsedad material de particular en documento público, en lugar de uso de documento público falso, dosificando una nueva sanción cuya base fijó en dos (2) años, a partir de la consideración del artículo 220 del C.P., norma que regula la infracción extrañamente introducida a la hora de nona en la sentencia, y después hizo un incremento de un (1) año por la concurrencia de los delitos de falsedad en documento privado y receptación.

Es indiscutible el avasallamiento de los lindes establecidos por la resolución de acusación, decisión en la cual no se endilgó al procesado la conducta

delictiva que sirvió como punto de partida de la fijación de la pena, motivo por el cual es evidente que el Tribunal concretó dos hechos irregulares: el primero, la imposibilidad del procesado para contradecir y defenderse del novísimo cargo, y segundo, el aumento injustificado de pena por el mayor rigor punitivo que comportaba el cambio en la calificación.

Vistas así las cosas, el Tribunal no apegó su función a lo que constitucional y procesalmente estaba obligado, tornándose su actividad en transgresión del debido proceso, traducido en sus reglas de respeto a la separación funcional y orgánica entre acusación y juzgamiento, además del carácter preclusivo de la calificación sumarial, agravada la situación anómala por el correlativo desconocimiento de la presunción de inocencia en esa precisa imputación. Estas disfuncionalidades del *ad quem*, obviamente constituyen errores in procedendo, mas en sede de casación se les trata por especificidad legal como motivo de incongruencia del fallo con los cargos formulados en la resolución de acusación (causal 2ª), razón por cual se justifica la intervención de la Corte para dictar una sentencia de reemplazo, conforme con el artículo 229, numeral 1° del C.P.P., en aras del restablecimiento de las garantías del procesado, sin que sea necesario declarar nulidad alguna porque basta poner de nuevo la decisión final en consonancia con los cargos expuestos en la determinación acusatoria, tal como se había procedido en la primera instancia.

Dígase, además, que en el afán por evitar una prescripción de la acción penal, como lo aceptó el *ad quem* en el texto de la sentencia, se desconoció otro hecho procesal que no ha sido expresamente modificado en el curso del proceso, cual fue el de la compulsación de copias ordenada por el calificador para averiguar por separado otros delitos y/o intervinientes, cuya constancia de verificación está en el informe presentado por el técnico judicial de aquél despacho, que obra a folio 262 del expediente, dato que pone al descubierto un desacierto adicional del fallador de segundo grado, pues existiría una simultaneidad en la persecución del mismo delito de falsedad material de particular en documento público, por lo menos respecto del procesado Quesada Salazar (ne bis in idem).

Dentro del contexto ofrecido, no queda alternativa diferente a la de reconocer la injustificada postura asumida por el *ad quem*, lo que muestra una objetiva falta de armonía entre la resolución de acusación formulada y la sentencia, con el innegable hecho agregado de que por la conducta indebidamente cargada al procesado en el fallo, ya se había tomado la determinación fiscal de investigarla por otro sendero.

En este orden de ideas, so capa de atajar una prescripción, el Tribunal carecía de facultades para disfrazar de legalidad justiciera un acto contrario al basamento constitucional, pues si en principio sólo estaba autorizado para estudiar lo planteado como tema de impugnación, de igual manera no podía arrogarse una función que ya había cumplido razonablemente el fiscal en el ciclo procesal de su incumbencia.

Consecuencia inmediata de la actuación inconsistente del juzgador de segundo grado, es la de que se hubiera incrementado la pena derivada al procesado, razón por la cual, de acuerdo con las reflexiones precedentes, el agravio va más allá de la simple violación del artículo 31 de la Carta Política, pues el Tribunal no solamente produjo una agravación de la sanción, dispuesta sobre la misma conducta de la que se consideró penalmente responsable al procesado en la primera instancia, sino que, como se ha advertido insistentemente, ello fue consecuencia de la indebida incursión del *ad quem* en el área funcional del calificador al ampliar el ámbito situacional de la calificación, cargándole un hecho delictivo no endilgado en la resolución de acusación que estaba debidamente ejecutoriada y, por ende, era intocable para el fallador por esa vía.

Dilucidado lo ocurrido en el trámite, prospera el cargo promovido bajo el cauce de la causal segunda, lo cual impone, como ya se dijo, la aplicación del numeral 1° del artículo 229 del C.P.P., norma que, por contrario modo a lo pedido en la impugnación y el concepto del Procurador Delegado, no prescribe la confirmación de la sentencia de primera instancia, ya que el hecho de que haya salido avante el cargo no significa retrotraer el asunto a los efectos del pronunciamiento de primer grado, sino que la Corte, después de casar el fallo del Tribunal, "dictará el que deba reemplazarlo".

En virtud de la mayor cobertura procesal de la censura por incongruencia, y dado que tendrá éxito la pretensión por dicha vía, no es menester examinar el cargo por violación directa de la ley sustancial.

Con base en las observaciones antes hechas, ha de considerarse que si de acuerdo con el artículo 26 del Código Penal la pena por imponer, en el caso de concurso delictual, es la que establezca la disposición legal de consecuencia más grave aumentada hasta en otro tanto, implica que el punto de partida para la dosificación sería la sanción prevista para el delito de uso de documento público falso, estimada en prisión de 1 a 8 años, conforme con el artículo 222, inciso 1° del mismo estatuto.

Por manera que, para no desbordar los criterios de medición plasmados en el fallo de primera instancia (prohibición de reformatio in pejus), se impondrá al procesado Quesada Salazar la pena principal de un año de prisión, aumentada en diez (10) meses por la concurrencia de los delitos de falsedad en documento privado y encubrimiento como receptación, dado que esta última infracción ocurrió antes de la vigencia de la leyes 190 de 1995 y 365 de 1997, que sucesivamente modificaron el artículo 177 del Código Penal, lo cual importa un total de veintidós (22) meses de prisión. También se aplicará, a título principal, la sanción de multa por valor de un mil pesos ($ 1.000.oo), debido a que ella está prevista como consecuencia de esa naturaleza en la regulación del delito de encubrimiento (art. 46, inciso 2°, idem), cantidad que tampoco puede excederse por haber sido estimada así en la sentencia de primer grado.

En la misma medida de la pena privativa de la libertad, se graduará la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

El sentenciado no es acreedor a la condena de ejecución condicional, a pesar de que la pena por imponer será inferior a tres (3) años de prisión (numeral 1° del artículo 68 del C.P), pues así lo recomienda el examen integral de una personalidad renuente a enfrentar el compromiso judicial (hecho que le valió la revocatoria de la libertad provisional), la naturaleza de los hechos punibles atribuidos, reflejada en la angustiosa manera como recurrentemente esa clase de conductas afectan la convivencia social, y la mayor gravedad que comportan los atentados contra la fe pública y la administración de justicia, inequívocamente tendientes a encubrir una actividad delictiva tan sojuzgadora y repudiable como es el hurto de automotores con el uso de armas de fuego.

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

RESUELVE:

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia fechada 8 de abril de 1997, obra del Tribunal Superior de Cali.

2. En consecuencia, condenar al acusado Francisco Edison Quesada Salazar, de condiciones civiles y personales conocidas dentro del proceso, a la pena principal de veintidós (22) meses de prisión y multa de un mil ($ 1.000.oo), como autor de un concurso de delitos de uso de documento público falso, falsedad en documento privado y receptación, conductas descritas en los artículos 177, 221 y 222, inciso 1° del Código Penal, según la acusación que le fuera formulada el 25 de agosto de 1994.

3. Negar al procesado el subrogado penal de condena de ejecución condicional, de acuerdo con las reflexiones plasmadas en la parte motiva de esta providencia.

4. Reiterar la orden de captura del ausente Quesada Salazar, mediante la expedición de las comunicaciones de rigor, con la aclaración de que el requerido será puesto a disposición del Juzgado Catorce Penal del Circuito o del funcionario que deba ejecutar la pena.

5. En todo lo demás, conservan vigencia las disposiciones del fallo de primer grado, dado que ellas no habían sido objeto del recurso de apelación.

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 Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Requisitos

Tratándose, entonces, la casación de un medio extraordinario de dar inicio a un juicio jurídico contra el fallo de segundo grado que puso fin al proceso, en su fundamentación no tienen cabida consideraciones subjetivas para oponerlas al criterio del juzgador, pues de incurrirse en un desacierto de esa factura, ab initio se da al traste con las expectativas que tienen los sujetos procesales sobre los resultados del instrumento, por prevalecer siempre el criterio del dispensador de justicia sobre el de las partes intervinientes en la actuación.

Por estos motivos, la ley ha establecido, como presupuestos de admisibilidad de la demanda, la obligación de identificar los sujetos procesales y la sentencia impugnada, hacer una síntesis de los hechos que fueron juzgados y de la actuación surtida a esos propósitos; la causal de casación que se invoca, e indicar clara y precisamente los fundamentos fácticos y jurídicos que le sirven de apoyo.

En tal medida, si la denuncia se orienta por la violación indirecta de la ley sustancial, por errores originados en la apreciación probatoria, es de cargo del actor indicar la norma que considera transgredida, sea por no haberla aplicado el juzgador debiendo hacerlo, o por haberla aplicado indebidamente. Asimismo debe demostrar que la violación se produjo por haber incurrido en errores de hecho en la apreciación de determinada prueba, identificando su especie, esto es por haber ignorado o supuesto un medio no incorporado o por haber desfigurado su sentido objetivo; o en errores de derecho derivados de haber apreciado un medio aportado con desconocimiento de los presupuestos legalmente establecidos para su aducción, o negado el valor determinado en la ley o atribuido uno diverso.

Si de lo que se trata es de denunciar la transgresión de las reglas de la sana crítica como método legal de valoración probatoria, para que un ataque fundado en este supuesto pueda tener alguna posibilidad de llegar a prosperar; debe demostrarse la manera como la apreciación del medio o medios fundamento del fallo, desconoció los principios de la ciencia, la lógica o la experiencia, dando lugar a que se les otorgara un mérito que no era el que les correspondía.

En todo caso, compete demostrar al actor cómo el desacierto que pone de presente tuvo incidencia definitiva en el proferimiento del fallo que persigue derrumbar, y, que de no haber ocurrido, habría conducido a adoptar una decisión distinta y opuesta a la censurada.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 133 Procesado 13819

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Hernando Díaz Matallana.

ANTECEDENTES

Aproximadamente a la media noche del cinco de febrero de mil novecientos noventa y seis, en el sitio "El Ocobo", vereda "La Vuelta", del Municipio de Tibacuy (Cundinamarca), perdió la vida el ciudadano Alonso Cortés a consecuencia de múltiples lesiones en el cráneo, ocasionadas con arma cortocontundente.

Abierta la investigación por la Fiscalía Dieciocho Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Fusagasugá (fl. 68), vinculó mediante indagatoria a Hernando Díaz Matallana (fl. 85) a quien afectó con medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 114) y, posteriormente, previo el cierre del ciclo instructivo (fl. 179), el veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y seis, lo acusó por el delito de homicidio agravado (fls. 210), mediante resolución que cobró ejecutoria en esa instancia el treinta siguiente, al no haber sido impugnada (fl. 216 vto.)

Rituado el juicio por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, puso fin a la instancia condenando al procesado a la pena principal de veintisiete años prisión, al encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio en su modalidad más simple (fls. 310 y ss.), mediante sentencia que el Tribunal Superior confirmó íntegramente al revisarla por vía de la apelación interpuesta por el procesado y su defensor (fls. 36 y ss. cno. Tribunal).

Contra la sentencia de segundo grado, estos mismos sujetos procesales oportunamente interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, presentándose, dentro del término legal, el correspondiente escrito de sustentación cuya admisibilidad corresponde decidir a la Corte.

LA DEMANDA

Anuncia el actor que su propuesta se orienta a denunciar "la violación de norma sustancial, por errónea apreciación de la prueba".

Considera al respecto que el fallo se soporta en el dicho de Jorge Eliécer Bernal Díaz, quien, a su criterio, "no merece ninguna credibilidad", pues en

la primera declaración rendida en el proceso, aseguró desconocer al autor o autores de la muerte de Alonso Cortés y, posteriormente, luego de mantener por espacio de tres meses oculta la chaqueta sustraída por el occiso a Flor Alba Rodríguez Acosta, atribuyó la responsabilidad de los hechos a Hernando Díaz Matallana.

Las actitudes, asumidas en el proceso, de "haber mentido en un comienzo al negar absolutamente tener conocimiento de cómo sucedió el hecho delictuoso", hacerle creer a los investigadores del Cuerpo Técnico de la Fiscalía que fueron varias personas las que atacaron al hoy fallecido, decirle a los familiares de éste que había sostenido una riña con otro sujeto, y esconder la chaqueta que Alonso Cortés llevaba la noche en que falleció, en opinión del actor indican claramente que al darle credibilidad al contenido de la última versión rendida por Jorge Eliécer Bernal Díaz, el Tribunal violó el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal.

El cuestionado testimonio, afirma, no solo no fue respaldado por otros medios sino que resultó controvertido por la inspección judicial en la que se comprobó la falta de coincidencia entre el tiempo que dijo haber transcurrido desde el momento en que abandonaron la taberna donde se encontraban con Alonso Cortés, y el instante en que afirmó haber sido alcanzados por el sindicado, condiciones en las cuales dicha prueba no puede ser considerada como suficiente para edificar con ella un fallo de condena, por no cumplir los presupuestos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal además, sostiene, tuvo como testigo de cargo a la señorita Rodríguez Acosta, como si ella hubiera afirmado que su cliente fue el autor de la muerte de Alonso Cortés.

Por esto estima transgredido el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que si la legislación prohibe a los jueces regionales proferir fallo de condena con fundamento único en el testimonio de una o varias personas de oculta identidad, con mayor razón los jueces penales no pueden hacerlo con base en la declaración de un solo testigo (fls. 92 y ss.).

SE CONSIDERA

Los evidentes defectos que ofrece la demanda de casación presentada a nombre del procesado Hernando Díaz Matallana., impiden decretar su admisibilidad por la Corte, y obligan, en consecuencia, tener que declarar desierto el recurso interpuesto.

Insistentemente se ha precisado que la misma naturaleza rogada del extraordinario instrumento, impone al actor tener que cumplir estrictamente los presupuestos de forma y contenido expresamente señalados por la ley, para que la demanda pueda superar el juicio de admisibilidad por la Corte, pues si bien la formalidad apunta a facilitar la labor de enunciación, desarrollo y demostración de los cargos que contra el fallo pretenden formularse, tampoco puede perderse de vista la importancia de su contenido, la cual radica en la posibilidad de hacer manifiesta la disconformidad entre la voluntad

de la ley y la voluntad del juzgador materializada en la decisión impugnada, objeto primordial del recurso.

Entenderlo de otra manera, sería desnaturalizar el instituto para convertirlo en medio de impugnación de plena justicia, donde su sola invocación faculte la revisión integral del proceso por el órgano decisorio, pues si se parte para la interposición del recurso, que el juicio finalizó con el proferimiento del fallo, y que éste fue justo y legal, la pretensión por revivir debates ya superados en las etapas ordinarias, es tema totalmente ajeno a su razón de ser.

Tratándose, entonces, la casación de un medio extraordinario de dar inicio a un juicio jurídico contra el fallo de segundo grado que puso fin al proceso, en su fundamentación no tienen cabida consideraciones subjetivas para oponerlas al criterio del juzgador, pues de incurrirse en un desacierto de esa factura, ab initio se da al traste con las expectativas que tienen los sujetos procesales sobre los resultados del instrumento, por prevalecer siempre el criterio del dispensador de justicia sobre el de las partes intervinientes en la actuación.

Por estos motivos, la ley ha establecido, como presupuestos de admisibilidad de la demanda, la obligación de identificar los sujetos procesales y la sentencia impugnada, hacer una síntesis de los hechos que fueron juzgados y de la actuación surtida a esos propósitos; la causal de casación que se invoca, e indicar clara y precisamente los fundamentos fácticos y jurídicos que le sirven de apoyo.

En tal medida, si la denuncia se orienta por la violación indirecta de la ley sustancial, por errores originados en la apreciación probatoria, es de cargo del actor indicar la norma que considera transgredida, sea por no haberla aplicado el juzgador debiendo hacerlo, o por haberla aplicado indebidamente. Asimismo debe demostrar que la violación se produjo por haber incurrido en errores de hecho en la apreciación de determinada prueba, identificando su especie, esto es por haber ignorado o supuesto un medio no incorporado o por haber desfigurado su sentido objetivo; o en errores de derecho derivados de haber apreciado un medio aportado con desconocimiento de los presupuestos legalmente establecidos para su aducción, o negado el valor determinado en la ley o atribuido uno diverso.

Si de lo que se trata es de denunciar la transgresión de las reglas de la sana crítica como método legal de valoración probatoria, para que un ataque fundado en este supuesto pueda tener alguna posibilidad de llegar a prosperar, debe demostrarse la manera como la apreciación del medio o medios fundamento del fallo, desconoció los principios de la ciencia, la lógica o la experiencia, dando lugar a que se les otorgara un mérito que no era el que les correspondía.

En todo caso, compete demostrar al actor cómo el desacierto que pone de presente tuvo incidencia definitiva en el proferimiento del fallo que persigue derrumbar; y, que de no haber ocurrido, habría conducido a adoptar una decisión distinta y opuesta a la censurada.

No es este el norte seguido por el defensor del procesado Hernando Díaz Matallana., quien ni siquiera ensaya ubicar su propuesta en alguna de las

causales de casación legalmente previstas, y si bien al decir que existe "violación de norma sustancial, por errónea apreciación de la prueba", pudiera darse por entendido que el fundamento del reproche estriba en el cuerpo segundo del primer motivo establecido en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por parte alguna logra especificar si el yerro probatorio fue de hecho o de derecho, como tampoco ninguna de las hipótesis que al interior de estos géneros pueden presentarse.

Menos indica, siendo de su carga hacerlo, cuál fue la norma sustancial finalmente transgredida, condiciones en las que tampoco podía cumplir el compromiso de especificar si fue por falta de aplicación o por aplicación indebida, de manera que pudiera integrar un ataque al fallo y quedar, al menos, correctamente enunciado el cargo.

Y aunque el cuestionamiento lo enfila hacia el grado de credibilidad que para el juzgador mereció el dicho de Jorge Eliécer Bernal Díaz, con lo cual en principio pareciera que se orienta por denunciar la transgresión de las reglas de la sana crítica, no señala, debiendo hacerlo, qué en concreto dijo este testigo, cómo apreciaron los juzgadores su versión de los hechos, de qué manera en su valoración se apartaron de las reglas de la lógica, la ciencia, la experiencia o el sentido común, ni por qué, de habérsele asignado un mérito distinto para descartar su exposición de los hechos, la estimación judicial de los otros medios, inexorablemente conduciría a adoptar una decisión distinta y opuesta a la contenida en el fallo.

Estos mismos defectos acusa la tangencial referencia a la declaración de Flor Alba Rodríguez Acosta, puesto que sin intentar siquiera demostrar su aserto, el actor se limita a decir que el fallo la tuvo como testigo de cargo sin serlo.

Sucede además, que omitiendo aclarar las razones jurídicas en que se apoya, plantea que los jueces no pueden proferir fallo de condena con fundamento en la exposición de un testigo único, dando a entender, de una parte, que solamente ese medio obra en el expediente, lo que hace contradictorio el discurso pues viene de decir que el fallador tuvo en cuenta como prueba de cargo el testimonio de Flor Alba Rodríguez Acosta, y de otra, que abandona la tesis inicial de haber sido transgredidas las reglas de la sana crítica para incursionar en el campo del error de derecho por falso juicio de convicción al atribuirle el juzgador al medio un valor diverso al previamente determinado en la ley, en planteamiento que no desarrolla.

Para rematar la sarta de desaciertos, tampoco presenta una solicitud concreta para el caso de ser admitida su propuesta impugnatoria. Es de tal envergadura la precariedad del libelo, que de su contenido no se logra identificar lo que se persigue con él: finalidad que no puede suponerse, por el riesgo que se corre de otorgar una solución distinta a aquella que hubiere animado al actor.

Son tantos y evidentes los defectos que la demanda ofrece, y como la Corte no tiene facultad para enmendarlos por virtud del principio de limitación que

gobierna el recurso, la decisión no puede ser otra a la ya advertida al comenzar estas consideraciones.

Como quiera que la índole de la decisión hace que cause 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 a nombre del procesado Hernando Díaz Matallana., 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 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.

TERMINO

Los términos legales apuntan a preservar el orden procesal, la igualdad de los sujetos, la preclusión de las determinaciones y etapas en el trámite y la seguridad jurídica. Permiten al fiscal o 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. Así, los actos procesales han de cumplirse en los plazos y oportunidades señalados por la ley o, en su defecto, por el director del proceso, ya que son perentorios.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 133 Proceso No. 15043

ASUNTO

Debería procederse a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en representación del procesado Leonardo Rafael Freyle Curvelo contra la sentencia del Tribunal Superior de Riohacha que lo condenó por homicidio, si no se observara que fue presentada extemporáneamente.

ANTECEDENTES PROCESALES

El Juzgado Penal del Circuito de Riohacha el 26 de febrero de 1998 condenó a Leonardo Rafael Freyle Curvelo, por homicidio, a 25 años de prisión (f. 150 y Ss., cd. 1°), fallo apelado por el defensor y confirmado el 28 de abril siguiente por el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial.

En el acto de notificación personal, el sindicado anotó "apelo" (f. 208 ib.) y su defensor "interpongo recurso de casación" (f. 205 ib.); el correspondiente edicto de notificación de la sentencia de segunda instancia fue desfijado el 27 de mayo de 1998 (f. 212 ib.). Mediante auto de fecha 25 de junio del mismo año fue concedida la impugnación, decisión notificada personalmente al agente del Ministerio Público y al procesado y el 16 de julio por estado. Ejecutoriado dicho auto, a partir del 23 de julio de 1998 comenzó a correr el término de 30 días para formular la demanda (f. 226 v. ib.), el cual venció el 4 de septiembre

de 1998. La "demanda" de casación la presentó el nuevo defensor, "contratado por la Dirección Nacional de la Defensoría del Pueblo" (f. 215 ib.), el 25 de los mismos mes y año (fs. 227 y 231 ib.).

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Como se ha observado, la Secretaría del Tribunal Superior de Riohacha dejó constancia de que el lapso de 30 días, previsto en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, empezó a correr el 23 de julio de 1998, periodo que venció el 4 de septiembre siguiente. Sin embargo, la demanda fue presentada por el defensor el 25 de septiembre de 1998.

Los términos legales apuntan a preservar el orden procesal, la igualdad de los sujetos, la preclusión de las determinaciones y etapas en el trámite y la seguridad jurídica. Permiten al fiscal o 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. Así, los actos procesales han de cumplirse en los plazos y oportunidades señalados por la ley o, en su defecto, por el director del proceso, ya que son perentorios.

Como la "demanda" de casación fue presentada 15 días hábiles después de fenecido el plazo señalado por la legislación, resulta ostensible que el recurrente dejó vencer tal oportunidad, con las consecuencias procesales que origina la extemporaneidad. El incumplimiento de esta carga constituye uno de los eventos en que el recurso extraordinario debe declararse desierto (art. 224 del C. de P. P.), por no haberse formulado la demanda dentro del preclusivo término, establecido por la ley procesal.

Esta providencia queda ejecutoriada en la misma fecha en que es suscrita (art. 197 ib.), por lo cual no admite recurso alguno y el expediente se devolverá al despacho judicial de origen, colocando nuevamente a su disposición al procesado.

De otra parte, para información sobre la manera como se ejerció la defensoría pública en este caso, envíese al Defensor del Pueblo copia del poder que obra a folio 215 del cuaderno 1° original, de la "demanda" de casación y de esta providencia.

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

RESUELVE:

1° DECLARAR desierto el recurso de casación formulado por el defensor y su representado Leonardo Rafael Freyle Curvelo.

2° Por Secretaría, remítanse las copias ordenadas en la parte motiva.

3° Contra esta providencia no procede recurso alguno.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Si la vía de ataque que asumió fue la violación indirecta de la ley sustancial, su deber era no sólo apoyarla en el inciso 2° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (el 1° está referido a la violación directa), sino precisar la modalidad del error de hecho que perseguía demostrar y obviamente su trascendencia en el resultado final del proceso.

En la violación indirecta de la ley, debería saberlo el recurrente, la discusión tiene como eje el contenido material de los medios de prueba o su existencia, material o jurídica, y no la valoración que de ellos haga el juzgador en tanto no se aparte de manera ostensible o irracional de los principios de la lógica y de la sana crítica. Tal es la razón para que los errores que conducen a dicho tipo de violación de la ley sustancial, se clasifiquen en de hecho y de derecho. Los primeros suceden cuando el fallador invoca una prueba que no está en el proceso o deja de considerar una existente (falso juicio de existencia), o cuando tergiversa el contenido del medio probatorio haciéndolo decir lo que no dice (falso juicio de identidad), o cuando atenta contra los principios de la lógica y de la sana crítica. Los segundos tienen que ver con la legalidad de la prueba y suceden cuando aportada una al proceso sin los requisitos para su validez, es estimada por el juzgador (falso juicio de legalidad), o extraordinariamente cuando el legislador tarifa la prueba y el Juez desconoce ese valor o cuando prohibe fundamentar la condena en determinado medio de prueba (C.P.P. art. 247 inc. 2°) y pese a ello el fallador pasa por alto dicha prohibición.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 133 Proceso No. 13837

VISTOS

Procede la Corte a resolver si la demanda de casación presentada a nombre del procesado Jairo Reina Sánchez, satisface las exigencias formales señaladas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

Hacia la una de la tarde del 24 de febrero de 1995 Jairo Reina Sánchez llegó al puesto de flores "Los Lirios", ubicado en el Cementerio El Apogeo de Santa Fe de Bogotá, de propiedad de su excompañera permanente María Teresa Medina Garibello, contra quien disparó repetidamente un revólver que llevaba consigo, a pesar de la presencia de 2 hijos menores que tenían y al intento de éstos para evitar que el padre atentara contra la madre. Esta, de 32 años de edad, falleció casi de inmediato como consecuencia de los impactos.

Instantes después la Policía logró la captura del homicida. Se le vinculó al proceso a través de indagatoria, el 1° de marzo de 1995 fue detenido preventivamente y el 6 de septiembre del mismo año fue acusado por el cargo de homicidio agravado. El Juzgado 14 Penal del Circuito, mediante providencia del 19 de octubre siguiente, declaró la nulidad de lo actuado a partir del cierre de investigación, debido a que en la indagatoria el imputado no fue asistido por un abogado.

Nuevamente el expediente en la Fiscalía, se procedió a la vinculación de Jairo Reina Sánchez a través de declaración de persona ausente. El mismo se había fugado de la Cárcel Distrital de Varones y Mujeres el 9 de mayo de 1995. La resolución de situación jurídica tuvo lugar el 15 de enero de 1996 y el 18 de marzo siguiente la calificación sumarial. Resultó acusado por el cargo de homicidio, agravado por la concurrencia de las causales 6ª y 7ª del artículo 324 del código Penal, en concurso con el delito de porte ilegal de armas.

El Juzgado 14 Penal del Circuito tramitó el juicio y el 29 de agosto de 1996 resolvió condenarlo por los cargos de homicidio simple y porte ilegal de armas, a la pena principal de 30 años y 6 meses de prisión, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago en concreto de los daños y perjuicios causados. Esta determinación la confirmó el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá a través del fallo recurrido en casación, expedido el 1° de julio de 1997.

Reina Sánchez fue nuevamente capturado el 27 de febrero de 1996 y dejado a disposición de un Juzgado de Ejecución de Penas, para el cumplimiento de una pena que se le impuso en otro proceso por el delito de tentativa de homicidio.

LA DEMANDA

El único cargo que propuesto por el defensor lo apoya en la causal 1ª de casación, por ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.

Dice que desde el propio comienzo de la investigación su representado hizo manifestaciones de haber actuado en estado de ira e intenso dolor, que no se ordenaron diligencias tendientes a la comprobación de esas afirmaciones, a investigarlas exhaustivamente, y que el Tribunal las desechó "de plano", aduciendo que "...lo que verdaderamente sucedió fue un calculado plan por

parte del sindicado para llevar a cabo el fin querido, esto es, la muerte de María Teresa..."

Dicho plan no fue demostrado, agrega el recurrente. Hasta el punto de que el mismo Tribunal refirió que los disparos los efectuó el procesado luego de intentar dialogar con la mujer y de ser rechazado por ésta. En consecuencia, no llegó disparando "...como hubiera acaecido de tener el plan de matar...", pero al sentirse despreciado revivieron en él los actos de infidelidad de que ella lo hizo objeto cuando vivieron juntos y disparó. Esta circunstancia fue la provocación del estado de ira, el cual podía reconocerse a su defendido al encontrarse reunidos los elementos contenidos en el artículo 60 del Código Penal. Especialmente si se tiene en cuenta que dado el gran amor que se profesaba la pareja, era infinito el dolor del imputado derivado del hecho de que ella no haya valorado esos sentimientos y, por el contrario, se haya convertido en la amante del propio sobrino de Reina Sánchez e igualmente de su padrastro, argumenta el demandante.

Acto seguido aduce que se aparta del criterio del Tribunal, relativo a la improcedencia de reconocer el estado emocional por ausencia de comportamiento ajeno, grave e injusto, ya que nadie "puede conocer o saber el pensamiento de las demás personas, ni su intención o penetrar en su mente...", y por lo tanto no era dable arribar a esa conclusión con sustento en prueba testimonial como lo hizo el juzgador.

Hace referencia el demandante, por último, a los requisitos del fenómeno jurídico de la ira, expresa que en el caso examinado era viable reconocerla y que al no suceder de esa manera se violó indirectamente el artículo 60 del Código Penal "...por error de hecho en la falta de apreciación de la prueba...". Su solicitud es, entonces, que se case la sentencia y se dicte la de reemplazo admitiendo la aminorante punitiva.

Consideraciones de la Sala

El numeral 3° del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal le impone al casacionista, como requisito para su demanda sea admitida por la Corte, enunciar de forma clara y precisa la causal invocada lo mismo que los fundamentos que la demuestren.

En el caso examinado al censor le bastó citar la causal 1ª de casación, transcribir su inciso 1° y concluir que el juzgador incurrió en violación indirecta del artículo 60 del Código Penal "por error de hecho en la falta de apreciación de la prueba", luego de unos fundamentos propios de un alegato de instancia.

Si la vía de ataque que asumió fue la violación indirecta de la ley sustancial, su deber era no sólo apoyarla en el inciso 2° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (el 1° está referido a la violación directa), sino precisar la modalidad del error de hecho que perseguía demostrar y obviamente su trascendencia en el resultado final del proceso.

En la violación indirecta de la ley, debería saberlo el recurrente, la discusión tiene como eje el contenido material de los medios de prueba o su existencia, material o jurídica, y no la valoración que de ellos haga el juzgador en tanto no se aparte de manera ostensible o irracional de los principios de la lógica y de la sana crítica. Tal es la razón para que los errores que conducen a dicho tipo de violación de la ley sustancial, se clasifiquen en de hecho y de derecho. Los primeros suceden cuando el fallador invoca una prueba que no está en el proceso o deja de considerar una existente (falso juicio de existencia), o cuando tergiversa el contenido del medio probatorio haciéndolo decir lo que no dice (falso juicio de identidad), o cuando atenta contra los principios de la lógica y de la sana crítica. Los segundos tienen que ver con la legalidad de la prueba y suceden cuando aportada una al proceso sin los requisitos para su validez, es estimada por el juzgador (falso juicio de legalidad), o extraordinariamente cuando el legislador tarifa la prueba y el Juez desconoce ese valor o cuando prohibe fundamentar la condena en determinado medio de prueba (C.P.P. art. 247 inc. 2°) y pese a ello el fallador pasa por alto dicha prohibición.

En tal orden de ideas era deber del demandante indicar con precisión en qué exactamente consistió la equivocación del Tribunal y su influencia en la orientación de la sentencia. Y como no lo hizo, y en cambio se dedicó a oponer su criterio al del juzgador, es claro que la demanda deberá ser inadmitida.

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 Jairo Reina Sánchez.

2°. Declarar desierto el recurso y devolver el proceso al Tribunal de origen.

3o. Contra la presente decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No hay firma) 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 Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION

Cualquiera que sea la causal que se invoque, la demanda de casación no es de libre elaboración y debe ceñirse a los requisitos establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales está la indicación clara, precisa y completa de los fundamentos, en armonía con la naturaleza del quebrantamiento aducido, además de demostrar la trascendencia del yerro o irregularidad en la decisión.

Frente a la causal 3ª, no basta insinuar la irregularidad, debiendo demostrarse la existencia del quebrantamiento grave, sustancial e insubsanable y su incidencia cardinal en la estructura del proceso, alterando las bases esenciales de la instrucción o del juzgamiento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N°133 Proceso No. 13535

Asunto

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en representación del procesado Joselito Murillo Barreto, sindicado de hurto calificado y agravado, tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Hechos

La madrugada del 27 de noviembre de 1995, Joselito Murillo Barreto y otro individuo abordaron el taxi conducido por César Augusto Luque Luque y al llegar al lugar de destino, calle 74 con carrera 13 de Bogotá, el conductor fue encañonado por el segundo, mientras Joselito Murillo Barreto le quitaba el dinero. Ante la posibilidad de ser vistos por los transeúntes, se le ordenó dirigirse a la carrera 30 y durante la marcha le iban arrancando algunas partes al vehículo, como el taxímetro, lo cual hizo que no fluyera la corriente eléctrica y el automotor se detuviera cerca a un CAI de la calle 72, situación que llevó a quien empuñaba el arma a dispararle al taxista, herirlo en el omoplato derecho y emprender los dos pasajeros la fuga. Debido a la intervención de la Policía, posteriormente se logró la captura de Joselito Murillo Barreto.

ANTECEDENTES PROCESALES

Abierta investigación, se escuchó en indagatoria a Joselito Murillo Barreto y el 5 de diciembre de 1995 la Fiscalía 56 Seccional decretó su detención preventiva (fs. 52 y Ss., cd. 1). Cerrada la instrucción, el 3 de abril de 1996 le fue proferida resolución de acusación por hurto calificado y agravado, tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego (fs. 229 y Ss. ib.). Al desatar la reposición el *a quo* decidió compulsar copias para que el Inspector de Policía investigara lo relacionado con el hurto, pero el *ad quem* en la apelación (mayo 30/96, fs. 5 y Ss. cd. respectivo), revocó esta ruptura de la unidad procesal y restableció el enjuiciamiento, por todos los delitos antes mencionados.

Correspondió al Juzgado 67 Penal del Circuito de Bogotá adelantar el juicio y el 26 de septiembre de 1996 condenó a Joselito Murillo Barreto a 21 años de prisión y 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, por los mencionados ilícitos (fs. 318 y Ss. cd. 1).

Fallo apelado y confirmado el 7 de marzo de 1997 por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia que es objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Aunque el demandante anuncia que va a presentar dos cargos, fundamentados en causales distintas propuestas de manera subsidiaria, al terminar el libelo desiste "de formular el segundo cargo que anuncié al iniciar la exposición".

Al amparo de la causal tercera de casación, acusa que se dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad, aduciendo primero haber desbordado la Fiscalía de segunda instancia las facultades legales al resolver la alzada interpuesta contra la resolución de acusación.

Señala que la Fiscalía violó el artículo 217 del estatuto procesal penal, porque estaba facultada para revisar únicamente los aspectos impugnados; el *a quo* dispuso que se compulsaran copias para que el hurto lo investigara una Inspección de Policía, por ser una contravención y el *ad quem* no podía modificar la providencia atacada, en el sentido de considerar, con detrimento del derecho de defensa, que era delito, debido a la cuantía. Así mismo estima quebrantadas las disposiciones contenidas en los artículos 18, 217, 246, 270, 295 y 1° del citado ordenamiento.

De otra parte, expresa que la Fiscalía de segunda instancia se equivocó al tasar la cuantía del hurto y estimar que era un delito, porque no se había establecido tal valor y lo correcto era designar perito avaluador, al haberse objetado el monto señalado por el taxista.

Por lo anterior, solicita declarar la nulidad "de toda la actuación" a partir de la providencia de segunda instancia que resolvió la apelación de la resolu-

ción de acusación; en subsidio, pide anular desde el auto que señaló fecha y hora para audiencia pública, en ambos casos decretándose la excarcelación del sindicado, por vencimiento de los respectivos términos.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Cualquiera que sea la causal que se invoque, la demanda de casación no es de libre elaboración y debe ceñirse a los requisitos establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, entre los cuales está la indicación clara, precisa y completa de los fundamentos, en armonía con la naturaleza del quebrantamiento aducido, además de demostrar la trascendencia del yerro o irregularidad en la decisión.

Frente a la causal 3ª, no basta insinuar la irregularidad, debiendo demostrarse la existencia del quebrantamiento grave, sustancial e insubsanable y su incidencia cardinal en la estructura del proceso, alterando las bases esenciales de la instrucción o del juzgamiento.

En su contradictorio planteamiento, genera perplejidad que aduzca conculcación primero del debido proceso y luego del derecho de defensa, cuando de lo indicado en el mismo libelo surge que inicialmente en la resolución de acusación también se formuló el cargo por hurto calificado y agravado, y fue al decidir la reposición que el *a quo* resolvió compulsar copias para que fuera investigado como contravención por una inspección de policía, irregularidad que simplemente fue corregida por el *ad quem*, regresando a la calificación inicial.

Igual acontece con la alegada omisión del avalúo para establecer la cuantía de los bienes sobre los cuales recayó la acción delictiva, ya que el defensor dice haberla objetado, en los alegatos de conclusión y en la audiencia de juzgamiento, en cuanto a la suma señalada por la víctima, anotando incongruentemente en otro párrafo de la demanda haber impugnado "la cuantía del dinero", resultando sobre ello inocuo el avalúo que reclama.

De otra parte, se observa que el impugnante no desarrolla reproche ni menciona un vicio sustancial concreto que desquicie íntegramente las bases de la actuación sumarial o del juzgamiento. En realidad se contrae, con las imprecisiones comentadas, a exponer su opinión sobre una supuesta nulidad, que sería parcial por el cambio en cuanto al hurto, pero inopinadamente va más allá pretendiendo, sin fundamento, la remoción de todo lo decidido, que también incluye lo relacionado con los hechos punibles de tentativa de homicidio agravado y porte ilegal del arma de fuego, en torno a los cuales ningún reproche ensayó.

Como la Corte no puede entrar a llenar los vacíos, ni suplir al casacionista para superar la ausencia de claridad y precisión de la demanda, se impone su rechazo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, lo cual conduce a declarar desierta la impugnación, mediante decisión que adquiere ejecutoria en la fecha en que es suscrita (art. 197 ib.) y no admite recurso alguno.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en nombre del procesado Joselito Murillo Barreto 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 Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/NARCOTRAFICO

Ha sido criterio de la Sala, y ahora se reitera, que las funciones de la pena, especialmente en cuanto a la prevención, protección y resocialización, cuando se trata del delito de narcotráfico, como en este caso, con circunstancias de agravación por la cantidad de la sustancia ilícita incautada, pueden y deben verificarse al cumplimiento total de la misma, atendiendo a las connotaciones tan graves de aquel hecho punible, que en la mayoría de los casos se cometen a través de verdaderas organizaciones al margen de la ley, con posibilidades reales de generar alarma social y desestabilizar muchas instituciones indispensables para la vida en comunidad.

Estando en trámite el recurso extraordinario, con las limitaciones propias que su rigor jurídico imponen, la Sala no puede, sin faltar a la legalidad, referirse a la cuestión de fondo que ha de decidir la sentencia que lo desate, es decir, no es factible emitir conceptos definitivos acerca de la inocencia del señor (...), o de la calificación jurídica otorgada a su proceso.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 134 Proceso No. 15108

Vistos

La Sala resuelve el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el defensor del procesado Miguel Enrique Rozo Torres, quien se encuentra detenido en el Batallón de Infantería de Marina No. 7, con sede en Santa Fe de Bogotá, contra el auto del 18 de agosto de 1999, mediante el cual le fue negada la libertad provisional.

Providencia Impugnada

Se trata del auto del dieciocho (18) de agosto de 1999, (folio 71 cdno. Corte), mediante el cual la Sala de Casación Penal, negó la libertad provisional al procesado Miguel Enrique Rozo Torres, por concluir, luego de estudiar el aspecto subjetivo en los términos del artículo 72 del Código Penal, que en su

caso, tratándose de un Oficial de Infantería de Marina involucrado en narcotráfico, el diagnóstico para su reinserción a la comunidad era desfavorable.

DEL RECURSO

Aduce el impugnante que el auto materia de censura se sustenta en hipótesis erróneas, como la consistente en suponer que el señor Miguel Enrique Rozo Torres, se prevalió de su grado de Mayor (retirado) de la Armada Nacional y del cargo de Jefe de Seguridad de la empresa Manufacturas Ajover, para cometer el ilícito, cuando no se ha probado que los acontecimientos estén relacionados con su profesión y el empleo que estaba desempeñando para la época en que sucedieron.

Sin embargo, en el acápite que denomina "Causa de la inconformidad", desarrolla una serie de planteamientos destinados a pregonar su inocencia, con base en el análisis crítico de los principales medios de prueba y de los razonamientos de los jueces de instancia.

Con tales argumentos concluye que el señor Rozo Torres, siempre ha sido un ciudadano ejemplar en todas las esferas de su vida y, por lo mismo, no necesita tratamiento penitenciario, pues con relación a él no son válidos los parámetros para estimar la resocialización de los reclusos, ya que se trata de una persona completamente ajena a las actividades delictivas.

Solicita la revocatoria íntegra del auto del 18 de agosto de 1999, para que en su lugar se conceda la libertad provisional demandada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cuando en el auto del 18 de agosto del año en curso, se hizo referencia al grado de Mayor de Infantería de Marina, retirado, y al cargo de Jefe de Seguridad de la empresa Manufacturas Ajover S.A., dignidades que concurrían en el señor Miguel Enrique Rozo Torres, el día en que fue capturado en flagrancia, la Sala no actuó de manera caprichosa, arbitraria o impensada.

Por el contrario, varias alusiones a la profesión de Oficial de la Armada Nacional y al trabajo como Jefe de Seguridad de aquella empresa industrial, ligadas a la comisión del ilícito se extraen sin dificultad de los expedientes, al punto que los juzgadores de instancia las resaltaron y erigieron en basamentos adicionales para sus reflexiones.

En efecto, en la sentencia del 14 de octubre de 1997, proferida por un Juez Regional de Bogotá, se analizó detenidamente el operativo de inteligencia policial que cristalizó en la aprehensión del señor Rozo Torres, circunstancias en las que pretendió neutralizar la acción de los uniformados invocando su calidad de Mayor de Infantería de Marina.

Basta recordar que en dicho fallo se calificó como "altamente sospechosa" la actitud del procesado "quien amparado en su condición de ex-oficial de la Armada, quiso evitar la requisa, impedir la captura y la inspección del vehículo."

El Tribunal Nacional, al confirmar la decisión de primera instancia, de igual manera hizo énfasis en la utilización de la calidad de antiguo oficial de la Armada Nacional, para tratar de que no se llevara a cabo el operativo policial y de ésta manera salir avante en su intención de traficar con narcóticos. Dice así el Tribunal Nacional:

"Si quienes interceptaron a Rozo Torres eran miembros de la policía, y así se lo hicieron saber a éste, no había razón para insistir en huir. Y es que es más, la reacción por él asumida no se redujo a su intento de evasión. También trató de impedir el registro del automotor, así como su captura aduciendo tener la calidad de Mayor de las Fuerzas Militares".

Ese es precisamente el sentido de los razonamientos contenidos en el auto materia de censura, pues de no ser por la persistencia de los detectives y la fuerza de las evidencias, quizá habría podido eludir a las autoridades antepomendo, para evitar los procedimientos de requisa e inspección, su influyente condición de Mayor de Infantería de Marina, en uso de buen retiro, e igualmente su actual posición de jefe de seguridad de una conocida sociedad industrial.

No es errónea ni equivocada la visión de la Colegiatura, como abiertamente lo denuncia el defensor. Solo refleja la realidad procesal, consignada detalladamente en las sentencias de instancia, que, por demás, continúan amparadas por la doble presunción de legalidad y acierto.

Idénticos raciocinios puede elaborarse con relación a la prevalencia del cargo de Jefe de Seguridad de Ajover Limitada, pues fue en atención a la naturaleza de sus funciones que le prestaron el vehículo campero Trooper de placas BAN 346, de propiedad de la empresa, para que se desplazara en él, de día y de noche, y justamente por tener el carro a su disposición facilitó el ocultamiento de cantidad superior a siete kilos de cocaína en la tapicería, lugar en el que fue encontrada.

El último aserto también se verifica repetidas veces con la lectura de las piezas procesales. En consecuencia, no es invención de la Corte el tema de la utilización de su cargo para la preparación y desarrollo de la idea delictiva.

Ha sido criterio de la Sala, y ahora se reitera, que las funciones de la pena, especialmente en cuanto a la prevención, protección y resocialización, cuando se trata del delito de narcotráfico, como en este caso, con circunstancias de agravación por la cantidad de la sustancia ilícita incautada, pueden y deben verificarse al cumplimiento total de la misma, atendiendo a las connotaciones tan graves de aquel hecho punible, que en la mayoría de los casos se cometen a través de verdaderas organizaciones al margen de la ley, con posibilidades reales de generar alarma social y desestabilizar muchas instituciones indispensables para la vida en comunidad.

De otra parte, el recurrente persiste en descalificar los medios probatorios analizados por el Juez Regional y el Tribunal Nacional, para fundamentar la

sentencia condenatoria, con el fin de hacer entender que el señor Miguel Enrique Rozo Torres, es inocente y un hombre sin tacha, como si pretendiera que la Corte Suprema de Justicia emita juicios de valor previos sobre el contenido material de dichas providencias.

Aquella manera de argumentar no es válida como soporte al recurso de reposición en contra del auto que negó la libertad provisional, puesto que, como lo ha sostenido multiplicidad de veces la jurisprudencia de la Corporación, *estando en trámite el recurso extraordinario, con las limitaciones propias que su rigor jurídico imponen, la Sala no puede, sin faltar a la legalidad, referirse a la cuestión de fondo que ha de decidir la sentencia que lo desate, es decir, no es factible emitir conceptos definitivos acerca de la inocencia del señor Rozo Torres, o de la calificación jurídica otorgada a su proceso.*

En este orden de ideas, el auto del impugnado no se revocará, puesto que las consideraciones que lo motivan son el reflejo de la realidad procesal y no se advierte en su contenido la existencia de los errores que propone la defensa.

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

RESUELVE

NO REPONER el auto del dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999), mediante el cual le fue negada la libertad provisional al señor Miguel Enrique Rozo Torres, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.078.057 de Cartagena.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No hay firma). Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

Así presentada la censura, esto es, en el entendido de que el ataque comprende un típico error sobre los juicios de hecho del fallador, como elementos de carácter fáctico destinados a consolidar el supuesto necesario del precepto jurídico previsto por el artículo 40.1 del Código Penal como causal de inculpabilidad, ha debido centrarse la demanda en la demostración de que efectivamente el Tribunal falseó el objetivo contenido de las referidas probanzas, pues al ser la vía escogida para el ataque casacional la del error de hecho por falso juicio de identidad, como es bien sabido, ésta implica la tergiversación de los medios probatorios, sentido dentro del cual si bien la jurisprudencia también ha admitido que es viable atacar la sentencia cuando se desconocen las reglas que informan el sistema de la sana crítica, esto es, la lógica, la experiencia común o la ciencia, en ningún caso esto significa que se esté propiciando una nueva valoración circunstancial de las diversas pruebas, pues en términos generales los juicios de hecho del juzgador se solventan en un estimable margen de arbitrio judicial, por gozar de una muy amplia autonomía o facultad de análisis a la hora de establecer a través de ellas los hechos y por ende la consecuencia jurídica que es dable reconocerles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 134 Proceso No. 11078

VISTOS

El Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, Cundinamarca, mediante sentencia del 23 de febrero de 1995, condenó a Pedro Ignacio Pachón Cañón por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal a la pena principal de 25 años y 2 meses de prisión.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca al momento de desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, mediante fallo del 4 de mayo del mismo año lo modificó en el sentido de reducir la pena a 12 años y 8 meses de prisión, pero por los delitos de homicidio preterintencional y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

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

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Estos acaecieron el 26 de marzo de 1994, en la vereda "La Pantera", sector "Las Granjas" del Municipio de Ubaté, cuando pasadas las diez de la noche, al encontrarse tomando algunas cervezas y jugando "guayabita" en la tienda del señor Jaime Martínez, además de él, Vicente Pachón Cañón y Marco Antonio Gómez Neusa, entraron al mismo establecimiento Carlos Augusto Ramírez, Angel María y Pedro Ignacio Pachón Cañón, Mario Martínez, Israel y José Mauricio Chávez Martínez, quien al tropezar con una butaca y caer muy cerca al lugar donde se encontraba Gómez Neusa, motivó la reacción de éste frente a Pedro Ignacio, quien respondió rompiendo una botella contra el piso, trabándose una enfadada discusión entre los dos grupos, que fue inicialmente calmada por la intervención de Marco Antonio Ramírez, pero que no impidió que Gómez Neusa saliera hasta la calle persiguiendo a Pedro Ignacio, llegando en su ayuda Angel María y Mauricio, suscitándose un enfrentamiento a puños entre éstos dos últimos y Gómez Neusa, para finalmente, junto con el resto de sus amigos, salir corriendo del lugar ante la presencia de Carlos Eduardo Gómez Neusa.

Pasados cerca de diez minutos y cuando todo indicaba que el episodio había concluido, regresó Pedro Ignacio armado de una escopeta de perdigones, avanzando sin ser visto por detrás de la vivienda en la cual se había iniciado la disputa, para dispararle a las piernas inmediatamente observó a Marco Antonio, quien pese a ello avanzó hacia su atacante, recibiendo un nuevo impacto en el pecho que le produjo laceración cardíaca además de múltiples heridas con perdigones que determinaron su muerte inmediata.

Adelantadas las averiguaciones correspondientes en el lugar de los hechos por la investigadora de la Fiscalía, Ana María Reyes Cruz, con fundamento en cuyo informe el Fiscal 42 Seccional inició la presente investigación el 29 de marzo de 1994, escuchados los testimonios de Angel María y José Vicente Pachón Cañón, José Mauricio e Israel Chávez Martínez, Mario Fernando Martínez, Carlos Augusto Ramírez, Carlos Eduardo Gómez y Jaime Martínez, se vinculó mediante indagatoria a Pedro Ignacio Pachón Cañón, quien manifestó que cuando regresó con el arma en sus manos, escuchó a Marco Antonio decir: "ahora si voy a matar a este hijueputa", y por eso: "yo hice un disparo a los pies de él y se me vinieron juntos, o sea Carlos y Marco Antonio, nos agarramos en la escopeta (sic), estando forcejeando se disparó el otro tiro y los señores me mandaron al piso", de donde se paró huyendo del lugar.

Allegada al expediente el acta de necropsia, en la cual se determina como causa de la muerte laceración cardíaca debida a heridas por proyectil de arma de fuego de carga múltiple y la presencia de tatuaje en la región anterior izquierda de hemitórax izquierdo, señalándose como trayectoria del disparo, la "Anteroposterior: de izquierda a derecha; inferosuperior", el 15 de abril se resolvió la situación jurídica al procesado, imponiéndosele medida de

aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, descrito y punido por el artículo 323 del Código Penal, modificado por la Ley 40 de 1993.

Recepcionada la declaración del menor Marco Antonio Gómez Ruiz y practicada diligencia de inspección judicial en el lugar de los hechos, se calificó el mérito de las pruebas del sumario, previo el cierre investigativo producido el 3 de agosto de 1994, mediante resolución acusatoria en contra de Pedro Ignacio Pachón Cañón por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, siendo esta decisión confirmada en su integridad por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca el 12 de septiembre del mismo año, al resolver la apelación interpuesta por el defensor del acusado.

Adelantada la etapa del juicio, en desarrollo de la audiencia pública se oyó el testimonio de la investigadora Ana María Reyes Cruz y en ampliación al señor Jaime Martínez, como también nuevamente la versión sobre los hechos del procesado, dictándose las sentencias de primera y segunda instancias en los términos consignados en precedencia.

DEMANDA

Con amparo en la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, tres cargos propone el defensor del procesado Pachón Cañón contra la sentencia impugnada, por estimarla violatoria por vía indirecta de la ley sustancial.

Sostiene en el primero, que se equivocó "el análisis y alcance probatorio dado por el Tribunal a la indagatoria del procesado" al otorgarle un sentido "diferente al que se desprende de su contenido fáctico y equiparación con otros elementos de juicio", como sucede con el informe de la investigadora Reyes Cruz, de acuerdo con el cual el segundo disparo se originó en un forcejeo entre Carlos Eduardo, Marco Antonio y Pedro Ignacio, conforme se lo habría manifestado enseguida de los hechos el menor Marco Antonio Gómez Ruiz y se desprende de la trayectoria del disparo, esto es, de "izquierda a derecha e 'inferosuperior'" descrita en el anexo de la necropsia, de donde fácilmente se colige que el hecho habría sido fortuito, procediendo así la causal de inculpabilidad prevista en el artículo 40,1 del Código Penal.

Pone de presente cómo la primera versión del joven Marco Antonio, recogida en el informe de la investigadora que luego fue ratificado por ésta bajo juramento, da cuenta del forcejo existente para obtener el arma, sin embargo, en la postrer declaración del menor el recuento de los hechos es ajustado a lo que expresara su tío Carlos Eduardo Gómez, esto es, que después del primer disparo "su papá se fue a quitarle la escopeta y Pedro no lo dejó llegar y como a un metro fue cuando le pegó el otro tiro".

Colige, así el censor, que el prinigenio relato es el que se ajusta a la verdad, no solamente por haber sido el más cercano al momento de los hechos, sino por cuanto compagina con las exculpaciones del procesado y con el dic-

tamen de Medicina Legal, de conformidad con el cual la trayectoria del disparo habría sido "Anteroposterior; de izquierda a derecha, inferosuperior", esto es, infiere, que el mismo se produjo durante el forcejeo, sin que puedan ser atendibles los argumentos del Tribunal relacionados con la ubicación del arma o un posible desvío del cañón al momento del disparo, pues se trata de simples hipótesis, mientras que la tesis del forcejeo tampoco puede descartarse por el hecho de haber presentado tatuaje el orificio de entrada.

Concluye, por tanto, que una acertada apreciación de la injurada, de la primera versión del menor y del dictamen del perito médico sobre el recorrido del disparo, necesariamente conduce a reconocer a favor de su defendido, la causal de inculpabilidad por caso fortuito.

Como segundo reproche sostiene la "apreciación equivocada" del informe presentado por la investigadora Reyes Cruz fechado el 29 de marzo de 1994 y ratificado en audiencia pública, como quiera que no se le habría dado "el justo y verdadero alcance probatorio" que merece, ya que se elaboró con base en lo expuesto por el menor Marco Antonio Gómez Ruiz inmediatamente después de ocurridos los hechos que, como ya lo expusiera frente a la primera censura, concuerda con lo sostenido por el procesado en su indagatoria y con el dictamen sobre la trayectoria del disparo, cuyos aspectos pertinentes cita.

Reproduce a continuación el aparte en el cual el Tribunal rechaza que a través del informe de la investigadora y lo expuesto a ésta por el menor Gómez Ruiz, se pueda demostrar la existencia de un caso fortuito, pues de esta manera, sostiene, habría incurrido el sentenciador en "un error de hecho al apreciar la versión que el menor Marco Antonio Gómez Ruiz consignó a la investigadora Judicial y el informe de ésta", presentándose un claro nexo entre el yerro judicial y la condena, con evidente perjuicio para el procesado "porque si se le hubiera dado al informe de la investigadora el valor probatorio que en realidad tiene", procedía la absolución del procesado.

Como tercera censura postula el demandante la apreciación errónea del anexo 1-4, de la necropsia en el cual se fija la "trayectoria" que habría tenido el segundo disparo que produjo la muerte del señor Marco Antonio Gómez, en razón de habérsele dado "un alcance y valor probatorio diferente al que merece teniendo en cuenta su contenido fáctico" y las propias circunstancias en que el procesado refirió se produjeron los hechos, esto es, la existencia de un forcejeo por el arma, todo lo cual le llevó a desconocer la existencia de la causal de inculpabilidad prevista en el numeral primero del artículo 40 del Estatuto Penal.

Cita nuevamente los extractos del dictamen ya referido, de las afirmaciones que en su primera injurada hiciera el procesado y del contenido del informe rendido por la mencionada investigadora de la Fiscalía, conforme lo hace en desarrollo de las dos precedentes censuras, para significar cómo a través de "su mancomunado análisis", se llega a la conclusión de que el disparo letal se produjo al mediar un forcejeo por la escopeta, descartando así los "argumentos del Tribunal" de conformidad con los cuales tendría explicación la

trayectoria del disparo, pues, se trata de "simples hipótesis carentes en absoluto de respaldo probatorio", desconocedoras de la propia versión del procesado y del informe de la investigadora, ya que precisamente estas pruebas son las que demuestran que la dirección del proyectil "se produjo como consecuencia del forcejeo por la posesión del arma".

Por último, acusa como normas de derecho sustancial vulneradas, los artículos 323 (modificado por el art. 29 de la Ley 40 de 1993) y 325 del Código Penal y los artículos 26, 42, 52 y 103 del mismo Estatuto.

Solicita a la Corte, en consecuencia, casar la sentencia impugnada, para que en su lugar se absuelva al procesado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL:

En el entendido de que para sustentar cada uno de los tres cargos formulados contra la sentencia, el actor se vale sustancialmente de idénticos argumentos, esto es, la pretendida apreciación errónea de la indagatoria del acusado, el informe de la Investigadora Judicial Ana María Reyes Cruz y el anexo de la necropsia en donde se describe la trayectoria el disparo que ocasionó la muerte de Marco Antonio Gómez Neusa, para el Procurador Delegado, su respuesta debe hacerse en forma conjunta.

Sobre esta base, advierte como en principio si bien el actor no señala la clase de error, puede colegirse de la afirmación según la cual habría incurrido en "indebida apreciación de las pruebas", que lo acusado es un falso juicio de identidad, no obstante lo cual, en desarrollo del mismo es evidente que termina por imponerse una crítica a la valoración probatoria, desconociéndose, de paso, que el Tribunal con miras a dilucidar la afirmada existencia del caso fortuito analizó pormenorizadamente en todo su conjunto las pruebas, "para descartar argumentativa y razonablemente su existencia".

Mostrando perfecta unidad de criterio con el fallo del *ad quem*, reproduce el Delegado algunas de las razones que llevaron al sentenciador a rechazar el aludido caso fortuito, como se desprende de la distinta prueba aportada al proceso, en relación con la cual no encuentra de superior mérito las exculpaciones de Pachón Cañon, como tampoco el anexo a la necropsia sobre la trayectoria del disparo, pues, por las características del arma (escopeta), que era de dos cañones y carga múltiple, no se puede con precisión establecer dicha trayectoria.

Comparte también el análisis del Tribunal, respecto al hecho de que si la posesión de la escopeta se la disputaban los hermanos Gómez Neusa al procesado, desde luego que el cañón del arma se habría podido dirigir a un lugar distinto que hacia la víctima, máxime cuando en el proceso se da cuenta de la fortaleza física de Marco Antonio, pero además, es claro que la trayectoria "inferosuperior", no necesaria ni indefectiblemente significa que el disparo se produjo en forcejeo, pues pudo haberse tenido el arma a la altura de la cintura cuando se accionó.

Ahora, respecto del informe de la investigadora, nuevamente reproduce las consideraciones del Tribunal, para evidenciar cómo de las versiones del menor Marco Antonio Gómez Ruiz logra saberse que si bien pudo haber existido un forcejeo, el atacante "le ganó" al agredido, lo que resulta compatible con la manera como se ha reconocido sucedieron los hechos y con el hallazgo de tatuaje en su cuerpo.

Por consiguiente, la propuesta del demandante a la manera de una valoración distinta de las pruebas resulta improcedente, ante la libertad de los juzgadores para adelantar dicho análisis, máxime cuando la casación no puede tomarse como una instancia más para plantear un nuevo debate sobre la tasación probatoria, pues como sucede en este caso, mientras se respeten las reglas de la sana crítica, alegatos de esta naturaleza no son admisibles en esta sede.

Por tanto, se sugiere a la Corte, no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES

1. Si bien el actor ha dividido el ataque casacional en tres cargos aparentemente independientes, de acuerdo con el contenido y alcance que les ha dado y por corresponder todos ellos a supuestos errores de hecho basados en falencias de apreciación probatoria que recaen sobre tres diversas pruebas, pero en el entendido de que para sustentar cada uno se funda en la fuerza suasoria que tendrían de no mediar el yerro y del análisis conjunto que realiza de ellos con los otros dos elementos de convicción respecto de los cuales también sostiene que adolecerían de una correcta estimación por parte del juez, es indudable que se trata de un solo cargo, más aún si se tiene en cuenta que están mancomunadamente orientados por un mismo objeto en su pretensión , como lo sería el reconocimiento de la causal de inculpabilidad prevista en el numeral primero del artículo 40 del Código Penal, técnica y metodológicamente, como procediera el Ministerio Público al conceptuar sobre la demanda, encuentra la Sala pertinente abordar su estudio en forma simultánea.

2. Precisado lo anterior, se tiene que los reparos formulados por el casacionista, han sido propuestos con fundamento en el cuerpo segundo de la primera causal del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusando la presencia de errores de hecho por indebida apreciación probatoria, esto es, por haberle otorgado el fallador al informe de la investigadora judicial de la Fiscalía (fls. 19 y ss.), a la indagatoria del procesado (fls. 60 y ss.) y al anexo del protocolo de necropsia sobre la trayectoria del disparo (fls. 69 y ss.), un sentido distinto al que se deriva de su "contenido fáctico y equiparación con otros elementos de juicio", que de no haber mediado, según el actor, le imponían reconocer que la descarga causante de la muerte de Marco Antonio Gómez Neusa se produjo fortuitamente, en el justo momento en que se desencadenó la disputa por la posesión del arma entre Pachón Cañon y el hoy occiso y su hermano Carlos Eduardo y, por ende, declararlo inculpable del

delito que se le imputa, pues le era aplicable la causal primera del artículo 40 del Código Penal.

3. *Así presentada la censura, esto es, en el entendido de que el ataque comprende un típico error sobre los juicios de hecho del fallador, como elementos de carácter fáctico destinados a consolidar el supuesto necesario del precepto jurídico previsto por el artículo 40.1 del Código Penal como causal de inculpabilidad, ha debido centrarse la demanda en la demostración de que efectivamente el Tribunal falseó el objetivo contenido de las referidas probanzas, pues al ser la vía escogida para el ataque casacional la del error de hecho por falso juicio de identidad, como es bien sabido, ésta implica la tergiversación de los medios probatorios, sentido dentro del cual si bien la jurisprudencia también ha admitido que es viable atacar la sentencia cuando se desconocen las reglas que informan el sistema de la sana crítica, esto es, la lógica, la experiencia común o la ciencia, en ningún caso esto significa que se esté propiciando una nueva valoración circunstancial de las diversas pruebas, pues en términos generales los juicios de hecho del juzgador se solventan en un estimable margen de arbitrio judicial, por gozar de una muy amplia autonomía o facultad de análisis a la hora de establecer a través de ellas los hechos y por ende la consecuencia jurídica que es dable reconocerles.*

Es que, tal y como lo pone de presente el Delegado, solamente en principio el actor formuló los reparos al fallo con atinencia a las premisas jurisprudenciales sobre el error de hecho en el denominado falso juicio de identidad, pues en el fondo se hace evidente que de lo que trata el demandante es de contraponer su personal criterio valorativo de las pruebas que censura con el expuesto por el Tribunal.

4. En efecto, Pachón Cañon expresó en su inicial versión indagatoria, en términos sustancialmente idénticos a como lo hiciera en la ampliación de esta diligencia en desarrollo de la inspección judicial cumplida el 30 de mayo de 1994 y en su intervención en la audiencia pública de juzgamiento, que después de regresar de la vivienda provisto de una escopeta con el propósito de defender a su hermano, observó a Marco Antonio y escuchó cuando éste le advirtió que lo iba a matar, razón por la cual le hizo un primer disparo a los pies, sin que se detuviera sino por el contrario, en compañía de su hermano Carlos Eduardo llegó hasta donde se encontraba parado para disputar la posesión del artefacto bélico, momento en el cual se produjo el segundo disparo que le ocasionó la muerte.

De otra parte, previamente resumir apoyada en las versiones reunidas en el lugar de los hechos, el momento culminante de ellos, la investigadora judicial Ana María Reyes Cruz sintetiza que al ser visto el procesado por Marco Antonio se le acercó, haciéndole "un primer disparo el cual sólo le alcanzó a dar en la pierna derecha", ante lo cual Marco Antonio se le fue encima "y le alcanzó a coger la escopeta, pero Pedro Ignacio le ganó en esa disputa fue cuando ya teniéndolo más cerca le disparó nuevamente". Ahora, respecto del

recuento que sobre este aparte de los sucesos hiciera el menor hijo de la víctima Marco Antonio Gómez Ruiz, consignó el siguiente resumen:

"Entrevistado el menor Marco Antonio Gómez Ruiz de 11 años de edad, hijo de Marco Antonio (fallecido), manifestó...que luego vieron cuando Pedro Pachón Cañon se acercaba a la tienda por entre un potrero y al ver a su padre le disparó, este siguió hacia adelante caminando hacia donde estaba Pedro Pachón y le cogió la escopeta y fue cuando Pedro Pachón le dio el otro tiro ahí cerquita, que en ese momento llegó su tío Eduardo Gómez Neusa y le quitó la escopeta a Pedro Pachón".

A su turno, en el numeral 1.4 del anexo al protocolo de necropsia, se define la trayectoria del disparo mortal así: "Anteroposterior; de izquierda a derecho; inferosuperior".

5. Atendiendo escrupulosamente al contenido de las anteriores pruebas y con miras a dar respuesta al planteamiento defensivo de conformidad con el cual de ellas surge el caso fortuito, el juez de primera instancia, en parecer unívoco con la decisión que en esta materia como se verá adelante adoptó el Tribunal y que por ende guarda entera correspondencia con ella por constituir un cuerpo inescindible, manifestó:

"Ahora, sólo nos resta analizar la versión del procesado cuando afirma que luego del primer disparo que le hizo a los pies a Marco Antonio, éste y su hermano Carlos se le abalanzaron sobre él, con el fin de desarmarlo, que Marco Antonio se agarró del cañón de la escopeta y que él la tenía de la culata, pero si tenemos en cuenta que él acababa de disparar o hacer el primer tiro a los pies de su adversario, no podía tenerla de la culata o parte posterior de la escopeta porque esta escopeta es de dos cañones y de dos tiros que se disparan independientemente y como lo pudo establecer este Despacho, la escopeta tiene dos gatillos entonces lógicamente, como estos gatillos se encuentran uno seguido del otro y resguardados por un aro o semicírculo de metal, para dispararlo tiene que introducir los dedos (sic) por dentro de este arco protector...

"Entonces, forzoso es concluir que como sólo el procesado conocía, cuál gatillo había accionado y cuál quedaba pendiente por accionar y como acababa de dispararle a los pies a Marco Antonio quedó prevenido con el dedo en el otro gatillo, para hacer el otro disparo, y lo hizo, causándole la muerte a Marco Antonio, lo cual concuerda con los dichos de Carlos Gómez, Israel y Marco (hijo), en el sentido de que el procesado disparó por segunda vez como a una distancia de un metro...".

Es decir, que no obstante recoger la afirmación exculpante de Pachón Cañon e implícitamente la sinopsis que de lo narrado por Marco Antonio Gómez Ruiz hiciera en su informe la investigadora, que dicho sea de paso no son coincidentes, pues el menor en ningún momento da cuenta de una disputa o forcejeo por el arma y menos entre tres personas, desecha el *a quo* el caso fortuito valorando estas objetivas circunstancias reveladas a través de dicha

prueba, pero además los diversos testimonios del propio Marco Antonio y Carlos Eduardo Gómez, en que ninguna referencia se hace sobre la supuesta contienda por la posesión de la escopeta.

Pero además, el juez de primera instancia también dedica espacio a la valoración de la trayectoria del disparo, respetando estrictamente la descripción que se hiciera en el anexo del protocolo de necropsia al que alude el demandante. En efecto, la referencia sobre esta prueba que efectúa la sentencia *a quo*, es del tenor siguiente:

> *"En cuanto a la trayectoria del disparo que causó la muerte de Marco Antonio, y que es antero posterior de izquierda a derecha, inferosuperior, tiene que decir este Despacho que nada desvirtúa la responsabilidad deducida al procesado si tenemos en cuenta que todas las pruebas dicen que Marco Antonio se le fue de frente a Pedro Ignacio, por eso es antero posterior; en cuanto a que de izquierda a derecha hay que tener en cuenta que Marco Antonio acababa de recibir un disparo en los pies; en la pierna derecha, lo que lógicamente es de suponer que este impacto le causaba algún dolor y podría decirse que hasta cojear, nótese que además él le dice a su hermano: Carlos me dieron, lo que hace suponer que éste se encontraba cerca y al hacer tal afirmación debía tratar de rotar el cuerpo para dirigírsele a ésta persona cuando recibía el segundo disparo; ahora, fuera de lo anterior, la escopeta de perdigones al ser disparada abre si se trata de una sola munición, vaya y venga, pero estas escopetas de cápsula disparan múltiples perdigones, y en cuanto a que el disparo es inferior superior, encontramos que nadie afirma que el primer o segundo disparo Pedro Ignacio haya apoyado la escopeta sobre el hombro como es lo usual, sino que todo hace pensar que la portaba en las manos, lógicamente a nivel de la cintura o mitad del cuerpo".*

6. Compartiendo en lo básico y en lo fundamental la anterior apreciación analítica de las pruebas, el Tribunal dedica igualmente un capítulo especial al estudio de la alegada exculpante, desechando de entrada su eventual concurrencia, atendiendo al hecho de que tratándose el caso fortuito de un fenómeno imprevisto, la aceptación de que alguien tuvo que accionar el gatillo de la escopeta por sí misma desvirtúa un planteamiento semejante.

Sin embargo, no detiene en esta sola consideración el *ad quem* la respuesta al postulado defensivo, sino que valorando los diversos medios probatorios existentes en su exacto y material compendio, arriba a la conclusión de que la versión del procesado no es, sencillamente "creíble".

Así, concretamente respecto del varias veces aludido informe de la investigadora, evidencia cómo "no se extrae que persona alguna haya admitido la existencia del 'forcejeo'", pues tal no resulta lo expresado por Marco Antonio -hijo-, es decir que del "referido informe y la versión del menor (sintetizada en el mismo documento), no es posible extraer la demostración de la existencia de un caso fortuito, como lo pretende el impugnante, toda vez que, por parte alguna, allí se hace alusión al mentado forcejeo, ni se extrae tal cosa de su

contenido, puesto que nadie puede predicar válidamente que las expresiones 'se le fue encima y le alcanzó a coger la escopeta' o 'le cogió la escopeta y fue cuando Pedro Pachón le dio el otro tiro ahí cerquita' (fol. 20), equivalen a la descripción de tal situación, que significa luchar, hacer fuerza por el dominio de una cosa. Tal forcejeo tuvo lugar pero después del disparo letal y se desarrolló entre el procesado y Carlos Neusa, por la posesión final de la escopeta, logrando éste arrebatársela a aquél".

Pero el fallador dedica también considerable espacio y atención, para dar respuesta al argumento propuesto como principal por la defensa, esto es, el relacionado con la trayectoria del disparo, cuyo enunciado textual es reproducido de la necropsia e igualmente tomado en su exacta dimensión para someterlo a la respectiva valoración. Así discurre el sentenciador:

"La primera observación que se le formula a este dictamen es la ausencia total de fundamentación, exigencia legal absolutamente indispensable, en todos los experticios técnicos (artículo 267, inciso primero C. de P.P.). En el concreto caso de autos, dicha sustentación se imponía con mayor rigor por tratarse de una escopeta, de carga múltiple, el arma utilizada y los perdigones ocasionaron graves destrozos en su recorrido, muchos de los cuales fueron hallados en la cavidad pericárdica, así como material plástico (pistón de potencia), lo cual como es natural, torna difícil establecer, con absoluta precisión dicha trayectoria.

Además, las mencionadas características de la dirección del disparo, en sentir de la Sala, no permiten arribar, inequívocamente, a la conclusión alegada por el apelante, pues el que sea 'antero posterior' se explica por la posición que tenían los dos contrincantes en el momento del mismo, toda vez que el hoy occiso avanzaba hacia quien le apuntaba con la escopeta. El que sea de 'izquierda a derecha', también es fácil de explicar, pues es apenas natural que quien avanza en dirección de quien le acaba de disparar y aún sigue apuntándole con el arma, no lo hace completamente de frente, sino que el buen sentido le indica que debe hacerlo de medio lado, en previsión de recibir un segundo disparo, frente al cual esa posición lo puede salvar de morir.

Tampoco, la trayectoria 'infero superior', permite arribar inequívocamente a la existencia de un caso fortuito, pues la misma puede obedecer a varios factores como los siguientes: la estatura de los contrincantes..., la diferencia del nivel en que los mismos se encontraban.... la ubicación exacta del arma en el momento preciso del disparo..., el desvío del nivel del cañón en el momento del disparo originado en la presión ejercida sobre el gatillo, etc.".

7. Dirigida, por tanto, la demanda presentada por el defensor del procesado Pachón Cañón a cuestionar la legalidad probatoria del fallo, por tergiversación del contenido de los hechos revelados a través de distintas pruebas, incontrastables resultan la citas que de las sentencias de primera y segunda instancia en precedencia ha hecho la Corte, pues a través de ellas

quedan plenamente desvirtuados los presuntos yerros fácticos por falso juicio de identidad aducidos, haciéndose al propio tiempo evidente que lo que se ha perseguido es reabrir un debate sobre los hechos juzgados, pero desde una perspectiva instancial que no corresponde a la naturaleza del recurso extraordinario interpuesto y que por ende escapa al juicio de la casación.

El cargo, por tanto, no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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.

NOTIFICACION POR COMISIONADO

La notificación por comisionado se presenta cuando el enteramiento deba hacerse en forma personal a quien se halle privado de la libertad, en lugar diferente de aquel en que se adelante la instrucción o el juzgamiento, según el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 134 Proceso No. 13377

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en defensa de los procesados Humberto Cruz, Orlando Ordóñez Vidal y Julián Fernando Gómez Arizala, contra la sentencia del Tribunal Nacional que revocó la absolución dispuesta por un Juzgado Regional de Cali de los cargos de concierto para delinquir, infracción a la Ley 30 de 1986 y falsedad.

HECHOS

Entre el 30 de octubre de 1992 y el 16 de abril de 1993 fue interceptada un línea telefónica de Cali, debido a múltiples llamadas a Estados Unidos de América. Se obtuvo información que llevó a allanar y registrar, el 1° de abril de 1993, varios inmuebles en dicha ciudad. En la diagonal 31 N° 34-31, donde residía y fue capturada Gloria María Urquijo Lozano, fueron incautados 1.398,7 gramos de heroína y un kilo de cocaína, al igual que pasaportes y cédulas de ciudadanía falsos, correspondientes a Consuelo Ortíz Urquijo.

En la calle 13B N° 75-69, casa Z-12, en donde residían los aprehendidos Armando Excelino Marmol Morales y Consuelo Ortiz Urquijo, fueron hallados 44.260 dólares y capturado Orlando Ordóñez Vidal. En la calle 32 N° 1-22, donde funcionaba Producol Ltda., fueron retenidos su socio y gerente Julián Fernando Gómez Arizala y Humberto Cruz.

Seis días después fueron incautadas tres encomiendas, dos dirigidas a Carlina Benítez, nombre utilizado por Consuelo Ortiz Urquijo y una destinada a Gloria María Urquijo Lozano, las cuales contenían 34.990, 23.730 y 9.900 dólares, respectivamente, camuflados en tarros de vitaminas.

ANTECEDENTES PROCESALES

Una Fiscalía Regional de Cali abrió investigación, oyó en indagatoria y el 26 de abril de 1993 impuso detención preventiva a Armando Excelino Mármol Morales , Orlando Ordóñez Vidal, Julián Fernando Gómez Arizala, Consuelo Ortiz Urquijo, Humberto Cruz, Gloria María Urquijo Lozano, Eduardo Carvajal Molina y Naydut Viviana Flórez Urquijo y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento a María Cortés Cortés y Gloria Inés Duque Cruz (fs. 339 y Ss. cd. 1).

Cerrada la investigación, el 30 de mayo de 1994 fue precluida a favor de María Cortés Cortés, Gloria Inés Duque Cruz y Eduardo Carvajal Molina y proferida resolución de acusación a los restantes por enriquecimiento ilícito; a Humberto Cruz, Orlando Ordóñez Vidal, Julián Fernando Gómez Arizala, Gloria María Urquijo Lozano, Armando Excelino Mármol Morales y Consuelo Ortiz Urquijo también por infracción a los artículo 33 y 44 de la Ley 30 de 1986; a Mármol Morales, Ortiz Urquijo y Urquijo Lozano además por falsedad, y a la última le agregó testaferrato (fs. 551 y Ss. cd. 7 A). Apelada esta providencia, el 9 de septiembre de 1994 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional admitió el desistimiento presentado por los recurrentes (fs. 826 y Ss. cd. 7 B).

Un Juzgado Regional de Cali adelantó el juicio y el 28 de septiembre de 1995 absolvió a Gloria María Urquijo Lozano, Naydut Viviana Flórez Urquijo, Orlando Ordoñez Vidal, Julián Fernando Gómez Arizala y Humberto Cruz y condenó a Armando Excelino Mármol Morales a 4 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de 10 salarios mínimos legales mensuales, por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y uso de documento público falso, y a Consuelo Ortiz Urquijo a 30 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, por uso de documento público falso (fs. 325 y Ss. cd. 8).

Apelada la sentencia por el Ministerio Público y la Fiscalía, el 23 de agosto de 1996 el Tribunal Nacional declaró la nulidad a partir de la resolución de acusación en lo que respecta a la falsedad documental; invalidó parcialmente la sentencia en cuanto al enriquecimiento ilícito; ordenó al *a quo* pronunciarse sobre el testaferrato; y revocó la mayoría de las absoluciones, imponiendo, para mencionar sólo las penas principales, a Armando Excelino Mármol Morales y Consuelo Ortiz Urquijo 10 años y 6 meses de prisión y multa de 30 salarios mínimos legales mensuales, por infracción a los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986; a Gloria María Urquijo Lozano, 7 años de prisión y multa de 20 salarios mínimos legales mensuales, por dichos comportamientos pero como cómplice en cuanto al segundo delito; a Humberto

Cruz, Orlando Ordóñez Vidal y Julián Fernando Gómez Arizala 9 años y 6 meses de prisión y multa de 28 salarios mínimos legales mensuales, por los punibles citados. Esta providencia es objeto del recurso extraordinario de casación.

LAS DEMANDAS

1° La identidad de los censuras presentadas en defensa de Humberto Cruz y Orlando Ordóñez Vidal permiten su resumen simultáneo. Al amparo de la causal tercera de casación es formulada la censura al fallo impugnado, por haber sido dictado en un juicio viciado de nulidad.

Señala uno de los recurrentes que se incurrió en irregularidad sustancial al haberse capturado a su asistido Humberto Cruz cuando acudió a la empresa PRODUCOL Ltda., situada en la calle 32 N° 1-22 de Cali, a proveerse de útiles de aseo, sin que mediara orden de captura ni estuviera en flagrancia. Lo mismo aconteció, según el otro impugnante, con la aprehensión de Orlando Ordóñez cuando ingresó a la casa de Excelino Mármol a realizar un negocio de un inmueble.

Fue así como se violaron los artículos 28 de la Carta y 4° del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con lo anotado por los dos libelistas.

Agregan que el Tribunal Nacional declaró la nulidad parcial de lo actuado a partir de la resolución de acusación, por errónea calificación, no obstante lo cual condenó a sus representados, con lesión de sus derechos fundamentales.

Por lo anterior, solicitan casar la sentencia impugnada, invalidándola y declarando el estado en que queda el proceso de conformidad con uno de los defensores, mientras el otro pide la nulidad de todo lo actuado.

2° Demanda en defensa de Julián Fernando Gómez Arizala. Al amparo de las causales tercera y primera de casación son formulados los cargos a la sentencia recurrida, así:

CARGO PRIMERO: Nulidad por violación del debido proceso, al no efectuarse un investigación integral.

El recurrente expresa que el Tribunal condenó a Julián Fernando Gómez Arizala, por concierto para delinquir y narcotráfico, con base en las constantes comunicaciones entre el teléfono 482981 de Producol Ltda. y 302511, además de poseer un gramo al parecer de alucinógeno.

Dice que a pesar de que Gómez Arizala y el empleado Vicente Barona Aguirre indicaron los nombres de los proveedores de Producol Ltda., la Fiscalía no averiguó la existencia de ellos ni sus vínculos con tal compañía; de establecerlo, se habría absuelto al procesado.

Señala que no se realizó dictamen sobre las sustancias encontradas en la sede de Producol Ltda., ni a la hallada en el maletín del capturado. Con tal

prueba se habría establecido que aquéllo no era ácido sulfúrico, ni lo segundo "al parecer cocaína".

A lo anterior se une, en concepto del censor, que la voz de Julián Fernando Gómez Arizala no aparece en los registros magnetofónicos de la interceptación de las líneas telefónicas.

Así, solicita casar el fallo atacado y decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación.

CARGO SEGUNDO: Manifiesta el impugnante que el procesado expresó creer que en el maletín tenía carbocimetil celulosa y carbonato de sodio, más no estupefacientes. Además, con la indagatoria y la inspección judicial a Producol Ltda. se demostró que la elaboración de productos de aseo requiere bicarbonato de sodio.

Dice que la Fiscalía no ordenó prueba pericial para determinar la naturaleza de dichas sustancias, dictamen que le hubiera evitado afirmar que "al parecer" son alucinógenas y era obligatoria su realización ante la incapacidad del Fiscal de establecer las características de tales materias. En consecuencia, se violaron los principios de investigación integral, necesidad de la prueba y debido proceso.

Con dicha peritación, los expertos habrían podido indicar si en la producción de alucinógenos se emplean las sustancias incautadas al sindicado, pero como no se practicó, no es posible que el sentenciador lo afirme.

Esa prueba permitiría concluir que lo retenido no eran estupefacientes y se habría absuelto a su representado.

Por lo anterior, solicita que se case la sentencia y se decrete la nulidad de lo actuado desde el cierre de la investigación.

CARGO TERCERO: Dice el censor que el fallo señala que de la lista de precursores referidos en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986, el acusado adquiría ácido sulfúrico y carbonato de sodio. Ante el hallazgo de un ácido en Producol Ltda. ha debido ordenarse una peritación para establecer su naturaleza, calidad, cantidad y uso: sin embargo, el *ad quem* afirmó que lo encontrado en el maletín del sindicado es ácido sulfúrico.

Indica que su representado sostuvo que en la elaboración de elementos de aseo, utilizaba ácido sulfónico, lo cual se demostró con la mencionada inspección judicial. También se ha debido allegar un dictamen para establecer su naturaleza, cantidad y uso.

Sostiene que el Tribunal, a pesar de no contar con esa prueba, afirmó que las autoridades de policía hallaron ácido sulfúrico, con lo cual sorprendieron al procesado y a su defensor. Pero, es evidente que se trata de ácido sulfónico, que no fue incautado.

Como se violó el principio de investigación integral, solicita casar y que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación.

CARGO CUARTO: Señala el recurrente que no se precisó el grado de participación de su poderdante y únicamente en la medida de aseguramiento, sin explicación, se consignó que era "presunto autor responsable".

Añade que del texto de la resolución de acusación no se observa el fundamento probatorio, con base en el cual la Fiscalía sostuvo que Producol Ltda. tenía por finalidad comerciar estupefacientes.

Las actividades de inteligencia no son prueba de autoría, por limitarse a interceptar teléfonos y el teniente Rubén Darío Junco Espinosa precisó que la captura de Julián Fernando Gómez Arizala se efectuó para que fuera investigado y no por existir probanzas en su contra.

Anota que la resolución de acusación hace referencia a la comunicabilidad de circunstancias, como sustento de la coautoría del procesado, sin aclarar la forma en que afectaba su situación jurídica. En la parte resolutiva se le acusa de coautor, sin argumentos probatorios, mientras que en la sentencia se hacen consideraciones genéricas de responsabilidad del grupo y luego habla de Julián Gómez, y lo condena, sin explicar su grado de participación.

Así, la defensa aduce no conocer las bases de la imputación a título de coautoría. Al no habérsele encontrado estupefacientes a este acusado, podría pensarse que es autor intelectual, pero su defensor dice no saber con qué fundamentos probatorios se le consideró determinador y si lo fue por orden o consejo, o de qué otra forma influyó en los demás. Tampoco encuentra elementos de juicio para establecer si se le acusó de coautoría propia o impropia, o cómplice primario o secundario.

Estima que la imprecisión es causante de nulidad por violación del derecho de defensa, que afecta la calificación del mérito del sumario, y señala como violados los artículo 29 de la Carta, 1° y 334 del Código de Procedimiento Penal y 23 y 24 del Código Penal.

CARGO QUINTO: Manifiesta el impugnante que no se precisó el grado de culpabilidad de su representado, se le juzgó sobre la base de una responsabilidad objetiva y, al no demostrarse tal elemento, no es posible hablar de hecho punible. El Tribunal se dedicó a la responsabilidad del grupo, pero no al grado de culpabilidad individual, lo cual genera una causal de nulidad que afecta la actuación desde la resolución de acusación. Dice que fueron vulnerados los artículos 180 y 442 del Código de Procedimiento Penal y 2° del Código Penal.

CARGO SEXTO: El demandante sostiene que el sindicado fue aprehendido en posesión de materia prima para la fabricación de jabones y sin peritación que determinara el contenido de las dos bolsitas que le hallaron en el maletín, el Tribunal afirmó que era alucinógeno, con lo cual supuso una prueba: El dictamen era indispensable para establecer su naturaleza, propiedades y cantidad, ya que se requieren conocimientos especiales, de los cuales carecen los juzgadores. Agrega que el funcionario judicial no puede ampararse en el principio de libertad probatoria, porque el artículo 253 del Código de Proce-

dimiento Penal no se lo permite, al disponer que existe dicha libertad, a menos que la ley exija prueba especial.

Por lo anterior, solicita casar el fallo impugnado y absolver a su poderdante.

CARGO SEPTIMO: El impugnante señala que el Tribunal incurrió en un falso juicio de existencia al argumentar que el procesado compraba ácido sulfúrico y carbonato de sodio, precursores indicados en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986.

Expresa que los principios de libertad y necesidad de la prueba imponían al juzgador la obligación de determinar pericialmente la composición y características del ácido sulfónico y, ante su ausencia, el *ad quem* erró al confundirlo con ácido sulfúrico. Se trata de una violación de las reglas que rigen la apreciación probatoria y el yerro llevó a la condena del procesado.

Sostiene que con la injurada, la inspección judicial a Producol Ltda. y las declaraciones de Migdonia Cuchumbe Holguín y Vicente Barona Aguirre se demostró que el acusado fabricaba y vendía productos de aseo. Para su elaboración empleaba el ácido sulfónico, que fué hallado en la fábrica, sin que fuera incautado.

Por lo anterior solicita que se case el fallo atacado y se dicte el que en derecho corresponda.

CARGO OCTAVO: Dice el censor que la DIJIN no pudo realizar el estudio fonoespectrográfico, debido a que el Fiscal no envió las muestras de las voces del acusado; no obstante, el fallador señaló que la prueba no se realizó por limitantes de orden técnico. Después el DAS efectuó la peritación, sin encontrar similitudes entre la voz del procesado y las muestras dubitadas, por lo cual existe seguridad de que no intervino en los diálogos telefónicos. Posteriormente, el Juez Regional ordenó otro dictamen y la DIJIN señaló que las grabaciones no fueron alteradas y Gómez Arizala no fue emisor de ninguna de las voces dubitadas. Pero el *ad quem* distorsionó esta prueba.

Expresa cómo debió haber sido valorado el peritaje, según las reglas de la sana crítica, pues el Tribunal en un renglón lo descalificó, sin apreciarlo en conjunto y no hizo referencia a la última peritación, que ha debido integrarse a la inicial.

Afirma que el juzgador, al desestimar el segundo dictamen, supuso que Gómez Arizala se comunicó, por teléfono, con los sindicados Mármol y Ortiz o que éstos llamaron a Producol Ltda., finalizando la apreciación probatoria judicial con una conclusión ilógica: hubo allanamientos, porque existieron conversaciones telefónicas y como hubo conversaciones telefónicas, intervino Julián Gómez Arizala, olvidando que el teniente Junco Espinosa lo dejó a disposición de la Fiscalía para que fuera investigado, mas no porque hubiera pruebas en su contra. Así se distorsionó el contenido material de la prueba.

Agrega que el fallo es anfibológico, al negarle a la experticia fuerza de convicción en lo que respecta a Gómez Arizala, pero se la otorga frente a otros procesados.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia y absolver a su representado.

CARGO NOVENO: El demandante manifiesta que el juzgador tomó de la atestación del teniente Junco Espinosa lo que sirve para condenar, con violación del artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, y no tuvo en cuenta las condiciones en que el deponente percibió el hecho, lo cual es un requisito legal de valoración. Ello llevó a su tergiversación, porque el testigo mencionó atenerse a lo que digan las pruebas en lo que respecta a Gómez Arizala, ya que únicamente contaba con las citadas grabaciones, pero no le hace cargo alguno, a pesar de relatar las labores del grupo delictivo. No obstante, el *ad quem* se basó en supuestas labores de inteligencia adelantadas por dicho oficial.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia atacada y absolver a su poderdante.

CARGO DECIMO: Dice el recurrente que a Gómez Arizala no le hallaron dólares, ni estupefacientes, ni está probado que haga parte de una organización criminal. Sin embargo, a partir de hechos realizados por otras personas, se le dedujo responsabilidad penal. En lo concerniente a él, no aparece demostrado el hecho indicador, al no probarse que tuviera que ver con la tenencia del dinero o la conservación de alucinógenos, por lo cual se incurrió en un falso juicio de legalidad al valorar este indicio. Solicita casar la sentencia por ilegal.

CARGO UNDECIMO: Para el casacionista no está probado que Julián Fernando Gómez Arizala hubiera efectuado llamadas telefónicas a los Estados Unidos de América, ni que se realizaran desde Producol Ltda.; pero si, en gracia de discusión, así fuere, no significa que se hubiere asociado para delinquir.

Estima que el Tribunal desconoció el contenido de la prueba pericial y la declaración del teniente Junco Espinosa, que comprueban que no intervino en esas llamadas.

Dice que el juzgador violó la ley al edificar el indicio, porque del hecho que del teléfono de Producol Ltda. se realizaran llamadas a cuatro abonados de los Estados Unidos de América, a los que más de cien veces llamaron otros procesados, no se puede colegir su responsabilidad penal. La experiencia enseña que los colombianos en el exterior mantienen comunicación con sus coterráneos y amigos, de ahí que las llamadas constituyen un indicio contingente. Además, no está demostrado que las hubiere efectuado Gómez Arizala. No se valoró el indicio de conformidad con las reglas de la sana crítica y se incurrió en un falso juicio de legalidad. Por eso, solicita proferir sentencia absolutoria.

ALEGACIÓN DE NO RECURRENTE:

El defensor suplente de Armando Excelino Márnol Morales, Consuelo Ortiz Urquijo y Gloria María Urquijo Lozano solicita que se declare de oficio la nuli-

dad de lo actuado a partir de la sentencia de segunda instancia, por violación del debido proceso, ya que contra ellos se profirió resolución de acusación, entre otros delitos, por enriquecimiento ilícito y uso de documento público falso, además de testaferrato contra Gloria María Urquijo y el Juzgado Regional, en la parte motiva, los absolvió de enriquecimiento ilícito y condenó por la falsedad prevista en el artículo 222 del Código Penal, excepto a la última procesada en mención.

Sin embargo, el Tribunal decretó la nulidad a partir de la calificación del sumario, en lo relacionado con el uso de los documentos públicos falsos y se abstuvo de absolver o condenar por el enriquecimiento ilícito, cuando ha debido pronunciarse, como lo hizo con el concierto para delinquir, al absolverlos el *a quo* en la parte motiva.

Dice que se viola el debido proceso cuando se ordena al Juzgado Regional proferir sentencia por enriquecimiento ilícito y se vulnera el derecho de defensa al dividir la causa y duplicar los procesos. La nulidad debe declararse desde el cierre de la investigación, pero no a última hora para dictar otra sentencia.

De otra parte, pide subsidiariamente que se declare la nulidad de lo actuado a partir del auto que concedió el recurso de casación, por violación del debido proceso y del derecho de defensa, al notificarse el fallo de segundo grado mediante edicto y no por despacho comisorio, edicto que debió fijarse después de diligenciar tal despacho. Con ello se impidió la interposición de la impugnación extraordinaria.

Concepto del Ministerio Público:

1° Demandas en defensa de Humberto Cruz y Orlando Ordóñez Vidal. El Procurador Tercero Delegado en lo Penal estudia conjuntamente el cargo común formulado en los dos libelos y conceptúa que debe ser desestimado.

Dice que Humberto Cruz y Orlando Ordóñez fueron capturados cuando eran allanadas la residencia de Armando Mármol y las instalaciones de Producol Ltda. A aquéllos no se les imputó la posesión de estupefacientes ni de dinero, sino formar parte de una organización criminal dedicada al tráfico de narcóticos, la cual estaba actuando y en flagrancia, porque algunos de sus integrantes fueron sorprendidos con objetos de los cuales surgió fundadamente que estaban cometiendo un delito.

Añade que, en consecuencia, es forzoso concluir que los policiales interpretaron correctamente la información que tenían al momento del allanamiento y al considerar que esas personas se hallaban en situación de flagrancia, con relación al concierto para delinquir, los retuvieron legalmente, sin que se requiriera orden previa y escrita de captura, en los términos de los artículos 32 de la Carta y 371 del Código de Procedimiento Penal. 2° Demanda en defensa de Julián Fernando Gómez Arizala. Al igual que ante el libelo anterior, el Procurador conceptúa que ninguno de los reproches está llamado a prosperar.

CARGO PRIMERO: Manifiesta que, como lo indicó el Tribunal, Producol Ltda. era una fachada de Julián Fernando Gómez Arizala, porque los ingresos que le generaba no se compadecían con el patrimonio que reportó, las consignaciones ni el capital que movía. No se dudó que la empresa estuviera dedicada a la fabricación de elementos de aseo; sus actividades lícitas fueron reconocidas y se dio credibilidad a la ocupación que decía ejercer el sindicado, pero se demostró que también se dedicaba a labores ilícitas. De ahí que no fuera necesario establecer quiénes proveían la materia prima, ni si estaban registrados en la cámara de comercio.

Sostiene que no era indispensable determinar las características y propiedades de los elementos hallados en el local comercial, porque no fueron incautados, al considerar quienes realizaron el allanamiento que eran materias primas para la elaboración de los productos de aseo.

Observa que a pesar de que el instructor no ordenó un análisis de las sustancias encontradas en el maletín personal del procesado y presumió que eran alucinógenas, no hay infracción al principio de investigación integral, como quiera que no se imputó la tenencia de pequeñas cantidades, sino su participación en una empresa delictiva dedicada a la exportación ilegal de estupefacientes.

CARGO SEGUNDO: Expresa que el impugnante retoma en parte el reproche anterior, ya analizado. El tema de la investigación penal era el funcionamiento de la organización delincuencial dedicada al comercio de grandes cantidades de drogas prohibidas, por manera que la determinación de la naturaleza de la sustancia hallada en el maletín del acusado, no era fundamental ni habría aportado al esclarecimiento del asunto.

CARGO TERCERO: Indica el representante de la sociedad que no es un error trascendente que el *ad quem* confundiera el ácido sulfónico con el sulfúrico, porque el fundamento de la imputación efectuada a Gómez Arizala no consistió en la elaboración de sustancias estupefacientes, como una de las conductas por las que debía responder penalmente, sino por su vinculación a una organización criminal dedica al tráfico de drogas prohibidas.

CARGO CUARTO: Precisa que en el fallo sí fue señalado el grado de participación del sindicado en los comportamientos endilgados. Así en la sentencia, apoyada en las pruebas, se coligió que Gómez Arizala actuó como uno de los múltiples autores del delito de concierto para delinquir, o sea coautor propio, en tanto que directamente se comprometió con la empresa criminal, mientras que en el tráfico de estupefacientes se reputó su intervención mediante una actividad específica a título de coautoría impropia, en cuanto organizaba y coordinaba dicho comercio y participaba de sus ganancias, lo cual llevó al allanamiento y registro de Producol Ltda.

CARGO QUINTO: A pesar de que el recurrente dice que no se precisó el grado de culpabilidad, el Procurador Delegado considera que del texto de la sentencia surge que el fallador estimó que el procesado obró con conocimien-

to y voluntad, lo cual configura el dolo característico de este tipo delitos y así se expresó en el fallo.

CARGO SEXTO: Al afirmar que la sustancia incautada a Gómez Arizala "al parecer" era alucinógena, el juzgador reconoce que no se pudo establecer su naturaleza y propiedades, es decir, acepta que no hay una prueba que permita ir más allá de la simple hipótesis. Con esto a lo sumo se debilita parte de la prueba indiciaria, que se tuvo en cuenta para reafirmar lo establecido por otras pruebas, pero no se afecta la demostración de la responsabilidad del sindicado en los delitos de narcotráfico y concierto para delinquir.

CARGO SEPTIMO: No obstante se hubiera equivocado el Tribunal al denominar el ácido sulfónico como sulfúrico, debe tenerse en cuenta que el carbonato de sodio hallado en las instalaciones de Producol Ltda., según la inspección judicial, está en la lista de precursores que consagra la Ley 30 de 1986, pudiendo, como dice la sentencia, dársele un uso ilegal, o bien la utilización que señala el sindicado. Pero ello no tiene trascendencia, al no guardar relación directa con lo investigado, ya que no se le acusó de elaborar sustancias prohibidas.

CARGO OCTAVO: Señala el Delegado que la lógica, la experiencia y la sana crítica le permitieron al juzgador concluir que las llamadas se realizaron desde y hacia la sede de Producol Ltda., hacia y desde la casa de Armando Mármol y así se obtuvo el número telefónico y la dirección de la empresa allanada. En el dictamen fonoespectrográfico se dice que hubo interferencias, sonidos extraños, etc., que no adulteraron el contenido de las grabaciones, pero incidieron en la identificación de las voces, lo cual no quiere decir que no hubieran intervenido en las conversaciones telefónicas. La peritación no fue tergiversada al tenerse en cuenta su tenor literal y el contenido de las restantes pruebas, incluida la declaración del teniente Junco Espinosa, de donde era factible inferir la intervención de Gómez Arizala en la organización criminal.

CARGO NOVENO: Indica que no se tergiversaron las declaraciones del teniente Junco Espinosa, quien claramente indicó que Gómez Arizala pertenecía al grupo delictivo. Con la interceptación de las llamadas se pudo determinar su intervención, que llevó a solicitar el allanamiento a Producol Ltda, analizándose conjuntamente las pruebas por el Tribunal para concluir que este sindicado sí participó en los delitos investigados.

CARGO DECIMO: Expresa el agente del Ministerio Público que no se presenta el error alegado sobre la valoración y construcción de un indicio, porque la sentencia de segunda instancia partió del hallazgo de droga y dólares a uno de los integrantes del grupo criminal, hecho indicador debidamente comprobado, sin que ello excluyera la intervención de los demás aprehendidos, ya que por otros medios se acreditó su participación en un negocio ilícito de múltiples manifestaciones y actos y, en consecuencia, se consideró que esos elementos involucraban a todos los miembros de la organización. No se demostró el falso juicio de legalidad en la aducción de la prueba que sirvió de fundamento para la elaboración del indicio.

CARGO UNDECIMO: Conceptúa que el impugnante se equivoca al afirmar que las llamadas se realizaron desde Producol Ltda., pues también se hicieron a diversos abonados telefónicos de los Estados Unidos de América desde la residencia de Julián Gómez Arizala, a los que igualmente llamaba Armando Mármol, todo lo cual torna difícil que un tercero las efectuara. Pero no son sólo las llamadas sino su contenido, lo que permite inferir la integración de la banda delincuencial. De ahí que no se da "el supuesto error de derecho por falso juicio de legalidad".

3° El representante del Ministerio Público, con relación al alegato del no recurrente, manifiesta que es claro que el Tribunal consideró que el *a quo* no se pronunció sobre algunos delitos y frente a otros no existió motivación suficiente, por lo cual declaró la nulidad parcial de la sentencia, ya que no podía decidir sin quebrantar el principio de las dos instancias.

De otra parte, la sentencia fue debidamente notificada por edicto; otros sujetos procesales conocieron oportunamente la sentencia de segundo grado y algunos recurrieron. De esa manera, "no fue por falta de notificación que no se interpuso el recurso a tiempo, sino por descuido de los defensores" y el medio adecuado para solicitar la concesión de una impugnación de casación que se considere indebidamente rechazada, es el recurso de hecho, que no se impetró.

Por lo anterior, estima que no le asiste razón al no recurrente en su petición de nulidad.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

1° Demandas formuladas en defensa de los sindicados Humberto Cruz y Orlando Ordoñez Vidal.

La identidad del cargo único de los dos libelos, permite dar contestación unificada a la nulidad que plantean los recurrentes por supuesta captura ilegal de sus representados.

El 1° de abril de 1993 cuando se realizaba un allanamiento en la calle 13B N° 75-69, casa Z-12, de Cali, en donde residían Armando Excelino Mármol Morales y Consuelo Ortiz Urquijo, se presentó Orlando Ordóñez Vidal y fue capturado. Igualmente se estaba allanando el inmueble de la calle 32 N° 1-22, sede de la empresa Producol Ltda. y llegó Humberto Cruz, quien así mismo fue aprehendido.

Las retenciones de estos dos sindicados no fueron ilegales, si se tiene en cuenta el marco dentro del cual se ejecutaron. Previamente se habían interceptado los teléfonos de varios inmuebles de la ciudad de Cali, debido a las múltiples llamadas desde allí efectuadas a los Estados Unidos de América. La información obtenida permitía colegir que había una organización delictiva dedicada a la exportación de estupefacientes, lo cual llevó a que se efectuaran diversos allanamientos, capturándose a algunos de los ocupantes, trabajadores o propietarios de esos lugares. En varios de dichos sitios se ha-

llaron dólares y narcóticos, que si bien no le fueron encontrados directamente a estos dos acusados, ello no significa que no hubieran sido capturados en flagrancia.

Es claro que Orlando Ordóñez Vidal y Humberto Cruz no fueron aprehendidos por poseer alucinógenos o dinero extranjero, sino por ser integrantes de una asociación delictiva, la cual es permanente y estaba operando en ese instante, como lo demuestra la incautación de tales elementos, sin que pueda olvidarse que las labores de inteligencia permitieron establecer que no estába conformada únicamente por los residentes o propietarios de los inmuebles allanados, desde donde se coordinaban los negocios ilícitos, pues también hacían parte otras personas que ya estaban individualizadas y que, por eso, cuando hicieron su aparición en esos lugares fueron capturadas.

Sobre las pruebas recaudadas, aún antes de iniciarse el sumario, en lo que tiene que ver Humberto Cruz con la organización criminal, el Tribunal concluyó:

"Comparte esta Sala los planteamientos del representante de la sociedad cuando sostiene que Humberto Cruz lo señala el oficial de la policía, las grabaciones magnetofónicas de las conversaciones con la pareja MARMOL con otros interlocutores y sus voces son reconocidas en las distintas experticias. Tenía permanentes relaciones con Armando Mármol y Julián Fernando Gómez, capturándose a ambos en el mismo sitio, en PRODUCOL LTDA."

Y en lo relacionado con Orlando Ordóñez Vidal el ad quem indicó:

"Comparte este cuerpo colegiado las apreciaciones del agente del Ministerio Público al solicitar condena para Orlando Ordóñez por los punibles por los cuales se le profirió resolución de acusación con base en el testimonio del TE. JUNCO, quien lo vincula como partícipe de la empresa criminal, lo cual también se desprende de la transcripción de las conversaciones que sostiene la pareja MARMOL con otros interlocutores donde aparece mencionado, porque además tenía permanentes relaciones con Armando Marmol, capturándose a Orlando a su llegada a la casa de la pareja MARMOL muy seguramente a recibir parte de los dólares como se desprende de las conversaciones sostenidas con Armando Mármol; además el sueldo que devengaba en Disgráficas no le permitía el flujo o promedio mensual de dinero en su cuenta bancaria de aproximadamente cuatro millones de pesos".

Como antes se recordó, el concierto para delinquir imputado es un delito permanente y el grupo delincuencial se hallaba funcionando cuando se realizaron los allanamientos y fueron retenidos estos sindicados, lo cual significa que la aprehensión fue legítima, por la flagrancia que hacía innecesaria la orden judicial previa, de conformidad con lo facultado por los artículos 32 de la Constitución Política y 371 del Código de Procedimiento Penal.

Además, la aprehensión ilegal no genera nulidad del proceso, que puede comenzar, adelantarse y culminar sin que haya alguien privado de libertad. La retención no es un presupuesto de la apertura o continuación de la actuación, ni un elemento sustancial de la estructura básica del diligenciamiento. Su eventual ilegalidad afecta el derecho a la libertad, pero no el debido proceso propiamente tal. Aquélla puede ser recobrada, no con la invalidación de la instrucción ni del juicio, sino con el ejercicio oportuno de acciones como el habeas corpus, consagrada en el artículo 30 de la Constitución y desarrollada en los preceptos legales correspondientes, o a través de mecanismos de expedito control, dentro del proceso mismo pero sin afectar éste, según prevé el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis, dichas capturas no fueron ilegales y, en todo caso, lo alegado carece de la trascendencia que se pretende derivar, por lo cual el cargo común de estos dos libelos no está llamado a prosperar.

2ª Demanda en defensa de Julián Fernando Gómez Arizala.

CARGO PRIMERO: El demandante considera que no se realizó una investigación integral, al no verificarse las citas hechas por el sindicado en la indagatoria, concretamente lo relacionado con los proveedores de materias primas para la fabricación de productos de aseo, labor a la cual dice se dedicaba Gómez Arizala.

El fallador no concluyó que Producol Ltda. no produjera elementos de aseo; por el contrario, reconoció tal industria, de lo cual deviene innecesario que se practicaran pruebas tendientes a establecer quiénes eran sus proveedores, si estaban registrados en la cámara de comercio, ni qué materias primas le vendían. Pero el hecho de que desarrollara esa actividad legal no quiere decir que su gerente y socio principal no efectuara otras labores, esas sí ilícitas, y que utilizara la empresa para camuflar el tráfico de estupefacientes, como lo indicó el Tribunal, sin que el funcionamiento de la compañía pudiera justificar las consignaciones bancarias que realizaba, ni el movimiento de capital, ni el patrimonio económico reportado.

Tampoco es falta de investigación integral no practicar un examen pericial a los elementos hallados en la sede de Producol Ltda., que no fueron incautados al estimarse como materias primas destinadas a la fabricación de productos de aseo, de tenencia legítima. De ahí que no fuera indispensable efectuar una peritación sobre esos bienes, que no estaban a disposición del instructor, no aparecieron como elementos de los delitos, ni utilizados para cometerlos, ni provenientes de su ejecución; eran ajenos al proceso y nada se lograría para los fines de la investigación con el dictamen echado de menos.

Lo mismo debe pregonarse de la no realización de una experticia a las sustancias que estaban en el maletín de Julián Fernando Gómez Arizala. No se viola la investigación integral, porque este hecho hace relación a lo que el Tribunal consideró era la tenencia, al parecer, de fármacos y aunque el instructor ha debido precisar su naturaleza, por medio de perito, tal tenencia no se le imputó al procesado, según la pequeña cantidad que se dice llevaba (un

gramo). Es cierto que se le tuvo como un indicio, en apreciación que pudo ser atacada a través de la vía indirecta, por error en la apreciación del hecho indicador, más no por medio de la nulidad del proceso, el cual no se ve afectado por el yerro así endilgado al fallador.

El reproche no está llamado a prosperar.

CARGO SEGUNDO: Nuevamente el censor plantea que la falta de peritación a las sustancias que su representado tenía en el maletín constituye violación de la investigación integral.

Como se acaba de anotar, hubo omisión al no haberse practicado ese dictamen que determinaría su naturaleza, pero ello resulta intrascendente, porque la Fiscalía no le formuló al procesado cargos en la resolución de acusación por tener tales elementos, ni fue juzgado por dicha conducta, sino que se le imputó concierto para delinquir y tráfico de grandes cantidades de estupefacientes.

Intrascendente resultaría retrotraer la actuación para que un experto determine (hipotéticamente) las características de esas sustancias y de establecer, según el demandante, que no son alucinógenas, se absuelva al sindicado como lo solicita, porque no fue condenado por dicha conducta y tal comportamiento no fue tomado por el fallador como elemento estructurante del concierto para delinquir consagrado en el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 ni del tráfico de estupefacientes, por los cuales sí fue condenado, además de obrar otras pruebas que le permitieron al Tribunal colegir su responsabilidad en los delitos endilgados en el pliego de cargos. Es decir, esa prueba no desvirtuaría los otros elementos de convicción que determinaron su participación en los ilícitos imputados.

El reproche debe ser desechado.

CARGO TERCERO: El impugnante dice que al no producirse un dictamen a las sustancias halladas en Producol Ltda. se violó el principio de investigación integral y ello llevó al *ad quem* a afirmar que lo encontrado en el maletín del sindicado era ácido sulfúrico, elemento que figura como precursor en el artículo 43 de la ley 30 de 1986, cuando se trataba de ácido sulfónico.

El casacionista confunde lo hallado en el maletín, que fue considerado por el Tribunal "al parecer" como narcótico, con lo encontrado en Producol Ltda., estimado por el *ad quem* como un precursor químico para la elaboración de estupefacientes. Fue en la inspección judicial del 18 de junio de 1993, que se detectó que en dicha sede había ácido sulfónico y no en el allanamiento del 1° de abril del mismo año.

Aunque el juzgador denominó este ácido como si fuera aquél, ello no tiene la connotación que pretende darle el impugnante, porque no se le imputó la tenencia de precursores ni la fabricación de estupefacientes, como conductas delictivas de las que tuviera que responder penalmente en juicio.

Además, la aseveración del Tribunal quedaría circunscrita al carbonato de sodio, elemento hallado en la compañía citada y que servía para la fabrica-

ción de productos de aseo, según el sindicado, pero que también puede ser utilizado en la elaboración de narcóticos. Alusión que hizo el juzgador en el razonamiento integral que lo llevó a deducir responsabilidad penal del procesado, claro está, no en el hecho punible mencionado en el párrafo precedente, sino en el concierto para delinquir y el tráfico de estupefacientes, de conformidad con otras pruebas recaudadas, como las grabaciones de los diálogos telefónicos y la incautación de alucinógenos a otros integrantes del grupo delincuencial.

El reproche tampoco está llamado a prosperar.

CARGO CUARTO: La censura es contradictoria, porque inicialmente señala que no se precisó el grado de participación del acusado en los delitos endilgados, irregularidad sustancial que vulnera el debido proceso y después dice que no se motivó la imputación como coautor, con lo cual se violó el derecho de defensa. Lo segundo desvirtúa lo primero, porque el planteamiento permite observar que sí se especificó que intervino en calidad de coautor, pero, según el impugnante, habría ausencia de motivación al respecto.

Al contrario de lo argüido, en el ordinal sexto de la parte resolutiva de la resolución de acusación de fecha 30 de mayo de 1994, proferida por una Fiscalía Regional de Cali, se indica que Julián Fernando Gómez Arizala debe responder como coautor de los hechos punibles tipificados en los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986 y en las consideraciones aparecen los fundamentos, como ser "socio de la pareja Mármol-Urquijo", o sea, integrante de la asociación delictiva que tenía por finalidad la exportación de narcóticos a los Estados Unidos de América.

Igualmente en la sentencia atacada, de fecha 23 de agosto de 1996, se tasó la pena como coautor de tales delitos y en la motivación, además de señalarse la constitución y actividades del grupo delictivo, también se individualizó la labor de sus componentes. Así se especificó que "Gómez Arizala realizaba la operación de coordinación de envío de droga al exterior" y participaba de las ganancias obtenidas, en lo referente a la conducta de tráfico de estupefacientes, como lo revelan las grandes cantidades de dinero consignadas en bancos de Cali. Coordinación que efectuaba no sólo desde su casa sino en el inmueble donde funcionaba Producol Ltda. y en diversas oportunidades utilizó la línea telefónica allí instalada para comunicarse con otro país, con el fin ya mencionado.

Como acertadamente lo anota el representante del Ministerio Público, no fue indispensable especificar si la coautoría era propia o impropia y menos si la complicidad era primaria o secundaria, clasificación que no está legalmente prevista, omitida en el Código Penal de 1980, entre otras razones, ante la dificultad de distinguir una de otra en la práctica, y la graduación de la pena se hace de acuerdo con la mayor o menor eficacia de la contribución. Además, no resultaba imperativo que los juzgadores se refirieran a la complicidad, cuando habían inferido la coautoría de este sindicado, de conformidad con las pruebas acopiadas.

El reproche tampoco está llamado a prosperar.

CARGO QUINTO: Tanto en la resolución de acusación como en la sentencia impugnada se indicó que Julián Fernando Gómez Arizala obró con dolo, en los comportamientos endilgados. Es decir, fue señalada la forma de culpabilidad, por la cual se le hizo el juicio de reproche y no se trataba de culpa o preterintención, sino de la única manera como podía infringir los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986.

Se le acusó y posteriormente condenó, por tener conciencia de la antijuridicidad, conocimiento y voluntad en la realización de las conductas típicas. Se infiere que se le reprochó haber actuado con dolo directo, no sólo en el concierto para delinquir sino en el tráfico de estupefacientes.

Como no se observa omisión del juzgador en lo referente a este elemento de los hechos punibles, el reproche formulado por el censor debe ser desechado.

CARGO SEXTO: Ahora el impugnante no solicita la nulidad parcial del proceso, sino que se case el fallo, por haber incurrido el juzgador en un falso juicio de existencia, al suponer que las sustancias que el sindicado tenía en el maletín eran alucinógenas.

Pero, como bien lo anota el Procurador Delegado, la expresión utilizada por el Tribunal revela que no supuso una pertación demostrativa de que tales elementos eran estupefacientes. Las palabras "al parecer", empleadas por el *ad quem*, denotan que sabía de la no realización del dictamen y, por lo tanto, no hizo una afirmación categórica, sino que configuró una hipótesis para sostener que eran psicotrópicos. Así, no se presenta el falso juicio de existencia por suposición, ya que no creyó que obraba una prueba no allegada al proceso.

Sin embargo, esa aseveración puede no ser tenida en cuenta, sin que la sentencia se derrumbe, porque simplemente se trató de un argumento que llevó a la condena, edificada sobre otras pruebas, como el testimonio del teniente Rubén Darío Junco Espinosa y haberse comunicado a los mismos números telefónicos de los Estados Unidos de América a los que llamaban Mármol y Ortiz Urquijo. De tal manera, el impugnante no pudo demostrar la trascendencia o incidencia del yerro aducido en el fallo.

El reproche no está llamado a prosperar.

CARGO SEPTIMO: El recurrente plantea como error de hecho, por falso juicio de existencia, algo que había formulado como nulidad. Hace referencia a la afirmación del Tribunal de que el ácido sulfúrico y el carbonato de sodio formen parte de la lista de precursores prevista en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986, materias que solía adquirir y poseer el sindicado en las instalaciones de Producol Ltda.

La Sala se pronunció anteriormente sobre este cargo, cuando el demandante lo formuló desde otro enfoque, y lo allí dicho es aplicable a lo ahora aducido. Aunque el *ad quem* haya confundido el ácido sulfúrico con el sulfónico, no aconteció lo mismo con el carbonato de sodio, sustancia comprada y con-

servada por el acusado, por lo cual la afirmación del juzgador es acertada y mantiene vigencia en lo que respecta a este precursor, sin que haya error en haber indicado que puede ser usado lícita e ilícitamente.

Pero el yerro que imputa el recurrente no hace referencia a algún factor que hubiera sido fundamento básico de la sentencia ni a un elemento estructurante de los delitos imputados, sino a algo que guarda relación tangencial con lo investigado, pero que no fue imputado como hecho punible en la resolución de acusación ni tenido en cuenta como tal en el fallo, pues la averiguación no giró en torno de la elaboración de alcaloides o la tenencia de precursores, sino que le fueron formulados cargos por concierto para delinquir y tráfico de estupefacientes. De tal manera, el probable equívoco es intrascendente y no afecta la condena.

El reproche debe ser desechado.

CARGO OCTAVO: El impugnante dice que se cometió un falso juicio de identidad en el dictamen fonoespectrográfico y que debe acogerse el primero de los tres rendidos, pero posteriormente se refiere a una inadecuada valoración del último, por el juzgador. Inclusive llega a indicar que el sentenciador modificó el sentido de la peritación y, luego, que no fue tenida en cuenta. De conformidad con este planteamiento, se concluye que mal podría tergiversarse una prueba no examinada.

De otra parte, el Tribunal señala que independientemente de que en el dictamen se diga que no pudo identificarse la voz de Julián Fernando Gómez Arizala en las grabaciones, lo cierto fue que se realizaron diálogos entre una de sus líneas telefónicas y la de Armando Marmol, lo cual llevó al allanamiento de la sede de Producol Ltda. Es decir, el vínculo entre los dos sindicados surge también de otras pruebas, como lo informado por las autoridades encargadas de realizar la interceptación de los teléfonos, en donde se expresa a quienes pertenecen y en donde están ubicados.

Si las distancias, las interferencias y los ruidos extraños en las grabaciones de las conversaciones citadas, como lo anota el juzgador, impidieron que los expertos identificaran a uno de los interlocutores como Julián Gómez, ello no significa que por otros medios no pudiera establecerse que sí se comunicó con el sindicado Armando Mármol, como fue inferido del hecho de ser el dueño o usuario de la línea telefónica instalada en la compañía de la cual es socio y se desempeñó como gerente.

Mirado el dictamen, no aparece que el *ad quem* lo hubiera distorsionado; no debe olvidarse que las pruebas han de ser analizadas en conjunto y no tomar una de ellas fragmentariamente, para concluir que al no poderse reconocer la voz del acusado en dichas grabaciones, entonces no entabló las conversaciones telefónicas y, por lo tanto, no es autor de los delitos endilgados, cuando fluye de las restantes probanzas, valoradas armónicamente, que es responsable tanto del concierto para delinquir como del tráfico de estupefacientes.

El reproche no está llamado a prosperar.

CARGO NOVENO: El demandante expresa que se distorsionó el contenido del testimonio del teniente Juncó Espinosa de la DIJIN, porque se le puso a decir algo que no manifestó. Sin embargo, se aprecia que el censor toma parcialmente lo declarado para enfatizar la crítica y no la totalidad de su atestación, con lo cual hace una presentación recortada de la situación.

El recurrente no distingue la declaración inicial de su ampliación y refunde los argumentos. En la primera oportunidad el teniente Junco Espinosa hace un relato detallado de lo que fue la interceptación de los teléfonos, la órdenes de allanamiento y las actividades que permitieron concluir que Julián Gómez Arizala hacía parte del grupo delincuencial y la labor que le incumbía realizar como miembro de esa sociedad. En la ampliación, recibida meses después, no fue tan preciso, debido al tiempo transcurrido y las diversas operaciones de la misma naturaleza realizadas, que le impedían mantener detalladamente en la memoria lo sucedido. Circunstancias olvidadas por el casacionista.

Además, tampoco aparece que la versión del oficial hubiera sido tergiversada por el juzgador, quien la apreció no fraccionada ni aisladamente, sino en su totalidad y dentro del contexto probatorio.

El reproche debe ser desechado.

CARGO DECIMO: El impugnante acusa la sentencia de adolecer de un error de derecho por falso juicio de legalidad en la confección de un indicio, al no estar probado el hecho indicador, pues a su representado no le fueron hallados dólares ni estupefacientes.

Claramente se aprecia que el libelista no hace relación a la ilegalidad en la aducción de la prueba y a pesar de que denomina la supuesta irregularidad como error de derecho, en el fondo se trataría de un yerro de hecho por falso juicio de identidad o de existencia en la apreciación del hecho indicador.

En el fallo atacado se indicó que el alucinógeno y el dinero extranjero incautados a varios de los integrantes de la sociedad delictiva, no excluía la responsabilidad de los otros miembros y que tales elementos pertenecían a todos los socios. Razonamiento no desacertado, si se tiene en cuenta que existen otros medios de convicción, sobre los cuales también se basó el juzgador para concluir que Julián Gómez Arizala formaba parte de ese grupo delincuencial que se dedicaba a la exportación de estupefacientes y se beneficiaba con porciones de las ganancias económicas ilícitas que percibía.

El cargo tampoco está llamado a prosperar.

CARGO UNDECIMO: El recurrente dice que no está probado que su asistido hubiera efectuado llamadas telefónicas a los Estados Unidos de América, ni que las realizaran desde Producol Ltda. Más si así fuere, no significa que se hubiese asociado para delinquir. A pesar de que aduce un error de derecho por falso juicio de legalidad, no lo concreta ni demuestra.

El demandante elude hacer referencia a que el Tribunal no sólo apreció las llamadas efectuadas de Producol Ltda., sino las realizadas desde la residencia de Julián Gómez Arizala a los Estados Unidos de América, con lo cual se desvirtúa su argumento de que a pesar de que salieron de allí, no fue él quien las hizo, pues de acuerdo con la experiencia, no resulta normal que un tercero acudiera a su casa de habitación a llamar por teléfono al exterior. Tampoco se debe perder de vista que fueron múltiples llamadas telefónicas, con diversas líneas de dicho país, a las que también se comunicaba Armando Mármol, otro de los integrantes del grupo delictivo, a quien le fueron hallados los dólares citados.

El *ad quem* transcribe el contenido de varias de esas llamadas, interceptadas y grabadas por las autoridades, revelando que los interlocutores se refieren a negocios ilícitos, a pesar de darles denominaciones legales a los envíos de estupefacientes o al dinero extranjero que camuflaban en tarros de vitaminas o que cubrían con ropa y cuyas tres últimas remesas de dólares, dos de ellas enviadas a otro miembro del grupo, fueron incautadas.

De tal manera, la literalidad de dichas llamadas telefónicas también incrimina a Julián Gómez Arizala como integrante de la asociación delictiva, que en tal carácter coordinó el envío de psicotrópicos al exterior, lo cual le reportó cuantiosas ganancias, como lo demuestran las consignaciones y movimientos bancarios, que no pudieron ser justificados con los ingresos que dijo tener como socio y gerente de Producol Ltda.

Por tales razones el cargo no está llamado a prosperar.

3ª Alegación del no recurrente. No sobra recordar que el no impugnante, en casación, no debe formular sus propias pretensiones, sino coadyuvar u oponerse a la o las demandas presentadas por otros sujetos procesales. La finalidad del traslado respectivo es conocer su opinión, contradicción o aquiescencia sobre los yerros o irregularidades señaladas por el casacionista, pero no efectuar solicitudes con las que se pretenda soslayar las oportunidades y requisitos para formular el libelo sustentatorio de este recurso extraordinario.

Con relación a la nulidad oficiosa que impetra el no recurrente, debe decirse que el *ad quem* estudió la sentencia de primer grado y llegó a la conclusión de que no hubo un pronunciamiento sobre algunos delitos imputados en la resolución de acusación o la motivación fue insuficiente con relación a otros hechos punibles, lo cual lo llevó a declarar la nulidad parcial del fallo de primera instancia y ordenar al *a quo* que decidiera sobre lo omitido.

Nulidad que no ha de confundirse con la invalidación parcial de la resolución de acusación, por errónea calificación de los hechos constitutivos de falsedad, que decretó el Tribunal Nacional, para equivocadamente pretender el no recurrente que se retrotraiga la actuación hasta el cierre de la investigación, inclusive y que comprenda todos los ilícitos investigados.

Tal corporación no podía pronunciarse sobre esos hechos punibles, porque, como claramente lo señaló, pretermitiría una instancia e incurriría en una irregularidad.

De otra parte, a pesar de que el Tribunal ya se pronunció sobre la no concurrencia de una nulidad durante la notificación, el término de ejecutoria, la interposición y la concesión de la casación, el no impugnante insiste en que se invalide lo actuado a partir del otorgamiento del recurso, al no haberse notificado el fallo de segunda instancia a través de despacho comisorio.

La notificación por comisionado se presenta cuando el enteramiento deba hacerse en forma personal a quien se halle privado de la libertad, en lugar diferente de aquel en que se adelante la instrucción o el juzgamiento, según el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal. En el caso concreto, los sindicados no estaban físicamente detenidos, luego no era indispensable la notificación personal ni por medio de despacho comisorio.

Adicionalmente, aunque la notificación por edicto no requiere que previamente se envíen comunicaciones o telegramas citatorios a las partes y sus representantes judiciales, la Secretaría del Tribunal Nacional lo hizo, lo cual revela la adicional diligencia realizada para que se enteraran de la sentencia de segunda instancia.

El abogado de estos tres sindicados concurrió y designó defensor suplente antes de la fijación del edicto, quien extemporáneamente impugnó en casación, lo que llevó a que el Tribunal no lo concediera.

Tal auto es susceptible del recurso de hecho, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el cual no interpuso el defensor; no ha debido proceder a solicitar al Tribunal que se decrete una nulidad inexistente, ni hacer la misma clase de petición ante esta Sala, con lo cual pretende eludir las disposiciones que rigen la materia y las cargas procesales, para que por medios equivocados se subsanen los yerros que él cometió.

De tal manera, no puede ser acogida su petición subsidiaria de nulidad.

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, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA/JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

1- El artículo 530 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 82 y 97 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, atribuyen competencia al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. para conceder redención de pena por trabajo y estudio a los condenados a pena privativa de la libertad.

Tal atribución exige como presupuesto imperativo e ineludible que la sentencia condenatoria haya alcanzado firmeza, puesto que la competencia de los jueces de ejecución de penas, inicia, precisamente, cuando el fallo hace tránsito a cosa juzgada, como se déduce de los artículos 500, 501 y 502 del Código de Procedimiento Penal.

2 Pudiera pensarse que exclusivamente los condenados con sentencia en firme tienen vocación para redimir pena por trabajo y estudio y que únicamente el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, está facultado para reconocerla.

De hecho, con anterioridad a la expedición del Código Penitenciario y Carcelario, algunos sectores consideraban que el derecho a descontar pena por trabajo y estudio se había reservado por el legislador a los reclusos sancionados con sentencia en firme.

Con la entrada en vigencia de la Ley 65 de 1993, se despejaron las dudas, al punto que se hace clara distinción entre detenidos y condenados, a quienes por igual cobija el sistema nacional penitenciario y carcelario, que, entre otras gestiones, se encarga de "la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa."

En efecto, los artículos 82 y 97 ibidem, respectivamente, establecen:

"A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo."

"A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio."

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá. D.C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 134 Proceso No. 11491

VISTOS

La Sala resuelve lo que en derecho corresponda con relación al reconocimiento de redención de pena en favor del señor Oralio de Jesús Pulgarín, efectuado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira.

ANTECEDENTES

1- El señor Oralio de Jesús Pulgarín Agudelo, fue condenado por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 12 de septiembre de 1995, a la pena principal de diez (10) años de prisión, "por haber sido hallado autor responsable del delito de homicidio". (folio 392 cdno. 1).

2- El anterior fallo fue confirmado en su integridad por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en providencia del 13 de octubre de 1995. (folio 428 cdno. 1)

3- Se interpuso el recurso extraordinario de casación y, luego de surtirse los traslados de rigor, a partir del 26 de febrero de 1996, mediante el oficio No. 042, el Tribunal Superior de Pereira, remitió a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los expedientes, "CON DETENIDO EN LA CARCEL DE ESTA CAPITAL" (folio 1 cdno. Corte)

4- El 16 de abril de 1996, la demanda de casación se declaró formalmente ajustada a derecho y continuó adelantándose el recurso, hasta llegar inclusive al registro del proyecto (folio 3 cdno. Corte).

5- Mediante auto del 29 de junio de 1999, la Sala, negó a Oralio de Jesús Pulgarín, la libertad provisional que había solicitado, puesto que al sumar la pena descontada físicamente con la redimida por trabajo y estudio, se obtuvo un resultado inferior a las dos terceras (2/3) partes de la condena, cantidad que necesitaba acreditar como requisito objetivo para lograr su excarcelación, según lo establecido en el artículo 72 A del Código Penal.

6- No conforme con dicha determinación el señor Pulgarín Agudelo, interpuso en correcta forma el recurso de reposición, argumentado que la Corte, ignoró la redención de pena equivalente a siete (07) meses más diecinueve (19) días, reconocida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, mediante auto del 12 de septiembre de 1997, del cual anexó copia, puesto que aún no se había incorporado a los expedientes.

7- Para verificar si en el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, cursaba una causa diferente contra el mismo procesado se solicitó la información pertinente y en su respuesta el señor Juez, confirmó que se trataba del mismo asunto, cuya sentencia de casación se encuentra pendiente, y remitió el auto en el que reconoció redención de pena y los documentos que le sirvieron de fundamento.

Aquella es la situación sobre la que ha de decidir esta Colegiatura.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1- *El artículo 530 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 82 y 97 de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, atribuyen competencia al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para conceder redención de pena por trabajo y estudio a los condenados a pena privativa de la libertad.*

Tal atribución exige como presupuesto imperativo e ineludible que la sentencia condenatoria haya alcanzado firmeza, puesto que la competencia de los jueces de ejecución de penas, inicia, precisamente, cuando el fallo hace tránsito a cosa juzgada, como se deduce de los artículos 500, 501 y 502 del Código de Procedimiento Penal.

2- *Pudiera pensarse que exclusivamente los condenados con sentencia en firme tienen vocación para redimir pena por trabajo y estudio y que únicamente el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, está facultado para reconocerla.*

De hecho, con anterioridad a la expedición del Código Penitenciario y Carcelario, algunos sectores consideraban que el derecho a descontar pena por trabajo y estudio se había reservado por el legislador a los reclusos sancionados con sentencia en firme.

Con la entrada en vigencia de la Ley 65 de 1993, se despejaron las dudas, al punto que se hace clara distinción entre detenidos y condenados, a quienes por igual cobija el sistema nacional penitenciario y carcelario, que, entre otras gestiones, se encarga de "la ejecución de las sentencias penales y de la detención precautelativa."[1]

En efecto, los artículos 82 y 97 ibidem, respectivamente, establecen:

"A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo."

"A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio."

3- De lo anterior se concluye que la redención de pena a los condenados debe ser reconocida por el Juez de Ejecución de Penas, y que dicho beneficio a los detenidos se concederá por el Funcionario Judicial que esté conociendo del asunto en el momento en que se solicite.

Es que el sometimiento de una persona que no ha sido sancionada por una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada al sistema penitenciario y carcelario, se justifica única y exclusivamente por la vigencia de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

El razonamiento lógico y varias normas jurídicas de diversa índole respaldan el aserto precedente, por ejemplo:

---

[1] CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO, Ley 65 de 1993, artículo 14

En punto de la libertad provisional, el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, señala que "la rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción", y que "será concedida por la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista."

A la sazón, el artículo 231 *ibidem*, establece que "Las solicitudes de libertad que se propongan ante la Corte durante el trámite de este recurso[2], se resolverán en el cuaderno de copias y no interrumpirán los términos."

Finalmente, el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, 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.

4- En el presente asunto la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira no ha alcanzado ejecutoria, puesto que se impugnó en casación, el recurso extraordinario fue concedido, se declaró ajustada a derecho la demanda y continuó avanzando en la Corte Suprema de Justicia, a tal punto que tiene proyecto de fallo debidamente registrado.

Es la Sala de Casación Penal, entonces, la autoridad en quien radica, para los fines taxativamente contemplados en la ley, la dirección y responsabilidad de las actuaciones que tuviesen lugar en el desarrollo de la impugnación extraordinaria, entre ellas la concesión de libertad provisional y el reconocimiento de redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza, llevados a cabo en prisión por los procesados, que, por demás, desde el envío de los expedientes a esta sede, deben ser puestos a su disposición en las cárceles en que se encontraren.

Ello es así para los recurrentes y para los no recurrentes, por cuanto la naturaleza indivisible del fallo impugnado, deja al conocimiento de la Corte el asunto en su integridad y a su disposición a todos los procesados detenidos, pues no prevé el legislador la posibilidad de ejecutorias parciales o fragmentarias del fallo de segunda instancia, por la trascendencia de los principios de unidad procesal, de la naturaleza y contenido de la sentencia, del momento y efectos de su ejecutoria, y de la facultad que asiste a la Sala para extender los alcances de la sentencia de casación también hacia la órbita de los no recurrentes.

Conviene recordar que la competencia que asiste a esta Sala de la Corte para conocer del recurso extraordinario de casación se define y regula por los artículos 235 de la Constitución Política, 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y 68, 218 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y que, también por atribución legal, está facultada para decidir sobre

[2] Se refiere al recurso extraordinario de casación.

libertad provisional y el reconocimiento provisional de redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza, con el fin de que los internos puedan acreditar ante las autoridades penitenciarias y carcelarias el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios administrativos consagrados en la Ley 65 de 1993.

5- Se llega así a la conclusión de que el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, actuó por fuera del marco de su competencia al proferir el auto del 12 de septiembre de 1997, quizá inducido a error por cuanto el señor Oralio de Jesús Pulgarín, no fue dejado a disposición de la Corte Suprema de Justicia, cuando el Tribunal Superior de la misma Ciudad, envió las diligencias para la tramitación del recurso extraordinario, toda vez que se limitó a enunciar que se trataba de un asunto "CON DETENIDO EN LA CARCEL DE ESTA CAPITAL"

En los términos del numeral primero del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, la falta de competencia del funcionario es causal de nulidad que no admite convalidación. Al contrastar aquella regla imperativa con la génesis de este evento concreto, no queda alternativa distinta a la consistente en declarar la invalidez del auto del 12 de septiembre de 1997, expedido por el Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira, y para dar respuesta a las solicitudes de redención de pena y libertad provisional pendientes, las diligencias ingresarán nuevamente al Despacho, cuando esta providencia quede ejecutoriada.

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

RESUELVE

PRIMERO: Decretar la nulidad del auto del doce (12) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), mediante el cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, reconoció en favor del señor Oralio de Jesús Pulgarín, siete (07) meses más diecinueve (19) días de redención de pena por haber trabajado y estudiado en el centro de reclusión.

SEGUNDO: Disponer que, en firme esta providencia, ingresen las diligencias al Despacho, con el fin de resolver las peticiones pendientes de redención de pena y libertad provisional elevadas por el procesado Oralio de Jesús Pulgarín.

TERCERO: Enviar copia del presente auto al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira, para su conocimiento.

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.

NULIDAD/DERECHO DE DEFENSA/DEBIDO PROCESO

En principio, el enfoque del reproche resulta desatinado al pretenderse la nulidad de la actuación por violación al debido proceso, teniendo por fundamento la omisión de la práctica de un dictamen siquiátrico pericial del procesado, pues la negativa o la inactividad del funcionario en el recaudo de determinada prueba a partir de la cual se podría descartar la comisión del hecho punible o la responsabilidad, o establecer un tratamiento punitivo más benigno, genera la invalidación de lo actuado pero por la vulneración del derecho de defensa, en cuanto tal evento coarta la garantía del contradictorio y niega al sindicado, o a su representante judicial, la posibilidad de aportar aquellos medios de convicción que, siendo conducentes y pertinentes, revistan aptitud para refutar la incriminación, descartar la responsabilidad, invocar la aplicación de diminuentes punitivas, o, en general, procurar situaciones beneficiosas a la pretensión defensiva.

El derecho a la defensa también resulta conculcado cuando el funcionario, en abierta oposición al mandato del artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, limita o impide al imputado el ejercicio de la facultad "de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos", u omite, sin fundamento racional alguno, verificar las citas por aquel hechas, o se abstiene de practicar las "diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones", en el entendido de que éstas revistan un mínimo de racionalidad y verosimilitud, según el criterio jurisprudencial sentado al respecto por la Sala, pues el fiscal, como director del sumario, mal puede orientar la labor instructiva a la indiscriminada comprobación de todas las afirmaciones que en su natural interés defensivo haga el imputado, como quiera que con tal proceder, además de dilatar injustificadamente el proceso, desviaría el objeto de la investigación.

Constituye, en cambio, violación al debido proceso por la inaplicación del principio de investigación integral, la ausencia de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la verdad, o lo que es igual, en la genérica labor de ordenación, recolección, formación y aducción de la prueba, que impone, con rango constitucional, la obligación de "investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y... respetar sus derechos

fundamentales y las garantías procesales que le asisten" (arts. 250 de la Constitución Política y 333 del Código de Procedimiento Penal).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll.*

Aprobado Acta No. 134 Proceso No. 11414

1. Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Sincelejo condenó a Bedardo Rubén Ruiz Montes a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta y un (41) años y seis (6) meses de prisión, como autor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado en grado de tentativa.

2. Hechos y Actuación Procesal

Así resumió los hechos el Tribunal, en la sentencia objeto de impugnación:

"Informan los autos que el acontecer fáctico tuvo ocurrencia en el área urbana de esta ciudad, concretamente cerca al sector del mercado público, cerca al expendio de carnes y pescados "La Reina", cuando pasaba Román Antonio Arzuza siendo aproximadamente las once de la noche del 13 de marzo de 1994, se le acercó Bedardo Ruiz Montes (a) El Yango, solicitándole le diera $200 para no atracarlo, al decirle que no los tenía, sacó un cuchillo y al verse el otro amenazado empezó a correr hasta unos 30 metros, tropezó, cayó y allí lo alcanzó El Yango quien lo perseguía, dándole tres puñaladas dejándolo así y perdiéndose del lugar; el herido fue trasladado por la Policía al Hospital Regional de Sincelejo, donde falleció horas después a consecuencia de que una de las heridas le seccionó la arteria femoral derecha" (f. 4 c. del Tribunal).

Abierta la investigación por parte de la Fiscal Octava de la Unidad de Investigación Previa y Permanente de Sincelejo (Sucre) (f. 19 c.o.), las diligencias fueron remitidas y asignadas al Fiscal Segundo de la Unidad de Delitos Contra La Vida de la misma ciudad, quien con fundamento en la diligencia de inspección al cadáver y demás pesquisas realizadas por la Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación y de la Policía Nacional, dispuso la captura de Bedardo Rubén Ruiz Montes, a quien se vinculó mediante diligencia de indagatoria, y le fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio.

Cerrada la investigación, el 12 de septiembre de 1994 el instructor calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo en contra de Bedardo Rubén Ruiz Montes resolución de acusación como presunto responsable de los injustos de homicidio agravado y hurto calificado en grado de tentativa (fs. 119 y ss.

ib.), providencia que cobró ejecutoria el día 20 del mismo mes. El trámite de la causa correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, que practicó la audiencia pública y el 24 de julio de 1995 dictó sentencia condenando al prenombrado a la pena principal de cuarenta y un (41) años y seis (6) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez (10) años, como autor de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado en el grado de tentativa.

El fallo anterior fue apelado por la defensa y confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, el 15 de septiembre del mismo año (fs. 3 y ss. c. del Tribunal).

3. La Demanda

El censor pretende la ruptura del fallo impugnado, acusándolo, con fundamento en la causal tercera de casación, de haber sido dictado en un juicio viciado de nulidad, por "la existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso".

La omisión en la práctica de un dictamen pericial tendiente a establecer el estado mental del procesado, es la irregularidad en que sustenta la impugnación, pues en su sentir, "la situación del procesado indica que no se encontraba en capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con ésa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental" (f. 60 c. del Tribunal).

En sustento de su aserto precisó que "Bedardo Rubén Ruiz Montes no sólo consumía estupefacientes sino que ingería licor no oficial (ñeque), que es una verdadera bomba, lo que seguramente tenía en el momento del insuceso su mente obnubilada".

"La indagatoria del procesado -agregó-, tomada varios meses después nos indica que lo menos que podía hacer el instructor y luego el señor juez del conocimiento era enviar a los legistas o al siquiatra al señor Yango. Su carrera de drogadicto es larga y de consumidor de licores, licores de pésima calidad que lo colocan en el campo de la inimputabilidad" (f. 62 *ibidem*).

Invocó la invalidación de lo actuado a partir del auto mediante el cual se clausuró el ciclo instructivo, para que "regrese la actuación a la Fiscalía que calificó el asunto, y el procesado sea enviado a los médicos legistas o al siquiatra para que con fundamento en el dictamen se pueda determinar si el señor Rubén Ruiz Montes es o no imputable".

4. Alegación de no Recurrente

Luego de afirmar, con apoyo en varias sentencias de esta Corporación, la inexistencia de elementos de juicio que permitieran deducir algún trastorno mental en el procesado, y que por lo mismo justificaran la práctica del experticio psiquiátrico, el Procurador Judicial 169 en Asuntos Penales solicitó la desestimación del cargo:

"En el caso de autos, a pesar de que el procesado, conforme a las declaraciones de los testigos era un consumidor habitual de drogas alucinógenas -agregó-, de su proceder en el momento de los hechos no se desprende que haya actuado con la mente perturbada por algún episodio de locura transitoria, o que se hubiese obnubilado por algún estado de inconsciencia o por algún trance alucinatorio, que hubiera impedido la facultad de comprender la ilicitud de su acto o de determinarse conforme a esa comprensión, como lo sostienen con muy buen tino, tanto el fallador (sic) de primera como de segunda instancia"

"El dicho del procesado contenido (sic) en su indagatoria -agregó-, da a entender muy claramente, aunque fue rendida mucho tiempo después, que tenía cabal consciencia de su ubicación en el tiempo y en el espacio, lo cual no es concebible, como es apenas lógico, en un estado de trastorno mental transitorio o permanente" (f. 69 ib.).

Habiendo descartado la enajenación mental alegada por el recurrente, y la concomitancia temporal entre ese presunto trastorno mental y la realización del hecho legalmente descrito, con tal entidad que haya anulado la capacidad de comprensión del sujeto, concluyó que lo planteado por el procesado en diligencia de inquirir -donde se mostró ajeno a lo sucedido-, es una coartada "para desembarazarse de la sindicación que se le formula".

5. El Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Luego de precisar el alcance del cargo formulado, el cual dice relación "con la presunta omisión del juzgador de decretar una probanza relacionada con la presunta anormalidad psíquica transitoria en que hubiese podido incurrir el actor en el momento de la comisión de los hechos", el Procurador Delegado calificó de equivocada la vía de ataque, "pues vincula con iguales consecuencias el vicio in procedendo por violación del debido proceso, con la violación del derecho de defensa" (f. 12 c. de la Corte).

A la falencia advertida agregó la falta de demostración del cargo, pues "cuando tal estado de enajenación pretenda el demandante que se reconozca, a él corresponde demostrar, con razonamientos lógicos, y no meramente especulativos o potenciales, que el procesado estuvo ajeno a sus facultades volitivas en el momento de la comisión del hecho".

Seguidamente advirtió que en el sistema penal colombiano la embriaguez o la dependencia de las drogas psico-disléptica no constituye de suyo causal de inimputabilidad o de inculpabilidad, a menos que haya dado lugar a trastorno mental de tal magnitud que impida a la persona que actúa bajo sus efectos comprender la ilicitud de su comportamiento.

"La judicatura no ha desconocido que el señor Ruiz Montes tenga adicción a sustancias estupefacientes o al alcohol -agregó-; lo que se ha demostrado es la determinación del comportamiento al tiempo de cometer el injusto, en la medida que las pruebas adosadas no evidencian ajenidad ninguna". Calificó

de "intrascendente" el recaudo del experticio técnico sobre la imputabilidad del prenombrado, "en el entendido que sus facultades cognoscitivas jamás estuvieron ausentes dadas condiciones que desde el inicio advirtió el juzgador (fiscal, juez), tales como su ubicación en el tiempo y en el espacio, las condiciones modales en que se desarrolló el injusto -recuérdese que una vez apuñaló a Román Antonio Arzuza Ortega abandonó el sitio de los hechos-, y sobre todo la no advertencia por parte del Fiscal instructor, ni del Agente del Ministerio Público, ni del defensor que asistió en la etapa investigativa al sentenciado sobre características que denunciaran de algún modo ajenidad mental ni permanente ni transitoria en cabeza de Bedardo Rubén Ruiz Montes".

Al amparo de esas premisas, sugiere a la Sala no casar el fallo recurrido.

5. Consideración de la Corte

En principio, el enfoque del reproche resulta desatinado al pretenderse la nulidad de la actuación por violación al debido proceso, teniendo por fundamento la omisión de la práctica de un dictamen siquiátrico pericial del procesado, pues la negativa o la inactividad del funcionario en el recaudo de determinada prueba a partir de la cual se podría descartar la comisión del hecho punible o la responsabilidad, o establecer un tratamiento punitivo más benigno, genera la invalidación de lo actuado pero por la vulneración del derecho de defensa, en cuanto tal evento coarta la garantía del contradictorio y niega al sindicado, o a su representante judicial, la posibilidad de aportar aquellos medios de convicción que, siendo conducentes y pertinentes, revisten aptitud para refutar la incriminación, descartar la responsabilidad, invocar la aplicación de diminuentes punitivas, o, en general, procurar situaciones beneficiosas a la pretensión defensiva.

El derecho a la defensa también resulta conculcado cuando el funcionario, en abierta oposición al mandato del artículo 362 del Código de Procedimiento Penal, limita o impide al imputado el ejercicio de la facultad "de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su defensa o para la explicación de los hechos", u omite, sin fundamento racional alguno, verificar las citas por aquel hechas, o se abstiene de practicar las "diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones", en el entendido de que éstas revistan un mínimo de racionalidad y verosimilitud, según el criterio jurisprudencial sentado al respecto por la Sala, pues el fiscal, como director del sumario, mal puede orientar la labor instructiva a la indiscriminada comprobación de todas las afirmaciones que en su natural interés defensivo haga el imputado, como quiera que con tal proceder, además de dilatar injustificadamente el proceso, desviaría el objeto de la investigación.

Constituye, en cambio, violación al debido proceso por la inaplicación del principio de investigación integral, la ausencia de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la verdad, o lo que es igual, en la genérica labor de ordenación, recolección, formación y aducción de la prueba, que impone, con rango constitucional, la obligación de "investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y... respetar sus derechos fundamentales y las garantías

procesales que le asisten" (arts. 250 de la Constitución Política y 333 del Código de Procedimiento Penal).

Conviene advertir, sin embargo, que no siempre la omisión de la práctica de una prueba, o el rechazo a la pretensión probatoria repercuten inexorablemente en la vulneración del principio de indagación integral o del derecho a la defensa, según el caso. Para arribar a cualesquiera de estas conclusiones, la prueba echada de menos tendría que ser a estos efectos y en un plano racional de abstracción, confrontada con los restantes elementos de juicio, para evidenciar así que su ausencia determinó el proferimiento de una sentencia distante de la verdad y por ende lesiva de los intereses del sujeto procesal.

Este ejercicio no puede cimentarse en meros juicios especulativos construidos a partir de la subjetiva y fragmentaria apreciación de las probanzas por parte del actor, pues la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, en tratándose del acopio de la práctica de la prueba pericial sobre su sanidad mental, aparece condicionada, en su conducencia y pertinencia, a la comprobada existencia en el expediente de objetivos elementos de juicio que den lugar a poner en entredicho la imputabilidad del acriminado, como los antecedentes de enfermedades mentales en su familia, traumatismos craneales severos, trastornos de personalidad deducidos del historial clínico o del comportamiento observado antes, durante, o con posterioridad a la comisión del hecho, etc.

En este sentido resulta impertinente la tesis del casacionista, quien parte de la imperatividad de ordenar el peritaje siquiátrico siempre que el sindicado haya actuado en estado de ebriedad o admita ser adicto a sustancias sicotrópicas, pues tal decisión dependerá del razonado criterio del juez, que excluye la práctica del aludido examen cuando los hechos establecidos en el proceso le permitan dar por sentado que, por no surgir duda razonable alguna acerca de la sanidad mental del procesado, la prueba sugerida resultaría inoficiosa.

En el caso materia de examen, evidente resulta la ausencia de fundamento de parte del impugnante, en su pretensión por establecer la existencia de elementos de convicción, que de conformidad con su particular criterio, darían lugar a afirmar del procesado la incapacidad de comprender la ilicitud de su conducta, o de cabal autorregulación, en razón al hábito de ingerir "licor de pésima calidad", y consumir sustancias alucinógenas, sin considerar que desde una perspectiva objetiva real, los elementos probatorios tomados en cuenta por el investigador le imponían tener que descartar la necesidad de la práctica del examen siquiátrico que, según los hechos establecidos en el proceso, a nada conduciría.

Son esos elementos de juicio los testimonios de Salomón Enrique Marfiory Cantillo y Lucila Solano Manrique, quienes presenciaron los hechos y refieren que el procesado "se dedica a atracar a las personas que deambulan durante la noche por el mercado" (f. 14 c.o.), y dan fe de la actitud consciente y de autorregulación, por él asumida antes de agredir a Román Antonio Arzuza

Ortega, a quien se dirigió -en un primer momento- verbalmente exigiéndole dinero y amenazándolo con un puñal, para luego, ante la huida de la víctima, perseguirla, hacerle perder el equilibrio, propinarle varias puñaladas y huir de la escena del crimen, buscando afanosamente evitar ser aprehendido por los efectivos del orden.

Este recuento fáctico es el sustento en que el juzgador se apoya para tener al procesado como orientado en tiempo y espacio, en el momento de realización de la conducta, y con plena conciencia de lo que hacía, declarando en consecuencia su estado de imputabilidad para efectos de la aplicación de la pena correspondiente, sin llegar siquiera a considerar la posibilidad de practicar una prueba pericial que por demás en desarrollo del proceso nadie solicitó, y que de haberlo hecho, resultaba manifiestamente impertinente.

Así las cosas, los argumentos del impugnante carecen de fundamento, pues lo que se establece de la prueba testimonial allegada, no es la insanidad mental de Bedardo Rubén Ruiz Montes, o el trastorno transitorio de su personalidad, sino la exteriorización de una personalidad proclive al delito, deducida del hábito de interceptar a quienes avanzada la noche transitaban por la Plaza de Mercado de Sincelejo, y, luego de amenazarles con arma cortopunzante, exigirles la entrega del dinero, tal como le sucedió a los testigos antes mencionados, uno de los cuales (Salomón Enrique Marfiory Cantillo), al negarse a acceder a tan violentos requerimientos, fue agredido por el procesado, en similares circunstancias a las aquí descritas (f. 14 ib.), y en las que fue ultimado el desafortunado Román Antonio Arzuza.

Por hallarse los jueces de instancia en presencia de testimonios que excluían cualquier asomo de duda respecto de la normalidad biosíquica que exhibía el procesado para el momento de la comisión de los hechos objeto de juzgamiento, no resultaba imperativo decretar el peritaje siquiátrico forense que ahora se echa de menos. Y ante la evidencia de un comportamiento no revelador de trastorno alguno, la no práctica del aludido examen lejos está de constituir violación al derecho de defensa, por lo que se impone el rechazo de la nulidad planteada, en cuanto deviene manifiestamente sin fundamento.

No prospera el cargo.

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

NO CASAR la sentencia ameritada.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

ERROR DE HECHO/TIPICIDAD

Sabido es, que no pueden invocarse simultáneamente los dos sentidos del error de hecho sobre la misma prueba, pues se excluyen entre sí. El falso juicio de existencia se estructura cuando se omite una prueba presente en el proceso o se le da patente a una que nunca fue practicada o aportada dentro de él. Por el contrario, el falso juicio de identidad conlleva en que se apreció una probanza que se encuentra en la actuación, pero los hechos que revela fueron distorsionados, o en que se apreció en contravía de las reglas de la sana crítica.

Lo anterior quiere decir, que al mismo tiempo no se puede analizar una prueba y omitirla, pues su examen implica el haberla tenido en cuenta; tampoco se puede pregonar que la evidencia que es fruto del análisis no existe en el proceso, para luego sostener que sí existe aunque se le distorsionó su contenido.

Olvida el recurrente como oportunamente lo recuerda la Delegada, que en presencia de varios comportamientos típicos cada cual conserva su independencia jurídica y probatoria, por manera que al no comprobársele en uno de ellos autoría o responsabilidad al procesado no se implica necesariamente que también haya de llegarse al mismo resultado respecto de los demás ilícitos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C. nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta. No. 131 (02-09-99) Proceso No. 9986

VISTOS

Decide la corte sobre el recurso de casación impetrado por los defensores de los procesados Luz Stella Muñoz Mora y Carlos Ferney Reyes Cuéllar, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Florencia, confirmatoria de la dictada por el Juez 3o. Penal del Circuito de la misma ciudad, que los halló responsables a la primera en calidad de autora de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, y al segundo como coautor del delito de peculado por apropiación.

A la señora Muñoz Mora la condenó a purgar prisión de cuatro (4), pagar una multa de cincuenta mil pesos ($50.000.oo) a la de interdicción de derechos y funciones públicas por un año y medio, y al pago de cien (100) gramos oro como indemnización de los perjuicios materiales, negándole el derecho a la condena de ejecución condicional.

A Carlos Ferney Reyes Cuéllar, lo sancionó con una pena de prisión de un (1) año, a la interdicción de derechos y funciones públicas por seis (6) meses, y a pagar una multa de veinticinco (25) gramos oro, concediéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional e imponiéndole un período de prueba de dos (2) años.

Hechos

El trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), la Gobernación del Caquetá autorizó un avance por dos millones doscientos mil pesos ($2.200.000.oo) a favor de Luz Stella Muñoz Mora quien para entonces se desempeñaba como Almacenista General de la Gobernación, para que con este dinero adquiriera llantas, protectores y neumáticos para los automotores que se encontraban al servicio de la Secretaría de Obras Públicas.

Dicho avance tan sólo fue legalizado ocho meses después, es decir, en diciembre, adjuntándose como soporte la factura No. 55163, en la que aparecía que los elementos habían sido adquiridos por la suma de dos millones ciento cincuenta y seis mil cuatrocientos setenta y cuatro pesos ($2.156.474.oo), luego se descubrió que esta factura era apócrifa pues, en realidad, el valor real de los elementos adquiridos fue de un millón ochocientos treinta y seis mil ciento noventa y ocho pesos con sesenta y cuatro centavos ($1.836.198.64).

La diferencia entre estos valores, descontado un reintegro que hiciera Luz Stella Muñoz por cuarenta y tres mil quinientos veintiséis pesos ($43.526.oo) constituyó, a no dudarlo, una defraudación en contra del Tesoro Departamental de trescientos veinte mil doscientos setenta y cinco pesos con cuarenta centavos ($320.275.40).

Por tales hechos fueron sindicados y se vinculó al proceso a la referida Muñoz Mora y al por entonces Secretario de Obras Públicas del departamento, Carlos Ferney Reyes Cuéllar, dado que fue la persona que asumió los trámites de adquisición de los bienes en la ciudad de Neiva.

Actuación Procesal

En los siguientes términos la Delegada hizo el compendio correspondiente:

Con base en la denuncia presentada por Luis Alberto Pachón Guerrero, funcionario de la Sección de Juicios, Visitas e Investigaciones Fiscales y la averiguación adelantada por la Contraloría Departamental, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal dió inicio a la etapa preliminar. Luego de escuchar en versión libre a la señora Luz Stella Muñoz se abrió formal investigación

librándose en su contra orden de captura para vincularla mediante indagatoria.

En atención a que la sindicada no compareció al proceso como tampoco lo hizo el señor Carlos Ferney Reyes a quien se ordenó escuchar en indagatoria se les vinculó mediante declaratoria de persona ausente. Distinta fue la situación de Manuel Ricardo Ochoa Mora quien una vez capturado fue escuchado en indagatoria.

El juzgado resolvió la situación jurídica de los tres vinculados así: respecto de Manuel Ricardo Ochoa Mora se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento, y a Luz Stella Muñoz Mora y Carlos Ferney Cuéllar se les ordenó detención preventiva por los delitos de peculado por apropiación y falsedad en documento privado.

Contra la anterior decisión, el defensor de la señora Muñoz Mora solicitó la declaratoria de nulidad, petición que fue negada, ante lo cual interpuso el recurso de reposición el que también fue negado, concediéndole en subsidio la apelación. Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal.

Una vez efectuada la captura de Reyes Cuéllar y escuchado en indagatoria se le concedió la libertad provisional.

Cerrada la investigación por la Fiscalía Especializada de Patrimonio de Florencia, se calificó el sumario con preclusión a favor de Manuel Ricardo Ocho Mora y se profirió resolución de acusación en contra de Luz Stella Muñoz Mora y Carlos Ferney Reyes Cuellar, decisión confirmada en segunda instancia en el sentido de llamar a juicio a Stella Muñoz por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público y a Reyes Cuéllar solamente por peculado por apropiación.

En la etapa del juicio el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia, practicó las pruebas solicitadas por las partes y otras de oficio, y una vez evacuada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria que al ser apelada por los defensores de los procesados recibió confirmación por parte del Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

Las Demandas

Primera Demanda

La eleva el defensor de oficio de Luz Stella Muñoz Mora proponiendo un solo cargo en el ámbito de la causal primera de casación, segundo cuerpo, por haber cometido el fallo tres errores de hecho por "interpretación errónea de la prueba" relacionada con la falsedad ideológica de la factura 55163, dado que se desconoció el dictamen grafológico de Medicina Legal

Respecto al primer error recuerda que en la conclusión del dictamen de Medicina Legal se advierte que no puede señalarse a su prohijada como autora de la firma que aparece en la factura pues se requiere de mayores y abundantes muestras caligráficas suyas, aunque sí se puede predicar la fal-

sedad del sello que acompaña la signatura. Esto lo lleva a concluir que no existe prueba sobre la posible falsificación de la firma cuestionada.

En razón a ello considera que no hay prueba suficiente que permita determinar que dicha factura hubiese sido confeccionada por la implicada. Sin embargo, el *ad quem* declaró que sí la había, "...dándole una interpretación errónea a la prueba de la falsedad del documento público...".

En lo relacionado con el segundo error advierte que se suponen los indicios de interés en la falsificación de la factura y de la necesidad para suministrar los datos de la factura y relacionar a su poderdante con el hecho investigado. Al respecto recuerda las palabras del Tribunal para descartar la responsabilidad de la procesada en la elaboración de la factura, como documento privado, pero atribuyéndole la responsabilidad en la legalización del gasto efectuado, fundamentándose en que solo a ella le interesaba consignar los datos que contrariaban la realidad.

Sobre este particular advierte el censor que los indicios que deduce el fallador (necesidad e interés) "...eran del desarrollo de su función como almacenista pues era su obligación hacerlo y lo realizó con base en la factura 55163...", cuyos datos le sirvieron para confeccionar el avance. Y que el empleado oficial únicamente responde por el dato entregado mas no por su autenticidad o apocrifidad, aserto respaldado por el principio constitucional de la buena fe.

Luego de hacer una cita doctrinal sobre el tema, resalta la duda que le surge al Tribunal respecto a la creación de la factura para advertir que lo propio debió hacerse con la falsedad en documento público que se le imputa; necesariamente, para elaborar la legalización del avance tuvo que tener como soporte la factura pues de allí extrajo los datos, por lo que debe existir un nexo causal entre el soporte y lo legalizado. Por tanto, "...aquí no tiene cabida la prueba indiciaria, por cuanto ésta debe basarse en la experiencia y supone un hecho indicador (art. 300 del C.P.P.) y debe tener relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal".

Respecto a un tercer error aclara que es una consecuencia de los anteriores yerros. Por consiguiente demostrados estos tropiezos del fallador, debe descartarse a su prohijada como autora del delito de peculado por apropiación "...pues presuntamente se llevó la acción falsaria con el ánimo de apropiarse de bienes del Estado, por cuanto en la comisión del delito de peculado se hace necesaria la falsedad del documento privado y sin ello es imposible su realización".

Culmina señalando que como quiera que la prueba pericial fue insuficiente para demostrar que Ochoa Mora fue la persona que falseó la factura, lo propio puede decirse de que lo haya hecho respecto de la legalización del avance; que los indicios de "interés" y "necesidad" no tienen fundamento probatorio alguno pues no tienen relación causal entre el soporte y la legalización. Y que si no se puede concluir sobre la autoría de la procesada en el delito de

falsedad ideológica, tampoco se puede hacer lo propio respecto del peculado por apropiación.

Como normas violadas señala los artículos 246, 247, 219 del C.P.P. así como los arts. 133, 221 y 2o. del C.P. al tiempo que solicita casar la sentencia impugnada.

Segunda Demanda

El segundo libelo es el elevado por el representante judicial del procesado Carlos Ferney Reyes Cuéllar proponiendo dos cargos con fundamento en las causales tercera y primera de casación, respectivamente.

En lo referente al primer reproche asevera que la sentencia se dictó con base en un juicio viciado de nulidad toda vez que se incurrió en la resolución acusatoria en un error de subsunción o falsa adecuación típica al imputarse a su defendido una coautoría en el delito de peculado por apropiación.

Basa sus razones en que el delito deducido a su cliente se dedujo de la apropiación del sobrante del avance concedido a la almacenista Muñoz Mora, y en que ella era la única responsable del dinero que se le giraba, quedándose con la diferencia entre el costo real de las llantas y el que consignó en la legalización del avance. Como quiera que solamente ella adquirió la facultad de manejo de estos dineros por habérsele encargado -por delegación- de su custodia y manejo, es imposible predicar que su prohijado sea señalado como coautor del delito de peculado.

Al efecto recuerda que Reyes Cuéllar carecía de la facultad de administración y manejo, aparte de que jamás entró en posesión de esos dineros, así como tampoco tuvo una relación funcional o material que le permitiera disponer de ellos para sí o para un tercero, careciendo el proceso de prueba alguna que permita demostrar lo contrario.

Tampoco puede predicarse que hubiese determinado a otro a realizar dicha conducta pues tampoco existe probanza alguna que así lo enseñe. Si el peculado por apropiación hubiese recaído sobre la negociación misma de las llantas, tal vez habría podido pensarse que se hubiese entrado al campo de la determinación. Pero nada tuvo que ver con la apropiación del sobrante.

Por consiguiente, al imputar a su defendido coautoría en el peculado por apropiación, luego de exonerársele de todo cargo con respecto a la falsedad documental, "...se extranguló la lógica jurídica ante la manifiesta ausencia del FACTUM de la conducta, respecto de Reyes Cuéllar y los esenciales elementos normativos de la misma: administración, manejo, posesión, relación funcional y material seguida de la disponibilidad, desconociéndose, además, principios fundamentales como el de la INEQUIVOCIDAD en la tipicidad de la conducta..."

A su juicio, por consiguiente, queda demostrada la ajenidad de su prohijado al delito de peculado por apropiación, como coautor material o como determinador. Resalta la exoneración del delito medio (falsedad documental)

necesario para consumar el peculado en referencia, y explica de contera que la consignación del valor del faltante lo hizo con el exclusivo fin de acceder a su libertad.

En lo atinente con la negociación de las llantas, considera que su defendido mintió pese a ser inocente, simplemente para destruir las apariencias que lo comprometían; amén de que la situación era por completo ajena al peculado, dando lugar si es del caso, a una posible celebración indebida de contratos, en la modalidad prevista en el artículo 146 del C.P."...cuyos elementos estructurantes difícilmente se conjugarían ante la buena fe conque se actuó y las determinantes circunstancias de fuerza mayor alusivas a la urgencia en la adquisición de esos elementos para la maquinaria inmovilizada por su falta".

Siendo ello así y como resultaría inaplicable para el asunto la Ley 80 de 1993 en consideración a los principios de preexistencia y favorabilidad, dado que el hecho tuvo ocurrencia en abril de 1987 la acción penal se encontraría prescrita, de acuerdo con los preceptuado en los artículos 80 y 82 del Código Penal.

Como normas violadas señala los artículos 2o., 3o., 21, 29 y 133 del Código Penal, así como los arts. 1o., y 441 del Código de Procedimiento Penal, solicitando la casación de la sentencia y la declaratoria de nulidad parcial de todo lo actuado en relación con su poderdante, a partir de la resolución de acusación, inclusive:

Segundo:

Lo invoca como cargo subsidiario señalando la violación directa, por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal. Como fundamento asevera que aparece nítidamente demostrado que en el presente asunto se presentaron dos episodios distintos (la negociación de los elementos, y la indebida apropiación del avance). Evidencia lo anterior que el peculado por apropiación quedó delimitado al sobrante del avance. Por tanto, su poderdante no podía ser el autor material de este ilícito por no encontrarse dentro de sus facultades la administración, custodia, manejo, relación material y funcional o jurídica y disponibilidad, con respecto a los dineros provenientes del referido avance y su sobrante. Luego de volver a recordar la exoneración que favoreciera a Reyes Cuéllar del delito de falsedad, repite que nunca entró en posesión de los dineros, ni mucho menos tuvo acceso a ellos, pues de esto se encargó en todo momento la almacenista Muñoz Mora, por expreso mandato del Gobernador.

Finalmente, en lo que se refiere a la negociación de su defendido con el favorecido con preclusión Ochoa Mora, a quien envió donde la almacenista para que le pagara 1.836.198.64, asegura que puede tenérsele como determinador de este pago, pero nunca como determinador de la apropiación del excedente, dado que no existe la mínima prueba que así lo confirme porque las llantas realmente se adquirieron al precio normal del mercado.

No obstante, a su juicio los falladores confundieron los episodios a que ha hecho referencia y, por ende, el proceso de adecuación típica, para caer en grave error de subsunción que, de no haberse producido, habría generado como consecuencia un fallo de carácter favorable a los intereses de su cliente. Solicita, por consiguiente casar el fallo impugnado y dictar uno absolutorio.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO

DELEGADO EN LO PENAL

En lo que atañe a la primera demanda, esto es la presentada por el defensor de Luz Stella Muñoz Mora, critica el desconocimiento de las exigencias de claridad y precisión que impone la técnica casacional tanto en la formulación del reproche como en su demostración.

Pese a que señala la violación indirecta de la ley sustancial, no señala si el yerro aducido es de hecho o de derecho amén de que luego introduce una confusión al mezclar indebidamente la violación directa y la indirecta, aduciendo que se trata de un error de hecho por interpretación errónea, para luego asegurar que se está frente a un falso juicio de existencia por interpretación errónea de la prueba de la falsedad, confundiendo así el problema de la existencia de la prueba con el de su identidad o contenido.

Más adelante descalifica el libelo por presentar varias falencias al mismo tiempo (tres errores de hecho: sobre la prueba de la falsedad ideológica en documento público: por efectos de la suposición de indicios, y sobre la autoría de la falsedad de la factura utilizada para la legalización del avance en cabeza de la procesada) pues le correspondía hacerlo en cargos separados.

De todas maneras, la Delegada analiza los errores invocados empezando por el que supuestamente se cometió en relación con la prueba que acredita la falsedad ideológica, para criticar el libelo por no concretar qué aspectos de los dictámenes fueron falseados por el fallador. Agrega que allí se terminan dando opiniones genéricas y se olvida, además, confrontar el pretendido yerro con las pruebas que sustentaron la condena de la defendida del actor.

De otro lado, la Delegada llama la atención del recurrente por no tener en cuenta que en tratándose de un concurso heterogéneo de delitos, cada cual se decide de manera separada, por lo que la no comprobación de responsabilidad en uno de ellos por sí solo no desvirtúa la que tenga que ver con el otro o los otros, amén de que la intervención directa de la procesada en el hecho se encuentra comprobada, pues es verdad que ella consignó al documentar la legalización del avance, un valor que no correspondía al realmente pagado, suma que sabía perfectamente cuál era dado que ella intervino personalmente en la negociación. Por tanto, los dictámenes grafológicos ninguna incidencia tienen frente a la demostración de la responsabilidad de la MUÑOZ en la falsedad.

Respecto al segundo error (suposición de los indicios de interés y de necesidad en la falsificación de la factura) considera que el recurrente da al traste

con la verdad de la sentencia pues si bien la Fiscalía de segunda instancia dio cuenta de estos indicios, ellos no fueron tenidos en cuenta por las sentencias para deducirle a la procesada responsabilidad por la falsedad en documento público, pues el razonamiento se basa en que fue ésta quien elaboró la legalización del avance y en que al hacerlo incorporó documentalmente una falsedad ideológica.

También considera que le falta razón al recurrente al transcribir parcialmente un párrafo de la sentencia, alusivo a la duda probatoria sobre la responsabilidad de la inculpada en el delito de falsedad en documento privado, pues le otorga un alcance diferente, ya que no es cierto que los datos consignados en la factura falsa la hubiesen determinado en error al legalizar el avance, dado que ella los tomó a sabiendas de que no correspondían a la realidad. Fue ella misma la que pagó el valor de las llantas y por ende sabía cuál era el costo real de dichos elementos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el tercer error (la falsedad de la factura es causa necesaria para declarar la responsabilidad del peculado y la falsedad ideológica), considera la Delegada que desconoce la autonomía de cada delito por lo que ninguno depende para su estructuración de los demás. Además, resulta un desatino pretender que la no comprobación de la responsabilidad de la procesada en la falsedad de la factura por sí sola demerite la contundente prueba sobre la cual se determinó su responsabilidad penal en el delito de peculado por apropiación.

Por tales razones, considera que la demanda no está llamada a prosperar.

En lo referente al segundo libelo considera que el argumento central del escrito es decir, que el condenado (no puede ser autor del peculado pues nunca tuvo disponibilidad del dinero) no encuentra un debido desarrollo y se queda en el mero enunciado de que se trató de un delito de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, cuya estructura no se esfuerza ni logra demostrar y que además él mismo pone en entredicho cuando alude a la buena fe y a la fuerza mayor que mediaron por la urgencia que en el momento habría para contratar.

En cuanto a la ausencia de disponibilidad sobre el bien objeto de apropiación, la Procuraduría reseña precedentes jurisprudenciales en tanto allí se fijó paulatinamente el concepto de ley en sus sentidos material y jurídico con el fin de admitir dentro de la relación funcional aquella que se originaba en actos administrativos como los decretos, las ordenanzas y las órdenes comprendidas en los reglamentos.

Como en la valoración hecha por el Tribunal -uno de cuyos apartes cita- es obvio que se dio por descontada dicha disponibilidad, derivada del análisis sobre la solicitud que hiciera el procesado para la autorización del avance, y del contacto que hizo con Ricardo Ochoa Mora para la consecución de los elementos, ninguna objeción ofrece la selección del tipo objetivo.

Por otra parte, destaca, si la intención del censor era atacar el grado de participación de su prohijado y la responsabilidad penal a él atribuida, nada

hizo por demostrarlo, aparte de la falla técnica que ello implica si se tiene en cuenta que tal afirmación la hace en el cargo segundo, formulado en el ámbito de la violación indirecta, hecho que lo obligaba a respetar los hechos y la valoración probatoria del *ad quem*.

Finalmente, observa la Delegada que se ha incurrido en una violación al principio de legalidad de la pena respecto de la "accesoria" de interdicción de derechos y funciones públicas toda vez que a los implicados se les condenó en cantidades menores a las de la pena principal, desconociéndose lo preceptuado en el art. 52 del C.P. que la preceptúa un período igual. Por tal razón solicita de la CORTE se case parcialmente la sentencia para remediar el entuerto.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Primera Demanda

1. El demandante anuncia un único reproche pero al desarrollarlo indica tres falencias que, a su juicio, ameritan la casación de la sentencia. Aunque se encuentran delimitadas dentro del cuerpo del único cargo, debió haberlas presentado como ataques independientes, en capítulos separados. Sin embargo, esto no pasa de ser una mera impropiedad, pues cada uno termina desligado de los demás permitiéndose su consideración individual.

Sí constituye un grave quebranto a la técnica casacional, en cambio, los fundamentos comunes a los varios yerros que denuncia. Dice el actor, en el aparte correspondiente, que el marco jurídico que propone para presentarlos es el de la violación indirecta proveniente de un error de hecho "por interpretación errónea" de la prueba.

El error es ostensible. *Sabido es, que no pueden invocarse simultáneamente los dos sentidos del error de hecho sobre la misma prueba, pues se excluyen entre sí. El falso juicio de existencia se estructura cuando se omite una prueba presente en el proceso o se le da palente a una que nunca fue practicada o aportada dentro de él. Por el contrario, el falso juicio de identidad conlleva en que se apreció una probanza que se encuentra en la actuación, pero los hechos que revela fueron distorsionados, o en que se apreció en contravía de las reglas de la sana crítica.*

Lo anterior quiere decir, que al mismo tiempo no se puede analizar una prueba y omitirla, pues su examen implica el haberla tenido en cuenta; tampoco se puede preponar que la evidencia que es fruto del análisis no existe en el proceso, para luego sostener que sí existe aunque se le distorsionó su contenido.

En el caso presente, el actor alude a un falso juicio de existencia pero asevera que se interpretó erróneamente la prueba. Esto indica que sí fue objeto de análisis aunque con resultados que no se desprenden de su tenor. El contrasentido es indudable y conforma una falencia que anuncia temprano el fracaso del reproche.

No mejoran las cosas con el proseguir de la demanda. A continuación explica el recurrente que la prueba ignorada (la factura 55163) pero interpretada erróneamente (?), fue tomada como "cierta", desconociéndose el estudio grafológico que obra a fls. 102 y 103 del cuaderno de primera instancia. Como se ve, su razonamiento abandona abruptamente el error de hecho para incursionar en el falso juicio de convicción, propio del error de derecho.

Según esto, el problema ahora no es de distorsión u omisión, sino de conclusión, pues la prueba de la falsedad no ha debido tenerse por "cierta". Contrario sensu, de ella ha debido predicarse su mendacidad. Aparte de la notoria indecisión del censor, que lo lleva de aquí para allá por los distintos sentidos de la violación indirecta, crece la impropiedad al incursionar en el falso juicio de convicción, terreno estéril para este tipo de alegaciones desde cuando las reglas de la sana crítica reemplazaron la rígida tarifa legal.

2. Abandonando estas premisas conceptuales del actor, que en su imprecisión oscurecen su pensamiento, hasta el punto de no identificarse con precisión, lo que realmente denuncia, la sala acomete el estudio de los errores que presenta en busca de la necesária clarificación.

El primer error de hecho, parte de una idea equivocada. Como quiera que según el dictamen de Medicina Legal no se le pudo comprobar a su prohijada la elaboración material de la factura apócrifa, tampoco podía deducirse lo mismo respecto de la falsedad ideológica cometida en relación con la documentación del avance que legalizó la compra de las llantas.

Olvida el recurrente como oportunamente lo recuerda la Delegada, que en presencia de varios comportamientos típicos cada cual conserva su independencia jurídica y probatoria, por manera que al no comprobársele en uno de ellos autoría o responsabilidad al procesado no se implica necesariamente que también haya de llegarse al mismo resultado respecto de los demás ilícitos.

En el caso de autos, el hecho de que no se le hubiese deducido la elaboración material de la factura de compra a Stella Muñoz, no indica fatalmente que tampoco pueda señalársele como autora de una falsedad ideológica en la elaboración del avance y del consiguiente peculado por apropiación.

La falsificación de la factura ha podido ejecutarla cualquier persona pues no hay relación causal necesaria entre esa actividad y el cometimiento de las otras conductas. El hecho, así presentado, se vuelve irrelevante. Lo que sí descubrió el proceso y demostró con fehaciencia, es que los datos consignados en dicho documento no podían asaltar la buena fe de la almacenista. Como quiera que ella intervino en el pago de las llantas y sabía perfectamente cuál era el precio real a pagar por el insumo también conocía que el que aparecía en la factura era por completo diferente al que realmente se había pagado.

Pero pese a que las cifras no coincidían y a que la diferencia era cuantiosa, procedió a legalizar la compra elaborando el avance con el señalamiento de un monto mendaz, consumándose con ello no sólo la falsedad ideológica en

sí, sino el peculado por apropiación, pues el dinero pasó del peculio de la administración a propiedad particular sin razón legal para ello.

Por consiguiente, ninguna trascendencia tienen los dictámenes grafológicos que citá el recurrente pues restringen su objeto a la firma de la factura, por lo que cualquier presunta falencia cometida al documento en la interpretación de su contenido, deja incólume el juicio de reproche que se le hiciera a la acusada por la falsedad ideológica cometida al documentar el avance tantas veces referido.

3. El segundo vicio que denuncia por suposición de los indicios de interés y necesidad tampoco es de recibo. Solamente una deficiente lectura del proceso hace posible el razonamiento errado del censor. A los dichos indicios hace referencia la Fiscalía de segunda instancia al desatar la respectiva apelación. No obstante, esta posición quedó como insular dado que al proferirse los fallos de primera y segunda instancia fueron otros los medios de prueba tenidos en cuenta para cimentar el juicio de reproche contra la acusada.

Como bien se observa en el fallo de segunda instancia, compaginado con el de primera instancia, los elementos de juicio que se tuvieron en cuenta para deducir la responsabilidad de la procesada se desprendieron de varias probanzas, una de las cuales fue el testimonio de su propio hermano a quien le pidió el favor de que le cambiara el cheque del avance que se le había autorizado para la compra de las llantas, luego de lo cual ella misma procedió a cancelar el valor de dichos elementos, recibiendo a cambio una factura que reseñaba la negociación. No obstante lo anterior, elaboró la legalización del avance con fundamento en otra factura apócrifa en la que no aparecía el valor real pagado sino uno mayor que cubría la totalidad del avance en referencia.

Como bien se ve, para nada se tuvieron en cuenta los referidos indicios por lo que la tacha propuesta no tiene ninguna razón de ser. Aparte de esto y como bien lo destaca la Delegada, tampoco le asiste razón al censor en lo atinente a la falsedad de documento privado pues si bien el Tribunal "consideró" que los elementos de juicio disponibles impidieron que se señalara con certeza al responsable del resto, ello no implica que por esta razón tal duda cobije a la procesada en lo que se refiere al delito de falsedad en documento público.

Constituye una exageración señalarle a esta duda una trascendencia genérica que abarque todos los comportamientos materia de la investigación y el juzgamiento. Sobre los otros delitos, como ya se ha manifestado en este proveído con suficiencia, existió la certeza suficiente pues no quedó la menor duda de que el avance lo legalizó la encartada a sabiendas de que se apoyaba en una factura apócrifa, luego de lo cual el sobrante ingresó a su peculio aunque luego hubiese reintegro.

Queda por contestar lo relativo al tercer error que propone la demanda. En este evento, tampoco corre con buena fortuna el razonamiento del censor. Dando por hecho que los anteriores reproches han prosperado, sitúa como

causa de los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, la falsedad cometida en la factura tantas veces mencionada. Sin embargo, este hilo de dependencia que pretende tejer en torno a las tres conductas es insostenible pues, como ya se dijo anteriormente la valoración y existencia de cada delito son autónomas y si bien en algún momento puede establecerse una relación probatoria, no sucede lo propio cuando se examina para deducir la responsabilidad del acusado, cumpliéndose el proceso de adecuación típica en forma independiente y, por tanto, los juicios de reproche a que haya lugar.

No prospera la demanda.

Segunda demanda

Considera el censor en su primer reproche que el proceso se adelantó viciado de nulidad dado que se erró al realizar el juicio de adecuación típica en la resolución acusatoria al señalar a Reyes Cuéllar como presunto responsable de un delito de peculado por apropiación. Y que no tenía la posibilidad de cometerlo, afirma en el segundo cargo, pues jamás tuvo la disponibilidad del dinero, la que sí tuvo en todo momento la procesada.

Como se vé, el censor en primer término propone alternativamente la estructuración de un delito de "Contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales", condicionándolo a que Reyes Cuéllar hubiese participado en la compra de las llantas para, a continuación pregonar la presencia de dos factores que exculparían a su mandante como son la fuerza mayor (dada la urgencia que había en adquirir los elementos) y la buena fe que signó su intervención como Secretario de Obras Públicas, y enseguida, además, predicar que la acción estaría prescrita.

Sin embargo el problema de la alegación se descubre cuando se sostiene que el secretario de obras no era autor ni responsable del hecho porque no participó en la elaboración de las falsedades.

De ello se desprende, incuestionablemente, que la inconformidad real estriba en la prueba de la responsabilidad y no en la calificación jurídica de la conducta. Y que se ha errado en la selección de la causal toda vez que no se discute la adecuación de la hipótesis delictiva sino su imputación al acusado.

Pierde así todo contexto la alegación en torno al asunto de la disponibilidad del dinero, o a la relación funcional, derivada de que únicamente Luz Stella Muñoz Mora se apropió del dinero y tuvo relación funcional con el mismo dado que fue quien cambió el cheque.

Las anteriores consideraciones dejan ver, entonces, que dadas las circunstancias de las cuales el demandante deriva la nulidad del proceso por error en la calificación jurídica del delito, no habría lugar a considerar como aspecto central de la objeción el tema de la disponibilidad de los bienes, y más concretamente del dinero de la administración, ni menos aún la relación funcional del señor Reyes Cuéllar con la adquisición de los elementos que se requerían para el funcionamiento de la Secretaría de Obras, puesto que la

censura se desvía hacia el cuestionamiento de la prueba de la autoría y de la responsabilidad por peculado sobre la base de que no habiendo elaborado el documento falso ninguna relación material o jurídica tenía con la suma apropiada.

En este sentido, al contrario de la postura de la Procuraduría, en tanto asume como fundamento neural el problema de la fuente jurídica de la relación funcional (si se trata de un concepto material u no meramente formal como proceso de creación de la ley) la Sala encuentra que el ataque ha sido mal concebido puesto que traslada un problema de probatorio sobre la responsabilidad hacia el campo de la adecuación típica del cargo formulado y que en ese ámbito, dentro de los límites de dicha causal, no es posible alegarlo en casación.

En cuanto al segundo cargo, presentado en forma subsidiaria por violación directa de la ley, es de destacar que se presenta con el mismo fundamento e incurriéndose en la impropiedad de trasladar una discusión probatoria como si fuese un problema de selección de la norma sustancial.

El razonamiento del actor se estructura a partir de la consideración de que la sentencia establece el peculado por apropiación en diferencia de valores entre la factura legal y la apócrifa, y en que como el Dr. Reyes Cuéllar no podía ser autor de peculado por "absoluta ausencia tanto del factum como de los esenciales e ineludibles elementos normativos de la conducta" debe proferirse fallo absolutorio.

Ahora bien el Tribunal sostuvo en el fallo no solamente que estaba demostrado que el secretario de Obras Públicas tenía plenas atribuciones "para realizar los pedidos de elementos que se requerían para la Secretaría a su cargo", sino que participó en la adquisición de las llantas en Neiva y gestionó el traslado de la mercancía a Florencia. Igualmente expresó que los testimonios de Héctor Murillo y Nancy Tovar, y las versiones de Manuel Ricardo Ochoa Mora y Luz Stella Muñoz, (esta última ante funcionario de la Contraloría) acreditaban dicha participación, y que todo indicaba que "existió consentimiento recíproco - de la dama Muñoz Mora- con el procesado Reyes Cuéllar para apropiarse del excedente del valor real de la mercancía, puesto que reintegraron el sobrante y la procesada no puedo explicar satisfactoriamente la razón por la cual procuró legalizar el avance con una factura que resultó ser apócrifa".

Mal puede entonces ser orientada la crítica del casacionista por la vía del cuerpo primero de la causal primera de casación, y lo que de veras discute tiene que ver con el sustrato fáctico en que se soporta la sentencia, y no con la errónea subsunción de esos hechos, estimados como ciertos, en la norma sustancial reguladora del caso. La Corte, se sabe, no está autorizada para encaminar la argumentación hacia otra vía, ni para suplir al censor en su deber de demostrar los errores de la sentencia y ello conduce, entonces, a que el cargo deba desestimarse.

Finalmente ha de decirse que la Sala no habrá de atender la petición del Delegado frente al pretendido vicio de legalidad de la pena, en cuanto a la imposición de interdicción, dado que ella fué deducida como pena principal y no como accesoria (C.P. art. 133) y porque las penas accesorias se imponen como tales únicamente en el evento en que no se establezcan como principales (C.P. art. 42) .

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cúmplase,

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla, Hugo Humberto Rodríguez Cortés. (Conjuez)

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

Es cierto que las ausencias básicas en la aplicación de la crítica racional pueden dar lugar a un falso juicio de identidad, si es que el Tribunal no involucra elementos de lógica, experiencia común y científica al momento de valorar la prueba, pero el actor debe demostrar primero la apariencia o el error en el fallo y, una vez logrado este propósito, ahí sí proponer la valoración que considera correcta. Proceder al revés y unilateralmente, esto es, postular una forma de apreciación de la prueba y quedarse ahí, sin señalar directa y concretamente los visibles errores cometidos por el sentenciador en esta materia, sería tratar de proyectar injustificadamente al recurso de casación la discusión que debió darse en las instancias.

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

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

Aprobado Acta N° 134 (septiembre 8 de 1999) Proceso No. 14241

VISTOS

De acuerdo con los artículos 220 y 226 del Código de Procedimiento Penal, se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Alberto Vargas Duque, quien fue condenado a la sanción principal de dos (2) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, según sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Manizales (16 de octubre de 1997), por hallarlo responsable del delito de acceso carnal violento, conforme con las previsiones del artículo 298 del Código Penal (antes de la modificación de la ley 360 de 1997), cuya víctima fue el menor Anderson Alfonso Rodríguez Silva.

El recurso extraordinario fue concedido por el Tribunal de instancia en el auto del 19 de noviembre de 1997 (fs. 221).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El episodio delictivo, conforme con las declaraciones hechas por el Tribunal, puede sintetizarse del siguiente modo:

Pocos minutos antes de las nueve de la noche del 28 de octubre de 1996, el menor Anderson Alfonso Rodríguez Silva, de 12 años de edad, acudió con el joven Andrés Felipe Gil Jaramillo (así se le menciona), de 17 años de edad, a las instalaciones del Centro de Atención Inmediata (CAI) situado en el Terminal de Transporte Terrestre de Manizales, con el fin de informar que, momentos antes, el primero había sido víctima de un acceso carnal por vía anal, en contra de su voluntad, hecho que ocurrió en el barrio "Los Agustinos" y se atribuyó al conductor del vehículo campero Willis J-6, de color rojo, con placas 0203, quien posteriormente fue identificado como Luis Alberto Vargas Duque.

Esa misma noche, el ofendido fue enviado al hospital infantil de la Cruz Roja y, de acuerdo con los datos de la historia clínica, presentaba el esfínter anal levemente eritematoso y dilatado, con signos de fisura y sin dolor.

En razón de estos acontecimientos abrió instrucción la Fiscalía Seccional del lugar; vinculó por medio de indagatoria al imputado Vargas Duque; le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención, sin derecho a libertad provisional y cerró la investigación (fs. 10, 16, 22 y 55). Por medio de providencia del 24 de febrero de 1997, la fiscal instructora profirió resolución acusatoria en contra del procesado por el delito de acceso carnal violento (fs. 65).

El juzgamiento correspondió a la Juez Quinta Penal del Circuito de Manizales, funcionaria que dictó sentencia absolutoria el 7 de julio de 1997, la cual fue revocada por el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal (fs. 112 y 197).

El Contenido de la Demanda

Comienza el demandante por invocar la causal primera de casación, en su modalidad de violación indirecta, supuestamente porque la sentencia ha transgredido los artículos 2° y 5° del Código Penal, como "consecuencia del error en la valoración de la prueba testimonial y pericial en la que se fundamenta" (fs. 236).

Para explicar la censura, el actor advierte que en Colombia la valoración de la prueba se rige por el sistema de crítica racional; que en este caso el caudal probatorio lo constituye la declaración del ofendido, la indagatoria del sindicado y las pericias a las que fueron sometidos ambos, mas, a pesar de la existencia de dichos elementos de información, la prueba es incompleta porque faltó el testimonio del joven Andrés Felipe Gil Jaramillo, quien no es testigo directo pero acompañó al afectado después de los hechos, y también se echan de menos varias ampliaciones tanto de la queja del agraviado como de la exposición del inculpado.

Se ocupa el demandante, a continuación, de transcribir una parte de las versiones del sindicado y el ofendido, advierte cómo dichas declaraciones indican que no hubo violencia para que el segundo subiera al vehículo del

primero; además, detecta ciertas contradicciones que según él conducen a la duda, tales como el lugar donde la víctima hizo el abordaje. Asevera que el Tribunal erró sobre la apreciación de la personalidad del afectado, porque se trata de un jovenzuelo de vida disoluta, de aquellos que se dedican a cometer hechos punibles en la calle y que viven de las prácticas homosexuales, pues concretamente se sabe que el ofendido ha sido ladrón, tomador de licor y experimentado en relaciones sexuales con personas de su mismo sexo.

Personalidades como la de este joven que se siente ofendido, dice el recurrente, son las que dan lugar a la calumnia y se han dado casos de denuncias que llegan a ser verdaderos chantajes. Desde este punto de vista, agrega, "no se puede corromper lo corrompido".

Ahora bien, el Tribunal sobrevaloró la prueba pericial, porque ésta señala eritema en la región anal, pero el experticio no puede afirmar que la penetración la hizo el procesado. También es posible que, por los hallazgos, el menor haya sido víctima de una tentativa de violación, antes de la imputación que se le hace a Vargas Duque, entre otras razones, porque la penetración del miembro viril no fue completa, dado que no se hallaron rastros de eyaculación.

El lugar de comisión del hecho es otro aspecto que presenta dificultad probatoria, porque se trata de la esquina de la iglesia del barrio "Los Agustinos", un sector concurrido y pleno de establecimientos abiertos al público, razón por la cual es prácticamente imposible que haya ocurrido el hecho denunciado y nadie se hubiera dado cuenta, así el carro hubiese estado herméticamente cerrado por la carpa. Se pregunta el actor: ¿cómo es posible que el menor no haya reaccionado, como sí lo hizo en otra oportunidad que intentaron violarlo?, ¿Por qué no lloró o gritó?.

Concluye que la prueba resaltada sólo exhibe duda, por ello el juzgado de primera instancia no halló dolo en la conducta del procesado, lo cual indica que la culpabilidad no fue demostrada en este proceso, ni a título de dolo ni de culpa ni de preterintención. Le parece evidente entonces que el Tribunal violó los artículos 2° y 5° del Código Penal y aplicó indebidamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Examen Formal de la Demanda

En el fondo, el impugnante revela una inconformidad con la valoración de la prueba que hizo el Tribunal, pero, a pesar de que invoca la causal primera de casación, como violación indirecta de la ley sustancial, no señala los errores de hecho o de derecho que pudo haber cometido el sentenciador.

Sin embargo, no basta mencionar nominalmente el motivo de casación, pues es preciso, en el caso de la violación indirecta, demostrar el error cometido por el juzgador, tal como se desprende de la exigencia legal de situar "en forma clara y precisa" los fundamentos de la causal escogida (arts. 220-1 y 225-3 C. P. P.).

El demandante referenció la causal de casación, en los términos que dispone el artículo 220 citado, pero después se alejó completamente de ella para dedicarse a exteriorizar el desagrado por el valor concedido en la sentencia al testimonio del ofendido y al dictamen pericial. Se ha definido por la doctrina que el recurso de casación es limitado, precisamente porque el accionante no puede abandonar los únicos canales previstos en aquella norma, dado que el carácter extraordinario de la impugnación veda cualquier tentativa de sustituir injustificadamente las instancias.

Por ello, en sede de casación no puede aspirarse a una nueva controversia libre sobre los hechos y la responsabilidad del procesado, porque, en principio, no se trata de volver sobre toda la actuación procesal o de reexaminar la prueba ya considerada por las instancias, sino de incidir sobre los vacíos trascendentales o actuaciones procesales absurdas que hayan determinado nocivamente el sentido del fin del proceso.

El impugnante dice, genéricamente, que el *ad quem* se equivocó en la evaluación de ciertas pruebas o en el reconocimiento de la personalidad del ofendido, supuestamente porque los debió tomar en sentido contrario al que lo hizo, pero en parte alguna describe tales juicios equívocos del sentenciador, como para que así quedara en evidencia el pretendido absurdo que sólo por tal característica es posible atacar por la vía extraordinaria de la casación.

Algo más: en principio, el recurso sólo puede estar orientado directamente a ese producto que se denomina sentencia de segunda instancia, de modo que la génesis de ésta y el proceso mismo, lógicamente sólo pueden atacarse a través de los errores finales cometidos por las definiciones del fallo. En otras palabras, el sentido del recurso extraordinario indica que él debe dirigirse contra la apreciación de la prueba y la interpretación de las leyes por medio de los cuales se construye la sentencia del Tribunal, razón por la cual lo primero que debe exhibir el recurrente en la demanda, de manera clara y precisa, es lo que se hizo concretamente en el fallo y que, según su estimación, sea obra de un evidente error judicial.

Afirmar que la prueba es incompleta porque se echa de menos la declaración del joven Andrés Felipe Gil Jaramillo, o la ampliación de la queja del ofendido o de la indagatoria, no deja de ser un reparo abierto contra la actividad probatoria o investigativa, pero lo importante sería conocer cuál fue el valor y la consideración otorgados por el Tribunal al material probatorio existente en el proceso, en términos concretos, con el fin de poder concluir seguramente si el vacío era relevante (además trascendente) para la definición adoptada en el proceso.

Ahora bien, es cierto que las ausencias básicas en la aplicación de la crítica racional pueden dar lugar a un falso juicio de identidad, si es que el Tribunal no involucra elementos de lógica, experiencia común y científica al momento de valorar la prueba, pero el actor debe demostrar primero la apariencia o el error en el fallo y, una vez logrado este propósito, ahí sí proponer

la valoración que considera correcta. Proceder al revés y unilateralmente, esto es, postular una forma de apreciación de la prueba y quedarse ahí, sin señalar directa y concretamente los visibles errores cometidos por el sentenciador en esta materia, sería tratar de proyectar injustificadamente al recurso de casación la discusión que debió darse en las instancias.

Todo esto se dice en relación con la prueba testimonial y también de cara al dictamen pericial, porque si bien la demanda permite conocer la crítica directa y las impresiones del actor sobre este último medio probatorio, su presentación fragmentaria no facilita el acceso a los juicios de valor que hizo el Tribunal en relación con dicha prueba.

De otra parte, aunque el censor escogió precariamente el motivo primero de casación, en su modalidad de violación indirecta, algunas referencias del escrito de demanda ponen en evidencia el desvío y la confusión en el ataque. En efecto, la afirmación de que "no se puede corromper lo corrompido", como señal de que el ofendido ya había sido inducido antes en prácticas homosexuales, significa que el demandante acepta la ocurrencia de los hechos y la prueba de los mismos, sólo que discrepa de la trascendencia jurídica de los mismos, bien por falta de tipicidad ora por ausencia de antijuridicidad material de la conducta. En este último caso, si se quiere ser consecuente, la causal de reclamación sería la primera, pero en la modalidad de violación directa, cambio que a su vez exige la indicación de si hubo aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de normas sustanciales y cuáles fueron ellas.

Igual reflexión puede hacerse con la insinuación de la tentativa de acceso carnal violento, pues se alega que la conjunción libidinosa no se consumó, y entonces bien puede ocurrir que el actor acepta los hechos pero piensa que fueron jurídicamente mal dimensionados, caso en el cual la vía correcta sería la violación directa. Sin embargo, es posible que la inquietud del recurrente radique también en la apreciación del dictamen pericial, dado que éste no revela hallazgos de semen, y entonces tal dato, según su criterio, le indica que no hubo "completa penetración" y, por ende, no se consumó el acto lujurioso, caso en el cual sería procedente la vía de la violación indirecta, pero siempre que el impugnante señale claramente si el error judicial es de existencia (por menosprecio absoluto de la información) o de identidad (por tergiversación del contenido o alcance de la prueba).

Como nada claro ni preciso ofrece la demanda para aspirar a la revisión de la sentencia por la senda extraordinaria de la casación, se inadmitirá de plano.

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

RESUELVE:

Rechazar in limine la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Alberto Vargas Duque. En consecuencia, se declara de-

sierto el recurso extraordinario concedido por el Tribunal Superior de Manizales.

De conformidad con los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, en relación con esta decisión no proceden recursos.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique 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.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se realiza sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debe sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros, la indicación clara y precisa de los fundamentos de la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, citando las normas que el recurrente estime infringidas, y el 226 ibidem estatuye que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales requisitos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N°137 Proceso No. 13713

ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada en defensa de Carlos Arturo Sánchez Moncada, procesado por un concurso de delitos de homicidio doble agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 7 de julio de 1996, por la carretera que une a Jericó (Antioquia) con su corregimiento de Palocabildo, en el campero Toyota de placas OLJ 472, conducido por Ramiro Alfonso Mendoza Gómez y fungiendo como ayudante el menor Víctor Julián Rivera Tamayo, sentado adelante al centro, se transportaban Fabio de Jesús Palacio Restrepo, en el puesto delantero derecho y Carlos Arturo Sánchez Moncada, atrás.

En el interior del vehículo fue accionada un arma de fuego, recibiendo Víctor Julián un impacto en el occipital ("a boca de jarra", sic, f. 14 cd. inicial)

y Ramiro Alfonso tres (lado derecho de la cabeza y hombro derecho, en éste "con tatuaje", f. 10 ib.), falleciendo ambos de inmediato. Perdido el control del campero, volcó sobre su lado derecho.

Abierta investigación, fueron escuchados en indagatoria Fabio de Jesús Palacio Restrepo y Carlos Arturo Sánchez Moncada, absteniéndose el 16 de julio de 1996 la Fiscalía Delegada ante Jueces del Circuito de Jericó de proferir medida de aseguramiento contra el primero, e imponiéndole detención preventiva al segundo por el "concurso de hechos punibles de doble homicidio agravado y porte ilegal de arma de fuego y munición" (fs. 105 y 106 cd. inicial).

El mismo despacho, en calificación de fecha 7 de noviembre de dicho año, precluyó en favor de Palacio Restrepo la instrucción y dictó resolución de acusación contra Sánchez Moncada por el referido concurso, determinación que fue recurrida por el procesado, pero desistió de la impugnación.

Adelantado el juicio por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, el 18 de marzo de 1997 condenó a Carlos Arturo Sánchez Moncada por el concurso de dos homicidios agravados y porte ilegal del arma de fuego de defensa personal, imponiéndole cincuenta años de prisión y diez de interdicción de derechos y funciones públicas, al igual que la obligación de indemnizar los perjuicios causados, fallo que al ser apelado por la defensa recibió total confirmación, en sentencia del Tribunal Superior de Antioquia de fecha 6 de junio del mismo año, igualmente recurrida.

La Demanda de Casación

En breve libelo, el defensor dirige, "de manera excluyente", dos cargos contra la sentencia impugnada, por violación indirecta de la ley sustancial, así:

CARGO PRIMERO: Alega el casacionista error de hecho por falta de aplicación de los artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, al haberse supuesto una prueba que no obra en el proceso, que el juzgador "hace aparecer dentro del mismo con fundamento en su deducción", acerca del conocimiento que Carlos Arturo Sánchez Moncada tenía sobre los requerimientos amorosos de que era objeto su hija Beatriz Elena por parte de Ramiro Alfonso Mendoza Gómez, coligiendo que "sin la presunción de tal móvil, no habría condena en contra de mi defendido".

CARGO SEGUNDO: Error de hecho por falso juicio de identidad, en la apreciación de dos pruebas:

1.- El testimonio de Fabio Palacio Restrepo, quien manifestó un conjunto de deducciones personales sobre los hechos "y coligió que si él no había sido el autor, lo sería Carlos Arturo Sánchez", expresión tomada como sindicación directa cuando es sólo una inferencia.

2.- Del informe de necropsia sobre los cuerpos son derivados aspectos no contenidos, como que las heridas presentaban huellas de tatuaje, que contradictoriamente acepta haberlas en el hombro derecho de Ramiro Mendoza,

error que condujo a colegir que los disparos habían sido hechos dentro del vehículo, cuando la realidad probatoria indica que tales heridas no presentan signos de esa proximidad, siendo forzoso concluir que los disparos "habían sido hechos a una distancia mayor que la que permitía el interior del vehículo y exonerarían de cargos a mi defendido".

Dice el censor que con los errores anotados "se infringió de manera indirecta por falta de aplicación el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, pues dentro del proceso no hay pruebas que conduzcan a la responsabilidad de mi representado" y solicita casar el fallo, para que en su lugar se profiera otro que declare la inocencia.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues siendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se realiza sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debe sujetarse a una serie de reglas legalmente determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros, la indicación clara y precisa de los fundamentos de la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, citando las normas que el recurrente estime infringidas, y el 226 ibidem estatuye que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales requisitos.

Frente al caso que se estudia, es en primer lugar ostensible, en ambos cargos, la deficiencia en la cita de la normatividad sustancial que habría resultado violada indirectamente por los falladores.

Ahora bien, específicamente sobre el primer reproche, lo que el censor hace es oponer su personal hipótesis sobre lo que llama "el móvil de los hechos", endilgándole una suposición al Tribunal, pero no de unas pruebas en particular, sino de la situación fáctica del eventual conocimiento que Carlos Arturo Sánchez Moncada tenía de las pretensiones amorosas de Ramiro Alfonso Mendoza Gómez hacia su hija Beatriz Elena Sánchez Suárez.

Erige tal trascendencia sobre el presunto "móvil", que afirma que sin su suposición no se habría producido la condena, apoyando su argumento en la no sustentada generalización "de todas las versiones testimoniales escuchadas, ninguna contiene esta prueba; todos dicen desconocer esta situación".

Aseveración que el propio impugnante se encarga de minimizar con lo expuesto en el cargo segundo, al efectuar sesgada referencia a elementos de comprobación que ponen de presente que el arma sí fue accionada en el interior del vehículo, desde el puesto trasero que ocupaba Sánchez Moncada, contradiciéndose el libelista cuando primero escribe que "no había tatuaje en ninguna de las heridas que presentaban los cuerpos", para enseguida anotar "que sólo en el hombro derecho del cuerpo de Ramiro Mendoza, se halló tatuaje", lo cual, aunque no reproduzca toda la verdad sobre los rastros en las

heridas, resulta suficiente para delatar las imprecisiones de la demanda y entender que se disparó desde muy corta distancia.

De otra parte, no es extrapolando las conveniencias que se deduzcan de las opiniones personales, ni con asertos genéricos huérfanos de comprobación, ni efectuando referencias palmariamente acomodadas y fragmentarias de pruebas, como la referida observación pericial sobre las huellas de los impactos y el testimonio del otro ocupante del campero donde se consumó el doble homicidio, Fabio de Jesús Palacio Restrepo, a quien se vinculó inicialmente, mediante indagatoria, ante la evidencia del accionamiento del arma desde el interior del automotor, como puede un casacionista quebrantar la doble presunción de acierto y legalidad de que viene precedida la sentencia.

Por el contrario, es su obligación demostrar concretamente los yerros específicos en que se haya incurrido en el fallo impugnado, enunciándolos apropiadamente y desarrollándolos con el adecuado soporte jurídico y fáctico, lo cual no efectúa el recurrente, menos con la claridad y precisión instituidas por el inicialmente citado artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

De esta manera, según lo dispuesto por el también referido artículo 226, la Sala debe rechazar la demanda y declarar desierto el recurso interpuesto, mediante providencia que adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (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 defensa de Carlos Arturo Sánchez Moncada 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 Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL/ PARTE CIVIL

Es evidente que tanto el Juzgado 13 Penal del Circuito de Cali como el representante de la parte civil desconocen el alcance del recurso extraordinario de casación discrecional.

En efecto, el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal estatuye que la competencia para conceder o inadmitir el citado recurso es privativa de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Contrariando la expresa disposición procedimental, el sentenciador de segunda instancia primero resolvió no concederlo, mediante proveído que luego fue revocado para admitirlo y ordenar correr traslado por el término de 30 días al recurrente para que presentara el libelo y por 15 días "a los demás sujetos procesales para que presenten su alegatos", actuación para la cual carecía de competencia, por lo que se impone declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto fechado el 15 de marzo del año en curso.

De otro lado, al tenor del inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, la parte civil carece de legitimidad para recurrir la sentencia a través del recurso extraordinario de casación discrecional, ya que ésta sólo la tiene el procurador, su delegado y el defensor.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 137 Proceso No. 16079

VISTOS

Decide la Corte la admisibilidad del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito de Cali, mediante la cual absolvió a Julio Antonio Muñoz Vanegas de los cargos que le fueron imputados, por el delito de lesiones personales dolosas, en la resolución de acusación.

ANTECEDENTES

1.- El Juzgado 13 Penal Municipal de Cali, mediante sentencia del 9 de diciembre de 1998, condenó al citado procesado a las penas principales de 6 meses de prisión y multa de $1.000.oo, y a las accesorias de rigor, como autor del delito de lesiones personales dolosas. Así mismo, le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el procesado y su defensor, el Juzgado Trece Penal del Circuito de la misma ciudad, al desatar el recurso, lo revocó en su integridad y, en consecuencia, lo absolvió de los cargos formulados en su contra, mediante sentencia del 1° de marzo de 1999.

2.- Contra la anterior decisión el apoderado de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación discrecional, por cuanto considera que a la parte que representa le fueron conculcados los derechos fundamentales. Igualmente anuncia que presentará la demanda dentro del término legal.

3.- El Juez Trece Penal del Circuito, mediante providencia del 15 de marzo del año en curso, no concedió el recurso interpuesto. Posteriormente, el mismo funcionario judicial la revocó, el 7 de abril siguiente, y dispuso en el numeral 2° de la parte resolutiva "ADMÍTESE su tramitación" y ordenó correr traslado, por el término de 30 días, al recurrente para que presentara el libelo y 15 días "a los demás sujetos procesales para que presenten su alegatos".

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Es evidente que tanto el Juzgado 13 Penal del Circuito de Cali como el representante de la parte civil desconocen el alcance del recurso extraordinario de casación discrecional.

En efecto, el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal estatuye que la competencia para conceder o inadmitir el citado recurso es privativa de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Contrariando la expresa disposición procedimental, el sentenciador de segunda instancia primero resolvió no concederlo, mediante proveído que luego fue revocado para admitirlo y ordenar correr traslado por el término de 30 días al recurrente para que presentara el libelo y por 15 días "a los demás sujetos procesales para que presenten su alegatos", actuación para la cual carecía de competencia, por lo que se impone declarar la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto fechado el 15 de marzo del año en curso.

De otro lado, al tenor del inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, la parte civil carece de legitimidad para recurrir la sentencia a través del recurso extraordinario de casación discrecional, ya que ésta sólo la tiene el procurador, su delegado y el defensor.

Así, entonces, la Corte no puede entrar a admitir el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

1.- DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto fechado el 15 de marzo de 1999, por medio del cual el Juzgado Trece Penal del Circuito no concedió el recurso de casación discrecional interpuesto por el apoderado de la parte civil.

2.- NO ADMITIR el recurso de casación discrecional interpuesto por el apoderado de la parte civil.

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 Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

El error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad, cuya configuración plantea la impugnante, se presenta cuando el juzgador distorsiona el contenido fáctico de la prueba, poniendo a decir lo que ella literalmente no expresa. Por tanto, si lo pretendido es demostrar la existencia de un error de esta índole, resulta imprescindible que el actor confronte el contenido material de la prueba con las concreciones que de su texto hicieron los juzgadores de instancia, a fin de mostrar que no son coincidentes, y que una tal tergiversación condujo a los juzgadores a tomar una decisión equivocada.

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

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

Aprobado Acta No.137 Proceso No. 13408

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Edward Marín Bedoya.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL.

El 11 de noviembre de 1995, en el perímetro urbano de Florida (Valle), varios sujetos dispararon contra Juan de Jesús Triviño Rivas, frente a su residencia, causándole la muerte. En la acción resultó herido a manos de la víctima el agresor Edward Marín Bedoya, quien fue trasladado por sus compañeros a la clínica de los Seguros Sociales del Municipio de Miranda (Cauca), y de allí remitido al hospital de la localidad, donde fue capturado horas mas tarde. Para la movilización del herido a la referida localidad, los integrantes de la banda se apoderaron inicialmente de un vehículo de servicio público, obligando al conductor a trasladarlos, pero como dicho automotor presentó fallas mecánicas, compelieron al dueño de uno particular a terminar el recorrido.

Iniciada la investigación por estos hechos, la Fiscalía escuchó en indagatoria al capturado (quien negó cualquier participación en los mismos, afirmando haber sido herido por dos sujetos que lo interceptaron para hurtarle la motocicleta en que se movilizaba), y profirió en su contra medida de

aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio (fls.12, 15 y 55-1). Clausurado el sumario, calificó su mérito con resolución acusatoria por los delitos de homicidio, secuestro simple y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls.141 y 186-1).

Mediante sentencia de 3 de octubre de 1996, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira (Valle) condenó al procesado a la pena principal de 30 años de prisión y multa de cien salarios mínimos mensuales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como coautor responsable de los delitos imputados en la resolución acusatoria (fls.284 1).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Cali, mediante el suyo de 20 de febrero de 1997, que ahora es objeto de recurso de casación, lo confirmó en todas sus partes (fls.329-1).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, la demandante sostiene que la sentencia viola indirectamente la ley sustancial, "por cuanto los juzgadores de instancia no tienen en cuenta o no reconocen aspectos dudosos desde el punto de vista probatorio como es: la vestimenta del sindicado y la del homicida si bien es cierto es similar, no indica que sea la misma; así como las heridas sufridas por el homicida no son las mismas que sufrió el sindicado, son entre otras los aspectos dudosos que se presentan en el proceso y los cuales nos llevan a la convicción de que existió un falso juicio de identidad respecto al individuo que cometió el delito investigado".

De esta manera surge un error de hecho, "por cuanto los juzgadores de instancia ignoran la existencia de algunos aspectos que crean una seria duda sobre si fue el señor Marín Bedoya la misma persona que resultó herida en el hecho investigado". En las sumarias -continúa diciendo-, "reposan una serie de pruebas, donde prevalecen las testimoniales, y con el debido respeto considero que los juzgadores de instancia se limitaron a tomar lo que existía en contra de mi defendido, mas no así lo favorable".

Sostiene que de acuerdo con el informe de los agentes de la policía que conocieron del caso, y los testimonios de Humberto Franco Vega (conductor de la buseta donde movilizaron inicialmente el herido), y Liliana Vivas Triviño (sobrina de la víctima), la persona vista por ellos presentaba una lesión a la altura del muslo derecho, con arma de fuego, y si bien es cierto Marín Bedoya tenía una herida similar, no era la única; ya que el proyectil interesó ambas extremidades. Además de esto, el disparo, de acuerdo con la versión del sindicado, fue hecho con revólver, y la sobrina de la víctima dice que su tío tenía una pistola.

Como si esto fuera poco la testigo presencial de los hechos Inés Sánchez, sostiene que el maleante herido tenía puesto un pantalón gris desteñido, lo que indica que era casi blanco, y una camisa como "blancuzcosa", y el proce-

sado tenía puesto un pantalón negro desteñido, casi gris, y un buso rosado de rayas grises. Además, la testigo manifiesta que la persona herida tenía el pelo no muy largo ni muy corto, y la Fiscalía al describir al indagado dejó constancia de que tenía el corte bajito.

El testigo Humberto Franco Vega (conductor de la buseta), al describir físicamente el herido, dice que era "alto, acuerpado, blanco, es decir color trigueño, de bigote semipoblado, de cabellos negros, indio. Y la Fiscalía lo describe como "hombre joven, de regular contextura, de color blanco, pelo castaño oscuro, indio, con corte bajito...y varios lunares en la cara". De donde surge claro que la descripción del herido no coincide con la del procesado Marín Bedoya. Las diferencias resaltan a simple vista, y si el testigo observó que el delincuente herido tenía bigote semipoblado, debió también advertir que tenía lunares en la cara, y si no los vio es porque el herido en el atentado y el procesado no son la misma persona.

Los juzgadores han hecho énfasis en que las sandalias del indagado se encontraban mojadas, y que ello ocurrió al atravesar el río Fraile, pero no tienen en cuenta la explicación suministrada por él, en el sentido de que después de haber sido herido en el atraco, bajó al río Güe Güe a tomar agua, y luego se le fueron las luces, lo cual es creíble, ya que los proyectiles produjeron una hemorragia que llevó a un Schok hipovolémico, perdiendo por dicha razón el conocimiento. Además de ello, la exculpativa que presenta de las sandalias mojadas es muy clara, y la investigación no logró probar lo contrario.

De acuerdo con lo expresado, "no cabe duda de que se debe tener certeza de que no hay certeza de que mi defendido es la misma persona que se encontraba en el escenario de los hechos donde perdió la vida el señor Triviño". Y en el caso analizado, las instancias ni siquiera examinan estas pruebas, ni tuvieron en cuenta las anotadas contradicciones, dejando de reconocer por tal motivo el "favor rei".

Si los juzgadores de instancia hubieran "examinado las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, muy seguramente se hubieran visto forzosamente avocados (sic) a una duda insalvable respecto de la responsabilidad del sindicado", la que debió resolverse en su favor.

Apoyado en estas argumentaciones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y en su lugar, proferir una de carácter absolutorio, dando aplicación a los principios de "favor rei" e "in dubio pro reo".

SE CONSIDERA

Del estudio de la demanda claramente se advierte que la casacionista omite demostrar la clase de error de hecho denunciado, y que sus argumentaciones discurren dentro del marco de una crítica libre a la valoración que los juzgadores de instancia hicieron de los elementos de prueba allegados al proceso, a la manera propia de un alegato de instancia.

El error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad, cuya configuración plantea la impugnante, se presenta cuando el juzgador distorsiona el contenido fáctico de la prueba, poniendo a decir lo que ella literalmente no expresa. Por tanto, si lo pretendido es demostrar la existencia de un error de esta índole, resulta imprescindible que el actor confronte el contenido material de la prueba con las concreciones que de su texto hicieron los juzgadores de instancia, a fin de mostrar que no son coincidentes, y que una tal tergiversación condujo a los juzgadores a tomar una decisión equivocada.

Estas directrices de orden técnico son totalmente ignoradas por la demandante, quien en lugar de entrar a demostrar la existencia del error en los términos vistos, se dedica a confrontar las características morfológicas del procesado con la descripción que hiciera de él Humberto Franco Vega, y las particularidades de su vestimenta según las versiones de los testigos, en el equivocado entendido de que el error de hecho por falso juicio de identidad está relacionado con la falta de correspondencia entre las características físicas de quien cometió el hecho investigado y las que presenta la persona que ha sido condenada.

Aparte de esto, se adentra en la crítica al proceso de apreciación y valoración probatoria realizada por los juzgadores, argumentando, en algunos apartes del libelo, que las pruebas dejaron de ser tenidas en cuenta por los fallos, y en otros, que no fueron apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, con lo cual termina proponiendo dos clases de error de hecho adicionales, de naturaleza totalmente distinta del inicialmente propuesto, que tampoco demuestra: uno de carácter objetivo contemplativo, derivado de una supuesta falta de apreciación de la prueba, y otro de índole valorativa, por desaciertos en la estimación racional de su mérito.

Esta forma de argumentar contradice los postulados lógicos del recurso extraordinario, y desconoce los principios de claridad y concreción que deben presidir su fundamentación (artículo 225.3 Código de Procedimiento Penal), impidiendo que la Corte pueda determinar el alcance de la impugnación, y aprehender consecuencialmente su estudio. Por tanto, se rechazará in limine el libelo, y se declarará desierto el recurso, tal como lo dispone el artículo 226 del estatuto procesal penal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno, según lo previsto en el artículo 197 ejusdem. Por consiguiente, se ordenará la devolución del proceso 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 defensor del procesado Edward Marín Bedoya. En consecuencia, se declara desierto el recurso.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda R., Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Gálvez Argote, Edgar Lombana T., Mario Manrilla N. Carlos Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/PRUEBA

La Corte insistentemente ha sostenido que el error originado en la apreciación judicial del mérito de las pruebas, no surge de la sola disparidad de criterios entre el valor persuasivo asignado por los juzgadores, y el pretendido por los sujetos procesales, sino de la manifiesta y demostrada contradicción entre aquél y las reglas que orientan la valoración racional de la prueba.

En ese sentido ha sido dicho, que "si un contraste de tales características no se presenta, porque los juzgadores, en ejercicio de esta función, han respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será su criterio, no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia".

También la doctrina de esta Corte ha precisado que "absolutamente inane resulta, por tanto, en sede extraordinaria, pretender desquiciar el andamiaje fáctico-jurídico del fallo impugnado con fundamento en simples apreciaciones subjetivas sobre la forma como el juez de la causa debió enfrentar el proceso de concreción del mérito demostrativo de los elementos de prueba, o el valor que debió haberle asignado a un determinado medio."

Se ha sostenido del mismo modo, que "los simples enunciados generales en torno a la precariedad persuasiva de las pruebas que sirvieron de soporte al fallo recurrido, y la supuesta solvencia demostrativa de las que no lo fueron, en manera alguna pueden considerarse argumentos válidos para sustentar el recurso, al igual que no pueden serlo los cuestionamientos por atentados a una lógica manejada con criterio personal" (Auto Cas. marzo 24/98. M. P. Dr. Arboleda ripoll).

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

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 13599

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado José Reynel Ramírez Castillo.

ANTECEDENTES

La noche del 18 de noviembre de 1995, en la residencia ubicada en la diagonal 70 No. 23-A-01, Barrio Villa del Lago, de la ciudad de Cali (Valle), departían José Alirio Ordoñez, José Edgar Vega y Pedro Alfonso Gónzalez, cuando hicieron presencia dos sujetos quienes portando armas de fuego pretendían apoderarse de las motocicletas que allí se encontraban parqueadas.

Ante la oposición de los residentes en el lugar, los delincuentes accionaron sus armas y ocasionaron la muerte de José Alirio Ordóñez y José Edgar Vega, y lesiones a John Jairo Majín Ordóñez, que ameritaron incapacidad médico legal de 40 días dictaminándose deformidad física permanente.

En la reacción de los vecinos, falleció Martín Alonso Rodas Velásquez, uno de los malhechores, a consecuencia de las heridas propinadas con arma blanca, mientras que el otro, identificado posteriormente como José Reynel Ramírez Castillo, recibió lesiones que ameritaron su traslado al Hospital Joaquín Paz Borrero, en donde fue capturado por la Policía.

Asumido el conocimiento del hecho por la Fiscalía 41 Seccional de la Unidad Tercera de Vida de la ciudad de Cali, abrió investigación (fl. 58), vinculó mediante indagatoria al capturado Ramírez Castillo (fl. 60), y le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 94 y ss.).

Posteriormente, luego de recaudar algunos medios de convicción y clausurar el ciclo instructivo (fl. 277), el quince de marzo de mil novecientos noventa y seis calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Reynel Ramírez Castillo , por los delitos de homicidio agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y lesiones personales, al tiempo que dispuso expedir copias de lo actuado para la investigación relacionada con la muerte de Martín Alonso Rodas Velásquez y las lesiones ocasionadas a Reynel Ramírez Castillo (fls. 342 y ss.).

Del juicio conoció el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito, en donde se llevó a cabo la vista pública (fls. 468 y ss.), y culminó la instancia condenado al procesado a la pena principal de cuarenta y un (41) años y seis (6) meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal y seis meses más una vez cumplida ésta, por encontrarlo penalmente responsable del concurso de delitos de homicidio agravado, lesiones personales y fabricación o tráfico de armas de fuego o municiones (fls. 531 y ss.), mediante decisión que el Tribunal Superior modificó en el sentido de imponerle diez (10) años de interdicción de derechos y funciones públicas, y confirmó en sus restantes partes, al conocer en segunda instancia por vía de apelación, interpuesta por el procesado y su defensor (fls. 679 y ss.).

Contra el fallo de segundo grado estos mismos sujetos procesales oportunamente interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, presentándose por el abogado 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 identificar la sentencia impugnada, sintetizar los hechos, y resumir la actuación procesal, con fundamento en la causal primera de casación, un cargo formula el libelista contra el fallo del Tribunal:

Denuncia que el juzgador violó indirectamente la ley sustancial, por haber incurrido en errores de hecho en la apreciación probatoria, toda vez que, según expone, le otorgó credibilidad a los testimonios de Luis Alfonso Ordóñez, Esiones A John Jairo Majin Ordóñez, Pedro Alfonso Gónzalez Reyes, Isabel Ordóñez y Sonia Patricia Yaqueno Montilla, y valoró erróneamente el indicio de presencia del procesado en el sitio de los hechos, pues, "a pesar de tener discrecionalidad en la valoración de las mismas, riñe totalmente, no solo con la realidad, sino con la verdad procesal que aparece en el proceso", con lo cual transgredió los artículos 247, 250, 254, 277 y 294 del C. de P. P.

En relación con el testimonio de Luis Carlos Ordóñez, cuestiona que, según el informe policial, esta persona manifestó que José Reynel disparaba con una pistola calibre 9 milímetros en tanto que Alonso Rodas portaba un revólver calibre 38 largo. En la diligencia de inspección judicial, el mismo testigo dijo que Reynel llevaba el revólver y Martín Alonso la pistola, y, posteriormente, en la ampliación de declaración manifiesta no saber a ciencia cierta quien tenía cada una de las referidas armas. Además, manifestó igualmente que su hermano José Alirio había tomado solamente cinco cervezas, cuando el Instituto de Medicina Legal certificó que tenía 120 mg de alcohol en la sangre.

También le parece extraño que la casa distinguida con el número 23-10, ubicada en frente de la residencia donde ocurrieron los hechos, hubiera sido impactada en dos oportunidades al parecer con arma de fuego, según de ello dio cuenta la inspección judicial, lo cual indica, a su criterio, "que estas balas provinieron de personas que estaban en la casa de José Alirio", pues no existe otra explicación sobre ese hecho.

Pero lo que considera "factor de vital importancia en el proceso" es que del cadáver de José Alirio Ordóñez hubiese sido recuperado un plomo que corresponde a un revólver calibre 38 y que quien en ese momento tenía dicha arma, según el relato de Luis Carlos Ordóñez, era Martín Alonso Rodas.

Cuestiona igualmente que este testigo no se hubiere dado cuenta quién hirió por la espalda a José Reynel, ni quien dio muerte a Martín Alonso Rodas.

Respecto del contenido de la declaración de Isabel Ordóñez Paz, manifiesta el recurrente su extrañeza por que no se hubiere dado cuenta quién hizo

los disparos contra José Alirio Ordóñez no obstante referir encontrarse parada junto a él, como tampoco haberse percatado de la persona que dio muerte a Martín Alonso Rodas y causó lesiones a Reynel Ramírez. Sugiere igualmente, que este testigo miente cuando afirma que John Jairo Majín y José Alirio no se encontraban borrachos, pues el médico legista informa que éste tenía 120 mg de alcohol en la sangre; también falta a la verdad al afirmar que Sonia Patricia Yaqueno Montilla no se encontraba en el lugar de los hechos, cuando ésta sostiene lo contrario.

En relación con el testimonio de Pedro Alfonso Gónzalez Reyes, menciona que este declarante "no fue testigo de los hechos, simplemente porque no estaba ahí". En tal medida "todo cuanto dijo fue mentira" ya que no conocía la mamá de José Alirio, ni donde vivía, como lo refiere al final de la diligencia cuando afirma no haberse presentado antes a declarar porque la familia Ordóñez no sabía su nombre ni conocía dónde podía ser localizado. Afirmó también que al ver herido a su amigo José Vega, lo recogió y llevó a una institución de salud, luego de lo cual se fue para su casa, sin que logre explicarse el recurrente "cómo es posible que tratándose de un amigo que yace muerto, 'este testigo' decide irse a dormir tranquilamente sin preocuparse de la moto en que llegó a la casa de José Alirio y la misma que iba a ser objeto de hurto".

Del mismo modo considera que este testigo falta a la verdad, al sostener que cuando llegaron los atracadores amenazándolos de robarles las motos, él se deslizó, lo cual no puede ser posible "porque tratándose de dos atracadores con arma en mano permitan de una manera tan fácil como lo narra Chepe permitir que por un ladito se haya escurrido y haya llegado a la residencia de la madre de José Alirio y le haya comunicado lo sucedido".

Igualmente miente al afirmar no estar en capacidad de reconocer a los agresores, "a pesar de haber estado encañonado por ellos y a una distancia de 3 a 5 mts y cuando observó que uno de los atracadores le disparaba a su amigo José Antonio Vega". Del mismo modo pone por muerto a José Reynel Ramírez y por vivo a Martín Alonso Rodas, y a pesar de haber estado allí no reconoció ni vio a John Jairo Majín, no se dio cuenta del momento en que éste fue herido, como tampoco informa quién hirió a Reynel Ramírez y Martín Alonso Rodas, entre otros cuestionamientos.

Del análisis que hace al testimonio rendido por Sonia Patricia Yaqueno Montilla, concluye el libelista que esta declarante tampoco estuvo en el lugar de los hechos, pues así lo afirma Isabel Ordóñez. Dijo además, que ni ella ni su compañero José Alirio estaban tomando, sin embargo esto es desmentido por el dictamen de medicina legal según el cual éste tenía 120 mg de alcohol en su sangre. También le parece extraña la afirmación de haber sido intimidada por los atracadores y sin embargo afirmó haber seguido hacia su casa como si no hubiera pasado nada. Refiere igualmente, que los hechos sucedieron a las nueve de la noche, cuando la hora real de ocurrencia fue pasadas las diez; falta también a la verdad cuando afirma no estar en capacidad de reconocer a los agresores y que las motos estaban parqueadas en el

antejardín cuando otros testimonios señalan que estaban a 7 metros de distancia de la casa.

Sostiene, por demás, que Martina Castro Vente tampoco estuvo presente en el teatro de los acontecimientos por cuanto la referencia que hace en el sentido de que José Reynel entró a la casa de José Alirio a solicitar las llaves de las motos no es corroborada por ningún testigo; no obstante señalar haber visto el momento en que Reynel disparó en contra de José Alirio, dice no recordar las características morfológicas de este procesado. De otro lado, afirmó que el disparo lo hizo Reynel a la cabeza de José Alirio, lo cual es desvirtuado por el certificado del médico legista. "Todo lo anterior -concluye el actor- es porque es la misma testigo quien afirma que solo vino a escuchar un disparo y transcurridos unos segundos, otros más, estando en el interior de su casa, de tal suerte que el fallador incurrió en la violación del artículo 294 del C.P.P."

Sobre la declaración de John Jairo Majin alude el casacionista que este ciudadano resultó herido en los hechos materia de investigación y que estando en el Hospital Universitario del Valle, para ser atendido por urgencias, suscribió un documento en el cual exoneró de responsabilidad penal a José Reynel Ramírez Castillo por las muertes de José Alirio Ordóñez y José Edgar Vega , como esto fue corroborado por el Agente de Policía Aymer Augusto Vélez, quien custodiaba a Reynel, y ratificado por la señora Isabel Ordóñez, Saúl Marín, y el propio lesionado en la declaración que rindiera en la audiencia pública. Por lo anterior, no se explica "cómo puede ser posible que el Sr Juez fallador halla (sic) desconocido totalmente este documento, cuando a la luz del C. P. P. artículo 276 no fue tachado de falso, violándose de esta manera el artículo 277 del mismo estatuto, pues al haber sido reconocido por las partes que intervinieron en él, era un documento auténtico".

En cuanto hace al indicio de presencia de Reynel Ramírez en el lugar de los hechos, según afirma deducido por los juzgadores y circunscrito a la posibilidad de haber llegado al sitio con el propósito de hurtar las motos y dar muerte a uno de los familiares de José, refiere que el proceso demuestra que entre el procesado Ramírez y la familia Ordóñez existía una antigua relación de amistad, no siendo por tanto dable sostener que su presencia en el lugar tuvo motivación distinta de saludar a su amigo Luis Carlos Ordóñez, con lo cual "se descarta los factores o móviles probables a que se refiere el Sr. Juez en la sentencia".

Concluye de lo expuesto, que entre las declaraciones de los parientes Ordóñez Paz y el señor González Reyes "se observa la incoherencia e inconsistencia profunda", siendo allí donde radica la apreciación errónea del fallador, "en no atender lo consignado en el artículo 294, 277 del C. P. P. y 29 del C.N. violando por consiguiente estas normas, y que sirvieron de base al fallador para emitir un juicio de ilegalidad, vulnerando de esta manera los artículos 247-303 del mismo estatuto y que fueron fundamento legal para sustentar la sentencia condenatoria".

Por lo anterior, solicita de la Corte casar la sentencia impugnada "y por ende se absuelva al condenado José Reynel Ramírez Castillo" (fls. 717 y ss.).

Se Considera

Los ostensibles defectos técnicos que ofrece la demanda de casación presentada a nombre del procesado José Reynel Ramírez Castillo, conducen inexorablemente a su rechazo y tener que declarar desierto el recurso, en obedecimiento a lo dispuesto por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte insistentemente ha sostenido que el error originado en la apreciación judicial del mérito de las pruebas, no surge de la sola dispartidad de criterios entre el valor persuasivo asignado por los juzgadores, y el pretendido por los sujetos procesales, sino de la manifiesta y demostrada contradicción entre aquél y las reglas que orientan la valoración racional de la prueba.

En ese sentido ha sido dicho, que "si un contraste de tales características no se presenta, porque los juzgadores, en ejercicio de esta función, han respetado los límites que prescriben las reglas de la sana crítica, será su criterio, no el de las partes, el llamado a prevalecer, por virtud de la doble presunción de acierto y legalidad con que está amparada la sentencia de segunda instancia".

También la doctrina de esta Corte ha precisado que "absolutamente inane resulta, por tanto, en sede extraordinaria, pretender desquiciar el andamiaje fáctico-jurídico del fallo impugnado con fundamento en simples apreciaciones subjetivas sobre la forma como el juez de la causa debió enfrentar el proceso de concreción del mérito demostrativo de los elementos de prueba, o el valor que debió haberle asignado a un determinado medio."

Se ha sostenido del mismo modo, que "los simples enunciados generales en torno a la precariedad persuasiva de las pruebas que sirvieron de soporte al fallo recurrido, y la supuesta solvencia demostrativa de las que no lo fueron, en manera alguna pueden considerarse argumentos válidos para sustentar el recurso, al igual que no pueden serlo los cuestionamientos por atentados a una lógica manejada con criterio personal" (Auto Cas. marzo 24/98. M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

En este caso, se advierte que el actor nada dice expresamente sobre la especie de error de hecho que en su criterio se configuró, y guarda silencio sobre las normas sustanciales transgredidas pues omite precisar cuáles fueron aplicadas indebidamente y cuáles dejadas de considerar en el fallo, desaciertos suficientes para evidenciar el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 225-3 del Código de Procedimiento Penal.

Por la referencia que se hace de los artículos 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal, pareciera que el ataque a la sentencia se orienta por denunciar la transgresión de las reglas de la sana crítica en la apreciación probatoria, no obstante, el desarrollo que pretende darle a la censura no es más afortunado, ya que lo ofrecido en últimas es la valoración personal de

algunos medios de prueba recaudados en el proceso, por encima del mérito persuasivo otorgado por el fallador, pero sin llegar a hacer evidente que hubieren sido desconocidos los principios de la lógica, la ciencia, la experiencia o el sentido común, lo cual, como se dejó expuesto, constituye posición inadmisible en sede de casación por la relativa libertad de que gozan los jueces al apreciar y valorar las pruebas.

Es tal la falta de concreción de la propuesta impugnatoria que el actor nada informa sobre qué dijeron objetivamente los testigos que mencionó, cuál fue el mérito que a sus dichos se les otorgó en el fallo, por qué la apreciación de estos medios por el juzgador rebasó los límites de discrecionalidad por atentar contra las reglas que rigen el sistema de persuasión racional, ni cómo de corregirse el yerro denunciado siguiendo los parámetros de la sana crítica, la evaluación conjunta de estas pruebas, junto con las demás allegadas al proceso y cuya apreciación no cuestiona, conduce a adoptar una solución distinta de la declarada judicialmente en la sentencia de segundo grado.

Tómese en cuenta, al respecto, que en inobservancia de estos presupuestos de admisibilidad, se dedica a manifestar la ninguna credibilidad que en su criterio han de merecer los testimonios de Luis Alfonso Ordoñez, Esiones A John Jairo Majín Ordóñez, Pedro Alfonso González Reyes, Isabel Ordóñez y Sonia Patricia Yaqueno Montilla, basado fundamentalmente en presuntas inconsistencias de sus exposiciones, relacionadas con la hora de ocurrencia de los hechos, la descripción de las armas utilizadas por los agresores, la ubicación exacta de las motos que iban a ser hurtadas, la cantidad de alcohol ingerida por una de las víctimas y la identificación de los autores de la muerte del acompañante del procesado y las lesiones inferidas a éste, entre otros aspectos incidentales, pero sin llegar a precisar porqué razón las citadas características de los relatos los hacen inaceptables frente a las reglas de la estimación racional.

Resulta tan sobresaliente la precariedad de la argumentación expuesta en la demanda, que tampoco se ocupa de indicarle a la Corte los motivos por los cuales ha de ser absuelto el sentenciado, al extremo de no saberse si la petición se funda por aparecer demostrado en el proceso que no realizó las conductas típicas a él imputadas, o porque, habiéndolas realizado, en su favor concurren causales de justificación o inculpabilidad, o porque en la actuación existen dudas insalvables sobre algunos de esos aspectos que ameritan ser resueltas en su favor, sobre lo cual, al guardar el libelista absoluto silencio, da en pensar que entiende el recurso extraordinario como equiparable a un alegato en las instancias no sujeto a ningún requisito de forma o contenido, y que su solución fuera de plena justicia, no como es de su esencia, rogada y limitada al análisis de las censuras propuestas.

Son entonces, tan manifiestos 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 del procesado José Reynel Ramírez Castillo, 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 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.

NULIDAD

La aceptación de la causal 3ª de casación, salvo cuando la irregularidad afecte exclusivamente a la sentencia, implica regresar el proceso a una etapa anterior para remediar el vicio y ajustar la actividad jurisdiccional a la Constitución y a la ley. Se trata de un efecto que necesariamente se produce, que está ligado a cualquier declaración de nulidad, sea cual sea la circunstancia que la origine. Y si esto es así, es transparente concluir que cuando el demandante en casación decide formular más de un cargo de nulidad no le es dable en ningún caso proponerlos en igualdad de condiciones. Es su deber seleccionar el que estime principal y los restantes tendrá que plantearlos como subsidiarios. Así lo exigen la lógica y la técnica del recurso extraordinario. Y si se tiene en cuenta que el orden de examen de los cargos de nulidad propuestos por el demandante es el mismo que deberá seguir la Corte cuando asuma su examen de fondo en la sentencia, ya que el principio de limitación que rige el recurso le impide plantear uno o variar el propuesto, resulta claro que el casacionista debe ser especialmente riguroso en su presentación. Cada hipótesis de nulidad alegada tiene su propia trascendencia en el trámite procesal y lógicamente aquella con mayor capacidad de regresar el proceso al punto más lejano gozará de prioridad frente a las demás, cuya formulación debe hacerse de manera subsidiaria.

La Sala hace énfasis en lo precedente. Comprenderlo significa una condición indispensable para el uso racional y adecuado de la causal 3ª de casación. E igualmente para cumplir con la exigencia formal de claridad y precisión en la propuesta del cargo. Si el casacionista tiene el deber de determinar cada vicio procesal que decida plantear, de demostrarlo, de indicar su trascendencia en el proceso y naturalmente la incidencia en su resultado final, lo que obviamente se espera cuando son varias las propuestas de nulidad es verlas reflejadas en un planteamiento globalmente coherente. Expresar en dicha medida cuál es el cargo elegido como principal y las razones para hacerlo, lo mismo que la indicación de los subsidiarios y su orden, es un requisito técnico-lógico para la admisión de la demanda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 13471

VISTOS

Procede la Corte a resolver si la demanda de casación presentada a nombre del procesado Carlos Ferney Marín Giraldo, satisface las exigencias formales señaladas en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

Hacia la 1:30 de la madrugada del 30 de noviembre de 1995, en la esquina de la carrera 1ª con la calle 4ª de Facatativá, donde funciona la "Whiskería El Carretero" se presentó una riña entre varias personas. En su curso resultó lesionado con arma cortopunzante el joven Gerardo Caleño Velásquez y como consecuencia se produjo su fallecimiento momentos después en el hospital de la localidad.

Fueron vinculados al proceso a través de indagatoria Carlos Ferney Marín Giraldo y Hugo Bello Beltrán, a quienes la Fiscalía les profirió detención preventiva el 6 de diciembre de 1995, en calidad de coautores de homicidio. Esta decisión fue recurrida y la segunda instancia le revocó la medida al segundo de los procesados, disponiendo su liberación inmediata.

El 22 de marzo de 1996 tuvo lugar la calificación del sumario. Marín Giraldo resultó acusado por el cargo mencionado y a Bello Beltrán se le precluyó la investigación.

El Juzgado 2º Penal del Circuito de Facatativá, al cual le correspondió el trámite del juicio, dictó la sentencia de primera instancia el 17 de enero de 1997. Halló autor responsable de homicidio simple al enjuiciado y lo condenó a la pena principal de 25 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 10 años. Apelada esta determinación por la defensa el Tribunal Superior de Cundinamarca la confirmó en su integridad a través del fallo objeto del recurso de casación, expedido el 21 de marzo de 1997.

LA DEMANDA

Luego de una prolongada introducción, en la cual menciona la existencia de algunas nulidades procesales (que vuelve a relacionar en otros lugares del libelo) y en la que señala que la Sala al reexaminar todo el expediente en desarrollo de su facultad oficiosa para decretar nulidades concluirá en el reconocimiento del estado de ira a su representado, concreta el primer cargo que le hace a la sentencia. Dice que lo apoya en la causal 3ª de casación, transcribe el artículo 29 de la Constitución Nacional y señala que a su representado le fueron violentadas todas las garantías procesales. A renglón seguido propone las siguientes nulidades "de rango constitucional":

1. "Por falsa motivación de la resolución de acusación". La hace consistir en el hecho de que a su parecer "...se aislaron estratégicamente las pruebas

de cargo de las pruebas de abono..." En concreto, las indagatorias de Carlos Ferney Marín y Hugo Bello Beltrán"...se aislaron magistral y estratégicamente de la prueba emanada de Medicina legal..., para desembocar en la injusta condena...". Fue falsa la motivación de la acusación al decirle a su representado "...que en un acto de alevosía actuó contra el occiso..." Al sustentarse en las contradictorias declaraciones de Eisenhower Ramírez Restrepo, Sinforiana Bernal de Correa y Casiano Perdomo.

2. Considera que si su defendido actuó por graves e injustas provocaciones no generadas por él, la cantidad de pena que le fue impuesta viola el debido proceso y el derecho de defensa. Si desde el comienzo se le hubiera reconocido el estado de ira, seguramente hubiera pedido que se le dictara sentencia anticipada.

- Agrega el casacionista que si las precedentes nulidades "de tipo constitucional" no son reconocidas invoca, en cargo separado, las "de tipo o rango puramente legal". Plantea que siendo la resolución acusatoria soporte de la sentencia, se impone la nulidad al distorsionarse en la primera el contenido de la indagatoria de Hugo Bello Beltrán y otorgarse credibilidad a varios testimonios contradictorios. Tal "falsa motivación" conculcó el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

Advierte, de otra parte, que la elaboración del pliego de cargos está sometida al estricto cumplimiento de ciertos requisitos formales y sustanciales. Entre ellos, la claridad y precisión de la especie delictiva por la cual se acusa, como de las atenuantes punitivas. En el caso examinado las circunstancias que precedieron, acompañaron y siguieron al hecho, indicativas de "un inequívoco estado de ira", debían analizarse en la decisión. Pero lo que hubo fue desdén con los respectivos medios de prueba. Así pasó con la indagatoria de Bello Beltrán. Esta "...atenuaba la pena..." de Marín Giraldo, pero no fue tenida en cuenta al momento de resolver.

La conclusión es, en suma, que las indagatorias fueron habilidosamente aisladas y así se arribó a la sentencia condenatoria sin la atenuante de la ira. Y que al callar sobre este estado y sobre los dictámenes de medicina legal (los que se referían a las lesiones que presentaron los procesados), su representado no "negoció" anticipadamente la pena. En la audiencia pública la Fiscalía, "arrepentida", planteó la atenuante punitiva y el apoderado de oficio "con desidia" no coadyuvó la petición.

En la sentencia condenatoria, agrega el censor, en lugar de haberse estudiado las causas de la conducta del procesado lo que se hizo fue atacarlo. Y anota que si la Corte ha sostenido que procede la anulación de una providencia por carencia de motivación, qué no sucederá entonces cuando se falsea su contenido?

- Otra razón de nulidad, que presenta como nuevo cargo, la hace consistir en que el contenido de las pruebas en contra del procesado fue aislado "estratégicamente". Advierte que según el artículo 254 del C. de P.P. las pruebas

deben ser apreciadas de conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica y no al querer arbitrario del sentenciador. El fallo de segunda instancia, afirma, se obsesionó por negar la atenuante de la ira y exaltó "...a Casiano Perdomo y su grupo de deponentes...", quienes jamás le quisieron manifestar a la justicia por qué los procesados resultaron lesionados.

De otra parte, nunca se verificaron las citas de las indagatorias de Bello Beltrán y Marín Giraldo y no se tuvo en cuenta el "nexo causal existente entre las mismas". Seguramente, si se hubieran correlacionado, el procesado "se hubiera defendido de una manera diferente". Considera, además, que lo dicho por Bello "fue inexplicablemente capitalizado" en contra de su representado y ello es violatorio del derecho de defensa.

- Como último cargo de nulidad aduce la falta de defensa técnica. La hace consistir en que el apoderado "ni siquiera fue capaz de pedir la readecuación típica del comportamiento ... para negociar la pena" y que lo que hizo fue "desorientar" a su defendido diciéndole que negara "la existencia de evidentes hechos del estado de riña". Además, "nunca peleó el estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación", ni apoyó la petición de que se tuviera en cuenta, realizada en la audiencia pública por la Fiscalía. Lejos de analizar esta circunstancia, añade el casacionista, el apoderado se dedicó "a explotar otros tópicos como es el caso del alto grado de alcohol", incurriendo en el mismo error de los sentenciadores que de manera inexplicable dejaron de analizar "los insultos o agravios" de que fueron objeto Bello Beltrán y Marín Giraldo.

Solicita la defensa que escalonadamente se decidan los cargos de nulidad. Primero "los de tipo o rango constitucional" y después los de "rango legal". Puntualiza, sin embargo, con sustento en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, que la Corte decrete de oficio las nulidades inadvertidas por él o por los sentenciadores. Y agrega que "inadvertidamente" dejó de señalar como causa de nulidad el error en la calificación o denominación jurídica de la infracción". Precisa que si se examina la totalidad del proceso se podrá llegar a la conclusión de que la sentencia de segunda instancia "...lejos de poderse referir a un homicidio simple sin conceder el beneficio (art. 60 C.P.) estaba en la perentoria obligación de concederlo - toda vez que no puede hablarse de PLENA PRUEBA de la especie equivocadamente escogida (homicidio simple) cuando todo el acervo probatorio se encaminaba a la demostración de otra (homicidio simple en estado de ira)".

Por último, de manera separada en concordancia con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, tres cargos le formula el censor a la sentencia con sustento en el inciso 2° del artículo 220 de la misma obra.

- El primero por violación indirecta del artículo 60 del Código Penal derivado de que se tergiversó el contenido de la indagatoria de su representado, "haciéndole decir lo que no dijo". Cita una decisión de la Sala para ilustrar sobre el concepto de falso juicio de identidad, señala que el examen de la ira debe partir del estado emocional de los protagonistas del hecho, que su repre-

sentado portaba el arma que utilizó y no fue a buscarla, que se defendió públicamente de los agravios de que fue víctima y que en consecuencia no puede afirmarse que actuó con dolo de propósito porque no hubo premeditación. Y si que lo hizo en riña imprevista, "en un indiscutible estado de ira".

Advierte el censor que al procesado se le hizo decir que con conocimiento anticipado de lo que iba a suceder se armó de navaja y se hizo acompañar de Bello Beltrán, e igualmente que no había sido atacado por terceros armados. Jamás dijo, de otra parte, que "con conocimiento anticipado maduró la idea criminal de matar con dolo de propósito", ni que "estratégicamente" haya asechado a la víctima. Fue la riña la causa del hecho, su factor determinante y jamás se quiso evaluar la conducta de Marín Giraldo, quien perpetró el hecho en estado de ira pero resultó negada por el juzgador a partir de unos testimonios, como si éstos fueran depositarios de la verdad. Cita los párrafos de la sentencia que le sirvieron al fallador para desechar la atenuante punitiva, precisa que a éste no le interesaron las causas de la conducta, que "habilidosamente" sólo mencionó de las indagatorias algunos apartes que servían para excluir el estado emocional y no aquellos que funcionaban para afirmarlo.

- El segundo cargo de violación indirecta es similar al anterior. Sólo que el falso juicio de identidad esta vez lo predica el censor de varios testimonios, a los cuales se les hace decir que el procesado "...actuó dolosamente o a mansalva cuando ello ...carece de todo sustento... probatorio".

Resume lo dicho por el Policía Roso Julio Ojeda. A este le contaron que se había suscitado una riña, eso fue lo que dijo en su intervención "...pero se le hace certificar que el detenido no fue provocado ni atacado por la víctima". En forma similar sucedió con los también uniformados Nicolas Ramírez y José Absalon Parra. Acreditaron la existencia de una improvisada riña excluyente del dolo deliberado y el fallo, "escogiendo los párrafos" de las declaraciones, quiere demostrar la existencia de premeditación, propio del mencionado tipo de dolo.

Advierte el casacionista, además, que la sentencia señala que lo dicho por Casiano Perdomo coincide con lo sostenido por Marín Giraldo, salvo en lo atinente a la utilización del arma homicida. Por qué, entonces, -se pregunta- se le denegaron a su mandante los efectos de la "provocación" y por qué no se le reconoció la diminuente punitiva.

Se refiere, de otra parte, a la versión de Hugo Bello Beltrán. Aunque este se refirió a las agresiones de que fue víctima Marín Giraldo, ello no produjo ningún tipo de efecto jurídico. Y, para concluir, transcribe un aparte del fallo a través del cual es desvirtuada la versión del procesado y anota que ello significa que se desconoció el dictamen de medicina legal y el estado de ira. Se admitió la riña pero se denegaron sus efectos.

- El tercero y último cargo de violación indirecta del artículo 60 del Código Penal, lo soporta en error de hecho al haber sido ignorados los dictámenes de

Medicina Legal que certificaban las lesiones que recibieron Hugo Bello Beltrán y Carlos Ferney Marín. Según el casacionista "...antes de reaccionar en su defensa".

Recuerda los indicios en los cuales se fundamentó el fallo y al callar sobre los dictámenes se hicieron desaparecer "las armas en manos del occiso" o de terceros. Advierte que la sentencia concluye que su representado y la víctima intercambiaban puños. Pero el primero varió las reglas al utilizar una navaja que llevaba consigo, propinando las heridas en el abdomen y en el cuello que significarían el deceso de Gerardo Caleño. Y si éste no hirió no entiende de donde salieron las heridas de Bello y Marín, por lo que en tales circunstancias se imponía la aceptación de la atenuante punitiva.

Solicita, entonces, que se case parcialmente la sentencia y se dicte la de reemplazo, reconociéndole a su defendido la aminorante punitiva del artículo 60 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La aceptación de la causal 3ª de casación, salvo cuando la irregularidad afecte exclusivamente a la sentencia, implica regresar el proceso a una etapa anterior para remediar el vicio y ajustar la actividad jurisdiccional a la Constitución y a la ley. Se trata de un efecto que necesariamente se produce, que está ligado a cualquier declaración de nulidad, sea cual sea la circunstancia que la origine. Y si esto es así, es transparente concluir que cuando el demandante en casación decide formular más de un cargo de nulidad no le es dable en ningún caso proponerlos en igualdad de condiciones. Es su deber seleccionar el que estime principal y los restantes tendrá que plantearlos como subsidiarios. Así lo exigen la lógica y la técnica del recurso extraordinario. Y si se tiene en cuenta que el orden de examen de los cargos de nulidad propuestos por el demandante es el mismo que deberá seguir la Corte cuando asuma su examen de fondo en la sentencia, ya que el principio de limitación que rige el recurso le impide plantear uno o variar el propuesto, resulta claro que el casacionista debe ser especialmente riguroso en su presentación. Cada hipótesis de nulidad alegada tiene su propia trascendencia en el trámite procesal y lógicamente aquella con mayor capacidad de regresar el proceso al punto más lejano gozará de prioridad frente a las demás, cuya formulación debe hacerse de manera subsidiaria.

La Sala hace énfasis en lo precedente. Comprenderlo significa una condición indispensable para el uso racional y adecuado de la causal 3ª de casación. E igualmente para cumplir con la exigencia formal de claridad y precisión en la propuesta del cargo. Si el casacionista tiene el deber de determinar cada vicio procesal que decida plantear, de demostrarlo, de indicar su trascendencia en el proceso y naturalmente la incidencia en su resultado final, lo que obviamente se espera cuando son varias las propuestas de nulidad es verlas reflejadas en un planteamiento globalmente coherente. Expresar en dicha medida cuál es el cargo elegido como principal y las razones para hacerlo, lo mismo que la indicación de los subsidiarios y su orden, es un requisito técnico-lógico para la admisión de la

demanda. Esta exigencia estuvo lejos de ser satisfecha en el presente caso por el recurrente.

Los cuatro cargos de nulidad que realizó los hizo en igualdad de condiciones y advertir al final que se examinen "escalonadamente" no aporta ninguna precisión sobre cuál de ellos seleccionó como principal y cuáles como secundarios. Lo que hizo el censor, en suma, fue presentar una relación de circunstancias a su parecer constituyentes de vicios procesales, algunas de las cuales repitió en los distintos cargos. Y adicionalmente, al escrutar su contenido, es evidente que las irregularidades procesales las hace consistir en el hecho de que en la resolución de acusación no le fue reconocida a su defendido la disminuente punitiva de la ira. Es de lo que se queja. Y pretende demostrar la incorrección afirmando que se distorsionó el contenido de algunas pruebas, o que no se valoraron correctamente, o que se le otorgó credibilidad a testimonios contradictorios, o en todo caso que se dejaron de evaluar las circunstancias que fundamentaban la existencia del estado emocional.

Dicha argumentación lo único que prueba es el notable desconocimiento del censor sobre los conceptos más elementales que rigen el recurso extraordinario de casación. Si los manejara hubiera desechado desde el primer momento intentar el reconocimiento de la ira a través de la causal 3ª de casación, apelando en lo básico a cuestionar desde el punto de vista probatorio la resolución acusatoria y solicitando, en paralelo, regresar el proceso a la fase instructiva para que una nueva calificación sumarial declarase su existencia.

No reconocer la ira en la resolución acusatoria, así se cuente con medios probatorios para sostenerla, de ninguna manera le impide al juzgador declararla en la sentencia. De hacerlo no viola el principio de congruencia, simplemente porque sin abandonar la denominación jurídica del cargo lo único que hace es degradar la responsabilidad penal atribuible al procesado. Es manifiesto, por lo tanto, lo absurdo del planteamiento del casacionista. Vale decir, pretender que se regrese el proceso a la etapa calificatoria para que allí se produzca el reconocimiento de la ira, cuando es claro que el juzgador la puede declarar y también la Corte en el marco de la sentencia de casación.

Así las cosas, al pretender el censor, sustentado en la causal 3ª de casación, que se declare que su defendido actuó en estado de ira, incurrió en un grave desacierto. Equivocó la vía de ataque. Simplemente porque en ningún caso la búsqueda de ese propósito en el marco del recurso de casación puede fundamentarse en una propuesta de nulidad. Siempre ha de estar soportado en la causal 1ª, bien por violación directa o indirecta del artículo 60 del Código Penal. En el primer caso, cuando el sentenciador la afirmó en el fallo y sin embargo no le otorgó las consecuencias punitivas pertinentes. Y en el segundo, cuando incurrió en falso juicio de existencia, de identidad o quebrantó en forma manifiesta los postulados de la lógica y de la sana crítica.

Es cierto que el censor, de manera separada, acudió a la mencionada causal 1ª de casación y que con sustento en ella le hizo tres cargos a la sen

tencia, todos por violación indirecta del artículo 60 del Código Penal. No obstante, a pesar de que en esta oportunidad acertó en la selección de la vía para formular los ataques, falló en su presentación.

Dice, en primer lugar, que se tergiversó el contenido de la indagatoria de su representado. Lo que se esperaba a partir de tal enunciado era que se refiriera al contenido material del medio probatorio, a lo que exactamente allí rezaba y a lo que el juzgador le hizo decir que no decía. También, como es natural, a la incidencia del error en el sentido del fallo. Pero no fue así. Su fundamentación fue un curioso argumento. Ante el no reconocimiento de la ira en la sentencia, entonces concluye que al procesado "se le hizo decir" que adivinó lo que sucedería aquella noche, que por eso iba armado de navaja, que nunca fue atacado por terceros y que actuó con premeditación.

El segundo cargo de violación indirecta, también por error de hecho por falso juicio de identidad, es igualmente improcedente. En esencia no plantea un solo caso de tergiversación del contenido de los distintos medios probatorios que relaciona. Y básicamente lo que confiesa es su disgusto con la forma de valoración del conjunto probatorio realizado por el Tribunal, que lo llevó a desechar la existencia del estado de ira. Si en ese ejercicio el juzgador encontró coincidencias entre lo dicho por Casiano Perdomo y el procesado Marín Giraldo, no por ello estaba obligado a creer en todo lo sostenido por el último, en particular en aquellas circunstancias orientadas a disminuir su compromiso penal. Y si admitió, de otra parte, que a la acción homicida precedió una riña, no necesariamente ello traducía el reconocimiento del estado emocional. En consecuencia, esas simples afirmaciones del casacionista no demuestran en concreto la tergiversación del contenido del algún medio probatorio. Es sólo su desacuerdo con los términos del fallo, con la valoración que hizo el Tribunal de los medios de prueba y ello, como repetidamente lo ha sostenido la Sala, es marginal al recurso de casación.

El último cargo de violación indirecta fue igualmente desacertado en su proposición. Si en realidad la sentencia calló sobre la existencia de los dictámenes médicos que certificaban las lesiones que recibieron Carlos Ferney Marín y Hugo Bello Beltrán, era deber del demandante demostrar la incidencia de dicha omisión en el resultado del proceso. Es natural que el fallo se construyó sobre una lógica y por lo tanto resultaba imprescindible referirse a ella, para en su marco probar que el reconocimiento de la atenuante punitiva hubiera tenido ocurrencia, de no haberse producido la omisión alegada. Pero el censor incumplió con la exigencia. Le bastó resaltar que los dictámenes médicos certificaron que su representado y Hugo Bello resultaron heridos y que por lo tanto, sin más, se imponía la aceptación del estado de ira.

Así las cosas, la demanda será inadmitida. No sin un fuerte llamado de atención al abogado defensor por la manera irrespetuosa y poco profesional como a lo largo de su escrito se refirió a los funcionarios judiciales. Decir que estos "habilidosamente" o "estratégicamente" aislaron ciertos medios de prueba o parte de su contenido, o que "acomodaron" los hechos, o que "manipularon

inexplicablemente las pruebas", o que se trata de un proceso "en donde todo el poder judicial se lanza a vengar la muerte" de un uniformado, es sugerir la existencia de conductas delictivas. Irresponsablemente, pues no aportó una sola prueba de ello. Y es que si en realidad hubieran tenido ocurrencia y tal era su convicción, el deber que la ley le imponía era denunciarlas, para dar paso a la investigación pertinente. No insinuarlas malintencionadamente en el marco de un recurso judicial, en donde la seriedad y la sindéresis tendrían que brillar sin esfuerzo.

El escenario procesal es un espacio de debate. Y éste debe ejercerse por sus participantes con el máximo decoro, sin ofensas o insinuaciones amañadas, civilizadamente, enfrentando tesis y no antipatías, respetando el rol del otro, rescatando la pulcritud en el uso del lenguaje y ejerciendo las acciones legales a que haya lugar cuando una situación irregular haga presencia, en lugar de acudir a la agresión como remedio.

CUESTIÓN FINAL

El casacionista le pidió a la Corte que en uso de la facultad oficiosa de declarar nulidades (art. 228 del C. P.), decrete aquellas a que haya lugar luego de que examine con detenimiento el proceso. Pero toda vez que se inadmitirá la demanda, la solicitud resulta improcedente. Simplemente porque dicha atribución oficiosa es sólo susceptible de ser ejercitada al momento del fallo de casación, lo cual obviamente supone que la demanda haya sido ajustada y sometida al respectivo trámite. Pero si ésta no supera el examen formal, si por lo tanto se rechaza, que es lo que sucede en el presente caso, queda disuelta la posibilidad de que la Sala case oficiosamente la sentencia.

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 Carlos Ferney Marín Giraldo.

2°. Declarar desierto el recurso y devolver el proceso al Tribunal de origen.

3o. Contra la presente decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.)

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Maruilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION

Para efectos de la acción de revisión, ha dicho con insistencia esta Sala, la prueba nueva cuando ya un proceso ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone su eficacia, o por lo menos una fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo que se cuestiona, bien porque, según el caso, demuestre la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad al momento de delinquir.

Es por consiguiente, prueba nueva aquella que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer mientras se tramitó el proceso y en ese orden se refiere, a un hecho para entonces desconocido, o bien, a algún aspecto esencial ignorado de un hecho procesalmente conocido, a manera de ejemplo, una circunstancia de justificación; de tal suerte que aquello que el legislador ordena allegar con la demanda como soporte de la petición de revisión, está llamada a servir como punto de referencia a la actividad probatoria que en el evento de darse por correctamente instaurada la acción, desarrolla por mandato legal la Corte en el trámite correspondiente.

Así entonces, las pruebas que deben aportarse con la demanda para demostrar los hechos básicos de la petición, que son para fundamentar la causal de revisión aducida, sin perjuicio de su condición de apenas sumarias, deben ser las conducentes a acreditar el motivo de la reclamación, como exigencia formal de viabilidad de la acción a la luz del artículo 234 del C. de P.P. en sus los numerales 3o. y 4o..

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués,*

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 16155

Decide la Corte lo procedente respecto de la demanda presentada a nombre del sentenciado Deison Alberto Taborda Gómez para sustentar la acción de revisión propuesta contra la sentencia dictada el 23 de julio de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, confirmatoria de la de primera instancia emanada del Juzgado 1? Promiscuo del Circuito de Arauca, que lo condenó como autor responsable del delito de homicidio en la persona de Edgar Alonso Bermúdez Araújo.

ANTECEDENTES

1.- El 4 de mayo de 1996 hacia la una de la mañana, en el establecimiento de comercio llamado "Canchas de minitejo El Profe", barrio Los Fundadores de la ciudad de Arauca, se presentó una riña en la que resultó muerto mediante herida con arma blanca el ciudadano Edgar Alfonso Bermúdez Araújo alias "La Mula" que allí departía, a manos de Deison Alberto Taborda Gómez.

2.- Por estos hechos el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Arauca profirió sentencia condenando al acusado como responsable de homicidio simple, a la pena principal de veinticinco años de prisión, siendo confirmada esta decisión por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 23 de julio de 1997, mediante la sentencia contra la cual ha sido presentada la demanda de revisión que ocupa la atención de la Corte.

LA DEMANDA

Aduciendo la aparición de prueba no conocida durante los debates del proceso, con fundamento en la causal 3a. del artículo 232 del C. de P.P. el señor apoderado explica que "recientemente el padre del condenado ... fue abordado por el señor Emilio del Carmen Zambrano", quien le manifestó haber presenciado "los hechos en forma directa y en el mismo sitio de los acontecimientos porque a esa hora venía del Matadero ....., viendo que la persona que lesionó al finado ... fue el señor Luis Hernando Céspedes alias "Careflecha" y le aseguró estar dispuesto a declararlo así y "mostrar en forma clara como sucedieron los hechos y quien fue el verdadero agresor".

Para demostrar la veracidad de su dicho el testigo mencionado por el apoderado declaró ante la Notaría única del Círculo de Arauca, a instancia del profesional, respondiendo al interrogatorio que éste le formuló (fls. 5-7). Puntualmente a la pregunta sobre quién agredió al occiso, respondió:

"Yo en el momento venía pasando y EL TURRO tenía a LA MULA por un brazo y EL CAREFLECHA lo agredió con un chozo (sic) creo que era".

Preguntado sobre el portador del arma homicida dijo:

"El arma la portaba el que llamaban CAREFLECHA".

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Para efectos de la acción de revisión, ha dicho con insistencia esta Sala, la prueba nueva cuando ya un proceso ha hecho tránsito a cosa juzgada, presupone su eficacia, o por lo menos una fundada posibilidad de modificar trascendentalmente el fallo que se cuestiona, bien porque, según el caso, demuestre la inocencia del condenado, o su estado de inimputabilidad al momento de delinquir.

Es por consiguiente, prueba nueva aquella que el juzgador no tuvo oportunidad de conocer mientras se tramitó el proceso y en ese orden se refiere, a un hecho para entonces desconocido, o bien, a algún aspecto esencial ignorado de

un hecho procesalmente conocido, a manera de ejemplo, una circunstancia de justificación; de tal suerte que aquello que el legislador ordena allegar con la demanda como soporte de la petición de revisión, está llamada a servir como punto de referencia a la actividad probatoria que en el evento de darse por correctamente instaurada la acción, desarrolla por mandato legal la Corte en el trámite correspondiente.

Así entonces, las pruebas que deben aportarse con la demanda para demostrar los hechos básicos de la petición, que son para fundamentar la causal de revisión aducida, sin perjuicio de su condición de apenas sumarias, deben ser las conducentes a acreditar el motivo de la reclamación, como exigencia formal de viabilidad de la acción a la luz del artículo 234 del C. de P.P. en sus los numerales 3o. y 4o..

En el presente caso el actor afirma el surgimiento de una prueba no conocida durante la investigación demostrativa de la inocencia de su procurado en el delito de homicidio por el cual se le condenó, precisando que se trata del testimonio extraproceso rendido por Emilio del Carmen Zambrano, quien le habría referido al padre del sentenciado que vió cuando el occiso era asido por un brazo por el sujeto apodado "EL TURRO", mientras "EL CAREFLECHA" le propiciaba la mortal herida con lo que a él le pareció era un "chuzo".

Pues bien; la prueba aportada, con todo y ser un testimonio no recaudado durante el proceso, carece de la condición de novedad que exige la causal 3a. del artículo 234 del C. de P.P. para servir de soporte a la acción de revisión, porque su tema central fue motivo del debate, en cuanto el sujeto de nombre Luis Hernando Céspedes apodado "CAREFLECHA", conocido en el proceso como el cantinero del establecimiento en donde se inició la riña que culminó con la muerte del ofendido fue excluido por el fallador de toda posibilidad inculpatoria, en cuanto inicialmente fue señalado como posible autor del homicidio. Al efecto precisó la sentencia de primer grado:

"... La duda que se ha querido crear ha sido despejada. Se ha querido confundir la investigación creando sospechas sobre CESPEDES, aprovechando la circunstancia de que es una persona que ha observado mala conducta. Se ha llegado al colmo de que obra en el proceso un memorial sobre el que algunas personas han depuesto y afirmado que a ellas se les llamó para que firmaran." (fl. 9).

"..."

"Por otra parte este Despacho no le otorga credibilidad al testimonio del señor Jesús Antonio Escobar quien en su testimonio rendido en la audiencia pública trata de trasladar la responsabilidad del procesado al cantinero del establecimiento, sin ningún reato de conciencia , como posteriormente lo hace ya al finalizar esta providencia Arley Álvarez. Se entiende que estos testigos han sido manipulados por el padre del procesado y que en el caso del último otra serie de factores confluyen para que cambie su versión original, y es que este hombre se encuentra detenido en el mismo centro carcelario en el que está Delson Alberto Taborda". (fl. 27).

Por su parte el Tribunal, al desatar la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia acogió en integridad los razonamientos del *a quo* y ninguna excepción estableció en relación con la prueba recaudada y analizada (fls. 30 y ss.), es decir, avaló también el análisis respecto de la conducta del cantinero Luis Hernando Céspedes alias "CAREFLECHA", que es la misma persona a quien se refiere el testimonio traído como prueba desconocida.

Por tanto, si el contenido de la prueba testimonial extraproceso fue vertido durante los debates por otros deponentes y objeto de examen en crítica racional por el fallador, que lo descartó por inveraz, la referida prueba no puede servir de apoyo fáctico a la causal de revisión aducida porque nada desconocido aporta ante el juez extraordinario como sustento de la eventual inocencia del sentenciado.

Bajo esta perspectiva y realizado el estudio formal de la demanda como lo ordena el artículo 225 del C. de P. P., cumple a la Corte declarar que el escrito no se aviene a los supuestos de viabilidad de la acción establecidos en el artículo 234 del C. de P.P., debiendo ser rechazado según lo dispone la primera de las citadas disposiciones en su segundo inciso.

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

RESUELVE:

1.- RECONOCESE al doctor Hugo Hernán Domínguez Peña, portador de la T.P. de abogado número 39.892 del C.S. de la J., como apoderado de Deison Alberto Taborda, en los términos del mandato obrante en el informativo.

2.- RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada a nombre de Deison Alberto Taborda, contra la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nogués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION

Nuevamente ha de reiterar la Corte que la acción de revisión no constituye un instrumento extraordinario para revivir debates superados en las etapas del proceso, ni para desconocer, sin más, el carácter definitivo e inmutable de la declaración de justicia contenida en los fallos judiciales.

Contraria a la opinión que algunos jurisconsultos aún puedan tener acerca de este instituto, su ejercicio ha de fundarse en la posibilidad real de levantar los efectos de la cosa juzgada, mediante demostración de alguno de los precisos motivos previamente establecidos en la ley, constituyendo presupuesto insoslayable que la demanda cumpla estrictamente los requisitos de admisibilidad, recogidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

De ahí que -necesario es insistir en ello-, en respeto por la seguridad jurídica que la inmutabilidad y definitividad que la cosa juzgada otorga al fallo en firme, cuando la acción se apoya en la causal tercera de las previstas por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en razón a haber aparecido después de la sentencia de condena, hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates que permiten establecer la inocencia o inimputabilidad del procesado, incumbe al actor no solo demostrar la existencia de la nueva situación fáctica o probatoria, sino también, cómo de haber sido oportunamente conocida por los falladores, la decisión habría sido distinta y opuesta a aquella con que se culminó el proceso, en cuanto que su apreciación podría haber permitido absolver al sentenciado, o declarar su estado de inimputabilidad.

De no cumplirse esto en la demanda, es de entenderse que la pretensión en ella contenida se orienta por la prolongación del debate sobre hechos, pruebas y argumentos ya considerados y definidos procesalmente, en desconocimiento de la razón de ser y finalidad de la acción de revisión (Cfr. Auto dic. 3/98. M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

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

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 16081

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión presentada por el defensor de los sentenciados Jorge Sánchez Manjarres y Gilberto Sánchez Manjarres.

ANTECEDENTES.

A eso de las 5 de la tarde del 14 de mayo de 1983, por cercanías de la quebrada "El Fierro", comprensión Municipal de Anzoátegui, perdió la vida el ciudadano Eduardo Montoya Giraldo a consecuencia de las heridas ocasionadas con arma de fuego y machete.

Con posterioridad a haberse llevado a cabo la etapa correspondiente a la instrucción, el Juicio lo tramitó el Juzgado Primero Superior de Honda, autoridad, que mediante sentencia proferida el dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y dos, condenó a los hermanos Gilberto, Jorge y Ernesto Sánchez Manjarres, a 16 años de prisión (fls. 1 y ss).

Apelado dicho fallo por el defensor de los procesados Jorge y Gilberto Sánchez Manjarres, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué le impartió confirmación, modificándolo únicamente en cuanto hace a los perjuicios morales causados con la infracción (fls. 28 y ss.).

Contra la sentencia de segundo grado, estos mismos sujetos procesales interpusieron recurso extraordinario de casación, el que fue resuelto por la Corte en sentencia proferida el siete de abril de mil novecientos noventa y cuatro, mediante la cual mantuvo inmodificable el fallo impugnado, y posteriormente ejerció acción de revisión, cuya demanda se rechazó el 25 de abril de 1995 por limitarse el accionante "a criticar una prueba que ya obraba en el proceso cuando se profirió el fallo atacado, haciéndola objeto de una valoración diversa de la que le fue dada por los falladores de instancia", con lo cual incumplió los requisitos de forma previstos por la ley.

LA DEMANDA

El actor comienza por advertir que la pretensión contenida en el libelo se funda en lo dispuesto por el artículo 232-3 del C. de P.P. y seguidamente se refiere al acta de la diligencia de levantamiento de cadáver, y las varias intervenciones que durante la actuación tuvo el joven Jairo Montoya, entonces menor de edad, nieto de la víctima y único testigo de lo acontecido.

Esta persona, sostiene, en la diligencia del levantamiento del cadáver afirmó que el autor de la muerte de Eduardo Montoya Giraldo Fue Ernesto Sánchez, sin mencionar ninguna otra persona. No obstante esto, tres días más tarde, dijo haber visto perfectamente a Ernesto Sánchez hacer los disparos y que seguidamente aparecieron Gilberto y Jorge Sánchez quienes lo remataron a machete.

El actor cuestiona el dicho del citado testigo, pues "de haber sido cierta la aparición en el escenario de 'los dos tipos', los hubiera referido en su primera versión; y, si hubiesen sido conocidos, los hubiere referido por sus nombres. Ahora bien, si como dice que del susto no se dio cuenta como iban vestidos, y

si los vio, cómo es que no los menciona en su primera versión?. puesto que el susto es impactante y se graba".

Esto para concluir el demandante que "no dijo la verdad en aquel entonces el menor de edad", y que "continuó así mintiendo, si tenemos en presente que jamás pudo volarse después de que le estaban dando machete al abuelo, ya que como lo afirma de sus anteriores dichos se deduce la INMEDIATEZ de su ida al pueblo".

Aduce que "todo lo expuesto tiene su medio de prueba, y surge precisamente del mismo y UNICO TESTIGO quien presenta ante la HONORABLE Corte Suprema de Justicia dando a conocer su arrepentimiento, que Gilberto y Jorge Sánchez Manjarres son inocentes, pues no fueron los que asesinaron al abuelo ni estaban en ese momento".

El medio a que se refiere, y el cual invoca como "prueba de la inocencia de Gilberto Sánchez Manjarres y Jorge Sánchez Manjarres", consiste en "el escrito original obrante en el expediente firmado y autenticado por Jairo Montoya Rivera, presentado ante la Honorable Corte Suprema de Justicia, en julio 1 de 1.993, Sala de Casación Penal".

Finalmente, agrega que la Sala "con anterioridad en dos (2) oportunidades, ya había conocido de la Acción de Revisión que nuevamente se instaura", mediante pronunciamientos de 25 de abril de 1995 (M.P. Dr. Duque Ruiz) y 26 de junio de 1997 (M.P. Dr. Pinilla Pinilla).

SE CONSIDERA

Nuevamente ha de reiterar la Corte que la acción de revisión no constituye un instrumento extraordinario para revivir debates superados en las etapas del proceso, ni para desconocer, sin más, el carácter definitivo e inmutable de la declaración de justicia contenida en los fallos judiciales.

Contraria a la opinión que algunos jurisconsultos aún puedan tener acerca de este instituto, su ejercicio ha de fundarse en la posibilidad real de levantar los efectos de la cosa juzgada, mediante demostración de alguno de los precisos motivos previamente establecidos en la ley, constituyendo presupuesto insoslayable que la demanda cumpla estrictamente los requisitos de admisibilidad, recogidos por el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal.

De ahí que necesario es insistir en ello-, en respeto por la seguridad jurídica que la inmutabilidad y definitividad que la cosa juzgada otorga al fallo en firme, cuando la acción se apoya en la causal tercera de las previstas por el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, en razón a haber aparecido después de la sentencia de condena, hechos o pruebas nuevas no conocidas al tiempo de los debates que permiten establecer la inocencia o inimputabilidad del procesado, incumbe al actor no solo demostrar la existencia de la nueva situación fáctica o probatoria, sino también, cómo de haber sido oportunamente conocida por los falladores, la decisión habría sido distinta y opuesta a aquella con que se culmi-

nó el proceso, en cuanto que su apreciación podría haber permitido absolver al sentenciado, o declarar su estado de inimputabilidad.

De no cumplirse esto en la demanda, es de entenderse que la pretensión en ella contenida se orienta por la prolongación del debate sobre hechos, pruebas y argumentos ya considerados y definidos procesalmente, en desconocimiento de la razón de ser y finalidad de la acción de revisión (Cfr. Auto dic. 3/98. M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

En el caso de autos, haciéndose gala de una muy particular concepción del instituto al cual se acude, lo pretendido es perseguir la revisión del fallo a partir de exhibir la manifestación de Jairo Montoya Rivera, cuyo testimonio en el proceso los juzgadores tuvieron ocasión de valorar, con lo cual, de entrada, se descarta la presencia del fundamento de la causal aducida.

Tómese en cuenta que el fallo de primer grado, según la copia allegada, se ocupó de estimar la declaración de este testigo, en los siguientes términos:

"Al hacer el estudio concienzudo de la versión del único testigo presencial de los hechos, Jairo Montoya Rivera, se concluye que es una verdad verdadera que es nieto del fallecido Montoya Giraldo, pero, también quedó demostrado que presenció directamente estos cruentos hechos, desde un principio ha sostenido que a su abuelo lo agredieron dándole muerte los hermanos Sánchez Manjarres, saliendo Ernesto de la parte de arriba del camino o quebrada disparando su arma de fuego en el cuerpo del hoy occiso Gilberto junto con Jorge apareciendo en la parte de abajo, con peinillas y causándole varias heridas a aquél".

"El versionante Montoya Rivera es persona apta física y síquicamente para testimoniar y tiene la capacidad jurídica para comparecer ante la autoridad en tal calidad; en sus dichos se observa la espontaneidad, materialidad y coherencia en las varias diligencias realizadas con su presencia, siempre ha dicho lo mismo, no se le ha visto temeroso ni coaccionado, su único empeño ha sido decir como se desarrollaron los hechos, se le ve desprendido de rasgos de parentesco con aquél en igual forma lo hubiese hecho si no se tratara de su familiar, era él quien iba detrás del cabalgar siguiéndolo paso a paso".

"Entonces el testimonio de Jairo se basó en la percepción directa de los acontecimientos; la presenciabilidad de un hecho no depende de lo que se observe, sino de lo percibido directamente por sus sentidos y así lo ha expresado. Su dicho ha sido concordante y conciso, no se dieron vacíos ni contradicciones y al efectuar su cotejo con otras piezas procesales se nota la convergencia y la concordancia, entonces ha dicho la verdad, pues no le anima interés en mentir".

"El testimonio de este menor rendido en las condiciones antes dichas ofrece la mayor posibilidad de certeza, está integrado el deponente a la naturaleza y al sector social en que vive, desde tiempo atrás conocía perfectamente a los hermanos Sánchez Manjarres, entonces no hubo equívoco de su parte en la identidad e identificación de éstos; lo por él narrado ha sido con propiedad,

ceñido a la realidad, no ha hecho alarde de los sucesos presenciados, sus manifestaciones las ha dado con confianza y tranquilamente, y su dicho no ha estado rodeado de la fantasía, su destreza, percepción motriz, percepción especial y capacidad nemónica, están a la salvaguardia de su dicho" (fls. 16 y ss).

El juzgador de segundo grado, por su parte, señaló: "Anótese, entonces, que la ostensible aptitud de la exposición vertida por Jairo Montoya Rivera no soporta ningún cuestionamiento porque es nítida, detallada, veraz, espontánea, sincera e imparcial. Por la pureza de su fuente y contenido, debe mirarse, en síntesis, como un inexpugnable mecanismo de convicción para asignarles, sin vacilaciones, el rótulo de coautores del homicidio perpetrado en la persona de Eduardo Montoya Giraldo, a los señores Ernesto Sánchez Manjarres, Jorge Sánchez Manjarres y Gilberto Sánchez Majarres" (fl. 41).

Esto no conduce a otra cosa que a reiterar lo ya dicho por la Corte, en el sentido de que la pretensión del accionante es revivir sin fundamento un debate fenecido en el momento en que cobró ejecutoria el fallo, pero sin aportar ningún elemento que no hubiese sido materia de consideración en las instancias del proceso, pues el documento que contiene la intención de Montoya Rivera de retractarse de lo dicho años atrás, no constituye desde ningún punto de vista un medio de prueba ex novo, sino un recurso de último momento para desconocer la sentencia, lo cual, por supuesto, resulta inadmisible si son tomados en cuenta los presupuestos exigidos por la causal aducida.

Si lo perseguido por el actor es demostrar que la declaración de Jairo Montoya Rivera, rendida durante el trámite ordinario del proceso, se encuentra afectada de falsedad, debió apoyar la acción en la causal quinta, acreditando, claro está, con sentencia en firme donde se declare que ello es así: que la prueba es falsa, y establecer que no obstante ello, sirvió de fundamento a la sentencia que se demanda, presupuesto éste que también incumple, lo que impide suponer siquiera que ese fue el motivo que quiso aludir.

En razón a esto, y dado que el testimonio de Jairo Montoya Rivera carece de los presupuestos mínimos para ser tomado como prueba nueva, que su dicho fue ponderado por los juzgadores, que no ha sido demostrada la falsedad de su declaración, y tampoco la acción se promueve con fundamento en la causal quinta de revisión, es el rechazo de la demanda la solución que se impone adoptar.

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

RESUELVE:

PRIMERO. Reconocer como defensor de los sentenciados Jorge Sánchez Manjarres y Gilberto Sánchez Manjarres, al doctor Ramón Ignacio Pantaleón Ortega en los términos del poder a él conferido.

SEGUNDO. RECHAZAR la demanda de revisión presentada a nombre de los sentenciados Jorge Sánchez Manjarres y Gilberto Sánchez Manjarres.

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-Requisitos

Tres situaciones de franco desconocimiento de los requisitos de orden formal, dentro de la técnica que gobierna el recurso de casación y específicamente la demanda, exhibe la que es objeto de atención y conducen inexorablemente a su rechazo de plano con la consiguiente declaratoria de deserción del recurso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 226 del C. de P.P., en armonía con el 228 ibid.

El artículo 225 del C. de P.P. establece:

"Requisitos formales de la demanda. La demanda de casación se formulará por escrito y deberá contener:

1o. ...

2o. ...

3o. 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.

4o.- Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

Es permitido formular cargos excluyentes. En estos casos, el recurrente debe plantearlos separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

A su vez el artículo 220 del mismo estatuto señala:

"Causales. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1o. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente.

2o. ...

3o. ...".

Significa esta preceptiva legal, de un lado, que la demanda de casación solo puede aducir como causales para impugnar la sentencia de segundo grado, las taxativamente establecidas; de otro lado, que la fundamentación de las censuras, cualesquiera que sean su número y motivos, además de guardar correlación con las causales legales que se invocan para impugnar extraordinariamente la sentencia, debe hacerse en forma tal que esa correlación argumental sea manifiesta normativa y conceptualmente; y por último, que siendo varias las censuras propuestas con aducción de motivos o causales recíprocamente excluyentes, se formularán en cargos separados.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*.

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 15790

Decide la Corte sobre la viabilidad formal de la demanda de casación con la cual se sustenta el recurso interpuesto contra la sentencia dictada el 30 de noviembre de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que condena a Henry López Garcés como autor del delito de homicidio en la persona de Helmer Hincapié.

Antecedentes

1.- Refiere el proceso que hallándose en el interior del establecimiento conocido como Bar "Madrigal" de Chinchiná en horas de la noche del 30 de septiembre de 1995, fue gravemente herido con arma cortopunzante el ciudadano Helmer Hincapié, cuyo fallecimiento sucedió a escaso tiempo de la agresión, de la que se sindicó a Henry López Garcés .

2.- Mediante resolución del 30 de enero de 1998 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito confirmó la acusación impartida en primera instancia contra López Garcés Por el delito de homicidio simple (fls.168-176 cd. ppl.).

Por este mismo hecho punible, luego de tramitado el plenario, el procesado fue condenado a la pena principal de 25 años de prisión por el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Chinchiná (fls. 267 y ss.), en sentencia que el Tribunal del Distrito confirmó en segunda instancia al desatar la apelación interpuesta por la defensa (fls. 346 y ss). Inconforme con este fallo, el mismo sujeto procesal interpuso el recurso de casación que sustenta con la demanda cuya revisión formal ocupa la atención de la Sala.

La Demanda

Un solo cargo contra la sentencia de segundo grado formula el señor defensor en su extensísimo escrito, enunciándolo así:

"Invoco como causal para solicitar la revocación de la sentencia ... la consagrada en el cuerpo segundo del numeral 1o., del artículo 220 del C. P. P.,

por cuanto se infringieron por la vía indirecta, normas sustanciales de la Constitución Nacional y los Códigos Penal y de Procedimiento".

Asevera que mediante "un análisis probatorio equivocado" el Tribunal "le dió credibilidad al testimonio único de cargo" y esta prueba "... a las luces del artículo 294 del C. P.P. exhibe falencias menospreciadas por el juzgador" y por tanto carece de la certeza requerida por el artículo 247 *ibidem* para condenar. Precisa:

"Los errores que afectan la decisión ... tuvieron su origen en la deficiente instrucción del proceso" ...

"Además, contrariando las normas que garantizan el debido proceso, la Fiscalía negó pruebas fundamentales, oportunamente solicitadas por la defensa ...".

"Haciendo aún más manifiesto el desinterés de la Fiscalía en el adecuado manejo del presente proceso pone en evidencia que no lo estudió con la necesaria atención para el efecto de calificar el mérito ..."

"...

"Además, se menospreciaron hechos demostrados por pruebas legalmente practicadas que crean, por decir lo menos, la posibilidad de que la autora material del injusto sea Yessica Liliana Álvarez ...".

En el capítulo de "Fundamentos de la causal invocada" concreta la censura como:

"Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho ... falsos juicios de identidad, y falsos juicios de existencia por omisión en la apreciación probatoria", y vierte una vasta y pormenorizada relación los dichos errores: 1).- "Falso juicio de identidad por tergiversación de la injurada ..." por negársele "el valor que tiene". Luego de transcribir el fragmento de esa diligencia en que el procesado negó su participación en el homicidio investigado y ofrece una coartada de ausencia del lugar de los hechos, cataloga el actor tal manifestación como propia del concepto jurídico de "confesión". Tras un largo discurrir concluye:

"... error de hecho que dió lugar a falso juicio de identidad ... consistió en haber ignorado la confesión disculpa del ... procesado, ... mediante la cual se propuso la excepción de alibi, comunmente conocida como coartada, al sostener su imposibilidad física de haber consumado el ilícito por encontrarse en el momento de su realización en lugar diferente al de su ocurrencia.".

Bajo los ordinales 2), 3) y 4) afirma que el Tribunal incurrió en falsos juicios de existencia al omitir la apreciación de los testimonios de Henry Tabares, Leonardo Arenas y Conrado Muñoz, todos compañeros de trabajo del procesado para el día de los hechos y totalmente coincidentes con él en sus respectivas exposiciones. En el ordinal 5) alude al testimonio de Luis Cubides, patrono de los anteriores y eventualmente confirmatorio de sus di-

chos; y, con base en todas estas exposiciones, de las cuales extracta los aspectos en su criterio relevantes reitera su punto de vista.

El "sexto error" consistió en pretermitir el Tribunal la consideración de las excelentes calidades personales y sociales del procesado, de las que daban cuenta todos los testimonios antes enlistados. El "séptimo error" fue un falso juicio de identidad

"... por tergiversación ... del testimonio de Yessica ... Álvarez al que el *a quem* le reconoció el valor que no tiene aceptando como cierto lo afirmado por ella, sin tener en consideración los vicios que le restan toda credibilidad que tienen que ver con personalidad la que no garantiza su sinceridad.".

Analiza las condiciones personales de esta testigo, indicando que en su primera declaración dijo ser menor de edad y "no se identificó". Estudia en extensos términos el primero de estos factores para advertir que una declaración de un menor de edad carece de seriedad frente a la que proviene de un mayor, y que por mandato del artículo 31 del C.P., concordante con el 165 del Decreto 2737 de 1989, "debe ser declarado en el mismo evento como inimputable"; pasa luego a las calidades morales de la testigo y destaca su oficio de meretriz para descalificar la credibilidad de su declaración, lo que refuerza con reflexiones sobre el dicho de la casera donde ella vivía y acotaciones de carácter teórico sobre el testimonio de esta clase de personas.

Como "Octavo error" por falso juicio de existencia, señala la omisión del Tribunal en apreciar el testimonio de la casera referida, María Yolanda Castaño, sobre el estado de embriaguez en que llegó su inquilina la noche de los hechos, lo que le permite al censor conjeturar:

"En conclusión, es de presumir que la testigo única de cargos ...' debió iniciar la ingestión alcohólica desde hora temprana, circunstancia por la cual a eso de las 9 de la noche en que se consumó el hecho debía encontrarse en un estado de anomalía fisiológica y síquica que le impidió percibir los hechos en forma precisa y formarse una idea ...".

El "Noveno error", por falso juicio de existencia lo radica en no haber apreciado el Tribunal el mismo testimonio de la casera Castaño, indicativo de que Yessica no presenció el homicidio y por consiguiente, "careció de capacidad para individualizar al autor...", dedicando largas reflexiones al examen de ese testimonio de oídas sobre lo que Yessica le habría contado acerca de las incidencias antecedentes y concomitantes con el homicidio.

Como "décimo error" sitúa la falta de apreciación del testimonio de José Didier Ocampo quien se desempeñaba como "cajero y discómano" del bar donde sucedieron los hechos, el cual dice, permite deducir Yessica no presenció el crimen. A igual conclusión arriba escudado en lo que considera el "décimo primero error" de hecho, resultante de la falta de apreciación del testimonio del otro empleado del bar, Martín Elías Álvarez, prueba ésta de la cual pregona que el Tribunal se limitó a mencionarla sin examinarla en su contenido.

También con relación al acta de necropsia encuentra que el Tribunal incurrió en error de hecho -el "décimosegundo"-, porque no la consideró. Destaca la descripción de las varias heridas que presentó el cadáver del ofendido, ninguna de ellas en el cuello, no obstante lo cual la varias veces nombrada testigo Yéssica Álvarez refirió haber visto que el occiso "ya tenía una puñalada en el cuello ..." contrario también a lo que dice, afirmó Martín Elías Álvarez, quien dijo que "estaba como herido en el pecho".

Los errores números 13 y 14 -este último lo enumera como 15 el censor-, sirven al actor para pregonar la tergiversación del testimonio de la mencionada Yessica Álvarez. En el primer caso, porque el Tribunal afirmó que el interés de la declarante al acudir al C. T. I. a denunciar el homicidio fue evitar la impunidad, cuando en realidad lo que la determinó fue "un interés inconfesable y que no era grato, amable o atractivo para ella ... porque implicaba más bien inconmodidades", situación que explica el abogado con un subjetivo y reiterante análisis de la prueba orientado a demostrar, que la mujer quería impedir que se le atribuyera el delito o encubrir al verdadero responsable.

El último de los denunciados errores asegura también la tergiversación del testimonio de Yessica Álvarez, pero toda la fundamentación se orienta a denunciar vicios de procedimiento cuya incidencia, además, no demuestra.

Sostiene que ésta acudió al C. T. I. 58 días después de los hechos para inculpar a Henry López del homicidio y allí se le recibió declaración, con clara inobservancia de lo dispuesto en el artículo 323 del C. de P.P. que le concede facultad a la Fiscalía para "buscar elementos de juicio" y solo excepcionalmente tal facultad puede ser ejercida por la policía judicial de acuerdo al artículo 127 del mismo Estatuto porque esta norma la autoriza a practicar pruebas en caso de flagrancia y en el lugar de los hechos, situaciones ambas ausentes para cuando declaró Yessica.

Añade que "el *ad quem*", para darle "validez a la prueba única de cargos citó en su providencia los incisos 1 y 2 del artículo 313 del C. de P.P., norma que autoriza al Fiscal Delegado o la Unidad de Fiscalía para comisionar a cualquier funcionario que ejerza facultades de policía judicial con el fin de practicar pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos"; que el Fiscal Seccional 25 comisionó al C. T. I. para practicar pruebas citando como fundamento legal de la comisión los artículos 313 y 330 del C. de P.P. y el 12 de la Ley 81 de 1993, a pesar de que al dictarse esta providencia aún no se había dictado resolución de apertura de instrucción, la cual solo puede dictar el funcionario que dirigió o realizó la investigación previa, siendo ésta la razón por la cual no podía el Fiscal Seccional citar en apoyo de su decisión el artículo 313 del C. de P.P. Tampoco podía el funcionario acudir al artículo 330 del C. de P.P. porque no lo autorizaba a delegar en la Policía Judicial la capacidad funcional para instruir, que solo recaía en la Fiscalía Delegada. Tampoco era aplicable el artículo 12 de la Ley 81 de 1993, porque este autoriza comisionar a la Policía Judicial solo para la práctica de diligencias concretas y específicas, no para la práctica de cualquier prueba o

diligencia". La imputación de Yessica a López como autor del homicidio sobrevino "después de transcurridos 68 días, y fue cuando el C. T. I. remitió el asunto a la Fiscalía Seccional. Limitada fue, dice la actividad investigadora de la Fiscalía propiamente tal. La Fiscalía Delegada ante el Circuito asignó el caso -en el que aún no se había dictado resolución de apertura de investigación- el 30 de abril de 1997 a la Fiscalía 26 Seccional. La apertura de investigación solo se hizo el 28 de julio de 1997, es decir, durante casi un año y diez meses el asunto permaneció en estado de diligencias previas.

Avanzando en su exposición, sin advertir que esté formulando algún cargo separado, tomando como justificación la función de unificador de la jurisprudencia nacional de la Corte, sugiere que esta Corporación se pronuncie sobre la validez de la prueba de cargo no controvertida y allegada con violación del artículo 29 de la C.N. por negligencia del investigador, refiriendo detalladamente las circunstancias que en el caso presente estructuran situación de tal naturaleza.

En el capítulo de "normas sustanciales violadas" dice que la sentencia de primer grado por el Tribunal se violó,

"el artículo 29 de la Constitución nacional al privar al señor Henry López Garcés a pesar (sic) de que fue privado de la oportunidad de contradecir la prueba de cargos, hecho causado por la negligencia de los funcionarios que intervinieron en la instrucción del proceso y además, en virtud a que la Fiscalía Seccional le negara a su defensor la práctica de pruebas orientadas a controvertir la única mediante la cual se pretendió establecer en cabeza suya la autoría ...".

También se violaron los artículos 296, 294, 300, 302, 247, 246 y 249 del C. de P.P. y 323 del C.P., así como "normas concordantes y complementarias". Finaliza la demanda con la pretensión casacional de revocación de la sentencia de condena y consiguiente absolución para su defendido.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Tres situaciones de franco desconocimiento de los requisitos de orden formal, dentro de la técnica que gobierna el recurso de casación y específicamente la demanda, exhibe la que es objeto de atención y conducen inexorablemente a su rechazo de plano con la consiguiente declaratoria de deserción del recurso, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 226 del C. de P.P., en armonía con el 228 ibíd.

El artículo 225 del C. de P.P. establece:

"Requisitos formales de la demanda. La demanda de casación se formulará por escrito y deberá contener:

1o. ...

2o. ...

3o. 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.

4o.- Si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una.

Es permitido formular cargos excluyentes. En estos casos, el recurrente debe plantearlos separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria".

A su vez el artículo 220 del mismo estatuto señala:

"Causales. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos:

1o. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente.

2o. ...

3o. ...".

Significa esta preceptiva legal, de un lado, que la demanda de casación solo puede aducir como causales para impugnar la sentencia de segundo grado, las taxativamente establecidas; de otro lado, que la fundamentación de las censuras, cualesquiera que sean su número y motivos, además de guardar correlación con las causales legales que se invocan para impugnar extraordinariamente la sentencia, debe hacerse en forma tal que esa correlación argumental sea manifiesta normativa y conceptualmente: y por último, que siendo varias las censuras propuestas con aducción de motivos o causales recíprocamente excluyentes, se formularán en cargos separados.

Evidente pues, que si la censura se apoya en la causal 1a. de casación por considerar el actor que el fallador incurrió en errores de evaluación de la prueba, sean de hecho o de derecho, deberá estipular con claridad y precisión todos y cada uno de esos errores en todas y cada una de las pruebas en que se cometieron y demostrar con objetividad su incidencia en el resultado del fallo atacado.

La demanda que se examina para establecer la procedencia formal del recurso no cumple a cabalidad con este supuesto de técnica casacional porque al denunciar como primer error de apreciación probatoria del fallador por falso juicio de identidad la tergiversación de la indagatoria del procesado, lo que hace es evidenciar la inconformidad de su signatario porque la judicatura le negó crédito a la protesta de inocencia y a la explicación o coartada que expuso de ausencia del sitio de los hechos a la hora en que se cumplieron -en otras palabras, el criterio del censor opuesto al del fallador sin un trasfondo analítico errado de la prueba-; pero la verdad es que no concreta los términos de la alegada distorsión de la prueba como para dar coherencia al reclamo,

prefiriendo soslayar el asunto con una disertación tan especulativa como inútil sobre el concepto jurídico de la confesión.

Idéntica postura contienen los diversos errores referentes a la credibilidad que el Tribunal concedió a la testigo de cargo Yessica Álvarez, -errores séptimo y trece-, en cuya demostración se patentiza el mismo vacío demostrativo, que deja a la Corte sin elementos de juicio para desconocer el análisis probatorio de la sentencia acusada.

Ahora bien; pese a que el censor denuncia falsos juicios de existencia en los errores segundo a sexto y octavo a décimo segundo porque el Tribunal dejó de apreciar unas pruebas que en su sentir demuestran la inocencia de su cliente y la falta de veracidad de la testigo de cargo, al incluir en el mismo discurso argumentativo situaciones que dice son constitutivas de irregularidades procedimentales cometidas por la Fiscalía en el adelantamiento de la investigación -error décimo cuarto, pero que enumera como décimo quinto- violatorias del debido proceso, incurre en el desconocimiento del principio de no contradicción a cuya guarda tiende el numeral 4o. del artículo 225 del C. de P.P., porque al hablar de violación indirecta de la ley sustancial y denunciar por esta vía los que considera errores de evaluación de las pruebas recaudadas -causal 1a. cuerpo segundo, artículo 220 del C. de P. P.-, reconoce implícitamente la validez de la actuación; de ahí que propenda por la absolución de su cliente mediante la revocación por la Corte del fallo de condena. Pero al proclamar la ocurrencia de irregularidades de característica anulatoria por atentar contra la garantía del debido proceso, está cuestionando esa validez y requiriendo sin decirlo, la anulación parcial del proceso, porque de ser ciertas las fallas de que habla, es la actuación judicial la que debe enmendarse y por el único camino legalmente posible, como es el de la nulidad, a cuya declaración solo puede proveer la Corte cuando el reparo se arraiga en la causal 3a. de casación.

Al refundir de la manera como lo enseña la demanda, conceptos casacionales esencial y recíprocamente contradictorios, se impone reconocer que la demanda no otorga viabilidad al recurso. De conformidad se resolverá.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Henry López Garcés contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que lo condena como autor del delito de homicidio de Helmer Hincapié. 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.

Comuníquese 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.

NULIDAD TECNICA

Insistentemente la jurisprudencia de la Corte ha precisado que en tratándose de la causal tercera de casación, corresponde al actor concretar la clase de nulidad que invoca, señalar sus fundamentos, las normas que estime infringidas y precisar de qué manera la irregularidad procesal denunciada repercutió definitivamente afectando el trámite surtido que culminó con la sentencia impugnada, pues no se trata de hacer evidente cualquier irregularidad sin trascendencia alguna, sino sólo de aquellas que inexorablemente conducen a su invalidación.

Si lo alegado es la violación del derecho de defensa, en la demanda se debe especificar la actuación que lesionó dicha garantía y su concreta incidencia en el fallo impugnado, pero en todo caso, compete al actor presentar una petición acorde con la naturaleza de la nulidad invocada, debiendo indicar el momento a partir del cual la invalidación debe decretarse y señalar el funcionario al cual se habrá de remitir el proceso.

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

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 13724

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Héctor Bayron Zapata Bernal y Manuel Alberto Arenas Hurtado.

ANTECEDENTES

Aproximadamente a las siete de la noche del veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cinco, por el sector de la calle 76 con carrera 71, Barrio Manrique, de la ciudad de Medellín, perdió la vida el joven John Wilder Muñoz Osorno, a consecuencia de haber recibido múltiples heridas con arma de fuego.

Luego del recaudo de algunas diligencias por la Unidad de Reacción Inmediata, la Fiscalía 182 Seccional declaró abierta la investigación (fl. 79) y vinculó mediante indagatoria a Héctor Bayron Zapata Bernal (fl. 94) contra quien la Fiscalía Doce Seccional, a donde fueron reasignadas las diligencias, profirió medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 104).

Esta autoridad también vinculó mediante indagatoria a Manuel Alberto Arenas Hurtado (fls. 124) y Henry Hernan Londoño Sosa (fl. 133), respecto de quienes por providencia de quince de marzo de mil novecientos noventa y seis, decidió su situación jurídica absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento (fl. 148).

El cierre del ciclo instructivo se decretó el diecisiete de mayo siguiente (fl. 201), mediante proveído notificado personalmente a los procesados Manuel Alberto Arenas Hurtado y Héctor Bayron Zapata Bernal , así como a sus respectivos defensores y el Procurador Judicial. en tanto que los demás sujetos lo fueron por estado (fl. 202).

Por providencia proferida el dieciocho de junio del mismo año, se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Héctor Bayron Zapata Bernal , Manuel Alberto Arenas Hurtado y Henry Hernan Londoño Sosa, por el concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 217 y ss.).

La etapa de juzgamiento surtió trámite ante el Juzgado Doce Penal del Circuito, en donde se llevó a cabo la vista pública (fls. 321 y ss.), y culminó la instancia condenando a los procesados a la pena principal de veintisiete (27) años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, por encontrarlos penalmente responsables del concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 328 y ss.), mediante decisión que el Tribunal Superior de Medellín confirmó en relación con los procesados Héctor Bayron Zapata Bernal y Manuel Alberto Arenas Hurtado, y declaró nula la actuación respecto de Henry Hernan Londoño Sosa por carecer de defensa técnica con posterioridad al acto de vinculación al proceso (fls. 362 y ss.) al conocer en segunda instancia por vía de la apelación interpuesta por los procesados y sustentada por éstos y los respectivos defensores.

Contra el fallo de segundo grado los procesados Héctor Bayron Zapata Bernal y Manuel Alberto Arenas Hurtado, así como sus defensores, oportunamente interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, presentándose por los abogados en el término legal, los respectivos escritos con los cuales persiguen sustentar la impugnación, y sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

Las demandas

1. A nombre del procesado Héctor Bayron Zapata Bernal .

Con fundamento en la causal tercera de casación, el defensor de este procesado demanda la invalidación de lo actuado, por considerar que el fallo fue proferido dentro de un juicio viciado de nulidad por violación del derecho de defensa.

Aduce al respecto que dentro del término previsto por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, se solicitó que en la etapa probatoria del juicio fuera practicada diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos, a

fin de establecer la veracidad de los testimonios allegados al proceso, "los cuales a más de sospechosos por el ánimo retaleatorio (sic) de algunos declarantes, presentaban múltiples incoherencias y contradicciones que hacían suponer a la defensa, que se trataba de testimonios de oídas, prefabricados con base en comentarios y suposiciones".

No obstante, el juzgador negó el recaudo de dicha prueba por improcedente, en decisión que al ser recurrida en apelación, el Tribunal Superior confirmó argumentando que de conformidad con el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, la responsabilidad del procesado, la naturaleza y cuantía de los perjuicios pueden ser demostrados con cualquier medio de convicción, y que correspondía al funcionario, en ejercicio de su función soberana y libertad de apreciación probatoria, decidir a cuáles medios acude en busca de la demostración de estos aspectos.

De haber sido practicada la diligencia de inspección judicial que echa de menos, sostiene el impugnante, "se habrían despejado muchas dudas y muy seguramente la verdad se habría establecido". A este respecto, afirma, la testigo Deyanira María Castañeda -a quien los juzgadores dieron plena credibilidad-, expuso no recordar cómo vestían los "individuos" el día de los hechos, lo cual califica de "verdaderamente sorprendente" pues "algunos" declarantes sostuvieron que iban vestidos de negro y con corbata "como si fueran para una fiesta".

La señora María Victoria Muñoz, por su parte, manifestó haber sido enterada de los hechos porque se los contaron.

Y los testigos John Mario Castañeda y Edwin Muñoz, son contradictorios pues mientras el primero afirmó que fue Alberto, alias "Cabeto" quien disparó contra la víctima, el segundo sostuvo haber visto a "el plátano" haciendo los disparos.

De otro lado, sostiene el censor, la averiguación penal fue iniciada a consecuencia de la denuncia penal presentada por la madre de la persona fallecida, sin haber presenciado los hechos, y cuyo testimonio se basa en la especulación y suposiciones.

Y finalmente, la testigo Gloria Zea Rendon, a quien los juzgadores otorgaron plena credibilidad, ofrece contradicciones en su dicho.

Por estos motivos, ante las contradicciones, incoherencias y suposiciones que estos declarantes ofrecen, considera que la inspección judicial era "necesaria para el real esclarecimiento de los hechos a más que existía ánimo retaleatorio por parte de los testigos, ya que unos eran familiares del occiso, otros de Edwin y John Mario, pertenecientes a la Banda de Chucho, enemigos acérrimos de los implicados".

Concluye solicitando de la Corte casar la sentencia impugnada, declarar demostrada la causal invocada y "proferir la decisión que corresponda" (fls. 403 y ss.).

2. A nombre del procesado Manuel Alberto Arenas Hurtado.

Este impugnante, apoyado en la causal tercera de casación, denuncia igualmente que en relación con su asistido la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad.

El fundamento del cargo lo hace consistir en que una vez su cliente obtuvo el derecho de libertad a consecuencia de habérsele definido su situación jurídica, la instrucción siguió su curso sin garantizársele plenamente el derecho de defensa técnica, toda vez que durante esta etapa del proceso, hubo absoluta inactividad por parte del defensor, "lo que nos llevaría a considerar la nulidad del proceso a partir de la indagatoria", puesto que "las pruebas se allegaron sin que el procesado Arenas Hurtado se enterase siquiera del curso que estaba tomando el proceso en su contra", al extremo de no haber sido recurrida la resolución de acusación.

Por lo anterior demanda de la Corte casar la sentencia impugnada, declarar demostrada la causal alegada y proferir "la decisión que en derecho corresponda" (fls. 407 y ss.).

SE CONSIDERA

Sobre el mérito formal de las demandas, la Corte se pronunciará en el mismo orden observado para efectos de su resumen:

1.- Los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, no son satisfechos por el defensor del procesado Héctor Bayron Zapata Bernal, lo cual determina el rechazo de la demanda de casación presentada, y tener que declarar desierto el recurso interpuesto.

Insistentemente la jurisprudencia de la Corte ha precisado que en tratándose de la causal tercera de casación, corresponde al actor concretar la clase de nulidad que invoca, señalar sus fundamentos, las normas que estime infringidas y precisar de qué manera la irregularidad procesal denunciada repercutió definitivamente afectando el trámite surtido que culminó con la sentencia impugnada, pues no se trata de hacer evidente cualquier irregularidad sin trascendencia alguna, sino sólo de aquellas que inexorablemente conducen a su invalidación.

Si lo alegado es la violación del derecho de defensa, en la demanda se debe especificar la actuación que lesionó dicha garantía y su concreta incidencia en el fallo impugnado, pero en todo caso, compete al actor presentar una petición acorde con la naturaleza de la nulidad invocada, debiendo indicar el momento a partir del cual la invalidación debe decretarse y señalar el funcionario al cual se habrá de remitir el proceso.

En el caso a estudio, no obstante, partir el libelista de advertir que la censura se orienta por denunciar la transgresión del derecho de defensa, cuyo desacierto hace consistir en la renuencia de los juzgadores en practicar una diligencia de inspección judicial al lugar donde se llevaron a cabo los hechos materia de investigación, y considerar dicha prueba de vital impor-

tancia para establecer la veracidad de los testimonios recaudados durante el proceso, la fundamentación que expone da al traste con esta expectativa, pues indebidamente se introduce en el campo de la violación indirecta de la ley sustancial cuestionando la credibilidad que los juzgadores otorgaron a los testimonios de Deyanira María Castaneda, María Victoria Muñoz, John Mario Castañeda, Edwin Muñoz y "la madre del occiso", por aspectos que no guardan ninguna relación con la prueba que echa de menos.

Esto es lo que el libelista ofrece al hacer manifiesta su inconformidad con el testimonio de Deyanira María Castañeda, cuando ésta afirma no recordar las vestimentas de los agresores, mientras que otros testigos, que no son mencionados, supuestamente sí estuvieron en condiciones de hacerlo. O el reproche relacionado con que María Victoria Muñoz haya expuesto haber sido enterada de lo acontecido por comentarios de terceras personas. O, de otro lado, la presunta inconsistencia en que incurren John Mario Castañeda y Edwin Muñoz sobre el autor de los disparos, cuestiones estas que lejos están de ser aclaradas por medio de la pregonada diligencia de inspección judicial.

La particular concepción del instituto se hace aún más manifiesta, cuando el actor plantea que el proceso tuvo origen en la denuncia penal formulada por la madre del occiso quien, a su criterio, incurre en contradicciones las cuales no especifica, sin aclarar tampoco en qué habría cambiado el resultado del proceso si la investigación hubiera sido adelantada de oficio, como al parecer efectivamente así ocurrió.

Pero, además: tampoco se indica lo que hubiera podido aportar para la definición del proceso la práctica de la citada diligencia omitida, ni de qué manera la situación del procesado Zapata Bernal habría variado en el fallo con haberse llevado a cabo el recaudo de dicha prueba.

Estos desaciertos de orden técnico impiden desentrañar el verdadero alcance de la impugnación pues en las aludidas condiciones no es posible establecer si la inconformidad del recurrente estriba en que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, o si éste es válido pero el fallo debe ser casado por haber incurrido el juzgador en un vicio *in iudicando*, lo cual, por supuesto, amerita decisiones de diversa índole que la Corte no puede escoger por virtud del principio de limitación que gobierna el recurso extraordinario.

2. En cuanto hace a la demanda de casación presentada a nombre del procesado Manuel Alberto Arenas Hurtado, la precariedad de la fundamentación propuesta es todavía más evidente, pues si bien afirma que con posterioridad a la providencia definitoria de la situación jurídica del procesado Manuel Alberto Arenas Hurtado, la instrucción continuó "sin garantizarle plenamente el derecho de defensa técnica", no hace ningún esfuerzo por demostrar un tal desacierto en la actuación ni mucho menos la repercusión que pudo haber tenido en la declaración de justicia contenida en el fallo.

Es tan cierto lo anterior, que en la demanda no se indica si es que el señor Arenas Hurtado no estuvo asistido de defensor en la diligencia de indagatoria o con posterioridad a dicho acto, o si teniéndolo, el abogado no realizó ninguna gestión de intervención o vigilancia en el proceso, limitándose solamente a aducir que el procesado no se enteró del contenido de las pruebas recaudadas con posterioridad a su liberación, ni del curso que tomó el proceso por ese motivo, con lo cual no se demuestra la configuración de la causal de casación que invoca.

A este respecto debe recordarse que la sola invocación de la violación del derecho de defensa técnica, como fundamento de la causal tercera de casación en orden a obtener la invalidación de fallo, no constituye proposición completa del cargo, ni el motivo invalidatorio se entiende demostrado con solamente poner de presente la ausencia de actos positivos de gestión del defensor, como parece ser entendido por el casacionista, sino que es indispensable demostrar el abandono de la función de defensa, distinto de la simple renuncia a los actos de contradicción probatoria e impugnación, propios de la discrecionalidad del profesional para optar por una u otra postura en el proceso, sobre el cual sin embargo, se mantiene vigilante.

Acorde con lo que viene de ser expuesto, se tiene, entonces, que el casacionista en este caso se limitó simplemente a enunciar el cargo sin llegar a demostrar su ocurrencia en el proceso, ni la repercusión definitiva que un tal desacierto pudo tener en el proferimiento del fallo que busca impugnar.

Dado que la Corte no puede corregir las demandas para ajustarlas a los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos, la decisión que se impone es su rechazo y tener que declarar desiertos los recursos, en obedecimiento a lo previsto por el artículo 226 del C. de P. P.

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 las demandas de casación presentadas a nombre de los procesados Héctor Bayron Zapata Bernal y Manuel Alberto Arenas Hurtado por lo anotado en la motivación de este proveído. En consecuencia SE DECLARAN DESIERTOS los recursos.

Comuníquese y devuélvase 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, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE HECHO-Requisitos

Estipula el artículo 207 ibidem, que el recurso de hecho es procedente cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación y deberá ser interpuesto dentro del término de ejecutoria del auto que deniega el recurso.

Tres son, pues, los requisitos de procedibilidad para el recurso de hecho, entendiendo, claro está, que no se trate de abogar por el recurso extraordinario de casación:

- que se deniegue el recurso de apelación:

- que la denegación provenga de un funcionario de primera instancia; y,

- que se interponga dentro del término de ejecutoria del auto que deniega el recurso de apelación.

No es lo mismo denegar el recurso de apelación que declararlo desierto, distinción que luce más diáfana en el caso que ocupa a la Sala, puesto que por haber intervenido las dos instancias se deslinda con mayor facilidad la actuación que cada una llevó a cabo.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, define denegar así: "No conceder lo que se pide o solicita", sentido natural y obvio de aquella palabra según su uso general, al que se debe acudir, puesto que el vocablo no ha sido definido expresamente por el legislador.

La declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra sentencia, en cambio, es una expresión con claros matices jurídicos, pues, de acuerdo con el artículo 196 B del Código de Procedimiento Penal, "Cuando no se sustente el recurso se declarará desierto.". Lo mismo ocurre frente al recurso extraordinario de casación, en las voces del artículo 224 ibidem: "Si ninguno lo sustenta, el magistrado de segunda instancia, declarará desierto el recurso."

Las diferencias entre las dos decisiones, denegar el recurso y declararlo desierto, no son exclusivamente semánticas, sino, básicamente jurídicas, como se desprende del análisis del Código de Procedimiento Penal:

El artículo 186, al enunciar las providencias que deben notificarse se refiere separadamente a "la que declara desierto el recurso de apelación", y a "las que deniegan los recursos de apelación y casación"

Si se deniega el recurso de apelación en primera instancia, tal pronunciamiento en algunos casos debería tener el carácter de interlocutorio, y en su contra podrían intentarse los recursos ordinarios. (artículos 195 y 202). Constituye ejemplo de esta eventualidad la denegación del recurso de apelación cuando el funcionario judicial asegura que el impugnante no tiene interés jurídico, verbi gracia si el apoderado de la parte civil apela la sentencia condenatoria exclusivamente en busca de una sanción más severa.

Por el contrario, para declarar desierto el recurso de apelación de autos o sentencias, el funcionario emite una providencia que siempre es de sustanciación, contra la cual procede solamente el recurso de reposición. (artículo 215).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 16088

VISTOS

Decide la Sala lo que en derecho corresponda respecto del recurso de hecho interpuesto por el defensor de los procesados Luis Fernando Mejía Saldarriaga y Willington López Tabares, condenados por el delito de homicidio agravado.

ANTECEDENTES

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, mediante sentencia del 11 de febrero de 1999, condenó a los señores Luis Fernando Mejía Saldarriaga y Willington López Tabares, a la pena principal de cuarenta y cuatro (44) años de prisión, en calidad de coautores del homicidio agravado, cometido en la persona que pretendían atracar.

Notificado el fallo por edicto, el defensor de los procesados interpuso el recurso de apelación dentro del término legal y allegó escrito argumentando los motivos de la alzada varios días después, de tal manera que la Secretaría de dicho Juzgado, ingresó el expediente al Despacho haciendo constar la extemporaneidad de la sustentación.

Tras verificar lo anterior el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, declaró desierto el recurso de apelación, mediante auto del 12 de marzo de 1999, decisión que fue impugnada en reposición por el señor defensor.

Luego de explicar las razones por las que pudo haber incurrido en algún error, el Juez de primera instancia profirió el auto del 8 de abril del año en curso, en el que accedió a la revocatoria del anterior y concedió el recurso de apelación.

El Tribunal Superior de Medellín, encontró que efectivamente el defensor había sustentado la apelación en forma extemporánea y

nuevamente declaró desierto el recurso, determinación que adoptó en auto del 2 de junio de 1999.

En nueva manifestación de descontento, el defensor interpuso el recurso de apelación y "subsidiariamente" el de hecho, en contra del auto de segunda instancia.

Dicha Corporación, luego de examinar la apelación contra su propio auto, en decisión de Sala del 24 de junio de 1999, "NIEGA el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio de segunda instancia y DECLARA IMPROCEDENTE, en el actual estadio procesal, el recurso de hecho subsidiariamente interpuesto."

Para arribar a estas conclusiones el Tribunal sostuvo que el auto del 2 de junio de 1999, por el cual declaró desierta la apelación, era una decisión que se había tomado en sede de segunda instancia y por tanto, no era susceptible del recurso de apelación, puesto que de admitirse se estaría convirtiendo, por fuera de la legalidad, a la Corte Suprema de Justicia, en una especie de tercera instancia; y con relación al recurso de hecho ofreció varias ilustraciones destinadas a aclarar por qué no podía interponerse como subsidiario.

El devenir procesal que se ha reseñado dio pie para que el señor defensor entendiera que estaba facultado para interponer nuevamente y en forma separada el recurso de hecho, y así lo hizo, de modo que el Tribunal Superior de Medellín, remitió las copias de rigor a la Sala de Casación Penal, con el fin de que se dirima el incidente.

En Secretaría de la Sala de Casación Penal, se surtió el término para sustentar el recurso de hecho, de conformidad con lo establecido en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal.

No obstante, el interesado no allegó escrito en que expusiera a la Corte las razones en que basaba aquella excepcional forma de impugnación vertical, de manera que en constancia secretarial se anotó que "el término venció en silencio"

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aparentemente, con arreglo a lo estipulado en el artículo 209 del Código de Procedimiento Penal, lo pertinente sería desechar el recurso de hecho objeto de decisión, puesto que no fue sustentado dentro de la oportunidad legal.

Sin embargo, la posibilidad de desechar el recurso de hecho únicamente es válida cuando tal forma de impugnación fuere procedente; en otras palabras, sólo puede desecharse el recurso de hecho si no hubiere sido sustentado a tiempo, a pesar de reunir las condiciones de procedibilidad, por haber sido interpuesto correctamente.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala determinar desde el comienzo, si era factible que el Tribunal Superior de Medellín, concediera el recurso de hecho "ante la oportuna y debida formulación".

Estipula el artículo 207 ibidem, que el recurso de hecho es procedente cuando el funcionario de primera instancia deniegue el recurso de apelación y deberá ser interpuesto dentro del término de ejecutoria del auto que deniega el recurso.

Tres son, pues, los requisitos de procedibilidad para el recurso de hecho, entendiendo, claro está, que no se trate de abogar por el recurso extraordinario de casación:

-. que se deniegue el recurso de apelación;

-. que la denegación provenga de un funcionario de primera instancia; y,

-. que se interponga dentro del término de ejecutoria del auto que deniega el recurso de apelación.

Contrastando dichos parámetros, que por demás son imperativos y deben concurrir a cabalidad, de fuerza es concluir que el impulso impartido al recurso de hecho interpuesto por el defensor de los señores Mejía y López, contra el auto que declaró desierto el recurso de apelación de la sentencia condenatoria, no se ajusta a las previsiones que la ley contempla.

Recuérdese que en el presente asunto el Juez Primero Penal del Circuito de Bello, funcionario de primera instancia, finalmente concedió el recurso de apelación, mediante auto del 8 de abril de 1999. Suerte distinta, con diferentes connotaciones jurídicas, ocurrió posteriormente, cuando el Tribunal Superior de Medellín, ejerciendo una de sus funciones de segunda instancia, declaró desierto el recurso de apelación, en auto del 2 de junio de 1999, por sustentación extemporánea.

Puede advertirse, entonces, que en este caso ni se denegó el recurso de apelación, ni la determinación de declararlo desierto se adoptó en primera instancia, sino en sede superior. Ausentes estos requisitos toda actuación posterior enderezada a gestionar el recurso de hecho era ya innecesaria.

No es lo mismo denegar el recurso de apelación que declararlo desierto, distinción que luce más diáfana en el caso que ocupa a la Sala, puesto que por haber intervenido las dos instancias se deslinda con mayor facilidad la actuación que cada una llevó a cabo.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española[1] *, define denegar así: "No conceder lo que se pide o solicita", sentido natural y obvio de aquella palabra según su uso general, al que se debe acudir, puesto que el vocablo no ha sido definido expresamente por el legislador*[2].

La declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra sentencia, en cambio, es una expresión con claros matices jurídicos, pues de acuerdo

---

[1] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Tomo I. Madrid, 1992.

[2] CODIGO CIVIL, artículo 28.

con el artículo 196 B del Código de Procedimiento Penal, "Cuando no se sustente el recurso se declarará desierto". Lo mismo ocurre frente al recurso extraordinario de casación, en las voces del artículo 224 ibidem: "Si ninguno lo sustenta, el magistrado de segunda instancia, declarará desierto el recurso."

Las diferencias entre las dos decisiones, denegar el recurso y declararlo desierto, no son exclusivamente semánticas, sino, básicamente jurídicas, como se desprende del análisis del Código de Procedimiento Penal:

El artículo 186, al enunciar las providencias que deben notificarse se refiere separadamente a "la que declara desierto el recurso de apelación", y a "las que deniegan los recursos de apelación y casación"

Si se deniega el recurso de apelación en primera instancia, tal pronunciamiento en algunos casos debería tener el carácter de interlocutorio, y en su contra podrían intentarse los recursos ordinarios. (artículos 195 y 202). Constituye ejemplo de esta eventualidad la denegación del recurso de apelación cuando el funcionario judicial asegura que el impugnante no tiene interés jurídico, verbi gracia si el apoderado de la parte civil apela la sentencia condenatoria exclusivamente en busca de una sanción mas severa.

Por el contrario, para declarar desierto el recurso de apelación de autos o sentencias, el funcionario emite una providencia que siempre es de sustanciación, contra la cual procede solamente el recurso de reposición. (artículo 215)

Los asertos precedentes conllevan a inferir que no fueron atinados los trámites que el Tribunal Superior de Medellín, impartió al recurso de hecho incoado por el señor defensor, puesto que se trataba de una pretensión improcedente, y generan como corolario para la Sala de Casación Penal, la posibilidad única frente al asunto, consistente en abstenerse de desatarlo.

Se habría evitado esta cadena de actuaciones si el Tribunal Superior de Medellín, no hubiera accedido a conocer de un recurso a todas luces desfasado contra su auto del 2 de junio de 1999, en el que declaró desierto el recurso de apelación.

Tratándose de una decisión de segunda instancia era elemental comprender que no cabía en su contra recurso alguno, pues quedaba ejecutoriada con la firma de los Magistrados que conformaron la Sala de Decisión, de donde se mostraba necia la postura de la defensa y por lo mismo no ameritaba una nueva sesión en Sala para negar tan extraña impugnación, como desafortunadamente se hizo y cristalizó en el auto del 24 de junio del año que transcurre.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de desatar el recurso de hecho interpuesto por el defensor de los procesados Luis Fernando Mejía Saldarriaga y Willingtón López Tabares.

de conformidad con la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, se dispone la devolución de estas actuaciones al Tribunal de origen.

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.

CASACION DISCRECIONAL-Legitimidad para interponer el recurso

Según el último inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, de manera excepcional la Corte puede aceptar un recurso de casación en los casos donde no procede de manera ordinaria, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de derechos fundamentales. La concesión o no del recurso, como lo tiene definido la Sala, está supeditada a que lo solicite dentro del término de ejecutoria del fallo cualquiera de los sujetos procesales autorizados por la ley. E igualmente a que dentro del mismo lapso sustente la petición, demostrándole a la Corte en el grado de probabilidad que se violaron derechos fundamentales y/o que el caso es necesario para el desarrollo de la jurisprudencia.

La Procuraduría cuenta con legitimidad para solicitar el recurso de casación excepcional.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 137 Proceso No. 16062

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la concesión o no del recurso de casación excepcional interpuesto por el Procurador 316 Judicial II en lo Penal, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar del 11 de mayo de 1999, mediante la cual confirmó integralmente el fallo condenatorio a 7 meses de arresto dictado por el cargo de deserción al soldado Carlos Alberto López Toro.

ANTECEDENTES

Por hechos ocurridos el 15 de junio de 1998, López Toro fue condenado a la pena de arresto de 7 meses por el delito militar de deserción, mediante sentencia expedida el 5 de febrero de 1999 por el Comandante del Batallón de Ingenieros #3 Codazzi. Esta providencia fue consultada y confirmada el 11 de mayo siguiente por el Tribunal Superior Militar, a través del fallo respecto del

cual la Procuraduría le solicitó a la Sala el recurso de casación con fundamento en la siguiente sustentación:

La finalidad del recurso es la de garantizarle "...a los soldados sus derechos fundamentales maltratados: de la libertad y el debido proceso, y una vez restablecidos sirvan para 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..."

Tres de las cinco Salas del Tribunal Superior Militar, agrega el Procurador Delegado, aprecian que quien incurre en deserción "de manera prolongada en el tiempo ... o cuasi definitivamente...", se hace acreedor a que se le incremente la pena por hacer más nocivas las consecuencias del hecho punible (art. 60-11 del C. de J.P.M.). Dicho lapso será menor cuando el proceso se tramita con prontitud, caso en el cual no se le agrava la pena al procesado ausente. Pero cuando existe mora judicial ese tiempo es mayor y entonces la pena se aumenta.

El delito de deserción -dice- consiste en retirarse de las filas de la fuerza pública "...y no regresar en lo posible jamás". Se perfecciona con el hecho de alejarse 5 días del lugar de prestación del servicio militar y si 8 días después de consumado el autor se reintegra a las filas la pena se disminuye en concordancia con el artículo 117 del Código Penal Militar. Al realizarse la deserción se agota el tipo "...y no produce otra consecuencia nociva". Concluye:

"La agravante aducida como cualquier otra requiere apreciación, 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.

"La misma trascendencia o daño se causa si incumple su deber de uno (1) a cuatro (4) días y no comete el delito de deserción; o de cinco (5) a trece (13) días e infringe el tipo y tiene derecho a la atenuación punitiva; o regresa después de seis (6) meses, o después que se produce la sentencia, o nunca jamás se le vuelva a ver.

"No hace más nociva las consecuencias de su huida, quien se libera del servicio militar en forma prolongada o absoluta.

"Y no negamos que produce unas consecuencias momentáneas: en el orden organizacional y jerárquico de la institución, pero nunca por el transcurso y permanencia de su ausencia: se alargan las consecuencias...

"No está probado en que consistió; hacer más nocivas las consecuencias: cuales fueron? Donde están?, son meras elucubraciones, fantasías, irrealidad y el derecho debe basarse sobre hechos... (sic)

"Si se retiran en masa, dos (2), Generales del Ejército: más del cinco (5%) por ciento: existen menos de cuarenta (40) Generales, y no sucede nada. Por qué va a suceder algo cada día mas grave cuando deserta: un humilde cuasi

analfabeta ciudadano: un soldado" (sic). Señala el solicitante del recurso, finalmente, como consecuencias de su petición las siguientes:

"Se garantizará el derecho fundamental de la libertad, el cual no debe recortarse más de lo estrictamente indicado en las normas penales.

"Se recuperará el debido proceso, al no existir bases fácticas para aseverar que se da tal circunstancia agravante, lo cual produce una violación directa de la ley.

"Al prosperar esta solicitud, se logrará unificar la jurisprudencia en la Justicia Penal Militar en el sentido que las circunstancias tanto genéricas de agravación punitiva como las específicas y el mismo tipo deben estar demostrados procesalmente, lo cual debe ser la interpretación lógica y armónica de las normas militares que presiden el Derecho Penal Militar".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el último inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, de manera excepcional la Corte puede aceptar un recurso de casación en los casos donde no procede de manera ordinaria, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de derechos fundamentales. La concesión o no del recurso, como lo tiene definido la Sala, está supeditada a que lo solicite dentro del término de ejecutoria del fallo cualquiera de los sujetos procesales autorizados por la ley. E igualmente a que dentro del mismo lapso sustente la petición, demostrándole a la Corte en el grado de probabilidad que se violaron derechos fundamentales y/o que el caso es necesario para el desarrollo de la jurisprudencia.

La Procuraduría cuenta con legitimidad para solicitar el recurso de casación excepcional y en el caso examinado lo hizo en tiempo, presentando también de manera oportuna la sustentación respectiva. Esta, sin embargo, no probó ninguna de las circunstancias que en desarrollo de su discrecionalidad reglada le imponen a la Corte concederlo. Las mismas es obvio que deben estar relacionadas con el caso concreto, por lo que lo primero que debe cuestionarse a la solicitud de la Procuraduría es que en ningún momento se refiere a circunstancias específicas del proceso o a los términos de la sentencia.

Su discurso es general y en esa medida da la sensación de estarle planteando a la Sala, a manera de consulta, que dirima cierta diferencia de criterios que se presenta en la Justicia Penal Militar, en relación con la tasación punitiva del delito de deserción.

El fin del recurso -dice el solicitante-es "garantizarle a los soldados sus derechos fundamentales maltratados". No obstante, frente al caso concreto no demostró en el grado de probabilidad exigido, la conculcación de ninguna garantía. Lo único del escrito de sustentación que parece referirse al proceso es su afirmación de que no se probó la agravante punitiva prevista en el numeral 11 del artículo 60 del Código Penal Militar (punto 5.4.). Pero aún

admitiendo lo anterior como cierto, es evidente que aparte de dicha aseveración y de preguntar qué fue lo que hizo más nocivas las consecuencias del hecho punible, no hizo ninguna relación al trámite procesal ni a la sentencia, lo cual traduce que ante la ausencia de demostración de la violación de una garantía en el proceso es improcedente la concesión del recurso.

De otra parte, aunque el Procurador Delegado hace relación al desarrollo de la jurisprudencia, tampoco logra convencer del por qué es necesario que el caso sea conocido por la Corte.

Dicha primera circunstancia que hace viable la casación por vía extraordinaria, supone la precisión del punto sobre el cual se espera el pronunciamiento de la Sala y las razones por las cuales se estima necesario que se produzca.

Si se tiene en cuenta que la jurisprudencia a que se refiere la norma es la de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resulta claro que la hipótesis de desarrollarla puede darse en las perspectivas de unificarla cuando existan pronunciamientos encontrados sobre un punto, o de examinar alguno al cual no haya tenido oportunidad de referirse. En los dos casos el peticionario del recurso de casación, aparte del deber que tiene de demostrar la diferencia de dictados sobre un tema o de señalar la importancia de puntualizar sobre algúno todavía no considerado, no puede desvincular de su propuesta los términos de la sentencia, ya que son éstos los que finalmente se deben confrontar a través de la demanda de casación, en el evento de que el recurso sea concedido.

En el caso examinado la pretensión del peticionario es que se logre "unificar la jurisprudencia de la Justicia Penal Militar en el sentido que las circunstancias tanto genéricas de agravación punitiva como las específicas y el mismo tipo deben estar demostradas procesalmente, lo cual debe ser la interpretación lógica y armónica de las normas judiciales que presiden el Derecho Penal Militar".

La casación excepcional no tiene como finalidad la de solucionar las diferencias de pensamiento que puedan suscitarse entre las Salas de Decisión de los Tribunales, como parece entenderlo el Agente del Ministerio Público. Lo que el mismo permite son oportunidades para que la Corte desarrolle su jurisprudencia, la cual obviamente sirve al propósito de unificar la interpretación de la ley, en atención a la función que presta como criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 de la C.N.).

Así las cosas, resulta improcedente conceder el recurso de casación solicitado. La procuraduría no demostró que en el proceso se haya transgredido un derecho fundamental y tampoco la importancia del caso para el desarrollo de la jurisprudencia. De hecho, independientemente de que a su juicio las Salas de Decisión del Tribunal Superior Militar no sean unánimes en los criterios de tasación punitiva, eso en forma alguna significa que el caso -así no más- amerite un pronunciamiento de la Corte, en especial cuando el punto

que inquieta al solicitante ha sido tratado por la Corporación en numerosos pronunciamientos[1].

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

RESUELVE:

No conceder el recurso de casación que por la vía excepcional solicitó el Agente del Ministerio Público.

Devolver el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego. Fernando E. Arboleda Ripoll (Salvamento de Voto); *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.

1 Cfr., entre otras, las siguientes providencias: de agosto 24 y noviembre 9 de 1994, radicación 8485 y 8830, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia. De 6 de abril de 1995, radicación 9919. M.P. Dr. Didimo Páez Velandia. Del 18 de octubre de 1995, radicación 9130, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel.

SALVAMENTO DE VOTO

En cuanto las razones expresadas por el impugnante para que la Corte ejerciera la discrecionalidad de conceder el recurso extraordinario de casación, son las mismas que expuso en la solicitud hecha en el asunto de casación número 15.903, como iguales son las razones a que acude la Corte para denegar tal pretensión, doy por reproducidos los argumentos contenidos en el salvamento de voto que respecto de aquella suscribí.

Respetuosamente,

Fernando Arboleda Ripoll

fecha *ut supra*.

SENTENCIA ANTICIPADA/APELACION

Al considerar el casacionista que al proceso no se allegó prueba plena de la calidad de organizador del concierto para delinquir atribuida a su poderdante en la resolución definitoria de su situación jurídica, que fue aceptada por el imputado al acogerse a la sentencia anticipada, está objetando uno de los factores cuya discusión a través de la apelación se halla vedada al procesado y su defensor cuando de esta clase de sentencia se trata, ésta situación se extiende a la casación excepto en lo pertinente a la dosificación de la pena, la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes.

En ese orden la limitante cuenta con la misma intensidad para el recurso de casación si el punto a demandar obedece a la misma causa; así lo ha precisado con reiteración la Sala, que entre otros pronunciamientos, en el del 10 de febrero de 1999, con ponencia del Magistrado Dr.Arboleda Ripoll expresó:

"En tratándose de las sentencias proferidas dentro del trámite abreviado, la jurisprudencia ha precisado que los aspectos respecto de los cuales puede ser interpuesto el recurso de apelación, condicionan igualmente la interposición del recurso extraordinario de casación, el cual no puede ser utilizado para desconocer el hecho cierto de la responsabilidad penal voluntariamente aceptada que el procesado tenía la posibilidad de haber rechazado y, sin embargo, no lo hizo."

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués,*

Aprobado Acta No.137 Proceso No. 15812

Decide la Corte sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia anticipada dictada el 19 de octubre de 1998 por el Tribunal Nacional, en la cual se condena a Gilberto León Giraldo Gallego como responsable de concierto para delinquir con la agravante de organizar, dirigir y promover grupos de autodefensa.

ANTECEDENTES

1. Refieren los autos que siendo aproximadamente la una de la tarde del siete de septiembre de 1997, unidades adscritas a los batallones de Contraguerrillas Nos. 14 "Palaguas" y 47 "Héroes de Tacines" del Ejército Nacional, que cumplían labores de registro y control militar en el municipio de Segovia (Antioquia), en dos viviendas ubicadas en el barrio La Paz de esa localidad encontraron 11 fusiles con 73 proveedores para los mismos, 2 pistolas cada una con un proveedor, 1 escopeta, 2858 municiones de varios calibres, 1 radio de comunicaciones y abundante material de intendencia, razón por la cual retuvieron a Dairo Alcides Agudelo, Jorge Eliecer Gómez, Walter Alberto Uribe, Eutimio Ochoa, Gilberto León Giraldo Gallego, las mujeres Adriana Londoño Y Martha Chavarría, así como dos menores de edad, sindicados de conformar un grupo armado de los denominados "paramilitares" para operar en el nordeste antioqueño.

2. Al definirse la situación jurídica de todos los implicados adultos dentro de la investigación abierta por la Fiscalía Regional, se les imputó, a Giraldo Gallego concurso de delitos de concierto para delinquir con la agravante de organizar, dirigir y promover grupos de autodefensa tipificado en la Ley 365 de 1997 y porte ilegal de uniformes de uso privativo de las Fuerzas Armadas (fl. 84 cd. ppl.), y a los restantes implicados este mismo delito y el de hacer parte de esos grupos de ilegal actividad, en concurso. Esta acusación fue posteriormente aceptada por tales sindicados en la diligencia de sentencia anticipada surtida a petición de ellos el 28 de mayo de 1998 (fls. 398-405).

3.- Proferida la sentencia de la primera instancia en sentido condenatorio (fls. 410 y ss. cd. ppl.), interpusieron y sustentaron oportunamente apelación (fls. 445 y 436-437) que fue concedida mediante auto en el que el Juzgado omitió hacer referencia a la impugnación de Giraldo Gallego (fl. 456).

El Tribunal Nacional subsanó pragmáticamente la omisión del *a quo* extendiendo su estudio a las razones expuestas por este apelante y al encontrar que en ellas discutía el aspecto de la tipicidad de la conducta imputada y su aceptación para la sentencia anticipada, declaró que carecía de legitimidad para impugnar (fl. 9 y 19 cd. Tr.), a la vez que con aclaración relativa a la obligación indemnizatoria, confirmó en lo restante la decisión.

4. Contra la sentencia *ad quem* el referido procesado interpuso el recurso extraordinario de casación, que el Tribunal le concedió en providencia del 18 de diciembre de 1998 (fl. 28 cd. Tr.) y su defensor sustenta con la demanda que se examina a la luz del artículo 226 del C. de P.P..

LA DEMANDA

Funda la única censura que aparece enunciada, en los numerales 1o. y 2o. del artículo 220 del C. de P.P., y para su desarrollo el censor parte de la premisa de que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas conforme al artículo 29 de la C.N.. Asevera que en este

caso hubo transgresión al debido proceso por desconocimiento de las formas propias.

No existió la investigación integral, "por acogimiento a la figura de la sentencia anticipada ..."y se quebrantó "el derecho a la defensa" y el "beneficio de acogimiento y confesión, partiendo de un máximo" sin que se demostrara la "dirección del concierto". La indagatoria es un medio de defensa y el funcionario tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado.

Cuestiona la dosificación de la pena aduciendo "la igualdad ante la ley y considera que debió partirse del mínimo de diez años de prisión "y dosificar la sanción por aceptación de cargos y confesión desde la primera injurada, aparte de la colaboración eficaz con la justicia. Complementa este aparte así:

"de ahí la primera causal del recurso ... por ser violatoria la sentencia en una de las normas sustanciales: al aprovecharse la imposibilidad de objetar o controvertir los cargos que el despacho fiscal y el juzgador hacen figurar a su modo ante estos casos de sentencia anticipada y mas violatorio cuando se reclama que no fue esa la aceptación ni la confesión".

Agrega:

"... en segundo plano mi inconformismo radica en que no hay consonancia con los cargos que mi defendido aceptó, excepto el de ser jefe o director del concierto"

Pasa a afirmar que en su primera indagatoria no fue asistido por un abogado por lo cual, afirma, el procesado hubo de proponer una acción de tutela; concluye este párrafo en estos términos:

"... es así como por su ingenuidad se le imputan los cargos con los agravantes que hoy lo condenan como jefe de un concierto y siendo igual de responsables a los coprocesados que gozan de subalterno.".

Bajo un titular que denomina "alegaciones" explica las razones de orden social y político por las cuales su poderdante, "se vio obligado a ingresar a un grupo ya existente para su propia defensa y en pro de toda una población. Advierte que no pretende aducir inocencia en su cliente, pero que sí discute la agravante que se le imputa "de comandar o dirigir dicho concierto" porque con la tasación de la pena la sentencia viola "la norma de derecho sustancial ... ya que se desconocieron ... los principios de favorabilidad penal y de buena fe ....". Insiste en el punto principal de su alegato.

En el siguiente aparte discute el aspecto de la prueba afirmando que no se demostró la calidad de jefe del grupo acusado del delito de concierto para delinquir reiterando que el acogimiento a la sentencia anticipada "fue objeto de suspensión de instrucción, restando así la investigación integral y omitiendo la adquisición de pruebas contundentes y conducentes a la verdad".

Tras hacer referencia al principio de la crítica racional de la prueba establecido en el artículo 254 del C. de P.P. reitera la ausencia de prueba sobre la

agravante, endilgando a la Fiscalía el habérsela imputado equivocadamente para la sentencia anticipada. Discurre sobre la ausencia de prueba al respecto y extensamente sobre el derecho de defensa, explica que hubo desmedro de la defensa material con la agravante. Previas nuevas y repetitivas reflexiones registra la solicitud casacional con un mosaico de opciones, así: que se anule la sentencia "por habérse violado la ley sustancial"; que se revoque la agravante atribuida a su procurado; "que sea reconocido que existió violación al debido proceso y de defensa"; y, que se redosifique la pena para, en igualdad de condiciones, imponer a su cliente la sanción que le corresponde.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Dos aspectos confluyen para determinar la improcedencia formal de la demanda en examen: de un lado, la falta de interés jurídico para recurrir en casación y del otro, la desatención a las exigencias de forma establecidas en el artículo 225 del C. de P. P. para la demanda.

No obstante la advertencia hecha por el Tribunal Nacional sobre la falta de interés jurídico del procesado Giraldo Gallego para recurrir en apelación contra la sentencia anticipada de primera instancia por cuanto el motivo de la alzada lo constituía la tipicidad de la agravante, el defensor interpuso el recurso extraordinario proveyendo a la sustentación con una demanda en la que, tal como lo dice la reseña precedente, aduce como causales de casación las de los numerales 1o. y 2o. del artículo 220 del C. de P.P., comenzando la fundamentación del reparo con un titular que denomina "Violación del debido proceso" bajo el cual cita el artículo 29 de la C.N. y afirma que en el proceso se quebrantaron las garantías del debido proceso, la plenitud de las formas propias, el principio de la investigación integral, el derecho de defensa, el principio de igualdad de las personas ante la ley. Afirma además que se desconocieron los beneficios por acogimiento al instituto de la sentencia anticipada y la confesión; que no existe consonancia entre los cargos de la sentencia y los que el procesado aceptó en la diligencia para sentencia anticipada; ni existe prueba plena de la circunstancia agravante del delito de concierto para delinquir que se imputó a su patrocinado, frente a organizar, dirigir y promover grupos de autodefensa, todo lo cual le sirve para llegar a la conclusión de que la pena impuesta a su cliente rebasó las suma probatoria y debe ser redosificada para igualarla a la impuesta a los demás procesados, acusados de pertenecer a la organización delictiva pero sin ser promotores o responsables de dirigirla.

Al considerar el casacionista que al proceso no se allegó prueba plena de la calidad de organizador del concierto para delinquir atribuida a su poderdante en la resolución definitoria de su situación jurídica, que fue aceptada por el imputado al acogerse a la sentencia anticipada, está objetando uno de los factores cuya discusión a través de la apelación se halla vedada al procesado y su defensor cuando de esta clase de sentencia se trata. ésta situación se extiende a la casación excepto en lo pertinente a la dosificación de la pena, la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes.

En ese orden la limitante cuenta con la misma intensidad para el recurso de casación si el punto a demandar obedece a la misma causa; así lo ha precisado con reiteración la Sala, que entre otros pronunciamientos, en el del 10 de febrero de 1999, con ponencia del Magistrado Dr.Arboleda Ripoll expresó:

"En tratándose de las sentencias proferidas dentro del trámite abreviado, la jurisprudencia ha precisado que los aspectos respecto de los cuales puede ser interpuesto el recurso de apelación, condicionan igualmente la interposición del recurso extraordinario de casación, el cual no puede ser utilizado para desconocer el hecho cierto de la responsabilidad penal voluntariamente aceptada que el procesado tenía la posibilidad de haber rechazado y, sin embargo, no lo hizo".

De tal manera, patente como es del discurso de la demanda, que la esencia del reproche no es la transgresión de ninguna de las garantías constitucionales reconocidas en el artículo 29 de la Carta Política y desarrolladas en la codificación procesal, como para llegar a considerarse una posible nulidad de la actuación que ciertamente tuviera incidencia en la tasación de la pena, impera puntualizar la falta de interés para demandar en casación el fallo del Tribunal.

Ahora bien, en cuanto toca con la forma propiamente tal de la demanda, el mosaico de desperdigadas acusaciones por fallas judiciales ya de orden procedimental, ora de carácter jurídico en la asunción de la prueba de la agravante, incluidas todas dentro de una misma censura, sin organización dialéctica, ni la individualización obligada por la naturaleza de las mismas no obstante pertenecer a conceptualizaciones jurídicas distintas dentro del recurso de casación, impediría de plano la consideración de la alegación, por desconocer a integridad las previsiones de forma consagradas para la demanda en los numerales 3o. y 4o. del artículo 225 del C. de P.P..

En definitiva, se impone el rechazo de la demanda y la declaratoria de deserción del recurso.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Gilberto León Giraldo Gallego contra la sentencia del Tribunal Nacional que lo condena como autor del delito de concierto para delinquir con la agravante de organizar, dirigir y promover grupos de autodefensa. 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.

Cópiese, Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Alvaro O. Pérez Pinzón, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/Antecedentes/ RESOCIALIZACION

Desde el ángulo del observador, en términos sencillos, personalidad equivale a la sucesión de actos más o menos semejantes que se perciben en un hombre durante la trayectoria de su vida. Es, entonces, lo que suele ser la persona, aquello que normalmente hace, que va reiterando, más o menos de la misma forma.

Cuando se habla de antecedentes no se piensa en ausencia de sanciones penales, administrativas o policiales, sino en todo aquello que conforma un pasado, que es, precisamente, a lo que se refiere el artículo 72 del C. P. cuando habla de los "antecedentes de todo orden". "Antecedentes de todo orden" no circunscribe a los puramente legales; también recoge los sociales, culturales y comportamentales.

De acuerdo con los artículos 12 del Código Penal y 9° del Código Penitenciario y Carcelario, una finalidad de la pena es la resocialización, propósito que se constituye en el principal para este último estatuto.

Por resocialización se entiende la acomodación y adaptación de una personalidad al medio del cual se desprendió en razón de la conducta y del delito cometido. Búscase con ella que el hombre vuelva al seno social desprovisto de aquellos motivos, factores, estímulos, condiciones o circunstancias que, contextualmente, lo han podido llevar a la criminalidad, con el propósito de evitar que reincida, es decir, que caiga de nuevo en el comportamiento delictivo.

El instrumento preferencialmente utilizado para lograrla es el tratamiento penitenciario, concebido por nuestro estatuto carcelario como el conjunto de medios educativos, instructivos, laborales, culturales, recreativos, deportivos y familiares que se usan, con base en la dignidad humana y en las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto, para obtener tal fin de reinserción socio-cultural (artículo 143).

El mismo código establece que el trabajo es obligatorio como medio terapéutico adecuado a tal objetivo (artículo 79); que la educación, al igual que aquél, es la base fundamental de la resocialización, por lo que se orienta a enseñar y a afirmar en el interno el conocimiento y el respeto de

los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral (artículo 94), razón por la cual dentro de los programas educativos propios del sistema progresivo se debe "...abarcar todas las disciplinas orientadas a la resocialización del interno" (artículo 144, inciso 2°); y que el tratamiento penitenciario es el progresivo, que se realiza por medio de grupos interdisciplinarios integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapistas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del cuerpo de custodia y vigilancia (artículos 144/5).

Resulta claro de la reseña anterior que conforme con nuestro código penitenciario y carcelario, como lo es a nivel universal, para hablar de resocialización es menester el tratamiento penitenciario que conduzca a ella y que dicho tratamiento siempre tenga como punto de partida y de llegada la personalidad del recluso, pasando, naturalmente, por el medio o ambiente, salvo que, claro está, se trate de personas que, demostrado científicamente, no requieran de terapia (artículo 145 2).

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 141 Proceso No. 12694

VISTOS

La Sala procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del señor Carlos Bermúdez Uribe contra la providencia del diez (10) de agosto del año en curso, por medio de la cual se le negó la libertad provisional. Si bien el letrado hizo referencia al recurso de súplica, la Sala admite que se trata del recurso mencionado.

LA IMPUGNACION

El recurrente estima que a su poderdante le asiste el derecho a la libertad, por cuanto se reúnen tanto la exigencia objetiva como la subjetiva. Hace hincapié sobre esta última, y explica:

1. El señor Bermúdez Uribe no registra "... mala personalidad anterior ni posterior al delito que se le imputa".

2. Su defendido carece de antecedentes de todo orden, es decir, penales, contravencionales y administrativos.

3. Bermúdez Uribe se ha readaptado mientras ha estado encarcelado y por ello no requiere más tratamiento penitenciario: ha estado prisionero más de 13 años, ha observado buena conducta y buen proceder para con los compañeros de prisión y ha trabajado.

4. No se puede negar la libertad con base en las circunstancias modales del hecho porque tal forma de pensar de la Corte olvida que el proceso no se ha decidido.

5. Sigue el defensor: al proveer como lo ha hecho, la Corte "prejuzga" injustificadamente; y a renglón seguido se pregunta qué pasaría con la negación de libertad si Bermúdez fuera absuelto.

6. El tiempo que lleva Carlos Bermúdez privado de la libertad es suficiente tratamiento penitenciario, pues durante ese tiempo ha observado buena conducta, a más del trabajo que ha realizado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Siguiendo la ruta trazada por el recurrente, es decir, respondiendo a sus planteamientos, la Corte no repone la providencia del pasado diez de agosto, por las siguientes razones:

1. La personalidad del señor Carlos Bermúdez Uribe.

Desde el ángulo del observador, en términos sencillos, personalidad equivale a la sucesión de actos más o menos semejantes que se perciben en un hombre durante la trayectoria de su vida. Es, entonces, lo que suele ser la persona, aquello que normalmente hace, que va reiterando, más o menos de la misma forma.

La sentencia dictada dentro de un proceso se halla respaldada por dos presunciones: la de acierto y la de legalidad. Pues bien: de una mirada objetiva del expediente y, concretamente, de las dos sentencias proferidas, resulta que el señor Bermúdez, al menos en un buen tramo de su vida, se ha movido en un mundo de secuestros, atentados, muertes y guardaespaldas. A más de ello, se afirma su relación con una finca "búnker" que allanada permitió establecer la posesión de ametralladoras y subametralladoras, otras armas, municiones, escopetas, pistolas, revólveres, granadas de fragmentación y equipos de comunicación, y que aparece vinculado con un automotor, en propiedad o copropiedad, que era utilizado para transportar narcóticos.

Las circunstancias anteriores, y otras, seguramente con facilidad lo llevaron, en correspondencia con su modelo comportamental, a aquello que hizo: Doña María Cristina Smith era la esposa de un hermano del señor Bermúdez Uribe, quien murió en extrañas circunstancias. La dama, después, se unió sentimentalmente con don Alfonso Caballero. El señor Bermúdez Uribe se enemistó con María Cristina, y comenzó a ser agredido en sus bienes materiales y morales en razón de ese distanciamiento. Para responder los atropellos, Bermúdez Uribe decidió quitarle la vida a Caballero, para lo cual se acercó a una banda de sicarios, integrada por Pedro Ignacio Unriza Rodríguez, Oscar Moreno Calcedo y Javier Villa Isaza. Después de discutir sobre el precio, que se desplazaba entre un millón, seis millones y diez millones de pesos, se quiso realizar la conducta punible que, al ser materializada, encontró como objetivo al señor Moisés Nur Angarita, quien fue ultimado por equivocación, por cuanto

los autores materiales lo confundieron con Alfonso Caballero. En razón de esa confusión, Bermúdez Uribe llegó inclusive a negar el pago a los homicidas directos, por no haber hecho bien el trabajo.

Con base en lo reseñado, se puede expresar con firmeza que don Carlos Bermúdez Uribe tiene una personalidad altamente orientada hacia la desviación y que, por ello, obviamente, requiere de tratamiento penitenciario pues su resocialización es necesaria. Por el pasado, entonces, se diagnostica, con las palabras del impugnante, "una mala conducta anterior".

De otra parte, el comportamiento anterior, las vivencias y el mundo que lo circundaba, permiten ratificar aquello que se ha venido diciendo: el universo pretérito de Bermúdez Uribe enseña que requiere ser resocializado. Y *cuando se habla de antecedentes no se piensa en ausencia de sanciones penales, administrativas o policiales, sino en todo aquello que conforma un pasado, que es, precisamente, a lo que se refiere el artículo 72 del C. P. cuando habla de los "antecedentes de todo orden". "Antecedentes de todo orden" no circunscribe a los puramente legales; también recoge los sociales, culturales y comportamentales.*

Con lo anterior se responde a los puntos 1 y 2 de las razones de la impugnación.

2. En el punto número 3, de los motivos del recurso se dice que Bermúdez Uribe se ha readaptado en la cárcel y que por ello no requiere tratamiento penitenciario. Se contesta de la siguiente manera:

2.1. Dentro del expediente no aparece el ejecutor penitenciario afirmando la resocialización del procesado y ninguna prueba que obre en el mismo conduce a la Sala a que lo asevere.

2.2. *De acuerdo con los artículos 12 del Código Penal y 9° del Código Penitenciario y Carcelario, una finalidad de la pena es la resocialización, propósito que se constituye en el principal para este último estatuto.*

Por resocialización se entiende la acomodación y adaptación de una personalidad al medio del cual se desprendió en razón de la conducta y del delito cometido. Búsquese con ella que el hombre vuelva al seno social desprovisto de aquellos motivos, factores, estímulos, condiciones o circunstancias que, contextualmente, lo han podido llevar a la criminalidad, con el propósito de evitar que reincida, es decir, que caiga de nuevo en el comportamiento delictivo.

El instrumento preferencialmente utilizado para lograrla es el tratamiento penitenciario, concebido por nuestro estatuto carcelario como el conjunto de medios educativos, instructivos, laborales, culturales, recreativos, deportivos y familiares que se usan, con base en la dignidad humana y en las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto, para obtener tal fin de reinserción socio-cultural (artículo 143).

El mismo código establece que el trabajo es obligatorio como medio terapéutico adecuado a tal objetivo (artículo 79); que la educación, al igual que aquél, es la base fundamental de la resocialización, por lo que se orienta a enseñar y a

afirmar en el interno el conocimiento y el respeto de los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral (artículo 94), razón por la cual dentro de los programas educativos propios del sistema progresivo se debe "...abarcar todas las disciplinas orientadas a la resocialización del interno" (artículo 144, inciso 2°.); y que el tratamiento penitenciario es el progresivo, que se realiza por medio de grupos interdisciplinarios integrados por abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapistas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del cuerpo de custodia y vigilancia (artículos 144/5).

Resulta claro de la reseña anterior que conforme con nuestro código penitenciario y carcelario, como lo es a nivel universal, para hablar de resocialización es menester el tratamiento penitenciario que conduzca a ella y que dicho tratamiento siempre tenga como punto de partida y de llegada la personalidad del recluso, pasando, naturalmente, por el medio o ambiente, salvo que, claro está, se trate de personas que, demostrado científicamente, no requieran de terapia (artículo 145-2).

De todo lo anterior, es decir, de todo aquello que conforma el tratamiento, sólo un aspecto es predicable de Bermúdez Uribe: el trabajo. Ciertamente, el trabajo es un instrumento de terapia, y es importante; pero no es el único. De aquí se desprende, entonces, que si de los medios necesarios para tratar al recluso solamente uno de ellos, el trabajo, se ha desarrollado respecto de Bermúdez Uribe, mucho más hace falta para poder pronosticar su recuperación o reinserción social. Por consiguiente, el procesado no se ha readaptado en la cárcel y, por ende, aún requiere tratamiento.

3. Para responder el motivo número 4 de la defensa, dígase que la libertad no se niega exclusivamente con base en las circunstancias modales del hecho. La manera como Bermúdez Uribe delinquió sí ha sido atendida pero no aisladamente, sino para relacionarla e integrarla con el diagnóstico sobre su personalidad.

4. Añade el letrado que al tener en cuenta las circunstancias del hecho, la Corte prejuzga y se complica porque, se pregunta: ¿qué pasaría si Bermúdez fuera absuelto? Se responde:

4.1. La Corte no prejuzga cuando se refiere a las circunstancias del hecho. No. Como lo dijo al inicio, simplemente se ha basado en dos sentencias cobijadas por la doble presunción de acierto y legalidad. Y en estas se lee con facilidad qué fue lo realizado por Bermúdez Uribe.

4.2. La Corte no ha adelantado ningún criterio sobre la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad del procesado. De manera que si mañana resultara absuelto, nada sucedería con la solicitud negada, primero porque la personalidad seguiría siendo la misma no obstante la ausencia de responsabilidad; y, segundo, porque por la simple observación de la personalidad, sin más, no es posible condenar a nadie en Colombia.

De lo expuesto, se concluye:

1. La personalidad y los antecedentes del señor Carlos Bermúdez Uribe permiten afirmar que en la actualidad requiere tratamiento penitenciario pues no se encuentra resocializado. Con otras palabras, como no se cumplen el primero y el tercer requisito subjetivos del artículo 72 del C. P., el pronóstico necesariamente es negativo.

2. El señor Bermúdez Uribe ha trabajado en las cafeterías, las ha administrado y ha laborado artesanías. Ese quehacer le ha servido para el reconocimiento del aspecto cronológico del subrogado y, sin duda, también se le puede abonar como uno de los instrumentos legalmente previstos para conformar el tratamiento.

3. Como emana de la ley, trabajo no equivale a tratamiento y, menos, a resocialización. La readaptación y el medio para lograrla, el tratamiento, significan mucho más. Sin embargo, como aparte del trabajo nada más se predica del señor Bermúdez, reitérase que aún no se encuentra resocializado.

4. Surge de lo anterior, entonces, que Bermúdez Uribe aún no es apto, plenamente apto, para retornar al seno de la sociedad que ofendió con su comportamiento. Nada garantiza que Bermúdez, libre, se abstenga de delinquir, es decir, que no reincida.

5. Es cierto que Bermúdez Uribe ha estado prisionero más de 13 años, ha observado buena conducta y buen proceder para con los compañeros. Ello, sin embargo, no entraña el tratamiento científico interdisciplinar que pide la ley.

6. En este momento, la Sala no se pronuncia sobre la responsabilidad del señor Bermúdez. Como se adelantó, la Corte se ciñe a mirar el expediente, sobre todo las dos sentencias, y a concluir sobre la personalidad que el procesado muestra. Y a partir de allí toma la decisión, exclusivamente frente a la solicitud de libertad que ha sido presentada. Y con ese propósito, solamente con ese propósito, estudia el proceso y se pronuncia en este instante procesal.

Fundadamente, entonces, la Sala afirma que don Carlos Bermúdez Uribe no se encuentra resocializado.

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

RESUELVE:

No reponer la providencia del 10 de agosto de 1999, mediante la cual se negó al señor Carlos Bermúdez Uribe la libertad provisional.

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.

PRESCRIPCION/PECULADO CULPOSO

Si bien el delito imputado a la procesada en el pliego acusatorio contempla una pena máxima de dos (2) años de arresto, de todos modos, en cumplimiento de lo normado en el inciso final del citado artículo 84. no puede ser inferior a cinco (5) años para los efectos de la prescripción, cifra que se debe incrementar en la tercera parte, según lo ordenado por el artículo 82 de la citada obra, pues es indiscutible que se está frente a un servidor público en el desarrollo de sus funciones, lo que implica que el término extintivo de la acción es de seis (6) años y ocho (8) meses.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 141 Proceso No. 11541

VISTOS

Resuelve la Corte la solicitud de prescripción de la acción penal, presentada por el defensor de la procesada Martha Cecilia Petro Hernández, ex Juez Civil Municipal de Cereté (Córdoba).

ANTECEDENTES

1. La Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Montería, mediante resolución del 6 de septiembre de 1993, calificó el mérito del sumario adelantado contra la doctora Martha Cecilia Petro Hernández, precluyendo la investigación.

Apelada la anterior decisión por el representante del Ministerio Público, la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso, el 20 de diciembre de 1993, la revocó y, en su lugar, profirió resolución de acusación en su contra, por el delito de peculado culposo, previsto en el artículo 137 del Código Penal vigente para la época de los hechos, resolución de cobró ejecutoria el 25 de enero de 1994.

2. La Sala de Decisión Penal del Tribunal de Montería, mediante sentencia del 7 de diciembre de 1995, absolvió a la procesada Martha Cecilia Petro Hernández del delito imputado en el pliego de cargos.

Inconformes con dicha decisión, el Procurador 133 Judicial en lo Penal y el Fiscal Delegado interpusieron el recurso de apelación, el cual fue concedido y se encuentra en trámite en esta Corporación.

La Petición

El defensor de la procesada solicita a la Corte la declaratoria de extinción de la acción penal, por considerar que la misma se encuentra prescrita.

Luego de hacer referencia a la etapa investigativa del proceso, de precisar que se trata de un delito cuya pena máxima es de dos (2) años de arresto, según el antiguo artículo 137 del Código Penal, y de advertir que, de conformidad con los artículos 80 y 82 de la obra citada, la prescripción de la acción penal se "cumplía en un lapso mínimo de cinco (5) años aumentado en una tercera parte (1/3)", lo que da un total de "cinco (5) años y ocho (8) meses de pena", concluye que la prescripción es evidente.

Más adelante señala:

"En este orden de ideas, y acogiendo las preceptivas de los artículo 80, 82 y 84 del C.P., tendríamos que el fenómeno prescriptivo, en el sumario, se cumplía en cinco (5) años y ocho (8) meses, vale decir, 68 meses, pero como nos encontramos ya en el ciclo de la causa, tal período se reduce a la mitad (1/2), estos es, treinta y cuatro (34) meses o, como quien dice, 2 años y 10 meses, pero como quiera que 'en este caso el término no podrá ser inferior a cinco (5) años', ello significa que la prescripción de la acción penal su aumento se tuvo en cuenta al reducir tal fenómeno a la mitad, se partió de cinco (5) años y ocho (8) meses.

"Si se tiene en cuenta que la resolución de acusación quedó ejecutoriada en enero de 1994 y a la fecha de hoy han transcurrido cinco (5) años y siete (7) meses, sin que la sentencia absolutoria se encuentre ejecutoriada, ello significa que la acción se encuentra prescrita".

Por lo tanto, solicita a la Corte la declaración de la prescripción anunciada y, en consecuencia, el "archivo del proceso", según el artículo 36 del Código de Procedimiento Penal.

Consideración de la Corte

El delito que se imputó a la doctora Martha Cecilia Petro Hernández y por el cual se le profirió sentencia absolutoria de primera instancia, es el de peculado culposo, el cual, tal como estaba previsto en el artículo 137 del Código Penal, contemplaba pena de arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

Igualmente, claro es que el 20 de diciembre de 1993 se profirió en su contra resolución de acusación, la que cobró ejecutoria, luego de las correspondientes notificaciones, el 25 de enero de 1994, tal como el mismo memorialista lo acepta.

Significa lo anterior que, al tenor de lo dispuesto por los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal, dentro del presente asunto la acción penal no se ha

extinguido por causa del fenómeno prescriptivo, pues no hay duda que desde el 25 de enero de 1994 hasta la fecha, no han transcurrido seis (6) años y ocho (8) meses, que es el lapso de prescripción, por lo que la petición será rechazada.

En efecto, *si bien el delito imputado a la procesada en el pliego acusatorio contempla una pena máxima de dos (2) años de arresto, de todos modos, en cumplimiento de lo normado en el inciso final del citado artículo 84, no puede ser inferior a cinco (5) años para los efectos de la prescripción, cifra que se debe incrementar en la tercera parte, según lo ordenado por el artículo 82 de la citada obra, pues es indiscutible que se está frente a un servidor público en el desarrollo de sus funciones, lo que implica que el término extintivo de la acción es de seis (6) años y ocho (8) meses.*

En consecuencia, al ser equivocadas las cifras expuestas por el memorialista y siendo evidente que la acción penal no ha prescrito, así lo declarará la Sala.

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

RESUELVE:

DECLARAR que en este asunto no ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal. En consecuencia, NEGAR la cesación de procedimiento solicitada por el defensor de la procesada Martha Cecilia Petro Hernández.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, (Salvamento de Voto), *Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito expresar mi disentimiento en lo relacionado con el término de la prescripción de la acción penal tratándose del ilícito de peculado culposo, cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

En el caso que nos ocupa se profirió resolución de acusación contra la doctora Martha Cecilia Prieto Hernández, por el delito de peculado culposo, sancionado con pena de arresto de seis (6) meses a dos (2), años, para la época de los acontecimientos, cuando ocupaba el cargo de Juez Civil Municipal de Cereté (Córdoba), providencia que quedó en firme el 25 de enero de 1994.

Significa lo anterior que ha prescrito la acción penal, hecho objetivo que debió declararse y, por ende, cesar el procedimiento a favor de la exfuncionaria, toda vez que ha transcurrido un lapso superior a cinco años a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación.

El auto del cual respetuosamente disiento sostiene a folio cinco:

"Significa lo anterior que, al tenor de lo dispuesto por los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal, dentro del presente asunto la acción penal no se ha extinguido por causa del fenómeno prescriptivo, pues no hay duda de que desde el 25 de enero de 1994 hasta la fecha, no han transcurrido seis (6) años y ocho (8) meses, que es el lapso de prescripción, por lo que la petición será rechazada".

"En efecto, aún bien el delito imputado a la procesada en el pliego acusatorio contempla una pena máxima de dos (2) años de arresto, de todos modos, en cumplimiento de lo normado en el inciso final del citado artículo 84, no puede ser inferior a cinco (5) años para los efectos de la prescripción, cifra que se debe incrementar en la tercera parte, según lo ordenado por el artículo 82 de la citada obra, pues es indiscutible que se está frente a un servidor público en el desarrollo de sus funciones, lo que implica que el término extintivo de la acción es de seis (6) años y ocho (8) meses".

Las siguientes son las razones que fundamentan el respetuoso disentimiento de la decisión mayoritaria de la Sala:

1. El estatuto jurídico de la prescripción de la acción penal regula la facultad de ejercitarla por su único titular: el Estado, con relación al tiempo, lapso auto impuesto por la ley que de él emana.

Si ese lapso tiene alguna relación con el hecho punible considerado ontológicamente es exclusivamente en referencia a la duración de la pena privativa de la libertad asignada, pero sin trascender en su límite superior al máximo de pena privativa de la libertad prevista para el delito. Tampoco y con relación al mínimo de pena privativa de la libertad, podrá la prescripción ser inferior a los cinco años. En este mismo tiempo prescribirá la acción penal para los delitos que no tengan señalada como pena principal la privación de libertad.

Y para las primeras impuso como límite el previsto por el artículo 80 del Código Penal, norma que regula el fenómeno de manera general y con relación exclusivamente a la etapa instructiva del proceso.

2. Es cierto que existe una prescripción extendida en el tiempo para los eventos previstos por los artículos 81 y 82 del Código Penal y específicamente me refiero al incremento de una tercera parte en el término prescriptivo para el caso en el cual el delito fuere cometido por servidor público "en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellas"; sin embargo, tal incremento en el requisito cronológico opera cuando la prescripción ha de ocurrir en la etapa de instrucción, mas no en la fase del juzgamiento.

El auto del cual disiento al hacer los cómputos sobre prescripción de la acción penal extendió dicho lapso adicional de la tercera parte también hacia la fase del juzgamiento, a pesar de que ya había sido interrumpida por la ejecutoria del auto de proceder o su equivalente, y que había iniciado a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80 del Código Penal, tal como lo dispone el artículo 84 *ibidem*.

3. Cuatro son pues los términos de prescripción de la acción penal señalados por el Código Penal en sus artículos: 80 de modo general, 81 para el delito consumado o iniciado en el exterior, 82 para el caso de delitos cometidos por servidor público a condición de ser cometido el delito en el país y en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellas y, finalmente el término reducido previsto por e artículo 84 con referencia expresa al estipulado por el artículo 80 para el caso de interrupción de la prescripción por la ejecutoria del auto de proceder o su equivalente.

3.1 Una correcta interpretación de las disposiciones contenidas en los artículos arriba mencionados nos indica que para contar el término de prescripción en el evento señalado por el artículo 84 del Código Penal, esto es, con posterioridad a la ejecutoria del llamamiento a juicio que lo interrumpe para comenzar a correr luego de esa ejecutoria, ha de hacerse solamente con relación al término que este mismo artículo indica de manera expresa e imperativa como quiera que el texto legal dice: "Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80..."

3.2. Luego es al término indicado por el art. 80 del Código Penal al que ha de referirse el intérprete y no a otro para ejecutar el ejercicio de cómputo.

El artículo 84 del Código Penal no se ocupa de calidades o condiciones personales del sujeto activo para incrementar el término prescriptivo. Tampoco al artículo 84 C.P. le interesa el que el delito haya sido cometido en el exterior, art.81 C.P., o dentro del país, art. 82 *ibidem*, pues aquellos regulan la prescripción para el exclusivo evento de la instrucción sumarial, en cambio, el artículo 84 C.P. regula la prescripción exclusivamente para la etapa del juicio.

Como es entendible entonces, por la etapa procesal por la cual discurra el asunto sometido a la jurisdicción será más o menos amplio el término de prescripción si de instructiva se trata, o si el sujeto activo es servidor público, o si el hecho se inició o se consumó en el exterior, pero lo que sí es absolutamente claro y preciso, es que la ley ha fijado para el juzgamiento un preciso lapso de prescripción que sin ser inferior a la de cinco años y para todos los delitos, no podrá superar en la mitad al término indicado por el artículo 80 de Código Penal.

Síguese entonces y como corolario que la prescripción de la cual trata el artículo 84 del Código Penal no está condicionada por ninguna consideración personal o fáctica distinta al simple transcurso del tiempo.

4. Y es que tiene que ser así, puesto que como ya ha quedado enunciado, la prescripción ninguna relación tiene con el hecho punible diferente a la mensura de la pena privativa de la libertad o a la ausencia de ella como principal.

La prescripción de la acción penal, en fin, es un derecho del procesado y como tal un derecho sustancial anejo al del debido proceso y con él al derecho de defensa.

5. Si se estudia el punto desde la óptica de un vacío en la ley, como quiera que el artículo 84 del Código Penal se refiere expresa y exclusivamente al término previsto por el artículo 80 *ejusdem*, llenarlo con la extensión a la tercera parte en el término prescriptivo de que trata el artículo 82 *ibidem*, comportaría ni más ni menos que la práctica de analogía *in malam partem*, expresamente prohibida por el artículo 7º rector de la misma codificación, toda vez que la prescripción de la acción penal deviene, para el procesado en su verdadero derecho sustancial, y es así, porque a pesar de que la prescripción de la acción penal es un instituto de derecho procesal, está recogido por la normatividad sustancial y otorga derecho al procesado para no ser perseguido sin límite en el tiempo, sino exclusivamente dentro del lapso que la ley otorga al Estado para ejercitar la acción penal.

Finalmente cabe afirmar que si la ley hubiese querido extender el término de prescripción para el juzgamiento, así lo hubiera indicado expresamente el artículo 84 del Código Penal, tal y como lo hizo para la investigación en los

artículos 81 y 82 *ibidem*, pues estos y aquél se refieren al unísono al término previsto por el artículo 80 *ejusdem*.

Cordialmente.

Edgar Lombana Trujillo, Magistrado.

Santa Fe de Bogotá, D.C., 29 de octubre de 1999.

REDENCION DE PENA-Normatividad/JUSTICIA ESPECALIZADA

Como ya se ha manifestado en otras ocasiones, en materia de redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza y como excepción a la regla general contemplada en el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal y 51 del Código Penitenciario y Carcelario, de que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad los competentes para concederlas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia las reconoce provisionalmente en desarrollo del mandato contenido en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, inciso 3°, según el cual "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° modificó la oportunidad para obtener el beneficio administrativo del permiso hasta de 72 horas, haciéndolo extensivo a aquellos internos cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, por lo cual solo procede para los fines señalados en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Ese ámbito de competencia de la Corte nuevamente se amplia 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 del Código Penitenciario y Carcelario, en el sentido de incluir entre los potenciales beneficiarios del permiso hasta de 72 horas a los condenados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados que hayan descontado el 70% de la pena impuesta.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 141 Proceso No. 11859

VISTOS

El procesado Luis Horacio Muñoz Correa, solicita el reconocimiento de redención de pena y determinación de la fecha de pena cumplida, habida

consideración de que acorde al tiempo que lleva en detención y el trabajo realizado dentro del penal, cumple ampliamente con los requisitos temporales u objetivos para la concesión de los subrogados penales.

CONSIDERACIONES

Como ya se ha manifestado en otras ocasiones, en materia de redención de pena por trabajo, estudio y enseñanza y como excepción a la regla general contemplada en el artículo 75 del Código de Procedimiento Penal y 51 del Código Penitenciario y Carcelario, de que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad los competentes para concederlas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia las reconoce provisionalmente en desarrollo del mandato contenido en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, inciso 3°, según el cual "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° modificó la oportunidad para obtener el beneficio administrativo del permiso hasta de 72 horas, haciéndolo extensivo a aquellos internos cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, por lo cual solo procede para los fines señalados en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

Ese ámbito de competencia de la Corte nuevamente se amplía 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 del Código Penitenciario y Carcelario, en el sentido de incluir entre los potenciales beneficiarios del permiso hasta de 72 horas a los condenados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados que hayan descontado el 70% de la pena impuesta.

En este caso es procedente el reconocimiento de la redención de pena por trabajo y estudio solicitado por Luis Horacio Muñoz Correa, quien resultó condenado por el delito de secuestro extorsivo agravado, conducta de competencia de los anteriores Jueces Regionales y ahora de los Penales del Circuito Especializados. Por lo tanto se procederá a la realización de los respectivos cómputos, no sin antes advertir que la Sala en estos casos deberá pronunciarse de manera provisional y solo para ese efecto, sobre las rebajas a que tenga derecho el procesado por trabajo y estudio realizados dentro del penal y a efectos de acreditar el requisito objetivo al que se ha hecho mención ante las autoridades carcelarias, a quienes en definitiva corresponde determinar la procedencia o no del beneficio administrativo.

El solicitante fue condenado a la pena de 120 meses de prisión de los cuales debe acreditar que ha descontado 84 meses que es el equivalente al 70% exigido por la citada norma.

Muñoz Correa fue capturado el 1° de Junio de 1993, por lo que a la fecha ha cumplido un total de 75 meses y 7 días de detención física.

Según los certificados Nos 10021, 10369, 1225 y 10636, acredita haber laborado dentro del penal 9.761 horas que equivalen 610 días o veinte (20)

meses y diez (10) días. Para estos cómputos no se tuvieron en cuenta las constancias Nos 0847 y 3636 por no haberse aportado al diligenciamiento el original de las mismas.

Sumado el anterior factor al tiempo de detención física arroja un total de 95 meses y 17 días, lapso superior al 70% de la pena impuesta.

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

RESUELVE:

RECONOCER 20 meses y 10 días de redención de pena por trabajo al procesado Luis Horacio Muñoz Correa 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 de 1999.

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.

DICTAMEN PERICIAL

Siendo claro que la actividad probatoria se traduce en la recopilación de elementos a través de los cuales se suministra al juez o éste adquiere el conocimiento de un hecho, es indudable que ninguno de ellos responde en su naturaleza a concepción diferente que la de constituirse en medio de ilustración o de convicción, por eso en la labor de apreciación el funcionario judicial debe tomarlos en conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica, exponiendo razonadamente el mérito que le asigne a cada uno, lo que equivale a decir que ciertamente la prueba no es la verdad, sino apenas un medio que con la aplicación de un proceso lógico y racional permite llegar o aproximarse a ella según el convencimiento judicial.

En ese orden, la prueba pericial que procede "cuando se requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos" no escapa a tal acepción pues ella no es un dogma en sí sino apenas un medio que busca persuadir al juez sobre la realidad de un determinado hecho, es, como lo dice el a quo, haciéndole eco uno de los recurrentes, un medio de ilustración y no de decisión per se.

Por tanto, el dictamen como concepto de personas expertas en determinada ciencia, técnica o arte que instruye al juzgador sobre conocimientos de esa índole se convierte en un elemento más de los que se vale el funcionario para convencerse acerca de la realidad de los hechos materia de proceso, es por ello que la propia ley, artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, le ordena, al apreciarlo, tener en cuenta "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso", no de otra manera se entiende el desarrollo de principios probatorios como el de necesidad y apreciación conjunta de la prueba con arreglo a la crítica racional.

Por esas mismas razones, porque la experticia es un instrumento más de convicción, la ley permite, para efectos del principio de contradicción, que los sujetos procesales soliciten su aclaración, ampliación o adición o, en últimas, que la objeten cuando consideren que en ella se ha incurrido en error, sin que eso signifique, salvo el trámite propio del incidente de objeción, que una tal posición abra la oportunidad de practicar nuevas pruebas.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 142. Proceso No. 16021

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre los recursos de apelación que, contra la providencia de noviembre 11 de 1998, a través de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva no accedió a ordenar la aclaración, adición y complementación de algunos dictámenes rendidos en este proceso, interpusieron los acusados José Domingo Fernández Villalba, Gerardo Cuéllar Botello y Hernando Díaz Castro, así como la defensora del procesado Héctor Ramiro Trujillo.

ANTECEDENTES

1. Mediante resolución de diciembre 15 de 1995 la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca acusó, entre otros, a Héctor Ramiro Trujillo, y Hernando Díaz Castro por los delitos de prevaricato y peculado; a José Domingo Fernández Villalba por los de falsedad documental, prevaricato y peculado; y a Gerardo Cuéllar Botello por los punibles de falsedad documental, concierto para delinquir, prevaricato y peculado, la que, confirmada en segunda instancia, tuvo por sustento fáctico las irregularidades detectadas en los ejecutivos laborales que contra CAJANAL se adelantaron ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, cuyo titular fuera el precitado Héctor Ramiro Trujillo.

2. Asumida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva la subsiguiente etapa del juicio, dispuso dentro de ella, mediante auto de septiembre 9 de 1998 correr traslado de la totalidad de dictámenes obrantes en el proceso, oportunidad de la que los sujetos procesales en mención hicieron uso para formular las siguientes peticiones:

2.1. El acusado Gerardo Cuéllar Botello solicitó que los expertos grafólogos aclaren o complementen su dictamen, sin determinar cuál, en el sentido de que señalen los métodos específicos usados para examinar el material dubitado y confrontarlo con el indubitado; los caracteres generales y particulares de los manuscritos tenidos en cuenta en el experticio; el grado de certeza o riesgo que comportan sus conclusiones; si el material analizado es abundante para generar alto grado de certeza en las mismas y si los requerimientos de contemporaneidad, similaridad, espontaneidad, abundancia, originalidad y variedad se reúnen en la prueba pericial.

2.2. Por su parte, la defensora del procesado Héctor Ramiro Trujillo demanda, en relación con el dictamen contable de junio 24 de 1992, su ampliación a fin de que se determine si los reajustes fueron debidamente liquidados por secretaría indicando las normas en que se fundamenta el interés moratorio o

indemnización de perjuicios, ya que la Ley 100 de 1993 es perentoria en ordenar el pago de tales prestaciones para el caso de pensiones y reajustes de éstas en un monto igual al doble del interés bancario corriente.

Solicita igualmente que la referida pericia sea aclarada respecto a si el monto de la liquidación efectuada por el juzgado es o no correcta, así como adicionada en cada una de las cuentas revisadas explicando las investigaciones jurídicas y doctrinarias realizadas y los fundamentos técnicos de las conclusiones.

2.3. A su turno, el procesado Hernando Díaz Castro, en relación con el dictamen de septiembre 9 de 1993 rendido por José Enrique Arboleda Valencia sobre la improcedencia de imponer el pago de agencias en derecho a Cajanal, solicitó su aclaración y complementación a fin de que se liquide el referido rubro en cada uno de los procesos ejecutivos laborales materia de investigación y con base en ello se determine la diferencia entre las fijadas por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva y las que resulten de aplicar la tarifa del Colegio de Abogados del Huila, así como la existencia o no de un exceso en la fijación de dicho concepto por el citado Juzgado.

También, con referencia al dictamen rendido en abril 7 y septiembre 23 de 1993, el mismo sujeto procesal requiere su aclaración y complementación para que los peritos liquiden las obligaciones contenidas en el proceso ejecutivo laboral de María Elisa Calcedo de Cabrera contra Cajanal con base en las tasas moratorias máximas permitidas por la ley, especialmente por la Ley 100 de 1993 en concordancia con los reconocidos en jurisprudencia constitucional y finalmente establezcan la diferencia dineraria con las otras liquidaciones determinando si las realizadas en el referido proceso son inferiores.

2.4. Por último, el acusado José Domingo Fernández Villalba , sin especificar a qué experticia hace alusión solicita que los dictámenes sean aclarados y complementados para que se indiquen los intereses corrientes y moratorios tenidos en cuenta en las liquidaciones efectuadas en los procesos ejecutivos laborales que relaciona con vista en los artículos 191 del Código de Procedimiento Civil, 884 del Código de Comercio y 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se realicen unas nuevas pero esta vez con fundamento en la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia constitucional.

La Providencia Impugnada

En respuesta a tales peticiones el Tribunal Superior de Neiva profirió el auto de noviembre 11 de 1998 denegándolas por considerar, de modo general, que no teniendo el dictamen fuerza decisiva sino ilustrativa, el examen de sus fundamentos y conclusiones, así como su valoración junto con los demás elementos de prueba, lo debe hacer el juez en su momento oportuno, a la vez que específicamente en relación con cada una de ellas estimó:

1. En cuanto hace a las experticias grafológicas cuestionadas por Gerardo Cuéllar Botello y limitándose ellas simplemente a confrontar la firma del

poderdante con la o las que del mismo reposara en otros documentos no puede formularse, dice el *a quo*, reparo alguno sobre su claridad cuando los peritos contaron evidentemente con cada uno de los poderes base de los ejecutivos laborales que colejaron con la documentación que del correspondiente pensionado obraba en Cajanal. Por lo mismo, agrega el Tribunal, como se trataba de una simple labor de confrontación ejecutada dentro de diligencia de inspección judicial resulta entendible que el análisis no fuera extenso, lo que de manera alguna implica ausencia de claridad posible de lograr con los nuevos interrogantes del peticionario, máxime que en su oportunidad la referida prueba ha de ser sometida al respectivo análisis de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

2. Por lo que se refiere al dictamen contable cuya aclaración demanda la defensora de Héctor Ramiro Trujillo, es evidente, anota el *a quo*, que las contadoras realizaron las liquidaciones sobre una tasa del 2.71% mensual tomada por el Juzgado Segundo Laboral de Neiva, pero también las efectuaron con otras tarifas existentes, como del 1 y 0.5%, de modo que dejaron a criterio del juzgador señalar la aplicable dado que Cajanal es una institución de derecho público, resultando imposible además la ampliación de tal dictamen con base en una norma que para el momento de rendirse no existía.

Tampoco, en criterio del Tribunal, es procedente la aclaración de ese peritazgo en cuanto señala liquidaciones en monto superior a algunas de las obtenidas por el juzgado toda vez que las mismas contadoras explican la razón de ello en el sentido que el derecho tenido en cuenta era el reconocido en las correspondientes resoluciones de la Caja sin que implicara equivalencia con lo efectivamente adeudado al pensionado.

Estima igualmente improcedente la adición en cuestiones jurídicas o doctrinarias por cuanto las peritos lo son en aspectos contables y no de derecho.

3. Sobre las peticiones del acusado Hernando Díaz Castro, el *a quo* asevera inviable la aclaración y complementación del dictamen rendido por el abogado José Enrique Arboleda Valencia puesto que se trata simplemente de un concepto que puede ser o no compartido en su momento oportuno.

El mismo carácter le asigna a la solicitada ampliación del experticio contable de abril 7 de 1993 toda vez que en él resultaba imposible tener en cuenta una norma que aún no existía, o un desarrollo jurisprudencial que todavía no se daba.

4. Esta última conclusión le sirvió al Tribunal con igual fundamento para rechazar las peticiones del procesado José Domingo Fernández Villalba pues los peritos se apoyaron en normas vigentes para el momento en que rindieron el dictamen, de manera que mal podría exigírseles una ampliación sobre la base de una nueva legislación o novedosas posiciones jurisprudenciales.

Los Recursos

Contra dicha decisión fueron interpuestos y sustentados de manera oportuna recursos de apelación por los mismos sujetos procesales, así:

1. El acusado Gerardo Cuéllar Botello, solicitando se revoque la decisión impugnada, manifiesta disentir sobre la concepción que de la naturaleza de la pericia tiene el Tribunal pues en su parecer ninguna prueba ostenta por sí misma fuerza decisiva y en consecuencia deben ser apreciadas en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica.

Agrega que la negativa a que se amplíen y aclaren los dictámenes es olvidar el deber que tiene el funcionario de practicar las pruebas en las oportunidades de ley a lo cual se suma la omisión en considerar ilegal la prueba técnica, pues ésta no reúne las condiciones exigidas por el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal ya que ni es detallada, ni explica los exámenes, experimentos o investigaciones efectuadas.

2. Por su parte, la defensora del procesado Héctor Ramiro Trujillo, luego de definir lo que entiende por dictamen y aclaración del mismo, impugna la providencia del *a quo* por considerar que si bien para la época en que se rindió no se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, no menos cierto es que sí lo estaban el artículo 884 del Código de Comercio que, aplicado por analogía como lo hizo el ex juez acusado, permitía liquidar intereses bancarios vigentes al 2.71%, lo mismo que el 65 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto aluden al no pago del salario o prestaciones sociales a cargo del patrono, o el 1.613 del Código Civil en la medida en que establece indemnización de perjuicios ante el retardo en el cumplimiento de obligaciones.

Por todo lo anterior, concluye, la aclaración y adición de la pericia es la oportunidad para establecer el monto real del presunto peculado cometido por su defendido, mucho más ante la precariedad que de la prueba se aprecia en este proceso.

3. Hernando Díaz Castro, con la finalidad de que "se ordene la práctica de las pruebas solicitadas" demanda la revocatoria del proveído impugnado pues, en su criterio, la aclaración y ampliación de los dictámenes se piden precisamente porque las normas que autorizan liquidar intereses moratorios a las tasas máximas surgieron a la vida jurídica en fecha posterior a la rendición de las pericias, lo cual no es más que aplicación de los principios de favorabilidad y de contradicción respecto de una prueba sobre la que se impone al funcionario judicial una valoración previa que en este asunto no se cumplió.

Además, concluye el impugnante, el Tribunal no tuvo en cuenta, no obstante su relevancia, el hecho de que los peritos contadores expresaron que el trabajo a ellos encomendado lo realizó un experto liquidador autorizado por Cajanal.

4. Finalmente, el acusado José Domingo Fernández Villalba , también con el propósito de que "se ordene la práctica de la prueba solicitada" pretende la

revocatoria de la decisión impugnada sobre la base de que las liquidaciones realizadas con una tasa del 6% anual omiten las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y las orientaciones jurisprudenciales brindadas por la Corte Constitucional, por ello y para dar cumplimiento al principio de favorabilidad así como atendiendo la procedencia de la prueba pericial pues ésta es viable, agrega, cuando se requieren conocimientos especiales independientemente de que el funcionario los posea, insiste en su petición de aclaración y complementación de los dictámenes, sin especificar cuál.

CONSIDERACIONES

1. *Siendo claro que la actividad probatoria se traduce en la recopilación de elementos a través de los cuales se suministra al juez o éste adquiere el conocimiento de un hecho, es indudable que ninguno de ellos responde en su naturaleza a concepción diferente que la de constituirse en medio de ilustración o de convicción, por eso en la labor de apreciación el funcionario judicial debe tomarlos en conjunto y de conformidad con las reglas de la sana crítica, exponiendo razonadamente el mérito que le asigne a cada uno, lo que equivale a decir que ciertamente la prueba no es la verdad, sino apenas un medio que con la aplicación de un proceso lógico y racional permite llegar o aproximarse a ella según el convencimiento judicial.*

2. *En ese orden, la prueba pericial que procede "cuando se requieran conocimientos especiales científicos, técnicos o artísticos" no escapa a tal acepción pues ella no es un dogma en sí sino apenas un medio que busca persuadir al juez sobre la realidad de un determinado hecho, es, como lo dice el a quo, haciéndole eco uno de los recurrentes, un medio de ilustración y no de decisión* per se.

Por tanto, el dictamen como concepto de personas expertas en determinada ciencia, técnica o arte que instruye al juzgador sobre conocimientos de esa índole se convierte en un elemento más de los que se vale el funcionario para convencerse acerca de la realidad de los hechos materia de proceso, es por ello que la propia ley, artículo 273 del Código de Procedimiento Penal, le ordena, al apreciarlo, tener en cuenta "la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso", no de otra manera se entiende el desarrollo de principios probatorios como el de necesidad y apreciación conjunta de la prueba con arreglo a la crítica racional.

Por esas mismas razones, porque la experticia es un instrumento más de convicción, la ley permite, para efectos del principio de contradicción, que los sujetos procesales soliciten su aclaración, ampliación o adición o, en últimas, que la objeten cuando consideren que en ella se ha incurrido en error, sin que eso signifique, salvo el trámite propio del incidente de objeción, que una tal posición abra la oportunidad de practicar nuevas pruebas, como equivocadamente parecen entenderlo los procesados impugnantes Díaz Castro y Fernández Villalba, mucho menos en asuntos como éste donde evidentemente la etapa probatoria del juicio, en términos del artículo 446 ídem, ya precluyó.

3. Como lo sugieren los propios verbos aclarar, adicionar, complementar, su invocación no conlleva la práctica de una nueva prueba pericial sino preci-

samente una de tales acciones pero en relación con la que ya ha sido legalmente aducida al proceso, por ello el entendimiento de los referidos procesados de que se realice nuevo experticio resulta inoportuno e infundado cuando el rigor legal simplemente hace referencia a las pericias respecto de las cuales se esté surtiendo el traslado que formalmente permite su conocimiento y con secuente contradicción.

A propósito de ésta y teniendo en cuenta que al Juez como director del proceso le es imperativo rechazar todas aquellas peticiones que no se avengan a la ley, es patente que la contradicción de la prueba pericial, tal como la prevé el artículo 273 del estatuto procesal penal, no se cumple por la formulación de cualquier cuestionamiento o inconformidad que con el concepto científico, técnico o artístico tengan los sujetos procesales; es exigencia legal que una tal posición responda a las definiciones de aclaración, adición o complementación y no a simples disentimientos con las conclusiones o fundamentos de la pericia que si bien por igual traducen el derecho a contradecir la prueba no son aspectos que merezcan relievarse en oportunidad diferente a aquella en que el juzgador haya de decidir de fondo; en otros términos, la diferencia en la apreciación que de un dictamen, ostenten los sujetos procesales tiene su oportunidad de exposición en el ámbito propio de las decisiones y no por alguna de las vías previstas en el numeral 2 del citado artículo 273.

4. Dadas las anteriores premisas, es evidente, en términos generales, que los recurrentes, sin hacer distinción de ninguna especie persiguen formalmente la aclaración, adición o complementación de los dictámenes, pero su argumentación en nada atiende tales concepciones, limitándose por el contrario simplemente a plantear su disenso frente a las conclusiones o a los fundamentos de que se valieron los diferentes peritos para llegar a una determinada deducción sin precisar en parte alguna cuál es el aspecto oscuro o confuso que amerita dilucidarse por los expertos, o en qué otros ha de añadirse o agregarse o cuáles se omitieron como para que el dictamen se considere incompleto.

5. Así, y con referencia específica a cada una de las impugnaciones, además de que incurre en la grave omisión lógica de no determinar a qué dictamen hace alusión, es patente que el acusado Gerardo Cuéllar Botello señala una insuficiencia en los argumentos de los dictámenes grafológicos que obviamente no puede ser planteada por alguna de las citadas vías de inconformidad, cuando es innegable que un elemento en ese sentido es criterio de apreciación de la pericia, como que el juez lo tendrá por medio de mayor o menor convicción según la calidad, firmeza y precisión de sus fundamentos y en consecuencia la oportunidad de contradecir tal prueba por ese respecto no es otra que la de las alegaciones previas a las decisiones de fondo.

Además, con evidente desconocimiento de la naturaleza de la prueba pericial, pretende el mismo recurrente que los expertos respondan cuestionamientos que sólo atañen al juzgador olvidando la absoluta prohibición que tienen los peritos, contenida en el artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, de emitir juicios de responsabilidad penal, pues no otra cosa es lo que persigue el

citado apelante cuando plantea que los expertos digan cuál es el grado de certeza o riesgo que comportan sus conclusiones o si el material examinado fue de una abundancia tal para generar certeza en las mismas.

Ahora bien, argumentando este impugnante sobre la legalidad de la prueba, su pretensión deviene además contradictoria en la medida en que estaría solicitando una aclaración o ampliación de un medio de persuasión que a la vez cuestiona en su validez jurídica, así como improcedente resulta la vía de contradicción escogida pues no es esta la oportunidad para poner en tela de juicio la juridicidad de la experticia, no existiendo además razones para que se posibilitara una actuación oficiosa al respecto.

6. Como el objeto de la prueba pericial es el conocimiento especial, científico, técnico o artístico de que carezca y requiera el funcionario judicial dentro del respectivo proceso, es obvio que las pretensiones de la defensora de Héctor Ramiro Trujillo desbordan tal limitación, pues ninguna presentación lógica y jurídica puede ostentar su pretensión de que dentro de los dictámenes contables se efectúen las liquidaciones de créditos con base en determinada tasa de interés señalada legal o jurisprudencialmente o que los expertos, contadores, expliquen el cuadro normativo y jurídico dentro del cual actuaron, pues es evidente que un tal cuestionamiento no comporta aclaración, adición o complementación de ninguna clase, toda vez que no hay elemento alguno del cual se permita inferir que los citados dictámenes tienen confusión u oscuridad en las liquidaciones presentadas.

Lo que ciertamente sucede es que la recurrente disiente de la tasa de interés utilizada por los peritos, lo cual no corresponde al concepto de aclaración, pues no se persigue que el dictamen desvanezca puntos confusos sino que se hagan las liquidaciones de acuerdo con los criterios que la defensora considera adecuados y que obviamente no coinciden, por inconvenientes, con los utilizados por los contadores; por tanto, como lo que se deduce de su original petición y de su impugnación es simplemente su discrepancia con los fundamentos o criterios empleados por los peritos, es evidente que la vía de contradicción no puede ser la escogida por la impugnante.

7. Similares consideraciones han de hacerse en torno a los recursos formulados por los procesados Díaz Castro y Fernández Villalba habida cuenta que su pretensión, al igual que la de la defensora-recurrente, es que las liquidaciones de los créditos realizadas por los peritos se rehagan pero con base en los criterios de los apelantes, a lo cual se suma su mopinada argumentación en relación con un supuesto principio de favorabilidad respecto de normas, no de naturaleza penal sino reguladoras de situaciones que atañen al incumplimiento de obligaciones laborales y que ciertamente, como lo señala el Tribunal, no existían para el momento de practicarse la cuestionada prueba pericial, lo cual hace aún más incompatible el concepto de aclaración con la finalidad de los recurrentes pues en ese sentido, no presentando la pericia confusión alguna, el fin de los sujetos procesales se releva simplemente como la refacción del dictamen pero con nuevos elementos inexistentes al tiempo de su elaboración.

Añádese a lo deleznable de estas impugnaciones el final y sesgado argumento de Díaz Castro en relación con el trabajo de los peritos contadores, pues sin ser cierto que en los dictámenes se afirme que las liquidaciones fueron hechas por un funcionario de Cajanal lo que allí se expresa es que se contó con la supervisión de un experto liquidador de la entidad, lo cual de todas maneras nada tendría que ver respecto a las vías de contradicción que para esta oportunidad autoriza la ley, mucho menos si lo que pretende el recurrente, sin afirmarlo siquiera, es plantear una posible recusación, caso en el cual el camino se torna aún más improcedente, por preverlo así el artículo 265 del Código de Procedimiento Penal.

8. Por consiguiente, fundada como resulta la providencia impugnada al rechazar las dilatorias peticiones de los mencionados sujetos procesales en rededor de los dictámenes periciales no otra decisión atañe a la Sala que su confirmación.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia de noviembre 11 de 1998 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva no accedió a ordenar la aclaración, adición y complementación de dictámenes rendidos en este proceso.

Comuníquese, devuélvase al tribunal de origen 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.

PRESCRIPCION

Reiteradamente la Corte ha sostenido que el incremento del término prescriptivo establecido en el artículo 82 del Código Penal, cuando el delito ha sido cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, opera por igual en el sumario como en la causa, y que su aplicación, por tanto, debe hacerse de manera autónoma en cada uno de los referidos estadios procesales.

En el sumario, sobre el término de prescripción señalado en el artículo 80 del referido estatuto, sin exceder de 20 años. En el juicio, sobre el monto establecido en el artículo 84 ejusdem, que como se sabe, en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años. De allí que la Corte haya insistentemente sostenido que el tiempo de prescripción en los casos contemplados en el artículo 82 del Código Penal, jamás podrá ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, cualquiera sea el estado del proceso (Cfr. Casación abril 28/92, Magistrado Ponente Dr. Torres Fresneda; Auto diciembre 6/95, Sentencia revisión sept. 23/98, Magistrado Ponente doctor Calvete Rangel; Auto noviembre 12/98 Magistrado Ponente doctor Córdoba Poveda; y, Casación abril 20/99 Magistrado Ponente doctor Pérez Velandia, entre otras).

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

Aprobado Acta No.142 Proceso No. 11361

Magistrado Ponente: *Dr. Fernando Arboleda Ripoll*

Resuelve la Corte la solicitud de prescripción de la acción penal presentada por el procesado Jafeth Ibarguen Mosquera.

ANTECEDENTES

Las presentes diligencias se iniciaron con fundamento en las afirmaciones hechas por Javier Mosquera Agualimpia, en el sentido de que el día 17 de agosto de 1991 se había entrevistado con el Secretario del Juzgado Quince de Instrucción Criminal Ambulante del Municipio de Quibdó (Chocó), Jafeth Ibarguen Mosquera, quien le exigió la suma de un millón quinientos mil pesos a cambio de colaborarle, en compañía del Juez, en la solución de un

problema judicial, dineros que le fueron entregados por sus familiares, quienes le habían dado $430.000.oo más (fls.47/1).

Por estos hechos, la Fiscalía profirió el 17 de agosto de 1994 resolución de acusación contra Ibarguen Mosquera, como presunto autor responsable del delito de concusión, conforme a lo previsto en el artículo 140 del Código Penal, pronunciamiento que causó ejecutoria el 26 de agosto siguiente (fls. 389, 405, 407/1).

Rituada la causa, el Juzgado de conocimiento, mediante sentencia de 4 de abril de 1995, absolvió al procesado de los cargos imputados en la resolución de acusación, por ausencia de certeza probatoria en cuanto a la realización de la conducta típica y su consiguiente responsabilidad penal (fls. 525/1). Apelado este fallo por el Fiscal del proceso, el Tribunal Superior de Quibdó, mediante suyo de 11 de septiembre del mismo año, que ahora recurre en casación el representante del ente acusador, lo confirmó en todas sus partes (fls.573/1).

La Petición

El procesado Jafeth Ibarguen Mosquera solicita a la Corte ordenar la cesación de todo procedimiento por prescripción de la acción penal, teniendo en cuenta que los hechos acaecieron durante la vigencia del original artículo 140 del Código Penal, que conminaba el delito de concusión con pena máxima privativa de la libertad de 6 años de prisión, y que desde la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación han transcurrido más de cinco años, tiempo requerido para que opere el fenómeno prescriptivo, según lo establecido en los artículos 82 y 84 *ejusdem*. Sobre el particular, precisa:

"Como se investigan unos hechos supuestamente acaecidos antes de la vigencia de la Ley 190 de 1995, años 1990 o 1991, de acuerdo al artículo 140, tiene una penalización de 2 a 6 años. Al agravarse con 1/3 de 6=2. Luego 6+2=8 dividido por 2=4, pero como no puede ser inferior a cinco años, es el lapso transcurrido entre el 26 de agosto de 1994 que cobró firmeza la resolución de acusación y el 26 de agosto de 1999...".

Se Considera

Reiteradamente la Corte ha sostenido que el incremento del término prescriptivo establecido en el artículo 82 del Código Penal, cuando el delito ha sido cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, opera por igual en el sumario como en la causa, y que su aplicación, por tanto, debe hacerse de manera autónoma en cada uno de los referidos estadios procesales.

En el sumario, sobre el término de prescripción señalado en el artículo 80 del referido estatuto, sin exceder de 20 años. En el juicio, sobre el monto establecido en el artículo 84 ejusdem, *que como se sabe, en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años. De allí que la Corte haya insistentemente sostenido que el tiempo de prescripción en los casos contemplados en el artículo 82 del Código Penal,*

jamás podrá ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, cualquiera sea el estado del proceso (Cfr. Casación abril 28/92. Magistrado Ponente Dr. Torres Fresneda; Auto diciembre 6/95, Sentencia revisión sept. 23/98. Magistrado Ponente doctor Calvete Rangel; Auto noviembre 12/98 Magistrado Ponente doctor Córdoba Poveda; y, Casación abril 20/99 Magistrado Ponente doctor Páez Velandia, entre otras).

En el caso *sub judice*, se tiene que el procesado Jafeth Ibarguen Mosquera fue llamado a responder en juicio por el delito de concusión, que adscribía, para la época de los hechos, pena privativa de la libertad de 2 a 6 años de prisión (artículo 140 Código Penal). Por consiguiente, el término prescriptivo, independientemente del mandato contenido en el artículo 82 del Código Penal, sería de seis (6) años en el sumario y cinco (5) años en el juicio, de acuerdo con las directrices establecidas en los artículos 80 y 84 *ejusdem*. Pero como el citado artículo 82 dispone un aumento de una tercera parte, el término extintivo para el sumario quedaría en 8 años (6 + 2), y en 6 años 8 meses (5 + 1 año 8 meses) el del juicio.

Equivocada resulta, por tanto, la operación realizada por el memorialista, en cuanto imputa anticipadamente sobre el término de prescripción para el sumario (6 años), el aumento de la tercera parte (2 años), cuyo total (8 años) reduce a la mitad (4 años), dando de esta manera por descontado el incremento del artículo 82, lo cual constituye una falacia, debido a que desconoce el límite temporal mínimo de prescripción que consagra el artículo 84 (5 años).

Visto, entonces, que el tiempo requerido para que opere en el presente caso el fenómeno prescriptivo de la acción es de seis (6) años ocho (8) meses, y que la resolución de acusación causó ejecutoria el 26 de agosto de 1994, sin mayor esfuerzo se concluye que la acción no se ha extinguido, pues desde entonces solo han transcurrido cinco años. Por consiguiente, se desestimará la petición del procesado.

RESUELVE:

NEGAR la solicitud de cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, impetrada por el procesado Jafeth Ibarguen Mosquera.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, (Salvamento de Voto); *Mario Mantilla N., Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito expresar mi disentimiento en lo relacionado con el término de prescripción de la acción penal tratándose del ilícito de concusión, cometido por un servidor público en ejercicio de sus funciones.

En el caso que nos ocupa se profirió resolución de acusación contra el señor Jaleth Ibarguen Mosquera, por el delito de concusión, sancionado con pena de dos (2) a seis (6) años de prisión, para la época de los acontecimientos, cuando ocupaba el cargo de secretario del Juzgado Quince de Instrucción Criminal Ambulante de Quibdó (Chocó), providencia que quedó en firme el 26 de agosto del mismo año.

Significa lo anterior que ha prescrito la acción penal, hecho objetivo que debió declararse y, por ende, cesar el procedimiento a favor del peticionario, toda vez que ha transcurrido un lapso superior a cinco años a partir de la fecha de ejecutoria de la resolución de acusación.

El auto del 21 de septiembre de 1999, del cual respetuosamente disiento, sostiene a folio tres:

"Reiteradamente la Corte ha sostenido que el incremento del término prescriptivo establecido en el artículo 82 del Código Penal, cuando el delito ha sido cometido dentro del país por el empleado oficial en ejercicio de sus funciones, o de su cargo, o con ocasión de ellos, opera por igual en el sumario como en la causa, y que su aplicación, por tanto debe hacerse de manera autónoma en cada uno de los referidos estadios procesales".

"En el sumario, sobre el término de prescripción señalado en el artículo 80 del referido estatuto, sin exceder de 20 años. En el juicio, sobre el monto establecido en el artículo 84 *ejusdem*, que como se sabe, en ningún caso puede ser inferior a cinco (5) años. De allí que la Corte haya insistentemente sostenido que el tiempo de prescripción en los casos contemplados en el artículo 82 del Código Penal, jamás podrá ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, cualquiera sea el estado del proceso".

Las siguientes razones fundamentan el respetuoso disentimiento de la decisión mayoritaria de la Sala, y son las mismas expresadas en mis salvamentos de voto frente a la sentencia del 2 de febrero de 1999, (M.P. Dr. Nilson

Pinilla Pinilla) y al auto del 20 de septiembre del año en curso, expediente de casación No. 11.451, (M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda), casos similares al presente, en los cuales, por no estar de acuerdo con las reflexiones de la Colegiatura, de igual manera me vi precisado a disentir:

1. El estatuto jurídico de la prescripción de la acción penal regula la facultad de ejercitarla por su único titular: el Estado, con relación al tiempo, lapso auto impuesto por la ley que de él emana.

Si ese lapso tiene alguna relación con el hecho punible considerado ontológicamente es exclusivamente en referencia a la duración de la pena privativa de la libertad asignada, pero sin trascender en su límite superior al máximo de pena privativa de la libertad prevista para el delito. Tampoco y con relación al mínimo de pena privativa de la libertad, podrá la prescripción ser inferior a los cinco años. En este mismo tiempo prescribirá la acción penal para los delitos que no tengan señalada como pena principal la privación de libertad.

Y para las primeras impuso como límite el previsto por el artículo 80 del Código Penal, norma que regula el fenómeno de manera general y con relación exclusivamente a la etapa instructiva del proceso.

2. Es cierto que existe una prescripción extendida en el tiempo para los eventos previstos por los artículos 81 y 82 del Código Penal y específicamente me refiero al incremento de una tercera parte en el término prescriptivo para el caso en el cual el delito fuere cometido por servidor público "en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellas"; sin embargo, tal incremento en el requisito cronológico opera cuando la prescripción ha de ocurrir en la etapa de instrucción, mas no en la fase del juzgamiento.

El auto del cual disiento al hacer los cómputos sobre prescripción de la acción penal extendió dicho lapso adicional de la tercera parte también hacia la fase del juzgamiento, a pesar de que ya había sido interrumpida por la ejecutoria del auto de proceder o su equivalente, y que había iniciado a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80 del Código Penal, tal como lo dispone el artículo 84 *ibidem*.

3. Cuatro son pues los términos de prescripción de la acción penal señalados por el Código Penal en sus artículos: 80 de modo general, 81 para el delito consumado o iniciado en el exterior, 82 para el caso de delitos cometidos por servidor público a condición de ser cometido el delito en el país y en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellas y, finalmente el término reducido previsto por el artículo 84 con referencia expresa al estipulado por el artículo 80 para el caso de interrupción de la prescripción por la ejecutoria del auto de proceder o su equivalente.

3.1 Una correcta interpretación de las disposiciones contenidas en los artículos arriba mencionados nos indica que para contar el término de prescripción en el evento señalado por el artículo 84 del Código Penal, esto es, con posterioridad a la ejecutoria del llamamiento a juicio que lo interrumpe para

comenzar a correr luego de esa ejecutoria, ha de hacerse solamente con relación al término que este mismo artículo indica de manera expresa e imperativa como quiera que el texto legal dice: "Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80...".

3.2. Luego es al término indicado por el art.80 del Código Penal al que ha de referirse el intérprete y no a otro para ejecutar el ejercicio de cómputo.

El artículo 84 del Código Penal no se ocupa de calidades o condiciones personales del sujeto activo para incrementar el término prescriptivo. Tampoco al artículo 84 C.P. le interesa el que el delito haya sido cometido en el exterior, art.81 C.P., o dentro del país, art.82 *ibidem*, pues aquellos regulan la prescripción para el exclusivo evento de la instrucción sumarial, en cambio, el artículo 84 C.P. regula la prescripción exclusivamente para la etapa del juicio.

Como es entendible entonces, por la etapa procesal por la cual discurra el asunto sometido a la jurisdicción será más o menos amplio el término de prescripción si de instructiva se trata, o si el sujeto activo es servidor público, o si el hecho se inició o se consumó en el exterior, pero lo que sí es absolutamente claro y preciso, es que la ley ha fijado para el juzgamiento un preciso lapso de prescripción que sin ser inferior a la de cinco años y para todos los delitos, no podrá superar en la mitad al término indicado por el artículo 80 de Código Penal.

Síguese entonces y como corolario que la prescripción de la cual trata el artículo 84 del Código Penal no está condicionada por ninguna consideración personal o fáctica distinta al simple transcurso del tiempo.

4. Y es que tiene que ser así, puesto que como ya ha quedado enunciado, la prescripción ninguna relación tiene con el hecho punible diferente a la mensura de la pena privativa de la libertad o a la ausencia de ella como principal.

La prescripción de la acción penal, en fin, es un derecho del procesado y como tal un derecho sustancial anejo al del debido proceso y con él al derecho de defensa.

5. Si se estudia el punto desde la óptica de un vacío en la ley, como quiera que el artículo 84 del Código Penal se refiere expresa y exclusivamente al término previsto por el artículo 80 ejusdem, llenarlo con la extensión a la tercera parte en el término prescriptivo de que trata el artículo 82 *ibidem*, comportaría ni más ni menos que la práctica de analogía in malam partem, expresamente prohibida por el artículo 7° rector de la misma codificación, toda vez que la prescripción de la acción penal deviene para el procesado en un verdadero derecho sustancial, y es así, porque a pesar de que la prescripción de la acción penal es un instituto de derecho procesal, está recogido por la normatividad sustancial y otorga derecho al procesado para no ser perseguido sin límite en el tiempo, sino exclusivamente dentro del lapso que la ley otorga al Estado para ejercitar la acción penal.

Si la ley hubiese querido extender el término de prescripción para el juzgamiento, así lo hubiera indicado expresamente el artículo 84 del Código Penal, tal y como lo hizo para la investigación en los artículos 81 y 82 *ibidem*, pues estos y aquél se refieren al unísono al término previsto por el artículo 80 *ejusdem*.

6. Si se estudia el punto desde la óptica de un vacío en la ley, como quiera que el artículo 84 del Código Penal se refiere expresa y exclusivamente al término previsto por el artículo 80 *ejusdem*, llenarlo con la extensión a la tercera parte en el término prescriptivo de que trata el artículo 82 *ibidem*, comportaría ni más ni menos que la práctica de analogía in malam partem, expresamente prohibida por el artículo 7° rector de la misma codificación, toda vez que la prescripción de la acción penal deviene, para el procesado en un verdadero derecho sustancial, y es así, porque a pesar de que la prescripción de la acción penal es un instituto de derecho procesal, está recogido por la normatividad sustancial y otorga derecho al procesado para no ser perseguido sin límite en el tiempo, sino exclusivamente dentro del lapso que la ley otorga al Estado para ejercitar la acción penal.

Si la ley hubiese querido extender el término de prescripción para el juzgamiento, así lo hubiera indicado expresamente el artículo 84 del Código Penal, tal y como lo hizo para la investigación en los artículos 81 y 82 *ibidem*, pues estos y aquél se refieren al unísono al término previsto por el artículo 80 *ejusdem*.

7. El artículo 84 del Código Penal, es claro en remitir al artículo 80 *ibidem*, y a ningún otro, para la obtención del cómputo del tiempo de prescripción de la acción penal, que hubiere sido interrumpida por la ejecutoria de la resolución de acusación o su equivalente.

Aquella norma es diáfana y unívoco su sentido, por lo cual el intérprete no puede, sin faltar a la legalidad, combinar presupuestos y consecuencias de otros preceptos con el supuesto fin de desentrañar su espíritu.

Bien advierte el artículo 27 del Código Civil, en el capítulo destinado a la interpretación de la ley:

"Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

8. No obstante, si pudiere admitirse exclusivamente en gracia de discusión, que existe contradicción entre los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal, para adoptar la decisión más ajustada a la legalidad es preciso acudir a la norma general sobre interpretación de la ley, contenida en la Ley 57 de 1887.

En efecto, el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, establece:

"Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal preferirá aquella".

"Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:"

"1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

"2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallaren en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior...".

Este mandato frente a una pretendida contradicción entre los artículos 80, 82 y 84 del Código Penal, conlleva inexorablemente a la primacía de la última disposición, que con nitidez establece que interrumpida la prescripción, por el auto de proceder o su equivalente, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento.

Cordialmente,

Edgar Lombana Trujillo, Magistrado.

(fecha *ut supra*).

EXTRADICION-Trámite

Es bueno recordar que el trámite de las solicitudes de extradición es unitario, cuando se remite a las normas del Código de Procedimiento Penal (Libro V, Título I, Capítulo III), y compete decidirlo al Gobierno Nacional, aunque en su curso bien puede distinguirse una fase judicial, por el requerimiento de la intervención de la Corte Suprema de Justicia. De este modo, de manera esquemática, puede decirse que el Ejecutivo dispone unos actos preliminares de estudio de la documentación y preparación del expediente para su envío a la Corte; ésta inicia el trámite con la concesión de un traslado al requerido o a su defensor para solicitar pruebas, abre un período probatorio y después conceptúa; por último, el Gobierno dicta una resolución administrativa para conceder o negar la extradición.

En parte alguna de la providencia cuestionada, se ha dicho que la parte administrativa del trámite de extradición se circunscribe a esos actos previos del Gobierno para alistar las diligencias e indicar el procedimiento por seguir, pues ello sería desconocer la importancia de la facultad y el acto más trascendental del Ejecutivo para definir dicho diligenciamiento, cual es el de dictar la resolución que concede o niega la extradición.

Ahora bien, está fuera de contexto la invocación de la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), porque dicha legislación se aplicaría ante la inexistencia de un orden normativo especial dispuesto para la materia, que en este caso es el mencionado capítulo III, Título I, Libro V del Código de Procedimiento Penal.

Otra fue la situación enfrentada por la Corte en los conceptos del 17 de febrero y el 3 de junio de 1987, cuando se hizo remisión expresa a las normas preliminares del Código Contencioso Administrativo. En efecto, para aquel entonces la extradición de colombianos estaba supeditada a la existencia de un tratado con Colombia que previera la cláusula de reciprocidad en la entrega de nacionales y, verificada la vigencia en estos términos de los convenios de 1888 (Ley 66/88) y la adición de 1940 (Ley 8ª/43) con los Estados Unidos de América, la Sala declaró que el trámite interno para darle desarrollo a los tratados era eminentemente administrativo, sin requerir la participación del órgano judicial.

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

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

Aprobado Acta No. 143 Proceso No. 15825

VISTOS

Dispuso la Corte, según lo consignado en el auto del 5 de agosto pasado, que no era procedente la petición del defensor del ciudadano colombiano Milton Perlaza Ortiz, solicitado en extradición por el Gobierno de los Estados Unidos de América, en el sentido de devolver las diligencias al Ministerio de Justicia y del Derecho, con el fin de que esta institución garantizara el debido proceso y el derecho de defensa durante el trámite que hasta entonces había cumplido.

El mismo defensor ha interpuesto el recurso de reposición en contra de la decisión, con fundamento en tres razones que más adelante se examinarán en detalle y, dispensado el trámite de rigor a la impugnación, la Sala resolverá lo pertinente.

EXAMEN DE LA PRETENSION Y SUS ARGUMENTOS

1. Dice el recurrente que "el trámite administrativo adelantado por los funcionarios gubernamentales", no puede limitarse a "una fase preliminar de perfeccionamiento del legajo documental y apenas preparatoria de la parte judicial del rito", como lo determinó la Corte en la providencia atacada, porque ello contraría lo decidido por la misma Corporación en los conceptos de extradición del 17 de febrero y 3 de junio de 1987, según los cuales, como no existe una regulación especial para dicho rito administrativo previo a la fase judicial, entonces debe desarrollarse conforme con la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo, reglamento que en todo caso hace posible la audiencia y la defensa del presunto extraditable.

Pues bien, en relación con esta inquietud del impugnante, *es bueno recordar que el trámite de las solicitudes de extradición es unitario, cuando se remite a las normas del Código de Procedimiento Penal (Libro V, Título I, Capítulo III), y compete decidirlo al Gobierno Nacional, aunque en su curso bien puede distinguirse una fase judicial: por el requerimiento de la intervención de la Corte Suprema de Justicia. De este modo, de manera esquemática, puede decirse que el Ejecutivo dispone unos actos preliminares de estudio de la documentación y preparación del expediente para su envío a la Corte; ésta inicia el trámite con la concesión de un traslado al requerido o a su defensor para solicitar pruebas, abre un periodo probatorio y después conceptúa: por último, el Gobierno dicta una resolución administrativa para conceder o negar la extradición.*

En parte alguna de la providencia cuestionada, se ha dicho que la parte administrativa del trámite de extradición se circunscribe a esos actos previos del Gobierno para alistar las diligencias e indicar el procedimiento por seguir, pues ello sería desconocer la importancia de la facultad y el acto más trascendental

del Ejecutivo para definir dicho diligenciamiento, cual es el de dictar la resolución que concede o niega la extradición.

Ahora bien, está fuera de contexto la invocación de la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), porque dicha legislación se aplicaría ante la inexistencia de un orden normativo especial dispuesto para la materia, que en este caso es el mencionado Capítulo III, Título I, Libro V del Código de Procedimiento Penal.

Otra fue la situación enfrentada por la Corte en los conceptos del 17 de febrero y el 3 de junio de 1987, cuando se hizo remisión expresa a las normas preliminares del Código Contencioso Administrativo. En efecto, para aquel entonces la extradición de colombianos estaba supeditada a la existencia de un tratado con Colombia que previera la cláusula de reciprocidad en la entrega de nacionales y, verificada la vigencia en estos términos de los convenios de 1888 (Ley 66/88) y la adición de 1940 (Ley 8ª/43) con los Estados Unidos de América, la Sala declaró que el trámite interno para darle desarrollo a los tratados era eminentemente administrativo, sin requerir la participación del órgano judicial.

Por ello, la Sala en el primer concepto referido puntualizó:

"Para el caso concreto de nuestro país, no es necesario expedir normas especiales que regulen los trámites administrativos que deban realizarse para darle cumplido desarrollo a las previsiones de un tratado, pues ellos están previstos en la parte Primera del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que en su artículo 1° dispone que sus normas se aplican a los trámites administrativos de cualquiera de las Ramas del Poder Público, con las excepciones expresamente señaladas en dicha norma, y siempre que la ley no haya establecido un procedimiento especial para algún asunto".

Y agrega:

"Es un procedimiento que se mueve dentro de un ámbito jurídico propio, el cual tiene que ser por su naturaleza distinto al judicial, aunque está como éste encuadrado dentro de los principios constitucionales del derecho de defensa y del debido proceso, los que junto con el juicio de legalidad, constituyen el objeto de control que sobre él ejerce la jurisdicción contencioso administrativa a que está sujeto" (M. P. Jaime Giraldo Angel. Se ha subrayado).

En el segundo concepto, a manera de síntesis, se dijo:

"3. Ha recobrado vigencia el tratado de 1888 y su adición de 1940;

"4. En esta resurgida situación (tratado de 1888 y adición de 1940), no se contempló la intervención de la Corte Suprema de Justicia, mediante su Sala de Casación Penal, ni se concilia una interpretación que lleve a establecerla, porque otorgándose al Presidente de la República una omnímoda atribución en cuanto a conceder o negar la extradición de nacionales, no es dable dar aplicación a normas del Código de Procedimiento Penal, dispuestas para cuando no existe tratado, acuerdo, convención o usos internacionales aplicables,

que restringen esa discrecionalidad del Ejecutivo, pues en el caso de una opinión adversa éste se vería constreñido a obedecerla; y

"5. El procedimiento administrativo contempla también una esmerada regulación del derecho de defensa y de audiencia del extraditable, suficientes para garantizar los resguardos constitucionales a que tenga derecho" (M. P. Gustavo Gómez Velásquez).

Son dos realidades distintas para soluciones coherentemente también diferentes, porque los casos objeto de los pronunciamientos anteriores se regían inicialmente por un tratado público que no prevé la intervención judicial, cuyo desarrollo se hacía por un trámite interno previsto en la legislación doméstica de cada país comprometido, y que en Colombia, por ser dicho rito estrictamente gubernativo, se remite al Código Contencioso Administrativo, con el fin de garantizar el debido proceso y la defensa.

En el asunto examinado, por el contrario, como no está vigente convenio bilateral o multilateral alguno con el país solicitante (Estados Unidos de América), la procedencia de la extradición no se sujeta a dichos instrumentos internacionales, razón por la cual el origen y la tramitación se someten integralmente a las reglas del Código de Procedimiento Penal, estatuto que contiene su propia garantía de los derechos de audiencia y defensa del requerido, y con carácter judicial para mayor abundancia (art. 556). Así entonces, para efectos del trámite, no es pertinente la remisión al Código Contencioso Administrativo, porque el Estatuto Procesal Penal en esta materia es legislación especial, salvo lo referente a los recursos por la vía gubernativa y el control de legalidad de las decisiones por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo esto se aviene con el cambio que introdujo el Acto Legislativo N° 01 de 1997, que redefinió el texto del artículo 35 de la Constitución Política, en cuyo inciso primero prevé que la extradición (sin distinguir entre nacionales y extranjeros) "se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley". Antes de esta enmienda constitucional, el inciso 2° del artículo 17 del Código Penal preveía que "la extradición de colombiano se sujetará a lo previsto en tratados públicos", pero tal texto se entiende modificado por la norma posterior de orden superior.

En resumen, la Corte se ha referido a una fase preliminar de la intervención administrativa en el trámite de extradición, que por ser meramente preparatoria de la documentación y configuradora de un requisito de procedibilidad, no está aún expuesta a la controversia y, por ende, la defensa se prevé justificadamente para la iniciación propiamente dicha del rito que nace con el debate probatorio y la participación judicial de la Corte Suprema de Justicia (art. 556).

2. Es cierto que el *thema probandum* se limita por los fundamentos mismos del concepto solicitado a la Corte, conforme con las pautas del artículo 558 del Código de Procedimiento Penal, pero la existencia de otros hechos que puedan condicionar la extradición, como los señalados en los artículos 550 y

560 del mismo ordenamiento, obviamente sólo pueden alegarse frente al Gobierno Nacional, antes de que éste emita la respectiva resolución; o también, si el Ejecutivo toma la decisión final aún pendientes tales temas, también pueden reivindicarse por medio de los recursos gubernativos o de las acciones jurisdiccionales pertinentes.

3. En relación con el concepto que previamente dispensa el Ministerio de Relaciones Exteriores, en orden a establecer si debe procederse por la vía de los convenios internacionales o de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Penal (art. 552), es algo que perfectamente puede discutirse en el debate ante la Corte Suprema de Justicia, pues la Corporación, "cuando fuere el caso", deberá controlar "el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos" (art. 558).

Es obvio, si la Corte debe verificar "el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos", lógicamente le toca definir primero si el trámite se sujetará a dichos instrumentos internacionales o lo hará por las normas del Estatuto Procesal Penal. En la práctica, a pesar del concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Sala ha declarado que no están vigentes algunos tratados públicos invocados por el Gobierno o que debe aplicarse legislación distinta y, en consecuencia, devuelve las diligencias al Ministerio de Justicia y el Derecho (cfr., además de los conceptos ya citados, los de 24 de febrero y 3 de marzo de 1987).

Ahora bien, el señalamiento que hace el Ministerio de Relaciones Exteriores es apenas introductorio del procedimiento, razón por la cual su controversia sólo es procedente en el momento del debate judicial y, si perviven algunas inquietudes de los interesados, bien podrán incoarse los recursos administrativos o las acciones jurisdiccionales.

Una aclaración final: el pronunciamiento de la sentencia C-087 de 1997 (febrero 26), en relación con el inciso 2° del artículo 17 del Código Penal, se produjo por la Corte Constitucional antes de que se expidiera el Acto Legislativo N° 01 del mismo año (17 de diciembre).

No ha lugar a modificar el auto recurrido.

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

RESUELVE:

No reponer la providencia examinada.

Cópiese, notifíquese y 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, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Interés para recurrir-Apelación

La Corte ha sostenido que una de las exigencias para la validez del trámite del recurso de casación es que el sujeto procesal eventualmente recurrente en lo extraordinario haya interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Si no lo ha hecho, pudiendo hacerlo, o lo ha hecho pobremente al punto de generar la declaración de desierto, le es imposible, entonces, pretender ser escuchado en casación.

En detalle, y claramente, ha explicado la Sala que si "...cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o de sustentar en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, ha de entenderse que se muestra conforme con la decisión proferida..." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Resolución del 11 de febrero de 1999, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll) y que, por tanto, carece de razones o de interés para acudir a la casación.

Exceptúa la Corte varias hipótesis, por ejemplo, que la sentencia sea revisada en segunda instancia por estar previsto el grado de consulta; que se haya impedido al sujeto procesal la interposición y sustentación del recurso; que el impugnante plantee nulidades procesales; o que notablemente se desmejore en segunda instancia el interés de quien aspira, luego, al recurso extraordinario.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobada acta No. 143 Proceso No. 11351

VISTOS

El 31 de marzo de 1995, el juzgado 2°. penal del circuito de Cali condenó a Aldemar Arango Escobar y a Juan José Fernández Marín. Al primero le impuso 30 meses de prisión por el delito de estafa, y al segundo, 47 meses de prisión por falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso, fraude procesal y estafa, agravada por la cuantía y por haberse cometido contra bienes del Estado. Les impuso, además, interdicción del ejer-

cicio de derechos y funciones públicas y la obligación de indemnizar. De otra parte, declaró la prescripción de la acción penal respecto del fraude procesal que se imputaba a Arango. Y, finalmente, les negó la condena de ejecución condicional y dispuso la captura.

El defensor de don Juan José Fernández Marín interpuso y sustentó el recurso de apelación. Por esta vía, el Tribunal de Cali se ocupó del proceso y el 11 de julio de 1995 confirmó el fallo en todas sus partes.

Contra este último, el fiscal 49 delegado ante los juzgados penales del circuito de esa ciudad interpuso recurso de casación, como también lo hizo el defensor de Fernández Marín.

Transcurridos los términos de traslados, presentó la demanda el señor fiscal, no sustentó el togado que representaba a Marín y nadie hizo uso del derecho dentro del lapso concebido para los no recurrentes.

Se declaró desierto el recurso para quien no sustentó y se remitió el expediente a la Corte en razón de la actitud del señor fiscal 49.

Hechos

Con fundamento en instrucciones impartidas por el secretario de servicios generales del Valle del Cauca, relacionadas con presuntas irregularidades en la documentación presentada por algunos ex empleados para obtener la pensión de jubilación ante la gobernación del Valle, se estableció que las había frente a las logradas por los señores Arango Escobar y Fernández Marín. Consecuencia de ello, la investigación correspondiente y las sentencias a que ya se hizo alusión.

Actuación Procesal

La fiscalía 49, unidad segunda especializada en delitos contra la administración pública, adelantó indagación preliminar y posteriormente declaró abierta la instrucción. Se vinculó mediante indagatoria a Aldemar Arango Escobar, entre otros, a quien se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria, la que posteriormente fue sustituida por detención preventiva, con beneficio de la libertad provisional.

Juan José Fernández Marín fue emplazado y declarado persona ausente. La fiscalía le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de falsedad de particular en documento público, fraude procesal y estafa. Y ordenó recabar la orden de captura.

Cerrada la investigación, el mismo señor fiscal 49 profirió resolución de acusación contra los dos ciudadanos.

El juzgado segundo penal del circuito de Cali adelantó la etapa de la causa y luego de practicada la diligencia de audiencia pública, dictó sentencia condenatoria en contra de los acusados, en los términos consignados anteriormente.

La Demanda

El fiscal delegado ante los juzgados penales del circuito de Cali, invocó la causal primera de casación, inciso primero del artículo 220 del C. de P.P. Formuló un solo cargo contra la sentencia del Tribunal: consideró que el fallo era violatorio de manera directa de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 103 a 110 del C. P., y 14, 60, 61 y 62 del C. de. P. P.

Concepto del Ministerio Público

El procurador primero delegado en lo penal solicitó a la Corte casar parcialmente la sentencia recurrida, para que en aplicación del principio del restablecimiento del derecho, se ordenara "...la suspensión definitiva o cancelación de las mesadas pensionales que aún devenga el condenado Fernández Marín...".

Consideración de la Corte

La demanda examinada tiene que ser desestimada, por las siguientes razones:

1. El comportamiento procesal del señor fiscal recurrente, en lo relacionado con el recurso de casación, fue el siguiente:

1.1. Durante el debate propio de la audiencia pública, entre otras cosas, solicitó el restablecimiento del derecho, basado en que debían ser canceladas o suspendidas definitivamente las mesadas pensionales que fraudulentamente había obtenido y seguía obteniendo Fernández Marín.

1.2. En la sentencia, el juzgado, al referirse a la intervención de los sujetos procesales, señaló tal petición. Sin embargo, no se ocupó del tema en las consideraciones, como tampoco en la parte resolutiva del fallo.

1.3. Durante la notificación de la sentencia, el señor fiscal mostró su allanamiento y conformidad, pues guardó silencio. Apeló, sí, y sustentó, el defensor del señor Fernández Marín. Durante el traslado a los no recurrentes el señor fiscal tampoco se pronunció.

1.4. El 11 de julio de 1995, el Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia y tampoco se ocupó del tema que inicialmente había preocupado al señor fiscal.

1.5. El 13 de julio de 1995 se hicieron las notificaciones del fallo, y el 9 de agosto del mismo año el fiscal interpuso recurso de casación.

1.6. El 15 de agosto de 1995, el Tribunal concedió el recurso e inició los traslados correspondientes. El fiscal presentó la demanda, no lo hizo el defensor y, tras la puesta del proceso a disposición de los no recurrentes, el *ad quem* declaró desierta la impugnación respecto de la defensa y, con relación al fiscal, el 16 de enero de 1996 remitió las diligencias a la Corte para que se surtiera el recurso de casación interpuesto.

1.7. Como se dijo, el señor fiscal recurrente planteó violación directa de la ley sustancial, causal 1ª de casación, por ruptura de los artículos 103 a 110 del C. P. y 14 y concordantes del C. de. P. P. Pidió, por ello, casar parcialmente la sentencia para que se ordenara la suspensión definitiva o la cancelación de las mesadas pensionales que devengaba el condenado Fernández Marín, es decir, insistió en lo que había impetrado en la audiencia, en 1ª. Instancia.

2. La Corte ha sostenido que una de las exigencias para la validez del trámite del recurso de casación es que el sujeto procesal eventualmente recurrente en lo extraordinario haya interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Si no lo ha hecho, pudiendo hacerlo, o lo ha hecho pobremente al punto de generar la declaración de desierto, le es imposible, entonces, pretender ser escuchado en casación.

En detalle, y claramente, ha explicado la Sala que si "...cualquiera de los sujetos procesales se abstiene de interponer o de sustentar en tiempo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, estando en condiciones de hacerlo, ha de entenderse que se muestra conforme con la decisión proferida..." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Resolución del 11 de febrero de 1999, M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll) y que, por tanto, carece de razones o de interés para acudir a la casación.

Exceptúa la Corte varias hipótesis, por ejemplo, que la sentencia sea revisada en segunda instancia por estar previsto el grado de consulta; que se haya impedido al sujeto procesal la interposición y sustentación del recurso; que el impugnante plantee nulidades procesales; o que notablemente se desmejore en segunda instancia el interés de quien aspira, luego, al recurso extraordinario.

Esta decisión de la Sala, de otra parte, tiene como antecedentes varios pronunciamientos suyos, vrg., del 9 de agosto de 1995 (M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia) y del 5 de agosto de 1997 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll), entre otros, y mantiene su vigencia pues ha sido reiterada, por ejemplo, en recientes sentencias de casación, del 11 de agosto (M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo) y del 2 de septiembre (M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda) del año en curso.

3. Si comparamos los puntos 1 y 2 de estas Consideraciones, es claro que el recurso de casación interpuesto por el señor fiscal 49 de Cali era improcedente pues no impugnó la sentencia de 1ª instancia a pesar de haber sido notificado, con lo cual, sin duda, se mostró de acuerdo con el fallo del *a quo*. Tampoco conoció el Tribunal en razón del grado de consulta, la decisión no molestó las pretensiones del señor fiscal, ni éste recurrió en casación en búsqueda de anulación total o parcial del proceso. Basta recordar que el Tribunal confirmó en todas sus partes la decisión de 1ª instancia, sin hacer agregados de ninguna naturaleza.

Agréguese que fácilmente se percibe el allanamiento del señor fiscal a la sentencia de 1ª instancia pues si pidió el restablecimiento del derecho desde la audiencia y el juzgado nada dijo al respecto, su mutismo enseña su conformidad.

Es claro, así, que el impugnante ante la Corte carecía de interés para efectos del recurso de casación.

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

RESUELVE:

Desestimar la demanda.

Cópiese y devuélvase 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 Orlando Pérez Pinzón. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/IRREGULARIDAD

Cuando el artículo 308.5 del Código de Procedimiento Penal establece, entre los "principios que orientan la declaratoria de las nulidades", que la invalidación de lo actuado sólo podrá decretarse "cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial", consagra el carácter de "última ratio" o de medida extrema de tal remedio procesal, el que por lo mismo se excluye cuando al alcance del funcionario se halla la posibilidad de corregir el yerro y restablecer la garantía quebrantada, o cuando omitiendo tal alternativa de solución menos gravosa para los fines del proceso, ésta es voluntariamente desestimada por la parte afectada, que inadvirtiendo la voluntad de preservar la actuación por parte del funcionario, insiste en la declaratoria de invalidez de la actuación a través de la nulidad, como único mecanismo de solución de una irregularidad que persistentemente considera insubsanable.

Del examen del expediente se evidencia que tanto el procesado como su defensor, habiendo sido enterados en debida forma de la citada providencia, omitieron voluntariamente acogerse a tan benigna alternativa de solución, formulada en aras de la preservación de lo actuado a través de la "corrección de actos irregulares", cuando ello sea posible, "respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales", tal como bajo el rango de norma rectora lo establece el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll.*

Aprobado Acta No. 143 Proceso No. 11543

1. Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la condena a la pena principal de veintiocho (28) años de prisión, impuesta por el Juzgado Penal del Circuito de Pacho (Cundinamarca) a Carlos Edgar Olarte Reyes, como autor de los punibles de homicidio en Fabio Hernando

Gómez Beltrán, tentativa de homicidio en Rosa Herminda Marín de Poveda, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

2. Hechos y Actuación Procesal.

Carlos Edgar Olarte Reyes disparó con arma de fuego contra Fabio Hernando Gómez Beltrán, quien intervino en el altercado que aquel sostenía con Jonny Cárdenas Caicedo, el 4 de abril de 1993, a las cuatro de la tarde, en el perímetro urbano de Pacho (Cundinamarca). En ese enfrentamiento el procesado hirió de gravedad a Rosa Herminda Marín de Poveda, y lesionó a los terceros Carlos José Rodríguez y Gloria Emilse Triana Usaquén.

Con fundamento en la diligencia de inspección al cadáver y demás declaraciones recepcionadas durante la investigación previa, la Fiscal Coordinadora de la Unidad Seccional de Pacho (Cundinamarca), el 21 de mayo de 1993 decretó la apertura de investigación (f. 81 c.o.), y libró orden de captura en contra de Carlos Edgar Olarte Reyes, a quien, al no haber sido aprehendido se le vinculó mediante declaratoria de persona ausente (f. 114), luego fue capturado, escuchado en indagatoria, y resuelta la situación jurídica profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor del concurso delictual de homicidio, lesiones personales, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (f. 149 ib.).

El 6 de julio de 1994 fue clausurado el ciclo instructivo (f. 229 ib.), y el 8 de julio siguiente, cuando aún no había cobrado ejecutoria la providencia, el sindicado solicitó la terminación prematura del proceso con arreglo al artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (f. 243 ib.), petición que fue negada por extemporánea, en la providencia calificatoria del mérito probatorio del sumario, de fecha 9 de agosto del mismo año (fs. 253 y ss. ib.).

En ésta, el funcionario instructor profirió resolución de acusación contra Carlos Edgar Olarte Reyes, como presunto autor de los delitos de homicidio en Fabio Hernando Gómez Beltrán, tentativa de homicidio en Rosa Herminda Marín de Poveda, lesiones personales a Gloria Emilce Triana Usaquén y Carlos José Rodríguez, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, decisión que al ser apelada por la defensa, fue revocada parcialmente por el Fiscal 25 Delegado ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, "respecto de los delitos de lesiones personales, por considerar que tales conductas son contravenciones especiales y no delitos", disponiendo la expedición de copias de las piezas procesales pertinentes con destino a la Inspección Municipal de Policía (Reparto) de Pacho (f. 17 c. Fiscalía de Segunda Instancia). En esa misma providencia el ad-quem negó la nulidad que, aduciendo la omisión de tramitar la sentencia anticipada solicitada por el procesado, invocara la defensa.

La resolución de acusación cobró ejecutoria el 10 de octubre siguiente (f. 18 ib.).

El trámite de la causa correspondió al Juzgado Penal del Circuito de la mencionada localidad, y el 10 de noviembre de 1994 envió oficio al procesado,

solicitándole que manifestara si aún deseaba acogerse a los beneficios por terminación anticipada del proceso (f. 328 c.o.). El 17 de enero del año siguiente el defensor insistió en la solicitud de nulidad de lo actuado, originada en la omisión de aplicar en la fase de investigación, el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal. Al día siguiente, al considerar el carácter subsanable de la irregularidad, la jueza de conocimiento negó la nulidad y dispuso enterar al procesado y a su defensor, que en caso de acogerse a la sentencia anticipada, se aplicaría la rebaja de una tercera parte (1/3) de la pena (f. 353).

El defensor interpuso el recurso de apelación contra la anterior providencia, y luego desistió del mismo (f. 357 ib.). se practicó la audiencia pública, y el 14 de junio de 1995 la jueza de instancia dictó sentencia condenando a Carlos Edgar Olarte Reyes a la pena principal de veintiocho (28) años y cuatro (4) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un periodo de diez (10) años, como autor de los delitos de homicidio en la persona de Fabio Hernando Gómez Beltrán, de tentativa de homicidio en Rosa Herminda Marín de Poveda, y de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en concurso (fs. 552 y ss. ib.).

El fallo anterior fue apelado por la defensa y confirmado íntegralmente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 4 de septiembre del mismo año (fs. 28 y ss. c. del Tribunal).

3. La Demanda

La inaplicación del trámite de sentencia anticipada oportunamente solicitada por el procesado en la fase sumarial, es el exclusivo sustento fáctico a partir del cual el actor formula "dos cargos" contra la sentencia de segunda instancia objeto de impugnación, exponiendo como único factor de escisión entre ellos, la garantía fundamental considerada violada.

En lo que el demandante denominó "primer cargo", consideró vulnerado el debido proceso; y en sustentación del "segundo", adujo "la violación del derecho de defensa", garantías previstas en el artículo 29 de la Carta y recogidas como norma rectora en el artículo 1° del C. de P. P.

Pretendiendo fundamentar el reproche, afirmó que la sentencia de segunda instancia "se dictó en un juicio viciado de nulidad, toda vez que Carlos Edgar Olarte Reyes en su calidad de procesado quiso acogerse a la terminación anticipada del proceso, e hizo la correspondiente petición a través del artículo 37 del C. de P. P., en la etapa de instrucción, con el propósito de hacerse acreedor a la rebaja de pena prevista en la norma citada, rebaja de una tercera parte, que desde luego era muy significativa para él" (f. 79 c. del Tribunal).

Agregó que "El procesado Carlos Edgar Olarte Reyes, ejecutoriada la resolución que definía su situación jurídica pidió terminación anticipada del proceso, con fundamento en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, al momento de notificarse del cierre de investigación, obviamente antes de tomar ejecutoria formal esa determinación, es decir en la etapa instructiva y con la

finalidad de hacerse acreedor a la rebaja de la pena en una tercera parte". Luego, "la petición no fue extemporánea", sino presentada en oportunidad legal.

La desatención de esa solicitud, generó, en su criterio, las causales de nulidad previstas en los ordinales 2° y 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal. "nulidad ésta que si bien se invocó durante el traslado indicado en el artículo 446 *ibidem*, no se decretó, y la defensa se reservó el derecho brindado por el artículo 306 *ibidem*, para invocarla en casación", a partir de "la fecha de la presentación de la petición de terminación anticipada del proceso del artículo 37 del C. de P. P., por Olarte Reyes, a fin de que se le dé el trámite normal a las solicitudes de su especie".

4. El Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Luego de precisar que el reproche formulado contra la sentencia constituye un solo cargo en cuyo fundamento se afirma la violación de las garantías del debido proceso y de defensa, el Procurador Delegado destacó que en la demanda, "los argumentos expuestos se quedan en el mero enunciado", falencia que atribuyó a "la falta de franqueza" con que se procedió a la elaboración del libelo.

Inviables consideró las pretensiones del impugnante, no sólo por la parquedad de las razones demostrativas de una irregularidad inexistente, planteada por el defensor, "quien después de haber asumido una clara postura dentro del trámite de instancias, ahora arrepentido ante la adversidad del fallo promociona tesis que no consultan la verdad procesal".

Advirtió que la presunta nulidad originada en la negativa a tramitar la sentencia anticipada, fue debatida dentro del proceso, "hasta el momento en que la Juez de conocimiento haciendo eco de las razones dadas por la defensa estimó la no extemporaneidad del pedido, mas sin decretar la nulidad por motivos de orden procesal abrió el camino para que en caso de permanecer la voluntad del procesado en el punto, previa aceptación de la responsabilidad penal se le disminuyera la pena en la tercera parte" (f. 13 c. de la Corte), pronunciamiento que encontró ejecutoria al haber renunciado el defensor al recurso de apelación propuesto.

Al amparo de esas premisas, sugiere a la Sala no casar el fallo recurrido.

5. Consideración de la Corte

Como lo advirtió el Procurador Delegado, los dos cargos planteados constituyen realmente uno sólo, pues tienen idéntico sustento fáctico -la omisión de tramitar la sentencia anticipada, solicitada por el procesado-, y apuntan a la misma conclusión -la invalidación de lo actuado en la fase sumarial-. El error al escindir el anotado reproche pretendiendo su estudio en capítulos separados y de manera autónoma, parte de la equivocada creencia de que al invocarse la nulidad esgrimiendo el mismo supuesto fáctico, la vulneración de varias de las garantías prohijadas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, genera censuras autónomas.

Esta deficiencia técnica no afecta, sin embargo, la estructura formal y sustancial de la demanda, ni enerva su estudio por la Corte, pues a pesar del fraccionamiento de la singular censura, el sustento fáctico del reproche aparece claramente delimitado.

La indemostración de la trascendencia de la irregularidad invocada, en que se sustenta la invalidación de lo actuado, constituye falencia sustancial que conduce a la inexorable improsperidad de la impugnación.

Cuando el artículo 308.5° del Código de Procedimiento Penal establece, entre los "principios que orientan la declaratoria de las nulidades", que la invalidación de lo actuado sólo podrá decretarse "cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial", consagra el carácter de "última ratio" o de medida extrema de tal remedio procesal, el que por lo mismo se excluye cuando al alcance del funcionario se halla la posibilidad de corregir el yerro y restablecer la garantía quebrantada, o cuando avizorada tal alternativa de solución menos gravosa para los fines del proceso, ésta es voluntariamente desestimada por la parte afectada, que inadvirtiendo la voluntad de preservar la actuación por parte del funcionario, insiste en la declaratoria de invalidez de la actuación a través de la nulidad, como único mecanismo de solución de una irregularidad que persistentemente considera insubsanable.

Ello es lo sucedido en el caso sub-examine: el defensor invocó la nulidad por falta de consideración de la solicitud de sentencia anticipada, formulada con anticlación a la ejecutoria de la providencia de cierre de investigación, oportunidad que de conformidad con el criterio mayoritario de la Corte (cfr. sentencia de 16 de abril de 1998, Mags Pons. Dres. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos Eduardo Mejía Escobar), implicaría, en el evento de concretarse la aceptación de cargos, una reducción de la tercera parte de la pena, y no como correspondería de formalizarse el trámite en la etapa del juicio.

Sin embargo, en forma interesada el casacionista omite informar en su libelo que la directora de la causa, ante su insistencia en la vulneración de garantías fundamentales por la desatención de la solicitud de sentencia anticipada en la etapa sumarial, cuando comportaba una aplicación de pena más benigna, mediante proveído de 18 de enero de 1995 (f. 351 c.o.), dispuso correr traslado al procesado y a su defensor, para que manifestaran si persistían en el deseo de terminar prematuramente el proceso por la vía de la sentencia anticipada -hipótesis aplicable en la etapa del juicio, según el inciso final del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 11 de la ley 365 de 1997)-, caso en el cual, según anuncio de la misma funcionaria, la rebaja aplicable al momento de dosificar la pena, sería de una tercera parte (f. 353 ib.), solución aceptable, según el criterio adoptado por la Sala, entre otras, en la sentencia antes referida.

Esta oportuna alternativa, que como ha quedado expuesto conllevaría la reducción de pena establecida para aquellos eventos en el que el trámite se formalice en la fase sumarial, obviamente constituía un idóneo mecanismo para subsanar el yerro aducido por la defensa en sustento de la insistente

petición de nulidad del proceso, y da al traste, por ende, con tan infundada pretensión.

Del examen del expediente se evidencia que tanto el procesado como su defensor, habiendo sido enterados en debida forma de la citada providencia, omitieron voluntariamente acogerse a tan benigna alternativa de solución, formulada en aras de la preservación de lo actuado a través de la "corrección de actos irregulares", cuando ello sea posible, "respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales", tal como bajo el rango de norma rectora lo establece el artículo 13 del Código de Procedimiento Penal.

De lo expuesto se concluye que la jueza de conocimiento, mediante la citada providencia de 18 de enero de 1995, subsanó lo que en su sentir constituía una irregularidad sustancial derivada del desconocimiento de la oportunidad de terminar anticipadamente el proceso y obtener así una disminución de la tercera parte de la pena, alternativa voluntariamente desestimada por el procesado y su defensor, quienes, insatisfechos con la estrategia defensiva entonces expuesta, ahora pretenden restablecerla en sede casacional, contrariando no sólo la finalidad de este mecanismo de impugnación, sino el régimen de las nulidades, que, inspirado en la prevalencia del derecho sustancial (art. 228 de la Constitución Política), enseña que para invalidar lo actuado no basta la constatación de la irregularidad aducida, sino que además es menester demostrar que por la impropia conducción del proceso, los derechos y garantías de quienes en él intervienen, resultaron conculcados.

Lo contrario equivaldría a entronizar el proceso como un fin en sí mismo y no como un medio a través del cual garantizar el respeto de los derechos fundamentales de quienes en él intervienen.

Así las cosas, por pretenderse la declaratoria de nulidad esgrimiendo como único sustento la existencia de una irregularidad oportunamente subsanada y por ende intrascendente frente a la vulneración de las garantías de los sujetos procesales, el reproche carece de fundamento, y acarrea la improsperidad del cargo.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia ameritada.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

INVESTIGACION INTEGRAL

El funcionario judicial habrá de preocuparse con igual celo por recaudar o recibir tanto las pruebas que inculpan al procesado como aquellas que le servirían de exculpación. Y como las pruebas son los únicos medios viables para construir la acusación en un sistema procesal penal regido por el principio de presunción de inocencia, como el colombiano, se tiene que los obstáculos que en ese sentido se pongan al procesado afectarían notoriamente el equilibrio de las partes en el proceso, la contradicción y la defensa, que son tres pilares del debido proceso y, por ende, factores que tocan con la regularidad del procedimiento y no con un mero error de apreciación.

Así pues, el desconocimiento del artículo 333 del C. de P. P. ocurriría, verbigracia, por soslayar la búsqueda de las pruebas tendientes a confirmar la coartada del procesado; o por negar arbitrariamente la práctica de algunos medios de convicción pertinentes o conducentes que apunten al ejercicio racional de la defensa. Se trata de desvíos intolerables en la conformación del madéramen probatorio, no de vacíos o inconsistencias en su valoración.

Precisamente, en razón de la importancia del principio de investigación integral en el equilibrio procesal y en la objetividad de las autoridades judiciales, los reproches en dicha materia deben hacerse por la vía de la nulidad (causal 3ª) y no como simples yerros en la aplicación del derecho (causal 1ª).

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

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

Aprobado Acta No. 143 Proceso No. 10757

VISTOS

Se ha dispensado el trámite regular al recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Pedro José Castro Ortega, en relación con la

sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, fechada el 13 de diciembre de 1994, por medio de la cual le impuso a él y al coprocesado William Enrique Jaimes, individualmente, la pena principal de 55 años de prisión, como coautores de un concurso de dos delitos de homicidio agravado y hurto calificado-agravado.

También el procesado William Enrique Jaimes había propuesto el recurso extraordinario, pero como su defensor no presentó la demanda dentro del término legal, la Corte lo declaró desierto en auto del 24 de agosto de 1995 (cuaderno de la Corte, fs. 3).

Hechos

El día 20 de noviembre de 1993, aproximadamente a las 9 de la mañana, el señor Miguel Roberto Villamizar Rodríguez se encontraba en la calle 23 con la avenida 16, parte alta del barrio Alfonso López de la ciudad de Cúcuta, acompañado de su hijo Emerson Villamizar Vargas, dedicados ambos a la habitual tarea de repartición de productos de la compañía Coca-Cola en un camión 600, marca Dodge, de placas AK-9348, distinguido con los emblemas de dicha empresa. A la hora indicada, dos individuos se acercaron al señor Villamizar Rodríguez, quien se había apeado del vehículo y estaba en la parte trasera, con el fin de despojarlo de sus pertenencias, uno de ellos le arrebató la cadena y, cuando el agredido reaccionó con un revólver, otro de los asaltantes le disparó primero por la espalda y después le incrustó varios proyectiles en distintas regiones del cuerpo, y seguidamente accionó el arma también en contra del joven Villamizar Vargas, cuando éste pretendió responder en defensa de su progenitor agredido. El segundo agresor se llevó consigo el arma de fuego que había esgrimido una de las víctimas.

Padre e hijo fallecieron en el acto, porque el primero recibió múltiples lesiones viscerales y el segundo fue herido en el pulmón izquierdo y la aorta.

Como la policía recibió información oportuna de que uno de los intervinientes en los hechos había sido el individuo William Enrique Jaimes (a. "El Yiyo), reconocido miembro de una de las bandas delincuenciales del sector y quien igualmente resultó herido en el asalto, rápidamente se dispuso la captura del señalado y éste, en diligencia de versión libre, dijo que el arma la había disparado el sujeto "Pedro Castro Herrea", finalmente identificado como Pedro José Castro Ortega, conocido en la zona con el cognomento de "Pedro picapiedra" y también por sus actividades delictivas, quien posteriormente fue capturado.

Actos Procesales Básicos

El mismo día de los hechos se recibió la versión libre al imputado William Enrique Jaimes, por el Fiscal Quinto de la Unidad de Investigación Previa y Permanente de Cúcuta, debidamente asistido por un defensor técnico, y el mismo funcionario ordenó la apertura de instrucción (fs. 7 y 21).

Así dispuesta la instrucción, se recibió indagatoria al imputado William Enrique Jaimes y, por medio de resolución del 28 de noviembre de 1993, el fiscal dictó medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, por los delitos de homicidio agravado y hurto calificado-agravado, conforme con lo dispuesto en los artículos 323, 324-2, 350-1 y 351-10 del Código Penal (fs. 60 y 94).

El día 7 de diciembre de 1993, fue retenido el individuo Pedro José Castro Ortega, se le oyó en indagatoria y, según resolución del 14 de diciembre siguiente, la Fiscalía dictó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, como coautor de los hechos punibles de homicidio, hurto calificado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 138, 148 y 166).

Cerrada la investigación, el instructor calificó el mérito del sumario en la resolución del 24 de febrero de 1994, según la cual los sindicados fueron acusados por dos delitos de homicidio, agravados por haber sido cometidos para facilitar o consumar el atentado patrimonial y poniendo a la víctima en estado de indefensión, conforme con los artículos 323 y 324, numerales 2° y 7° del Código Penal; otro de hurto calificado por la violencia y agravado por haberse consumado en lugar solitario, mediante arrebatamiento y por dos personas que acordaron previamente su comisión, de acuerdo con los artículos 350-1 y 351, numerales 9 y 10 del mismo estatuto; y el tercero, como porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, en atención a las disposiciones del artículo 201 ídem (fs. 312 y 328).

Apelada la resolución acusatoria, la Unidad de Fiscalía de segunda instancia la confirmó en la providencia del 6 de abril de 1994 (fs. 400).

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Cúcuta asumió el conocimiento de la siguiente fase procesal, dispuso entonces el traslado para preparar audiencia y ordenó algunas pruebas (fs. 412, 413 y 493). La audiencia pública se cumplió en varias sesiones (fs. 543, 545, 571 y 601).

El 30 de septiembre de 1994, se produjo la sentencia condenatoria de primer grado, por medio de la cual el juez impuso a cada uno de los acusados la pena principal de sesenta (60) años de prisión, como coautores de los delitos de homicidio agravado y hurto calificado-agravado; además, les irrogó la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de diez (10) años, y también declaró la obligación que tenían los dos de pagar el equivalente en moneda nacional a 2.500 gramos de oro, por concepto de daños materiales y morales ocasionados. En la misma decisión, el juzgado absolvió a los dos enjuiciados por el delito de porte ilegal de arma de fuego, pues no advirtió prueba suficiente para condenarlos por tal hecho punible (fs. 620-653).

Apelado el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Cúcuta lo confirmó en decisión del 13 de diciembre de 1994, pero lo modificó en cuanto a que la pena principal sería de cincuenta y cinco (55) años de prisión, en lugar de los sesenta (60) que habían sido impuestos (cuaderno tribunal, fs. 9-29).

RESUMEN DE LA DEMANDA

El defensor del procesado Pedro José Castro Ortega ha escogido la causal primera de casación, prevista en el numeral 1º del artículo 220 del C. de P. P., porque piensa que la sentencia impugnada es abiertamente violatoria de una norma de derecho sustancial.

En efecto, argumenta el censor, el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal exige certeza de la ocurrencia del hecho punible y de la responsabilidad del acusado y, si bien se cumple la primera parte del precepto, no ocurre lo mismo con la segunda, pues, según su criterio, existen los siguientes inconvenientes:

a. La prueba incriminatoria central en contra de su defendido la constituye el relato del coprocesado William Enrique Jaimes, quien se refirió a un "Pedro Herrera", sin embargo de lo cual la Fiscalía, "por sustracción de materia" y por el conocimiento de anteriores investigaciones relacionadas con hechos en los que los dos procesados habían actuado juntos, llegó a la conclusión de que aquel personaje era el mismo "Pedro José Castro Ortega".

Dice el actor que la judicatura atendió la versión de la señora Durby Olarte, quien apenas confirma lo del apodo "Pedro picapiedra" que se atribuye a su defendido, pero en manera alguna se refiere a que el procesado haya participado en los hechos. Además, en actitud contraria, la sentencia no hace caso del testimonio de Juan Carlos Ovalle, quien sí aporta luces sobre los verdaderos autores del doble homicidio, razón por la cual la defensa siempre ha argumentado que no existe equidad en la valoración de las pruebas y, como consecuencia, que se nota un marcado desconocimiento del artículo 333 del Código de Procedimiento Penal.

b. El Tribunal Superior ha calificado como "preparados" los testimonios de los empleadores del procesado, por la coincidencia del supuesto trabajo con la fecha de los acontecimientos, pero era deber de la judicatura hacer uso de los cuerpos de investigación para confirmar la veracidad de tales dichos, y no hacer una deducción simple, pura y empírica que se le ocurrió al juzgador para tacharlos de parcialidad.

c. Igual actitud se asumió frente al testimonio de Víctor Julio Guarín, calificándolo de acomodaticio y gratuito, cuando el testigo compareció en la fase del juzgamiento por orden de la juez, a petición del Ministerio Público, y en tal oportunidad, si bien es cierto que el testigo confirma la huida del sujeto conocido como "Yiyo", inmediatamente después del hecho sangriento, en ningún aparte de su declaración asegura que su acompañante en esa ocasión fuera el procesado Castro Ortega.

d. Cualquiera que sea el nombre que se le quiera atribuir a su defendido, lo cierto es que el coprocesado William Enrique Jaimes se refirió a "Pedro Castro Herrera", y, aunque éste evidenció alguna confusión posterior, ello por sí solo no constituye indicio de que aquél haya participado en los delitos,

máxime que la defensa aportó un certificado judicial en la audiencia pública, según el cual sí existió el personaje Pedro Castro Herrera, precisamente un tío ya fallecido del sindicado Jaimes, a pesar de lo cual el acta de la vista pública no cita nada al respecto, siendo que todo fue expuesto por él en el debate para demostrar de dónde venía la confusión de William Enrique Jaimes.

e. Otro aspecto probatorio de vital importancia es la delación que hizo William Enrique Jaimes en la audiencia pública, que antes había hecho en el trámite de beneficios que dirigió una fiscal delegada ante el Tribunal, según la cual sus verdaderos acompañantes en los hechos delictuosos fueron Wilson Jurado y Juan Medina, manifestación que los jueces no quisieron entender como el deseo del delator de llegar a la verdad histórica y procesal y vincular a los verdaderos autores del homicidio.

f. Estima la defensa que no podían valorarse versiones tales como la de Francisco Tarazona, inadmisible porque es un testigo de oídas, a quien se le creyó lo de la participación en los hechos del individuo "alias picapiedra", pero, a la par, ninguna importancia se le dio a su señalamiento de que "fueron varios los autores", lo cual significa una vez más que para el Tribunal es "letra muerta" el contenido del artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, pues únicamente ha valorado aquello que agrava la situación del procesado mas no lo que atenúa su responsabilidad.

g. El recurrente plantea como petición especial de su demanda el que se ponga en conocimiento la decisión sobre el trámite de beneficios por colaboración, rito al que se acogió el sentenciado William Enrique Jaimes, ya que de dicho resultado depende la suerte de su protegido, dado que él siempre se ha mostrado ajeno e inocente de los cargos endilgados por el delito de homicidio, situación que sólo podrá corroborar o desvirtuar la mencionada resolución.

Concluye el actor que la Corte debe darle trámite a su demanda, por estar ella ajustada a derecho, con el fin de que, con fundamento en una sana crítica, determine la congruencia entre los hechos investigados y la conducta desplegada por su defendido, en relación con los medios probatorios recaudados, en especial de acuerdo con lo establecido en el artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, pues, sin duda, después de ese examen ordenará la revocatoria de la decisión cuestionada.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal (E) solicita a la Corte que no case la sentencia impugnada y expone los siguientes argumentos:

La Corte ha reiterado que las violaciones al artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el precepto atañe a la investigación tanto de lo favorable como de lo desfavorable al procesado, deben atacarse por la causal tercera de casación, esto es, la nulidad, ya que se trata de situaciones en las que se afectan los derechos de contradicción y de defensa.

Así pues, el reproche de que no ha existido equidad en la valoración de las pruebas, o que no se ha valorado lo favorable y lo desfavorable al sindicado, mal puede plantearse como transgresión a la citada norma.

Ninguna relación tiene con la posible violación del artículo 333, verbigracia, la petición de que se descarten las pruebas trasladadas y, en general, todas aquellas cuya potencialidad consistió en señalar a Pedro José Castro Ortega como ejecutor material del hecho investigado, o el hecho de que las mismas no concretaran una incriminación real contra el procesado, ni el desconocimiento judicial de la "delación".

De igual manera, la invocación de la causal primera de casación se hace sin el menor rigor técnico, porque en la demanda no aparece demostrado error alguno referente al contenido material de las pruebas o a su aducción al proceso, sino que el actor exhibe "una clara, entendible y convencional oposición a lo que de las pruebas dedujo el sentenciador en el sentido (sic) que el procesado se trataba de la persona autora del hecho, restando del todo la fuerza a la hipótesis de la defensa que era otra persona a la que se refirió Jaimes al principio".

Aduce el Procurador que el Tribunal no hizo inferencias peregrinas, pues, por una multiplicidad de factores contenidos en las pruebas, llegó al convencimiento de que el procesado era el cotidiano acompañante de William Enrique Jaimes en las reprobables tareas delictivas, a pesar de la confusión que éste quiso introducir en los nombres de dicho coimputado.

Algunos pasajes de la sentencia ponen en evidencia el conocimiento anterior entre Jaimes y Castro Ortega; el sentenciador correlacionó los comportamientos delictivos comunes de los procesados (este y otro referente al hurto de una moto), donde recíprocamente se involucraron y a la vez cada uno negó su participación en los hechos; hizo eco de la similar modalidad de ambos episodios en los que se utiliza arma de fuego para intimidar a las víctimas; y destacó la coincidencia de las características físicas que suministró Jaimes como las de su compañero de andanzas, todo lo cual le indica al Delegado que el Tribunal, a través de la persuasión racional y la sana crítica, consideró que el vinculado era efectivamente el sujeto al que se refería el deponente.

De modo que, según lo advierte el Procurador, el demandante pretende destronar sin razón las conclusiones del Tribunal, pero ni siquiera remotamente deja ver cómo es que fueron motivo de error los testimonios de Víctor Julio Guarín, Francisco Tarazona, Juan Carlos Ovalle y Durby Olarte, al igual que la diligencia en la cual el procesado Jaimes hace la imputación en contra de su habitual compañero de fechorías.

Los medios de prueba cuya valoración adecuada echa de menos el censor, sin haber sido indiferentes para el Tribunal, no le merecieron credibilidad ante la contundencia de lo ya expuesto, pues estimó que con ellos más bien trataba de desviarse el curso del proceso, pues, mientras no pudo establecer-

se la existencia de los sujetos que al final fueron señalados como "los verdaderos participantes en los hechos", sí se determinó todo lo dicho respecto de Castro Ortega.

Por otro lado, es incorrecta la sugerencia de una intervención en punto a hacer valer la "delación" hecha por William Enrique Jaimes, pues dicha figura jamás tomó cuerpo en este proceso, dado que para el Tribunal la variación del relato inicial de Jaimes sólo era una maniobra para tratar de confundir a la judicatura, ya que existían suficientes e idóneos elementos de juicio que mostraban la autoría del sujeto mencionado en los hechos investigados.

"Epílogo de lo estudiado es que el juez obró con lógica ya que ante las pruebas que comprometían a Castro, descartó de plano la veracidad de la coartada y así pudo confeccionar sólidamente la sentencia sin que el casacionista mencionara la totalidad de aquellas, cuando ha debido hacerlo para demostrar la trascendencia del cargo indebidamente planteado".

Como la sentencia está precedida de acierto y legalidad, el Procurador concluye que el cargo no puede prosperar.

Consideración de la Corte

Parece que el actor propende por la demostración de un error in iudicando, que es el referido a la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho, cuando sugiere que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, dado que si bien se había determinado la certeza de la ocurrencia de los hechos punibles, no existía igual grado de convicción sobre la responsabilidad del acusado Pedro José Castro Ortega.

Lo primero que debe advertirse es la insuficiencia técnica del argumento, porque el artículo 247 del C. de P. P. es apenas una norma instrumental, no sustancial, en la medida que dentro del sistema procesal penal aparece como el medio único para alcanzar la aplicación de preceptos materiales, que en este caso serían los referidos a la sanción de los delitos de homicidio, hurto y porte ilegal de arma de fuego (C. P., arts. 323, 324, 349, 350 y 201). Así entonces, estas últimas disposiciones debieron citarse como preceptos sustanciales violados, obviamente en el sentido de que podrían haberse aplicado indebidamente.

De otro lado, los siete reparos que enuncia el impugnante, en sentido general, son simples emulaciones de la valoración de la prueba que hizo el Tribunal en la sentencia atacada, pero en parte alguna señala el memorial protuberantes errores de hecho o de derecho que justifiquen la revisión de los fallos de instancia que, como bien lo anota el Procurador Delegado, llegan a esta sede extraordinaria dotados de la presunción de acierto y legalidad.

En consideración a ese cúmulo de observaciones probatorias que hizo el censor, fácilmente puede leerse que su opción más lógica sería por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, pero, se repite, por el carácter marcadamente institucional de la administración de justicia, las discusiones

probatorias y jurídicas no pueden ser indefinidas, razón por la cual lo hecho en los fallos de grado sólo puede desconocerse o revisarse merced a la constatación de errores manifiestos que en manera alguna ha mostrado el impugnante en la demanda.

El censor trata de asomarse a la vía correcta cuando, en el literal d de sus inquietudes, señala que se ha menospreciado un certificado judicial que él supuestamente aportó en el debate de audiencia pública, argumento que sugiere entonces la incursión en un falso juicio de existencia, pues con tal documento podría apreciarse la realidad del personaje "Pedro Castro Herrera", un tío fallecido del procesado William Enrique Jaimes, como aspecto que de tal manera justificaba la buena fe de éste en la confusión al indicar los apellidos de su acompañante en los hechos. Sin embargo, el actor no ha demostrado la trascendencia de ese dato en el sentido del fallo, pues bien se sabe que, aun sin él, la certeza y la condena fueron afirmadas por el Tribunal.

Es igualmente desfasada la recurrencia del impugnante al texto del artículo 333 del Código de Procedimiento Penal, precepto según el cual rige en el procedimiento penal colombiano el axioma de la investigación integral, pues *el funcionario judicial habrá de preocuparse con igual celo por recaudar o recibir tanto las pruebas que inculpan al procesado como aquellas que le servirían de exculpación. Y como las pruebas son los únicos medios viables para construir la acusación en un sistema procesal penal regido por el principio de presunción de inocencia, como el Colombiano, se tiene que los obstáculos que en ese sentido se pongan al procesado afectarían notoriamente el equilibrio de las partes en el proceso, la contradicción y la defensa, que son tres pilares del debido proceso y, por ende, factores que tocan con la regularidad del procedimiento y no con un mero error de apreciación.*

Así pues, el desconocimiento del artículo 333 del C. de P. P. ocurriría, verbigracia, por soslayar la búsqueda de las pruebas tendientes a confirmar la coartada del procesado; o por negar arbitrariamente la práctica de algunos medios de convicción pertinentes o conducentes que apunten al ejercicio racional de la defensa. Se trata de desvíos intolerables en la conformación del maderamen probatorio, no de vacíos o inconsistencias en su valoración.

Precisamente, en razón de la importancia del principio de investigación integral en el equilibrio procesal y en la objetividad de las autoridades judiciales, los reproches en dicha materia deben hacerse por la vía de la nulidad (causal 3ª) y no como simples yerros en la aplicación del derecho (causal 1ª).

Frente a la carencia de presentación técnica de las objeciones en esta sede, las cuales siempre deben canalizarse sólo por los caminos y sentidos indicados en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, sería una largueza inútil contestar uno a uno los reparos sobre valoración probatoria que hizo el impugnante.

Sin embargo, en la medida que la demanda fue admitida en su oportunidad, basten algunas evocaciones de los juicios hechos en la sentencia del

Tribunal, para ver de comprobar que no hubo arbitrariedad en las premisas fácticas y jurídicas del fallo.

Así entonces, sobre el origen claro y voluntario de la imputación al procesado Pedro José Castro Ortega, el fallo expone:

"Como ya se anotó la Policía recibió una llamada telefónica donde se informaba que había un atracador herido y que respondía al nombre de William Jaimes, a quien apodan 'Yiyo' y vivía en el Barrio Pueblo Nuevo, cerca de la Bomba 'La Magdalena', y que el sujeto estaba siendo atendido por una enfermera, y que el otro compinche era un menor de unos diecisiete años que se lo pasaba con él, pistas éstas que dieron oportunidad a la Policía de buscarlo y capturarlo, quien al rendir versión libre señaló a su compañero que resultó ser Pedro Castro Herrera o Pedro Castro Herrea" (fs. 14, cuaderno del Tribunal).

Con el fin de mostrar que el coprocesado William Enrique Jaimes no tenía absolutamente ninguna duda sobre la identidad nominal de su compañero de asalto, y que las retractaciones o confusiones que trata de introducir posteriormente fueron maliciosas o deliberadas, después de saber que el señalado había sido capturado, el juzgador enseña:

"Otro aspecto importante que señala el conocimiento claro que tiene William Enrique Jaimes de la persona de Castro Ortega, es que él mismo que primeramente lo menciona con el nombre de Castro Herrera en la indagatoria cuando ésta se desarrollaba, se le olvida que venía señalando a un Castro Herrera y señala lo siguiente, mencionando ya el apellido Ortega, luego de relatar que le permitieron verse con su novia y despedirse: '... Después me dijo mi teniente que lo llevara a la casa de-onde (sic) Pedro José Castro Ortega y yo lo llevé a la tienda donde él me había dicho, eran como las diez y media de la noche, miraron en la tienda que estaba cerrada y después pasamos por el parque dando a ver si estaba Pedro Castro Herrera...".

"Obsérvese que al final vuelve y menciona a Pedro Castro Herrera y no Ortega como lo había hecho en el mismo relato, lo que indica que el procesado al mencionar a Pedro José Castro Ortega como ya se ve que lo hizo, simplemente no equivocó el verdadero nombre de su compañero de delito y es por ello que el Fiscal le pide aclaración de por qué primero menciona un apellido Herrera y después un Ortega, respondiendo: '... No, Ortega no, Ortega pero mi nona...', debiéndose de observar que en ese momento y frente a lo que se investigaba, nada tenía que ver su nona y menos en relación con la pregunta, pero sí dice al preguntársele por qué conocía los nombres y los apellidos de su compañero, que los sabía porque '... él me los había dicho, en el tiempo que estuvo ajuntado con él...', lo que indica que sí se conocían y que se sabían los nombres, sucediendo que al relatar los hechos, quiso cambiarle un apellido precisamente para hacia el futuro crear confusión sobre esos nombres y así pensar, como lo piensa el procesado Castro Ortega, que va a lograr confundir a la Justicia" (fs. 18 y 19).

"También coinciden las características físicas que señala el procesado William como las de su compañero, con las de Castro Ortega; y se conocen por la novia a quienes ellos mismos mencionan e inclusive el propio novio en plena indagatoria le pregunta a su abogado cuál es la dirección, y en su propia indagatoria el procesado William Jaimes menciona con gran claridad el verdadero nombre de su compinche cuando dice que el teniente le dijo que lo llevara a la casa de Pedro Castro Ortega, nombre que no conocía el teniente, pero que sí conocía el procesado, y es por ello que sin querer, se le olvida que venía mencionando a un Castro Herrera y resultó nombrando al verdadero Castro Ortega" (fs. 20).

En relación con otros medios de convicción o datos que confirman inequívocamente el señalamiento de Pedro José Castro Ortega, como uno de los autores de los execrables crímenes, el Tribunal reflexiona:

" Es tal el afán de sacar avante la coartada de Castro Ortega, que no se ha mirado que pueden verse involucrados en tan criticable delito, personas inocentes, cuando en realidad de verdad Pedro Castro Ortega es conocido como un individuo de malos antecedentes, como lo señala la señora Durby Olarte, quien indica que a Pedro Castro Ortega se le conoce por el apodo de 'Picapiedra' y que tiene fama de malo porque comentan que roba, y que en el Barrio no existe otra persona con ese nombre, ni con el de Herrera, pero que sí conoce a un muchacho que se llama José Castro, de buenos antecedentes, trabajador, y describe a este muchacho cuyas características no coinciden en nada con las de Castro Ortega, aquí procesado.

"El alias del aquí encartado, que anotamos fue mencionado por Durby Ortega, también es mencionado por Francisco Tarazona, quien da cuenta en su declaración que ha escuchado en el Barrio que entre los que participaron en el hurto y el homicidio, fueron alias 'El Yiyo', o sea William Enrique Jaimes, alias 'El Popo', alias 'El Manteco' y alias 'Picapiedra', que es el mismo Castro Ortega, al igual que lo hacen por comentarios que escucharon, la viuda y la madre de la víctima, quienes señalan que escucharon que Pedro 'Picapiedra' había participado en los hechos, alias que niega el procesado tener, pero que si se mira con detenimiento, el alias de 'Picapiedra' es propicio para un sujeto llamado Pedro, habida consideración que el 'Picapiedra' viene de las tiras cómicas, donde aparece el personaje de Pedro Picapiedra" (fs. 21).

Y para denotar que sí hubo imparcialidad en el examen probatorio, así no se haya caído en las pretensiones de desvío ensayadas por la defensa, la sentencia se ocupa de los testimonios de los esposos Lucrecia Ibero Herrera y Jorge Jaime Ortega Ortega, familiares del acusado, según los cuales éste para el día de los hechos estaba trabajando con ellos en su taller de zapatería. Después de un juicioso examen crítico, el Tribunal desecha estos testimonios como prueba seria de desincriminación, ordena que se investigue a los supuestos testigos por faltar a la verdad, y señala falencias como la siguiente:

"Respecto de la señora Lucrecia Ibero Herrera, ésta manifiesta que vino a declarar '... o sea para, sobre Pedro, sobre Pedro Castro...' y agrega que ella

sabe que a él lo están acusando no sabe de qué, y 'él estaba trabajando con nosotros...', lo que indica que la testigo había hablado ya sobre el hecho a declarar en el sentido de decir que él fuere lo que fuere por lo que se le estaba acusando, estaba trabajando, surgiendo el interrogante de si no sabe de qué lo están acusando, tampoco tenía por qué saber cuándo sucedió aquello de lo que lo están acusando, y sin embargo señala que 'él estaba trabajando con nosotros', lo que viene a indicar que se trata de una testigo preparada en el sentido de decir simplemente que el procesado estaba trabajando, no importa qué día y a qué hora" (fs. 22).

Nada de irracional se advierte en el examen probatorio de la sentencia, como para intuir que el absurdo justificaría la revisión extraordinaria por un supuesto falso juicio de identidad en la valoración de la prueba. Por el contrario, las premisas y conclusiones de apreciación probatoria gozan de una racionalidad práctica, porque son consistentes en la medida que no contradicen la información fáctica disponible; contienen igualmente coherencia normativa y narrativa porque las inferencias se ajustan a los principios y leyes generalmente aceptadas que rigen en el mundo fenoménico (y no se refieren a nada exótico); y finalmente, porque tienen el toque de la justicia formal, dado que en sentido similar ha resuelto la judicatura casos de igual modus operandi, sin perjuicio de las trazas que los individualizan y concitan otras consecuencias.

Frente a una decisión racional como la que se ha enfrentado en este recurso extraordinario, los cargos presentados aparecen como frágiles e insubstanciales oposiciones, apenas explicables y comprensibles, según lo señala el Procurador, en razón de la humana tendencia a confrontar convencionalmente las inferencias del juzgador, sobre todo en causas de tanta gravedad como la que se examina. Se desestimarán las censuras.

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.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

Cuando se acude al error de hecho surgido de un falso juicio de identidad, el casacionista tiene la obligación de demostrar la distorsión en que ha incurrido el juzgador frente a la prueba, bien porque le ha quitado o le ha agregado algo, bien porque la ha parcelado o sectorizado.

Si el censor quiere problematizar la sana crítica, tiene que probar que en la sentencia se ha alejado de las normas que rigen la corrección del pensamiento humano, es decir, que ostensible, abrupta y manifiestamente se ha apartado de la recta razón sustentada en la lógica, en la ciencia y en la experiencia común. Esto tampoco lo hizo la impugnante.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 143 Proceso No. 11068

Vistos

El Juzgado Penal del Circuito de Girardota (Antioquia), juzgó al señor León Fabio Ospina Meneses por los delitos de homicidio agravado, en grado de tentativa, y porte ilegal de armas. En sentencia del 22 de marzo de 1995 lo declaró responsable y le impuso prisión de 20 años y 3 meses, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por 10 años y el pago de 200 gramos oro, a título de perjuicios materiales, y de 500 gramos oro por daños morales. Simultáneamente, le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El señor León Fabio Ospina Meneses apeló y su defensora sustentó el recurso.

El 20 de junio de 1995, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia, aclarando que la condena al pago de perjuicios era en favor del ofendido Juan Jaime Cadavid Londoño.

El señor Ospina Meneses "apeló", el *ad quem* entendió que interponía casación, y la defensora presentó la demanda correspondiente.

Ahora, la Corte se pronuncia sobre el recurso extraordinario.

HECHOS

El 8 de febrero de 1994, como a las 8.00 o 9.00 p.m., Juan Jaime Cadavid Londoño, por mandato de su señora madre, se dirigió a la tienda La Avenida, del Barrio Montecarlo de Girardota (Ant.), a comprar unas gaseosas. En la esquina contigua se encontró a León Fabio Ospina Meneses y tras saludarlo ingresó al establecimiento, donde fue atendido por Carlos Julián Usuga. Cuando éste se disponía a despacharlo, aquél le disparó desde la puerta, hiriéndolo en la región occipital, el rostro y la mano derecha. Cadavid apenas alcanzó a decir "no me matés", "no me matés", y al ingresar al interior de la tienda, desde donde fue trasladado al hospital local para recibir atención médica. Se le fijó una incapacidad definitiva de 35 días.

ACTUACIÓN PROCESAL

Doña Ana Cecilia Londoño Arias, madre del agredido, formuló denuncia. Por ello, el 11 de febrero de 1994, la Unidad Unica de Fiscalía inició investigación previa, practicó algunas diligencias y el 23 de marzo del mismo año abrió la investigación.

León Fabio Ospina Meneses fue capturado, oído en indagatoria y, luego, pasible de detención preventiva bajo imputación de homicidio en grado de tentativa agotada.

El 17 de mayo de 1994, ante solicitud de la defensa y teniendo en cuenta que la nueva prueba recepcionada hacía dudar de la identidad del agresor, la Fiscalía revocó la medida detentiva, dispuso la libertad de Ospina Meneses y prosiguió la instrucción.

La investigación fue cerrada el 25 de agosto de 1994, y el 16 de septiembre seguido el instructor lo acusó por concurso entre homicidio tentado y porte ilegal de armas de defensa personal, reactivó la vigencia de la detención, revocó la libertad y ordenó la captura.

El mismo día de la acusación, fue notificado el Personero. El 24 de septiembre de 1994 se hizo lo mismo con León Fabio Ospina Meneses, de nuevo capturado, y luego de dos renuncias a la gestión encomendada por parte de la defensa, se le notificó a la última defensora el 14 de octubre de 1994. Y el 24 de octubre del mismo año, la Fiscalía declaró ejecutoriada la resolución de acusación.

Correspondió el juicio al Juzgado Penal del Circuito de Girardota. Practicadas varias diligencias y la audiencia pública, fueron producidas las sentencias ya reseñadas.

LA DEMANDA

La defensora acude a la causal primera de casación. "...violación de la norma sustancial por errónea apreciación de la prueba".

Cuando anota lo correspondiente al "fundamento de la causal", escribe:

"Al dictar sentencia el *ad quem* incurrió en indevida (sic) aplicación del artículo 323 C. P. en consonancia con el art. 22 *ibidem*. Esto gracias a un falso juicio de identidad surgido al desfigurar el contenido material de un medio de convicción como lo era la prueba testimonial obrante a los folios 37, 36, 55 y 56".

Posteriormente, ya casi terminando su memorial y luego de referirse a varios testimonios, agrega:

"Erró entonces el fallador de segunda instancia al aplicarle al procesado el artículo 323 C. P., modificado por la Ley 4ª de 1993, en su modalidad tentada. A tal decisión se llegó gracias a la arbitraria e ilegal apreciación de la prueba testimonial obrante a folios 36, 37, 55 y 56, dejando de lado los criterios de sana crítica que impone el art. 294 C. P. P., así como lo prescrito por el art. 254 *ibidem*, que le ordena apreciar la prueba en su conjunto, a la luz de la sana crítica y exponiendo en forma razonada el mérito (sic) asignado a cada prueba. De haberse cumplido con dichos mandatos legales, necesariamente se hubiera llegado a una sentencia absolutoria al probarse la inocencia del acusado. Cuando menos, la segunda instancia erró respecto de la apreciación de medios de convicción que generan situación de duda, conllevando entonces una violación indirecta de la ley sustancial al no darse aplicación al principio *in dubio pro reo* consagrado por el artículo 445 *ibidem* en consonancia con el art. 247 del estatuto procesal penal. Pues si todos los elementos de juicio aportados para probar la conducta del acusado no alcanzaban a ser suficientes para acreditar su inocencia, mínimamente (sic) sí [sic] se constituyen en graves motivos de duda".

Culmina señalando las "normas infringidas": "Arts. 29 y 30 de la Ley 4ª de 1993 que modifica los arts. 323 y 324 del Código Penal, en armonía (sic) con el art. 22 de este mismo estatuto; arts. 254, 294, 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal".

El resto del escrito es un resumen de las declaraciones que conforman el expediente y unas acotaciones sobre ellas. Del memorial se extracta lo siguiente:

1. Cuatro testimonios, los de la familia Rúa (Fls. 36, 37, 55 y 56), informan que el día y la hora del atentado Ospina Meneses se encontraba en su casa, entre las 7.00 y las 1000, p. m. Siendo así, es imposible afirmar que hubiera sido el agresor de Juan Jaime Cadavid Londoño. El *ad quem*, sin embargo, los desechó y los estimó falsos sin razón valedera, sin fundamentos fácticos ni legales, con lo cual violó el derecho de defensa.

2. El móvil del hecho tampoco fue establecido. Si bien inicialmente se pensó que León Fabio habría querido vengar la muerte del progenitor de un amigo suyo, al momento del fallo el juzgador consideró como motivo que León Fabio habría querido vengar el hurto del que se hizo víctima a un hermano de su patrón. Como tal móvil no fue determinado y ni siquiera se sometió al rigor de la prueba, hubo violación del debido proceso y del derecho de defensa.

3. Juan Jaime Cadavid Londoño ha dicho que su agresor fue León Fabio. Sin embargo, a pesar de ser éste muy conocido en el sector, aquél se refirió solamente a "León". De otra parte, aunquando se dice que muchas personas vieron lo ocurrido, solo fueron llamados a declarar Marcela Zapata Ocampo, Fabián Alonso Isaza Cadavid y Carlos Julián Usuga, quienes afirman que no pudieron identificar al autor de los disparos. Como estas personas no respaldan el dicho de Cadavid en cuanto quién activó el arma, por lo menos se presenta serta duda.

4. Además agrega otras cosas: que en reconocimiento en fila de personas Cadavid identificó a León Fabio, pero ya lo conocía, con antelación; y que el C. T. I. presentó un informe que no cumple los requisitos del artículo 179 del C. de P. P. y que no fue trasladado a las partes, como lo ordena el artículo 280 del mismo estatuto.

El Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere no casar la sentencia recurrida y, por tanto, desestimar la demanda presentada, por las siguientes razones:

1. La alegación centrada en el artículo 29 de la Constitución, violación del debido proceso por atropello al derecho de defensa, es infortunada por su desarrollo superficial y enunciativo, y porque al interior del único cargo incluye violación indirecta de la ley sustancial, con lo cual mezcla las dos formas de transgresión y vulnera el principio de contradicción.

2. La casacionista es desatenta en punto a la integración de la proposición jurídica completa, pues señala como normas infringidas los artículos 29 y 30 de la ley 4a. de 1993, que modificaron los artículos 323 y 324 del código penal, ley que es extraña al derecho penal, lo que da para pensar que seguramente la referencia es a la Ley 40 del mismo año.

3. El cargo consistente en acreditar al Tribunal error de hecho por falso juicio de identidad, que encuentra la censora en la arbitrariedad, la ilegalidad y en la apreciación torcida de las pruebas, no tiene fundamento alguno, toda vez que está soportada en valoraciones de tipo personal guiadas por el ánimo de contraponer su radical criterio al que se estableció en las instancias. No hay, entonces, deformación objetiva de la prueba.

Tras transcribir apartes de los fallos de primera y segunda instancia, para hacer notar lo que allí se advirtió en relación con las declaraciones de varios integrantes de la familia Rúa Ceballos, recuerda que las disquisiciones de corte subjetivo que se hacen en la demanda choca con el carácter teleológico de la casación, que se debe ocupar del estudio de la legalidad del fallo.

4. No se demuestra en la demanda el falso juicio de identidad atribuido al sentenciador, en el sentido de distorsión objetiva y material del contenido de las pruebas señaladas y, de otra parte, se observa diáfanamente que los jueces se ajustaron a los parámetros de la sana crítica en lo atinente a las únicas

directrices que los podía condicionar: la lógica, la ciencia, la experiencia y el sentido común, aspectos que precisamente los condujo a la tacha de unas declaraciones e inclusive a compulsar copias para que se investigara la eventual comisión de delitos.

5. La impugnante quiere confrontar la versión de su defendido con la de la víctima y realza la primera con base en los testimonios de los Rúa Ceballos. LLama la atención el Ministerio Público en cuanto estos fueron desechados en las instancias, por lo cual no es factible acceder a la valoración subjetiva que enseña la actora para consolidar el fenómeno de la duda que pretende

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La sentencia objeto de impugnación no puede ser casada. Estos son los motivos:

1. La impugnante hace un sólo cargo: violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, basado en falso juicio de identidad. Sin embargo, como fue subrayado en el capítulo de esta sentencia destinado a la demanda, también incorpora quejas relacionadas con ruptura del derecho de defensa, del debido proceso, del principio de duda, de la ausencia de requisitos de un informe del C. T. I. (artículo 279 del C. de. P. P., aunque cita el 179) y de la omisión del traslado del mismo informe (artículo 280 *ibidem*). La inconsistencia, entonces, es fatal, como que la recurrente fusiona pretensiones en forma contraria a las exigencias establecidas en casación, concretamente las previstas en los incisos 1° (Nos. 3 y 4) y 2° del artículo 225 del estatuto procesal. No es posible refundir en un mismo cargo una imputación orientada al reconocimiento de un error en la apreciación de la prueba con fundamento en el cuerpo 2° de la causal 1ª de casación, con otra u otras que resultarían dirigidas a causal diferente, por ejemplo la nulidad, es decir, a la causal 3a. de casación. Igualmente, tampoco es lógico y jurídico plantear un cargo y desarrollarlo sobre supuestos de cargos diversos.

2. Cuando se acude al error de hecho surgido de un falso juicio de identidad, el casacionista tiene la obligación de demostrar la distorsión en que ha incurrido el juzgador frente a la prueba, bien porque le ha quitado o le ha agregado algo, bien porque la ha parcelado o sectorizado. Este deber no lo cumplió la señora defensora de Ospina Meneses.

3. Si el censor quiere problematizar la sana crítica, tiene que probar que en la sentencia se ha alejado de las normas que rigen la corrección del pensamiento humano, es decir, que ostensible, abrupta y manifiestamente se ha apartado de la recta razón sustentada en la lógica, en la ciencia y en la experiencia común. Esto tampoco lo hizo la impugnante.

Sobre estos temas, la Sala ha sido reiterativa y nítida. Así, por ejemplo, en casación del 10 de julio de 1996 ha enseñado que para demostrar el falso juicio de identidad, es necesario realizar una comparación objetiva entre el contenido de la prueba y lo manifestado en la sentencia al respecto, en orden

a verificar si en realidad fue alterada, o entre aquella, las reglas de la sana crítica y el fallo, para advertir si las segundas fueron desconocidas de manera flagrante hasta el punto de aceptar lo irreal o inverosímil (M. P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

Para los puntos 2. y 3., dígase que la dama de la defensa en su demanda se limitó a expresar su opinión, trató de enfrentarla con el criterio del juez y, ahora, pretende colocar su posición, y la alternativa, ante la Corte para que ésta escoja. Y como tal tarea no le compete a la Corte por mandato de las reglas inherentes al recurso de casación, el esfuerzo ha resultado infructuoso.

4. El estudio detenido de la sentencia impugnada permite afirmar su correcta construcción, bastante retirada de las observaciones que anhela hacerle la demandante. En efecto, en aproximadamente cinco y media serias páginas de su fallo, con suficiencia en su totalidad plegada al expediente, el Tribunal explica, en detalle, por qué le merece toda credibilidad el testimonio del ofendido, y por qué no le sucede lo mismo con las declaraciones de Gladys Elena Rúa, novia de León Fabio, y de los demás miembros de la familia Rúa Ceballos.

Sobre lo primero, expuso: el ofendido, tan pronto llegó a la tienda, se encontró con el agresor y lo saludó; Cadavid conocía a León Fabio desde antes; Marcela Zapata, desde la distancia, aunque no reconoció a la persona, sí vió a alguien sentado en la esquina, junto a la tienda donde fue herido Cadavid; como éste le alcanzó a pedir al heridor que no lo matara o que no lo hiciera, se infiere que tuvo oportunidad de percibirlo; el reconocimiento de personas, en el cual Juan Jaime Cadavid identificó sin ambages a Ospina Meneses; las palabras del ofendido al Comandante de Policía mientras recibía atención médica: lo había herido un tal León López, información que también dió a sus padres y luego a la justicia. Y, además, incluso el Tribunal se refiere a una especie de retractación de la víctima, originada en las amenazas blandidas por alguien apodado "Manteco", retractación que en nada resiente la prueba analizada.

Sobre lo segundo, sobre las declaraciones de la novia de Ospina Meneses y de los familiares de ella, también se ocupó el Tribunal: no les da credibilidad en razón del vínculo afectivo; de la fidelidad para recordar lo acaecido un día cualquiera, después de casi tres meses, con indicación asombrosa y precisa de horas, lugares, personajes, circunstancias que los hace sospechosos; y por las contradicciones en que incurren sobre varias circunstancias.

De otro lado, del estudio que se hace no resulta ni siquiera un resquicio que permita pensar en tergiversación de la prueba o en dejación de los componentes de la sana crítica. Y la adjetivación que se hace de la sentencia de 2ª instancia es extensiva al fallo que incorpora, es decir, el de la 1a. instancia, también debidamente sustentado.

5. Siendo evidente lo anterior, ante tan tajante afirmación de autoría, le resultaba imposible a la demandante iniciar y proseguir los pasos que implica el ataque a la sentencia por quiebra del principio *in dubio pro reo*: (1) Señalar

la duda. (2) Demostrarla contundentemente. (3) Probar su carácter de ineliminable. Y (4), arribar, en perfecta relación de causalidad, a la infracción del artículo 445 del C. de. P. P.

Bastan las anteriores consideraciones, para que la Sala se abstenga de romper el fallo impugnado.

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

RESUELVE

No casar la sentencia recurrida.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

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.

COMPETENCIA/CONSULTA

El factor de conexidad que hace extensiva la competencia al funcionario de la especialidad la justicia regional para el caso- lo autoriza implícitamente a ejercer su potestad de revisión integral de los fallos de primera instancia dentro de la competencia funcional que le confiera la consulta, que al tenor del artículo 217 del C. de P.P., tal como reiteradamente lo ha sostenido la Corte: "es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del Juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado así sea apelante único".

En la órbita de su competencia funcional derivada de la consulta tenía el Tribunal Nacional la facultad de revisar como juez de segundo grado, todos los aspectos de la sentencia de primera instancia, sin sujeción al límite establecido por la apelación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués,*

Aprobado Acta No.143 Proceso No. 13878

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Nacional el 20 de enero de 1997, mediante la cual, por modificación a de primera instancia condena a Omar Sarmiento Bárcenas a la pena principal de diecinueve años de prisión y a la accesoria correspondiente, en calidad de coautor del delito de homicidio agravado en la persona de Joaquín Emilio Henao.

En la misma providencia se condena a Arnulfo Vargas Sandoval por el concurso de delitos de rebelión y homicidio agravado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A raíz de la entrega del guerrillero del llamado E. L. N. Oscar Pedraza a las autoridades en la ciudad de Bucaramanga una comisión de investigadores de la unidad integrada Policía Judicial Fuerzas Militares se trasladó en septiembre de 1993 a la hacienda "Villa de Leyva" en jurisdicción de Girón con el fin de ubicar el sitio en donde había sido sepultado el cadáver de Joaquín Emilio Henao, taxista comprometido con el Frente 46 de las llamadas Farc, quien había sido muerto por el ELN el 21 de diciembre de 1992. En el sector fue capturado Arnulfo Vargas Sandoval, quien admitió su coparticipación en el homicidio a la vez que señaló a Omar Sarmiento Bárcenas, alias "Maestro" o "Carlos", como el cabecilla guerrillero que ordenó la ejecución del taxista.

A la investigación fueron vinculados varios individuos como copartícipes del crimen, pero el cierre se ordenó parcial por considerarse perfeccionada solo respecto de los dos últimamente mencionados, contra quienes la Fiscalía profirió acusación por el concurso de delitos de rebelión y homicidio agravado por las circunstancias 4, 6 y 7 del artículo 324 del C.P. según resolución del 27 de septiembre de 1994, confirmatoria de la de primera instancia en el mismo sentido (cd. Fisc. y fls. 1 y ss. C. O. 2).

Por los mismos hechos punibles el Juzgado Regional con sede en Cúcuta al que correspondió adelantar el juicio emitió sentencia condenando a Vargas Sandoval a 21 años de prisión que en cuanto al homicidio dosificó incrementando en 2 años la pena mínima, es decir fijándola en 18 años, mientras que a Sarmiento Bárcenas en consideración a que ya había sido condenado por rebelión en otro proceso solo lo condenó por el delito de homicidio. (sent. anticip. cdn. fotocs. Rad. 444, trasladado). Esta sanción fue modificada por el Tribunal Nacional, que al conocer la sentencia de primera instancia la modificó aumentando en un año la pena de prisión tasada por el *a quo* para Sarmiento, y especificó que la sanción de Vargas quedaba distribuida en 19 años de prisión equivalentes a un incremento de un año por cada agravante de este delito, aunque confirmó el total de 21 años impuesto por el Juzgado.

Inconforme con el fallo del Tribunal, Sarmiento Bárcenas interpuso el recurso de casación.

LA DEMANDA

Se compone de dos cargos. Primero.- Causal 1ª del artículo 220 del C. de P. P., cuerpo segundo. La sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial, debido al error de hecho en que incurrió el Tribunal por falta de apreciación de la prueba trasladada de un proceso que cursó en la Fiscalía Regional de Cúcuta contra el mismo sentenciado, en que fue condenado como cómplice por el delito de rebelión. También omitió apreciar los testimonios de Leovigildo Sandoval, José Javier Gil y Magdalena Mazo.

A causa del referido error, la sentencia no analizó "pruebas cruciales" que refutan las aducidas para condenar a Sarmiento y demuestran que éste no

es un rebelde, sino que para la fecha del homicidio del taxista Henao se hallaba "en una parcela de Rionegro, Santander, que el Incora le adjudicó".

Explica que la defensa solicitó el allegamiento del proceso por rebelión y los falladores solamente lo tuvieron en cuenta para eximirlo de aquel delito, en tanto que en lo atinente al homicidio para nada estudiaron la prueba y considera trascendentes los errores de que había porque en ese proceso se había conocido que su cliente era un simple colaborador de la guerrilla y no el jefe subversivo apodado "el maestro", pues este apelativo pertenecía a un individuo de nombre Luis Sanabria, que era quien cumplía las funciones de cabecilla guerrillero dentro del ELN. Si el error no hubiera sido cometido, el Tribunal habría absuelto a Sarmiento por no ser la persona que ordenó la ejecución del occiso en calidad de jefe guerrillero.

Añade que el testimonio de Oscar Pedraza, tenido por el Tribunal como "prueba madre" para imputar el homicidio a Sarmiento habría quedado completamente desvirtuado con el proceso trasladado, porque en éste se halla la primera declaración de Pedraza, en la cual se refiere "al maestro que él conoce, mas no lo identifica como Omar Sarmiento, al contrario, al no reconocerlo ... en fila de personas descarta que sea el maestro" puesto que describe unos rasgos físicos diferentes a los del procesado, y "adicionalmente" otro deponente que declaró en secreto "dice conocer a un tal Luis Sanabria como el apodado "maestro". De otro lado los testimonios ignorados son coincidentes en afirmar que sarmiento no es un subversivo y se hallaba en Rionegro para el día de los hechos materia de la sentencia.

Relaciona como normas violadas los artículos 323 y 324 del C. P. y los 247, 254 y 255 del C. de P. P. así como "la Declaración Universal de los Derechos humanos".

Segundo.- Subsidiario. Causal 1a. cuerpo segundo, artículo 220 del C. de P. P. "El Tribunal Nacional afectó las reglas de la sana crítica al realizar un análisis parcial de las pruebas que escogió desconociendo que debieron apreciarse en conjunto bajo los parámetros de la sana crítica".

Para arribar a la conclusión de que Sarmiento y el individuo apodado "el maestro", responsable del homicidio son la misma persona, el Tribunal tomó de la declaración rendida por Oscar Pedraza el 29 de agosto de 1993 el fragmento de que un tal Omar Bárcenas Sarmiento se apodaba "Carlos o el maestro" y era integrante del frente Capitán Parmenio del ELN y el fragmento de la declaración rendida en este proceso en que dice que Omar Sarmiento participó en el homicidio de Henao, así como dos testimonios secretos y el de Anselmo Fonseca quien afirmó haber conocido a alguien llamado "maestro Luis o maestro Carlos", acomodando la identidad en comentario con el dicho del propio Sarmiento, porque en su indagatoria había admitido "haber trabajado como albañil".

Asegura que el Tribunal no aplicó la sana crítica a la personalidad y el testimonio del coprocesado Pedraza, que es un avezado delincuente "que lle-

va a cuestas horribles crímenes" y rindió su versión "mientras vivió protegido en las instalaciones de la Quinta Brigada", razón por la cual su versión estuvo determinada por el interés de la Fuerza Pública en condenar al que ella señalara, "pues esto -dice- lo enseña la experiencia".

No tuvo en cuenta el Tribunal que los fragmentos de los dos testimonios de Pedraza que consideró se contradicen entre sí; y al no analizar en conjunto "completas y bajo los auspicios de la sana crítica" todas las que analizó para formular el juicio de responsabilidad por el homicidio, "incurrió en error de hecho porque distorsionaron los alcances de las pruebas aducidas, otorgándoles valor probatorio para condenar, que no tienen".

Añade que "lo absurdo no tiene cabida en el derecho" y considera absurdo que el Tribunal hubiera velado por el respeto al principio *non bis in idem* calificando como correcto que el juez de la primera instancia no hubiera impartido condena por el delito de rebelión con fundamento en que por ese delito ya había sido juzgado y tenido como simple colaborador de la guerrilla , sin embargo de lo cual no vaciló en condenarlo por el homicidio pese a estar establecido que el procesado "no es miembro del ELN".

Al desconocer el principio lógico de identidad transgredió la sana crítica el Tribunal y erró al atribuir a su cliente responsabilidad en el homicidio. Considera como normas transgredidas los artículos 323 y 324 del C. P. y el 247 del C. de P. P., así como los 254 y 294 del C.. de P. P.

El Ministerio Público

A ninguno de los cargos de la demanda hace eco el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien sin embargo, considerando que en el Tribunal quebrantó la prohibición de reforma en perjuicio al aumentar en un año el monto de la pena principal para el procesado recurrente, sugiere la casación parcial y oficiosa de la sentencia impugnada.

Desestima el primer cargo por considerarlo concebido sin observancia de la técnica propia del recurso extraordinario, en la medida en que el censor cuestiona parcialmente la apreciación probatoria de soporte de la sentencia dejando en pie las pruebas que no incluye en el reparo, y además, limitándose "a ofrecer en solitario sus propias deducciones" que enfrenta a las del fallador.

Además, tampoco tiene razón en el reclamo porque las pruebas que pregona como ignoradas en el examen probatorio del Tribunal fueron estudiadas, una -el proceso trasladado-, para arribar a conclusión distinta de la del censor, y las otras -los testimonios , en el fallo de la primera instancia "aunque descartando su utilidad exculpatoria", entrando ese estudio a hacer parte del fallo demandado por el principio de integración.

Refiriéndose al segundo cargo, la oposición del Ministerio Público se asienta en que la demanda se convierte en "un ejercicio especulativo" del testimonio de Oscar Pedraza, desarrollado a la manera de un "falso juicio de convicción",

ajeno a esta clase de prueba por la "ausencia de un índice de valores aplicable a la prueba", en el que termina objetando la credibilidad conferida a ese medio dentro del mandato de la crítica racional, sin acreditar los errores de evaluación de que habla.

Finalmente y como reiteración del criterio asumido por esa agencia del Ministerio Público, sugiere el funcionario la casación parcial oficiosa de la sentencia, con el fin de que se revoque el incremento hecho por el Tribunal de un año en la pena de prisión impuesta al procesado recurrente al conocer en apelación de la defensa del fallo de primer grado, pese a estar sometido al grado jurisdiccional de la consulta, pues considera que "la consulta y el recurso de alzada son excluyentes", que no pueden coexistir coetáneamente. Que en presencia del recurso de apelación, la consulta desaparece, por primacía de los interés y actividad del procesado, sobre el motivo de revisión de legalidad que inspira el grado jurisdiccional", y por otra parte "no se presentaba caso de desbordamiento de la legalidad sino de apreciación del *quantum*, como razón de modificación de la dosimetría".

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La demanda de casación carece de vocación de prosperidad; también la sugerencia de casación oficiosa de la Procuraduría Delegada, según lo que adelante se verá.

La demanda cuestiona en su primer cargo la falta de apreciación de la prueba trasladada de un proceso en que Omar Sarmiento fue condenado como cómplice del delito de rebelión, para deducir que esta clase de coparticipación delictual se opone a la de ordenador y coautor, en calidad de cabecilla guerrillero del llamado ELN del homicidio del taxista Joaquín Henao por el cual se le condena en este proceso, porque según dice el censor, con el examen de esas pruebas se habría derrumbado "la prueba madre esbozada por el Tribunal para condenar ..." que lo fue según su sentir, el testimonio de Oscar Pedraza. De este deponente afirma que en el proceso trasladado obra su declaración rendida el 20 de febrero de 1993, ocasión en la que al hablar del individuo apodado "maestro" no lo identificó como Omar Sarmiento y suministró unos rasgos físicos distintos a los de éste, además de que en ese mismo asunto un testigo secreto dice que el tal "maestro" se llama Luis Sanabria.

Pues bien; lo que la sentencia acusada enseña en su detallado estudio probatorio, es que el testimonio del mentado Oscar Pedraza tomado en este proceso -indagatoria (fl. 405 cd. 1), no fue la prueba fundamental o "madre" que llama el casacionista, para condenar a Sarmiento; este mismo testigo había rendido declaración el 13 de agosto de 1993 en una investigación radicada al número 5185 que se incorporó a este proceso (fls. 5-8 cd. 3) que el Tribunal consideró en su estudio probatorio (fl. 28 cd. Tr.); y su dicho, en lo atinente a la identidad del sujeto apodado "maestro", responsable del homicidio del taxista fue confirmado por el Comandante de la 5a. Brigada del Ejército Nacional en oficio del 25 de octubre de 1993, del que habla la sentencia (fl. 28

cd. Tr.); también la identidad del implicado como "el maestro" fue confirmada por el testimonio de Anselmo Fonseca Osma, traído de otra actuación que por los mismos hechos se había iniciado y se trasladó a éste (fls. 130 y 139 cd. 1 y 28 cd. Tr.). De igual manera, este deponente, vinculado como fue al proceso, en su indagatoria que el Tribunal consideró, reiteró la imputación señalando que el "maestro" era un albañil (fls. 432 y 28 cd.). Además de la misma indagatoria de Sarmiento, destacó la sentencia la aceptación de haberse dedicado a ese oficio, notándose cómo la sentencia de primer grado, no glosada en este aspecto por el Tribunal, hizo expresa alusión a la respuesta que en la indagatoria del proceso trasladado de rebelión suministró Sarmiento en el mismo sentido (fl. 341 cd. 3). Finalmente, dos testimonios más acrecentaron el andamiaje probatorio del Tribunal, los rendidos bajo reserva el 6 de julio y el 29 de agosto, ambos de 1993 (fls. 28-29 cd. Tr.); es decir, múltiples fueron las pruebas que el fallador apreció para consolidar su convicción de que Omar Sarmiento y el tal "maestro" responsable del homicidio investigado eran la misma persona.

Por lo demás, no es cierto que la sentencia hubiera ignorado los testimonios de las personas que situaban al procesado por la época de los hechos en "un parcela de Rionegro, Santander, que el Incora le adjudicó", pues el Juzgado regional consignó en sus reflexiones:

"... también se recepcionaron testimonios de personas que dicen que de septiembre a diciembre de 1992 el procesado ... vivió en La Floresta, pero esta circunstancia la desmiente su propio compadre Anselmo cuando sostiene que en varias oportunidades llegó ... a pernoctar ... y a veces pasaba por ahí para una finca incorada" (fls. 345 cd. 3).

Y esos testimonios aludidos por el fallador no son otros que los de los campesinos mencionados por el casacionista.

De cara a esta realidad procesal, lo primero que emerge, es que la prueba trasladada no fue omitida en la sentencia, como sin fundamento lo pregona el censor, sino asumida en su objetiva dimensión, que no puede perderse de vista porque el casacionista no comulgue con el criterio judicial. Su disenso, explicable desde luego dada su postura defensiva, se alza como una oposición meramente especulativa, no como un juicio fundado y eficaz para poner en entredicho la sentencia de segundo grado, que por consiguiente hace desestimable el cargo.

De otro lado, cumple a la Corte recalcar la necesidad de que, cuando se acusa la sentencia por errores de apreciación probatoria cometidos por el fallador, la censura casacional arrase todos y cada uno de los medios de prueba que sirvieron de soporte al fallo que se repula equivocado; porque si, como acontece en este caso en que la objeción al examen de la prueba se limitó a denunciar la omisión apreciativa de un testimonio trasladado, dejando íntegra la evaluación de los otros elementos estudiados y referidos al mismo tema de la prueba ignorada, la demanda será incompleta y por tanto ineficaz al fin propuesto.

Razón de más, para que se declare, como se hará, la improsperidad de este cargo.

Tampoco cuenta con posibilidad de éxito el segundo cargo, que denuncia la no aplicación del principio de la crítica racional por el Tribunal en el examen de las pruebas en que apoyó la decisión de condena.

El reparo básicamente traduce el descontento con el sistema evaluativo aplicado por el sentenciador a la prueba, pero no especifica los errores de diversa índole que hubiera podido cometer al abordar el estudio correspondiente y la Corte pudiera enmendar, en caso demostrado.

Es un glosario de reflexiones adversas a las inferencias probatorias del Tribunal, que busca emparejar el distinguido profesional diciendo que se tomaron determinados apartes de los diversos testimonios para ensamblar la condena, sin puntualizar ni demostrar error alguno. De esta suerte la censura al igual que la precedente, termina convertida en un subjetivo contradecir que no logra horadar el análisis plasmado en la sentencia, ni aún afirmando que dejaron de aplicarse los principios de la crítica racional al testimonio de Oscar Pedraza, porque como el mismo censor lo reconoce, no fue solo esta la prueba que incidió en la decisión acusada.

No prospera el cargo.

Finalmente, y en lo atañedero a la sugerencia de casación oficiosa de la Procuraduría Delegada, aduciendo que la parte acusada fue la única apelante de la sentencia de primer grado, en que se había tasado para Sarmiento una pena inferior a la que el Tribunal le aplicó, con lo que dice, en reiterada discrepancia con el criterio de esta Corte, se le quebrantó la prohibición del artículo 31 constitucional de reforma en perjuicio, explicando que la consulta "funciona en forma residual o supletoria de la ausencia de interposición de recursos" y que "la consulta y el recurso de alzada son excluyentes", observa la Sala que la sentencia impugnada extraordinariamente confirma la de primera instancia condenando al único procesado recurrente en casación solo por el delito de homicidio agravado conforme a los numerales 4, 6 y 7 del artículo 324 del C. P. (fl. 345 c. o. 3), pues por el delito de rebelión ordenó cesarle procedimiento con base en el artículo 9° del C. P., en razón a que este procesado había sido ya juzgado y condenado en otro proceso por ese hecho punible (fls. 332, 346 y 349 c.o.3), mientras que respecto del procesado no recurrente -Vargas Sandoval- la condenación es por el concurso de delitos de rebelión y homicidio agravado (fls. 349 cit y 31 cd. Tr.)

En el caso en estudio, el procesado no recurrente fue juzgado por el concurso de delitos de rebelión y homicidio agravado cometido en esa condición de rebelde; y el recurrente -Sarmiento- por el mismo homicidio solamente, pero porque en otro proceso había sido ya juzgado por la rebelión. El proceso se adelantó por la entonces llamada Justicia Regional en virtud de la competencia establecida en el artículo 89 del C. de P.P. por razón de la conexidad de la rebelión, como se sabe, de su exclusiva competencia.

De esta suerte, proferida sentencia ordinaria de primera instancia y apelada por la parte acusada, el Tribunal Nacional adquirió competencia, tanto en grado de consulta como por virtud de la apelación, para revisar el fallo *a quo*, extendiendo su potestad por efecto de la consulta a redosificar la pena de Sarmiento por el homicidio, para equipararla con la que le señaló al otro procesado por el mismo delito.

El factor de conexidad que hace extensiva la competencia al funcionario de la especialidad -la justicia regional para el caso- lo autoriza implícitamente a ejercer su potestad de revisión integral de los fallos de primera instancia dentro de la competencia funcional que le confiera la consulta, que al tenor del artículo 217 del C. de P.P., tal como reiteradamente lo ha sostenido la Corte: "es un mecanismo imperativo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones adoptadas por el inferior, distinto de la apelación, establecido por motivos de interés público, que se surte por ministerio y en los casos expresamente previstos en la ley, sin que la extensión de ese control quede a discreción de los sujetos procesales, de modo que la competencia del Juez no depende de si una sola o ambas partes apelaron, ya que con apelación o sin ella tiene la facultad de revisar de manera ilimitada y en todos sus aspectos el proveído que se somete a su conocimiento y agravar la situación del procesado así sea apelante único".

En la órbita de su competencia funcional derivada de la consulta tenía el Tribunal Nacional la facultad de revisar como juez de segundo grado, todos los aspectos de la sentencia de primera instancia, sin sujeción al límite establecido por la apelación; por eso actuó correctamente al incrementar la pena de Sarmiento para equipararla sólo en lo atinente al delito de homicidio que a ambos se les imputó- con la del otro implicado, declarado en este proceso rebelde, como aquél lo había sido en el fallo allegado como prueba trasladada.

No desconoció entonces el Tribunal Nacional la prohibición constitucional de *reformatio in pejus* de que habla el Ministerio Público. Consiguientemente no se accederá a su sugerencia casacional.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído y parcialmente 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, Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Maníilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/*IN DUBIO PRO REO*

En materia de casación rigen varios principios inexpugnables, entre ellos, los de autonomía y de no contradicción. De acuerdo con el primero, cada causal de casación debe ser enunciada y desarrollada separadamente, y en virtud del segundo, es permitido aducir cargos excluyentes siempre y cuando sean presentados en forma independiente, aislada, y propuestos de manera subsidiaria.

Si el casacionista pretende el reconocimiento de la duda, no le resulta acertado afirmar simultáneamente que de la prueba pericial, testimonial y de inspección emerge despreveniidamente la no responsabilidad de su defendido frente a los delitos incriminados. Es claro que si bien los dos eventos conducen a la absolución, se trata de hipótesis de trabajo diversas y excluyentes pues si la prueba enseña ausencia de responsabilidad, es porque no existe duda; y si hay duda, es porque no existe certeza sobre la ausencia de responsabilidad.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 143 Proceso No. 13125

VISTOS

El 20 de septiembre de 1996, el juzgado séptimo penal del circuito de Neiva condenó a tres ciudadanos, así:

Jesús Salvador Suaza. Autor de aborto y homicidio culposo, en concurso. Prisión de 3 años, suspensión por 18 meses en el ejercicio de la profesión médica, multa de $1.500; interdicción de derechos y funciones públicas durante 3 años y pago de los daños y perjuicios.

Pedro Pablo Díaz Perdomo. Cómplice de aborto, 6 meses de prisión, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y pago en concreto de los daños y perjuicios.

Guillermo León García. Determinador de aborto, un año de prisión, interdicción por idéntico tiempo y cancelación de daños y perjuicios.

A los tres se les reconoció el derecho a la condena de ejecución condicional.

Apelada la sentencia por el defensor del primero de los mencionados y por el apoderado de la parte civil, el 25 de noviembre de 1996 el Tribunal de Neiva la confirmó, modificando lo relacionado con la indemnización.

La defensa del doctor Jesús Salvador Suaza Moreno interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

Hechos

El 10 de junio de 1993, Enedina Acosta Ospina se hizo presente en el centro médico San Rafael de la ciudad de Neiva en compañía de su novio Guillermo León García, donde fue atendida por los doctores Jesús Salvador Suaza Moreno y Pedro Pablo Díaz; se le practicó un legrado como maniobra abortiva y la paciente fue dada de alta. Regresó al centro médico el 18 de junio siguiente, porque presentaba una sintomatología compleja de alta temperatura y dolor abdominal. Ante ello, fue internada por el doctor Suaza Moreno y sometida a tratamiento; al no responder al mismo, se consultó con el médico especialista Carlos Alberto Celis, quien estimó necesario intervenir quirúrgicamente a la paciente, para cuyo efecto fue trasladada a la Clínica de la Paz. En la cirugía se descubrió que la joven presentaba una perforación uterina, que generó infección generalizada. Posteriormente, falleció debido a un tromboembolismo séptico pulmonar, con foco primario en región pélvica, según se determinó en la necropsia practicada.

Actuación Procesal

El 8 de julio de 1993, Eduardo Ospina Alvarez instauró denuncia por el delito de homicidio en la persona de su hija, Enedina Ospina Valencia. Antes de someter la diligencia a reparto, se ordenó la exhumación y necropsia del cadáver.

El 24 de agosto de 1993, se dispuso adelantar investigación preliminar, con el fin de determinar los posibles autores del delito; se recibieron las declaraciones de Rogelio Pimentel y María Nubia Garzón, citados como testigos de los hechos, así como certificación jurada del doctor José Ignacio Cabrera Méndez. Se obtuvo, también, el resultado de la necropsia.

Con base en las anteriores diligencias, el 14 de septiembre de 1993 se ordenó la apertura de la instrucción. El 29 de septiembre del mismo año se escuchó en indagatoria a Jesús Salvador Suaza, Carlos Alberto Celis Victoria y Pedro Pablo Díaz. Se dispuso el emplazamiento de Guillermo León García y el 9 de noviembre del mismo año se le declaró persona ausente y se le designó defensor de oficio.

El 22 de diciembre de 1993 se resolvió la situación jurídica de Pedro Pablo Díaz y Jesús Salvador Suaza Moreno: detención preventiva con excarcelación, como posibles responsables de aborto y homicidio culposo, en concurso. A León García se le fijó caución prendaria, como posible determinador del delito de aborto. La fiscalía se abstuvo de proferir medida de aseguramiento contra Carlos Alberto Celis Victoria.

El 5 de enero de 1994, se escuchó en indagatoria a Guillermo León García. El 24 de febrero siguiente se declaró cerrada la investigación. Dentro del término legal presentaron escritos precalificatorios la defensora de los procesados Suaza y Díaz, así como el representante de la parte civil.

El 5 de mayo de 1994, se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Jesús Salvador Suaza Moreno y Guillermo León García, el primero como posible responsable del concurso de delitos de aborto y homicidio culposo, y el segundo como determinador del primero de los hechos punibles. Se precluyó la investigación en favor de Pedro Pablo Díaz y Carlos Alberto Celis.

Apelado el auto calificatorio, el 22 de septiembre de 1994 la fiscalía delegada ante el Tribunal Superior confirmó la resolución de acusación contra Suaza Moreno y León García y revocó la preclusión de investigación a favor de Pedro Pablo Díaz, para acusarlo como posible cómplice del delito de aborto.

La etapa del juicio correspondió al juzgado séptimo penal del circuito de Neiva, quien ordenó la práctica de numerosas pruebas y adelantó la diligencia de audiencia pública. Posteriormente, fueron dictadas las sentencias ya señaladas.

La Demanda

Para efectos de dirigirse contra la sentencia del Tribunal de Neiva que al inicio denomina "Tribunal Nacional"-, el defensor acude a un cargo: causal 1ª., cuerpo 2º., violación indirecta de la ley sustancial por múltiples errores de hecho, originados en la valoración de medios probatorios legalmente aportados al proceso. Añade omisiones y tergiversaciones del contenido material de algunas pruebas, generadoras de duda insalvable. Para desarrollar las imputaciones a la sentencia, expone:

1. El Tribunal rechaza la duda, al estimar que solo por la vía de la instrumentación es susceptible el aborto en la gestación. Tal conclusión no es válida pues existen otros medios (químicos, tallos vegetales, sondas, alambres, palos) que también hacen posible la pérdida del producto de la fecundación y pueden desencadenar procesos infecciosos de carácter séptico, aparte de que esos otros medios abortivos igualmente pueden ser utilizados por la misma persona que pretende el aborto.

2. De las pruebas pericial, testimonial y de inspección judicial emerge la posibilidad de la no responsabilidad de Suaza, así como de la mediación de otras personas en la conducta a investigar.

3. Si la sentencia rechaza la duda, es porque no fueron practicadas unas pruebas enunciadas o propuestas. Si hubieran sido decretadas y realizadas, habrían dado certeza para absolver.

4. Han sido violados los artículos 445, 246, 247, 248, 249, 250, 254, 262, 264, 267, 270, 273, 274, 275, 294, 300, 301, 302 y 303, del C. de P. P., y el 29 de la C.N.

5. La sentencia rechaza las dudas a partir de falsos juicios de valoración respecto del contenido de los dictámenes rendidos por medicina legal sobre la exhumación del cadáver, así como al desestimar la posibilidad de que el aborto pueda ser producido por otro medio diverso del instrumental. Mientras tanto, el fallo se encierra en la credibilidad que otorga a los testimonios de oídas de Eduardo Ospina, de Rogelio Pimentel y María Nubia Garzón, a pesar de sus contradicciones, con lo cual desvía el análisis en forma unilateral para hallar penalmente responsable a su defendido, en forma arbitraria.

6. Las premisas fundamentales, principios constitucionales, de la presunción de inocencia, del debido proceso, de la carga de la prueba correspondiente al estado, de la investigación exhaustiva e integral, no fueron tenidas en cuenta durante el proceso; la indagación fue dirigida en forma parcializada; a pesar de existir la oportunidad, se negó la investigación integral, y el fallo adverso del Tribunal fue fruto de un obcecado análisis de los hechos y de la prueba parcialmente recaudada.

7. El testimonio de Amparo Mayorga -transcribe algunos apartes- es una exposición que conserva una sola línea de expresión, sin acomodamientos o predisposiciones, es claro, espontáneo y no se vislumbran en él las incoherencias que le refuta el Tribunal. No obstante, el juzgador admitió por vía de hipótesis sus palabras pero concluye que no tienen trascendencia en el juicio de responsabilidad.

8. Sin explicaciones claras, agrega que se desvalorizó la historia clínica efectuada a Enedina en el centro médico San Rafael, y critica la credibilidad que se negó a unas pruebas y se le otorgó a otras y aduce que no se hizo un análisis imparcial de la prueba.

9. Enedina, en su afán de no concebir el hijo que esperaba, consumió drogas y sustancias abortivas y también debió someterse a manipulación con elementos no esterilizados que le ocasionaron no sólo el aborto y la ruptura del útero, sino la contaminación infecciosa que finalmente se describe como schok séptico. Esto lo extracta el censor de la inspección judicial efectuada al centro médico, según la cual los elementos de uso quirúrgico, el esterilizador tipo autoclave y demás elementos que allí se encontraron, se hallaban en buen estado y cumplían los requisitos para ser utilizados en la práctica de cirugías que podía realizar el centro médico; la prueba constató también la existencia de la legras, incluida la número tres, con la que el médico Suaza manifestó que efectuó el legrado a Enedina el 10 de junio.

10. No se ordenaron las pruebas conducentes para determinar, mediante cultivo, el tipo de bacteria que afectaba a Enedina en vida, como tampoco se hizo este mismo examen microscópico sobre los focos sépticos para establecer qué germen ocasionó su fallecimiento. Pudo ocurrir que la contaminación de Enedina existiera desde el momento en que le provocaron el aborto, o que su contaminación se hubiera producido en la última intervención quirúrgica.

11. De la observación de la necropsia y del criterio del médico ginecólogo consultado en el incidente de objeción al dictamen pericial, se deduce la posibilidad de que la perforación uterina hallada a Enedina no hubiera sido hecha por el médico Suaza al realizar el legrado.

12. Opina que sus asertos encuentran respaldo en las indagatorias de Jesús Salvador Suaza y Guillermo León, y en las declaraciones de Amparo Mayorga y de Sixto Alfonso Páramo, pruebas que el fallador de segunda instancia ni siquiera sometió a consideración a pesar de no haber sido controvertidas (sic). Añade que como a ellas se les puede otorgar credibilidad en favor de su defendido, se da lugar a la duda insalvable.

13. Si el juzgador hubiera atendido y aplicado el contenido de los artículos 354 y 249 del C. de. P. P., habría encontrado numerosas inconsistencias probatorias.

14. Desde su llegada al centro médico, Enedina fue bien atendida. Sin embargo, contribuyó al error en que incurrió el médico tratante, quien creyó que se trataba de infección hepato biliar, cuadro que le presentó en la interconsulta Carlos Alberto Celis, confiando en sus conocimientos y en los síntomas que presentaba la paciente. Agrega que la intervención quirúrgica en el legrado del 10 de junio de 1993 fue efectuada con las debidas seguridades de esterilidad frente a un aborto incompleto.

15. Como hasta la fecha se desconoce el tipo de bacteria que causó el deceso de Enedina, así como cuándo fue manipulada o infectada, lo que se diga acerca del verdadero motivo de la muerte no deja de ser especulación.

16. El juez séptimo estructuró su fallo con base en la plena credibilidad que le dio a las declaraciones de Rogelio Pimentel, María Nubia Garzón, Carlos Alberto Celis, María Inés Valencia y de Eduardo Ospina, mientras que la sentencia de segunda instancia menciona tangencialmente al doctor Carlos Alberto Celis. Esto lleva a pensar que se han cometido errores de hecho sobre este medio probatorio.

17. Posteriormente, el censor se ocupa de indagatorias, testimonios y otros medios de prueba, los resume ampliamente, los critica, cuestiona, compara y hace observaciones al análisis judicial, para estimar a renglón seguido que queda demostrado el cargo propuesto. Adicionalmente, se pregunta cómo la sentencia de segunda instancia, en su lacónico resumen de los hechos y en la más simple de las consideraciones, pretende hacer creer que Suaza es el responsable de los delitos de aborto y homicidio.

18. Y, por último, solicita se case la sentencia y se dicte la de reemplazo, que debe ser de carácter absolutorio, por la duda existente a lo largo de todo el proceso, y que no tuvieron en cuenta los juzgadores.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El representante de la parte civil se opone a las pretensiones de la demanda, por carencia de técnica jurídica y solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada. Reprocha el análisis probatorio de la defensa, realiza el suyo y con fundamento en prueba testimonial, documental e indiciaria concluye en la responsabilidad del doctor Suaza Moreno.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 3°, delegado en lo penal pide no casar la sentencia recurrida, porque el cargo no está llamado a prosperar. En esencia, explica:

1. La demanda cuenta con evidentes fallas técnicas, pues no fundamenta los errores que puede contener la sentencia. El defensor simplemente construye un alegato de instancia para referirse a cada prueba, que analiza y presenta con base en sus propias consideraciones.

2. La demanda es un análisis crítico de todos y cada uno de los medios de prueba, pero no demuestra error alguno en la sentencia impugnada.

3. El cargo aducido tiene una doble dirección: la falta de estimación de algunos medios de prueba y la tergiversación de otros, que conducen a la duda. Si de ello se trataba, el cuerpo de la demanda ha debido dirigirse a demostrar la situación de duda que se desprende del expediente, para luego establecer su carácter de irresoluble, única forma de acreditar que se infringió el contenido del artículo 445 del C. de P. P.

4. En un segundo argumento -al que no se destina un capítulo separado o se le hace objeto de una división formal en el escrito-, el censor aduce que los defectos de apreciación de las pruebas impidieron al juzgador reconocer que existe la posibilidad de que terceras personas distintas del procesado hubieran intervenido en la "conducta irregular". Este planteamiento no liga con la existencia de la duda inicialmente aludida, ni con la infracción de la norma sustancial objeto de la violación.

5. Cuando el demandante alega que el Tribunal rechazó la duda debido a que no se practicaron las pruebas cuyo resultado permitiría absolver al procesado, no menciona ni relaciona la causa y situación de duda con la correlativa infracción a la norma sustancial que estima dejada de aplicar. Sobre este aspecto es necesario puntualizar, además, que el asunto referido debe ser alegado por la causal tercera de casación.

6. Tres son las proposiciones con las que inicia la demanda. Pero ellas no están desarrolladas en el extenso escrito que le sigue.

7. El censor afirma que se cometió un falso juicio de valoración sobre los dictámenes rendidos por el instituto de medicina legal con ocasión de la exhumación del cadáver de Enedina Ospina, pero deja apenas planteada la propuesta, porque a continuación se dedica a analizar otras probanzas que considera más importantes, acotando que muestran la posibilidad de que el estado infeccioso de la víctima hubiera sido producido por causas ajenas a la conducta del procesado, omitiendo destacar cuál fue la concreta estimación que de la prueba enunciada hizo el sentenciador, y por consiguiente, las razones por las cuales se ha de preferir la estimación propuesta en la demanda.

8. El primer ataque se reduce a reclamar mayor credibilidad para unas pruebas en detrimento de la prueba técnica (dictamen pericial), sin hacer patente un error del Tribunal que tenga trascendencia dentro del recurso extraordinario. Yerro adicional, es el ignorar que el valor probatorio de las distintas evidencias procesales no está asignado por la ley, sino que depende de lo que, en su momento, haya considerado prudente el juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el resultado del estudio conjunto de todas las pruebas incorporadas a la investigación.

9. Lo que propone el actor sobre el dictamen pericial no implica, por otra parte, un error por falso juicio de identidad, porque el juzgador no modificó el contenido de dicha prueba -ni el censor se atreve a proponer explícitamente tal cosa -, sino que la apreció como una más de las que permitieron formar su convencimiento, con mayor poder de convicción que otras, ajustándose a su sentido exacto, esto es, que por este aspecto no existe unidad entre el contenido de la prueba y la sentencia.

10. Respecto de la declaración de la señora Mayorga, lo único que hace es enfrentar su convencimiento al del fallador, catalogando de errado al segundo pero sin proporcionar elementos de juicio que permitan sostener que el Tribunal la alteró.

11. En cuanto al proceso de infección y la ruptura del útero, el casacionista lanza una cantidad de hipótesis para explicar las causas de los fenómenos pero no demuestra que alguno de los factores fundamentadores de dichas suposiciones, pueda efectivamente conducir a la muerte de la paciente, ni en qué forma tales posibilidades debían tenerse como probadas, así como tampoco enseña la incidencia en el contenido del fallo impugnado.

12. Cuando se refiere a la historia clínica de la víctima, al testimonio de Sixto Páramo, a otras pruebas y a sus conclusiones sobre el consumo de drogas y sustancias abortivas por parte de la víctima -lo que ciertamente no puede derivarse de prueba testimonial-, se abstiene de demostrar un error trascendente para los aspectos perseguidos en casación y generaliza sus propias suposiciones sin indicar prueba que lo respalde.

13. La posibilidad de que otras personas hubieran sido la causa de la infección y de la subsiguiente muerte, fue descartada por el juzgador por estar acreditado dentro de la actuación que la posible ingestión de sustancias no tenía como efecto la perforación del útero.

14. Los funcionarios judiciales no practicaron pruebas tendientes a demostrar el sometimiento a la manipulación por terceras personas con elementos no esterilizados, porque de acuerdo a las pruebas aportadas a la investigación, consideraron que dicha manipulación fue realizada por el acusado y que el proceso infeccioso de la víctima devino de la perforación de su útero en esa manipulación.

15. La consideración inicial del defensor es que la sentencia del Tribunal rechaza la duda, al estimar que sólo por la vía de la instrumentación es susceptible el aborto en la gestante e introduce en la demanda otras hipótesis en las que se ha podido generar el mismo proceso infeccioso. Sin embargo el hecho que se probó en debida forma, mediante la necropsia y las demás pruebas recaudadas, fue que Enedina presentaba una perforación uterina y murió por shock secundario a ella, es decir, se demostró cuál había sido la causa de la muerte y su atribución al procesado. Que existan otros medios abortivos, no es punto de discusión en la segunda instancia, porque los medicamentos o las hierbas no generan perforación uterina ni la consiguiente infección, razón por la que el Tribunal desestimó otro método abortivo y sólo consideró, para este caso, la instrumentación.

16. El análisis realizado por el Tribunal de todos los medios probatorios existentes en el proceso, le permitieron determinar en forma precisa la responsabilidad de cada uno de los implicados en los hechos investigados. Las mismas pruebas permitieron al Tribunal desechar conclusiones favorables a los intereses del censor partiendo de presupuestos no demostrados, como por ejemplo, que existió manipulación por sondas, alambres o palos, lo que conduciría a afirmar que existe duda sobre la causal de la muerte, y por lo tanto, implicaría resolverla a su favor mediante una sentencia absolutoria. No está probado en el proceso que la víctima se haya sometido a prácticas abortivas como las enunciadas por el actor; se demostró fue la perforación uterina y el shock séptico causa de la muerte, producidos por la actuación de Jesús Suaza.

17. Cuenta el expediente con la necropsia y diferentes dictámenes periciales que determinaron la causa efectiva de la muerte de Enedina Ospina; no puede decirse, entonces, que son meras especulaciones las consignadas en la sentencia de segundo grado. Esta se fundamentó en la prueba legalmente aportada: lo cierto es que la víctima se presentó al centro médico San Rafael, lugar en donde le fue practicada una maniobra abortiva y se le causó una perforación uterina que generó un shock séptico que causó su muerte. Se demostró lo anterior con las pruebas que analizó la sentencia, e incluso las mismas actitudes del procesado, quien no informó sobre su actuación al médico Celis, sino hasta el momento de la operación cuando se descubrió la perforación.

18. Lejos de lo señalado por el casacionista, no se logró la demostración del error que invoca. El escrito de demanda es un típico alegato de instancia, dirigido a lograr una valoración diferente de las pruebas. Las critica, las aprecia y se muestra en desacuerdo con las consideraciones expresadas por el

Tribunal en su sentencia, providencia que en la que no se advierte ninguna tergiversación o cambio de sentido de las mismas.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La sentencia objeto del recurso extraordinario no puede ser casada, por las siguientes razones:

1. La demanda de casación adolece de serios defectos de técnica. En efecto, fundamenta el impugnante el único cargo que formula en la causal primera, cuerpo segundo, cuyo enunciado es del siguiente tenor:

"...Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente".

2. *En materia de casación rigen varios principios inexpugnables, entre ellos, los de autonomía y de no contradicción. De acuerdo con el primero, cada causal de casación debe ser enunciada y desarrollada separadamente, y en virtud del segundo, es permitido aducir cargos excluyentes siempre y cuando sean presentados en forma independiente, aislada, y propuestos de manera subsidiaria.*

En el asunto que nos convoca, a manera de demostración del reproche, el censor se introduce en los terrenos de la causal 3ª., cuando, simultáneamente, afirma que el debido proceso ha sido vulnerado, por la "forma parcializada como se dirigió la investigación", en la que "negligentemente se negó la investigación integral" y porque no se ordenaron unas pruebas.

Con lo anterior, el censor rompe los principios enunciados al iniciar este numeral.

3. En relación con las pruebas que el demandante estima fueron dejadas de practicar, es menester reiterar que no le basta al impugnante reseñar los medios de convicción omitidos, sino que le es imperativo demostrar que las piezas excluidas eran de tal importancia que confrontadas abstractamente con los restantes elementos de juicio, habrían conducido a desmoronar la sentencia recurrida. Este deber no fue cumplido por el casacionista y, por tanto, queda por fuera de alcance la observación del vínculo entre la omisión probatoria, la duda esbozada y la correlativa ruptura de la norma sustancial que se considera abandonada en su aplicación (artículo 445 del C. de. P. P.), como bien lo advierte el Procurador delegado.

4. El censor afirma que los errores de hecho se originaron en "omisiones y tergiversaciones del contenido material de algunas pruebas". Sin embargo, se detiene en la simple manifestación de la idea, sin trascender a su sustancia pues no precisa cuáles fueron los medios de convicción exactamente ignorados ni cuáles los estrictamente tergiversados, como tampoco explica, con fuerza demostrativa capaz de derrumbar, cuál fue la influencia de la preterición y de la distorsión en la sentencia proferida. La demanda se ocupa solamente del cuestionamiento de la credibilidad que se otorgó y de la que no se otorgó a los medios de prueba que obran el expediente.

5. La ley confiere poder discrecional al juzgador para que en ejercicio de sus funciones pueda dar o no credibilidad a la prueba testimonial. El señalamiento de un criterio valorativo diverso, sin más, planteado por un impugnante, entonces, no es suficiente para estructurar un error que permita edificar un cargo en casación.

6. Mientras busca desarrollar y demostrar el cargo que ha insinuado, es decir, error de hecho en la apreciación de las pruebas, falta de estimación de algunas de ellas y tergiversación de otras, el casacionista termina penetrando el ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, que surge cuando en la sentencia se le niega al medio probatorio el valor que le asigna la ley o cuando se le da uno distinto del previsto legalmente. Hacia allí parece orientarse el letrado pues critica el análisis y la valoración jurídica hechos por el fallador frente a los diferentes medios de prueba. Olvida que nuestro sistema probatorio carece de tarifa legal y que, más bien, entroniza el sistema de la sana crítica o persuasión racional y que, por ende, cualquier tipo de ataque al fallo con base en esa forma de error no puede ser auspicioso, excepto si se demuestra que la decisión tiene como soporte un desconocimiento abrupto, abierto y manifiesto de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia, componentes que confeccionan la sana crítica. Pero esta tarea tampoco la realizó el impugnante.

7. En el fondo, el casacionista quiere crear otro debate probatorio, más allá del protagonizado en las instancias. En esta sede ello no es posible, como quiera que el recurso extraordinario de casación es una oportunidad para examinar problemas específicos de legalidad de la sentencia y de la aplicación del derecho objetivo en ella.

8. *Si el casacionista pretende el reconocimiento de la duda, no le resulta acertado afirmar simultáneamente que de la prueba pericial, testimonial y de inspección emerge despreveníidamente la no responsabilidad de su defendido frente a los delitos incriminados. Es claro que si bien los dos eventos conducen a la absolución, se trata de hipótesis de trabajo diversas y excluyentes pues si la prueba enseña ausencia de responsabilidad, es porque no existe duda; y si hay duda, es porque no existe certeza sobre la ausencia de responsabilidad.*

9. El centro de la demanda lo constituye la búsqueda de reconocimiento del principio *in dubio pro reo*. Para lograrlo le competía al censor dar tres pasos: uno, demostrar la incertidumbre con fundamento en la prueba que compone el proceso; dos, determinar la imposibilidad de eliminar esa compleja perplejidad; y tres, mostrar cómo lo anterior impidió al Juez la aplicación de la última parte del artículo 445 del C. de P.P. En vez de hacerlo así, en su extenso escrito se propuso enfrentar su convencimiento al del fallador, catalogando de errado al segundo, pero sin proporcionar elementos de juicio que permitan sostener que el Tribunal alteró de alguna manera la prueba pericial o la testimonial para buscar resultados probatorios que no se desprendían racionalmente de su contexto.

10. Aparte lo dicho en torno de la demanda presentada, importa afirmar que la revisión de la sentencia impugnada permite concluir que en ningún momento hubo omisión ni tergiversación de las pruebas y, menos, para llegar al punto de afirmar la existencia de errores protuberantes y manifiestos que permitan pensar en su radical invalidación. Al contrario, a espacio y en detalle, con referencias nítidas al análisis hecho en la 1ª instancia, el Tribunal se ocupó del tema.

11. Cierto que el demandante indica sus hipótesis, por ejemplo la posibilidad de mediación de otras personas en el hecho investigado, el consumo de drogas abortivas por parte de la víctima, el uso hecho por ella de elementos no esterilizados, etc. Tales suposiciones, sin embargo, no cuentan con respaldo probatorio.

Pero, además, como también lo plasma el ministerio público, los hechos probados por el Tribunal son concretos: el médico Suaza practicó maniobras abortivas que perforaron el útero de Enedina Ospina, y como consecuencia de ello se produjo el resultado que llevó al shock séptico que ocasionó la muerte. La probabilidad de que otras hubieran sido las causas, fue descartada por la justicia pues dentro de la investigación se acreditó que la posible ingestión de sustancias no tenía como efecto el fenómeno mencionado. Sobre el punto, discurrió así el juez de primera instancia, cuya decisión se entiende incorporada a la del *ad quem*, en cuanto no fue rebatida por este:

"Para este despacho quedó claro que quienes atendieron en el centro médico San Rafael a Enedina Ospina, a solicitud de Guillermo León García con el consentimiento de la paciente, fueron los Médicos Jesús Salvador Suaza Moreno y Pedro Pablo Díaz Perdomo lográndose establecer que la intervención practicada por el primero de los nombrados no fue un legrado como lo ha sostenido a lo largo del proceso sino un aborto, con tan mala suerte que en la instrumentación perforó el útero generando una severa infección que la llevó a la muerte por el comportamiento negligente del médico tratante, este es Jesús Salvador Suaza Moreno quien al tardar un tratamiento adecuado la sometió a riesgos injustificados impidiendo en su oportunidad brindarle los recursos médicos existentes toda vez que a pesar del deterioro progresivo de la salud de Enedina deja transcurrir un tiempo valioso para su recuperación y cuando decide llamar al doctor Carlos Celis para interconsulta le oculta los antecedentes ginecológicos, conducta que indudablemente procuró el avance vertiginoso de la infección e impidió una inmediata y adecuada orientación para el tratamiento a seguir al cirujano consultado...".

12. Finalmente, el actor cita varias normas de carácter medio que considera violadas: los artículos 246 a 250, 254, 262, 264, 267, 270, 274, 275, 294 y 300 a 303 del C. de. P.P. Su argumento, en este tema, también es limitado, pues que, de una parte, jamás demostró su ruptura en la sentencia; y, de la otra, tampoco demostró de qué manera las infracciones medio repercutieron en el supuesto resquebrajamiento de la ley sustancial, con lo cual recortó severamente el cargo anunciado. Y, claro, no se cumple con las exigencias de

la casación con solo decir que el desconocimiento de tales normas vulnera en forma indirecta los artículos 329, 343 y 26 del C. P. P. (sic), como lo hace el letrado ya al final de su escrito.

De todo lo anterior se desprende que la censura propuesta no prospera y que, por ende, la sentencia objetada mantiene su incolumidad.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/MINISTERIO PUBLICO-Concepto

En el sistema de valoración probatoria que nos rige, según el expreso mandato del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, bajo "las reglas de la sana crítica", el legislador no ha prefijado por anticipado una concreta significación probatoria a los distintos medios, no les ha determinado de antemano su valor.

No podría entenderse que al disponer el artículo 248 de la Constitución Política que "Unicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales", se haya creado por esta norma superior una especial categoría de tarifación de la prueba, en la medida en que tal precepto tiene un claro poder de definición respecto de cuáles informaciones en manos del Estado por concepto de investigaciones penales y contravencionales que se siguen en contra de una persona, constituyen antecedente, pero no traduce al propio tiempo que si no se está frente a "sentencias judiciales" definitivas, las informaciones relacionadas con investigaciones penales adelantadas por otras autoridades no puedan servir a los administradores de justicia en un caso determinado, para fundar por ejemplo con mayor precisión la personalidad del procesado.

El concepto que obligatoriamente corresponde rendir al Ministerio Público, lo es con relación a la demanda y no como parece entenderlo el Delegado cuando fija ab initio el contenido de su intervención en este caso, "sobre la legalidad de la sentencia", pues no puede confundirse el hecho de que la casación tenga el alcance de ser un cuestionamiento técnico jurídico sobre la legalidad del fallo, con una ilimitada facultad en la proposición de los errores en que pudo incurrir el juzgador, que deben privativamente ser presentados por el casacionista, sabedad hecha del deber que compete a la Corte de declarar oficiosamente cuando lo advierta una nulidad o cuando sea ostensible el atentado contra las garantías fundamentales.

Por ello, al Delegado se impone cuando concurre uno cualquiera de los referidos casos, sugerir a la Corte la casación oficiosa, pero no por esto puede aceptarse que simplemente tome como suyos los argumentos del

demandante y obvie hacer un completo planteamiento, desarrollo y demostración de los motivos en que se funda la solicitud, esto es, traspasarlos, sin más, hacia la vía de la nulidad.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidos (22) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 143 Proceso No. 10510

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Rene Cárdenas Sabogal contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de esta capital el 6 de diciembre de 1994, confirmatoria de la anticipadamente proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, que lo condenó a la pena principal de 37 meses y 24 días de prisión, al declararlo responsable de los delitos de lesiones personales y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

El 17 de diciembre de 1992, siendo aproximadamente las tres de la tarde, en momentos en que Rene Cárdenas Sabogal pasaba en compañía de su novia Erika Lorena Lozano por frente del establecimiento comercial "Estabilizadores Megavol", ubicado en la carrera 10ª con calle 4ª de esta ciudad, Ricardo Mora Cuervo quien se encontraba en la puerta de acceso al referido negocio propiedad de su familia, le hizo un piropo a la mujer, que al decir de ésta acompañó con el hecho de cogerle los glúteos, suscitándose un cruce de palabras entre los dos hombres, lo que motivó que Cárdenas Sabogal siguiera a Cuervo quien ya había ingresado al almacén, haciéndole un disparo que le afectó el lado izquierdo del abdomen, herida de la cual se recuperó después de ser atendido en el Hospital San Juan de Dios, quedándole como secuelas deformidad física permanente y perturbación funcional del órgano de la digestión de carácter transitorio, además de una incapacidad definitiva de 35 días.

La pronta intervención de las autoridades y la colaboración de la ciudadanía, permitió que agentes adscritos a la Cuarta Estación de Policía le dieran captura al agresor, cuando caminaba junto con su novia por la calle 9ª con carrera de 2ª, encontrándose en su poder un revólver Smith Weson 32 largo, con 5 cartuchos y una vainilla.

Las iniciales pesquisas fueron asumidas por el Juzgado 14 Penal Municipal de esta capital, abriendo formal investigación por auto del 21 de diciembre de 1992. Se escuchó entonces los testimontos de Ricardo Mora Cuervo y Erika Lorena Lozano, siendo vinculando mediante diligencia de indagatoria a Cárdenas Sabogal y su situación jurídica resuelta por la Fiscalía 232 Seccional, ante quien por competencia se remitieran las diligencias, mediante resolu-

ción del día 26 de diciembre posterior, con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de lesiones personales y porte ilegal de armas.

Se practicó nueva prueba de diversa índole, entre la que se cuenta la inspección al arma incautada, la ampliación del testimonio rendido por Ricardo Mora y las declaraciones de Hernando Mora Rodríguez, José Faber González Giraldo, Rodolfo Herrera Guzmán y el policial José Efraim Vanegas Beltrán, allegándose igualmente por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses el resultado del último reconocimiento médico, en el que se establece para la víctima una incapacidad definitiva de 35 días y como secuelas deformidad física de carácter permanente y perturbación funcional del órgano de la digestión de carácter transitorio.

Una vez ampliada la indagatoria de Cárdenas Sabogal y remitida al proceso constancia sobre la condena que a 36 meses de prisión por el delito de hurto le fuera impuesta mediante sentencia del 18 de enero de 1994 por el Juzgado 52 Penal Municipal, el 27 de septiembre de esa misma anualidad, y ante la petición expresa del procesado para que se profiriera sentencia anticipada, la Fiscalía instructora procedió a formularle cargos por el delito de lesiones personales previsto en los artículos 333 y 334 del Código Penal, agravado de acuerdo con el 339 *ibidem* y por el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, descrito y punido en el artículo 2 del Decreto 3664 de 1986, siendo plenamente aceptados por el incriminado.

Así las cosas, el Juzgado Sexto Penal del Circuito a quien correspondió proferir el fallo anticipado, a efecto de dosificar la pena y atendiendo a que se trata de un delito de lesiones personales (artículo 333 del Código Penal) agravadas de acuerdo con el artículo 339 id. y conforme a lo previsto por los artículos 61, 64, 65 y 66 del mismo Estatuto, esto es, "dada la gravedad del resultado de las lesiones, la personalidad del agente, de obrar en la forma como lo hizo, el registrar ya una condena penal anterior, proferida por el punible de hurto", partió de 38 meses, incrementados por la agravante en 15 meses más y en 6 meses por el concurso con el porte ilegal de armas, para un total de 59 meses de prisión que hubo de rebajar en los términos del artículo 37 del C. de P.P. en 19 meses y 20 días, para una sanción final de 39 meses y 10 días de prisión.

Apelado el fallo del *a quo* exclusivamente en cuanto se refiere a la pena impuesta, por considerarla exagerada ya que debió aplicársele la mínima, pues "no se puede predicar que el suscrito tiene antecedentes penales por condena ya ejecutoriada", el Tribunal Superior estimó acertado el criterio de la primera instancia en no partir de la mínima señalada por el artículo 333 del Decreto 100 de 1980, con respaldo en los artículos 61, 64, 66 y 67 *ibidem*, máxime cuando a Cárdenas Sabogal le aparece en el proceso una condena por el delito de hurto y otra investigación por el punible de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares. Fundado en los anteriores motivos, encontró jurídicamente correcto iniciar de 38 meses, estableciendo el incremento por razón de la agravante en 12 meses y 20 días y

por el concurso en 6 meses más, para una pena de 56 meses y 20 días de prisión, disminuida en una tercera parte (artículo 37 del Decreto 2700 de 1991), para una condena definitiva de 37 meses y 24 días de prisión.

LA DEMANDA

Primer cargo

Con fundamento en la primera causal del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por "violación indirecta de la ley sustancial", acusando la existencia de "error de derecho", sobre la base de que el fallador para no partir de la pena mínima, le habría dado a las pruebas un valor que no les asigna la Ley, incurriendo así en falso juicio de convicción respecto de la personalidad del procesado, ataca el defensor de Cárdenas Sabogal el fallo impugnado.

Para demostrar el ataque y luego de recordar los delitos por los cuales fue condenado su defendido y las penas mínimas legales que se establecen en ellos, afirma el censor ser evidente que el Tribunal para no partir de aquellas hizo valer como antecedentes en contra de Cárdenas Sabogal una condena anterior que le había proferido el Juzgado 52 Penal Municipal en la cual se le impuso la pena de 36 meses de prisión por el delito de hurto, cuando esta decisión no podía tomarla como antecedente por no encontrarse ejecutoriada, desconociéndose que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248 de la Constitución Política, "Unicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva", pueden tenerse como tales, de ahí que tampoco podía dársele el mismo carácter a la investigación por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas que también se adelantaba contra este procesado.

Debió partir el Tribunal, entonces, agrega, de la pena mínima de 24 meses señalada en el tipo de lesiones imputado y no de 38 meses "pues ello desborda la facultad del juzgador para imponer la sanción correspondiente, ya que si bien es cierto que la ley le otorga determinada discrecionalidad para moverse entre unos mínimos y máximos tal facultad no puede ser arbitraria y menos para deducir circunstancias genéricas de agravación punitiva por analogía, exclusivamente para incrementar la pena en forma distinta a como lo enseña el legislador".

Propone en consecuencia el demandante, un nuevo cómputo de la pena, que en su criterio corresponde a la que debió ser deducida en el fallo, de conformidad con el cual partiendo de 24 meses incrementados en razón de la agravante del artículo 339 en 8 meses y por el concurso delictivo en 6 más, esto es, de 38 meses de prisión disminuidos en la tercera parte por tratarse de fallo anticipado, arrojaría una sanción definitiva de 25 meses y 10 días, que es la que solicita se le imponga a Cárdenas Sabogal en la sentencia sustitutiva que impetra se profiera al casar el fallo recurrido, como en efecto lo solicita, debiéndosele tener en cuenta como petición "adicional", le sea concedida la condena de ejecución condicional.

Así, solicita se case la sentencia recurrida para en su lugar dictar la sustitutiva dentro de la cual se imponga al procesado la referida pena, e igualmente como petición "adicional", le sea concedida la condena de ejecución condicional.

Segundo cargo (subsidiario)

Con base en la misma causal, pero por "error de hecho manifiesto", con carácter "subsidiario" propone el actor este cargo, en tanto considera que con base en las pruebas legalmente allegadas al proceso "se configura un estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno, grave e injusto".

Para demostrar la censura, extracta algunos apartes de la indagatoria en los cuales Cárdenas Sabogal adujo haber accionado el arma de fuego porque Mora Cuervo había tocado "en la cola" a su novia, como ésta lo declaró según consta en la transcripción que de su testimonio hace, siendo este episodio el que lo llevó a disparar al sentirse "descontrolado", es decir, "a lo loco", por que le dio "rabia" que él hubiese cogido a su mujer.

Argumenta que no obstante encontrarse probada la ira e intenso dolor en este caso, no fue tenida en cuenta, cuando "ha debido incluirse en la diligencia de formulación de cargos" y por ende considerada en la sentencia, pues no hacerlo pone en evidencia la vulneración indirecta de la ley sustancial, a la que se llegó, agrega, por "falso juicio de convicción por omisión en la valoración de las pruebas".

Dando por demostrados los hechos a la manera como el procesado y su compañera los relataron, estudia a partir de esa realidad fáctica los elementos que en la doctrina penal se exigen para afirmar la concurrencia de la ira como atenuante punitiva, concluyendo que, en efecto, de no haber sido por los errores de hecho acusados y la falta de valoración del estado emocional, en este caso ha debido reconocerse dicha diminuente.

Solicita, en consecuencia, que se case el fallo impugnado y se dicte el que deba reemplazarlo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

Referido al primer cargo, advierte el Procurador Primero Delegado en lo Penal que es "inatendible", por ser evidente el absoluto desconocimiento de la técnica casacional que exhibe el demandante en su proposición y desarrollo.

Así, precisa el Ministerio Público, que al acusarse la sentencia impugnada con sustento en la primera causal del artículo 220 del Estatuto Procesal por violación indirecta de la ley sustancial, producto de un falso juicio de convicción en la apreciación de las pruebas que dice recae sobre una sentencia proferida en contra del procesado y una investigación en curso, en la medida en que se estima que no podían tenerse como antecedentes a efecto de sustentar un incremento punitivo, desconoce el censor, que "Como es sabido, sólo puede prosperar un ataque por falso juicio de convicción Cuando el demandante demuestre a cabalidad que el juzgador, en desarrollo de su fun-

ción propia de valoración de los elementos de juicio arrimados a los autos, ha transgredido las amplias pautas que enmarcan el mecanismo jurídico de la sana crítica o crítica racional de la prueba, bien sea por desconocimiento de la experiencia, la lógica o la ciencia". Y bajo este supuesto, concluye el Delegado: "No siendo esta la proposición, la censura debe desecharse".

No obstante, acto seguido, encuentra el Delegado, que "desde el punto de vista sustancial", lo planteado por el actor evidencia la vulneración al debido proceso, por desconocer el principio de legalidad de los delitos y las penas.

Recuerda que fue con base en la existencia de una condena y una investigación en contra del procesado, que el *a quo* y el Tribunal decidieron no partir del mínimo punitivo a la hora de dosificar la pena a imponer, pese a que el artículo 248 de la Carta Política dispone que sólo podrá tenerse como antecedente la condena proferida en sentencia judicial ejecutoriada, y si bien en trámite del recurso extraordinario se obtuvo información respecto a que el fallo quedó en firme, "esto no convalida el error en que incurrieron los falladores de instancia en su oportunidad, pues desconocieron abiertamente el canon citado, para lo cual debe la Corte, en su criterio, "declarar la nulidad del fallo atacado por ser violatorio del debido proceso y dictar su reemplazo, como lo prevé el num. 1º del art. 229 del C. de P.P.".

También como el primero, en criterio del Delegado, el segundo reproche resulta manifiestamente desconocedor de la técnica que informa el recurso extraordinario, toda vez que conjuga de manera indebida, el falso juicio de existencia por omisión y el de convicción, pues inicialmente sostiene que la versión de la indagatoria del procesado y el testimonio de Erika Lorena Lozano, fueron valorados erróneamente, para luego aducir, que no fueron tenidos en cuenta.

Pero además, explica, el cargo de todas formas carece de razón, ya que es perfectamente lógico que los sentenciadores no se hubiesen referido a la atenuante punitiva de la ira, en la medida en que no existe prueba alguna que pueda conducir jurídicamente a su demostración, resultando lo expuesto por el actor el fruto de su subjetiva valoración de las pruebas, sin poder evidenciar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 60 del Código Penal para el reconocimiento de la atenuante.

Por tanto, concluye, que se impone desechar los reparos formulados por el demandante, casándose, eso sí la sentencia impugnada, por los reproches que oficiosamente dice proponer.

Consideraciones

Primer cargo

1. En la proposición de esta censura, el defensor del procesado Rene Cárdenas Sabogal acude a la primera causal del artículo 220 del Estatuto Procesal Penal, por violación indirecta de la ley sustancial, sobre la base de que habría el sentenciador incurrido en manifiesto "error de derecho" por "falso juicio de

convicción" respecto de la "personalidad del procesado", en relación con las pruebas en que fundó el Tribunal la razón por la cual al momento de realizar la dosificación punitiva no partió de la pena mínima de 24 meses que para el delito de lesiones personales señala el artículo 333 del Código Penal sino de 38, dándole a las constancias judiciales de tener Cárdenas Sabogal una condena a la pena de 36 meses de prisión por el delito de hurto, como también adelantarse en su contra otra investigación por el punible de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, un valor que no les asigna la Ley.

2. Así presentado el cargo, son ostensibles los defectos de técnica casacional en que incurre el actor, toda vez que habiendo escogido como supuesto el primero de los motivos legales para impugnar por la vía extraordinaria el fallo y concretamente acusándolo de ser violatorio por la vía indirecta de la ley sustancial, en esta materia son antiguos, reiterados y constantes los pronunciamientos de la Sala, en el sentido de considerar que no resulta posible proponer dentro del error de derecho el "falso juicio de convicción", toda vez que el único falso juicio que en esta clase de yerro resulta admisible es el de legalidad, referido como se sabe a la validez o eficacia de las pruebas en tanto por defectos en su producción o en la manera como fueron allegadas al proceso no podrían ser tenidas en cuenta, pero en ningún caso sobre el sentido y alcance que el juez puede asignarle a la prueba en el mancomunado análisis de ella, es decir, que el "juicio de convicción", en realidad más precisamente el juicio razonado de valoración probatoria que le compete, a condición de que sea respetuoso de la lógica, la ciencia y la experiencia común, resulta incuestionable en casación.

3. De ahí el porque la afirmación según la cual el fallador le habría dado a las pruebas sobre sendas investigaciones que se adelantaron en contra del procesado, una de ellas ya fallada, un valor que no les asigna la Ley, se quede en el vacío y carezca de cualquier desarrollo, pues precisamente *en el sistema de valoración probatoria que nos rige, según el expreso mandato del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, bajo "las reglas de la sana crítica", el legislador no ha prefijado por anticipado una concreta significación probatoria a los distintos medios, no les ha determinado de antemano su valor.*

Pues, de otra parte, aun cuando referencia ninguna hace a esta circunstancia el demandante, no podría entenderse que al disponer el artículo 248 de la Constitución Política que "Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales", se haya creado por esta norma superior una especial categoría de tarifación de la prueba, en la medida en que tal precepto tiene un claro poder de definición respecto de cuáles informaciones en manos del Estado por concepto de investigaciones penales y contravencionales que se siguen en contra de una persona, constituyen antecedente, pero no traduce al propio tiempo que si no se está frente a "sentencias judiciales" definitivas, las informaciones relacionadas con investigaciones penales adelantadas por otras autoridades no

puedan servir a los administradores de justicia en un caso determinado, para juzgar por ejemplo con mayor precisión la personalidad del procesado.

4. Se colige de lo expuesto, que tampoco asiste razón al Delegado del Ministerio Público, cuando sostiene que "sólo puede prosperar un ataque por falso juicio de convicción cuando el demandante demuestre a cabalidad que el juzgador, en desarrollo de su función propia de valoración de los elementos de juicio arrimados a los autos ha transgredido las amplias pautas que enmarcan el mecanismo jurídico de la sana crítica o crítica racional de la prueba", pues lo que realmente ha afirmado la jurisprudencia de la Sala es que en casos semejantes lo pertinente es presentar la alegación pero por error de hecho, en tanto el ostensible desconocimiento de las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia) comporta tergiversación o suposición del propio medio probatorio.

El cargo, por razón de los desaciertos técnicos en su postulación, inexorablemente debe desecharse.

5. Sin embargo y como quiera que el Procurador a partir de los argumentos esgrimidos por el casacionista en esta censura, encuentra atendible el reparo "desde el punto de vista sustancial", por ser la sentencia del Tribunal "claramente violatoria del debido proceso, al comportar una violación al principio de legalidad de los delitos y de las penas" y, en efecto, propone a la Corte que proceda a hacer un oficioso pronunciamiento y la case declarando su nulidad, en el propio orden en que esta petición aparece, será respondida.

6. Importa para ello primero precisar que *el concepto que obligatoriamente corresponde rendir al Ministerio Público, lo es con relación a la demanda y no como parece entenderlo el Delegado cuando fija* ab initio *el contenido de su intervención en este caso, "sobre la legalidad de la sentencia", pues no puede confundirse el hecho de que la casación tenga el alcance de ser un cuestionamiento técnico jurídico sobre la legalidad del fallo, con una ilimitada facultad en la proposición de los errores en que pudo incurrir el juzgador, que deben privativamente ser presentados por el casacionista, salvedad hecha del deber que compete a la Corte de declarar oficiosamente cuando lo advierta una nulidad o cuando sea ostensible el atentado contra las garantías fundamentales.*

7. *Por ello, al Delegado se impone cuando concurre uno cualquiera de los referidos casos, sugerir a la Corte la casación oficiosa, pero no por esto puede aceptarse que simplemente tome como suyos los argumentos del demandante y obvie hacer un completo planteamiento, desarrollo y demostración de los motivos en que se funda la solicitud, esto es, traspasarlos, sin más, hacia la vía de la nulidad,* como ocurre en este caso, cuando es evidente lo infundado del cuestionamiento de legalidad que hace al fallo, pues no solamente se parte de un supuesto falso como es el de considerar que cuando el Tribunal tuvo en cuenta la condena que en otro proceso se impusiera a Cárdenas Sabogal, esta decisión no había cobrado ejecutoria, sino también que la propuesta del Delegado desconoce que el sentenciador valoró para los efectos propios de la tasación punitiva y como punto de partida, otras circunstancias incidentes

como criterios para fijar la pena, acorde con las facultades que en dicho sentido le otorga el artículo 61 del Código Penal, pero además, la propia petición que hace el Ministerio Público resulta en extremo imprecisa, ya que simplemente sugiere casar la sentencia y declarar la nulidad, pero sin establecer con claridad cuál es la decisión que debe reemplazarla y menos si los efectos son sobre la pena, cual sería, entonces, la que correspondería al procesado, siendo idénticas las falencias, por razón de lo ya observado, a aquellas que se destacan en la primera censura del libelo.

8. Ahora, bien vale la pena precisar que el argumento del Delegado, no está dirigido a controvertir la cuantificación de la pena hecha por los juzgadores, es decir que en ningún momento es el cálculo punitivo propiamente dicho lo que constituye el objeto de reparo, sino el criterio fundador inicial que le sirvió para individualizarla, o dicho de otro modo, que no se discute que se haya impuesto una sanción penal por fuera de los límites legales.

9. Así entonces, y para resaltar las varias razones por las cuales la apreciación del Ministerio Público carece de fundamento, recuérdese de una vez que los cargos imputados a Cárdenas Sabogal y por este aceptados en desarrollo del trámite con miras a finiquitar anticipadamente el proceso, lo fueron por los delitos de lesiones personales (artículo 331 del Código Penal) que generaron deformidad física permanente (art. 333 id.), y perturbación funcional del órgano de la digestión de carácter transitorio (art. 334 id.), agravado (art. 339 id.), en razón de haber obrado el procesado aprovechándose de las condiciones de inferioridad de la víctima, en concurso con el punible de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (artículo 2 del Decreto 3664 de 1.986).

Ahora, como criterios fundamentadores aducidos por los juzgadores de primera y segunda instancia para efectuar la dosificación punitiva, cuya integración se impone por corresponder a un único argumento sobre esta materia, se tiene que el Juzgado Sexto Penal del Circuito, sustentó la pena impuesta en los términos siguientes:

"Para fijar la pena ha de tomarse en cuenta que se está ante un concurso de delitos (art. 26 C.P.): Lesiones personales con las consecuencias señaladas en el art. 333 del C.P., ello es deformidad física de carácter permanente, cuya sanción es de dos a siete años de prisión y multa de cuatro a doce mil pesos y por otra parte, Porte ilegal de armas de defensa personal, con pena de uno a cuatro años de prisión y decomiso del arma (Decreto 2266 de 191 y 3664 de 1986).

Además, hay que observar que las lesiones ocasionadas por René Cárdenas Sabogal, lo fueron en la modalidad de agravadas (art. 339 del C.P.) dada la indefensión e inferioridad de la víctima que estaba desarmada, inerme, ante su agresor quien se respaldaba con un arma de fuego (revólver). Por tanto, la pena por dicho delito, que de los concurrentes es el más grave debe ser aumentada de una tercera parte a la mitad.

Teniendo en cuenta los criterios para fijar la pena (art. 61 del C.P.) y los atenuantes y agravantes genéricos (arts. 64, 65 y 66) considera el Despacho que, dada la gravedad del resultado de la lesiones, la personalidad del agente, de obrar en la forma como lo hizo, el registrar ya una condena penal anterior, proferida por el punible de hurto, proferida por el Juzgado 52 Penal Municipal, en la cual se le impuso la pena de 36 meses de prisión con concesión de la Condena Condicional, y el haber obrado por motivos que no ameritaban la utilización del arma contra la víctima, no se puede aplicar el mínimo de la pena a que alude el art. 333 del C.P., aplicable al presente caso por mandato del art. 37 del mismo código".

Así, toma como base la sanción de 38 meses de prisión, aumentada en 15 meses más, por razón de la específica agravante (artículo 339 del C.P.) y 6 meses por razón del concurso delictivo, para un total de 59 meses de prisión y multa de $6.000,oo, disminuida por el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal en una tercera parte, para una sanción final de 39 meses y 10 días.

A su vez, el Tribunal fundó su cálculo punitivo, así:

"A este respecto cabe decir, que efectivamente, como el Juez de instancia lo señaló, para efectos de la tasación de la pena a imponer a Cárdenas Sabogal, no es dable partir del mínimo contemplado para el delito de lesiones personales de 24 meses de prisión, por las razones consignadas en el fallo de instancia, esto es, que se debe tener en cuenta lo estatuido en los arts. 61, 64, 66 y 67 del C.P. y no se puede ignorar que dentro del proceso aparecen probadas circunstancias que desdicen de la personalidad y conducta anterior del acusado, toda vez que el 18 de enero del año en curso (fl. 151), fue condenado por el Juzgado 52 Penal Municipal de esta ciudad a 36 meses de prisión como responsable del delito de hurto cometido el 3 de septiembre de 1992, y además, como consta a folio 147, en las Fiscalías Regionales actualmente se le adelanta otro proceso por porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Militares, lo que demuestra su proclividad al delito.

De manera que, resulta ajustado a derecho partir de los 38 meses de prisión a que hizo referencia el aquo, pero el incremento de 15 meses por el agravante del art. 339 del C.P. se reducirá a 12 meses y 20 días, ya que no existe fundamento alguno para que exceda la tercera parte indicada como mínimo. Es acertado igualmente el incremento de los 6 meses por razón del concurso de delitos, para un subtotal de 56 meses y 20 días de prisión; y en virtud de la rebaja de una tercera parte de la pena a que tiene derecho por haberse acogido a la sentencia anticipada, se le hace una reducción de 18 meses y 26 días para un total de 37 meses y 24 días de prisión, que será la pena privativa de la libertad que en definitiva deberá purgar el procesado".

10. Es evidente, por lo reseñado, en primer término, que no en forma exclusiva los sentenciadores sustentaron la imposibilidad de iniciar el cálculo punitivo a partir de la pena mínima señalada por el artículo 333 del Código Penal, que por unidad punitiva de acuerdo con el artículo 337 debía aplicarse

en principio por ser el de mayor gravedad, en las constancias sobre otros procesos adelantados en contra del Cárdenas Sabogal, pues claramente tuvieron en cuenta no sólo la pluralidad de resultados lesivos que el hecho produjo, como que a la deformidad física permanente se agregó la perturbación funcional del órgano de la digestión de la víctima, sino también la personalidad del agente, al "obrar en la forma como lo hizo", es decir la gravedad y modalidades del punible, aunado a que se trata de un concurso delictivo.

Pero ciertamente también influyó en la consolidación del criterio para dosificar la pena, la constancia expedida por el titular del Juzgado 52 Penal Municipal, por cuyo contenido se sabe que el 18 de enero de 1994 Cárdenas Sabogal fue condenado a la pena principal de 36 meses de prisión por un delito de hurto, respecto de la cual haciendo eco a la afirmación contenida en la demanda, el Delegado sostiene que no se podía tener como "antecedente" en los términos del artículo 248 de la Constitución Política por no estar ejecutoriada, pese a que del oficio remitido a esta Corporación con miras a la solicitud de libertad impetrada por el procesado durante el trámite de la impugnación extraordinaria, es evidente que para el momento en que se profirieron las sentencias de primera instancia y segunda instancias, esto es el 7 de octubre y el 6 de diciembre posteriores, la condena por el delito contra el patrimonio tomada como referencia para establecer, junto con los demás elementos obrantes, la personalidad del procesado, había hecho tránsito a cosa juzgada es decir, era definitiva.

Tampoco admite reparo alguno el hecho de haberse apoyado los sentenciadores, con el mismo propósito de obtener un criterio para la imposición de la pena lo más acertado posible dentro de los límites de razonabilidad y discrecionalidad que emergen del artículo 61 del Código Penal, en la certificación de estarse adelantando otro proceso más contra Cárdenas Sabogal por un delito de porte ilegal de armas. A este respecto es equivocado entender que el artículo 248 de la Carta Política, como ya se advirtió, no le reconozca a constancia de esta índole ningún valor probatorio, y que en consecuencia, al funcionario judicial le esté vedado valorarlas y tenerlas en cuenta en desarrollo de una investigación penal o de otra naturaleza, pues lo que pretende la norma superior es que no puedan aparecer en los archivos públicos como "antecedente", es decir, que no se pueden registrar como condenas ni hacerles producir efectos para rehusar el reconocimiento de algunos beneficios o para negar un derecho que sin su concurrencia procedería. Por tanto, ningún reparo merece tampoco en este caso, el hecho de que los juzgadores hubiesen atendido a la referida constancia, y hubiese sido sopesada como un elemento de juicio más para sustentar el criterio base en la dosimetría de la pena.

11. Por último, no sobra agregar que determinada la punibilidad en abstracto, inicialmente la pena a imponer a Cárdenas Sabogal podía oscilar entre 24 y 84 meses, acorde con el artículo 333 del Código Penal y agravada por el artículo 339 id. entre 32 y 126 meses, incrementada además por el concurso delictivo juzgado, de conformidad con el artículo 26 del Código Penal, hasta en "otro tanto". Sin embargo y en razón a que los juzgadores de instancia se basa-

ron como pudo observarse en distintos aspectos para justificar el hecho de no partir de los mínimos referidos, circunstancias todas que a este propósito no tendrían reparo alguno, excepción hecha de aquella mencionada por el *a quo* y consistente en "haber obrado por motivos que no ameritaban la utilización del arma contra la víctima", en el entendido de que por tratarse de una genérica agravante valorativa, habría tenido que ser objeto de expresa imputación, que sin embargo no mengua en modo alguno el acertado criterio en la sanción privativa de la libertad finalmente deducida por el Tribunal en la sentencia.

Segundo cargo:

La Sala ha precisado en diversas oportunidades que para poder recurrir por la vía extraordinaria una sentencia, imprescindible presupuesto en la actividad de la parte inconforme lo constituye el hecho de haber apelado el fallo de primer grado y que, por tanto, frente a esta hipótesis, si por el contenido de la impugnación dentro de esos específicos límites se ha pronunciado la segunda instancia, como lo dispone y ordena el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993), no es posible que por vía de la casación se acusen errores del Tribunal en que no podía estar incurso al ejercer una competencia alinderada por el específico objeto revelado en la sustentación del apelante.

En efecto, en sentencia del 20 de abril del año en curso, con ponencia del Magistrado doctor Dídimo Páez Velandia, se precisó:

"Interpretando la normatividad reguladora del recurso de apelación, también es cierto, la Corte reiterativamente ha advertido que cuando el apelante de la sentencia de primera instancia, en los eventos en que no procede la consulta, asintió con determinados aspectos de ese pronunciamiento al no impugnarlos, desaparece su interés jurídico para objetar extraordinariamente la sentencia de segundo grado en relación con esos precisos aspectos, que al no haber sido tema de controversia apelacional, no pueden dar ocasión a errores del fallador de segunda instancia susceptibles de enmienda en sede casacional, salvo, entre otros eventos,que este último pronunciamiento llegue a desmejorar la situación del procesado en términos que traduzcan el quebranto de la prohibición de reforma en perjuicio consagrada en la Carta Política, donde sí franquea la posibilidad al recurso de casación".

Específicamente en el caso *sub judice*, mas aún dentro de los restringidos límites que el artículo 37B del Estatuto Procesal Penal posibilita la apelación por tratarse de un fallo anticipado, al guardarse absoluto silencio respecto de la diminuente por razón de la ira consagrada en el artículo 60 del Código Penal y, por lógica consecuencia, no ocuparse de esta figura el Tribunal, no puede admitirse que exista interés jurídico en el demandante para proponerla en casación, razón por la cual esta censura debe desestimarse.

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.

Cóplese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DESISTIMIENTO

A la luz del artículo 244 del C. de P. P. y dado que en el presente asunto aún no se ha emitido concepto por parte de la Procuraduría Delegada, y que por lo tanto, no ha ingresado el expediente a Despacho para la elaboración del respectivo proyecto de fallo que ponga fin al presente recurso, lo procedente sería aceptar la desistimiento antes comentado pues al fin y al cabo el artículo 137 del Estatuto procedimental penal prevé que el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, pero a renglón seguido pone de presente que cuando existan peticiones contradictorias entre éste y su procurador judicial, prevalecerán las de este último.

Así las cosas, y como ya se vio, no concurren todos los elementos que establece la ley para que en el caso de (...) se pueda a decretar en su favor el desistimiento al recurso de casación, debido a que no hay acuerdo entre el libelista y su defensor, circunstancia ésta que impide que esta Sala atienda en forma favorable la pretensión del libelista.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 143 (Septiembre 22/99). Proceso No. 14659

VISTOS

El procesado Napo José Gutiérrez Medina, quien se halla detenido en la Penitenciaría Nacional de Cúcuta, mediante escrito dirigido a esta Corporación manifiesta que "por motivos ajenos a mi voluntad renuncio a la casación...".

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Procede esta Corporación a analizar si es procedente o no el desistimiento impetrado por el procesado Napo José Gutiérrez Medina, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal.

El despacho del Magistrado sustanciador con el fin de dar cumplimiento a lo estatuido en la parte final del artículo 137 ib., ordenó que se pusiera en conocimiento del procurador judicial del libelista el memorial de desistimien-

to que obra a folio 160 del cuaderno de la Corte. El defensor público del aquí acusado, mediante escrito remitido vía fax a la Secretaría el pasado 30 de agosto del año en curso, manifiesta que "...no estoy de acuerdo con la petición de desistimiento que formuló mi patrocinado. El libelo lo presenté después de efectuar un análisis profundo y un estudio a mi modo de ver enjundioso, que hacía factible la aceptación de la demanda y la prosperidad del recurso extraordinario, porque la actuación penal que originó su condenación, se violó en la etapa sumarial el sagrado derecho de la defensa. Por lo tanto prosígase la actuación, se pronuncie sobre la aceptación formal de la demanda." (fl.190 ib.).

A la luz del artículo 244 del C. de P. P. y dado que en el presente asunto aún no se ha emitido concepto por parte de la Procuraduría Delegada, y que por lo tanto, no ha ingresado el expediente a Despacho para la elaboración del respectivo proyecto de fallo que ponga fin al presente recurso, lo procedente sería aceptar la desistimiento antes comentado pues al fin y al cabo el artículo 137 del Estatuto procedimental penal prevé que el sindicado tiene los mismos derechos de su defensor, pero a renglón seguido pone de presente que cuando existan peticiones contradictorias entre éste y su procurador judicial, prevalecerán las de este último.

Así las cosas, y como ya se vio, no concurren todos los elementos que establece la ley para que en el caso de Gutiérrez Medina se pueda decretar en su favor el desistimiento al recurso de casación, debido a que no hay acuerdo entre el libelista y su defensor, circunstancia ésta que impide que esta Sala atienda en forma favorable la pretensión del libelista.

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

RESUELVE:

No Aceptar el desistimiento al recurso extraordinario de casación impetrado por el procesado Napo José Gutiérrez Medina, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

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.

EXTINCION DE LA CONDENA-Casación

Mientras no se agote completamente el decurso procesal en virtud de la impugnación extraordinaria, subsiste la posibilidad de modificar las decisiones de instancia, y por ende mal podría la Sala de Casación Penal, anticipar la extinción de una condena.

No es la Sala de Casación Penal, la autoridad encargada de hacer constar el cumplimiento cabal de aquella obligación, sino, exclusivamente, el Juzgado ante el cual realizó las presentaciones periódicas, con fundamento en la información contenida en los libros destinados para tal fin.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Dr. Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 143 (Sep. 22/99) Proceso No. 13528

Vistos

La Sala resuelve la solicitud de "extinción de la pena" elevada por el procesado Jairo Devia Tocora, cuyo recurso de casación se encuentra en trámite.

De la Petición

El señor Jairo Devia Tocora, condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, beneficiario del subrogado de la condena de ejecución condicional, manifiesta que ha cumplido el período de prueba ordenado en la sentencia y con base en ello solicita "levantar las obligaciones impuestas, declarando a su vez la extinción de la pena, y, disponiendo la devolución de la caución prestada con el título judicial número 471 de fecha mayo 16 de 1995".

Consideraciones de la Corte

1. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación (Tolima), mediante sentencia del 28 de agosto de 1996, absolvió al señor Jairo Devia Tocora, a quien la Fiscalía Seccional de la misma localidad había afectado con reso-

lución de acusación por los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público y uso de documento público falso. (folio 355 cdno. 3)

Descontento con aquella determinación el apoderado de la parte civil apeló ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Corporación que en fallo del 28 de agosto de 1996, revocó la decisión de primera instancia y en su lugar lo condenó a la pena principal de treinta y seis (36) meses de prisión, como autor del ilícito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

De igual manera, el Tribunal Superior de Ibagué, otorgó al señor Devia Tocora, el subrogado de la condena de ejecución condicional, suspendió la ejecución de la pena principal por el lapso de dos años, admitiendo para el efecto la caución prestada cuando se le definió la situación jurídica, y le impuso las obligaciones a que se refiere el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, entre ellas presentarse cada mes, durante dos años, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación. (folio 113 cdno. Tribunal)

2. Al verificar las constancias y documentos que aporta el peticionario se observa que efectivamente feneció el término de suspensión de la sentencia o periodo de prueba y que cumplió con las presentaciones periódicas, por lo cual, aparentemente, correspondería ahora dar aplicación al artículo 71 *ibidem*, en el sentido de declarar extinguida la condena.

No obstante, tal posibilidad está reservada a la hipótesis en que la pena impuesta sea ya definitiva e inamovible, por dimanar de una sentencia condenatoria que al haber cobrado fuerza ejecutoria haya adquirido las cualidades de la cosa juzgada.

El fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué fue impugnado por el defensor del procesado, a través del recurso extraordinario de casación, cuya decisión final aún no se adopta, razón por la cual, en el caso que involucra al señor Jairo Devia Tocora, todavía no existe, en estricto sentido, una pena definitivamente impuesta, pues, se reitera, tal eventualidad se alcanza únicamente cuando la sentencia haga tránsito a cosa juzgada.

Entre tanto, *mientras no se agote completamente el decurso procesal en virtud de la impugnación extraordinaria, subsiste la posibilidad de modificar las decisiones de instancia, y por ende mal podría la Sala de Casación Penal, anticipar la extinción de una condena.*

3. En el mismo orden de ideas, en el presente estadio procesal, no es factible autorizar la devolución de la caución prestada por el peticionario, puesto que, según lo estipula el artículo 420 del Código de Procedimiento Penal, la caución se cancelará cuando terminen las actuaciones por causa legal, y tal acontecimiento no ocurre mientras no se resuelva el recurso extraordinario de casación.

4. Finalmente, se estima que el transcurso de los dos años anteriores, cumpliendo el deber de presentarse cada mes ante el Juzgado Penal del Cir-

cuito de Purificación, libera al señor Devia Tocora, de esta obligación concreta, sin que sea necesario un pronunciamiento que así lo reconozca.

De todas maneras, *no es la Sala de Casación Penal, la autoridad encargada de hacer constar el cumplimiento cabal de aquella obligación, sino, exclusivamente, el Juzgado ante el cual realizó las presentaciones periódicas, con fundamento en la información contenida en los libros destinados para tal fin.*

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

RESUELVE

ABSTENERSE de declarar extinguida la condena impuesta al procesado Jairo Devia Tocora, identificado con cédula de ciudadanía No. 5.981.891 de Purificación (Tolima), y por ende, no acceder a sus otras pretensiones, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

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.

ACCION DE REVISION/SENTENCIA ANTICIPADA

Es cierto que en materia civil las nulidades originadas en la sentencia pueden alegarse durante la actuación posterior a su emisión (art. 142 del C. de P. Civil), de ahí que una tal irregularidad se erija en causal de revisión conforme con lo estipulado en el Art. 380-8° Ibidem -"la nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso"-. Empero en materia penal no existe este tipo de regulación, pues, amén de que el legislador realizó una enumeración taxativa de los motivos que pueden dar lugar a impetrar la acción de revisión, para nada se refirió en ellas a las nulidades que tienen como fuente el proceso penal, las cuales tienen su propia sede de alegación en las instancias ordinarias y en la extraordinaria del recurso de casación (arts. 305 a 307 y 220-3 del C. de P. P.).

Ahora bien, si conforme con lo previsto en el artículo 232 del C. de P. Penal la acción de revisión tiene como objetivo fundamental demostrar que el condenado es inocente del hecho por el cual se le juzgó, de acuerdo con lo regulado en la causal 3ª, o que no fue la persona que pudo haber ejecutado la conducta punible en los casos de las causales 1ª, 4ª y 5ª, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse por ausencia de los requisitos de procedibilidad de la misma, según lo establece la causal 2ª, fundamentos estos que brillan por su ausencia en el libelo impugnatorio, los elementos probatorios que se aduzcan para demostrar una cualquiera de las circunstancias reseñadas con antelación, deben ser diversos de los tenidos como sustento de las sentencias de primero y segundo grados, los cuales, además, mal pueden propender por intentar un nuevo examen de ese plexo, puesto que en revisión no es admisible discurrir sobre problemas atinentes con la aplicación de la ley, las irregularidades o vicios in procedendo, errores en la apreciación y estimación probatorias, la cuantía y naturaleza de la pena impuesta, temas todos ellos materia del recurso de casación. Menos se puede, como aquí lo pretende el demandante, debatir sobre uno de los cargos objeto de imputación, máxime si se trata de sentencia anticipada para cuya impugnación existen inclusive restricciones de orden legal (art. 37B- 4 del C. de P. Penal).

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

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

Aprobado Acta No. 143 (septiembre 22/99) Proceso No. 14596

VISTOS

Conforme con lo establecido en los artículos 234 y 235 del C. de P. Penal, se pronuncia la Sala acerca de la admisión de la demanda de revisión instaurada por el Procurador Judicial 197 Delegado en lo Penal, en representación del penado Ramón Elías Orozco Cardona, contra quien el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello, Antioquia, profirió condena de 27 años, 6 meses y 20 días de prisión en febrero 7 de 1996, término que igualmente le impuso a título de pena accesoria consistente en interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, al declararlo penalmente responsable del concurso de hechos punibles de homicidio con circunstancias de agravación, tentativa de hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, fallo que integralmente avaló el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por el suyo de mayo 10 del mismo año.

HECHOS

Fueron historiados por el fallador en la segunda instancia, de la siguiente manera:

"Tres jóvenes se subieron al vehículo automotor de servicio público, tipo bus de placas N° TIC400, conducido por Filiberto Castaño Botero desde la localidad antioqueña de Cedeño. Concretamente el abordaje se produjo en territorio municipal de Copacabana, en el tramo de Comfama y el Parque de Aguas, a la una y media de la tarde del 11 de octubre de 1995. De repente uno de los aparecidos apuntó con un changón hechizo al cuerpo del conductor y dio orden a los escasos pasajeros de entregar el dinero y las pertenencias a los otros dos asaltantes ya situados en la última banca, desde la cual sonó un disparo de revólver dirigido al antisocial poseedor del changón. Cuando el usuario Antonio María Moreno Taborda intentó ponerse de pies, de una vez recibió mortal navajazo en el pecho propinado por el coejecutor Ramón Elías Orozco Cardona. En esas el del changón, huyendo soltó el arma la cual tomó para sí el ayudante del carro Héctor Danilo Giraldo González, quien logró controlar la terrible situación, impidiendo la huida de los demás partícipes o sea de Orozco Cardona y el menor de edad Felipe Jaramillo Alarcón. De inmediato, en el mismo bus, se dirigieron al hospital Santa Margarita, sitio del levantamiento del cadáver, no sin antes dejar a los delincuentes a disposición de la policía."

Vinculado a la investigación Orozco Cardona, durante su trámite impetró la terminación anticipada del proceso solicitando para el efecto la aplicación del artículo 37 del C. de P. Penal, cuya acta de formulación de cargos elaboró

la Unidad Seccional de Fiscalía de Copacabana y, aceptados éstos por el procesado, en armonía con esa expresa declaración de voluntad el Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello fulminó la instancia con la condena de la que ya se hizo mérito en el introito, la cual confirmó en su integridad el Tribunal Superior de Medellín al conocer de la impugnación que contra la misma se propuso, como igualmente allí se dejó dicho.

LA DEMANDA DE REVISIÓN

El Procurador Judicial Delegado en lo Penal que ofició de agente del Ministerio Público en la primera instancia, invocando el inciso final del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil, "por expresa remisión del artículo 21 del Código de Procedimiento Penal; esto es, Nulidad de la Sentencia", aduce dos (2) motivos de revisión con los cuales pretende remover el fallo de condena del que con antelación se hizo mención, no empece admitir en su escrito que la nulidad originada en la sentencia "no es causal de revisión conforme al art. 232 C.P.P." Esta es su argumentación:

1.- Aunque sin especificar a cuál sentencia se refiere, de la reseña que el accionante hace sobre la misma -página 7, primer párrafo- la Sala colige se trata de la proferida por el juzgador de la primera instancia, funcionario este que al analizar los cargos, su aceptación, la prueba y su mérito, asevera el libelista, expresó en el fallo:

"A pesar que no fue sometido al cotejo de balística, sin lugar a dudas podemos concluir, según las circunstancias del desarrollo de los mismos hechos, que es un arma apta para el disparo, en buenas condiciones de funcionamiento y que sus características la catalogan como de defensa personal y para su porte nadie mostró el respectivo salvoconducto."

Una tal conclusión podría tenerse como "jurídicamente aceptable", si el ciudadano que pereció durante la ejecución de las conductas sometidas a juzgamiento hubiese perdido la vida a causa de lesionamientos producidos con arma de fuego, pero el homicidio en cuestión se consumó con arma cortopunzante navaja-, amén de que "Orozco Cardona nunca utilizó el arma supuestamente de fuego para la fecha de la sentencia." Sólo después de que la sentencia había alcanzado ejecutoria, se conoció el concepto del experto acerca de la idoneidad del arma decomisada a raíz de los hechos investigados, por lo cual el pronunciamiento judicial acusado vulnera los artículos 29 y 228 Superior, como también los artículos 1°, 246, 247 y 249 del Código de Procedimiento Penal, asegura el demandante.

2.- En "abierto desconocimiento" de lo dispuesto en el artículo 44 del C. de P. Penal respecto del tope máximo que se puede imponer como pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas -10 años-, el fallador dedujo condena por el mismo término de la sanción privativa de la libertad, es decir, 27 años, 6 meses y 20 días de prisión. "Esta descomunal diferencia entre la pena impuesta y la autorizada por la ley, sólo puede ser corregida mediante la anulación de la sentencia, una vez superada la fronte-

na de la ejecutoria, Arts. 211 C.P.P. y 309 C.P.C. en armonía don el art. 21 C.P.P.", sostiene el libelista.

Y, seguidamente agrega que la garantía fundamental del debido proceso fue desconocida tanto por el fallador de la primera instancia como por el de la segunda, habida cuenta que, a su juicio, se profirió sentencia "sin la presencia" de la prueba del hecho punible y la responsabilidad del procesado. La aceptación de los cargos por el acusado no exime a la Fiscalía de la obligación de aportarlas, y bajo tal circunstancia el juzgador se hallaba "impedido para fallar", pues, el arma de fuego "no la portaba el procesado condenado" y sin la prueba de balística sobre el arma decomisada previamente a la emisión de la sentencia, "no existía certeza de la existencia del hecho punible" conforme con lo normado en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el dispositivo del artículo 142 del Código de Procedimiento Civil debe integrarse a los artículos 232 y ss. del Código de Procedimiento Penal, "y recuperar el ordenamiento jurídico, derechos fundamentales, el debido proceso.", concluye.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Total desconocimiento del objeto y naturaleza jurídica de la acción de revisión, es lo que descubre la argumentación que el libelista esgrime para pretender el derrumbamiento de una sentencia en firme, instituto aquel que permite remover la injusticia que se deriva de un fallo condenatorio que hizo tránsito a cosa juzgada, por no coincidir la verdad formal que pregona la *res iudicata* con la que se origina en lo realmente acontecido, erigiéndose ésta como verdad histórica de los hechos.

En efecto, con el argumento sofístico del principio de integración contenido en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, aspira el impugnante se de aplicación a la normatividad que en tratándose de la acción de revisión, contempla nuestra ley procesal civil en materia de nulidades, como si éstas carecieran de su propia regulación en asunto penal; olvida el censor que dicho postulado procede en "aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código (...), siempre que no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal".

Es cierto que en materia civil las nulidades originadas en la sentencia pueden alegarse durante la actuación posterior a su emisión (Art. 142 del C. de P. Civil), de ahí que una tal irregularidad se erija en causal de revisión conforme con lo estipulado en el Art. 380-8" ibidem - "la nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso"-. Empero en materia penal no existe este tipo de regulación, pues, amén de que el legislador realizó una enumeración taxativa de los motivos que pueden dar lugar a impetrar la acción de revisión, para nada se refirió en ellas a las nulidades que tienen como fuente el proceso penal, las cuales tienen su propia sede de alegación en las instancias ordinarias y en la extraordinaria del recurso de casación (Arts. 305 a 307 y 220-3 del C. de P. P.).

Ahora bien, si conforme con lo previsto en el artículo 232 del C. de P. Penal la acción de revisión tiene como objetivo fundamental demostrar que el condenado es inocente del hecho por el cual se le juzgó, de acuerdo con lo regulado en la causal 3ª, o que no fue la persona que pudo haber ejecutado la conducta punible en los casos de las causales 1ª, 4ª y 5ª, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse por ausencia de los requisitos de procedibilidad de la misma, según lo establece la causal 2ª, fundamentos estos que brillan por su ausencia en el libelo impugnatorio, los elementos probatorios que se aduzcan para demostrar una cualquiera de las circunstancias reseñadas con antelación, deben ser diversos de los tenidos como sustento de las sentencias de primero y segundo grados, los cuales, además, mal pueden propender por intentar un nuevo examen de ese plexo, puesto que en revisión no es admisible discurrir sobre problemas atinentes con la aplicación de la ley, las irregularidades o vicios in procedendo, errores en la apreciación y estimación probatorias, la cuantía y naturaleza de la pena impuesta, temas todos ellos materia del recurso de casación. Menos se puede, como aquí lo pretende el demandante, debatir sobre uno de los cargos objeto de imputación, máxime si se trata de sentencia anticipada para cuya impugnación existen inclusive restricciones de orden legal (Art. 37B- 4 del C. de P. Penal).

Se insiste, la naturaleza y alcances de la acción de revisión se encuentran claramente delimitados en las disposiciones legales que la reglamentan en nuestro ordenamiento jurídico-penal, y por consiguiente si su objeto es permitir la demostración de que ha sido condenada como responsable de un delito una persona que no lo cometió ni contribuyó a cometerlo, o bien porque en el evento contemplado en la causal 6ª exista pronunciamiento judicial mediante el cual la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió como sustento de la sentencia condenatoria, temas extraños a esas específicas circunstancias como los que plantea en su escrito el libelista -debates sobre nulidades, formulación del cargo y su adecuación típica, y la determinación de la cuantía y naturaleza de una de las sanciones impuesta-, toman inidónea la demanda de revisión instaurada en razón del presente asunto, por carecer en lo absoluto la pretensión del impugnante de respaldo legal y de sindéresis jurídica, conforme con lo reglado en el artículo 234-3 del C. de P. P., en armonía con el artículo 232 *ibídem*.

Consecuentemente con lo que viene de exponerse y en razón de lo previsto en el artículo 235 del C. de P. Penal, por no reunir la demanda ni siquiera en mínima parte las exigencias que impone la ley para su admisión, se dispondrá de plano su rechazo.

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

RESUELVE:

RECHAZAR *in limine* la demanda de revisión presentada por el señor Procurador Judicial 197 Delegado en lo Penal en representación del sentenciado

Ramón Elías Orozco Cardona, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

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.

DEMANDA DE CASACION

De modo insistente la Corte ha sostenido que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia de plena justicia en la cual resulte procedente la continuación del debate jurídico y probatorio llevado a cabo en el curso del proceso. Es una sede única que parte del supuesto que el juicio ha fenecido con el proferimiento del fallo de segundo grado, en la cual el ejercicio del derecho a impugnar debe orientarse a demostrar que la declaración judicial del derecho material se apartó de la voluntad de la ley.

Es por tanto un juicio jurídico a la sentencia en orden a obtener su invalidación, cuya postulación requiere de la presentación de demanda, la cual ha de satisfacer a plenitud precisas exigencias legales de forma y contenido so riesgo de ser rechazada, y cuya prosperidad está determinada por la demostración de haberse configurado una o algunas de las causales de procedencia normativamente establecidas.

Entre los presupuestos formales exigidos por la ley de rito para que la demanda de casación pueda ser admitida por la Corte, se encuentra la obligación de indicar clara y precisamente los fundamentos fácticos y jurídicos de la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo.

La exigencia se funda en la necesidad de fijar objetivamente el sentido y alcance de la impugnación, en orden a determinar su idoneidad formal y sustancial, y en el principio de limitación que gobierna el recurso, de acuerdo con el cual el Juez de Casación no puede entrar a llenar los vacíos que el libelo ofrezca.

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

Aprobado Acta No. 146 Proceso No. 13916

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Alberto José Mejía Solano.

ANTECEDENTES

La noche del 11 de febrero de 1996 en la caseta denominada "Cinco Estrellas", localizada en la calle 16 con carrera 15 del Municipio de Soledad (Atlántico), departía el señor Senén Iván Vargas Pedraza. A eso de las dos de la mañana del siguiente día, decidió retirarse del lugar siendo alcanzado por un sujeto con quien tuvo un incidente que culminó con su muerte, a consecuencia de haber recibido en el rostro un disparo con arma de fuego.

Por estos hechos la Fiscalía Delegada de la Unidad de Reacción Inmediata con sede en Barranquilla, dispuso la apertura de investigación (fl. 7) y la consecuente vinculación mediante indagatoria de Alberto José Mejía Solano (fl. 21), a quien definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 66).

Posteriormente, la Fiscalía Séptima de la Unidad de Vida, a donde fueron reasignadas las diligencias, luego de clausurar el ciclo instructivo (fl. 97), el veintidós de abril de mil novecientos noventa y seis calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado Mejía Solano, por el delito de homicidio, mediante decisión que causó ejecutoria en esa instancia (fls. 125 y ss.).

De la etapa del juicio conoció el Juzgado Trece Penal del Circuito, en donde luego de llevar a cabo la vista pública (fl. 178 y ss.) culminó la instancia condenando al procesado a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, por encontrarlo penalmente responsable del delito imputado en la resolución acusatoria (fls. 241 y ss.), mediante fallo que el Tribunal Superior confirmó íntegramente al conocer en segunda instancia por vía de la apelación interpuesta por el procesado y su defensor (fls. 9 y ss. cno. Tribunal).

Contra la sentencia de segundo grado el procesado oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, presentándose por su defensor en el término legal, el respectivo escrito con el cual persigue sustentar la impugnación, y sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

LA DEMANDA

Apoyado en la causal primera de casación, el actor acusa la sentencia impugnada de haber violado indirectamente la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación probatoria. Sus fundamentos son, en síntesis, los siguientes:

- Le parece "asombroso y preocupante" que el fallo se hubiera soportado en la credibilidad otorgada a los testimonios de Jhon Jairo Jiménez Valega, Salvadora Isabel Pedraza Castro, Frank de Jesús Pájaro y Luis Eduardo Rolando Pérez, quienes además de ser familiares y amigos de la víctima, no presenciaron los hechos por no hallarse en el lugar donde estos ocurrieron, y refieren solamente suposiciones.

- Los juzgadores tuvieron en cuenta "únicamente los indicios aportados por los testimoniantes", descartando los "indicios de inocencia y justificación existentes en el proceso" y que favorecen a Mejía Solano, llegando al extremo de haber desconocido la "confesión calificada" del procesado, "quien narró los hechos tal como ocurrieron" en el sentido de que el occiso era el que portaba el arma y que en un forcejeo que tuvo con éste, se disparó con el fatal desenlace.

- En el proceso no existe certeza de que Alberto José Mejía Solano hubiese actuado con dolo o preterintención. Por el contrario aparece acreditado que actuó en defensa de su vida e integridad personal.

- La desestimación por el Tribunal de la confesión calificada realizada por el procesado, y el hecho de haber apreciado erróneamente las pruebas, fueron determinantes para la condena de su asistido.

- Por lo anterior solicita a la Corte casar el fallo impugnado y en lugar de éste absolver a su cliente.

SE CONSIDERA

De modo insistente la Corte ha sostenido que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia de plena justicia en la cual resulte procedente la continuación del debate jurídico y probatorio llevado a cabo en el curso del proceso. Es una sede única que parte del supuesto que el juicio ha fenecido con el proferimiento del fallo de segundo grado, en la cual el ejercicio del derecho a impugnar debe orientarse a demostrar que la declaración judicial del derecho material se apartó de la voluntad de la ley.

Es por tanto un juicio jurídico a la sentencia en orden a obtener su invalidación, cuya postulación requiere de la presentación de demanda, la cual ha de satisfacer a plenitud precisas exigencias legales de forma y contenido so riesgo de ser rechazada, y cuya prosperidad está determinada por la demostración de haberse configurado una o algunas de las causales de procedencia normativamente establecidas.

Entre los presupuestos formales exigidos por la ley de rito para que la demanda de casación pueda ser admitida por la Corte, se encuentra la obligación de indicar clara y precisamente los fundamentos fácticos y jurídicos de la causal que se aduce para pedir la infirmación del fallo.

La exigencia se funda en la necesidad de fijar objetivamente el sentido y alcance de la impugnación, en orden a determinar su idoneidad formal y sustancial, y en el principio de limitación que gobierna el recurso, de acuerdo con el cual el Juez de Casación no puede entrar a llenar los vacíos que el libelo ofrezca.

Estos requisitos, expresamente indicados por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, no son satisfechos por el recurrente en este caso, quien si bien trata de acertar identificando el fallo impugnado y los sujetos procesa-

les, resumir los hechos que en su criterio tuvieron lugar y la actuación llevada a cabo durante el trámite judicial, no logra lo mismo en relación con la carga de indicar clara y precisamente los fundamentos de la causal que aduce.

Aun cuando parte de denunciar violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación probatoria, guarda absoluto silencio sobre si el desacierto se materializó por que el juzgador supuso como existente en el proceso una prueba que materialmente no obra, o porque omitió considerar una válidamente allegada; o porque distorsionó, tergiversó, cercenó o adicionó algún medio en particular para hacerle producir efectos que objetivamente no se desprenden de su contexto; o porque en la apreciación probatoria transgredió los postulados de la lógica, la ciencia, la experiencia o el sentido común, es decir las reglas que orientan la sana crítica probatoria como método de valoración.

Se limita a criticar el mérito probatorio otorgado en las instancias a los testimonios de Jhon Jairo Jiménez Valega, Salvadora Isabel Pedraza Castro, Frank de Jesús Pájaro y Luis Eduardo Rolando Pérez, y la indagatoria rendida por el procesado, pero sin indicar en concreto qué dijeron cada una de estas personas, cuál valor persuasivo otorgó el juzgador a cada uno de dichos medios, ni lograr identificar los desaciertos que afirma se cometieron.

Al aducir que la exposición que de los hechos hizo el procesado, es la que corresponde a lo realmente acontecido, y que deben desestimarse los testimonios de Jhon Jairo Jiménez Valega, Salvadora Isabel Pedraza Castro, Frank de Jesús Pájaro y Luis Eduardo Rolando Pérez, pareciera que la censura se orienta más que a cuestionar la errada apreciación de determinado medio probatorio, a perseguir que la Corte revise integralmente lo actuado, y que, por encima del mérito que en la sentencia se haya asignado a las pruebas recaudadas, se produzca una nueva definición del asunto conforme al particular criterio del impugnante, lo cual, por supuesto, se aparta ostensiblemente de las finalidades del medio extraordinario de impugnación al que acude.

Entonces, como la demanda no satisface los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos, pues, como se deja expuesto, en ella no se logra establecer clara y precisamente los fundamentos de la causal aducida, y la Corte no puede corregirla por virtud del principio de limitación que rige el ejercicio de este medio de impugnación, lo procedente será rechazarla, y declarar desierto el recurso en cumplimiento de las previsiones del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Puesto que esta decisión causa ejecutoria con su suscripción, según lo disponen los artículos 197 y 226 del Estatuto que viene de ser citado, se ordenará la devolución inmediata del expediente al Tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Alberto José Mejía Solano 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 Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Finalidad

Sabido es que el recurso extraordinario de casación, a diferencia de los ordinarios que se ejercen en las instancias tiene finalidades específicas delimitadas en la ley y circunscritas a que con los cuestionamientos sobre la legalidad de las sentencias, pretenda la reparación de los agravios inferidos a las partes en el respectivo fallo, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso y unificar la jurisprudencia, lo cual debe hacerse únicamente con base y por los motivos expresamente previstos en el artículo 220 del Código de procedimiento Penal, pues no cualquier clase de inconformidad con la sentencia es susceptible de ser recurrida por esta vía.

Significa entonces lo anterior, que este medio de impugnación tiene como objeto no solo un fallo definitivo, es decir, aquél que pone fin a las instancias, sino el contenido material del proceso mismo, bien se trate de juicios in iudicando o in procedendo, y en esa medida el sujeto procesal legitimado para interponerlo debe, en orden a su interés para ello, pretender que se restablezca el imperio justo de la ley cuando por esta clase de defectos judiciales ha resultado atropellado en sus derechos.

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

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

Aprobado Acta No. 146 Proceso No. 15558

Vistos

Se pronuncia la Sala sobre los requisitos formales de la demanda de casación interpuesta por el defensor de Néstor Jair Osorio Arenas, contra la sentencia dictada el 19 de agosto de 1998 por el Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual se modificó la que anticipadamente dictara el Juzgado Penal del Circuito de Dosquebradas, aumentando de un año a 13 meses y 10 días la pena principal de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a este procesado como coautor del delito de extorsión, al tiempo que confirmó la negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Como el 29 de enero de 1998 el ciudadano Gabriel Hincapié Valencia, comerciante de Dosquebradas, denunció ante la Unidad Investigativa de Policía Judicial Gaula de la ciudad de Pereira, las amenazas de que había sido objeto mediante llamadas telefónicas en las que le exigían veinte millones de pesos, so pena de secuestrarle a uno de sus hijos, matar a sus conductores o quemarle las volquetas de su propiedad, si no cancelaba esa suma el mismo día, procediéndose por parte de las autoridades a montar el consiguiente operativo con el propósito de identificar y capturar a los implicados dándole instrucciones a la víctima sobre el manejo de la situación, lográndose capturar a José Martín Arcila, Néstor Jair Osorio Arenas y Miguel Hernández Echeverry el 5 de febrero siguiente, cuando efectivamente se disponían a recibir del denunciante el dinero exigido.

LA DEMANDA

Al amparo del cuerpo primero de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, en el único cargo que propone el defensor de Néstor Jair Osorio Arenas, acusa el fallo impugnado de violar directamente la ley sustancial, por cuanto los juzgadores de primera y segunda instancia no corrigieron "...la omisión de la Fiscalía", al dejar de aplicar el artículo 369 A *ibidem*, no obstante que "Desde la inicial indagatoria el señor Fiscal prometió al sindicado, aunque en forma gaseosa, beneficios por colaboración eficaz con la justicia, le habló expresamente del contenido y beneficios que traía consigo la Ley 81 de 1993 y con base a ellos le sugirió acogerse a esos beneficios. El sindicado tanto en esa primera injurada como en ampliación posterior celebrada en el centro de reclusión, aportó importantes datos que dieron como resultado la individualización y captura del otro coautor del delito".

En el mismo sentido, explica, que en el memorial por medio del cual el procesado solicitó la sentencia anticipada "le solicitó al Fiscal adelantar los trámites para la rebaja de pena por confesión. El Fiscal hizo caso omiso de ello, manifestando que tal rebaja sería efectuada por el juzgador de primera instancia. El *a quo* nada dijo al respecto y en la segunda instancia se deja al sindicado en el limbo jurídico pues se le exige acudir ante la Fiscalía General de la Nación a implorar ese beneficio. Si le fue usurpado y desconocido en la etapa del proceso donde estaba a cargo del ente investigador, mal podría pensarse ahora que se podría tener éxito en esa empresa".

Enfatiza entonces que como la colaboración que su defendido tuvo para con la justicia, se aprecia desde el inicio de la investigación y así lo reconoció el ente investigador en sus diferentes decisiones, "sería inequitativo e injusto que a Osorio Arenas la Administración de Justicia 'le quede debiendo'", máxime cuando en asuntos de "grandes delincuentes cuyos abogados tienen acceso directo a las máximas autoridades de la Fiscalía General de la Nación, tales prebendas sí sobran", pues de lo contrario, concluye, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad.

Finalmente, precisa que si bien es consciente de las limitaciones legales en cuanto al interés para recurrir los fallos anticipados, considera que como en este asunto se presenta un caso de injusticia reiterada, debe la Corte acogerlo, pues al habérsele desconocido al procesado los beneficios por colaboración eficaz, se le privó de la posibilidad de obtener la condena de ejecución condicional, concluyendo a partir de allí que "En ese orden de ideas y por estar en juego la concesión de ese subrogado penal, es válido este tipo de objeción para la sentencia anticipada por ser una de las posibilidades establecidas".

En consecuencia, solicita que se le reconozca a Néstor Jair Osorio Arenas beneficios por colaboración eficaz con la justicia, se le rebaje la pena y se le conceda el subrogado de la condena de ejecución condicional.

CONSIDERACIONES

1. Sabido es que el recurso extraordinario de casación, a diferencia de los ordinarios que se ejercen en las instancias tiene finalidades específicas delimitadas en la ley y circunscritas a que con los cuestionamientos sobre la legalidad de las sentencias, pretenda la reparación de los agravios inferidos a las partes en el respectivo fallo, la efectividad del derecho material y de las garantías debidas a las personas que intervienen en el proceso y unificar la jurisprudencia, lo cual debe hacerse únicamente con base y por los motivos expresamente previstos en el artículo 220 del Código de procedimiento Penal, pues no cualquier clase de inconformidad con la sentencia es susceptible de ser recurrida por esta vía.

2. Significa entonces lo anterior, que este medio de impugnación tiene como objeto no solo un fallo definitivo, es decir, aquel que pone fin a las instancias, sino el contenido material del proceso mismo, bien se trate de juicios in iudicando *o in procedendo, y en esa medida el sujeto procesal legitimado para interponerlo debe, en orden a su interés para ello, pretender que se restablezca el imperio justo de la ley cuando por esta clase de defectos judiciales ha resultado atropellado en sus derechos.*

3. Así las cosas, se tiene que en el presente caso, el defensor del procesado propone a la Corte una *sui generis* censura que parte de un supuesto falso o cuando menos equivocado, pues el ataque es ajeno a la realidad del proceso y de la legalidad del fallo impugnado, lo cual se torna aun más evidente en su pretensión final de que se le reconozcan a Osorio Arenas beneficios por colaboración eficaz, cuando, no obstante tratarse de una sentencia anticipada frente a la que en estricto sentido no se apartó del acuerdo a que llegó aquél con la Fiscalía, el repudio al fallo termina siendo sofístico puesto que se endereza a cuestionar una mera hipótesis que no alcanzó concreción alguna, toda vez que da por sentadas las consecuencias de un trámite que no se materializó.

4. En efecto, para el demandante se quebrantó de manera directa y por falta de aplicación el artículo 369 A del Código de Procedimiento Penal porque al procesado, se repite, no se le reconocieron beneficios por colaboración eficaz, afirmando que el fallo no corrigió la omisión de la Fiscalía en tal sentido,

lo que significa que no se llevó a cabo el trámite que para estos fines prevé el Código de Procedimiento Penal, es decir, no se trata de un error de juicio en la interpretación o aplicación de la ley sino eventualmente de uno de actividad, alegable por la causal tercera de casación, que además, tampoco incidencia alguna tuvo en el proceso ni en el fallo, si se tiene en cuenta que es en ese último momento en donde el Juez define todos los extremos de la actuación, esto es, la responsabilidad del incriminado, la pena a imponer, la procedencia de subrogados y la determinación de los perjuicios ocasionados con el delito y si es del caso las rebajas de pena por colaboración eficaz cuando se ha agotado el trámite previsto en el artículo 369 A *ibidem*, es decir, una vez el Fiscal General de la Nación o el que éste delegue, previo concepto de la Procuraduría, acuerde uno o varios beneficios con el procesado, decisión que, además, conforme a lo dispuesto en el artículo 369 C es susceptible de los recursos ordinarios, lo cual aquí no ha ocurrido.

En estas condiciones, es claro que el objeto de impugnación del fallo no existe, en la medida en que el asunto sobre el que recae la impugnación no es recurrible en casación, pues ni siquiera se ha producido jurídicamente, es decir, no encuentra la Sala cuál entonces es el agravio sufrido, pues esta clase de trámites bien pueden surtirse encontrándose en firme la sentencia, lo que significa que la defensa carece de interés para recurrir extraordinariamente en este aspecto, debiéndose, en consecuencia rechazar in limine la presente demanda y declarar desierto el recurso de casación interpuesto por el defensor de Néstor Jair Osorio Arenas.

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda presentada a nombre del procesado Néstor Jair Osorio Arenas, y en consecuencia declarar desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, contra esta decisión no procede recurso alguno.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TIPICIDAD/PREVARICATO POR ACCION/PREVARICATO POR OMISION/REPARTO/CONCIERTO PARA DELINQUIR/FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO/PECULADO POR APROPIACION/DETERMINADOR

1. De ahí que se diga que la posición asumida para cuestionar el fallo, es de gran comodidad. Se advierte en ella un unilateral fraccionamiento de los hechos básicos de la acusación y la posterior sentencia que ahora es materia de impugnación, pues en la misma vía en que se enfoca la sustentación del recurso, habría lugar a aducir que ninguno de los actos insularmente considerados se prestarían a ser tomados como configurativos de iliciitud, y, por tanto, que carecen de trascendencia penal, cuando lo cierto es que la conducta y sus resultados, frente al tipo, han de ser apreciados desde la óptica de su integral valoración jurídica y social.

Este fraccionamiento de la conducta objeto de investigación y juzgamiento, da lugar a que los recurrentes descompongan en sus mínimas expresiones los comportamientos delictivos imputados, para deducir a partir de éstas, que ninguna de ellas, aisladamente estimadas, ostentan carácter delictivo. Por este terreno de discusión la Corte no irasegará, pues en ello podría dar lugar a entender que son los actos, y no la conducta integralmente considerada, los que deben ser sometidos a valoración social y jurídica a efectos de establecer su reprochabilidad penal, impidiendo la evaluación de los resultados del comportamiento frente al tipo penal de que se trate.

Tema especial resulta el relacionado con la inembargabilidad de los dineros incorporados en el Presupuesto Nacional, por virtud de lo dispuesto en la Ley 38 de 1990. Según el doctor (...), los dineros que se incorporaron al patrimonio de la Caja dejaron de pertenecer al presupuesto y en tal medida su embargo resultaba viable, conforme fue decretado.

No empece este asunto no haber sido tratado por el organismo encargado de la acusación, pues, se entiende, correspondía a punto intrascendente derivado de la imposibilidad jurídica de librar mandamiento de pago por la precariedad de los documentos allegados con la demanda, es de decirse que de conformidad con el artículo 513 del C. de P. C., modificado por el D. E. 2282 de 1989, art. 1º. Num. 272, "las rentas y recursos incorpo-

rados en el presupuesto general de la nación son inembargables", reiterando así la prohibición establecida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación por entonces vigente.

La existencia de estas disposiciones indica que no se trataba de una preceptiva aislada del resto del ordenamiento jurídico existente por la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, sino de una perentoria pauta de conducta a ser íntegramente acatada por los funcionarios. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el tres de octubre de 1991, al fallar la acción de inexequibilidad propuesta contra algunos segmentos del artículo 74 de la Ley 46 de 1990. Se dijo entonces:

"Lo anterior quiere decir que de todas maneras continúa vigente y en plena aplicación tanto el artículo 74 de la Ley 46 de 1990 en la parte no declarada inexequible como el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 -declarado ajustado a la Carta por sentencia No. 44 de 22 de mayo de 1990- en cuanto consagran la inembargabilidad de 'las rentas' y 'recursos' incorporados al Presupuesto Nacional, entendiéndose estos dos términos en su sentido de la Hacienda Pública a la cual pertenecen y que está dado en la misma Ley 38. Y comprendiéndose obviamente dentro del concepto 'rentas' y 'recursos' los bienes en que unas y otros se materializan en cada caso. Las entidades oficiales correspondientes certificarán en su momento sobre si se trata de casos de 'rentas' o de 'recursos' del Presupuesto Nacional cuando se quiera hacer efectiva la inembargabilidad".

Significa esto, que no obstante la vigencia de la prohibición contenida en la disposición, ratificada incluso por el Juez de Control Constitucional de entonces, no solamente fue desconocida de modo reiterado por el Juez acusado, al decretar el embargo y secuestro de bienes que como se anotó no podían ser objeto de esa medida, sino que acudió a dicho mecanismo para lograr que se configurara la mayor defraudación patrimonial a la Caja Nacional de Previsión.

Cosa distinta a esto es que en la actualidad por virtud de las nuevas regulaciones normativas, o incluso con ocasión de posteriores pronunciamientos de constitucionalidad de los referidos preceptos (art. 513 del C. de P. C. y ley 38 de 1989) rijan normatividades distintas que hoy en día eventualmente autoricen la medida preventiva cuando de obligaciones nacidas en una relación de trabajo se trata, pero esto no significa que a la fecha del pronunciamiento de primer grado hubieren dejado de tener connotación jurídica los delitos de prevaricato y peculado, de una parte, porque como se vio, la inexistencia de verdaderos títulos ejecutivos impedía, como igual acontece hoy en día, dictar mandamiento ejecutivo, de contera decretar el embargo de bienes y su posterior entrega a los demandantes, y de otra, la conducta delictiva de que se viene hablando, no ha sido modificada favorablemente, ni desde el punto de vista de los supuestos de hecho definidos como ilicitud, ni en cuanto toca con la punibilidad del comportamiento.

2. En ese sentido ha de afirmarse que si los documentos presentados con las demandas hubieren reunido los requisitos establecidos en la ley para poderseles considerar verdaderos títulos ejecutivos, si las demandas hubieren cumplido los presupuestos de admisibilidad, si los actos procesales de liquidación de los créditos se hubieren ajustado a las preceptivas establecidas al efecto o se hubiere respetado la prohibición de embargar bienes respecto de los cuales no operaba por entonces la medida cautelar, es decir, si los procesos hubieren sido adelantados conforme al trámite previsto en la ley de rito laboral, podría entenderse configurado el delito de prevaricato por omisión que se imputa haber realizado el funcionario al no proceder a entregar a la demandada los dineros pertenecientes a procesos ya fenecidos, conforme había sido dispuesto en decisión judicial.

3. En favor del doctor (...) se pregona que el delito de concierto para delinquir no logró configuración aduciéndose la imposibilidad de manipular el acto de reparto de procesos, dado que esta labor oficial se cumplía semanalmente en uno de los dieciséis Juzgados Laborales del Circuito, y se hacía en presencia del Juez de turno, los empleados del Despacho y un representante del Ministerio público.

Si bien la obligada presencia de estos funcionarios en el acto de reparto de los negocios que lleguen a los Juzgados de cada especialidad, y la asignación de dicha labor a un despacho distinto cada semana, constituyen mecanismos de control en orden a garantizar la transparencia, imparcialidad y equilibrio en la asignación de procesos a cargo de cada uno de los Juzgados, esto de manera alguna es suficiente para afirmar que el resultado no puede verse alterado, y que por lo mismo, es imposible por esa vía llegar a transgredir la ley, como parece ser sugerido.

Muestra elocuente de lo afirmado, la constituye la forma como en la asignación de procesos al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, se vio manipulada mediante la presentación de tantas demandas como número de juzgados existiera a efectos de que una vez asignada una de ellas al Despacho del Doctor (...), se procediera por los abogados al retiro de las demás repartidas a otros Juzgados. Es decir, mediante la utilización de un mecanismo legal, previsto en el artículo 88 del C. de P. C., se logró desvirtuar la imparcialidad que pretende garantizar el trámite de reparto de procesos.

4. En relación con el delito de falsedad ideológica que se le imputa realizado, es de decirse que el procesado no niega que las constancias oficiales por él expedidas no coincidieran con la verdad, establecida desde la perspectiva de la aparente legalidad de los procesos, al punto de aceptar que en ellas figuran diferencias entre las sumas embargadas y aquellas realmente entregadas a los demandantes.

Su censura se orienta hacia la connotación jurídica de dicha conducta aduciendo que la suma de todos los dineros entregados por el Juzgado al apoderado de los ejecutantes, en ningún momento superó el monto del

crédito que se liquidó, con lo cual la falsedad que se le imputa resultaría inocua, dada su correspondencia con errores en una de las cuatro operaciones aritméticas, y justificable por el volumen de trabajo en los Juzgados Laborales del Circuito.

En este estadio de la argumentación, pertinente advierte recordar la Sala lo que ha venido diciendo en torno al tema:

"La descripción comportamental recogida en el tipo de falsedad ideológica en documento público, alcanza realización, ha sido dicho, cuando el empleado oficial, en ejercicio de sus funciones, extiende documento que pueda servir de prueba y consigna en él una falsedad o calla total o parcialmente la verdad, independientemente de los cometidos ulteriores que hubiese perseguido con su conducta, pues lo que la norma protege es la credibilidad en el contenido de tales documentos dada por el conglomerado, en cuanto se ha convenido otorgarles valor probatorio de las relaciones jurídico-sociales que allí se plasman".

"Pero esta verdad, y la realidad histórica que ha de contener el documento oficial, debe ser íntegra, en razón a la aptitud probatoria que el medio adquiere y con la cual ingresa al tráfico jurídico. En virtud de ello, el servidor oficial en la función documentadora que le es propia, no solo tiene el deber de ceñirse estrictamente a la verdad sobre la existencia histórica de un fenómeno o suceso, sino que al referirla en los documentos que expida, deberá incluir las especiales modalidades o circunstancias en que haya tenido lugar, en cuanto sean generadoras de efectos relevantes en el contexto de las relaciones jurídicas y sociales" (Sentencia Cas. Mayo 19 de 1999. M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

Y en cuanto a la ausencia de lesividad de la conducta falsaria, se dijo entonces que "de antiguo la jurisprudencia viene señalando que los tipos penales que recogen la conducta en referencia, son de peligro, no de lesión concreta a las relaciones jurídicas:

"Significa esto que aun cuando no se establezca que se ha perjudicado a una determinada persona, el delito de falsedad documental existe si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene aptitud para perturbar una relación jurídica, bien sea contribuyendo a negar un derecho a quien lo tiene o atribuírselo a quien no lo tiene ya en el campo de las relaciones entre particulares o bien en el de éstos con el Estado" (Cas. de agosto 27/76. M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto), en posición que a la hora de ahora mantiene plena vigencia, dado que, si bien se refiere a un estatuto punitivo hoy derogado, la estructura del tipo y del bien jurídico que por medio de él se protege, se conservan".

"Y, por vía de ejemplo, ya específicamente sobre la falsificación de documentos públicos, se precisó:

"En el delito de falsedad en documento público, basta, respecto del perjuicio, que éste tenga la aptitud para generarlo, o lo que es lo mismo, que

el documento sea potencialmente dañoso. Esa idoneidad para causar daño no puede deducirse únicamente de la efectiva realización de éste, aunque no puede negarse que ello constituye su mejor comprobación, sino de la intrínseca aptitud para ocasionarlo, la cual se puede apreciar desde el momento mismo en que el documento es creado" (Auto Segunda Inst. Abril 29/80. M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria.)".

5. La impugnación también se apoya en sostener, que parte de los dineros ilícitamente obtenidos, fueron entregados por (...) a sus poderdantes (en proporciones ínfimas diría la Corte), en cumplimiento del contrato de honorarios profesionales suscrito con ellos. Aun de ser esto cierto, en manera alguna demerita los delitos cometidos por el funcionario (...), cuya realización determinó el abogado Cabrera, pues no debe perderse de vista que la acusación no ha sido formulada por haber obtenido provecho patrimonial ilícito en detrimento de sus clientes, como corresponderín a la imputación por algún delito de estafa, sino por los delitos de prevaricato y peculado, cuyos contenidos de tipicidad son manifiestamente distintos de aquél.

6. En este tema de la determinación, pertinente resulta reiterar que la cualificación exigida para el autor de los delitos de prevaricato y peculado, no lo es para el determinador de esas conductas, conforme ha sido tesis reiterada en torno al punto:

"Una cosa es que por autor se entienda tanto al intelectual como al material y otra muy diferente es que ambas especies se asimilen entre sí hasta el punto de considerarse una sola para efectos de la punibilidad como pretende demostrarlo el casacionista, al afirmar '... que el legislador unificó los sujetos autor y determinador en uno solo' ".

"No estará de más recordar que en lo que se refiere al determinador la Sala ha hecho claridad en diversas oportunidades respecto a los tipos que requieren sujeto activo cualificado, rememorándose, por ejemplo, la sentencia de junio tres (3) de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la que se aclara que '... si se trata de tipo de sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es quien debe exigirse tal calidad'".

"La razón es clara. El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si, como sucede en el caso en estudio, para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los delicta propia ejecuta el acto prohibido en ejercicio de sus funciones".

"No sucede lo propio con el determinador: Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir: esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntariamente

acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al actor del tipo propio o especial. Esto es del todo indiferente... "(Sent. Cas. Oct. 29/93. M. P. Dr. Valencia Martínez).

Por esto, en las aludidas condiciones resulta apenas obvio que igual perjuicio se causa a quien ilícitamente se obliga a pagar algo sin deberlo, como también si debiéndolo, no es la oportunidad para su pago, o el procedimiento seguido para el cobro coactivo no es el establecido en la ley, pues en uno y otro caso, ilegalmente se lo despoja ilegalmente, de recursos de contenido económico, siendo por tanto obligado al juez procurar que las cosas vuelvan a su estado anterior al momento de la comisión del delito.

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

Magistrados Ponentes: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll* y Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 141 de sep. 20/99 Proceso No. 14288

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por los procesados Luis Alvaro Sánchez Rodríguez (ex Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá), Luis Henry Trujillo Sánchez, Omar Cabrera Polanco y Mercedes Cabrera Polanco, sus defensores, y la Procuradora Once Judicial Penal, contra la sentencia proferida el cinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual tomó las siguientes determinaciones:

Condeno a Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, a las penas principales de veintidós años de prisión y multa en cuantía de un millón de pesos, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, al hallarlo responsable del concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión, falsedad en documento público, concierto para delinquir, peculado por apropiación y enriquecimiento ilícito; al tiempo que lo absolvió del delito de prevaricato por omisión imputado dentro del proceso 10398 A.

Condeno a Luis Henry Trujillo Sánchez, a las penas principales de nueve años de prisión y multa en cuantía de quinientos mil pesos, y las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad, y suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por tres años, al encontrarlo penalmente responsable como determinador del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en el grado de tentativa.

Condeno a Omar Cabrera Polanco a las penas principales de doce años de prisión y multa en cuantía de un millón de pesos, y las accesorias de interdic-

ción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, y la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por espacio de tres años, al hallarlo responsable como determinador de los delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación en el grado de tentativa y peculado por apropiación consumado, cometidos en concurso.

Condeno a Mercedes Cabrera Polanco a las penas principales de siete años de prisión y multa en cuantía de doscientos mil pesos y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de libertad, como consecuencia de declararla penalmente responsable como determinadora de los delitos de prevaricato y peculado por apropiación, también en concurso.

Condeno a Luis Alvaro Sánchez Rodríguez al pago en concreto de la suma de $ 3.436'620.972.65 y los intereses pertinentes a título de daños y perjuicios ocasionados con el delito; a Omar Cabrera Polanco y Mercedes Cabrera Polanco al pago de la suma de $ 941'380.434.oo y los intereses pertinentes por el mismo concepto, la cual debe ser cancelada solidariamente con el doctor Sánchez Rodríguez. Se abstuvo de condenar en perjuicios a Luis Henry Trujillo Sánchez.

Negó a los procesados el subrogado de la condena de ejecución condicional, revocó el beneficio de detención domiciliaria de que vienen disfrutando Luis Henry Trujillo Sánchez, Omar Cabrera Polanco y Mercedes Cabrera Polanco. Dispuso que "el cumplimiento de la pena impuesta se hará efectivo una vez quede ejecutoriado el fallo, y se tendrá como parte de la misma el tiempo que han permanecido en detención domiciliaria", y que, también en firme, se libraran las correspondientes órdenes de captura en contra de éstos.

Ordenó compulsar copias para la investigación de la conducta de Luis Henry Trujillo Sánchez dentro del proceso ejecutivo número 31827; y, respecto de este mismo procesado, de Omar Cabrera Polanco y Mercedes Cabrera Polanco para la averiguación penal correspondiente por el delito de concierto para delinquir en que pudieron haber incurrido.

Dispuso además, entregar a la Caja Nacional de Previsión Social la suma de $ 7.000.000.oo. proveniente del embargo de dineros oportunamente decretado en el curso de la actuación.

1. Antecedentes

1.1. Actuación Disciplinaria.

Con ocasión de las irregularidades cometidas en la diligencia de inspección judicial practicada el primero de junio de mil novecientos noventa por el Juzgado Cuarenta Civil Municipal de Bogotá en la Pagaduría de la Caja Nacional de Previsión, con el objeto de embargar y secuestrar tres (3) cheques por la suma de novecientos cuarenta y un millones trescientos ochenta mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos con veinticuatro centavos ($941.380.434,24), por auto proferido el seis siguiente, la Procuraduría Dele-

gada para la Vigilancia Judicial dispuso practicar visita especial al proceso ejecutivo identificado con el número 30511, promovido por Ana Morales de Vargas y OTROS contra la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL, estableciéndose la existencia de graves anomalías, las que determinaron la formal apertura de investigación disciplinaria en contra del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, quien por entonces se desempeñaba como Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, la doctora María Betty Castellanos de Romero, Juez Cuarenta Civil Municipal de la misma ciudad y la señorita Omaira Ríos Vargas, Secretaria del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, al tiempo que se dispuso expedir copias de lo actuado para la averiguación penal correspondiente respecto de ellos, y de los abogados Marco Antonio Manzano Vásquez, Omar Cabrera Polanco, Mercedes Cabrera Polanco y Alberto Cárdenas de la Rosa, quienes actuaron o figuraron como apoderados de los ejecutantes, entre otras determinaciones.

En el pliego de cargos posteriormente formulado contra los investigados, al doctor Sánchez Rodríguez la Procuraduría le imputó la liquidación exagerada de agencias en derecho atendiendo la cuantía del proceso, y las tarifas establecidas por el Colegio de Abogados Especializados en Derecho Laboral, teniendo en cuenta la mínima gestión llevada a cabo por el apoderado de la parte actora. También le endilgó haber ordenado correr traslado a las partes de la liquidación del crédito realizada por la Secretaria Omaira Ríos Vargas, en donde se incluyeron intereses que sobrepasan el monto del capital cobrado por esa vía.

A Omaira Ríos Vargas, Secretaria del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, le imputó haber liquidado el crédito en la exorbitante suma de $ 197.121.532.90, sin tener en cuenta que el mandamiento de pago se profirió por $95.601.306.oo y sin explicar la tasa de interés aplicada, ni los períodos de mora comprendidos. También, le atribuyó responsabilidad por no haber suscrito el acto de liquidación a que se ha hecho referencia.

Y, a la doctora María Betty Castellanos de Romero, le endilgó no haber tramitado la oposición al embargo y secuestro de los cheques, propuesta por la doctora Libia Isabel Arcila Gómez, funcionaria de la Caja Nacional de Previsión, quien expuso la inembargabilidad de los títulos valores objeto de la diligencia; haber designado como secuestre a un perito contador cuyo nombre no figura en la lista de auxiliares de la justicia, la cual no había sido agotada; y haber recibido una "gruesa" suma de dinero por llevar a cabo la diligencia.

Días más tarde, el 30 de enero de 1991, mediante Resolución Número 003, la Delegada de la Procuraduría declaró probados y no desvirtuados los cargos formulados, y, en consecuencia, dispuso la remisión del expediente a la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cundinamarca para lo de su competencia en cuanto a la sanción a imponer a los disciplinados, aclarando que se absolvía a la doctora Castellanos de Romero, exclusivamente en lo atinente al trámite de la oposición a la diligencia de embargo, "por no haber demostrado

más claramente la doctora Libia Isabel Arcila Gómez su intención de oponerse a la diligencia de embargo y secuestro de los tres títulos valores".

Declarada la incompetencia para conocer del asunto, la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cundinamarca dispuso la remisión del diligenciamiento a su homóloga del Tribunal Superior de Bogotá, autoridad que el trece de septiembre de mil novecientos noventa y uno puso fin al proceso disciplinario sancionando con destitución a los doctores Luis Alvaro Sánchez Rodríguez y María Betty Castellanos de Romero, al tiempo que ordenó la expedición de copias con destino al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito para la continuación del trámite disciplinario respecto de Omaira Ríos Vargas, a la Sala Disciplinaria del Tribunal de Cundinamarca para la averiguación de la conducta profesional de los abogados que intervinieron en el trámite de los procesos 30063, 30064, 30313, 31827, 30267, 30105, 30981 y 30522, sobre los cuales también fueron advertidas algunas irregularidades; y a las autoridades penales para investigación de la conducta del apoderado de la Caja doctor Augusto Conti Parra, por su actuación dentro del proceso 30511; del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, dentro de los procesos radicados con los números 30063, 30064, 30313, 31827, 30267, 30105, 30981, 30522 y 30128; y el establecimiento de responsabilidades por la desaparición del Juzgado Cuarto Laboral de los procesos números 31205, 30866, 30313, 30063 y 30064.

Negado el recurso de apelación interpuesto contra el fallo, y concedido el de revisión, la Sala de Gobierno del Tribunal lo declaró infundado por providencia de dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

2. Las Resoluciones de Acusación

Asumida la investigación inicialmente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y posteriormente por la Unidad de Fiscalía Delegada ante dicha Corporación, y previa vinculación al proceso de los acusados, definición de su situación jurídica y clausura de los correspondientes ciclos instructivos, fueron proferidas las siguientes resoluciones de acusación:

2.1. Proceso 3557C contra Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Por providencia del doce de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra el ex Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, por el concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión, falsedad en documento público, concierto para delinquir y peculado por apropiación.

Los hechos se relacionan con el trámite dado por el ex funcionario a los procesos ejecutivos laborales números 29690, 29827, 29934, 29937, 30105, 30241, 30267, 30376, 30377, 30402, 30511, 30522, 30981, 31128, 31172, 31270, 31401, 31716, 31784, 31827, 32207 y 32210, con los cuales se logró

que la Caja Nacional de Previsión pagara la suma de $3.441'261.501.oo a favor de los diferentes accionantes, con fundamento en fotocopias de resoluciones administrativas presentadas como título ejecutivo, sin que en la mayoría de ellas se contemplara la obligación de pagar sumas líquidas o liquidables de dinero, omitiendo considerar que en los citados documentos se hizo la advertencia expresa de no prestar mérito ejecutivo, y que, en otras ocasiones, los títulos ya habían sido objeto de cobro judicial o de pago administrativo, lo cual permitió la doble contabilización y cobro de períodos ya cancelados y la ilegal liquidación de las sumas debidas por concepto de intereses; en otros casos rechazó las excepciones propuestas por la parte demandada, en el sentido de que las obligaciones dinerarias contenidas en los actos administrativos base de la acción, ya habían prescrito.

Para llegar a dicha conclusión, la Delegada de la Fiscalía hizo las siguientes consideraciones:

2.1.1. Noción de título ejecutivo

Acudiendo a lo normado por el artículo 100 del C. de P.L. que establece la posibilidad de ejecución forzada de obligaciones originadas en una relación de trabajo, el cual remite al artículo 488 del C. de P. C, señaló que la característica esencial de un título ejecutivo es la de contener una obligación clara, expresa y exigible, siempre que ella conste en un documento auténtico que provenga del deudor o su causante y que consista en pagar una suma líquida o liquidable de dinero, es decir, "la expresada en una cifra numérica precisa", o aquella que puede obtenerse "por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas", como lo exige el artículo 491 del C. de P. C.

Estas condiciones no son cumplidas en los documentos que sirvieron de base para la instauración de las acciones ejecutivas, pues no obstante que supuestamente la ejecución se realizaba por sumas de dinero, en ellos con toda claridad se exige que la Caja Nacional de Previsión –Sección de Registro de Pensiones– dicte providencias que permitan determinar las liquidaciones, deduciendo los dineros que resulten de nuevas liquidaciones, los ya pagados administrativa y ejecutivamente y los descuentos ordenados por la ley, como el relacionado con el 5% de la Ley 4ª de 1976 por concepto de servicios médico-asistenciales.

2.1.2. No empece precisar la Fiscalía que esto es suficiente para dar por demostrada la inexistencia de los títulos ejecutivos, los documentos allegados a los procesos laborales, por no haber sido aportados en original sino en copia, ningún valor tenían para efectos de admitir el trámite, conforme al principio de la originalidad de la prueba, a que se refirió la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal en pronunciamiento de 8 de abril de 1994, con ponencia del Magistrado Doctor Jorge Carreño Luengas.

2.1.3. También consideró que si bien es cierto las resoluciones expedidas por la Caja Nacional de Previsión reconocían el derecho pensional, esto no podía servir de fundamento para demandar la ejecución de los aumentos allí

dispuestos, toda vez que debía hacerse según las normas vigentes al momento de la liquidación, como sucedía con las leyes o decretos que disponían los aumentos salariales. Por esto, la Caja periódicamente debía efectuar las liquidaciones pertinentes con cada pensionado, lo cual no sucedió en el evento *sub judice* pues el funcionario no lo exigió y por el contrario arbitrariamente se atuvo a las liquidaciones que efectuaron los ejecutantes.

2.1.4. Además de lo anterior, la Fiscalía detectó que al interior de los procesos ocurrieron múltiples anomalías de trascendencia penal como las siguientes:

2.1.4.1. En todas las resoluciones proferidas por "Cajanal", se mencionaba el requisito previo de una liquidación por parte de la entidad, en la que debían quedar consignados los reajustes de ley respecto de cada uno de los pensionados, el cual no fue cumplido para demandar la ejecución, pues si bien en algunos eventos tales liquidaciones fueron allegadas, el juez hizo caso omiso de ellas.

2.1.4.2. No reparó el funcionario en el sello puesto por "Cajanal" sobre los documentos base de la acción, en el sentido de que las citadas resoluciones no prestan mérito ejecutivo, con cuya imposición buscaba restringir el uso de las copias de sus actos administrativos, como igual propósito perseguía al estampar sellos que indicaban tratarse de segunda copia o que los dineros ya habían sido objeto de cobro judicial en otros Despachos.

Por vía ilustrativa, cita lo ocurrido dentro del proceso 30511, con las resoluciones 3782, 4037 y 3758; en el proceso 29937 con las resoluciones 3728, 4180 y 1968; con el proceso número 29827, con las resoluciones números 3419, 4431, 3666; o con el proceso 29690 con las resoluciones 6164, 6765, y 642, en todas las cuales se lee que "la presente resolución no presta mérito ejecutivo y su uso es exclusivamente para fines estadísticos", lo cual obligaba al Juez a negarle el valor pretendido por los ejecutantes.

2.1.4.3. Agrega que en numerosas resoluciones allegadas por los ejecutantes, figuran constancias de distintos juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, en el sentido de haber sido objeto de cobro coactivo y haberse verificado el pago de rigor, las cuales le quitaban todo mérito ejecutivo al documento que así había perdido su exigibilidad.

Como ejemplo de ello, la Fiscalía menciona el proceso ejecutivo número 29690, en el cual figuran las resoluciones 3481, 6426 y 0643, donde consta que el recaudo se logró ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá; el ejecutivo No. 29934, donde figura que las resoluciones 5258 y 6316 fueron objeto de cobro ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito; el ejecutivo 30241 en el que figuran las resoluciones 2803, 7191, 1981 y 624 cuyos pagos fueron realizados por orden del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito; y el proceso 31270, dentro del cual obran las resoluciones 2101, 5734, 7145 y 12241, que habían sido objeto de cobro ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito.

Gracias al desconocimiento que de esta situación hizo el funcionario acusado, se produjo la doble contabilización de períodos ya cobrados, como sucedió

con la resolución 5760 de junio 13 de 1983, que dentro del proceso 30105 dio lugar al mandamiento de pago proferido el 31 de agosto de 1989 en el cual se incluyó el período comprendido entre 1981 y 1985 con un capital de $ 586.677.45 más intereses de $ 1.365.198.42 para un total de $ 1.951.875.87. Esta misma resolución se tomó en cuenta en el proceso 30511 donde se emitió mandamiento de pago por el período comprendido entre 1976 y 1989 con un capital de $1.535.727.97 más intereses de $ 3.932.999.32 para un total de $ 5.468.727.29.

Igual acontece con el proceso 29827 respecto de Amanda Osorio de Misas en cuyo favor se presentaron las Resoluciones 10887 y 2488, para el cobro de reajustes con liquidaciones por el mismo período comprendido entre 1976 y 1978, anomalía ésta advertida por la Tesorería de la Caja y de la cual el Juez hizo caso omiso.

Además se dio aplicación indebida a lo dispuesto por la Ley 4ª de 1976, por cuanto fraudulentamente fueron liquidados los montos adeudados. Ejemplo representativo de esta situación, es el relacionado con el proceso ejecutivo 30522, que trata del pensionado José Vicente González Cardozo, en cuyo favor obra la Resolución 11146 de 1985 en donde para 1976 el ejecutante tomó la suma de $4.768.50 y le agregó una diferencia de $ 609.oo, la cual multiplicó por 12 mesadas adeudadas, obteniendo un total de $7.308.oo, cuando lo cierto es que la pensión de $1.771.81, reajustada llegaba a $3.037.58, con una diferencia de $265.77, incrementada en $3.189.24 resultado de la multiplicación por 12 mesadas, denotando con ello un mayor valor cobrado en cuanto al capital, de $4.118.76 para el primer año, en desfase que fue repetido para los años siguientes hasta el de 1989, todo lo cual fue aceptado sin objeción por el funcionario.

En otros procesos obra constancia en el sentido de que varias de las resoluciones base de la ejecución ya habían sido objeto de cobro judicial en el mismo Juzgado Cuarto Laboral del Circuito: Tal el caso, por ejemplo, del proceso ejecutivo 31270, iniciado con base entre otras en la resolución número 8625 a favor de Georgina Ceballos Arias, en la cual la Caja Nacional de Previsión dejó constancia de tratarse de segunda copia, porque respecto de la primera ya se había producido cobro judicial en el citado Despacho Judicial. En el proceso ejecutivo número 29690 obra la Resolución 469 a favor de María Dolores Santos respecto de la cual en el mismo Juzgado fueron cancelados reajustes pensionales. Idéntica situación se presenta en el proceso 29827 en el cual obra que la Resolución No. 441 a favor de Humberto José Cáceres, ya había sido objeto de pago por el mismo Juzgado.

Estas situaciones, entre muchas otras, sostiene la Fiscalía, determinaron dobles pagos como consecuencia de aceptar dobles cobros contra la Caja Nacional de Previsión, y cuyas diferencias fueron a parar a manos de los abogados ejecutantes.

La Fiscalía demuestra esto, por vía de ejemplo, con el proceso 30377, en donde figura que a favor de Alfredo Porras ilegalmente se liquidó la suma de $

2.081.359.01 y por intereses $ 5.220.047.48 para un total de $ 7.301.406.49 cuando lo correcto era liquidar por concepto de capital la suma de $ 110.340.67, y unos intereses de $ 84.337.06 que sumados equivaldrían a $194.677.73, con una diferencia de $ 7.106.728.76. Otro caso relacionado con el tema, tiene que ver con la pensionada Rosalba Borja Vda. de Pascua, a quien dentro del proceso ejecutivo 31270 se le liquidaron $5.911.608.oo y solamente recibió la suma de $1.317.586.oo.

Ello, en opinión de la Fiscalía, conduce a demostrar que luego de las liquidaciones y pagos ilegales, elevadísimas sumas de dinero quedaban en poder de los abogados y no de los pensionados a quienes sólo les entregaban una parte de lo cobrado a través del juzgado. Pero la situación advertida, sostiene la acusación, se torna más grave si se toman en cuenta los casos en que el Juez autorizaba el desglose de los poderes, con base en los cuales los abogados ejecutaban a la Caja de Previsión, sin que los pensionados siquiera se enteraran.

2.1.4.4. También fue establecido que en las resoluciones base de la acción ejecutiva figuran sellos de tratarse de segundas o terceras copias, lo que determinaba que no podían ser tenidas en cuenta como título ejecutivo, desconociéndose además, el contenido de la Resolución 3055 de julio 8 de 1987, mediante la cual la Dirección de Cajanal señalaba que cuando se solicitara copia de un acto administrativo por segunda vez, debía comprobarse su objeto y establecer si en relación con la misma ya habían sido efectuados pagos por las vías ejecutiva o administrativa.

De esto dan cuenta el proceso 30376, donde aparecen las resoluciones 0748, 18762 y 2732; el proceso 30377, sobre las resoluciones 11099, 9760 y 02533; el proceso 29827, y las resoluciones 11010, 10887 y 15486; el proceso 30522, con las resoluciones 09832, 1163, 10874, 12297, 08828 y 1488; y el proceso 31401, respecto de las resoluciones 223, 6113, 5290, 8056, 9281, 2320, 963, 1118,7236, 2638, y 15109.

2.1.4.5. Consideró también la Fiscalía, el hecho que aun en el supuesto de estar contenidas las obligaciones cobradas en verdaderos títulos ejecutivos, las acreencias se encontraban prescritas, como lo hizo saber el apoderado de la Caja dentro del proceso ejecutivo No. 30511 quien le pide al Juez declarar la prescripción de la acción laboral, aclarando que si bien es cierto el derecho pensional es imprescriptible, las mesadas, reajustes e intereses sí resultan afectados por el transcurso del tiempo como lo disponen los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. de P. L. El Juez, en respuesta a esta alegación se limitó a aducir que la única excepción alegable era la de pago y que la entidad demandada no había aportado pruebas de ello. Otro tanto aconteció en el proceso 31172.

2.1.4.6. Superada esta primera etapa de análisis, en donde la Fiscalía destaca el cúmulo de irregularidades cometidas en los distintos procesos tramitados por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez hasta el proferimiento de los mandamientos de pago, se ocupa luego de advertir que en cuanto hace

a la etapa de liquidación de créditos y su posterior aprobación, se desconoció lo previsto por el artículo 521-1 del C. de P. C. pues los actores no presentaron una liquidación especificando el capital y los intereses "sino liquidaciones globales y anómalas que el procesado pasó a acoger y a las que no se les hicieron las deducciones de los dineros ya pagados por la entidad o a través de otros despachos de la jurisdicción laboral, hecho que dio lugar a dobles cobros"

En este punto de la actuación, la Fiscalía observa que es a partir de ese momento en que la conducta del juez se liga íntimamente a la de los ejecutantes y los representantes de Cajanal, lo que permite hablar de la existencia de "una organización criminal" que acudió al prevaricato como medio para obtener la apropiación de crecidas sumas de dinero cobradas por fuera de la ley.

Tal el caso, por ejemplo, del proceso 30377, en el cual a 26 pensionados de la Caja ya se le habían efectuado pagos y sin embargo el apoderado de los ejecutantes, liquidó la suma de $ 7.291.651.25 por concepto de capital y que luego de confrontada con la liquidación realizada por la demandada se estableció una diferencia de $ 40.638.966,71 por capital y de $ 101.841.225:43 por intereses, para un total de $ 142.480.191.94.

O el del proceso 29827 en el cual se concluyó que a las personas que presentan liquidaciones a partir de 1976, Cajanal no les adeuda suma alguna por concepto de reajuste porque las viene aplicando en forma correcta ya que las modificaciones se realizan a partir del 1° de enero de 1977. Por esto, 25 de los 96 pensionados en cuyo nombre se ejecuta, en realidad le salen a deber a la Caja porque al hacer las liquidaciones el apoderado no descontó los pagos que ya habían sido efectuados.

Refiere igualmente la Fiscalía, que en el proceso 29827 obran resoluciones que dan cuenta de haber sido efectuados los pagos ante los Juzgados 9°, 7° y 16 Laborales del Circuito, lo que indica que lo cobrado ante el Juzgado 4° laboral ya había sido cancelado y que no obstante constar esto en el proceso, el mencionado Juez volvió a condenar a la demandada por el mismo concepto.

2.1.4.7. Menciona también la Fiscalía que además de haber elevado la base de liquidación de los créditos, los ejecutantes "dispararon los intereses" lo que hizo posible que la defraudación a la Caja fuera mayor, y sobre lo cual ninguna atención mereció por parte del Juez a cargo del proceso.

Esto sucedió, por ejemplo, en el ejecutivo de radicado 32207, donde se estableció una diferencia de $ 34.647.556,26 por concepto de capital y de $118.448.463.26 por intereses. O el proceso 32210, en el cual se presentaron tres cifras distintas entre el ejecutante y la ejecutada, sin que al juez le entrara alguna preocupación, impartiéndole aprobación. Y el proceso 31716, en el cual a pesar de la objeción y de haberse allanado a ella el actor, el abogado presentó una nueva liquidación superior en $ 1.307.694.04 y a pesar de solicitarse un nuevo traslado, el Juez le impartió aprobación.

Los casos referidos, sirven de ejemplo al Acusador para ilustrar la forma como se llegó a defraudar a la Caja Nacional de Previsión, pues en las aproxima-

damente 900 liquidaciones efectuadas hubo fraude auspiciado por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

La Fiscalía desecha las explicaciones suministradas por el procesado, quien quiso hacer creer que ingenuamente se acogió a las pretensiones de los abogados y que actuó del aludido modo debido a que no existía una norma clara que señalara la tasa de interés aplicable. Y sin llegar a ahondar sobre la tasa que resultaba pertinente, destaca la Fiscalía cómo en unos casos el Juez aplicó el 6% de interés anual de que habla el C. C. y en otros el 18% del Código de Comercio, "disparidad que tampoco halla explicación atendible dentro de los descargos que rinde".

2.1.4.8. Al Juez Cuarto Laboral del Circuito se le reprocha igualmente no haber tenido en cuenta que las fotocopias de las resoluciones allegadas como base de la acción ostentaban sellos de "corresponder a sus originales" impresos por los Juzgados 7, 13, 19 y 40 Civiles Municipales lo que ponía en tela de juicio su autenticidad por cuanto los originales de las resoluciones solamente podían reposar en los Archivos de Cajanal, siendo el Jefe de Archivo el único funcionario competente para certificarlo, como sí sucedió en el caso de la resolución 1646 del ejecutivo 31401, donde el Jefe de Archivo de Prestaciones Económicas de Cajanal, le puso el sello de "es fiel fotocopia tomada de su correspondiente folio que reposa en el expediente administrativo".

2.1.4.9. También se le imputó no haber exigido el cumplimiento de la condición que hacía posible el cobro de algunos pensionados, quienes para ello debían acreditar "el retiro definitivo del servicio oficial". Por esto, en el proceso 31784 la demandada interpuso recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo dictado a favor de José G. Mendoza, Miguel Francisco Rodríguez, Erasmo de J. Naranjo y Aura Elisa Gómez, conforme lo establecido en el Decreto 625 de 1988, ante lo cual por toda respuesta el funcionario dijo "Dicho acto se debe acreditar ante la entidad respectiva para el caso de Cajanal. . . si la resolución que se presenta reúne los requisitos de ley se debe tener como veraz y no se puede ir a interpretar que se pierde su fuerza jurídica por un formulismo que se debe acreditar ante la demandada", en argumento que podría ser válido en tratándose de un pago voluntario no de un cobro por la vía ejecutiva, donde la demandada exigía el cumplimiento de una condición suspensiva como lo prevé el artículo 1536 del C. C. y que el juez debía verificar su cumplimiento máxime si la ley prohíbe a un servidor devengar al mismo tiempo salario y pensión de una misma fuente.

Así concluye el tema la Fiscalía: "Enumeradas, analizadas y ejemplificadas las anomalías más relevantes observadas dentro de la tramitación de los 22 procesos ejecutivos que por no haberse seguido con arreglo a la ley constituyen prueba fundamental de cargo contra el implicado, y con sustento en los cuales se le dictará resolución acusatoria, pasará a continuación a tratarse el punto relativo a los poderes con que cuenta un funcionario de la rama laboral –como era Luis Alvaro Sánchez Rodríguez– para determinar si el aquí procesado los desconoció frente a los casos sometidos a su conocimiento".

2.1.5. La Fiscalía comienza por advertir que el Juez Cuarto Laboral del Circuito, no podía considerar, como lo hizo, reunidos los presupuestos establecidos por los artículos 100 del C. de P. L. y 488 del C. de P. C. y dictar los mandamientos ejecutivos, sin objeción ninguna, que dieron lugar, a las fraudulentas liquidaciones de los ejecutantes.

Y en referencia a los poderes que la ley otorga al Juez Laboral, señala que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez dejó de cumplir con los deberes impuestos por los artículos 37, 38 y 39 del C. de P. C. que ubican al Juez como director de la actividad procesal con la obligación de prevenir, remediar y sancionar actos contrarios a la dignidad de la justicia, la lealtad, la probidad y la buena fe, en cuya preservación debe emplear los poderes que se le conceden en materia de pruebas en orden a la verificación de los hechos alegados por las partes.

El incumplimiento de estas disposiciones hace patente su actitud reprochable, la cual no se justifica con aducir que sólo podía actuar según las exigencias de las partes en el proceso, excusa que la Fiscalía desecha tomando en cuenta las múltiples ocasiones en que tanto los abogados de la demandada como funcionarios de las entidades financieras donde se irían a realizar los embargos, propusieron excepciones de fondo a los mandamientos ejecutivos, en el primer caso, y la ilegalidad de llevar a cabo la medida cautelar, en el segundo, sin que el funcionario hubiera tomado en cuenta los argumentos que le fueron propuestos, y por el contrario, se ubicó al lado de la voracidad de los ejecutantes.

2.1.6. En el capítulo que la acusación dedica a la actitud del juez frente a los alegatos de Cajanal, refiere cómo, según el funcionario, en materia de ejecutivos únicamente procedían las excepciones recogidas en el artículo 107 del C. P. del T. Sin embargo, la jurisprudencia, apoyada en el artículo 26 de la Carta Política anterior, atemperó el rigor literal de dicha disposición, hasta que finalmente el 29 de marzo de 1990 la Corte Suprema declaró la inexequibilidad, siendo por tanto contrario a la verdad que solo resultara admisible la excepción de pago de la obligación, pues de tiempo atrás venían siendo aceptadas la inexistencia del título, la petición indebida o antes de tiempo, la compensación, la transacción, la prescripción, etc.

En razón de la declaratoria de inexequibilidad del art. 107 del C. P del T., considera la Fiscalía inadmisible que con posterioridad al 29 de marzo de 1990, en los procesos ejecutivos números 31401, 31716, 31784, 1827, 32207 y 32210, el juez no hubiera atendido las peticiones de la Caja invocando la falta de causa y de título, demandando la práctica de inspecciones judiciales, o solicitando el envío de oficios a la Pagaduría, a efectos de establecer la procedencia de lo alegado, frente a lo cual el Juez se limitó a responder que la demandada no había allegado las pruebas que soportaran sus pretensiones.

2.1.7. En el literal que la acusación dedica a las "ritualidades" desconocidas por el funcionario en el trámite de los procesos a su cargo, se destaca que éstas obedecían al propósito de obtener beneficios, y a crear el ambiente adecuado para lo convenido con los abogados ejecutantes.

Patentiza esto, en criterio del acusador, la circunstancia de que el proceso ejecutivo número 31270 el día 18 de abril de 1990 se repartió al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, y un día antes, es decir el 17 de abril, el juez Sánchez Rodríguez figura tomándole juramento al ejecutante.

2.1.7.1. Respecto de los juramentos que de conformidad con el artículo 101 del C. de P. L. han de ser recibidos al actor, manifiesta la Fiscalía que si bien esta omisión no desdibuja la pretensión ejecutiva, facilitó la producción de los resultados ya conocidos.

El incumplimiento de este requisito, no impidió sin embargo al Juez llevar a cabo medidas cautelares que además de arbitrarias resultaron gravosas para Cajanal.

2.1.7.2. Sobre la cuantía en que según el artículo 681-1 del C. de P. C. pueden decretarse embargos de sumas de dinero depositados en establecimientos bancarios, que no exceda el valor del crédito y las costas más un 50%, señala la Fiscalía que ello fue deliberadamente desatendido por el Juez que decretó el embargo superando este porcentaje, como así sucedió en los procesos ejecutivos números 29827, 29690, 30376, 29934, 30105, 30241, 30377, 30402, 31128, 31827 y 32207.

2.1.7.3. La acusación destaca otro aspecto que apunta a acreditar el interés con que actuaba el funcionario, consistente en que a pesar de haber sido pagadas las acreencias demandadas, y obrar las solicitudes de desembargo presentadas por los apoderados de la Caja, el juez no accedía a ello y, por el contrario, dejaba los dineros gravados al pago de otros cobros ejecutivos seguidos por los mismos apoderados contra Cajanal, en violación de lo dispuesto por el artículo 104 del C. de P. L. Esto es ejemplificado con lo sucedido en el proceso 31270 en el cual no empece haber sido cancelado el crédito, el 13 de noviembre de 1990, el funcionario seguía percibiendo dineros que no tenían por qué estar afectados con la citada medida cautelar.

2.1.7.4. En relación con los remanentes, la acusación refiere que cubiertos los créditos de los procesos 30511, 30105, 30522 y 30981, y a pesar de haber sido ordenada la conversión del título judicial para la devolución de los remanentes a la ejecutada, el procesado dispuso de esos dineros. Así, también, el caso del proceso 31784, en donde se presentó una liquidación del crédito por la suma de $ 44.294.934,17 que se cancela entre el 30 de abril y el 28 de mayo de 1991 y sin embargo se omite comunicar a las entidades respectivas. Y, en el proceso 31128, en el cual la apoderada de Cajanal solicita la entrega de los remanentes, y los oficios correspondientes al desembargo, y el juez responde aceptando solamente el reciente poder presentado, guardando silencio sobre la petición.

2.1.7.5. A la fiscalía le produce asombro "cómo el juez en desacato de las normas de procedimiento, no utiliza la vía indicada para presentar ante el Banco Popular las órdenes de conversión de los títulos que debían ser enviados directamente por el juzgado a la entidad bancaria; sino que opta por entregarlas a personas que con anterioridad habían actuado dentro del pro-

ceso como ejecutantes, pero que ante la cancelación total del crédito ya eran ajenas al proceso. Como consecuencia de esta anómala conducta se tiene que las entidades bancarias, no obstante haberse terminado los procesos, continuaban –en desconocimiento del pago efectuado– reteniendo dineros a cuenta de extintos procesos ejecutivos".

Con base en lo dicho, concluye la Fiscalía que "frente al caso concreto de Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, las conductas relacionadas con los trámites a que se hizo mención en precedencia, si bien frente a otro funcionario podrían aisladamente catalogarse como simples omisiones, o en el peor de los casos como faltas de carácter disciplinario; referidas a este individuo adquieren relevancia como prueba de carácter indirecto, pues demostrados como están los sucesivos prevaricatos y peculados que hoy conducen a su enjuiciamiento, sus actuaciones anteriores a la liquidación de los créditos, así como las posteriores, hasta la finalización de los procesos (fijación de costas y agencias, órdenes de desembargo, manejo de remanentes, conversiones y entrega de títulos) adquieren marcada fuerza incriminatoria, en la medida en que a través de ellas se consumaron íntegramente los reatos investigados y hasta el final de las actuaciones, el derecho de la perjudicada se convirtió en 'rey de burlas'".

2.1.8. En el capítulo dedicado a la "Ubicación de las conductas", la Fiscalía imputa al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, la realización de los siguientes tipos penales:

2.1.8.1. Prevaricato por acción, configurado por librar múltiples mandamientos de pago con base en documentos no idóneos, y aceptar las liquidaciones, seguidas de la orden de pago a los apoderados, sin confrontación ninguna con los factores que sirvieron de base para la cuantificación delictuosa.

En este sentido se destaca el caso del proceso 30376, en donde el apoderado de los ejecutantes reintegra la suma de $ 10.163.032.50 por haber recibido una mayor a la correspondiente liquidación del crédito.

En el proceso 29690 a pesar de haber demostrado la demandada que al pensionado Manuel Ignacio Lemus Penagos no se le adeudaba suma alguna, y que por el contrario le habían pagado en exceso $ 99.691.81, excepción que el juzgado aceptó, mantuvo no obstante la orden ejecutiva por la cifra pagada de más, y sobre ella liquidó intereses.

Y, "a través de la fijación de agencias en derecho y costas del proceso, el implicado complementó y remató su labor delictiva al señalar cuantiosas sumas por tales conceptos sin tomar en cuenta el mínimo esfuerzo de la gestión realizada por los apoderados frente a un proceso de tan reconocida celeridad y sencillez como es el ejecutivo".

2.1.8.2. Prevaricato por omisión. Informa la fiscalía que el procesado omitió, rehusó y retardó actos propios de sus funciones, realizando con ello el tipo de que trata el artículo 150 del C. P., por no haber hecho exigencias legales a

los ejecutantes respecto de la presentación de las liquidaciones de Cajanal, por rehusarse a estudiar las defensas que en algunos casos fueron propuestas en favor de la entidad, por excusarse a practicar diligencias y pruebas orientadas a demostrar la inexistencia de las obligaciones y retardar llevar a cabo actos propios de sus funciones fijadas en los Códigos de Procedimiento Civil y Laboral.

2.1.8.3. Peculado. Este delito encontró realización, cuando con posterioridad a las dos modalidades de prevaricato, en particular el relacionado con la aprobación de las liquidaciones de los créditos, el juez hizo entrega de los títulos de depósito judicial a los demandantes. Es decir, "los prevaricatos por acción y omisión, dieron paso a los delitos fin: los múltiples peculados, de los que reportaron beneficios los abogados ejecutantes, el juez procesado y los representantes de Cajanal; conducta esta agravada por el art. 133, inc. 2 del C.P., en la forma en que fue modificado por la Ley 43 de 1982, art. 2, alusiva al factor de la cuantía superior a los $ 500.000".

2.1.8.4. Concierto para delinquir. Advierte la Fiscalía que según el artículo 186 del C. P. realizan esta conducta quienes acuerden o convengan planes para cometer delitos. Por esto, llama la atención sobre los 22 ejecutivos laborales tramitados por el funcionario al que se acusa, para destacar que en repetidas oportunidades los doctores Carlos Germán Farfán Patiño, Jaime Fernando Farfán Patiño, Carlos Augusto Patiño Beltrán, Carlos Ignacio Farfán Arévalo, Marco Antonio Manzano Vásquez, Guillermo Preciado Lorduy y Elsy Miranda de Miranda, realizaron cobros ilegales, lo cual permite concluir que no fue el resultado de la casualidad "sino del acuerdo preexistente que se llevó a feliz término la esquilmación del patrimonio de Cajanal".

Para demostrar cómo las defraudaciones no fueron aisladas, sino que obedecieron a una organización preestablecida, con participación del juez, de los ejecutantes, los representantes de Cajanal, y los jueces civiles municipales que autenticaron las resoluciones, se refiere la Fiscalía al pronunciamiento del 13 de septiembre de 1991, mediante el cual la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Bogotá, decretó la destitución del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez y de la doctora María Betty Castellanos de Romero, pues, según lo expresado en dicho pronunciamiento, esta última con ocasión de un despacho comisorio librado por aquél, practicó en tiempo récord la diligencia de embargo en la Pagaduría de la Caja, a pesar de haber sido advertida sobre la improcedencia de ello, y alentada por la retribución económica de que dio cuenta el empleado del Juzgado Jairo Emiro González.

Esto para destacar que el proceso ejecutivo número 30105, se adelantó con base en resoluciones autenticadas en su totalidad por la doctora Castellanos de Romero.

2.1.8.5. Falsedad en documento público. Este delito lo estructura la Fiscalía por cuanto aparece acreditado que en el proceso ejecutivo número 31.270 en donde figura como demandante Rosalba B. de Pacualy y 65 personas más, obra una constancia del funcionario en el sentido que el 29 de octubre de

1990 se entregaron 3 títulos de depósito judicial por las sumas de $ 1.017.749.56; $759.389,62 y $ 792.864.65 que llegan a $ 2.570.003.83, consignándose que quedaba un saldo de $ 362.012.181.90. El 22 de noviembre de 1990, otorgó 9 títulos que equivalen a $ 6.334.821.33, y se expresa quedar un saldo a favor del ejecutante por $ 355.677.360.57, y, finalmente el 14 de diciembre de 1990 se entregan 3 títulos por $ 56.034.632.10, $ 240.367.62 y $26.095,74, para un total de $56.301.095.46 asegurando el juez que queda un saldo pendiente de $ 308.281.090,30 cuando en realidad lo que faltaría por cubrirse sería $ 299.376.265.11. Lo anterior, en criterio de la fiscalía, configura el delito de falsedad llevado a cabo en el pronunciamiento de 14 de diciembre de 1990.

Otra manifestación falsa, ocurrida el 30 de enero de 1991 se presenta cuando con similares circunstancias certifica un saldo mayor a favor del ejecutante e inexplicadamente se declara cancelado el crédito.

2.1.9. En el capítulo dedicado a las decisiones finales, la Fiscalía concluye que las conductas imputadas al procesado Luis Alvaro Sánchez Rodríguez corresponden al concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de tipos penales, a tenor de las previsiones del artículo 26 del C.P., con las agravantes previstas en el artículo 66 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, y 13 del C. P., sin evidenciar ninguna circunstancia de atenuación de las previstas en el artículo 64.

También dispuso el embargo de la suma de $ 7.000.000.00 que a manera de reintegro el procesado consignó a órdenes de la Fiscalía [fls. 59 y ss. cno. original No. 11].

2.1.10. Contra la providencia calificatoria el procesado y su defensor interpusieron recurso de apelación, el cual resolvió la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema en providencia del trece de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, mediante la cual decidió confirmar la resolución acusatoria proferida contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, aclarando que los hechos punibles contra la Seguridad y la Fe Pública, los tipifica el Código Penal en el Libro II, Título V, Capítulo I; y Título VI, Capítulo II, respectivamente [fls. 16 a 49 del cuad. de Segunda Instancia].

2.2. Proceso número 9797 A contra Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, Luis Henry Trujillo Sánchez y Omar Cabrera Polanco.

En providencia proferida el ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, Luis Henry Trujillo Sánchez y Omar Cabrera Polanco por el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, este último en el grado de tentativa para Trujillo y Cabrera, y consumado para el funcionario.

Los hechos tienen que ver con la tramitación que el ex Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, le dio al proceso ejecutivo número 31739 seguido contra la Caja Nacional de Previsión.

En ese proceso encontró la Fiscalía que con base en documentos que carecían de mérito para adelantar la acción ejecutiva, el juez libró mandamiento de pago, embargó sumas de dinero de la Caja y aceptó la liquidación propuesta por el apoderado de los demandantes en la que se incluyeron sumas exorbitantes por concepto de agencias en derecho e intereses.

2.2.1. Partiendo del contenido del artículos 488 del C. de P. C. precisa la Fiscalía que la claridad "significa que en el documento consten todos los elementos que lo integran, esto es, la existencia de un deudor, un acreedor, y el objeto o prestación perfectamente individualizados. La locución Expresa, significa que debe estar determinada la obligación sin lugar a dudas, descartando de plano las implícitas o presuntas, salvo la confesión ficta. Exigible, tal y como lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia: 'es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada' ".

Las resoluciones allegadas dentro del proceso 31739 no cumplieron con las exigencias que vienen de referirse, pues además en las copias aportadas figura un sello que indica no prestar mérito ejecutivo y haber sido expedidas solo para fines estadísticos. Y, si se tiene en cuenta el principio de la originalidad de la prueba, resulta obvio que solo la primera copia del acto administrativo es la que presta mérito ejecutivo.

Acota que por razón del cúmulo de irregularidades que se venían presentando con la aportación de segundas o terceras copias a los procesos, la Caja optó por utilizar el sello que viene de mencionarse, para advertir y especificar el fin para el que habían sido expedidas, a la par de lograr un mecanismo de control no sólo administrativo sino judicial, pues al destacarse que no correspondía a la primera copia, era evidente que el documento no reunía las características establecidas por la norma del procedimiento civil.

Del mismo modo, destaca la Fiscalía, que las resoluciones números 10858, 15190 y 10037, tienen la anotación de corresponder a segundas copias; las resoluciones números 02479 y 12171 son simples fotocopias autenticadas por un Juzgado Civil Municipal; y las resoluciones 10006, 04211, 09533, 10558 y 01916, requerían acreditar para su exigibilidad el retiro efectivo del trabajador.

A pesar de esto, el Juez acusado libró mandamiento de pago contra la Caja Nacional de Previsión Social, previo reconocimientos del doctor Omar Cabrera Polanco como apoderado y Luis Henry Trujillo Sánchez como su sustituto.

2.2.2. En cuanto hace a las conductas que se imputan realizadas por cada sindicado, indica:

2.2.2.1. Luis Henry Trujillo Sánchez.

A pesar del esfuerzo hecho por este procesado en tratar de justificar la presentación de las demandas con títulos que no prestaban mérito ejecutivo, deja entrever inseguridad y desatino en las excusas que suministra.

Se limitó a afirmar que cumplía el papel de simple sustituto de Omar Cabrera Polanco, quien recaudaba los poderes en su oficina, recopilaba las resoluciones y posteriormente hacía los paquetes correspondientes para presentar las demandas que ni siquiera él elaboraba ya que se limitó a la simple presentación, previo estudio minucioso de poder hacerlo.

Para la Fiscalía, si bien es cierto la función de este procesado era la de simple sustituto, como tal debía estudiar, analizar y verificar que los documentos que se le entregaban reunieran los requisitos de claridad, expresión y exigibilidad.

Lo evidenciado por la actuación de este procesado, es que no desconocía los sellos restrictivos puestos en cada una de las resoluciones en el sentido de tratarse de segundas o terceras copias, o de haber sido expedidas exclusivamente para fines estadísticos, ni la obligación de acreditar el retiro del servicio, como otro de los presupuestos para que la demanda fuera admitida.

Estima que al iniciarse el ejercicio de la acción con fallas como las que se advierten, resulta procedente considerar la realización de un tipo penal, porque "no es posible admitir que un profesional del derecho que se dedica con exclusividad al litigio desconozca tajantemente las normas procedimentales civiles e ignore completamente los requisitos extrínsecos que debe reunir todo título ejecutivo que se utiliza como base de la acción".

A esto agrega la Fiscalía, que uno de los documentos aportados no es nítido, al punto que ni siquiera es posible identificar el nombre del pensionado, y que de librarse en esas condiciones mandamiento ejecutivo, no se logra tener certeza del contenido de la obligación, el acreedor de ella, ni de los datos contenidos en el documento, lo cual evidencia un comportamiento delictivo "pues bien es sabido que uno de los requisitos indispensables es que se encuentren debidamente contenidos el acreedor, deudor y la obligación en sí".

2.2.2.2. Omar Cabrera Polanco.

La exposición de este procesado evidencia múltiples inconsistencias, pues refiere haber realizado contrato escrito con su viejo amigo y compañero Luis Henry Trujillo, quien contrariamente argumenta que el convenio había sido verbal y que lo pactado había sido no el 50% como es sostenido por Cabrera Polanco, sino el 10% sobre el capital y el 1% de los intereses de las sumas recaudadas.

Y cuando se le requirió que aportara el citado documento dijo que lo haría tan pronto fuera posible; posteriormente adujo no tenerlo y, finalmente, dijo ser cierto que el acuerdo había sido verbal.

De este procesado, dice la Fiscalía que ha sido ampliamente reconocido como abogado ejecutante de la Caja Nacional de Previsión, y estuvo siempre al tanto de recaudar poderes de los pensionados para llevar a cabo el trámite correspondiente, siendo curioso que la mayoría de los procesos fueran adelantados ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito "muy seguramente por

los lazos de amistad que existían entre litigante y funcionario, a pesar de que ellos se han limitado a manifestar que su relación no tenía ningún vínculo en especial sino que era de abogado a juez".

Sostiene la providencia que precisamente por esto los apoderados no podían actuar en forma aislada y con propósitos independientes, pues se advierte entre ellos un fin preordenado a defraudar patrimonialmente a la Caja Nacional de Previsión. Omar Cabrera Polanco recaudaba los poderes de los pensionados en su oficina de abogado, y requería la resolución sin importar que la expedida fuera segunda o tercera copia ya que de lo que se trataba era de allegar el documento independientemente de si llenaba o no los requisitos para poder considerársele título ejecutivo, si había sido expedido para fines estadísticos, o aun si su contenido fuera legible, dada la certeza de que la demanda no sería rechazada por haber sido esto previamente acordado con el funcionario.

2.2.2.3. Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Según la Fiscalía, la función de este procesado consistía en omitir el análisis previo de la demanda, y librar mandamiento de pago sin verificar que en ellas se hubiera cumplido la exigencia prevista en el Código de Procedimiento Civil.

Cuando se presenta este tipo de demandas, sostiene la acusación, el funcionario puede inadmitirla por ausencia de los requisitos legales que consagra el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, para el caso de que exista título ejecutivo pues si este no existe la solución es negar el mandamiento de pago. La segunda hipótesis consiste en rechazar *in límine* la demanda cuando el funcionario advierte no tener jurisdicción o competencia, o cuando la acción ha caducado o en el evento de que los defectos advertidos y que originaron la inadmisión, no sean subsanados. La tercera posibilidad es negar el mandamiento de pago conforme lo ordena el artículo 505 cuando el documento no reúne los presupuestos establecidos.

Por esto, no obstante los parámetros a seguir para cada caso concreto, considera la Fiscalía que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez dolosamente evadió la aplicación del artículo 488 del C. de P. C., y la Ley 100, realizando con ello el tipo penal previsto en el artículo 149 del C. P.

"En cuanto al peculado por apropiación, de una parte los señores Cabrera Polanco y Trujillo Sánchez han incurrido en él, en el grado de tentativa, entre tanto que el funcionario lo consumó al permitir en provecho suyo o de un tercero que se realizara la apropiación de bienes del estado, hecho que es el objeto material de la conducta investigada".

2.2.3.- En el acápite que la Fiscalía dedica a la decisión, menciona satisfechos los presupuestos establecidos por el artículo 441 del C. de P. P., para proferir resolución acusatoria contra Luis Henry Trujillo Sánchez y Omar Cabrera Polanco, como determinadores de los delitos de prevaricato por ac-

ción y peculado por apropiación agravado por la cuantía, en la modalidad de tentativa "ya que no existió la entrega material del dinero que debía haber sido entregado por razón del mandamiento ejecutivo librado", pues a pesar de la idoneidad de los actos dirigidos a la apropiación, el resultado no se logró al haberse producido el cambio de titular del despacho judicial (fls. 182 y ss.).

2.2.4. Contra esta determinación Luis Henry Trujillo Sánchez y el defensor de Omar Cabrera Polanco interpusieron recurso de apelación que fue resuelto por la Fiscalía Delegada ante la Corte, por proveído proferido el dos de agosto de mil novecientos noventa y cinco, mediante el cual la confirmó íntegramente (fls. 4 y ss. cno. Segunda Inst.)

2.2.4.1. En el pronunciamiento de la segunda instancia, se destacan los siguientes planteamientos:

2.2.4.1.1. El relacionado con el grado de participación de Luis Henry Trujillo Sánchez:

"Además, desde el punto de vista fáctico, importa en este momento resaltar dos hechos plenamente probados, incidentes tanto en la tipicidad de los comportamientos como en la responsabilidad penal de los abogados: el primero se refiere a que no es del todo cierta la afirmación según la cual el Dr. Trujillo se limitó a recibir las sustituciones, porque tres de los poderes, concretamente los conferidos por Luis Carlos Mora Polo (fl. 75 anexo p. ejecutivo), Florinda González (fl. 80 anexo p. ejecutivo) y José Vicente Betancourt (fl. 90 anexo. p. ejecutivo), fueron por aquél directamente aceptados y ejercidos. El segundo hecho relevante consiste en que las sustituciones que hizo el Dr. Cabrera al Dr. Trujillo no fueron presentadas por aquél en la misma fecha sino en épocas diversas, lo cual demuestra que no se trató de una relación más o menos circunstancial, sino constante a través del tiempo, al menos probadamente entre el 9 de febrero de 1990 (fls. 56 y 70, anexo p. ejecutivo) y el 16 de octubre del mismo año, fecha en la que tienen nota de presentación personal la mayor parte de las sustituciones" (fl. 10).

2.2.4.1.2. Aunque los dos abogados tratan de demostrar que actuaron de buena fe y amparados en criterios jurisprudenciales, según los cuales las copias de las resoluciones demandadas prestaban mérito ejecutivo, un análisis detallado de las mismas permite su desvirtuación "porque no se trata simplemente de que fueren segundas copias, o que fueren algunas ilegibles, o que fueren expedidas para otros fines o con expresa constancia de que no prestan mérito ejecutivo, sino de que ninguna de ellas, por las irregularidades ostensibles presentes, podía ser aceptada como tal ni por los abogados para intentar la acción ni por el juez para librar mandamiento de pago".

En ese sentido señala que el poder de Fanny Torcoroma figura otorgado en agosto de 1988 no obstante la resolución demandada es expedida en 1990. Julia Romolina manifiesta ser vecina de Bogotá pero presenta el poder en Puerto Boyacá, Departamento en el cual prestó sus servicios. Omar Sanabria: el derecho reconocido quedó condicionado a demostrar el retiro definitivo del

servicio y, además, su pensión fue reliquidada por una resolución que no se aportó. Lucio Audiverth Mena: su pago quedó condicionado a acreditar el retiro del servicio. Pablo Enrique Ruiz: en la resolución expedida en 1985 no solamente se condiciona acreditar el retiro del servicio sino que precisa el medio de prueba para ello como es "declaración jurada, rendida ante autoridad competente".

Octavio Benjamín Rozo Aya: si bien se cumplió la exigibilidad de acreditar el retiro del servicio, el documento allegado es una segunda copia que no presta mérito ejecutivo. Luis María Parrado: es segunda copia de una resolución expedida en 1985 en la que se condiciona además a acreditar el retiro del servicio. Esther Penágos Camacho: a pesar de expresar su residencia en Bogotá, presenta el poder en Palmira, pues fue en el Departamento del Valle donde prestó sus servicios. La fotocopia de la resolución no fue expedida ni autorizada por funcionario alguno, sino que en hoja adicional aparece sello formato de autenticación por el Juzgado Trece Civil Municipal. Enrique Perdomo Trujillo: se trata de la segunda copia de una resolución expedida en 1980, y condiciona su exigibilidad a acreditar el retiro del servicio. Romelia Martínez Sánchez: corresponde a la segunda copia de una resolución expedida en 1983; en el poder se señala como vecina de Bogotá pero presentado en Villavicencio, siendo el Departamento del Meta en donde prestó sus servicios. Luis Carlos Mora Polo: otorga poder directamente a Luis Henry Trujillo Polanco, allega segunda copia de la resolución con base en la que pretende ejecutar, y aporta copia de la reliquidación de la pensión, pero sin acreditar el retiro definitivo del servicio. Florinda González: Se trata de un poder otorgado directamente a Luis Henry Trujillo, en la resolución se asigna el 50% de la pensión a la poderdante y el otro 50% a su hija quien es mayor de edad y no podía ser representada por su progenitora. José Vicente Betancourt Jara: manifiesta ser vecino de Bogotá pero el poder lo presenta en Villavicencio, como título se aporta la copia de una resolución de 1971. José Vicente Betancourt Jara: Otorga poder directamente al Doctor Luis Henry Trujillo Sánchez, refiere ser vecino de Bogotá pero presenta el poder en Villavicencio, allega una fotocopia de una resolución prácticamente ilegible que carece de constancias de notificación y ejecutoria y autenticada ante el Juez Séptimo Civil Municipal de Bogotá. Benicia Pimentel de Cubides: En el poder anuncia dos resoluciones uno de cuyos números figura enmendado, y se aporta fotocopia de solo una de ellas, y autenticada por un Juez del que no se logra identificar. José Libardo Trujillo: La obligación se halla condicionada a acreditar el retiro definitivo del servicio mediante declaración jurada, y la copia autenticada por el Juez Trece Civil Municipal de Bogotá.

Con base en esto, estima la Fiscalía de segunda instancia, que la discusión no se reduce a establecer la posibilidad de ejecutar con base en segundas copias, toda vez que se está en presencia de un cúmulo de motivos que dan lugar a indicar que ninguna de las resoluciones prestan mérito ejecutivo, de lo cual obviamente estaban enterados los doctores Cabrera, Trujillo y Polanco.

2.2.4.1.3. De la forma como los hechos tuvieron realización, se extraen los siguientes indicios de responsabilidad que comprometen a los dos abogados litigantes:

2.2.4.1.3.1. Si bien la ley autoriza la corrección de la demanda para acumular a la inicial nuevos demandantes con pretensiones similares, en este caso el aludido mecanismo se utilizó tendenciosamente puesto que a la demanda inicial se acompaña la copia de una resolución con apariencia de prestar mérito ejecutivo pero luego se adicionan catorce más "plagadas de irregularidades". Esto para indicar la fiscalía de segundo grado que "bajo el pretexto de un resquicio legal hábilmente manipulado y constante, los abogados acumulan a la primera pretensión las demás, sin título ejecutivo, prescritas varias de ellas, sin poder para actuar en alguna, pagadas parcialmente, en fin, es simplemente la utilización de un mecanismo en beneficio de la ilegalidad de la acción de las pretensiones acumuladas".

2.2.4.1.3.2. Se destaca también, que en la demanda inicial y su posterior adición, el abogado no solicita medidas cautelares, pues manifiesta que las pedirá oportunamente; sin embargo, el juez ordena prestar el juramento de rigor y el abogado se apresura a manifestar que dijo la verdad en un señalamiento de bienes que no hizo. El mismo día y con una rapidez extraña, el juez libra mandamiento de pago, a pesar de que ninguno de los documentos allegados presta mérito ejecutivo, y ordena el pago de las sumas fijadas unilateralmente por el abogado demandante, sin tomar en cuenta la vecindad de las partes, la condicionabilidad de las obligaciones, ni la suficiencia de los poderes.

2.2.4.1.3.3. El abogado de la caja propone excepciones que estarían llamadas a prosperar pero el Juez las niega aduciendo que las resoluciones son legibles en lo que interesa, que el retiro del servicio es un trámite que debe cumplirse internamente ante la ejecutada, que el único funcionario capaz de certificar los pagos es el tesorero, y que la excepción se propuso en forma muy genérica.

2.2.4.1.3.4. El abogado presenta su liquidación del crédito incluyendo intereses ilegales en ese momento, que ahora pretenden purgarse aduciendo normas o pronunciamientos jurisprudenciales posteriores, emitidos en beneficio de los trabajadores no de los abogados voraces. La Caja objeta esa liquidación cuestionando los intereses, y el juez la rechaza aduciendo haberse dado aplicación a lo que señala la Superintendencia Bancaria pero sin mencionar la norma que sirve de soporte.

2.2.4.1.3.5. El dolo con que se procede, según la Fiscalía de segunda instancia, se patentiza aún más cuando se advierte que sin nadie habérselo solicitado, y sin haber decretado medidas preventivas, el Juez dispone que una vez se reciban títulos judiciales sean entregados a la parte actora, y de una vez ordena el desembargo de remanentes de sumas embargadas. "Es esta en realidad la mejor prueba y el más grave indicio del acuerdo delictivo entre abogados y juez, si aún faltare alguna".

2.2.4.1.3.6. Ante lo dispuesto por el Juez, el abogado se apresura a solicitar el embargo y retención de dineros en ese momento inembargables por disposición legal, accediéndose rápidamente a ello por el funcionario y librándose inmediatamente la comunicación. A pesar de la oposición de la Caja, el abogado insiste y sólo hasta cuando se produce el reemplazo del titular del Juzgado, el proceso cambia de curso por el desembargo de los bienes, con lo cual "se interrumpe definitivamente el curso causal de la conducta orientada al peculado, por causas por completo ajenas a la voluntad de los partícipes y no como ahora se pretende, haciendo valer un extemporáneo desistimiento".

2.2.4.1.4. En el tema de la participación, la Fiscalía advierte que el delito de prevaricato por acción no habría podido cometerlo el funcionario sin la previa presentación de la demanda y la activa participación del abogado Luis Henry Trujillo Sánchez, quien actuó con el concurso del abogado Omar Cabrera, directo responsable de conseguir los poderes. "El cúmulo de irregularidades detalladamente reseñadas, junto con el desarrollo procesal, no permiten aceptar las argumentaciones de los recurrentes, porque la unidad de acción y finalidad evidenciadas no se corresponden con el azar, ni con una actitud unilateral del juez, sino con la voluntad mancomunada de vulnerar la ley bajo la forma de determinación definida por acuerdo previo", conducta que para el determinador no requiere la calidad exigida por el tipo penal para el sujeto activo.

Las conductas llevadas a cabo por los procesados, se sostiene en la acusación de segunda instancia, se orientaron a apropiarse ilícitamente de dineros del Estado, cuya disponibilidad jurídica estuvo en cabeza del funcionario desde el momento en que se hace efectivo el embargo y los títulos quedan a su disposición. En este caso, la cuantía de la ilicitud corresponde a la totalidad de las sumas de dinero que se intentaron cobrar. "Independientemente de que efectivamente se debierán parcialmente a los pensionados, porque la ilícita apropiación se derivaría de la ilegalidad del procedimiento de cobro, en atención a que no existió ningún título que prestase mérito ejecutivo y por consiguiente no era jurídicamente posible apropiarse de los dineros recurriendo a acción de esa naturaleza. El exceso por agencias en derecho y por intereses, no hace más que incrementar la cuantía del ilícito, porque se repite, el peculado iría a consistir en la apropiación de la totalidad del dinero irregularmente cobrado por una vía procesal no permitida, porque no existió título ejecutivo".

Finalmente, consigna el pronunciamiento que el delito de peculado no se consumó por causas ajenas a la voluntad de los copartícipes "luego quedó en el nivel de tentativa para todos ellos, aquí en desacuerdo parcial con el *aquo*, incluyendo al juez implicado, quien deberá responder por este delito en el nivel de autor material de la misma tentativa que se imputa a los abogados".

Con esta aclaración, decidió confirmar la resolución de acusación objeto del recurso y la adicionó en el sentido de que por el *a quo* se dispusiera compulsar copias para la investigación de la conducta del Juez Trece Civil

Municipal que figura autenticando algunas de las resoluciones aportadas (fls. 4 y ss. cno. segunda instancia).

2.3. Proceso radicado con el número 10398A, contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por los delitos de prevaricato por acción y prevaricato por omisión.

Por providencia proferida el veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y cinco, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez como presunto autor responsable del delito de prevaricato por omisión en que pudo haber incurrido al tramitar, en su condición de Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el proceso ejecutivo 30465, en concurso con el delito de prevaricato por acción con relación al proceso ejecutivo número 30719 también a su cargo, ambos contra la Caja Nacional de Previsión.

2.3.1. Según la Fiscalía, en el primero de los citados procesos (30465), con fundamento en copia de la resolución 1000 de 1966 emanada de la Caja Nacional de Previsión en la cual se reconoce en favor del pensionado Pedro Blandón Ospina la suma de $ 515.34, el abogado Guillermo Cardona González presentó demanda ejecutiva contra la Caja, pese a lo cual, no figura haberse librado mandamiento ejecutivo ni dispuesto el archivo del diligenciamiento y tampoco obra explicación sobre los motivos por los cuales desde el 1° de agosto de 1989, fecha en que se reconoció personería al abogado, la actuación quedó paralizada en el juzgado a cargo del procesado, máxime si obra un informe secretarial comunicando que se halla pendiente de resolver un memorial presentado el 13 de diciembre de 1990 por la apoderada de la demandada, en el cual solicita se le expida certificación sobre la liquidación del crédito "sin que aparezca ningún otro tipo de actuación, como tampoco presenta el sello acostumbrado de que fue archivada".

La acusación indica que el funcionario incumplió los deberes propios de su cargo, al dejar paralizada la actuación que posteriormente aparece archivada sin que tenga causa que la justifique, siendo por el contrario, el producto de la desidia, negligencia o la voluntad manifiesta de no ejecutar un acto funcional y con ello realizar el tipo de prevaricato por omisión.

El procesado "pretende trasladar la responsabilidad de sus actos en sus subalternos, sin tener en cuenta que la suprema virtud de la justicia radica específicamente en sí mismo".

2.3.2. En cuanto al proceso 30719, observa el ente acusador que la acción instaurada por el abogado Alejandro Torres Munevar, en representación de la señora Luisa Rueda de Rueda, respecto de quien allegó certificado de supervivencia, se soportó en copia de la Resolución 6440 del 3 de agosto de 1989 en la cual se reconocen reajustes en la pensión originados en la Ley 4ª de 1976 por la cuantía de $ 4.531.90; no obstante lo cual, el juez libró mandamiento

de pago por la suma de $ 761.359.20 por concepto de mesadas atrasadas y reajustes correspondientes al período comprendido entre 1976 y 1989 con sus intereses legales, cuando ese no era el objeto del poder otorgado por la demandante, siendo por tanto su decisión manifiestamente ilegal, que no la justifica ni el exceso de trabajo ni la facultad de delegar en los empleados del despacho la elaboración de determinadas actuaciones.

Esta acusación quedó ejecutoriada en la primera instancia, por no haber sido objeto de impugnación (fls. 158 y ss.).

A petición del defensor del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, el Tribunal encontró viable acceder a la acumulación de causas, y como consecuencia, dispuso que los dos últimos procesos se unificaran con el primero (3557C), previendo "tramitarlos bajo una misma cuerda y decidirlos en una misma sentencia", a la vez que ordenó suspender el más adelantado hasta que los demás llegaran al mismo estadio procesal.

2.4. Proceso radicado con el número 10672 A contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por el delito de enriquecimiento ilícito.

Mediante providencia proferida el cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria contra el ex juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, por el delito de enriquecimiento ilícito, deducido del incremento patrimonial no justificado cuando desempeñó el referido encargo.

La investigación se originó por una llamada telefónica recibida el 18 de mayo de 1990 en la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual se puso en conocimiento que el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, junto con su hermano César Augusto Sánchez y Carlos Farfán, se apropiaban de las pensiones de Cajanal. Para ello, empleadas al servicio de la entidad defraudada sustraían listados de las personas que tenían pensiones pendientes, y César Augusto Sánchez con Carlos Farfán se encargaban de gestionar su cobro ante el Juzgado Cuarto Laboral, a cargo del doctor Sánchez Rodríguez, quien decidía en contra de la Caja de Previsión pero no entregaba a los pensionados el dinero correspondiente.

Y el 14 de septiembre de 1990 en la misma entidad de control, se recibió un memorial anónimo en el cual se informa que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez durante el último año ha venido incrementando su patrimonio pues anteriormente poseía un apartamento ubicado en la Carrera 30 No. 24-47 de Bogotá, y pasó luego a ser dueño de todo el edificio, figurando su cónyuge, Gladys Herrán Barrios u otros familiares, como propietarios del mismo. Que este funcionario es dueño de los negocios de fotocopiado que funcionan en el primer piso del mismo edificio, que posee tres buses afiliados a la empresa "Sidauto" cada uno con un costo de cuarenta millones de pesos, que compró

una hacienda ganadera en el Municipio de Piedras en el Departamento del Tolima y que adquirió para su uso personal y de su familia tres vehículos nuevos, los que utiliza los fines de semana.

Durante la averiguación se estableció que evidentemente Carlos Ignacio Farfán Arévalo tramitó ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito varias demandas contra la Caja Nacional de Previsión y que de su cuenta corriente número 112-033-68-3, abierta en el Banco de Bogotá, salió un cheque por la suma de $ 1.995.000.oo que resultó consignado en la cuenta del funcionario sindicado.

También que el abogado Guillermo del Cristo Preciado Lorduy tramitó algunos negocios ante el Juzgado a cargo del Doctor Sánchez Rodríguez y que giró algunas sumas de dinero a la señora Gladys Herrán Barrios las que según adujo aquél, corresponden a relaciones de negocios en el ramo de la ganadería.

Y que Carlos Farfán Patiño, también abogado, y quien tramitó varios procesos ante el Despacho a cargo del doctor Sánchez Rodríguez, entregó cheques a la señora Gladys Herrán Barrios aduciendo corresponder a negocios de ganado.

Se escuchó en exposición a la señora Gladys Herrán Barrios quien aceptó haber mantenido negocios de ganado con los abogados Preciado Lorduy y Farfán Patiño, con ocasión de los cuales le fueron girados varios cheques que posteriormente entregaba a su esposo para cancelar los préstamos que éste le había hecho, según dijo.

Carlos Arturo Baquero, escribiente del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, narró que la única irregularidad observada por él en el trámite de los procesos a cargo del acusado, fue la relacionada con la presentación ante el juzgado que se encontrara de reparto de varias fotocopias de una misma demanda, con la finalidad de lograr que su conocimiento correspondiera a determinado juzgado.

2.4.1. Para proferir la acusación, la Fiscalía de primera instancia, además de lo anteriormente expuesto, consideró, entre otros aspectos, lo siguiente:

2.4.1.1. Según el informe de la Procuraduría, antes de su vinculación como juez el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez poseía un patrimonio equivalente a $ 4.019.800.oo representado en una apartamento, un automóvil, y otros activos de menor valor.

A partir del año 1989, el patrimonio de este funcionario ascendió a $ 11.337.574, y pasó luego a $ 41.137.574, significando un incremento de $ 29.800.000.oo.

Del mismo modo, el patrimonio de la señora Gladys Herrán Barrios que en 1988 era de $11.400.000.oo, en 1989 aumentó a $49.812.166.oo.

Se estableció también, que durante 1989 los esposos Sánchez Herrán, realizaron movimientos bancarios por la suma de $ 240.711.363.oo y en 1990

por $ 293.918.745.oo. Además, que en las cuentas corrientes del Banco de Bogotá, sucursal Galerías y Sucursal Terminal de Transporte, y Banco Industrial Colombiano, Sucursal Sears, de las cuales eran titulares, fueron consignados varios cheques provenientes de las cuentas corrientes de los abogados Guillermo Preciado Lorduy, Carlos Farfán Arévalo y Carlos Farfán Patiño, quienes litigaban en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito.

2.4.1.1. El Doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez es propietario de 100 cuotas sociales de la sociedad Salucoba Ltda. que a su vez fue propietaria de los apartamentos 201 y 401 del edificio ubicado en la carrera 30 No. 24-47 que fueron vendidos el 11 de junio el primero y el 15 de julio de 1992, el segundo, a Hernando Montoya Bautista y Ana Lucrecia Gutierrez, respectivamente.

2.4.1.2. El predio La Gladys fue vendido en el mes de octubre de 1992 a Martha Lucía López Reinoso, en tanto que el predio "El Caimital" fue enajenado por la señora Herrán Barrios el 30 de septiembre de 1991 a la sociedad Industrial Maravilla Ltda.

2.4.1.3. La señora Gladys Herrán Barrios figura como propietaria de un apartamento ubicado en la calle 131 No. 30-80, adquirido en 1990.

2.4.2. Con base en estos presupuestos, consideró la fiscalía acreditada la realización de la conducta típica definida por el artículo 148 del Código Penal, por haber sido demostrado el aumento patrimonial del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez cuando se desempeñó como Juez Cuarto Laboral del Circuito, el cual se produjo como consecuencia del abuso de sus funciones.

Agrega el Fiscal de primera instancia, que "la multiplicidad de conductas delictivas que a lo largo de varios años se han venido investigando, permiten concluir que existió una empresa criminal organizada con fines concretos, como fuera la defraudación a la Caja Nacional de Previsión Social..."

Y, prosigue: "el origen de la presente investigación se concreta en el anónimo o queja formulada por vía telefónica, en la que se manifiesta que el señor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez en compañía de otras personas, se estaba apropiando de las pensiones de Cajanal de una forma organizada, en el sentido de que eran las empleadas de la entidad previsora las que daban aviso de quienes tenían pendiente el pago de su pensión de jubilación o derecho a mesadas atrasadas, para que los abogados litigantes de los jubilados iniciaran la correspondiente actuación, misma que debía corresponder según los intereses de los litigantes a determinados despachos, donde obviamente sus pretensiones les eran despachadas favorablemente, pero en pro de sus propios intereses y no en el de los pensionados que se apoderaban. El dinero en última instancia no era entregado a sus beneficiarios, así se inicia el desvío del pecunio de la nación".

Agrega la acusación: "Especificada de esta manera, la forma cómo inicialmente se conseguía que existiera una justificación para lograr concretar la infracción podemos tener entonces el acuerdo previo de voluntades existente entre los apoderados de los demandantes, apoderados de la entidad previsora

y el fallador. Aquí se prosigue con la configuración y existencia no sólo del tipo penal, sino de algunos otros que son ya objeto de investigación. Este pues, es el origen de todas y cada una de las actividades tendientes a perjudicar a la entidad demandada y a los pensionados, para satisfacción de intereses particulares".

En referencia a la conducta, indica la acusación de primer grado que corresponde al "acto predicable en el actor, si tenemos en cuenta no sólo el origen de la noticia criminal, sino la verificación que sobre ella se obtuvo mediante labores de inteligencia, experticias contables en sus cuentas bancarias y en fin todo un despliegue probatorio, refleja un súbito cambio de situación económica, que presupone la voluntariedad de ejecución de la infracción con el fin de tomar una decisión para actuar de determinada manera".

Y, al referirse al "objeto" de protección social, señala estaría representado en "aquellas cantidades que debían ser entregadas a los beneficiarios que sumadas unas con otras fueron intensificando la defraudación y no sólo por esto, sino también porque en muchos de los casos, las sumas que se adeudaban eran inferiores pero los mandamientos de pagos eran librados por sumas superiores y ajustándoles intereses por encima de los legalmente establecidos y sin tener en cuenta el índice de precios al consumidor. Todas estas labores fueron suscitadas por el desorden en que se hallaba Cajanal para ese entonces, situación que es advertida y vilmente aprovechada por los delincuentes, quienes deciden la integración de un plan que les permita timar los caudales nacionales objeto jurídicamente protegido por el tipo en comento" (fls. 91 y ss.).

2.4.3. Contra el proveído calificatorio, el procesado interpuso recurso de apelación que la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, desató en providencia de enero tres de mil novecientos noventa y seis, mediante la cual resolvió confirmar la resolución de acusación proferida en primera instancia. Los fundamentos fueron, entre otros, los siguientes:

2.4.3.1. En el capítulo que la segunda instancia dedica al "incremento patrimonial" se señala que este surge de la revisión del patrimonio del sindicado, su esposa y la sociedad que ambos conformaron, en la cual, además, radicaron gran cantidad de bienes adquiridos por la época en que el doctor Sánchez Rodríguez se desempeñaba como funcionario.

"Significa lo anterior -precisa la providencia de segundo grado-, en otras palabras, que es la globalidad de los bienes adquiridos por él, por su esposa, y por la sociedad Saheroba Ltda., la que conforma el incremento punible. Y es que, en este evento, no hubo explicación respecto de cómo, en un lapso tan corto, contando apenas con el patrimonio del procesado antes de ingresar al Juzgado, del cual era titular, se lograron reunir los recursos necesarios para adquirir todos los bienes que fueron reportados a lo largo de la investigación".

La ilicitud no está, señala la providencia, en que el procesado, su esposa y la sociedad Saheroba Ltda. hayan adquirido apartamentos, casa, automó-

viles, buses, fincas, locales, negocios y otros bienes, sino en no haber sido justificadas tales adquisiciones, considerando los ingresos y aun las actividades comerciales que se dice realizaba la esposa del procesado.

Es así como, encontró la Fiscalía de segundo grado, que luego de haberse posesionado el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez como Juez Cuarto Laboral del Circuito, en el corto lapso de dos años, junto con su esposa y la sociedad que ambos constituyeron, adquirieron la Finca "La Gladys", el campero Toyota de placas JL 2472, varios semovientes, tres buses ejecutivos, un vehículo Mazda de placas BAG- 428, se cancelaron varios pasivos, se realizaron inversiones en las sociedades Saheroba Ltda. y Helilógrafo Saheroba, en la adquisición del 50% del apartamento 401 de la carrera 30 número 24-47, en el apartamento 203 de la Carrera 46 No. 22B-15/17, en el apartamento 303 del edificio ubicado en la Calle 131 No. 30-80, en la finca "Calmital" y se compró el vehículo de placas BAU 724, sin mediar proporción con los ingresos percibidos durante su ejercicio judicial ni con el giro económico de las sociedades mencionadas.

Precisa la decisión que "no por no haberse cuantificado en concreto la cuantía del punible, no se pueda predicar la tipicidad del comportamiento. En efecto, aparecen, dentro del informativo, los informes sobre los que se sustenta el incremento patrimonial, informes que resaltan la diferencia entre lo que se considera era lo posible de capitalizar, invertir y gastar con base en los ingresos lícitos, y lo que no tiene explicación satisfactoria, con base en los mismos. En tal virtud, el monto del enriquecimiento, que es objeto de reproche, está patente en la diferencia reseñada, aun cuando no haya sido objeto de cuantificación exacta, lo que, en este momento procesal no se requiere".

2.4.3.2. En el capítulo sobre el principio *Non bis in ídem*, señala la providencia calificatoria de segundo grado, que "siendo el punible de enriquecimiento ilícito de carácter subsidiario y residual, como lo anota el impugnante, es apenas natural que su tipificación no dependa de la comprobación de la actividad ilícita del sujeto activo, sino, únicamente de la del incremento patrimonial, sin justificación. Por ello, no resulta del todo acertada la argumentación del *a quo*, respecto del origen mismo de los dineros que dieron lugar al incremento.

Cierto es que si se atribuye a una precisa conducta ilícita el incremento patrimonial, esta conducta debe ser la que determine, no sólo el objeto de investigación, sino, también, la tipicidad de la misma. Así, resulta cierto que si se atribuye el incremento patrimonial a concretas maniobras ilegales realizadas por el funcionario, en ejercicio de su cargo, el punible a investigar sería el de peculado, cohecho, concusión o alguno semejante."

Por esto considera poco afortunada la motivación de la providencia proferida en primera instancia, "por cuanto el enriquecimiento ilícito es comportamiento autónomo que no debe ser demostrado a través de las diversas actuaciones realizadas por el sindicado". También que carece de sentido discutir la legalidad o no de las liquidaciones de intereses y el contenido del

bien jurídico no puede estar referido a nada distinto de la administración pública, siendo por tanto ajeno a esa conducta el patrimonio del Estado.

Es así como, "respecto de otros hechos punibles, atribuibles al procesado, el enriquecimiento ilícito debe tener completa independencia, porque, de lo contrario, se estaría en presencia de los mismos hechos, lo que, de por sí determinaría, un doble juzgamiento, violando principios constitucionales y legales".

En el presente evento, sostiene la providencia de segundo grado, aparece como hecho cierto que en contra del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez se adelantan varios procesos por conductas relacionadas con su desempeño como Juez Cuarto Laboral del Circuito, entre las que se cuentan las que tienen que ver con la apropiación de bienes estatales, a través de proferir providencias ilegales o mediante maniobras no ajustadas al procedimiento y los requisitos establecidos para la especialidad laboral.

Empero, "el peculado que se le endilga tiene como sustento la entrega, a terceros, de esos dineros, por lo que no es posible predicar que se confunde el origen de los dineros producto del enriquecimiento ilícito, con los dineros que se reputan fueron objeto de despojo al patrimonio estatal. Debe insistirse en que, en parte alguna, dentro de las citadas resoluciones, se le imputa apropiación a título personal, sino el haber, de manera dolosa, entregado ese dinero a terceros, cuando no había lugar a ello".

Con estas aclaraciones, confirmó la resolución acusatoria por el delito de enriquecimiento ilícito (fls 4 y ss. cno. 2ª instancia).

2.5. Proceso radicado con el número 3826 D contra los doctores Mercedes Cabrera Polanco y Omar Cabrera Polanco como determinadores de los delitos de peculado y prevaricato por acción, cometidos en concurso.

2.5.1. Por providencia proferida el seis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de los abogados Mercedes Cabrera Polanco y Omar Cabrera Polanco, como determinadores del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado por la cuantía, llevado a cabo por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez quien en su condición de Juez Cuarto Laboral del Circuito, tramitó y decidió los procesos ejecutivos laborales radicados en su Despacho con los números 30105, 30511, 30522 y 30981, que redundaron en una millonaria defraudación a la Caja Nacional de Previsión Social.

2.5.1. Los fundamentos del calificatorio de primer grado, fueron, entre otros, los siguientes:

2.5.1.1. Es incuestionable que Omar Cabrera Polanco de tiempo atrás viene ejerciendo la profesión de abogado con la colaboración de su hermana

Mercedes, instaurando acciones administrativas y/o judiciales para reclamar en favor de numerosos pensionados sus mesadas y reajustes de ley debidos por la Caja Nacional de Previsión Social.

2.5.1.2. Los procesos ejecutivos laborales se llevaron a cabo ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito -del cual su titular, el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, se encuentra vinculado a la investigación-, en cuyo trámite la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación detectó una serie de irregularidades como las relacionadas con el cobro de créditos superiores a las sumas debidas por la demandada, liquidación de intereses sin sujeción a los parámetros legales, y el pago repetido de las mismas obligaciones, entre otras.

2.5.1.3. El desorden administrativo de la Caja Nacional de Previsión fue aprovechado por abogados litigantes en materia laboral y por Jueces de la República en dicha especialidad, quienes orquestaron un plan para lograr apropiarse de gruesas sumas de dinero pertenecientes a dicha entidad por medio de distintos procesos de ejecución adelantados en contra de ella.

2.5.1.4. Por vía de ejemplo, se aprecia que en la Resolución No. 14099 del 8 de octubre de 1987, se indica haber sido canceladas mesadas pensionales y adicionales entre el 1° de agosto de 1985 y el 1° de abril de 1988, no obstante lo cual el abogado presenta la liquidación del crédito por cinco meses de 1985 y de ahí en adelante hasta 1989, hecho que fue admitido por el juez acusado. Lo mismo ocurre, en relación con las resoluciones 04235 de 1986, 0966 de 1982, 5024 de 1977, y 9941 de 1979.

2.5.1.5. No resulta lógico que un abogado desconozca los requisitos exigidos por la ley para que un documento preste mérito ejecutivo, menos si se trata de un experto en la materia. Y, tanta responsabilidad tiene el abogado que sustituye un poder en esas condiciones como aquél en quien se sustituye.

2.5.1.6. Al haberle sido presentado al Juez los documentos base de la acción en condiciones como las expuestas, y haberlos admitido el funcionario sin reserva alguna librando mandamientos de pago, realizó los tipos penales previstos en los artículos 149 y 133 del Código Penal, pues emitió resoluciones manifiestamente contrarias a la ley y permitió la defraudación patrimonial de la Caja Nacional de Previsión.

2.5.1.7. Los hechos tienen origen en la obtención de poderes por parte de los hermanos Cabrera Polanco, para actuar frente a la jurisdicción, creando así las condiciones para la apropiación de los dineros oficiales, mediante una conducta revestida de aparente legalidad.

2.5.1.8. No se desconoce por la Fiscalía que la Caja Nacional de Previsión tenga la obligación de cumplir las prestaciones a que tienen derecho los pensionados. Lo que censura es que la acción ejecutiva no se hubiere fundamentado en los presupuestos fácticos y jurídicos que permiten entenderla viable y legal.

2.5.1.9. Si Omar Cabrera Polanco recibía los poderes y se encargaba de responder ante sus poderdantes, resulta necesario entender que mantenía estrecha vigilancia sobre la actuación del abogado sustituto el doctor Manzano, máxime si la diligencia practicada por su iniciativa en la Pagaduría de la Caja, se convirtió en el fundamento de su sustituto para solicitar el embargo y secuestro de los dineros de la demandada.

2.5.1.10. La sola circunstancia de que las demandas ejecutivas hubiesen sido presentadas por persona distinta de Omar Cabrera Polanco, no demuestra falta de responsabilidad penal de éste en la realización de los delitos que se le imputan, pues su función consistió en recolectar los poderes de los pensionados para demandar a la Caja, a sabiendas que los documentos en que posteriormente iría a apoyar las pretensiones no reunían los requisitos para su cobro por vía ejecutiva, y sustituirlos luego en el abogado Marco Antonio Manzano Vásquez encargado de presentar las demandas previamente elaboradas por Cabrera, correspondiéndole ahora parte del trabajo en la ilicitud al juez acusado, quien decretaba los mandamientos de pago, y ordenaba el reconocimiento y pago de intereses y agencias en derecho.

2.5.1.11. Mercedes Cabrera Polanco en la oficina recibió poderes, y conocía, aceptaba y ejecutaba parte del curso de los acontecimientos, sin que tenga aceptación la justificación que expone en el sentido de desconocer los propósitos perseguidos por su hermano al otorgarle los poderes, porque "se trata de una persona que cuenta con estudios superiores, más exactamente en Derecho, circunstancia esta que le permite conocer con suficiencia los asuntos que se derivan de actos propios de la profesión y consecuencias sobrevinientes; lo que hacía (recaudo de poderes) en manera alguna puede entenderse como ajeno o extraño a los conocimientos que adquirió".

2.5.1.12. El testimonio de Flor María Vargas de Silva evidencia que Mercedes Cabrera Polanco no se limitaba a recaudar poderes. Esto lo colige del testimonio en el que da cuenta haber acudido al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito para averiguar sobre el estado del asunto, y que el propio juez le manifestó ponerse en contacto, seguramente con la abogada, adonde la remitió, hecho que no es negado por la procesada pero dándole una connotación distinta. Agrega la fiscalía que "de este testimonio se infiere el afán de Mercedes por evitar que la indeseable situación de conflicto con Flor María de Vargas y su madre, originada en su ilegal actuación, trascienda, indicativo ello del pleno conocimiento y poder de control que le asistía sobre la empresa de su hermano Omar".

2.5.1.13. Con estos presupuestos, señala la Fiscalía de primera instancia satisfechos los requisitos exigidos por el artículo 441 del C. de P. P. para proferir en contra de Mercedes Cabrera Polanco y Omar Cabrera Polanco, resolución acusatoria como determinadores del concurso de delitos de prevaricato y peculado por apropiación agravado por la cuantía, con las circunstancias de agravación previstas por el artículo 66 ordinales 1° y 4°, al tiempo que dispuso que continuaran detenidos domiciliariamente (fls. 1 y ss).

2.5.2. Contra esta determinación, los defensores y el procesado Omar Cabrera Polanco, interpusieron recurso de apelación el que desató la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema, en providencia proferida el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro mediante la cual confirmó integralmente la resolución de acusación proferida en la primera instancia.

2.5.3. Los fundamentos de este pronunciamiento, son, en síntesis, los siguientes:

2.5.3.1. Los cargos concretos contra los hermanos Cabrera Polanco consisten en haber determinado la conducta ilícita llevada a cabo por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, en el trámite y fallo de los procesos ejecutivos números 30105, 30511, 30522 y 30981, que derivaron en millonaria defraudación a la Caja Nacional de Previsión Social.

2.5.3.1. La determinación es una forma de participación en el hecho y puede definirse como "la provocación en el autor de la resolución delictiva, sin participar en el dominio del hecho", y aunque la ley no precisa los medios en que la inducción puede ser realizada, se ha entendido como tales "los regalos, promesas, amenazas, provocación de un error en el instigado, convenio, mandato, etc., es decir ' en general cualquier medio idóneo para lograr que otro realice material o directamente conducta de acción u omisión descrita en el tipo penal".

2.5.3.2. Los requisitos para que se de la determinación, son: que exista un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor; el inductor ha de actuar dolosamente: el hecho al cual se induce debe ser o bien consumado o por lo menos configurar tentativa; el inductor debe carecer del dominio del hecho, ya que si lo tiene podría ser coautor.

2.5.3.3. Mientras Omar Cabrera Polanco anunciaba en el periódico "El Tiempo" que gestionaba las mesadas y reajustes pensionales previstos en la Ley 4ª de 1976, visitaba varias asociaciones de pensionados y abría oficinas para esa gestión, su hermana Mercedes Cabrera Polanco también acudía a varios lugares y recibía poderes de los pensionados.

Todos los poderes fueron sustituidos por Omar Cabrera Polanco en los abogados litigantes Marco Antonio Manzano Vásquez y Alberto Cárdenas de la Rosa, quienes presentaron las respectivas demandas laborales.

En el proceso 30105, Omar Cabrera Polanco recibió once poderes que luego sustituyó en el abogado Manzano Vásquez. A la demanda inicial presentada a nombre de Gabriel Guzmán Sánchez se le adicionaron 53 más persiguiendo el pago de sesenta y ocho millones trescientos setenta mil ochocientos veintitrés pesos, más los intereses corrientes. Mercedes Cabrera recibe un poder que no firma.

En el proceso 30511 el mismo aceptó 21 poderes que luego sustituyó en Manzano Vásquez, y a la demanda inicial presentada a nombre de Ana Morales de Vargas se le adicionaron 40 más, para un capital de noventa y cinco

millones seiscientos un mil trescientos seis pesos con setenta centavos, más los intereses corrientes. Mercedes Cabrera Polanco figura recibiendo 6 poderes que no firma.

En el proceso número 30522, instaurado a nombre de Jesús García, y al cual se le adicionaron 36 poderes, de los que Omar Cabrera acepta 31, la pretensión asciende a noventa y seis millones trescientos dos mil ochocientos sesenta y nueve pesos con treinta y ocho centavos más los intereses corrientes. Mercedes Cabrera figura recibiendo 7 poderes que no firma.

Y en el proceso 30891 iniciado a nombre de Abel Reyes, se acumulan 36 poderes de los cuales 30 suscribe Omar Cabrera, los cuales sustituye en el doctor Manzano Vásquez, para una pretensión por la suma de noventa millones novecientos treinta y cuatro mil setecientos veinte pesos con noventa y un centavos, más los intereses corrientes. Mercedes Cabrera figura recibiendo dos poderes que no firma.

2.5.3.4. Además de los poderes que recibían, los hermanos Cabrera Polanco suscribían con los pensionados un contrato de prestación de servicios profesionales en los cuales se pactaba como honorarios del 15 al 30% del capital que se cobrara, mientras que los pensionados renunciaban a reclamar el pago de intereses y las agencias en derecho que se liquidaran en favor de los abogados, y al final firmaban un recibo de lo que en forma líquida les correspondía después de descontados los honorarios pactados.

2.5.3.5. En varios de los procesos ejecutivos se libró mandamiento de pago con base en documentos que no podían prestar mérito ejecutivo, o porque estaban incompletos o habían sido cancelados por la Caja o por haber prescrito; se aceptó las liquidaciones presentadas por los abogados en forma irregular, así por ejemplo se cobraban prestaciones antes de cumplir un año de estar percibiendo la pensión (caso de Sofía Melo vda. de Salazar, en el proceso 30105), otros cobraban doblemente la mesada, como el caso de Servando Bermúdez Gordillo en el expediente 30522). Además de muchas otras irregularidades, había eventos donde se liquidaban porcentajes superiores a los realmente debidos, como sucedió con Celio M. Vidal en el proceso 30105.

2.5.3.5. Se liquidaron los intereses que pedían los ejecutantes por el 18% anual, cuando lo correcto y legal era el 6% según el artículo 1617 del C. C., sin que resulte valida una interpretación diferente.

2.5.3.6. En materia de liquidación de las agencias en derecho la ley indica que debe tenerse en cuenta los honorarios establecidos con aprobación del Ministerio de Justicia por intermedio de los Colegios de Abogados del respectivo Distrito, más la naturaleza y calidad de la gestión (art. 393 ordinal 3 del C. de P. C). Esto no fue aplicado en los procesos ejecutivos de que se ocupa el caso, se tomó mal la cuantía del capital olvidando que se trataba de acumulación de pretensiones, y la gestión llevada a cabo no ameritaba ninguna calidad especial que justificara esas "altas agencias en derecho".

2.5.3.7. Se ordenó el embargo y secuestro de tres títulos de la Caja Nacional de Previsión por la suma de novecientos cuarenta y un millones trescientos ochenta mil trescientos treinta y cuatro pesos con veinticuatro centavos, que eran inembargables, y que fueron entregados a los abogados litigantes. En últimas, este dinero lo recibía Omar Cabrera Polanco quien pagaba a los pensionados restándole el porcentaje acordado con ellos.

2.5.3.8. El doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, valido de su investidura, fue quien profirió las resoluciones manifiestamente contrarias a la ley que llevaron a erogaciones del erario superiores a las debidas, las que estaba obligado a custodiar cuando se pusieron bajo su disponibilidad jurídica.

Pero este funcionario no actuó solo en esa empresa criminal, sino que fue provocado por los abogados litigantes encabezados por los hermanos Cabrera Polanco, siendo indispensables unos y otros para lograr la defraudación a la Caja.

2.5.3.9. Omar y Mercedes Cabrera Polanco no se limitaron a crear la escena para el resultado perseguido, sino que Omar sustituyó los poderes y los dos recogieron el producto de lo obtenido en los juicios ejecutivos. La circunstancia de no haber intervenido como apoderados judiciales en los respectivos procesos no los margina de la responsabilidad que les cabe.

2.5.3.10. Si Omar, como lo afirmó en su injurada, debía responder a los pensionados, es lógico que debía estar pendiente de los procesos. Igual actitud fue la de Mercedes quien luego de entrar en comunicación con el Juez inducido, le entregó a Flor María Vargas de Silva la suma que antes había ocultado a su madre.

2.5.3.11. "Todas estas circunstancias acreditadas en el proceso son las que en forma de indicios están demostrando lo sucedido en el sub judice. Que los abogados litigantes dirigidos por Omar Cabrera Polanco, con conocimiento del hecho y sus circunstancias y queriendo la producción de la resolución de cometer el hecho y la ejecución de este por parte del autor –el doble dolo del que se habló anteriormente–, convencieron ['provocaron'] al Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para cometer los ilícitos de prevaricato y peculado, de cuyo dominio del hecho ellos carecían".

2.5.3.12. Aunque los determinadores no tengan la calidad de funcionarios exigida por las normas realizadas, en virtud del dispositivo amplificador del tipo previsto por el artículo 23 del C. P., son partícipes del delito cometido por el determinado (fls. 5 y ss. cno. 2ª inst.).

El expediente fue remitido por la Fiscalía al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, el cual, en auto de veintiuno de abril de mil novecientos noventa y cinco, dispuso el envío del diligenciamiento al reparto de los Juzgados Penales del Circuito, por cuanto, si bien inicialmente la investigación seguida contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, comprendía también a estos dos procesados, se generó la ruptura de la unidad procesal al haber sido decreta-

do el cierre parcial de la investigación respecto del ex Juez Cuarto Laboral del Circuito.

El asunto correspondió conocerlo al Juzgado Diecinueve de aquella especialidad, en donde, luego de surtido el trámite previsto por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, mediante auto del 25 de septiembre de 1996 se dispuso la remisión del diligenciamiento al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá a fin de que se decretara la acumulación prevista en los artículos 13 de la Ley 81 de 1993, 91 y 96 *ejusdem*, por razón de haber tenido conocimiento procesal que allí hace curso un proceso contra el señor Omar Cabrera Polanco.

El Tribunal, por auto de cuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis, decretó la acumulación del proceso seguido contra los hermanos Cabrera Polanco al que cursa contra Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, Omar Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo Sánchez, providencia confirmada por la Corte Suprema el 18 de febrero de 1997.

3. El Juicio

La etapa de juzgamiento correspondió tramitarla al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en la cual fueron recaudados los siguientes medios de convicción:

3.1. Declaración del ex Gerente de Cementos Boyacá, señor Secundino Mejía Vanegas, quien manifestó que aproximadamente entre los años 1975 y 1982 mantuvo relaciones comerciales con el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, quien fungía como distribuidor con un cupo del orden de 250 toneladas de cemento mensuales.

3.2. José de la Cruz López Camacho, dijo conocer a Luis Alvaro Sánchez Rodríguez desde 1974 cuando fueron compañeros de universidad. Que le consta sobre los negocios de cemento que éste tenía entre los años 1978 y 1982.

3.3. Gilberto Guzmán Pinzón, vecino de Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, dijo constarle que éste trabajaba con cemento y que respecto de sus bienes le conoció una volqueta y dos camperos en los cuales se transportaba.

3.4. El abogado Alejandro Torres Munar manifestó haber tramitado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el proceso ejecutivo número 30719 contra la Caja Nacional de Previsión Social en representación de la señora Luisa Rueda de Rueda, quien le otorgó poder para lograr el pago judicial del reajuste pensional que la demandada le había reconocido mediante resolución y sin embargo no le había cancelado.

La demanda correspondió por reparto a ese Despacho Judicial, ante el cual pidió medidas cautelares, pero debido a la inembargabilidad de los dineros de la Caja esto no fue logrado, como tampoco el pago efectivo de la deuda.

3.5. Teresita de Jesús Alvarez Giraldo, apoderada de la Caja Nacional de Previsión Social durante el período comprendido entre los meses de febrero y

mayo de 1991, dijo que dada su inexperiencia no tuvo conocimiento exacto sobre el trámite a seguir en los procesos a su cargo, y que a pesar de haber sido vinculada al proceso, en su favor se decretó la preclusión de la investigación.

3.6. Se practicó diligencia de inspección judicial al archivo de la Caja Nacional de Previsión Social, obteniéndose los originales de las resoluciones que sirvieron de base para la iniciación del proceso ejecutivo número 31739 encontrándose inconsistencias en cuanto a las fechas de ejecutoria y la forma como fueron expedidas las copias.

4. La Sentencia Impugnada

Llevada a cabo la vista pública, el Tribunal profirió el fallo objeto de impugnación, en el cual hizo las declaraciones ya referidas.

Consideró el sentenciador satisfechos los presupuestos establecidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para proferir en ese sentido fallo de condena respecto de la mayoría de los cargos imputados, a cuya conclusión arribó con fundamento en los siguientes raciocinios:

4.1. El proceso laboral se rige por un procedimiento autónomo y especial que tiene su propia identidad. Las normas en él contenidas son de orden público, de imperativo cumplimiento, y no derogables por voluntad de las partes ni del funcionario encargado de aplicarlas.

4.2. Como se ha alegado a lo largo de la actuación por el ex juez procesado que en el procedimiento laboral impera el principio dispositivo, en respuesta a este planteamiento trae a colación un pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte, según el cual "El juez es el representante del Estado, encargado de administrar justicia con arreglo a la normatividad imperante. Por consiguiente, cuando de las actuaciones de las partes que intervienen ante sí se desprenda una notoria injusticia o, por lo menos, la posibilidad de transgresión a la ley, el funcionario judicial se encuentra en la obligación de amparar la justicia misma, remediando el entuerto".

"En este sentido, el principio dispositivo, imperante en la sistemática civil, encuentra su real aplicación dentro de la evolución de la sociedad que lo hace posible. Así, aunque las partes conserven la iniciativa en la impulsión del decurso procesal, también sus actuaciones deben ceñirse en todo a las disposiciones legales y constitucionales".

"Por consiguiente, cuando por cualquier medio el juez se entere de la existencia de una anomalía capaz de perturbar el cabal desarrollo del proceso, se encuentra en la obligación de comprobar su existencia y, si es el caso, aplicar el correctivo necesario. Ello es así porque si bien las partes son encargadas de señalarle el camino a seguir, éste no puede estar sujeto a la arbitrariedad particular, sino al imperio de la ley".

"Por tanto, el juez, como director del proceso, pero sobre todo, como dador de la justicia y la equidad, ha de estar atento a que éstas marquen la pauta en la aplicación del derecho. De lo contrario, la ley misma no encuentra su

razón de ser sino en ella misma, ajenidad que al aislarla de la sociedad que pretende regular, de hecho la convierte en un dictador que sólo persigue imponer su propia voluntad, quebrantando la armonía colectiva".

"En otras palabras, permitir que la forma maneje el contenido es regresar a épocas pretéritas en las que se consideró a la ley como un fin en sí misma, ausente de la realidad social. Ambición desmedida de lo apenas cortical puesto que la forma se creó para proteger la esencia. Nada más. Cuando pretende encerrarla, acomodándola a sus estrechos fines, el juez ha de romper esta camisa de fuerza acudiendo a los principios generales del derecho y a la constitución misma. Tal es el papel del juez en la sociedad moderna y tal el alcance de la administración de justicia, en su aplicación".

Seguidamente, el *A quo* se ocupa de analizar el aspecto fáctico que dio lugar al proferimiento de cada una de las resoluciones de acusación, que posteriormente tuvieron un trámite conjunto en la etapa del juicio.

4.3. Causa No. 3557C.

Los procesos ejecutivos laborales a cargo del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez contra la Caja Nacional de Previsión Social, en criterio del Tribunal, "constituyen la verdad desbordante, porque en ellos sin lugar a dudas queda plasmada la voluntad de sus autores":

4.3.1. En relación con el Proceso Ejecutivo No. 30981, destaca el Tribunal *a quo* que en esa actuación en la cual fungen como demandantes Abel Reyes y 36 personas más apoderadas por el abogado Marco Antonio Manzano Vásquez, se reconoció como capital la suma de $ 91.032.629.91, agencias en derecho $ 18.205.000.oo, e intereses de $150.122.783.15, para un total de $259.360.368.06.

La demanda se presentó el 24 de noviembre de 1989 siendo repartida por el Juzgado 6° el día 29 siguiente, y en ella se solicita el pago de $ 1.774.354.29 a favor del primer demandante, más los intereses corrientes, sin indicarse el concepto de esa suma.

A la demanda se adjuntó la resolución 06467 de 1987 expedida por la Caja Nacional de Previsión Social, pero no se acreditó la supervivencia del demandante ni su retiro definitivo del servicio oficial. La certificación de la notificación y ejecutoria de este acto administrativo, figura puesta por el Juzgado 13 Civil Municipal de Bogotá, pero sin adjuntar la copia de la inspección judicial llevada a cabo para su reconocimiento.

La actuación ingresa al Despacho el 5 de diciembre de 1989, y en esa misma fecha se profiere auto reconociendo personería para actuar a Omar Cabrera Polanco, como sustituto de Marco Antonio Manzano Vásquez, se dispone tomarle juramento y realizar la notificación de la providencia, no obstante ésta no se cumplió.

Posteriormente y sin nota de presentación personal, el abogado Marco Antonio Manzano Vásquez presenta una corrección y adición a la demanda,

en la cual incluye 36 personas más, indicándose para cada una de ellas la cuantía que pretende cobrar por esa vía.

Estima el Tribunal que no empece haberse presentado esta corrección y adición en vigencia del Código de Procedimiento Civil anterior, a la misma no se le dio el trámite previsto por el artículo 89 de dicho estatuto. Además, aparece presentada por el Abogado Manzano Vásquez quien había sustituido el poder en Omar Cabrera Polanco y tampoco obra manifestación expresa de estarlo reasumiendo.

Advierte asimismo que las Resoluciones expedidas por la Caja Nacional de Previsión y que constituyen el título base de la acción ejecutiva, tienen por común denominador no acreditar el retiro del servicio, la supervivencia del beneficiario ni el estado de viudez del sustituto, poseen constancia de autenticación ante la Caja y sellos de ejecutoria defectuosos, sin firma que acredite su texto. En otros casos, la constancia de autenticidad es expedida por los juzgados 7° y 13 Civil Municipal pero sin allegar la copia de la diligencia por medio de la cual dichos funcionarios tuvieron en sus manos el documento original.

El 14 de febrero de 1990 las diligencias ingresan al Despacho, y el 15 siguiente se reconoce personería a Marco Antonio Manzano como sustituto de Omar Cabrera Polanco y Alberto Cárdenas de la Rosa. Del mismo modo se reconoce personería a Luis Henry Trujillo Sánchez, como apoderado de algunos de los demandantes, quien a su vez sustituye el poder en Marco Antonio Manzano. También se ordena tomar juramento y la notificación de dicho pronunciamiento.

En el expediente no aparece constancia de haber sido notificado el auto anterior. El 15 de febrero se recibe el juramento a Marco Antonio Manzano Vásquez.

El mismo 15 de febrero se libra mandamiento de pago en la forma solicitada en la demanda, y se decreta el embargo de dineros de la Caja Nacional de Previsión Social.

El primero de marzo de 1990, del mandamiento de pago se notifica la Caja Nacional de Previsión, y a través de su apoderado Augusto Conti Parra, propone las excepciones de falta de causa y título para pedir pago parcial y/o total de la obligación demandada, al tiempo que solicita las pruebas para su demostración y el levantamiento de las medidas cautelares, e interpone recurso de reposición contra el mandamiento de pago.

Las diligencias ingresan al Despacho el 26 de marzo siguiente, y en auto de esa fecha se programa las 10 a.m. del 2 de abril de 1990 para llevar a cabo la audiencia y resolver las excepciones propuestas, fecha en la cual el Juzgado no repuso la providencia impugnada, declaró no probadas las excepciones de pago e inadmisible la de falta de título, negó el levantamiento de la medida cautelar y ordenó la liquidación del crédito, al tiempo que señaló la suma de $18.205.000.oo como agencias en Derecho.

De esta actuación, a manera de irregularidades advertidas, destaca el a quo que el recurso de reposición debe generar la suspensión de los términos respecto de las excepciones, las cuales sólo deben tramitarse y resolverse una vez se encuentre en firme el auto de mandamiento de pago y vencido el término para proponerlas (art. 120 C. P. C.). En este caso, las excepciones propuestas fueron resueltas simultáneamente con el recurso de reposición y sin haberse decretado ni practicado las pruebas solicitadas por la demandada con las que perseguía acreditar el pago de la obligación. Destaca también que a pesar de la decisión adoptada, el apoderado de la demandada ningún recurso interpuso a fin de que no fueran vulnerados los derechos de su poderdante.

El 20 de abril de 1990 en informe sin firma de la Secretaría se liquida el crédito incluyendo el valor del capital y una suma por concepto de intereses sin indicar la tasa tenida en cuenta para ese efecto, todo lo cual llegó a la suma de $ 259.360.368.06.

Posteriormente el apoderado de los demandantes, en fecha no especificada, solicita llevar a cabo embargo de remanentes, de dineros incluidos en el Presupuesto General de la Nación y de Acciones. Las diligencias ingresan al Despacho el 30 de abril, en informe secretarial que carece de firma.

En esta última fecha se decretan las medidas cautelares solicitadas por el demandante, omitiéndose el cumplimiento de la diligencia de juramento de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Laboral.

También, sin siquiera esperar el cumplimiento del término de ejecutoria de la determinación anterior, notificada por estado el 2 de mayo de 1990, en esta última fecha fueron expedidos los oficios en "actuación que es a todas luces improcedente e irregular".

El 8 de mayo, el apoderado de los demandantes solicita se requiera al Tesorero General de la Caja para que cumpla la orden de embargo de dineros dictada en contra de la demandada; el siguiente día, las diligencias ingresan a despacho y en esa misma fecha el funcionario acusado mediante auto de cúmplase expide la orden demandada, librándose ese día el oficio respectivo.

El 21 del mismo mes, el apoderado de los demandantes solicita desembargo del presupuesto y en su remplazo el embargo y secuestro de títulos valores, certificados de depósito, y cheques que posea la Caja Nacional de Previsión, así como la "acumulación para que la diligencia se lleve a cabo con un solo despacho comisorio que debe abarcar los procesos 30105, 30511, 30522 y 30981"

Las diligencias ingresan al Despacho el 24 de mayo de 1990, fecha en la cual mediante auto de cúmplase, no obstante la improcedencia de la petición cuando se relaciona con procesos distintos de aquel en que ella ha sido hecha, se accede a lo solicitado limitado el embargo a la cantidad de $935.187.114.27, y ese mismo día se emite el oficio respectivo. Con esta conducta, sostiene el Tribunal, se dejaron de aplicar las previsiones de los artículos 101 del C. P. del T., y 513 y 531 del C.P.C.

La actuación posterior que se observa hace referencia al cumplimiento de la medida de embargo y al acta de la diligencia de entrega de dineros al doctor Marco Antonio Manzano en relación con ejecutivos identificados con los números 30105, 30511, 30981 "es decir, que a partir de la medida de embargo se observa que se acumularon y pagaron los procesos referidos en el acta de entrega, siendo ello un procedimiento inconducente y anormal" según acota el *a quo*.

Similares irregularidades se predican ocurridas en el trámite de los procesos 30105, 30522, 30511, 31827, 29937, 30241, 30402, 31784, 31172, 31128, 32210, 29934, 29690, 32207, 29827, 30377, 31716, 31170, 30376, 31401 y 30267.

4.3.2. En el acápite dedicado al "resumen", el Tribunal comienza por advertir que comparte la motivación expuesta por el Fiscal Delegado ante la Corte, cuando decidió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución acusatoria proferida contra Luis Alvaro Sánchez, Omar Cabrera Polanco, y Luis Henry Trujillo Sánchez, dentro del proceso 9797 A, en donde se anuncia que los $150.503.167,32, "corresponden a la totalidad de las sumas que se intentaron cobrar, independientemente que efectivamente se debieran parcialmente a los pensionados, porque la ilícita apropiación se derivaría de la ilegalidad del procedimiento de cobro, en atención a que no existió ningún título que prestare mérito ejecutivo, y por consiguiente no era posible apropiarse de esos dineros recurriendo a acción de esa naturaleza".

En ese sentido se sostiene en el fallo, que, salvo uno, ninguno de los títulos allegados como fundamento de las acciones ejecutivas reúne los mínimos presupuestos de forma para poder ser considerados exigibles, pues no hay certeza de su ejecutoria y tampoco figura acreditado el cumplimiento de las condiciones establecidas en cada una de las citadas resoluciones.

Con la demanda, presentada con base en dichos documentos, que "no son títulos ejecutivos por no reunir los requisitos de forma", se pretendió cobrar judicialmente obligaciones que no constan en ninguno de los citados documentos, toda vez que en ellos no aparece pactada ninguna clase de intereses.

A la demanda inicial no se le dio el trámite correspondiente previsto por el Código de Procedimiento Civil, vigente por entonces, y se incurrió en errores y omisiones dolosas tales como la falta de notificación del auto que ordenó al abogado prestar juramento, no recibirse dicho juramento, y adicionalmente aceptarse correcciones y adiciones a la demanda sin observar la oportunidad procesalmente prevista para ello, y sin haber librado el primer mandamiento de pago.

Al concretar el cúmulo de irregularidades advertidas dice que "se amañó al antojo" toda la actuación con un procedimiento que no correspondía en el C. P. del T. y en el C. de P. C., que siendo normas de orden público eran de perentorio cumplimiento, lo cual no se observó en ninguna de las actuaciones. Dentro de ese procedimiento sustancialmente irregular y desviado se

libraron mandamientos de pago, se aplicó un procedimiento totalmente anormal, frente a excepciones propuestas y a pruebas pedidas que ni siquiera se decretaron y practicaron como es el caso de las inspecciones judiciales solicitadas; en defecto; oficios que tampoco se libraron, con el ítem por demás extraño de que la parte demandada ni siquiera recurre tales providencias ni tampoco las providencias que le niegan las excepciones; dentro de ese trámite "amañado" también se observan actos de liquidación de créditos, sin especificar conceptos ni tiempos al cual corresponden los cobros, como tampoco especificar tasa de interés. Ahora, la parte demandante sin mayor esfuerzo procede a allanarse como ocurrió, entre otros, en el proceso 31.827, impulsado por Luis Henry Trujillo; 31784. Impulsado por Guillermo Preciado Lorduy; 31716 por Elsy Miranda de Miranda y el 31401 por Guillermo Preciado Lorduy.

Siguiendo con el procedimiento ajeno al establecido en la ley, resalta el *a quo* que para obtener los dineros de la demandada y entregarlos al demandante, se acudió a la extraña figura de la acumulación de embargos, con lo que no se respetó la autonomía de cada uno de los juicios "como el caso de acumular en un solo embargo actuaciones de cuatro procesos, proceso 30105, 30522, 3981. 30511, independientes, aplicando una acumulación de embargo que en la ley laboral no existe, lo que motivó la investigación de carácter disciplinario y penal y que gracias al valor civil de Jairo Emiro González Forero, empleado del Juzgado 40 Civil Municipal, cuya titular practicó esa diligencia, y que igualmente fue destituida, quien dijo a la justicia todo lo que había visto el día de la diligencia de embargo llevada a cabo en las instalaciones de la Caja Nacional de Previsión y en donde se secuestraron títulos valores que alcanzaron la suma de $941.380.434.24, testigo que terminó con la gran farsa orquestada por los abogados y el juez".

Estos "engendros de procesos", en criterio del Tribunal condujeron al descalabro financiero de la Caja Nacional de Previsión Social y sus efectos fueron sentidos por los propios pensionados, pues a los dineros sobrantes se les dio un destino totalmente improcedente y "amañado" al punto de no haberse respetado siquiera "las mismas decisiones contenidas en los procesos cuando decretaban desembargos".

Se asegura en el fallo impugnado que el Juez acusado no podía ser invitado de piedra en el trámite de los procesos a su cargo, ni debió haber dejado en manos de las partes el proceso mismo. También, que de la actuación llevada a cabo, surge que el funcionario no decidió con legalidad y en justicia, y que violó no solamente los aspectos formales o procedimentales sino los sustanciales o de fondo, pues "todas las decisiones que se tomaron en todos los procesos se presentan como manifiestamente ilegales e injustas. Aquí se observa que no se trabó el contradictorio ni se legitimó el carácter dialéctico de la actuación".

De la prueba recaudada establece el Tribunal "un juicio de intenciones dolosas y se ve la proclividad a defender oscuros intereses en forma irredimible", toda vez que en el trámite de los veintidós procesos ejecutivos, el

juez "se abstuvo de resolver en forma legal en todo el círculo que actuó bajo el impulso de un interés particular, de los abogados y a la vez de interesado en el asunto, vulgarizando en esta forma las actuaciones judiciales y los conceptos jurídicos según el interés suyo y de los otros partícipes".

El Juez Sánchez, indica el Tribunal, tenía el "codominio" del hecho ya que era presupuesto indispensable para lograr el éxito del plan trazado, el cual sin su participación no podía lograrse, ya que dada su larga experiencia como intérprete y aplicador de la ley, sabía cuál era la forma establecida para impulsar los procesos a su cargo.

Totalizando los rubros de capital, intereses y agencias en derecho, concluyó el Tribunal que el Juez Sánchez entregó victadamente a los demandantes la suma $3.436.620.972.65 y que, con excepción de los procesos números 31172, 31784, y 31827, liquidó los intereses a una tasa del 18% anual frente al 6% correspondiente al interés legal, alcanzando una diferencia de $1.426.666.243.34.

En relación con el tema de los intereses, el fallo destaca que en los procesos a cargo del Juez Sánchez y por cuyo trámite irregular se le ha acusado, por la misma entidad de los títulos esgrimidos como fundamento de las demandas, no era exigible ninguna clase de interés.

En ese sentido señala que el objetivo primordial del proceso ejecutivo es "la ejecución y obtención de una obligación emanada de un derecho reconocido en un título" sea que éste provenga de actos administrativos o sentencias, y que "los títulos ejecutivos son aquellos que contienen obligaciones que cumplen con los requisitos establecidos en el art. 100 del C. P. del T., en concordancia con el art. 488 del C. de P. Civil", esto es que contengan obligaciones claras, expresas y exigibles, o en otras palabras, derechos ya reconocidos no solamente expectativas de ellos.

Entiende el juzgador de primer grado, de acuerdo con ello, que la obligación de pagar sumas de dinero, debe estar contenida expresamente en los títulos cuya ejecución se demanda, independientemente de la fuente que les da origen, pues si allí no se determinan, no constituyen ningún tipo de obligación.

Por tratarse en este caso de resoluciones en las cuales se reconocen pensiones y se establecen condiciones para su pago, "será exigible únicamente la obligación contenida en cada una de las resoluciones, previo el cumplimiento de las condiciones que cada resolución establezca: esto es, si se reconoce una pensión o el reajuste a esa pensión únicamente podrá cobrarse como obligación esa pensión o ese reajuste previo el cumplimiento de requisitos que contiene cada resolución como son en algunos casos el acreditar el retiro del servicio, la supervivencia, etc., aspectos éstos que deben cumplirse al tenor de lo dispuesto en el art. 440 del C. de Procedimiento Civil y en la forma que en dicha normatividad se establece para demostrar el cumplimiento de la condición".

Se sostiene asimismo que si lo cobrado es la diferencia con respecto al reajuste pensional, "no solamente basta con establecer la diferencia sino que

debe acreditarse lo efectivamente pagado por el ente demandado; de no hacerlo así, el reclamo que se haga adolece del requisito de falta de claridad. Aspectos éstos inobservados en cada uno de los procesos objeto de revisión por parte de la Sala y determinados al hacer su análisis".

Seguidamente el Tribunal critica las respuestas brindadas por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez en la diligencia de audiencia pública y formuladas en relación con el proceso ejecutivo número 30511, las cuales guardan relación con los 22 procesos restantes.

También se indica por el fallador que de conformidad con las previsiones del artículo 25 del C. P. del T., cuando se presenta una demanda ejecutiva lo primero que debe hacer el juez es determinar si reúne los requisitos de forma, pues de no cumplirse éstos, debe devolverse o en su defecto conceder un término para que sean reunidos; y si la demanda los reúne, una vez vencidos los términos que la ley otorga, el juez debe entrar a pronunciarse sobre el mandamiento de pago que se le solicita proferir, momento en el cual debe determinar si el título que se le presenta presta o no mérito ejecutivo. Por esto considera que las respuestas otorgadas por el procesado no consultan el procedimiento laboral, dado que si la demanda no cumple los requisitos de forma para poder ser objeto de estudio, no resulta lógico reconocer personería al apoderado y ordenar actuaciones, cuando lo procedente era disponer su devolución para que los defectos fueran subsanados.

En la demanda presentada a nombre de Ana Morales de Vargas, no se indicó expresamente el concepto por el cual se cobraba la suma de $ 935.740.55, siendo éste un defecto formal que el procesado doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez pasó por alto, sin que pudiera saberse si lo demandado era un reajuste o una mesada pensional, mucho menos el lapso que comprendía, o que los valores allí relacionados correspondían a los reclamados a nombre de Ana Morales de Vargas.

Cuando se le pregunta la razón por la cual si el documento original de la resolución aportada por Ana Morales de Vargas reposa en los archivos de Cajanal, no traía constancia de autenticación y ejecutoria rubricadas por la autoridad que expidió el acto administrativo, la respuesta dice relación con una supuesta inspección judicial practicada por el Juez 13 Civil Municipal de Bogotá, funcionario que figura autenticando el documento, sin embargo ni en la demanda, el título, o en anexo de los allegados al proceso, aparece constancia de haberse efectuado inspección judicial "y en materia de títulos ejecutivos, no hay presunciones, los actos de autenticación y ejecutoria deben emanar con una claridad absoluta que no admita duda y dé plena certeza, para poder exigir el derecho que en tales documentos se incorpora".

Al serle preguntado al acusado, sobre el procedimiento para corregir y adicionar demandas, y su oportunidad para antes del 1° de junio de 1990, y los motivos por los cuales no se dio cumplimiento a las previsiones del artículo 89 del C. de P. Civil, la respuesta no es concreta ni corresponde a aquello que tal norma prevé en el sentido de que la posibilidad de reformar la demanda se

presenta a partir de la notificación del auto admisorio "que para el caso que nos ocupa es el auto de mandamiento de pago" y hasta antes de notificarse el auto que decreta pruebas en el incidente de excepciones previas, o, en su defecto, en el que las decrete en el proceso, lo que no se cumplió en este caso porque la presentación del memorial de corrección y adición se hizo sin haberse siquiera proferido el mandamiento de pago respecto de la demanda inicial.

Pero no obstante esta falta de oportunidad que impedía aceptar la adición y corrección presentada, el juez libró mandamiento ejecutivo tomando en cuenta las resoluciones allegadas, cuando ha debido disponer su rechazo por cuanto tampoco los conceptos cobrados estaban especificados en forma clara y precisa. Además, el sello que indica su ejecutoria, carece de la firma del funcionario que debió dar fe del acto. Y "la segunda parte de la respuesta que hace referencia a las atribuciones de la demandada y a los recursos que podría haber empleado en caso de equivocación en el análisis del título, es un argumento que debió considerarse por dicha parte demandada, pero que no es permisible en el momento procesal donde un juez determina si el título ejecutivo presentado reúne o no los requisitos para ser aceptado. Ello no justifica un error de apreciación puesto que frente al análisis de ejecutoria la certeza es un factor definido de la simple observación del documento".

Cuando se pregunta la razón por la cual en auto proferido el 1° de noviembre de 1989 mediante el cual libra mandamiento de pago, dice "más los intereses solicitados" y que concrete la clase de intereses a los que se refiere, el acusado hizo referencia a los intereses corrientes sin sustentar su respuesta ni la tasa a aplicar en cada caso particular, a lo cual agrega el Tribunal que el título es el que contiene y genera la obligación de cobrar y el pacto de intereses debía estar contenido en él o provenir de una condena impuesta en un proceso ordinario, "puesto que si no se pactan intereses no es viable su cobro y en nuestra legislación para el tipo de obligación que se cobra: mesadas pensionales o reajuste en las mismas, existe norma precisa que regula el punto, cual es la Ley 10 del 72, luego, no es permisible reconocer interés cuando la ley precisa el tipo de indemnización que corresponde a la obligación objeto del título ejecutivo".

El Juez en lugar de efectuar las liquidaciones para cada uno de los demandantes a fin de establecer el valor total reconocido, trasladó dicha responsabilidad en alguno de sus subalternos, lo cual resulta inadmisible.

Con "velocidad cibernética", en un mismo día, 1° de noviembre de 1989, se llevaron a cabo los actos de entrada al Despacho del expediente, proferimiento del auto por medio del cual se reconoce personería al apoderado, se ordena tomarle juramento y notificarlo personalmente, se toma el juramento, se produce un informe secretarial y se emite auto de mandamiento de pago, respecto de lo cual no se obtuvo respuesta satisfactoria dado que todas esas actuaciones no podían ser cumplidas en forma simultánea sin haber sido notificado el auto que las dispone, conforme es preceptuado por los artículos 41 y 101 del Código Procesal del Trabajo. Como tampoco se observa que hubiese existido

renuncia a términos "la actuación emitida es abiertamente ilegal, irregular e injusta, porque violó el recto y leal ejercicio de sus funciones en razón a que existen precisos deberes 'entre ellos el compromiso supremo de la imparcialidad'".

El acusado no explicó satisfactoriamente sobre las razones por las que el auto mediante el cual se resolvieron las excepciones previas, fue emitido en copia al carbón; pues dado la distinta temática y actividad probatoria que abarcan los procesos ejecutivos no resulta viable hacer generalizaciones y resolverlos todos del mismo modo.

Cuando la demandada propuso excepciones y solicitó la práctica de pruebas, a falta de un aporte concreto considera el Tribunal que el juez debió "decretar como mínimo las pedidas al proponer la excepción, máxime si se tiene en cuenta que no todo el material probatorio se encontraba en poder de la demandada, sino que era necesario solicitar certificaciones de otros despachos judiciales para establecer los pagos efectivos para cada uno de los demandantes, que en los procesos revisados era en su mayoría de un número considerable, en su defecto, o sea, en caso de no decretar las pruebas como en efecto ocurrió en estos procesos, debió explicarse el motivo y proceder a decretar las que oficiosamente considerara el funcionario para establecer la verdad real de la controversia y no como al efecto actuó, cercenando etapas procesales que fueron en detrimento de los derechos invocados por la demandada".

Prosigue indicando que el funcionario no solamente debió decretar las pruebas pedidas por la Caja Nacional de Previsión, sino de oficio determinar exactamente qué era lo pagado y debido por la parte demandada, conforme tal posibilidad la establece el artículo 54 del C. de P. Laboral, sin que tampoco pueda alegarse que hubiese habido deficiencia probatoria de la demandada dado que su petición ni siquiera fue considerada por el funcionario.

El Juez no dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 sobre la inembargabilidad de los dineros del Estado allí determinados, no obstante que la citada disposición se encontraba vigente para los años de 1990, 1991 y 1992, fue declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 44 de marzo 22 de 1990 con ponencia del Magistrado Jairo Duque Pérez, en aras a proteger los recursos económicos y el presupuesto del Estado sobre los derechos de los trabajadores vinculados al mismo y esto fue puesto en conocimiento del funcionario quien a pesar de ello insistió en que los secuestros se llevaran a cabo.

Esta situación, precisa el *a quo*, es bien distinta a partir del año 1992, por razón del pronunciamiento de la Corte Constitucional, según el cual son embargables los dineros del Estado para cubrir obligaciones de tipo laboral, "pero allí se condiciona a lo dispuesto en el art. 177 del C. C. A. es decir, a cumplir las condiciones allí determinadas respecto del tiempo para exigir las obligaciones contenidas en actos administrativos".

Y agrega que el funcionario no podía decretar embargos sobre dineros respecto de los cuales no tenía certeza de que pudieran ser objeto de la medida,

pues la carga de la prueba no solamente corresponde a la parte demandada sino a la demandante que no acreditó la posibilidad de que fueran embargados.

Independientemente que para la liquidación del crédito se faculte al secretario del Despacho o a alguna de las partes, conforme el procedimiento establecido con anterioridad al 1° de junio de 1990 y con posterioridad a esa fecha, según el caso, de todas maneras aunque en el traslado las partes guarden silencio, "ello no implica que el juez deba ciegamente impartir aprobación, pues él no es convidado de piedra, se repite hasta la fatiga, en el trámite como director del proceso y conserva la facultad de revisar y precisar lo que fuere pertinente respecto de la liquidación puesta bajo su examen; liquidación que debe estar acorde y cumplir los parámetros contenidos en el mandamiento de pago de que se habló anteriormente".

También observa el *a quo* que a la liquidación del crédito practicada el 23 de marzo de 1990 se le dio trámite por el funcionario sin contar con la firma de la Secretaria, a quien el artículo 521 del Código de Procedimiento Civil adscribe dicha función. Del mismo modo, que la liquidación del crédito no es clara, no señala el período por el cual se cobran intereses, no se indica el tiempo que corresponde al capital cobrado, ni se precisa la tasa que se aplica.

Advierte asimismo el Tribunal que el Juez acusado tenía la obligación establecida por el artículo 498 del C. de P. Civil de señalar en el mandamiento de pago la tasa de interés que se aplica a la obligación cuya ejecución se demanda, la cual incumplió no obstante su perentoriedad, que a pesar de la periodicidad mensual de las obligaciones demandadas, no se liquidó de esta manera sino que se aplicó la tasa de interés a todo el periodo adeudado.

Cuando se interrogó al acusado respecto de la norma que autoriza la acumulación de embargos en procesos que aunque se tramiten en el mismo Despacho, tienen vida independiente, hizo una mezcla intencional entre lo que es acumulación de demandas ejecutivas, figura regulada por los artículos 539 y 540 del C. de P. C., adición o corrección de demanda y acumulación de pretensiones. Lo que hizo fue una acumulación de embargos sin haber acumulado previamente los procesos ejecutivos. Tampoco explicó la razón por la cual hizo entrega de dineros al apoderado de la demandante en el proceso 30511 sin haberse aprobado la liquidación del crédito y sin auto que la ordenara.

El Tribunal cuestiona la respuesta dada por el juez acusado, a una pregunta que se le formula, relacionada con el proceso ejecutivo laboral 31739 de que se ocupa la acusación contenida en el proceso 9797 A, según la cual la entidad demandada presentó en apoyo de las excepciones propuestas un principio de prueba del pago de las obligaciones, y sin embargo, estos medios no fueron tenidos en cuenta por el funcionario.

En relación con las respuestas dadas por Omar Cabrera Polanco sobre el interrogatorio formulado con ocasión de las acusaciones de que tratan los procesos 9797 A y 3826 D, destaca el sentenciador de primer grado que en la

audiencia reconoció haber presentado otras demandas y que antes de hacerlo estuvo pendiente en identificar las cuentas corrientes en las cuales la Caja Nacional de Previsión tenía sus recursos, y el concepto por el cual estaban allí consignados y posteriormente hacer valer esas diligencias dentro de las peticiones de embargo en los procesos instaurados por él y por sus abogados sustitutos.

Con esto, según el Tribunal, no solo acepta haber recibido los poderes de sus clientes sino haber instaurado demandas y hecho valer en otros Despachos la diligencia de inspección judicial realizada a instancia suya. También que su sustituto, el doctor Manzano Vásquez, conoció y aceptó dicha diligencia, lo que es explicado por el hecho de haber sido exhibida.

Replica a la defensa que la ausencia de certeza sobre la ejecutoria en las resoluciones base de la acción ejecutiva, la ausencia de certificación sobre lo recibido por cada demandante, la falta de claridad en las resoluciones en el sentido de haber sido pagadas ejecutivamente, o por la vía administrativa, la ilegitimidad de algunas de ellas, no haberse acreditado la supervivencia y la fecha de retiro, la falta de la diligencia en la cual un funcionario distinto realizó la de autenticación, son circunstancias que conducen a indicar que para la fecha en que tales documentos fueron presentados ante el Juzgado, no reunían los requisitos para considerárseles como títulos ejecutivos no empece lo cual se les dio trámite por un procedimiento que no corresponde al establecido en la ley, se admitió la adición de demandas y posteriormente fueron librados mandamientos de pago que llevaron a la liquidación y cobro de intereses cuyas tasas jamás se determinaron para ninguno de los casos y generaron también actos de embargo acumulado, dinero éste, obtenido de modo abusivo e irregular.

El procedimiento adelantado para la ejecución fue sui generis, ya que el establecido para estos casos no se cumplió, pues de haberlo sido, se habría dado oportunidad a la demandada de defenderse, y el funcionario estaba en la obligación de practicar las pruebas que se le solicitaron. Tampoco puede pensarse que la diligencia de inspección judicial practicada durante la audiencia pública, revalida el contenido de la totalidad de las resoluciones aportadas pues no es este acto el que da validez a esa documentación.

Al juez no le era permitido decretar el embargo de bienes y rentas incorporadas al presupuesto general de la nación, de conformidad con las previsiones de la Ley 38 de 1989, Decreto 2980 de 1989, y art. 513 del C. de P. C. modificado por el Decreto 2282 de 1989, debiendo por tanto verificar si los dineros cuya aprehensión era solicitada, se encontraban en dichas circunstancias.

El Tribunal no cuestiona que no deban ser sujetas a reconocimiento de intereses las mesadas pensionales o sus reajustes, menos a partir del 1° de enero de 1994, dado que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 los estableció para el caso de incurrirse en mora.

La incriminación contra el doctor Sánchez Rodríguez estriba en que con anterioridad al 1° de enero de 1994 no existía ninguna disposición que expre-

samente reconociera intereses a este tipo de obligaciones, no quedándole otro camino al funcionario que revisar lo que expresamente contenía cada uno de los títulos ejecutivos aportados para establecer que "la pretensión carece del requisito fundamental de exigibilidad consagrado para los títulos", y si esto es así, el juez, tomando en cuenta criterios externos al título, no podía llegar a la conclusión de la necesidad de reconocer intereses.

"No es que se considere que no procedía el reconocimiento de los intereses para las pensiones antes del 1° de enero de 1994; esto sería viable si se obtuviera en forma legal, no a *motu proprio*, es decir si esa pretensión de reconocimiento de intereses se hubiese discutido en un proceso de tipo declarativo y como resultado para cada uno de los procesos se llegare al reconocimiento de esa pretensión o de una más justa como es la indexación".

En cuanto a la liquidación del crédito, el Tribunal concluye que el hecho de haber guardado silencio las partes durante el término de traslado, no autorizaba a que el juez le impartiera ciega aprobación, pues en las liquidaciones realizadas por el Juzgado no se indicó el período o períodos a que correspondía la liquidación, ni la tasa de interés aplicada. Pero cuando las liquidaciones fueron objetadas alegando pago de la obligación o la aplicación de los intereses legales, inferiores a los reconocidos, inmediatamente la parte demandante se allanó a tal solicitud, como así lo hizo Luis Henry Trujillo Sánchez, siendo esto aceptado sin ningún cuestionamiento por el juez.

Las agencias en derecho fueron fijadas por el juez de manera excesiva, si se toma en cuenta que además de reconocerse las pretensiones de cada demandante, también su cálculo se hizo con la liquidación de unos intereses no exigibles.

No obstante contar el Juez con la facultad de decretar pruebas de oficio, o de practicar diligencia de inspección cuando se presenten graves o fundados motivos para aclarar hechos dudosos, según los artículos 54 y 55 del C. de P. L., no tuvo en cuenta excepciones distintas de la de pago y cuando esta excepción le fue alegada, tampoco decretó las pruebas que se le pidieron para establecer los pagos efectuados por concepto de la deuda reclamada judicialmente.

Las resoluciones expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social, contenían notas marginales en donde constaban pagos y actos de ejecutoria, las cuales, además de carecer de firma, le quitaban claridad y exigibilidad como títulos ejecutivos no pudiendo, por tanto, ser tenidos como tales.

Si bien en las resoluciones se hace la operación aritmética para establecer el reajuste causado, no indican la diferencia entre lo reconocido y lo efectivamente pagado por la demandada, siendo este, otro de los motivos por los cuales dichos actos administrativos carecían de claridad, como igual sucedió con las resoluciones desglosadas de otros procesos laborales en los cuales ya se había efectuado el pago.

4.3.3. En el numeral que el fallo dedica a la culpabilidad y responsabilidad de los acusados, el sentenciador hace las siguientes precisiones.

4.3.3.1. Proceso 3557C.

4.3.3.1.1. Se encuentra probado, que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, en su calidad de Juez 4° Laboral del Circuito, se apartó de los postulados de la ley, "en franca y abierta contradicción con ellos, e incluso con la interpretación de la ley, decidió condenar a la Caja Nacional llevándose de un tajo las ritualidades que se exigían para llegar a esa determinación al inobservar las reglas del procedimiento laboral y civil que como se ha visto son de orden público".

4.3.3.1.2. Ejerció la judicatura contra la ley en lugar de ejercerla conforme a ella; sus decisiones generaron inseguridad jurídica; selectivamente siguió las mismas reglas en cada uno de los procesos, en los cuales lo que se vio fue la demanda y oferta judicial, lesionando varias normas de orden público en procesos donde no había nada que definir por cuanto ya todo estaba establecido de antemano, pues reinó la prevaricación consumando el resultado de generar una cuantiosa defraudación mediante procesos en los cuales estuvieron ausentes las dos fuerzas que habrían de enfrentarse.

4.3.3.1.3. En ese proceso no se trabó la *litis* pues no empece haber sido notificada la demandada, ese acto fue irrelevante por cuanto los abogados de la Caja no actuaron en defensa de ella sino que a su antojo omitieron cumplir los deberes que les correspondía en cada uno de los procesos.

4.3.3.2. Respecto del delito de prevaricato, advierte el Tribunal que se inició a partir de la presentación de aproximadamente 972 demandas, que no cumplían los requisitos de orden legal y a las cuales se le aplicó un trámite que no correspondía tanto para las demandas iniciales como para las correcciones o adiciones, violándose lo dispuesto en el artículo 89 del C. de P. Civil para buscar el objetivo final que no era otro que el beneficio del funcionario y los abogados demandantes, adoptando en todos los procesos decisiones manifiestamente ilegales e injustas, no obstante ser juez de reconocida competencia en el ejercicio del cargo.

4.3.3.3. En referencia al delito de prevaricato por omisión, advierte el *a quo* que una vez fenecidos los procesos ejecutivos laborales identificados con los números 30511, 30105, 30522, 30981, 31270, 31784, 29690, 31401, "y otros", en donde se dio por el juez la orden de desembargo de dineros y entrega a la demandada, no podía darle a estos recursos un destino diferente sin transgredir lo dispuesto por los artículos 104 del C. P. del T., 513 y siguientes, y 537 y 543 del C. de P. Civil.

4.3.3.4. Respecto del peculado que se le imputa, se precisa que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez tenía la calidad de servidor público, y ejercía la función de vigilancia y control de los bienes estatales, y, con la disponibilidad jurídica de los mismos, de manera abusiva ordenó su entrega a los abogados demandantes quienes se apoderaron de ellos en beneficio propio y ajeno.

Del mismo modo que "entre el juez y los abogados demandantes se estableció un automatismo conforme al cual quien recibe dinero no tiene necesidad

de pedirlo y quien lo entrega tampoco espera que se lo pidan", generando un fabuloso enriquecimiento de las partes comprometidas en el ilícito, apropiándose de la suma de $3.436.620.972.65

Por esto, el peculado por apropiación múltiple agravado, tuvo realización en los veintidós procesos ejecutivos en cuantías que superan los quinientos mil pesos.

4.3.3.5. En referencia al delito de concierto para delinquir, advierte que los delitos perpetrados por los acusados, por la forma en que se llevaron a cabo, programados para su ejecución, indican que predominó la intimidad de sus autores, la cohesión y la solidaridad, uniendo esfuerzos, compartiendo enfoques y proponiéndose alcanzar metas comunes, en experiencia que les reportó buenos dividendos "que se tradujeron en enriquecimiento a unos pocos y un empobrecimiento correlativo de los demás".

"En resumen, hubo una mayor facilidad en la ejecución con gran serenidad, sin ninguna posibilidad de riesgo para el ejercicio material del acto; tanto el juez como los abogados demandantes, abonados, se repite, a que la Caja no tenía eficaz protección, reacción o defensa, de parte de sus abogados y de quienes se esperaba el cumplimiento de sus deberes legales que le eran exigibles, lo que facilitó la producción de los resultados lesivos".

4.3.3.6. En el capítulo del fallo que el Tribunal titula "Falsedad ideológica", encontró acreditada la certeza del hecho punible y la responsabilidad del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por haber consignado en autos proferidos el 14 de diciembre de 1990; 30 de enero, 13,14, y 15 de marzo, 9 y 24 de abril, 17 y 28 de mayo, todos de 1991, saldos de dinero disponibles, distintos e inferiores a los que realmente existían, dando lugar posteriormente a su embargo en otros procesos que curiosamente cursaban en ese mismo Despacho judicial.

4.3.4. Proceso 9797A.

Considera el Tribunal que la decisión ya advertida frente a la conducta realizada por el Juez Sánchez, ha de ser de igual sentido por razón de las ilicitudes imputadas por el trámite del proceso ejecutivo No. 31739, dado que él, y los abogados Omar Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo Sánchez, "siguieron los mismos lineamientos en lo que respecta a estas modalidades delictivas", pues, "donde existe la misma situación de hecho, debe imponerse la misma condición de derecho".

El doctor Luis Alvaro Sánchez explicó en sus descargos que como Juez debió tomar una actitud pasiva en el proceso, pues dado el carácter dispositivo del mismo sólo interesaba a sus protagonistas. Por esto, limitó su actuación a resolver lo que aquellos le pidieran. En respuesta a esta postura, el Tribunal indica haber sido demostrado que las decisiones adoptadas por el acusado comportan claros supuestos de incompatibilidad manifiesta con lo que la Ley ordena, pues en ese, como en los otros veintidós procesos, lo que hizo fue un menú de interpretaciones.

En cuanto a Omar Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo, señala el *a quo* que para estos dos abogados subsiste la imputación como determinadores, pues no hubo exclusiva iniciativa del funcionario acusado, sino voluntad solidaria de violar la ley previo acuerdo.

Comparte en ese sentido los términos de la acusación, cuando allí se indica que ninguna de las resoluciones base de la demanda, podía ser aceptada como título ejecutivo, ni por los abogados para intentar la acción, ni por el juez para librar mandamiento de pago. Es decir, había imposibilidad absoluta de ejecutar con ellas a la Caja Nacional de Previsión.

"En cuanto a la cooperación o intervención de los abogados demandantes -prosigue el fallo-, debe considerárseles como coautores en la modalidad de determinadores, porque a pesar de no tener la condición de funcionario, de acuerdo con la teoría de la unicidad, todos los partícipes intervienen en uno solo y único delito, predicar otro comportamiento rompería "la unidad indestructible e inescindible del tipo".

Además, el artículo 23 del C. P. permite extender los efectos de la punibilidad del tipo penal con sujeto activo cualificado, al determinador que carezca de esa calidad.

Específicamente respecto de Omar Cabrera Polanco, se tiene que solicitó como prueba anticipada diligencia de inspección judicial a la Caja Agraria, la que se llevó a cabo por el Juzgado 40 Civil Municipal, y que sirvió de base para el posterior embargo de la suma de $ 941.380.434.24, dentro de los procesos radicados con los números 30105, 30511, 30522 y 30981.

Tanto este procesado, como Luis Henry Trujillo tomaron activa participación en las gestiones preliminares para recaudar pruebas anticipadas como la expedición de resoluciones administrativas que no corresponden a las incorporadas en la diligencia de inspección judicial practicada durante el juicio.

Dada su cooperación de acuerdo al plan trazado, resulta indiferente que Omar Cabrera figure o nó actuando en los procesos, toda vez que su participación fue activa en las gestiones preliminares de los mismos, autorizó que Luis Henry Trujillo se allanara en algunos de ellos, y recibió una cuantiosa suma de dinero al terminar la actuación.

La tentativa de peculado de que se acusa a estos dos abogados no es supersticiosa, imaginaria o legendaria, pues realizaron actos que objetivamente deberían producir el resultado descrito en el tipo, pero dados los insuperables obstáculos no lograron su consecución.

El comportamiento realizado por Luis Henry Trujillo no puede ser ajeno a los ilícitos de que se le acusa, pues en su contra subsiste pluralidad de hechos indicadores debidamente demostrados que convergen a demostrar su responsabilidad; pues actuó como apoderado de Fanny Torcoroma Muñoz Sarmiento dentro del proceso ejecutivo No. 31739, allegando copia de la resolución 732 autenticada por la Caja Nacional, con sello de ejecutoria defectuoso

y expedida a solicitud de Omar Cabrera Polanco. Posteriormente, sin haberle sido notificado el auto mediante el cual se le reconoce personería, adiciona la demanda solicitando mandamiento de pago en favor de quince demandantes adjuntando resoluciones que ostentan defectuosas constancias de ejecutoria y sin acreditar la supervivencia del beneficiario. A pesar de proferir autos que ordenan su notificación ello no fue cumplido. Contra el mandamiento de pago, la Caja, por conducto de su apoderada, interpuso recurso de reposición, excepción de pago parcial en unos casos, y de prescripción en otros, al tiempo que solicita pruebas, peticiones todas que le fueron negadas por el Juez con argumentos que el tribunal califica como "deleznables".

Luis Henry Trujillo Sánchez presentó la liquidación del crédito por el valor del capital perseguido, los intereses y las agencias en derecho, sin indicar los lapsos cobrados o la tasa de interés aplicada por él, y usurpando la función de la Secretaría en cuanto a las costas, liquidación que no empece la objeción presentada por la demandada, fue aprobada por el funcionario y, a pesar de no contar con título judicial alguno, ordena su entrega al demandante.

Seguidamente el Tribunal se ocupa de hacer una crítica a las respuestas suministradas por Trujillo en el acto oral de juzgamiento, las que encuentra ausentes de razonabilidad, coherencia, credibilidad y lógica explicación de sus dichos y, frente al desistimiento de la conducta, propuesta por la defensa, responde el Tribunal que la interrupción del curso causal obedeció al cambio de funcionario, y fue esto lo que impidió la entrega indebida de dinero, no a una conducta individual del procesado.

4.3.5. Proceso 10672A. (Enriquecimiento Ilícito).

Inicia por advertir que el contenido del anónimo con que se dio inicio a la averiguación, es cierto, según lo confirman los experticios contables, en especial el presentado por la Procuraduría General de la Nación, el cual acoge frente al elaborado por el CTI, por ser más completo el primero, según se afirma en el fallo.

Pasando por referirse a lo consignado en el dictamen, advierte comprobada la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de recursos que allí se indican, la presencia de testaferros sin capacidad económica, la propiedad de una sociedad ficticia (Saheroba) y el fraccionamiento de los depósitos bancarios para disimular su cuantía.

Considera el Tribunal que el procesado realizó gastos, y aumentó su patrimonio y el de su esposa en cuantía que no guarda proporción con sus ingresos y de manera no justificada, pues no probó su legítimo origen.

4.3.6. Proceso 3826D contra Omar y Mercedes Cabrera Polanco.

Comienza por advertir que la resolución enjuiciatoria se ocupa de acusarlos como determinadores de los delitos realizados con ocasión de los procesos ejecutivos números 30105, 30511, 30522 y 30981. También que los hechos a ellos imputados no son aislados ya que obedecen a la misma pauta de conducta averiguada dentro del proceso 3557C.

4.3.6.1. Omar Cabrera Polanco.

En relación con este procesado, se sostiene en el fallo que sí hizo presencia física en las actuaciones llevadas a cabo, puesto que pidió la prueba anticipada que realizó el Juzgado 40 Civil Municipal y que posteriormente allegó su socio Marco Antonio Manzano.

Del testimonio de Carlos Eduardo Peinado Dulcey, colige el Tribunal que entre los abogados Omar Cabrera Polanco y Augusto Conti existió un acuerdo que se materializó en la entrega y su correlativo recibo de treinta millones de pesos, en relato que goza de precisión tal que incluso suministra la dirección de la oficina de este abogado al servicio de la Caja defraudada.

Además, Cabrera mantenía papelería de la Caja en su oficina, en ella se elaboraban las liquidaciones de los créditos, y contaba con empleados de la entidad previsora a su servicio, tal el caso de Rodrigo Polanía Unda. Y como hubo comunidad de beneficios, resulta indiferente si el monto apropiado fue parcial.

4.3.6.2. Mercedes Cabrera Polanco.

Esta procesada, sostiene el fallo, mantenía un estrecho vínculo familiar con su hermano Omar, de quien dependía económicamente, sin que su actividad fuera ajena a la conducta de aquél ni de Marco Antonio Manzano y Alberto Cárdenas de la Rosa.

Su participación en los delitos consistió en entrevistarse con los clientes, hacerles saber de las condiciones para iniciar los procesos, pactar los honorarios, firmar los contratos, girar de su cuenta personal para cubrir lo que se canceló a Ana Morales de Vargas. De esta procesada dijo Flor Marina, la hija de Ana Morales que el juez le sugirió ir donde Mercedes para reclamar el dinero y prometer entregar dos millones de pesos cuando salió a la luz el escándalo.

4.3.7. Proceso 10398 A:

Estima el Tribunal que el Juez debió negar el mandamiento de pago en el proceso ejecutivo número 30719 por haberse cobrado la mesada completa de pensión desde 1976. Libró el mandamiento de pago por las mesadas completas, no por los reajustes pensionales; además, ordenó el pago de los intereses legales cuando los solicitados eran moratorios.

Y respecto del proceso ejecutivo 30465,el *a quo* advierte que no obstante haber decretado el juramento del demandante, este no se llevó a cabo; también, que a pesar de obrar un informe secretarial donde se indica que la demandada solicitó una constancia sobre la liquidación de los créditos y los valores pendientes de pago, tal memorial no aparece en el expediente.

Pero como se solicitaron medidas cautelares, para cuyo decreto debía tener lugar el juramento, esto "justifica que el proceso no tuviera otra actuación subsiguiente, por lo que se le absolverá de este cargo".

4.4. En el capítulo dedicado al "resumen", indica el Tribunal que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez actuó en forma incompatible con sus funciones, pues el trámite de los procesos por los que se le acusa, "son meros engendros que sirvieron para consumar las defraudaciones, prevalido de las oportunidades proclives de su investidura".

4.5. El *a quo* individualiza la pena correspondiente a cada uno de los acusados de la manera siguiente:

4.5.1. Luis Alvaro Sánchez Rodríguez:

Tomando en cuenta que se le acusa del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de peculado por apropiación en cuantía superior a quinientos mil pesos en cada uno de los procesos laborales, para un total de $3.436.620.972.65, en concurso heterogéneo con prevaricato por acción homogéneo y sucesivo, prevaricato por omisión, concierto para delinquir, falsedad ideológica en documento público y enriquecimiento ilícito, el Tribunal indica la necesidad de seguir lo normado por el artículo 26 del C.P. sobre el concurso de hechos punibles y los parámetros establecidos por los artículos 61 y 67 *ibidem*.

Señala que el delito que establece la pena más grave es el peculado por apropiación, consumado en relación con el proceso ejecutivo radicado con el número 31270 que alcanzó la suma de $364.582.185.75.

Y como en el pliego de cargos se consideraron las circunstancias de agravación previstas en el artículo 6 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 y 13, esto "imposibilita, en el proceso de individualización judicial de la pena, partir del mínimo de sanción consagrado para el delito de peculado".

"Por el contrario, debe precisarse que los delitos cometidos son extremadamente graves. Al ponderarse conjuntamente las referidas circunstancias debe reprocharse al exjuez el uso ilícito de su larga experiencia y la alta responsabilidad de las funciones del cargo. El funcionario amparó actividades delictivas; existen documentos, piezas de convicción que demuestran una personalidad dinámica para el pago desviado de esos dineros, acudiendo a operaciones irregulares".

"Tratándose de un juez hay un injusto mayor y una responsabilidad más intensa si se tiene en cuenta el particular disvalor y la odiosidad social de los motivos, al haber actuado con conciencia y voluntad delictiva, desnudando un grosero sentimiento de perversidad al aprovechar las ventajas que le ofrecía su investidura".

Por esto, concluye el *a quo*, "La Sala itera apenas justo y racional partir de doce (12) años de prisión, aumentado en diez (10) años, por concepto del concurso, debe tenerse en cuenta el estruendoso 'número de hechos punibles' (inc.2°, art. 61), para un total de veintidós años de prisión, guarismo al cual será finalmente condenado y multas de un millón de pesos ($1.000.000.oo), a favor del Consejo Superior de la Judicatura".

Le impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años.

4.5.2. Luis Henry Trujillo Sánchez:

Advierte que se le acusa del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación en el grado de tentativa.

"Siguiendo las señaladas pautas, precisado ya el peculado por apropiación como el delito más grave, por la concurrencia de las agravantes deducidas al ex juez deben aplicarse a todos por igual", según anuncia el *a quo*.

"Pero como se indicó, el peculado por apropiación apenas alcanzó el grado imperfecto de la tentativa, atendiendo las glosas que anteceden y la aproximación a la consumación, se partirá de seis (6) años, aumentados en tres (3) años por el concurso de hechos punibles de prevaricato por acción, por lo que en definitiva la pena principal se fija en nueve (9) años de prisión y multa de quinientos mil pesos, a favor del Consejo Superior de la Judicatura".

Como penas accesorias le impuso la interdicción de derechos y funciones públicas por 9 años y la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por tres años.

4.5.3. Omar Cabrera Polanco:

Anuncia el Tribunal que a este procesado se le acusa del concurso de delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación en el grado de tentativa y peculado por apropiación consumado, realizados en "empresa criminal, en la que se cobraba solidariamente, en forma mancomunada y con una finalidad, cual era apoderarse de los dineros de la Caja y obedeciendo a un plan ideado que perduró por tres años en los que se obtuvo gigantesco beneficio".

El *a quo* individualiza la pena partiendo de ocho años de prisión por el delito de peculado por apropiación consumado en cuantía de $ 311.840.838.57 (proceso 30511), el cual aumenta en cuatro años por efectos del "número de hechos punibles", para una pena total de doce años de prisión y multa de un millón de pesos.

Como penas accesorias le impuso la interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años y la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por tres.

4.5.4. Mercedes Cabrera Polanco:

Toma en cuenta el Tribunal que a esta procesada se le acusa del concurso de delitos de prevaricato y peculado por apropiación. Parte de cinco años por concepto del peculado el cual incrementa en dos años por efectos del concurso para un total de siete años de prisión y multa de doscientos mil pesos.

Como pena accesoria le impone interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal.

4.6. Dado el *quantum* de la pena impuesta, el *a quo* negó a todos los procesados el subrogado de la condena de ejecución condicional y decretó la captura correspondiente.

4.7. En el Capítulo dedicado a los perjuicios, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, condenó a Luis Alvaro Sánchez Rodríguez a pagar la suma de $ 3.436.620.972.65, "más los intereses legales de dicha cantidad", desde la fecha que se hizo entrega de cada uno de los títulos hasta cuando el pago se realice".

Condenó a Omar y Mercedes Cabrera Polanco al pago solidario con el Juez Sánchez, de la suma de $941.380.434 como parte de los $3.436.620.972.65.

Respecto de Luis Henry Trujillo Sánchez se abstuvo de condenarlo en perjuicios.

Asimismo ordenó el embargo de la suma de siete millones de pesos constituidos mediante título de depósito judicial y ordenó su entrega a la entidad ofendida.

Y, finalmente revocó la detención domiciliaria, condicionando la efectividad de la decisión a la ejecutoria del fallo.

Por último, dispuso expedir copias para la investigación de la conducta de Luis Henry Trujillo Sánchez dentro del proceso ejecutivo 31827. También para la investigación de la conducta de éste, de Omar Cabrera y Mercedes Cabrera Polanco, por el delito de concierto para delinquir.

5. Argumentos de los Recurrentes

Contra el fallo de primer grado, los procesados, sus defensores y la Procuradora Once Judicial Delegada, oportunamente interpusieron recurso de apelación, el cual sustentaron en la forma por ellos escogida, salvo el caso del defensor de Mercedes Cabrera Polanco quien no compareció a la audiencia debiendo ser declarada desierta su impugnación.

Los argumentos de la impugnación, son, en síntesis, los siguientes:

5.1. El procesado doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Parte de advertir que su pretensión apunta a la revocatoria integral de la providencia impugnada y la absolución de los delitos por los que se le condena en primera instancia.

En el capítulo que dedica a las "razones de la impugnación", sostiene:

5.1.1. El Tribunal se equivocó al establecer la presencia de presuntas irregularidades en los actos administrativos presentados como títulos ejecutivos y aducir que no podía haberse librado mandamiento de pago. Erró también, al afirmar irregularidades en el trámite de los procesos por los cuales ha sido investigado. Sobre ese tema hace las siguientes consideraciones:

5.1.1.1. Sobre la defectuosa ejecutoria de los actos administrativos presentados como títulos ejecutivos, precisa el impugnante que la firmeza de un acto administrativo no se logra por las anotaciones que al respecto haga la entidad que lo expide, puesto que una vez proferido un acto administrativo de efectos individuales y concretos, su ejecutoria se logra por el simple transcurso del tiempo. De otro lado, afirma, la ejecutoria como fenómeno jurídico, solo podría causar perjuicios al interesado, quien teniendo conocimiento de haber sido expedido, o impugna o deja vencer el término que la ley le concede para ello.

Agrega que una vez el acto administrativo individual cobra ejecutoria, no puede ser modificado por nadie, al punto de no poder ser revocado por la misma entidad que lo profirió, a menos de contar previamente con el consentimiento del destinatario. Por esto, " si una persona acude ante una autoridad para obtener judicialmente el beneficio que le resulta de ese acto, lo más natural es que ese acto administrativo está ejecutoriado".

Y, el hecho de aparecer en los actos administrativos la nota marginal de encontrarse ejecutoriados, sin que esa nota figure suscrita por persona alguna, no le resta autenticidad ni eficacia para que pueda ser tenido como título ejecutivo.

No obstante esto, el Tribunal "entendió esa ausencia de firma de manera equivocada, pues tomó ese hecho como grave" y profirió condena en su contra.

Para refutar la posición del juzgador de primer grado, el impugnante dice apoyarse en el pronunciamiento proferido el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y seis, por una Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, con ponencia de la magistrada Carmen Rosa Ruiz Vargas, dentro del proceso allí radicado con el número 21363 A.

Según esta decisión, "En el presente caso la obligación está consignada en un documento que contiene una declaración de voluntad de un ente oficial reconociendo en favor de los actores una pensión vitalicia de jubilación, el cual por mandato del artículo 252 numeral 1° del C. P.C., se presume auténtico. Luego, no ofrece mayor discusión lo concerniente a determinar la autenticidad del mismo y sin que sea jurídicamente viable desconocer su contenido por el hecho de habérsele impuesto un sello, luego de producido el acto y, además, por funcionario diferente a su autor, así sea con el encomiable esfuerzo de evitar dobles cobros, circunstancia que no le resta ni autenticidad ni eficacia al título en sí mismo considerado.

"Cosa diferente es que la obligación en él contenida no reúna los requisitos de ser clara, expresa y exigible.

"En el caso bajo examen el contenido de la obligación no se pierde por el hecho de la anotación marginal impuesta únicamente con fines de control".

"De ahí que considere la Sala que no le asistió razón al a-quo al deducir que la obligación no era clara por el hecho de no ostentar el documento -acto administrativo- una firma en el segundo sello marginal, pues abiertamente

ignoró el alcance y contenido del primer sello que da cuenta de la fidelidad de la copia, sello debidamente rubricado por el jefe de la oficina de documentación y archivo de prestaciones sociales y que deja en evidencia, la autenticidad".

"Por tanto, como las copias cuestionadas por el *a quo* reúnen los requisitos de ley en cuanto a su autenticidad se refiere, se hace necesario REVOCAR el auto materia de apelación para que en su lugar el *a quo* proceda a estudiar si las mismas mantienen las exigencias necesarias para librar la orden de pago en la forma reclamada que, desde luego, se debe extender a las restantes resoluciones que no merecieron ningún análisis de su parte" (fls. 124 y ss. cno. Corte).

5.1.1.2. En relación con el argumento expuesto por el juzgador, en el sentido de no haberse acreditado la supervivencia de los beneficiarios de las resoluciones expedidas por la Caja, advierte el impugnante que dicho requisito se cumple con la presentación personal del poder para iniciar cobro ejecutivo por parte de cada uno de los ejecutantes.

Al respecto dice apoyarse en la providencia proferida el 9 de octubre de 1992 por una Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ponencia del Magistrado doctor Ramiro Torres Lozano, según la cual "Con relación a las revocatorias de la orden de pago libradas mediante el primero de los autos recurridos (del 26 de marzo de 1992), a favor de Obdulio Cuervo Pedraza, Jesús Daniel León Rico, Alvaro Villamil Sánchez, Pedro Antonio Romero y María Ochoa de Bayuelo, por no haber acreditado supervivencia, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del auto del 18 de junio de 1992, cabe señalar que dichas personas presentaron personalmente ante notario los respectivos memoriales otorgando poder a su apoderado para el cobro judicial de los derechos reconocidos por la ejecutada en las correspondientes Resoluciones expedidas a favor de cada uno de ellos, lo cual sería suficiente para acreditar la supervivencia en ellas exigida".

Por esto estima no haber infringido la ley penal, dado que la irregularidad que advierte el Tribunal en este punto, "es también equivocada por lo cual tampoco puede afectar la eficacia del acto administrativo para ser tenido en cuenta como título ejecutivo".

5.1.1.3. También se le reprocha no haber exigido la constancia del retiro del sector oficial de cada uno de los ejecutantes, respecto de lo cual anota que ello no es requisito indispensable para que un acto administrativo pueda ser cobrado por vía ejecutiva, sino que corresponde a una actuación propia del trámite administrativo a seguirse en la entidad, ante la cual acude el pensionado para que se le pague el derecho que le ha sido reconocido.

Por esto, cree que también se equivocó el Tribunal al restarle eficacia como título ejecutivo a los actos administrativos expedidos por la Caja.

5.1.1.4. Respecto del cuestionamiento que se le formula por no haber acreditado el estado de viudez de algunos de los reclamantes, advierte equivocado

el planteamiento del Tribunal puesto que "el simple hecho de que Cajanal hubiera reconocido sustituciones de Pensiones de Jubilación para los cónyuges de los pensionados fallecidos, es suficiente para darle entidad y certeza al acto administrativo, pues es ante esa Entidad cuando el cónyuge sobreviviente acredita esa calidad y los demás requisitos de Ley para tener derecho a la sustitución pensional".

Además, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad las disposiciones legales que establecían el derecho a sustitución pensional siempre y cuando no contrajeran nuevas nupcias.

5.1.2. Sobre el tema de la autenticación de algunas resoluciones, realizadas por Jueces Civiles Municipales, respecto del cual el Tribunal cuestiona no haber allegado a los procesos ejecutivos las constancias de los actos por medio de los cuales tuvieron a la vista los referidos documentos, advierte el impugnante que las constancias puestas en los documentos por los referidos funcionarios judiciales indican que las copias fueron tomadas del original que tuvieron a la vista y que la providencia se encuentra debidamente notificada y ejecutoriada, es decir, las autenticaciones las realizó un juez de la república y, en tal medida, mal podía exigírsele al documento circunstancias adicionales , " pues por ese camino también podía decirse que el Juez que autenticó una determinada copia se exija la constancia de su posesión como Juez".

Además, sostiene, los Jueces están facultados para hacer dichas autenticaciones, como lo dispone el artículo 254 del C. de P. C. Por esto, la omisión echada de menos por el Tribunal no le resta eficacia a las resoluciones expedidas por Cajanal, para ser tenidas en cuenta como títulos ejecutivos.

5.1.3. El Tribunal se equivocó al considerar que el Juez no podía resolver las excepciones presentadas, simultáneamente con el recurso de reposición interpuesto.

Al respecto aduce el impugnante que la interposición de recursos y la formulación de excepciones en el proceso ejecutivo laboral son independientes aunque puedan coincidir en el tiempo. Expone en ese sentido que contra el mandamiento de pago caben los recursos de reposición y el subsidiario de apelación y cualquiera de los dos de modo independiente, pero el de reposición debe interponerlo dentro de los dos días siguientes a su notificación, y el de apelación al tercero. Además, después de notificado, el ejecutado tiene diez días para formular excepciones.

Esto no significa, sostiene, que si el ejecutado interpone recurso de reposición el término de diez días para proponer excepciones se amplíe, pues todos los términos se cuentan desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago.

5.1.4. Se le reprocha en el fallo no haber decretado la práctica de las pruebas solicitadas por la Caja para probar las excepciones propuestas. Al

respecto comienza por decir que las pretensiones probatorias se referían a que oficiara a la Pagaduría de la Caja para que certificara el pago o que practicara una inspección judicial para probar el pago, con cuyos medios la ejecutada pretendía probar la excepción de pago de la obligación.

Seguidamente observa que la excepción de pago dentro del proceso ejecutivo, debe ser demostrada por quien la alega, con mayor razón si es el deudor quien la propone dado que si alude haber pagado la obligación por la que se le ejecuta, debe exhibir el comprobante respectivo, es decir el recibo de pago, suscrito por su acreedor. Siendo por tanto Cajanal la demandada, al escrito de excepciones debía acompañar las constancias de pago, pues, además, cuando se le notificaba el mandamiento ejecutivo, le era dejado el expediente, del cual tomaban copias y devolvían después de tres o más días, de lo cual se establece el conocimiento previo del concepto de lo reclamado.

Además, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107 del C. P. del T., quien presenta la excepción de pago debe acompañar la prueba en que se fundaba. Con ello advierte la inadmisibilidad de solicitar la práctica de pruebas lo que quiere decir que no hay término probatorio. De otro lado, la declaratoria de inexequibilidad de dicha disposición se relaciona con la prohibición de proponer otras excepciones distintas de la de pago.

Idéntica situación ocurre cuando se objeta la liquidación del crédito, sobre la cual una Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en auto proferido el 9 de febrero de 1994 con ponencia del Magistrado doctor Bernardo Morales Casas, dijo: "Es cierto por así establecerlo el artículo 521-2 del C. de P. C. que en el proceso ejecutivo, durante el traslado de la liquidación del crédito, el ejecutado puede formular objeciones y 'acompañar las pruebas que estime necesarias' pero no lo es menos que si expresamente la norma está hablando de 'acompañar', con ello está poniendo de presente que no es admisible solicitar la práctica de ninguna. En otras palabras que no hay lugar a la apertura de término probatorio; y tan cierto es ello que el numeral 3° de la disposición en cita tiene previsto que vencido el traslado, -de la objeción , él en base a las pruebas acompañadas, decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto apelable en el efecto diferido".

5.1.5. El Tribunal equivocadamente le reprocha no haber decretado pruebas de oficio, cuando el artículo 54 del C. de P. L. en tal sentido le confiere es una facultad no una obligación. Con todo, sostiene, la jurisprudencia ha repetido que en un proceso ejecutivo el juez no puede decretar pruebas de oficio. En tal sentido trae a colación los siguientes pronunciamientos:

5.1.5.1. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, providencia de 29 de septiembre de 1989, M. P. Dr. José Gabriel Salom Beltrán.

5.1.5.2. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia de septiembre 16 de 1980, M. P. Dr. Hugo A. Vela Camelo.

5.1.5.3. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 9 de febrero de 1994, M.P. Dr. Carlos Julio Moya Colmenares.

5.1.6. Alude el impugnante que el Tribunal le reprocha no haber tenido en cuenta lo dispuesto por el artículo 107 del C. P. del T. respecto de la oralidad del procedimiento ejecutivo, pues al decir la norma que el juez debía fallar de plano indica que no necesitaba audiencia para ello, sino dictar la providencia correspondiente.

5.1.7. En el fallo se le cuestiona haber continuado con el trámite del proceso ejecutivo laboral no obstante que la Secretaria no firmó la liquidación que elaboró.

Al respecto alude que si bien ello es cierto, la falta de firma no determina la ilegalidad del trámite puesto que la misma se hace efectiva cuando el juez o el despacho ordena darle traslado a las partes, hecho este que claramente indica que en ningún momento se le está conculcando o cercenando a las partes el derecho de defensa y mucho menos se viole el debido proceso.

Además, sostiene, la Corte Suprema ha dicho que la falta de firma del secretario no conlleva ninguna nulidad mas no así la del juez, de ahí la equivocación del Tribunal en darle trascendencia penal a esta situación.

5.1.8. Del mismo modo, se cuestionó que en las liquidaciones de los créditos no aparece la tasa de interés aplicada, ni los períodos de liquidación. A ello responde que en cada uno de los procesos ejecutivos figuró la certificación de la superintendencia bancaria sobre los intereses corrientes y moratorios, las que fueron fundamento de las liquidaciones que no practicó, y la mayoría de las cuales fueron objetadas, y cuando ello sucedió se resolvieron las objeciones propuestas. "De manera que no hubo nada oscuro en la tramitación de todos los procesos ejecutivos.

5.1.9. Se le imputó también no haber ordenado el juramento cada vez que se solicitaba decretar embargos. No obstante, sostiene, "en materia laboral, el juramento es válido para decretar las medidas cautelares o ejecutivas, antes de la notificación del Mandamiento de Pago al ejecutado. Si está ya notificado, no hay necesidad de que para una nueva denuncia de bienes se exija el juramento" como equivocadamente fue considerado por el Tribunal, "pues el artículo 101 del C. P. L. se refiere fundamentalmente al juramento como requisito previo para poder pedir las medidas preventivas", con lo cual, concluye el impugnante, no incurrió en irregularidad alguna.

5.1.10. También, el fallo le atribuye no haber notificado el auto que ordena prestar juramento, el cual además fue de cúmplase. Al respecto, el impugnante aduce que el primer paso para el inicio del proceso ejecutivo es la presentación de la demanda en la cual ha de estar incluida la solicitud de medidas preventivas (art. 101 C.P.L.). En cumplimiento de esta disposición, el Juez profiere un auto en el que ordena prestar el juramento sobre la denuncia de bienes, siendo el único interesado en su cumplimiento la parte ejecutante, y la razón para que sea de cúmplase, además para prevenir que la demandada se entere de las medidas cautelares solicitadas.

Una vez prestado el juramento, que en materia laboral reemplaza la caución a que se refiere el Código de Procedimiento Civil, el Juez profiere el

mandamiento de pago y dentro del mismo decreta las medidas cautelares solicitadas. Este auto se debe notificar preferentemente de manera personal al ejecutado , "por lo que en estricto sentido es la primera providencia interlocutoria que se dicta dentro del proceso ejecutivo laboral".

Este procedimiento, sostiene, se siguió en todos los juicios ejecutivos que cursaron ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, siendo el mismo que se sigue por los 16 juzgados de la especialidad que funcionaban por entonces, y por los 20 que funcionan actualmente. Por esto, prosigue, solicitó inspección judicial sobre cualquiera de dichos despachos, a fin de establecer la verdad real de lo sostenido por él.

Con esto concluye, no se necesita que el auto que ordena prestar juramento sea notificado pues su conocimiento por el apoderado de los ejecutantes lo da la misma diligencia de juramento que suscribe.

Distinto sería el caso, en que el Juez inadmita la demanda o se abstenga de librar mandamiento ejecutivo, pues en esa eventualidad, dicha decisión debe notificarse por estado para que pueda ser recurrida por la parte ejecutante, sin perjuicio de que la notificación pueda hacerse de modo personal.

5.1.11. En el fallo también se le reprocha que los autos mediante los cuales decretó medidas cautelares, fueron notificados por estado y que sin embargo, el mismo día de su proferimiento, libró los oficios dándole cumplimiento a la medida.

Al respecto sostiene el impugnante, el Tribunal se equivoca al considerar dicho procedimiento irregular, por cuanto "nada impide que ese mismo dia se libren los oficios de embargo por que ese auto mandamiento de pago debe ser notificado personalmente a la ejecutada, o ocurrido ese evento es de esperarse que ya estén materializadas las medidas cautelares con el fin precisamente que el deudor no tenga tiempo de insolventarse".

5.1.12. Se le reprochó también la acumulación de embargos en los procesos ejecutivos laborales identificados con los números 30105, 30511, 30981 y 30522. Al respecto alude el impugnante que resulta equivocado el planteamiento del Tribunal en considerar que los Códigos de Procedimiento Laboral y Civil no autorizan dicho trámite, por cuanto si el artículo 542 del C. de P. C. autorizan la acumulación de embargos de distinta jurisdicción, con mayor razón procede si dicha acumulación es de la misma jurisdicción y corresponde a procesos adelantados en el mismo Despacho Judicial.

Además, la medida fue tomada por las siguientes razones "prácticas":

La demandada era la misma.

La diligencia de embargo debía realizarse en el mismo sitio.

Lo embargado era dinero.

No se violó el derecho de defensa de la ejecutada.

Por economía procesal.

Por esto considera no haberse quebrantado el orden jurídico.

5.1.13. La sentencia de primer grado también se fundamentó en haber decretado intereses no contenidos en las resoluciones expedidas por la Caja.

En ese sentido alega que la Fiscalía le imputó no haber liquidado los intereses legales de que habla el artículo 1617 del Código Civil. Menciona que a lo largo del proceso en su favor adujo que los intereses aplicables a los casos sometidos a su conocimiento eran los estipulados por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se apoyó en los conceptos de varios doctrinantes y en el criterio de la Corte Constitucional cuando dirimió el punto. No obstante, el Tribunal lo sorprende en la sentencia diciendo que en los juicios ejecutivos no puede aplicarse ninguna tasa de interés si no están contenidas en los actos administrativos presentados como título, lo cual " sin duda es una variación de las reglas del juego, violándose con ello el artículo 29 de la Constitución Nacional".

Insiste en sostener que respecto de los intereses aplicables en los procesos ejecutivos laborales, es situación aclarada por la Corte Constitucional en providencia del mes de octubre de 1995, en el sentido de que para el pago de pensiones en caso de mora, no puede tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 1617 del Código Civil, sino los intereses corrientes y moratorios.

Dice apoyarse también en un concepto del Ministerio Público emitido en un proceso seguido contra el Juez 16 Laboral del Circuito, para concluir no haber cometido delito alguno.

5.1.14. La sentencia impugnada, en cuanto hace al tema de las adiciones de demandada, refiere igualmente no haber dado cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 89 del C. de P. C, vigente antes de la reforma introducida por el Decreto 2282 de 1989.

Al respecto, alega que la citada disposición solo alude a los procesos de conocimiento como así lo manifestaron algunos tratadistas. Esta controversia se superó con la expedición del Decreto 2289 de 1989 que en materia ejecutiva reformó el artículo 540 del C. de P. C., al establecer que la acumulación de demandas ejecutivas procedía "aun antes de que se haya notificado el mandamiento ejecutivo al ejecutado".

Por esto, concluye el impugnante, no hubo irregularidad alguna en el trámite de dichas adiciones o acumulaciones.

5.1.15. Al sentenciador de primer grado le imputó responsabilidad por haber aprobado, mediante auto de 'cúmplase', la liquidación del crédito y ordenado la entrega de dineros al ejecutante. Al respecto sostiene el impugnante, dicha decisión corresponde a "un simple acto de sustanciación" que parte de suponer que "cualquier problema derivado de la objeción a la liquidación del crédito ha sido superado", pues "si el crédito es aprobado y si existen dineros embargados, lo único que queda es la entrega de dineros para que el proceso ejecutivo culmine, pues en ese estado, cualquier controversia entre los litigantes, ya no tiene razón de ser o no puede existir".

5.1.16. El fallo que impugna, le reprochó haber proferido en el mismo proceso varios autos en un día, a lo cual replica que en una misma fecha "se puede ordenar prestar el juramento, realizar esta diligencia que no acapara mayor tiempo y dictar el mandamiento de pago", pues el auto que ordena prestar el juramento y esta diligencia, son de simple impulso procesal.

5.1.17. El Tribunal fundó también la decisión de condena en el argumento según el cual la Ley 38 de 1990 estableció la inembargabilidad de los dineros incorporados en el Presupuesto General de la Nación. Al respecto responde que la referida prohibición deja de existir una vez los dineros dejan de pertenecer al Presupuesto General de la Nación y se incorporan al patrimonio de un ente administrativo del Estado, como acontece con Cajanal, momento en el cual se convierten en respaldo de las acreencias u obligaciones que contraiga en el desarrollo de las funciones para las que ha sido creado.

En ese sentido dice apoyarse en los pronunciamientos proferidos por las Salas Disciplinarias que absolvieron a los jueces laborales de Santa Fe de Bogotá, por haber decretado embargos contra la Caja Nacional de Previsión Social. Y del mismo modo la Sala Laboral del citado Tribunal Superior, se pronunció sobre la procedencia de dichos embargos, cuyas copias obran en el proceso pero de ellas hizo caso omiso el Tribunal, con lo cual viola su derecho a la defensa.

5.1.18. En el fallo se le imputó responsabilidad penal por no haber declarado la excepción de pago a pesar de los documentos aportados por Cajanal como prueba. Sin embargo, sostiene, en la audiencia pública explicó cómo dichos documentos eran simples liquidaciones de lo que se le debía a cada pensionado y no lo que efectivamente le había sido pagado, pues liquidar es muy distinto que pagar.

Por esto, estima no haber incurrido en ninguna irregularidad por haber declarado no probada la excepción propuesta por la demandada.

5.1.19. En el fallo se sostiene, sin razón, que las resoluciones expedidas por Cajanal no reúnen los presupuestos exigidos por los artículos 488 del C. de P. C. y 100 del C. P. del T. para considerárseles como título ejecutivo.

Según la última de las disposiciones en referencia, es exigible ejecutivamente toda obligación que tenga origen en una relación de trabajo, y si se revisan los actos administrativos (resoluciones) en los procesos ejecutivos adelantados contra Cajanal, se tiene que todos hacen referencia al reconocimiento, reajuste o sustitución de la prestación social pensión de jubilación.

También el referido artículo señala que la obligación debe constar en un acto o documento que provenga del deudor, y de la simple confrontación del ente ejecutado con los actos administrativos, se establece identidad absoluta.

El artículo 448 del C. de P. C., por su parte, prevé que la obligación ejecutiva debe ser clara, expresa y exigible.

La claridad, precisa el impugnante, se refiere a que el documento estipule un acreedor (pensionado), un deudor (Cajanal), el objeto y la prestación perfectamente individualizados (como el reconocimiento, reajuste o sustitución de la prestación social). Que sea expresa, esto es, determinada en el documento. Y, finalmente, que sea exigible; lo cual no significa que el deudor deba estar en mora.

Además, agrega el impugnante, una Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia que obran en el plenario y de las cuales han sido ponentes los Magistrados doctores Isaura Vargas y José Gabriel Salom, han sostenido que las resoluciones emanadas de la Caja, es decir "el título que sirve de recaudo ejecutivo", cumple con las prescripciones a que hacen referencia los artículos 100 del C. de P.L. y 488 del C. de P. C".

5.1.20. A manera de conclusión sobre lo dicho en los apartados que preceden, el impugnante sostiene que las irregularidades a que alude el fallador de primera instancia, no son otra cosa que equivocaciones en que incurre el Tribunal en el proceso de interpretación de las disposiciones legales, puesto que las resoluciones sí llenaban los requisitos exigidos por la ley para que pudiera considerárselo títulos ejecutivos.

Por esto, prosigue, al no haber cometido jamás delito alguno, solicita se revoque la sentencia que impugna y se le absuelva de todos y cada uno de los cargos por los que se le irrogó condena en primera instancia.

5.1.21. Los planteamientos que viene de exponer, dice, son "en una forma general como lo hizo la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, porque en cuanto a cada delito específico me referiré de la siguiente manera":

5.1.21.1. Proceso 3557C.

5.1.21.1.1. El delito de prevaricato.

El Tribunal le endilga que las resoluciones de las aproximadamente 972 demandas no llenaban los requisitos de ley y que no se tramitaron las adiciones conforme lo establece el artículo 89 del C. de P. C.. Contradice lo anterior reiterando que dichos documentos sí prestan mérito ejecutivo, por enmarcarse dentro del contenido de los artículos 100 del C. de P. L. y 488 del C. de P. C. y en tales condiciones sí podía librarse mandamiento de pago.

También, que dejó de aplicar el artículo 89 del C. de P. C. sobre la acumulación de demandas, pues dicha disposición hace referencia a los procesos ordinarios no a los ejecutivos.

5.1.21.1.2. El prevaricato por omisión.

Respecto de las razones del fallo para irrogar condena por este delito, el impugnante asegura que es principio general de las obligaciones que los bienes del deudor son garantía para el acreedor. En este caso, los dineros sobrantes de una ejecución que no fueron retirados por quien tenía la obligación de hacerlo, continúan siendo prenda del pago de otras obligaciones

análogas. Y, aun aceptando la tesis de que el proceso había fenecido, el juez no puede procurar la entrega de ellos a la demandada a menos de convertirse en parte, lo que sí califica de aberrante.

5.1.21.1.3. El peculado.

Dice el impugnante que el Tribunal afirmó que el delito de peculado tuvo configuración en cada uno de los 22 procesos ejecutivos por que no era viable practicar medidas cautelares de embargo y secuestro dado que los documentos allegados no permitían su consideración.

Esto en criterio del libelista, es equivocado, pues los documentos allegados sí llenaban los requisitos establecidos por el artículo 100 del C. de P. L. y 488 del C. de P. C. conforme ha sido expuesto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la que por su especialización en la materia merece credibilidad.

Si podía entonces, librar mandamiento ejecutivo, y decretar medidas cautelares y al llegar los dineros mediante una orden judicial lícita a los procesos ejecutivos y ser entregados a los abogados de los ejecutantes, quienes tenían poder para ello, no se estaba cometiendo conducta ilícita, pues por el contrario estaba cumpliendo funciones propias del cargo.

Resulta equivocada la apreciación del Tribunal al sostener que en forma fraudulenta y antiprocesal aplicó la acumulación de embargos en los procesos 30511, 30522, 30105, y 30981 por cuanto sí esta posibilidad la establece el artículo 145 del Código de Procedimiento Civil para los casos de embargos de distinta jurisdicción, con mayor razón cuando cursan en el mismo Despacho.

Los dineros embargados a la Caja, lo fueron mediante orden judicial lícita, y eran debidos por la ejecutada, con lo cual mal puede hablarse de defraudación, como lo asegura el Tribunal.

5.1.21.1.4. Concierto para delinquir.

Esta conducta dice desvirtuarla el impugnante, aduciendo que la operación de reparto semanalmente la cumplía uno de los 16 juzgados laborales del circuito, que en presencia de sus empleados, un representante del Ministerio Público, uno de cada Juzgado, y el Titular del despacho, asignaba mediante sorteo las respectivas demandas, que dado su gran número, era de imposible manipulación para que fueran adjudicadas al Juzgado Cuarto, con lo que desvirtúa el concierto que se le atribuye. "puesto que así como algunas de estas demandas correspondieron a mi juzgado en forma casual también podían haber correspondido a otros despachos judiciales, sin que por ello y con fundamento en esta casualidad se considere apresurada y ligeramente que se estuviera de acuerdo para realizar tal efecto."

Si hubiese habido manipulación del reparto, prosigue el impugnante, habría sido una empresa de magnitud tal que la investigación también habría cobijado a todos y cada uno de los funcionarios que realizaron el reparto.

Para que se le impute concierto para delinquir, sostiene el impugnante, tendría que haberse concertado con los abogados de los ejecutantes "y como obra en esta sentencia, ellos hasta ahora van a ser investigados, luego por sustracción de materia no pude haberme concertado con personas a quienes no se les ha comprobado el delito de concierto para delinquir".

5.1.21.1.5. La Falsedad Ideológica.

Respecto de este punible, manifiesta el impugnante que si bien es cierto en una de las diligencias de entrega aparece una inconsistencia en cuanto a la resta de los dineros entregados al apoderado de los ejecutantes, en relación con el saldo del crédito, (se refiere a la del 14 de diciembre de 1990 en el proceso ejecutivo 31270), ese error necesariamente incidió en las diligencias de entrega posteriores. Pero si se suman todos los dineros entregados al apoderado de los ejecutantes, en ningún momento se superó el monto del crédito que se liquidó, por lo que se trataría de una falsedad inocua, que más bien correspondería a errores cometidos en una de las cuatro operaciones aritméticas, justificables por el excesivo volumen del trabajo en los Juzgados Laborales de la ciudad.

5.1.21.2. Proceso 9797A.

5.1.21.2.1. Reprocha que el Tribunal dictó sentencia por el delito de peculado por apropiación consumado, en tanto que la acusación fue en la modalidad de tentativa.

Señala también que dentro del proceso 31739 la Corporación le atribuye un juicio de intenciones dolosas y la proclividad a defender intereses oscuros.

Al respecto responde el impugnante que su actuación fue siempre cumpliendo funciones propias del cargo tales como analizar si los títulos ejecutivos presentados llenaban los requisitos de ley, librar el mandamiento de pago, notificarlo personalmente y concederle a las partes los medios defensivos que la ley les otorga para hacer valer sus derechos dentro del proceso ejecutivo.

Por esto no se puede considerar su actividad como plagada de intenciones dolosas en orden a defender intereses oscuros, puesto que las partes contaron con los instrumentos para ejercitar la defensa de sus intereses, lo que se comprueba con el hecho de que todas las solicitudes o memoriales se resolvieron en debida forma, aunque quizá no en el sentido en que aspiraba una parte o la otra.

La facultad oficiosa de decretar pruebas así sea con el objeto de buscar la verdad real, es nula en el proceso ejecutivo laboral, conforme lo reconoció una providencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con ponencia del Magistrado José Gabriel Salom, al decir:

"Es una característica especial del ejecutivo laboral, pues del artículo establecido para el caso en el enjuiciamiento laboral, se concluye que el objetivo del legislador fue darle rapidez utilizando para ello toda drasticidad con el fin

de que se cumpliera tal objetivo, prueba de ello es el art. 108 ibídem el cual indica que todas las providencias proferidas en el curso del proceso se notifican por estado y las apelaciones se conceden en el efecto devolutivo, lo que conduce también a concluir que en este juicio no existe sentencia de llevar adelante la ejecución ni mucho menos mediante ese tipo de acto judicial, se resuelva la excepción de pago que puede proponer la demandada. Esta tesis no es novedosa y por el contrario reiteradas Salas de esta corporación lo han expuesto al igual que de otros tribunales del país".

Por esto, sostiene, su actuación dentro del proceso ejecutivo número 71739, así como en los demás que tuvo a su cargo, estuvo acorde con "mandatos legales, procedimentales, jurisprudenciales y prácticos que se tienen en cuenta para este proceso especial".

5.1.21.3. Proceso 10672A.

En este proceso, por enriquecimiento ilícito, sostiene el impugnante, el Tribunal se equivocó por cuanto al haber dos dictámenes periciales con disparidad en sus conclusiones, indica que no hay certeza real del presunto incremento ilícito, la cual debe resolverse acudiendo al principio *in dubio pro reo*.

Además, considera que el Tribunal tuvo en cuenta el dictamen pericial presentado por la Procuraduría con el argumento de ser más completo que el del C.T.I., porque carecía de información o porque al tomarlo llegaba a concluir que en lugar de enriquecimiento ilícito lo que hubo fue empobrecimiento ilícito.

Agrega que si bien es cierto tuvo "insignificantes incrementos patrimoniales durante los cuatro años que tuvo en cuenta el C.T.I. en su dictamen pericial, también" tuvo disminución patrimonial.

Es así como en 1988 su patrimonio se incrementó en $ 143.771.86, en 1989 hubo una disminución patrimonial de $ 311.867.67, en 1990 un incremento de $ 93.123.34, en 1991, un incremento de $ 69.545.68 que al final arroja un saldo en rojo de $ 5.426.79.

El Tribunal incurre en error al considerar que su patrimonio en 1986 era de $ 5.913.974 según el dictamen de la procuraduría, y que el del CTI muestra la suma de $ 1.000.000.oo representados en 100 cuotas de 10.000.oo cada una, en la compañía Saheroba, pero esta inversión es a partir de 1990 con lo cual durante los años anteriores no existía.

El Tribunal afirma que durante 1989 adquirió el 50% de la Finca La Gladys por $ 3.200.000.oo, cuando este porcentaje corresponde a $ 1.600.000.oo.

Que compró el Toyota de Placas 2472 por valor de $ 13.100.000.oo sin tomar en cuenta que vendió un automóvil Mazda de placas 7191 por un valor de $ 5.500.000.oo y obtuvo un préstamo por $ 2.500.000.oo "o sea que la diferencia es de $ 5.100.000.oo pesos m/cte.".

Para 1990, se incurre por el Tribunal en otro error por cuanto nunca fue dueño del Heliógrafo que figura como de su propiedad, el 50% del apartamento de la carrera 30 No. 24-47 se adquirió desde 1984, de donde surge que los datos consignados en el fallo son errados.

Del mismo modo, para 1990 equivocadamente le atribuye movimientos bancarios en las cuentas del Banco Ganadero de Honda y la Caja Agraria Sucursal Barrios Unidos, pues nunca tuvo cuentas corrientes en esas entidades, con lo cual la conclusión a que llegó el Tribunal es falsa.

El Tribunal tuvo en cuenta el dictamen rendido por la Procuraduría General de la Nación sin haber sido una prueba legalmente recaudada durante el proceso por no haber sido decretada para ser tenida como válida como lo establece el artículo 246 del C. P. P. y el artículo 81 de la Ley 190 de 1995.

El dictamen del C.T.I., por su parte, no fue objetado durante la etapa probatoria del juicio adquiriendo por tanto firmeza, debiendo ser el que ha de considerarse como prueba valedera por haber sido decretada.

Por esto, sostiene que el cargo por enriquecimiento ilícito se edificó sobre una prueba que debe considerarse como inexistente.

5.1.21.4. Proceso 10398A.

El Tribunal hace consistir el delito de prevaricato por acción en que dentro del proceso 30719 se ordenó expedir una certificación del crédito aparentemente inexistente y sobre una constancia que no estaba firmada por el secretario.

Al respecto alude el impugnante que no asiste razón al Juzgador al considerar estas presuntas irregularidades como delitos, toda vez que la Jurisprudencia acepta que cuando falta la firma del secretario esto no genera nulidad alguna, y, para el caso, dicha certificación está firmada por el funcionario.

Ahora, si no hay en el proceso liquidación del crédito, pues la constancia ha de expedirse en ese sentido, y si por el contrario la liquidación ya fue efectuada, pues la constancia habrá de ser emitida indicando en ella dicha situación.

El Tribunal también le imputó responsabilidad por haber decretado el mandamiento de pago por mesadas atrasadas cuando el poder se otorgó para reajustes.

En este sentido expone que en los Juzgados Laborales del Circuito existen dos sustanciadores cuyas funciones son las de elaborar proyectos de autos y sentencias, y son ellos quienes analizan si la demanda reúne los requisitos de ley para elaborar el auto admisorio, pues "para un juez laboral en Bogotá, resulta muy difícil volver a examinar lo que hicieron sus subalternos, los que dicho sea de paso sus cargos son de carrera, es decir, idóneos y aptos de acuerdo con la ley. Nuevamente repito si al juez le tocara ese reexamen la función de administración de justicia sería inútil y contribuiría aún más a la congestión".

Sostiene igualmente que para la legislación no es extraño que en un Juzgado se cometa un error, que es propio de los humanos, por ello si el Juzgado admite una demanda que tenga deficiencias formales o el poder no es suficiente, el demandado tiene la posibilidad de advertirle al juez esta deficiencia mediante la proposición de excepciones previas.

Los sujetos del proceso también se hallan comprometidos porque la actuación se lleve a cabo siguiendo los principios de buena fe y de lealtad procesal, ya que no es carga exclusiva del funcionario.

Tanto es esto que la parte que no proponga excepciones previas cuando existan hechos que las configuren no puede posteriormente alegar nulidad a menos que esta sea insanable, como cuando el juez procede contra decisión ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia; cuando la demanda se tramita por proceso distinto al que le corresponde; cuando hay falta de jurisdicción o de competencia funcional; las demás nulidades quedan sanadas.

También resultan saneadas, cuando la parte que podía alegarlas no lo hizo oportunamente; cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad, y cuando a pesar del vicio, el acto cumplió su finalidad y no violó el derecho de defensa.

Infortunadamente, prosigue, en este asunto el mandamiento ejecutivo nunca fue notificado por razones atribuibles a la parte ejecutante, por no suministrar las expensas para su notificación siendo este el motivo por el cual la ejecutada no tuvo conocimiento de la irregularidad (como la falta de poder) ya que de haberlo tenido, el juzgado la habría corregido de inmediato.

Tampoco incurrió en prevaricato por haber librado mandamiento de pago por los intereses legales cuando los pedidos fueron los moratorios, pues estos últimos también son legales.

Finalmente, no pudo cometer el delito de prevaricato por que no existió proceso como tal dado que no se notificó el mandamiento de pago y en consecuencia no se había trabado la litis.

5.1.21.5. De los perjuicios.

El Juzgador de primera instancia se equivocó en declarar haberse apropiado de la suma de $ 3.436.620.972.65 cuando en el expediente aparece acreditado que la Caja de Previsión canceló esa suma a los pensionados como legítimos ejecutantes, a través de sus apoderados.

La Caja de previsión debía estos dineros y no los había cancelado por vía administrativa, sino que para su cancelación esperó la instauración de demandas ejecutivas por los pensionados acreedores.

5.1.21.6. Como petición subsidiaria a lo antes expuesto, solicita de la Corte analizar la dosificación de la pena que se le impone en primera instancia, pues de acuerdo con el artículo 61 del C. de P. P. tenía la obligación de partir

de la mínima establecida para el delito de peculado, que para la época de los hechos oscilaba entre 4 y 15 años, y se tenga en cuenta como causal de atenuación la buena conducta anterior, conforme el artículo 64-1 del C. de P.P.

Sostiene que en la individualización de la pena el Tribunal de modo infundado considera justo partir de 12 años de prisión, sin especificar las razones jurídicas que lo llevan a ello, los que aumenta en diez años más por concepto del concurso, en contradicción con las normas que el impugnante refiere.

Agrega que si su situación es analizada en forma jurídica, ha de concluirse que o hubo peculado o hubo enriquecimiento ilícito, pero no los dos delitos a un mismo tiempo, ya que ambos no pueden coexistir.

La falsedad imputada es inocua porque si bien es cierto existen inconsistencias en los saldos de dinero, también lo que nunca se entregó más dinero que el valor del crédito.

No puede imputársele el delito de prevaricato por omisión por no haber entregado los remanentes a la ejecutada, por cuanto si estos recursos no eran retirados oportunamente por quien tuviera interés en ello, su despacho tenía la obligación legal de decretar el embargo, so pena de incurrir en prevaricato.

"Entonces teniendo en cuenta lo anterior, no solo pido el estudio de la dosificación de la pena, sino que es necesario por parte de tan alta corporación, pronunciarse sobre los cargos que me fueron imputados, en razón a que conforme al análisis de este recurso, existen hechos punibles que no me pueden ser imputados".

De este modo concluye el libelista la fundamentación del recurso de apelación que interpone (fls. 84 a 123).

5.2. El Defensor del procesado Doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Comienza su discurso diciendo que en este caso existe una mala imagen y se ha creado el preconcepto de que los procesos de ejecución contra la Caja Nacional de Previsión son actividades ilícitas por sí mismas. Se pregunta si fue que los jueces de la República en connivencia con abogados se pusieron a delinquir para cobrar derechos, o lo que apareció es un Estado que incumple, que crea instituciones de beneficio social y expide leyes reconociendo derechos pero posteriormente expide leyes para crear obstáculos e impedir que se cumpla con sus propias disposiciones, siendo esto lo que sucede con la inembargabilidad de los bienes del Estado, o diseñan mecánicas para impedir el cobro como sucede con que las copias de un acto de reconocimiento del derecho no se expiden formalmente porque ello puede significar la acción de cobro contra el Estado.

Así surgieron los problemas de la inembargabilidad y los relativos a las notas insertas en los documentos para determinar su imposibilidad de cobro, por esto la Corte Constitucional estimó que los actos administrativos que contengan obligaciones en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que tienen las sentencias, es decir que prestan mérito ejecutivo.

De este modo comienza la pugna entre el derecho a los reconocimientos legalmente establecidos y la pretensión estatal de impedir que se paguen, lo que da lugar al inicio de acciones que los jueces ya comenzaron a considerar ilegales con el preconcepto de la ilicitud por las cortapisas que el estado ha impuesto.

Por esto se ve que resulta necesario interponer acciones de tutela para que se paguen las cesantías de los trabajadores del poder judicial. Esto a su modo de ver es el antecedente histórico de procesos como este que culminó en primera instancia, con la sentencia que le impone al doctor Luis Alvaro Sánchez la pena de veintidós años de prisión, sin que exista una luz de esperanza para determinar si una pena tan alta es la que adecuadamente le corresponde si ha delinquido, y en qué manera ha faltado a la ley si es cierto que lo ha hecho, cuál ley, si la laboral o la procesal civil. si realmente lo que se afirma sobre la inidoneidad de los títulos de ejecución, sobre las excepciones, la necesidad de la prueba, la liquidación de créditos, y el cumplimiento inmediato de las medidas cautelares, comporta violación a la ley o si es el cumplimiento del mandato conferido al doctor Luis Alvaro Sánchez como Juez de la República.

Su asistido se refirió a ello en el alegato presentado pero olvidó citar el artículo 327 del Código de Procedimiento Civil que dispone que las medidas cautelares se cumplirán de modo inmediato, antes de la notificación a la parte contraria de la medida que las decreta, y si fueren previas al proceso ha de entenderse que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en la actuación, actúa en ella o firma la respectiva diligencia.

Dice traer esto a colación porque ha sido repetida la censura en la sentencia del Tribunal en el sentido de afirmar que llevó a cabo la diligencia de juramento sin haberse notificado el auto que así lo dispone y sin practicar juramento, en muchos casos, se prosiguió adelante y se libraron los oficios de embargo y se le entregaron a las partes. Pero es que así lo dispone la ley por tratarse precisamente de medidas cautelares que por ello son urgentes, inmediatas y quiere evitarse la insolvencia de la demandada.

Además, prosigue, los artículos 513 y 514 del Código de Procedimiento señalan que el juramento se considerará prestado con la presentación del escrito respectivo, por manera que la objeción constante sobre el juramento y la falta de notificación corresponde a aquella que la ley expresamente dispone, siendo esto lo que debió hacer y lo que hizo en todos los procesos.

También se dice en el fallo, que su asistido debió buscar la verdad real, siendo este un criterio de derecho procesal penal, no de derecho procesal laboral, toda vez que en un proceso de ejecución no se trata de buscar la verdad de los hechos y descubrirla en un proceso de conocimiento en donde el juez puede ejercer facultades oficiosas para llegar a ella, sino que corresponde a un proceso ejecutivo en donde el derecho ya ha sido reconocido y declarado y sigue un proceso de ejecución, es decir de pago, en donde el dere-

cho no puede ser discutido *ab initio*, sino que se demuestra con el título de ejecución siendo ésta la razón por la cual al juez laboral no le está permitido entrar oficiosamente en la actividad procesal y el sistema de cargas procesales que deben cumplir las partes y asumir oficiosamente el rol de parte y tratar de probar que lo que se demanda con el título de ejecución es verdad o mentira, so riesgo de desvirtuar la naturaleza del proceso de ejecución.

La sentencia habla de ilegalidad en la conducta del procesado doctor Luis Alvaro Sánchez, pero definida a partir de criterios de *lege ferenda*, que no obstante ser buenos, no corresponden a los establecidos por la Ley Procesal Civil ni la Ley Procesal Laboral. A manera de ejemplo, dice, esto acontece como cuando el Magistrado expone la idea que debió dictarse un auto interlocutorio para que las partes tuvieran la oportunidad de recurrir, de impugnar y controvertir, pero si la Ley Procesal Laboral no lo establece, ni lo permite, es evidentemente esa la ley la que hay que acatar.

También ha sido dicho, qué el Juez no es un convidado de piedra y que por eso tiene función oficiosa en el proceso moderno, lo cual va siendo cierto pero no tanto, por que esa oficiosidad eventualmente puede resultar destructora de la estructura del debido proceso ya que el juez no puede asumir una carga procesal preestablecida por la ley procesal en cabeza de uno de los sujetos en la actuación para suplirlo, porque se ubicaría en la posición de éste y no en la de imparcialidad que le compete al juez que ha de dirimir la controversia.

Agrega que las reglas generales de procedimiento tienen excepciones según la naturaleza de cada uno de los procesos,. Por eso, sostiene, en el proceso ejecutivo no existen posibilidades tan amplias de conocer el derecho, de meterse en él para buscarlo que es donde funciona la oficiosidad del juez, puesto que arranca de una fase posterior en donde el derecho ya ha sido reconocido y solo corresponde pagarlo, de manera que las reglas procesales son distintas.

Por eso cree que en este caso se ha proferido una sentencia impactante, pero no ceñida estrictamente a la ley que debió acatar el doctor Sánchez; y en donde hay una serie de criterios inexactos, carentes de rigor. En este sentido destaca que es la primera audiencia y el primer proceso penal en donde se observa tanta cita de jurisprudencia y doctrina a nivel de Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte de Casación Laboral, y Tribunales, sobre todos los temas que se están debatiendo y curiosamente el Tribunal en su fallo no citó ninguna ni siquiera para decir que estaba en contra o de acuerdo con ella, como hubiera sido lo adecuado, a pesar de que los temas de la inembargabilidad, de las excepciones y de los intereses, daban para ello.

Por esto le parece curioso que el Tribunal no se hubiera metido a confrontar los criterios que manejó el Juez Laboral, establecer cuáles debía realmente utilizar, y si los que usó eran válidos o no desde el punto de vista científico o tenían al menos algún grado de probabilidad frente al manejo de los casos.

Esto no ocurrió, el tribunal nunca habló de la doctrina y la jurisprudencia que se le invocó tantas veces, a pesar de que los temas son muy controvertidos y controvertibles y se prestan para equívocos.

A tal punto llegan las cosas, que en un concepto expuesto en uno de los memoriales de sustentación del recurso, se dijo que a partir de la expedición de la Ley 4 de 1976 los reajustes y el pago ordenado por reajustes de mesadas pensionales fueron legales, lo que traería como obvia consecuencia que no hay delitos de prevaricato en donde se manejaron los reajustes establecidos por esa disposición por ser legales y hacían parte del título de ejecución como tema accesorio a la obligación principal que es la mesada pensional, pero no se dijo nada de eso, sólo se concluyó que había que condenar.

Al menos, considera, ha debido decirse que por tal asunto debe absolverse y por lo demás condenarse, lo que sería la posición más justa. También se dice que todas las resoluciones son irregulares, salvo una que es legal, respecto de la cual ha debido proferirse absolución.

Respecto del tema de los intereses, señala que el artículo 1617 del Código Civil consagra los intereses legales pero allí se consagran tres aspectos fundamentales: Establece que los intereses legales se aplican en defecto de la convención o el contrato, es decir regula una situación contractual entre dos sujetos, señalando que si no prevén intereses hay una norma supletiva en la ley; según la cual los intereses debidos son los legales.

Se dijo que al final había una regla que permitía aplicar el interés del medio por ciento mensual previsto por el artículo 1617, que era el ordinal cuarto de la misma disposición que establece que "la regla anterior se aplica a toda especie de renta, cánones y pensiones periódicas. Pero la norma que concuerda con la "regla anterior" prevista por el ordinal 3°, es el artículo 2235 del Código Civil que establece que "los intereses atrasados no producen interés", con lo cual obviamente no se refiere al ordinal primero.

Además, sostiene, resulta evidente que estas reglas no pueden aplicarse en los casos de voluntad unilateral del Estado, contenidas en actos administrativos en donde se reconoce una obligación de cumplimiento inmediato, como cuando reconoce una pensión de jubilación, en donde no se puede entrar a convenir intereses en caso de mora porque el supuesto es que se pagará inmediatamente y de otra parte porque frente a este tipo de obligaciones no existe una norma salvo una contenida en el Código Contencioso Administrativo.

Respecto del tema de la ejecutividad del título, manifiesta el defensor, se regula por los artículos 100 del Código de Procedimiento Laboral y 488 del Código de Procedimiento Civil. El primero de ellos, refiere que son ejecutables, es decir que tienen la calidad de títulos ejecutivos los documentos que provengan del deudor (en este caso Caja Nacional de Previsión), que contengan una obligación de pagar y que provengan de una relación de trabajo. En esto, afirma, doctrina y jurisprudencia han sostenido que cualquier reconocimiento de esa naturaleza de parte del patrono, permite que sea ejecutable.

De ahí que en las resoluciones de la Caja, se cumplen todas las condiciones previstas por el Código de Procedimiento Laboral pues corresponden a un documento, que proviene del deudor, se define al acreedor a quien se le reconoce una pensión, o el derecho pensional, o el reajuste pensional, y la fecha a partir de la cual se hace el reconocimiento de provenir de una relación de trabajo.

El artículo 488 del Código de Procedimiento Civil agrega otras expresiones sobre que el título debe contener una obligación clara, expresa y exigible. Sobre esto, afirma, se ha debatido mucho, pues se ha sostenido que no hay una obligación clara, ni expresa, ni exigible, y en otras ocasiones no se sabe si la claridad se refiere al texto mecanográfico o al contenido jurídico.

La sentencia afirma también que en las resoluciones no se pactaron intereses, lo cual le parece anecdótico porque con el Estado nunca se pactan intereses por que si reconocen un derecho es para pagarlo no para demorarlo.

Apoyado en el criterio de algún autor nacional, afirma que lo principal es el reconocimiento de la pensión y lo accesorio el interés y los reajustes de las mesadas pensionales ordenados por Ley, y que la liquidez, claridad y exigibilidad de la obligación proviene del mismo acto administrativo que reconoce el derecho a partir de una fecha y que sobre esos supuestos es fácilmente computable la suma liquida acudiendo a simples operaciones aritméticas que corresponden, lo que no está vedado para integrar el título de ejecución.

Por esto, las mesadas pensionales a que se refiere la Ley 4 de 1976 son legales y se cobran en los estrados judiciales invocando simplemente la resolución inicial de pensión y la ley con la cual se integra el título de ejecución que determina los pagos que deben hacerse, por eso su petición de absolución en esos temas porque los títulos de ejecución aducidos no son incompletos, son perfectos, sólo que complejos integrados por el acto administrativo y la ley.

Algo similar sucede con los intereses, según afirma, porque no están previstos ni se pueden convenir frente a un acto unilateral del Estado abriendo el tema a toda posibilidad de intereses, exceptuando el interés legal del 1617 que es para efecto de la convención.

Agrega a su exposición que el artículo 488 del Código de Comercio regula los intereses moratorios; y los intereses corrientes: el Código Civil se ocupa también de los intereses de mora y de los intereses corrientes, y el artículo 235 del C.P. se refiere de alguna manera a los intereses. Le parece que los títulos son de ejecución si se entiende que son complejos en donde el interés y las mesadas pensionales reajustadas integran la base sobre la cual puede hacerse una cuantificación de una suma líquida de dinero.

El fallo del Tribunal también censura que no hubo autenticación, que no hubo ejecutoria, que no se demostró la viudez, la supervivencia, el retiro del servicio y la sustitución pensional. Pero la autenticación hace referencia al autor del documento, y en este caso nadie ha discutido que las resoluciones

de la Caja no sean de la Caja, menos podrían hacerlo cuando en muchos casos de ejecuciones a las mesadas pensionales se vienen pagando o lo venían siendo pero dejaron de hacerlo y dieron lugar a la ejecución forzosa. Por esto, la autenticidad no es objeción válida frente al título porque este existe como tal, proviene del deudor, emana de una relación laboral, y contiene una obligación de pagar una suma determinada de dinero en la forma ya dicha.

La ejecutoria tampoco hace parte del título, porque corresponde a un problema relacionado con la firmeza del acto administrativo, no exactamente del título. Sobre ello, evidentemente hay un sello que dice que la resolución está ejecutoriada, y la ejecutoria se produce es por el transcurso del tiempo. Ahora, muchos de los actos administrativos se estaban pagando y se dejaron de pagar, de donde surge que estaban en firme.

Plantea el hipotético caso de un Juez Laboral a quien le llega un título de ejecución, una resolución expedida por la Caja Nacional de Previsión para pagar unas mesadas pensionales reconocidas a partir de 1990 de las cuales afirma el ejecutante que no le han pagado, y presentan el título y el poder. En estas condiciones el Juez no puede preguntarse si será cierto que le han pagado o no le han pagado, si la persona que demanda está viva o no, o si es viuda o no, o si le han pagado una parte, o si será que el título es bueno o malo, porque de hacerlo transformaría el proceso de ejecución en un proceso de cognición para descubrir la verdad como lo pide el Tribunal.

Si el juez se ajusta a la ley tendrá que ordenar el pago pues si comienza a averiguar las condiciones especiales del título ingresa a un campo que no es propio de un proceso ejecutivo, por esto no puede entrometerse en el rol de los sujetos procesales.

Se pregunta si el juez podría ir a la Caja de Previsión y pedir la prueba del pago parcial, o por el contrario debe ordenar el pago y esperar como lo ordena la ley que la demandada proponga la excepción de pago parcial. Asegura que el juez no puede controlar el pago y los fenómenos ajenos al título o extraños a él pues el control lo prevé la ley a través de las excepciones como mecanismo de defensa del ejecutado siendo el único que puede acreditar si pagó o no, cuánto pagó, cómo pagó, y adjuntar la prueba de ello.

Agrega que en la sentencia también se planteó que en los casos de excepciones previas en algunos casos se pidieron pruebas y el Juez no las decretó debiendo hacerlo, pero a partir de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 107 del Código de Procedimiento Laboral, ocurrida el 29 de marzo de 1990, no quedó huérfano el proceso laboral del sistema de excepcionar, pues la jurisprudencia sostuvo que debía aplicarse el artículo 32 del mismo estatuto que dispone que en la contestación de la demanda el demandado podrá proponer todas las excepciones que crea tener en su favor y si hubiere hechos que probar deberá presentar la prueba en el acto y el juez resolverá allí mismo. Con esto, asegura, el problema no es que el juez deba buscar la prueba sino que el sistema de las excepciones es el de cargas probatorias en donde

la sanción para la parte que no presenta la prueba es que queda sin el reconocimiento del derecho. Esto es que si pagó pero no presenta la prueba del pago, no se reconoce la excepción y tendrá que pagar.

Si el juez asume un papel oficioso en un proceso de ejecución, pues deja de ser un proceso de ejecución para convertirse en un proceso de conocimiento y rompería completamente el esquema del proceso y en ese evento sería procesado por prevaricar porque esa es su función en el sistema de excepciones.

Informa que en el fallo de primera instancia se ha reprochado a su asistido no haber dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, sobre corrección o adición de demandas, pero en este caso, sostiene el impugnante, no se trató de esa figura sino de la de acumulación de demandas ejecutivas, de que habla el artículo 540 del Código de Procedimiento Civil según el cual después de iniciado el proceso de ejecución pueden presentarse otras demandas contra el mismo ejecutado y eventualmente los mismos bienes por embargar pero que en últimas significa otras tantas pretensiones y demandas contra la Caja, para que sean acumuladas en una sola. O también podría tratarse de una acumulación de pretensiones contra el demandado.

En el fallo tampoco se tuvo en cuenta que el original artículo 89 del Código de Procedimiento Civil se refiere a los procesos de conocimiento, no a los ejecutivos.

El Tribunal, prosigue, también reprochó que el abogado que sustituyó el poder hubiese reasumido sin la manifestación expresa de hacerlo, ni auto que lo autorizara, pero el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil señala que no hay necesidad de hacer esa manifestación sino que basta con reasumirlo con lo cual queda revocada la sustitución.

La sentencia se refiere a que cuando la abogada de la Caja le presentó un listado de excepciones de pago el juez ha debido compararlos y tomar la decisión, pero lo que la ley pide no es un listado sino la prueba del pago, no una lista o una relación de pagos.

En el fallo se aiude que el Juez debió haber dado trámite a lo dispuesto en el artículo 521 del Código de Procedimiento Civil, cuando en opinión del impugnante el sistema es distinto, y se cuestiona que la liquidación del crédito la hubiera hecho el ejecutante como si esto fuera un acto vedado o extraño al procedimiento cuando así lo señala la ley.

Ahora, si el objetante presenta la liquidación, de la misma ha de correrse traslado a la parte contraria para que la pueda objetar, acompañando las pruebas en que se funde, sin embargo el Tribunal considera que el Juez ha debido hacer las comparaciones del caso y decidir.

Asegura el impugnante que es repetida la censura sobre la liquidación de costas, pero el artículo 393 establece la forma como esto debe hacerse, siendo

el sistema también de carga procesal y de actividad de los sujetos cuando presentan objeción por que si esta no se presenta el juez no tiene alternativa distinta a aprobarlas.

También se ha cuestionado que mediante un mismo oficio se hubiere ordenado embargos o determinado lo relativo a embargos de diversos procesos, considerando el fallo esto como ilegal. Pero, asegura el impugnante, los artículos 541, 542 y 543 prevén dicha posibilidad. El Tribunal, sostiene que después de terminados los procesos al Juez no le quedaba ninguna posibilidad distinta de la de tomar el remanente de dinero y entregárselo a la Caja; eso no es cierto, sostiene, porque el Juez no está obligado a llevarle el dinero a la ejecutada, y porque los dineros desembargos pueden serlo en otro proceso y sobre eso le edifica el delito de prevaricato por omisión, cuando en verdad se trata simplemente del cumplimiento de la ley.

Insiste en sostener la inaplicabilidad del artículo 1617 del Código Civil para liquidar los intereses de las pensiones, y se refiere a una sentencia de la Sala de Casación Laboral con ponencia del Magistrado doctor Hugo Suescún Pujols, según la cual al interpretar la ley ha de tenerse en cuenta las condiciones históricas y socioeconómicas en que haya sido expedida, y el Tribunal Superior, con ponencia del doctor Ramiro Torres Lozano, concluye que los intereses pueden llegar al 5.6% mensual en materia de prestaciones sociales porque parte del supuesto de que son admisibles los intereses corrientes más un incremento hasta otro tanto sin que sobrepase el límite de la usura.

Además, la Constitución se ocupa del tema en los artículos 48,53, y 336.

Finalmente, cuestiona el fallo en cuanto a que se toman todos los procesos y se dice que hay irregularidades o exponiendo una percepción personal de cómo ha debido proceder el acusado, con criterios que no consultan la ley procesal, civil, o laboral, es decir, sin fundamento, doctrinario, teórico, ni jurisprudencial. Si se está definiendo una contradicción manifiesta con la ley, ha debido examinarse qué se contravino, cómo se contravino y qué trascendencia tuvo esa contravención de la ley para así determinar el delito de prevaricato.

La sentencia del Tribunal, sostiene, viene a ser la percepción personal de quien la profiere, y exhibe un poder de castigo, de represión y de consideración de delitos donde no los hay, sin llegar a examinar las leyes que debieron aplicarse "para concluir en un catálogo de delitos que son inclusive incompatibles entre si en forma absoluta como se irá viendo y que no se razonan, no se explican, no se fundamentan dentro de la sentencia".

Respecto del delito de prevaricato que se le imputa a su asistido, considera que el doctor Luis Alvaro Sánchez resolvió lo que tenía que resolver y de acuerdo con la ley procesal que debía aplicar, siendo el criterio del Juzgador de primer grado el que se opone a la ley procesal, laboral y civil, no la actuación del juez acusado, la cual, buena o mala, brillante o no, de todos modos se ciñe a la ley. Por esto, sostiene, no profirió resolución manifiestamente contraria a la ley, siendo su petición la de absolverlo por este delito.

Sabe dice, que el caso ya tiene una connotación negativa ante la opinión pública, y que el país está esperando que esas supuestas o reales ilicitudes frente a la administración pública sean castigadas, "pero no nos puede llevar a que se hagan sentencias llevándose de calle la ley procesal civil y laboral y además llevándose de calle las propias reglas penales". Por esto, solicita de la Corte se examine el problema de la legalidad, pues está seguro de no haberse hecho nada ilegal, salvo irregularidades muy simples que no tienen el significado de una prevaricación pues los procesos demuestran que lo que se hizo es legal.

Ahora que con ocasión de dichos procesos pudo resultar quebrada la Caja Nacional de Previsión, que la Caja no tuvo con qué pagar, o que tiene otras necesidades, eso es evidente, dice; en el fallo se afirma que los abogados no entregaron todos los recursos a los clientes, eso puede ser posible, aunque no hay prueba de ello pero eso no sería imputable al juez.

La sentencia afirma que el juez acusado debió actuar movido por la retribución, pero si eso era así, debieron haberle imputado cohecho.

Si no hay prevaricato, no pudo haber peculado porque todas las ejecuciones son legales, nadie ha dicho que la Caja no debía, los ejecutantes están vivos, no hay falsedad en los títulos de ejecución, no existe una prestación que no hubiera sido objeto de reconocimiento, debiendo por tanto ser absuelto de este cargo. Y no puede haber apropiación de dineros sino ejecución y pago.

Advierte que al procesado no solo se le reprocha prevaricato por acción sino por omisión, porque si es ilegal el trámite llevado a cabo para embargar los dineros de la Caja y entregárselos a los abogados que actuaban en los procesos, es también ilegal no devolver los dineros y mantener los remanentes hasta que fueran ejecutados por otra persona. Por esto, a su criterio el prevaricato por omisión está subsumido por el prevaricato por acción. Ahora si es peculado, no tiene sentido que se le impute prevaricato por omisión.

El fallo se afinca en sostener que la ilegalidad de los procesos estuvo en no haber dado trámite a lo previsto por el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, es decir la ilegalidad no está en el contenido de la prestación, ni en los pagos, sino en el trámite, lo que indicaría que los pagos fueron correctos, y si esto es así, se pregunta, en dónde estaría el peculado?

Ahora en cuanto al delito de falsedad ideológica en documentos públicos, aunque la sentencia no indica que se trata de la conducta definida por el artículo 219 asume que se trata de esa norma, y que el documento público es aquel en donde el juez acusado afirma que del crédito se ha pagado determinadas sumas, y que le queda un saldo insoluto, independientemente de las diferencias entre lo real y lo afirmado lo que se presenta es un simple error de suma, o error aritmético. Por eso, en apoyo de un autor, no existe falsedad cuando las cifras deben ser confrontadas con estado de cuentas al cual se refiere. Por esto, sostiene que se trata en este caso de un error de cuentas,

que no configura el delito de falsedad que se le imputa. Para falsificar se requiere la conciencia de faltar a la verdad pues no puede haber falsedad por error.

En relación con el delito de concierto para delinquir, manifiesta el defensor que para su configuración se requiere la conformación de una banda criminal con propósitos de permanencia en el tiempo y con la intención de cometer delitos indeterminados e indefinidos hacia el futuro. La pluralidad de personas en un delito no implica concierto para delinquir.

Y la sentencia también hace alusión al delito de enriquecimiento ilícito de que trata el artículo 148 del Código Penal, que es un tipo expresamente subsidiario, es decir aplicable siempre y cuando no concurra con otro delito, por ejemplo con el peculado, pues se diseñó para el evento en que no lograra demostrarse la actividad delictiva del servidor.

En la sentencia se aduce que el peculado que le imputa al procesado es en favor de terceros y que entonces eventualmente cabe el enriquecimiento ilícito porque ya no es peculado para él pero la verdad, es que si hay peculado es de él y esto excluye cualquier otra posibilidad.

Finalmente, y de manera subsidiaria, solicita que si la Sala encuentra que existe alguna irregularidad que pudiera fundamentar una prevaricación, consecuentemente un peculado, debe absolvérsele de los demás delitos porque los demás no tienen prueba ni corresponden a adecuaciones típicas correctas como el enriquecimiento ilícito, la falsedad ideológica, el prevaricato por omisión, y el concierto para delinquir.

Y, si su asistido delinquió, lo cual no cree, le parece que se debe ser sereno en la medida de la pena. Por eso insiste en su petición principal de absolución total, y si se encuentra alguna irregularidad que permita fundar los delitos de prevaricato y peculado, pide exoneración por los delitos de prevaricato por omisión, enriquecimiento ilícito, concierto para delinquir y prevaricato por omisión (fls. 4-51 cno. 2 Corte).

5.3. El procesado doctor Omar Cabrera Polanco.

Manifestó que la responsabilidad en materia penal es individual, no colectiva. Y que en todo el proceso que se relaciona con los veintidós ejecutivos laborales, solamente sustituyó unos poderes en cuatro de ellos donde hubo pago de las acreencias laborales en favor de los pensionados.

Aduce que sustituyó no todos los poderes de los procesos ejecutivos números 30981, 30105, 30522, 30511, debiéndose hacer un análisis y establecer los poderes que sustituyó porque hay otros poderes de otros abogados que respondían independientemente a sus clientes.

Se le sindicó de un peculado, por haber determinado al Juez Luis Alvaro Sánchez Rodríguez pero no se le dijo cuál era el valor del peculado de Omar Cabrera Polanco, para efectos de los artículos 139 y 133. Pero es que Omar

Caberera, sostiene, no se apropió de esos dineros, porque hizo entrega de ellos a sus clientes tomando como fundamento un contrato de honorarios profesionales como lo confirmó el Juzgado de Instrucción Criminal en las entrevistas con los pensionados. Ninguno argumentó que los poderes fueran falsos, que el contrato de honorarios fuera falso, que las resoluciones fueran falsas, por el contrario, acertaron a decir que la Caja les había reconocido un derecho.

Agrega que la razón para haber sustituido esos poderes estuvo en la imposibilidad de atender los negocios porque se iba para el Departamento del Huila a una gesta política en donde era candidato a dos concejos municipales. En esos procesos asegura no haber tenido ninguna actuación sicológica o material. También sostiene que el Tribunal se equivocó al tomar el testimonio de Carlos Eduardo Peinado como fundamento de la atribución de responsabilidad penal, porque fue un testimonio que nunca se decretó en el proceso, que llegó en paracaidas, que declaró ante el Fiscal delegado ante el tribunal de Santa Fe de Bogotá cuando estuvo en la ciudad de Neiva, y lo hizo porque se volvió enemigo a raíz de una sociedad que tuvieron llamada ECO LTDA. en desarrollo de la cual le entregó a aquel la suma de quinientos mil pesos a título de préstamo y mil dólares para que fuera a la ciudad de Panamá a traer unos equipos pero no cumplió debiendo ejecutarlo por la letra que le había firmado.

Afirma no tener antecedentes penales ni disciplinarios, y que ni uno solo de los pensionados le ha formulado denuncia por algún delito contra el patrimonio económico, porque les cumplió a todos, como está comprobado en el proceso.

Por esto, asegura que a raíz de la demanda Carlos Eduardo Peinado afirmó que en su oficina había papelería membreteada de la Caja, lo cual es falso, además de no haber razón de ello, tampoco se está investigando algún delito de falsedad en documento público o uso indebido de documento público. Esto obedeció a que pudo haber visto correspondencia de esa entidad.

Ese testigo también sostiene que a la oficina de este impugnante acudia Rodrigo Polanía Unda a lo cual no le da ninguna relievancia, porque una persona puede ser amiga pero no para cometer delitos. Con ese testimonio, el tribunal asegura que lo acompañó a llevar treinta millones de pesos al Representante de Cajanal, lo cual es totalmente falso. Este testimonio no fue considerado por la Fiscalia precisamente por no contar con serios motivos de credibilidad, además, está siendo procesado por el delito de falso testimonio según denuncia que le instauró Augusto Conti Parra.

En el mismo sentido sostiene que Alcides Cortés Bahamon quien según el procesado era el administrador de unos cultivos de arroz, nunca dio un dato concreto sobre los hechos, generaliza solamente dictendo que defraudó a la Caja y que robó a los pensionados, que no les pagaba lo cual no es cierto. Contra ese testigo, sostiene, instauró tres denuncias penales, y a raíz de ello se hicieron enemigos como él mismo lo reconoce en la diligencia rendida ante una Magistrada de la Sala Penal del Tribunal de Neiva. Este sujeto, sostiene, se suicidó, y no pudo comprobar los delitos por los que lo denunció.

El Tribunal también le imputa responsabilidad por haber hecho la solicitud de acogerse a la figura de la sentencia anticipada, además solo hizo la solicitud y posteriormente desistió de ella porque es inocente. El Tribunal se refiere también a una diligencia de inspección judicial que realizó a través del Juzgado 40 Civil Municipal a las oficinas de la Caja Agraria y cuya copia adjuntó el Doctor Manzano, en la cual se determinó unas cuentas que existían y que eran embargables pero que no tuvieron nada que ver con el embargo y secuestro de los cheques o títulos valores que se le secuestraron a la Caja, además nunca se le preguntó sobre esa diligencia en la indagatoria.

Asegura que no ha habido determinación porque ésta no existe en una persona que siempre ha mantenido la misma línea de conducta, tal el caso de los procesos 29937, de Martha Ligia García de Osma, apoderado Carlos Ignacio Farfán repartida el 8 de febrero de 1989. El Ejecutivo 30241 de Ana Carlina Fernández de Ojeda y 30 demandantes más, presentada el 19 de mayo de 1989,apoderado Augusto Patiño Bernal; el ejecutivo 30402 de Gilberto Luna y 23 más, presentada el 31 de junio de 1989, apoderado Guillermo Preciado Lorduy; el ejecutivo 29934 de Pedro José Larrea Ramírez, y 72 más presentada el 2 de febrero de 1989,apoderado Jaime Fernando Farfán Patiño; el ejecutivo 30377 de Salomón Baez Joya con 41 pretensiones, presentada el 13 de julio de 1989 apoderado Carlos Ignacio Farfán Patiño; el ejecutivo 30376 de Alicia Arroyave de López y 75 más, demanda presentada el 13 de junio de 1989, apoderado Carlos Ignacio Farfán Arévalo, ejecutivo 30267 de Gilberto Millan Reina, y 26 más, apoderado Eduardo Uribe Quiñonez, presentada el 1° de julio de 1989. Estas demandas, sostiene, fueron presentadas por otros abogados, no por Marco Antonio Manzano y anteriores a las presentadas por éste, de donde concluye que no se puede determinar a una persona que tiene definida una línea de conducta y que coincide con la asumida por otros juzgados en los procesos contra la Caja Nacional de Previsión, pues las resoluciones son las mismas, y expedidas en la misma forma, con el mismo sello de ser copia tomada de su original, con el sello de estar debidamente ejecutoriada, de que son segundas o terceras copias, y con el sello de no prestar mérito ejecutivo, el modo de acumular pretensiones es igual.

Considera que el Tribunal se equivocó porque le irroga condena sin contar con la prueba de la determinación, máxime si no actuó dentro de los procesos, solo de manera extraprocesal sustituyó unos poderes, facultado por el poder y el Código de Procedimiento Civil (fls. 51 a 64).

5.4. El Defensor del Procesado doctor Omar Cabrera Polanco,

Respecto de la inembargabilidad de los dineros de la Caja Nacional de Previsión Social, sostiene que desde 1965 el Gobierno se encargó de crear un sinnúmero de trabas para hacer nugatorio el cobro real de las obligaciones pensionales a favor de los extrabajadores estatales, hasta el punto de que mediante leyes de presupuesto limitó los alcances de normas sustantivas contrariando preceptos constitucionales. Tal el caso de la Ley 93 de 1965 que en su artículo 52 autorizó al Pagador del Ministerio de Justicia a suspender el

pago de los sueldos a los jueces que ordenaran el embargo de fondos allí descritos hasta que no fuera revocada la providencia.

Sin embargo de las posiciones surgidas entre quienes defendían la aplicación de estos dispositivos y el antagonismo de los altos Tribunales que hacían prevalecer la Constitución y las obligaciones Sociales del Estado, optaron en sus providencias por la suspensión de esas normas atentatorias contra los preceptos constitucionales y por esta vía fijaron su posición en un sinnúmero de jurisprudencias que fueron acogidas por algunos jueces de la República en tanto que otros optaron por seguir el texto de las leyes de presupuesto, creándose así cadenas antagónicas de interpretación del mismo precepto.

Por esa misma transición de leyes llegó el año 1989, época en que a raíz de los pronunciamientos jurisprudenciales que hicieron posible embargar las rentas del Estado-, se presentaron múltiples demandas porque había un sector de pensionados insatisfecho y los abogados laboralistas recorrieron el país en ejercicio lícito de su profesión para recoger poderes lo cual explica la cantidad de demandas presentadas, al extremo de que de 973 resoluciones administrativas, 106 fueron recibidas por Omar Cabrera Polanco quien recibió y sustituyó la totalidad de los poderes en los abogados Marco Antonio Manzano y Henry Trujillo Sánchez.

Según el Tribunal, solamente una de las 972 resoluciones que acompañaron los 22 procesos ejecutivos reunían la forma exigible para ser objeto de mandamiento de pago, porque las otras carecían de los requisitos de autenticidad, legalidad y exigibilidad. Al respecto considera que el Tribunal partió de premisas erradas unas veces porque no consultó pruebas obrantes en el proceso que desdibujan esa conclusión y otras porque no consultó la prueba de la inspección judicial donde se hicieron verificaciones directas. Otras más porque exigió de los procesados llevar a cabo conductas que la ley no pide y otras porque no consultó la ley sustantiva y adjetiva que rige la jurisdicción del Trabajo donde prima la sustancia sobre lo procedimental.

Aclara que en la diligencia de inspección judicial llevada a cabo en las oficinas de archivo de Cajanal, el Magistrado del Tribunal solicitó copia de todas y cada una de las resoluciones obrantes en los procesos administrativos que fueron objeto de inspección y solicitó que sobre ellas se colocaran sellos, los que aparecen en el anexo 1, pero no aclaró si eran los mismos que se usaban en los años 1989, 1990 y 1991 para autenticar las fotocopias de las resoluciones. Tampoco aclaró si la tinta utilizada en 1997 era la misma de los años de los hechos. Por esto, sostiene que el Tribunal puso a decir a la prueba más allá de lo que dice.

En la misma diligencia, sobre el proceso de Fanny Torcoroma, el tribunal revisó uno a uno los expedientes administrativos en donde se estableció que todas y cada una de las 128 resoluciones coinciden con las que reposan en los archivos de Cajanal. También se indagó sobre la forma como la Caja Nacional de Previsión llegó a expedir dichas resoluciones, y se obtuvo que todas ellas fueron expedidas a petición de los mismos pensionados, unas veces per-

sonalmente y por escrito, y otras mediante apoderado, con poder debidamente conferido y todas tenían el recibo mediante el cual el peticionario canceló las expensas de la fotocopia.

Cita el caso de la solicitud obrante a folio 40 del cuaderno de anexos de la diligencia de inspección judicial donde aparece que Omar Cabrera Polanco obrando como apoderado de Fanny Torcoroma solicita copia auténtica con constancia de notificación y ejecutoria de la resolución 00732 del 5 de febrero de 1990 y advierte que las necesitará para cobrar por vía ejecutiva las mesadas atrasadas o reajustes de ley.

En respuesta a ese derecho de petición la Caja entregó las copias en todas las cuales se certifica haber sido expedidas a solicitud de Omar Cabrera Polanco o de la persona que hizo la gestión, el sello de la Caja y todas con estilógrafo, el número de la resolución y la constancia de autenticación que se sacó copia que reposa en el expediente.

En la diligencia se dejó constancia que la Caja no guardaba un orden lógico ni cronológico en la aposición de sellos, los que no firmaba y unas veces tenía fecha y otras no. En todas, excepto en una, el interesado se notificó de la resolución y manifestó renunciar a términos y por mandato de la ley la resolución cobra ejecutoria en ese mismo instante. No obstante, en la resolución 10669 de 1984, a nombre de Julia Remolina Molano quien se notificó el 31 de octubre de 1984 y manifestó renunciar a términos de ejecutoria, aparece un sello de 20 de septiembre de 1990 en donde dice que esa resolución quedó ejecutoriada cuando ello ocurrió casi seis años atrás, y como si la ejecutoria se surtiera cuando el funcionario le pone el sello. Pero este fenómeno no lo tuvo en cuenta el Tribunal en el fallo que se impugna, y dijo que solamente una resolución cumplía los requisitos de autenticidad, porque existen 18 más, lo cual fue verificado por la inspección judicial que al efecto ordenó la Corte Suprema.

El Tribunal también se equivocó porque en la diligencia de inspección se estableció que con la circular 020 del 30 de octubre de 1986 el Director de la Caja se inventó la forma de limitar el alcance del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, del 10 del Código de Procedimiento Laboral, y 68 del Código Contencioso Administrativo que dicen relación al mérito ejecutivo de los actos administrativos. Según esa circular, el Director dijo que a las segundas copias se les pusiera un sello donde decía que no prestaban mérito ejecutivo.

En la misma diligencia de inspección, se estableció gracias a las observaciones que hizo la Vice-procuraduría a la Resolución 677 de 1989, el Director de la Caja mediante Resolución 001 del 23 de mayo de 1990 derogó la circular 020, eliminó el uso del sello y estableció el procedimiento a seguir para la expedición de copias.

El Tribunal no se explica cómo los Jueces 7° y 13 Civiles Municipales pudieron haber autenticado una resolución que no tuvieron a la vista y concluyó que había una falla en la autenticidad. En este sentido volvió a

equivocarse porque no consultó los artículos 300 y 301 del Código de Procedimiento Civil que autoriza la prueba anticipada con Inspección Judicial, y no tuvo en cuenta que en esa época la Caja no respondía derechos de petición y no había tutela, por lo que había que presentar una petición a un Juzgado Civil Municipal, que fueron sometidas a reparto y así el Juzgado se desplazó hasta las oficinas de la Caja y llevó a cabo la diligencia de inspección judicial cuya fotocopia se allegó durante la causa, y obtuvo una fotocopia como consta a folio 367 del cuaderno No 8.

El otro de los yerros del Tribunal, según este impugnante, consiste en que no se le puede exigir a los procesados que asuman comportamiento que la ley no señala como tampoco se le puede exigir a un litigante que cuando arrime fotocopia autenticada por medio de una inspección judicial anexen la prueba documental que atestigüe mediante qué procedimiento se obtuvo esa resolución porque eso forma parte de la función certificadora y autenticadora que tienen los jueces.

Al Juez laboral no se le puede exigir que se desplace hasta la oficina de Cajanal y verifique si la resolución coincide o no con el original cuando ya tiene los sellos que lo atestan; tampoco, que acredite cómo la Caja autenticó la resolución expedida al abogado que sustituye.

Si llegó a haber alguna irregularidad en la expedición de esas fotocopias por la Caja de Previsión, estaría a cargo del Jefe de Archivo de Cajanal; porque allá se evacuó todo el procedimiento, no a cargo de Henry Trujillo Sánchez, de Omar Cabrera ni del Juez Laboral.

Por esto considera que los cargos de determinador de los delitos de prevaricato por acción, peculado consumado y tentado, comienzan a desdibujarse por cuanto los documentos fueron autenticados conforme a la ley.

El segundo elemento de exigibilidad, también fue establecido en la inspección judicial donde se acreditó que ninguna de esas resoluciones había sido suspendida, anulada ni revocada, y que contra ellas no cursaba ningún recurso que pudiera limitar su alcance.

Aduce este impugnante que el Tribunal volvió a equivocarse en relación con los elementos condicionantes de las resoluciones, como el retiro del servicio o la supervivencia, primero porque no todas las resoluciones contienen esos condicionantes, y en segundo lugar porque no todos los pensionados tienen la obligación de retirarse del servicio como por ejemplo los educadores quienes pueden recibir la pensión y continuar desempeñando los cargos de profesores. Y otros en donde la sustitución por causa de muerte que no tienen que retirarse del servicio porque nunca han estado en él, o los discapacitados o los menores de edad. Y la supervivencia se acredita, según la jurisprudencia, con la sola concurrencia del poderdante ante la autoridad competente a hacer presentación personal del poder.

El Tribunal tampoco tuvo en cuenta que la Juez Stella María Osorno Bautista, quien reemplazó al Doctor Alvaro Sánchez en el cargo de Juez 4° Laboral,

al revisar la legalidad de lo actuado en auto de febrero de 21 de 1992, solo encontró una pequeña irregularidad subsanable consistente en que el abogado sustituto doctor Henry Trujillo Sánchez, omitió hacer presentación personal del memorial mediante el cual adiciona o corrige la demanda.

Es decir, sostiene, en el proceso de Fanny Torcoroma, a que se refiere la causa radicada con el número 9797A, no se encontraron vicios o irregularidades que puedan dar lugar a la anulación de siquiera parte de las diligencias y mucho menos actuaciones que vayan en contravía de la ley, razón por la cual no existió el prevaricato, como tampoco la determinación de este delito.

Y, con estos parámetros, habría que concluir que los otros cuatro procesos a que se refiere la causa 3826D tampoco presentan los defectos de autenticidad, de legalidad y de exigibilidad, es decir que en todos los procesos en los que Omar Cabrera Polanco participó sustituyendo poderes resultaba viable proferir mandamiento de pago.

El Tribunal adujo en el fallo que en ninguno de los procesos ejecutivos era posible demandar el pago de intereses porque no aparecían pactados en ninguna de las resoluciones administrativas aportadas como título ejecutivo. Que no era aplicable interés alguno con fundamento en lo dispuesto por la Ley 10 de 1972 y de que sí eran perseguibles con anterioridad a la vigencia de la ley de 1994 pero a través de un proceso ordinario declarativo, en el cual se declarara judicialmente el tipo de interés o una indexación, según se expuso en la sentencia de primer grado.

En este punto, sostiene el impugnante, el Tribunal incurre en error por cuanto la ley 10 de 1972 lejos de regular tasas o intereses moratorios, legales o convencionales, se refiere es al despido injustificado cuando el trabajador cumple la edad y el tiempo para obtener la pensión. En este caso, el legislador fijó una indemnización equivalente al 100% del último salario devengado hasta cuando se le reconozca y pague la pensión. Por eso la ley en mención tiene que ver con pensiones no reconocidas no con pensiones reconocidas, como lo estableció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril 11 de 1985.

Ahora, sostiene el impugnante que luego de consultar la normatividad que rigió la jurisdicción laboral debe reconocerse que durante 46 años existió un vacío legal en el tema de los intereses, el cual fue llenado con la expedición de la ley 100 de 1993. Sin embargo, existía el artículo 145 del Código Laboral que autorizaba llenar el vacío legal acudiendo a otros ordenamientos en aplicación del principio de analogía, y es así como se encuentra con la vigencia del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo que consideraba un interés bancario o el simple certificado por la Superintendencia Bancaria, que comprendía desde la ejecutoria de la resolución hasta seis meses después y vencidos éstos, el interés moratorio.

También existía el artículo 1617 del Código Civil que fijaba un 0.5 % mensual, norma supletoria en el evento de que las partes pudiendo acordar intereses

convencionales no lo hicieren. Y del mismo modo se encontraba en vigencia el artículo 884 del Código de Comercio que regula los intereses mercantiles.

En estas condiciones los jueces laborales debían dar respuesta a las pretensiones de los demandantes, sin perder de vista que el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo regula la institución del *in dubio* pro operario, según el cual había que escogerse la norma que fuera más favorable al trabajador y aplicarla en su integridad.

Al hacer este proceso, se establece que el artículo 1617 es la norma más desfavorable al trabajador porque prevé un interés del medio por ciento mensual, mientras la Caja Nacional de Previsión mantenía los dineros en las Corporaciones obteniendo rendimientos mucho más altos. Pero el disenso fundamental con el fallo respecto de la inaplicabilidad de este precepto, estriba en que regula los convenios entre particulares, y fue creada cuando en el país existía una estructura socioeconómica semifeudal sin las repercusiones que ahora se tienen en el sistema financiero de la depreciación de la moneda.

De otro lado el artículo 1617 fue objeto de análisis con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada ante la Corte Constitucional, en la que se concluyó su inaplicabilidad en materia laboral, ni siquiera por analogía, en pronunciamiento que si bien es posterior a la época de los hechos, habría una forma de favorabilidad por la vigencia del artículo 43 de la Ley 153 de 1887.

En el proceso de Fanny Torcoroma, a folio 110, consta la prueba del interés corriente que para el caso fue del 18% y si se la compara con el comportamiento del IPC desde 1980 hasta 1990, este nunca fue inferior al 18%, lo que el impugnante dice responder la pretensión del Tribunal de que se persiguiera por lo menos la indexación.

Respecto del tema de la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, a que se refieren el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 y el 513 del Código de Procedimiento Civil, sostiene el impugnante que el embargo procede cuando estos dineros ingresan al patrimonio individual de la Caja Nacional de Previsión, y, en consecuencia, no existiría el delito de prevaricato ni el delito de peculado.

En el fallo también se alude que el Juez acusado, al observar que las obligaciones se encontraban prescritas debió haberlo declarado de oficio. Sin embargo, en la legislación laboral no existe norma que reglamente el fenómeno de la prescripción de las acciones ejecutivas como sí sucede con el proceso ordinario.

Cuando la pensión se ha reconocido y se inicia un proceso ejecutivo el pensionado no puede dirigirse a la administración con un reclamo para interrumpir la prescripción.

En materia de prescripción, el artículo 2536 del Código Civil establece que la acción ejecutiva prescribe en diez años y la ordinaria en veinte, por esto,

sostiene, no había acciones prescritas y aunque las hubiera, ello no es constitutivo de abuso del derecho, porque la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento que figura en la carpeta anexa a los alegatos, sostiene que la justicia no premia al deudor que está en una situación de hecho y castiga al titular de la acreencia, sino que debe demostrarse la causa por las cuales el acreedor no ejercitó oportunamente la acción.

Concluye entonces que en cuanto al fenómeno de la prescripción no existía norma específica en el ordenamiento laboral, la acción ejecutiva no prescribe en tres años sino en 10 de conformidad con el Código Civil, al Juez no le era dable asumir la posición de demandado y fallar prescripciones de oficio porque la ley exige que quien quiera beneficiarse de la prescripción debe alegarla y probarla. Por esto, si el Juez Cuarto Laboral del Circuito no cometió prevaricato, su cliente no pudo ser determinador de ese prevaricato.

El otro tema se relaciona con las agencias en derecho que en criterio del Tribunal fueron excesivas y es elemento estructurante del delito de peculado. Al respecto aduce que las resoluciones expedidas por la Caja prestaban mérito ejecutivo, y en esas condiciones era viable librar mandamiento de pago. Ese capital adeudado generaba intereses que fueron los corrientes simples de $ 1.5 % mensual y sobre esa cuantía se calculaban agencias en derecho que para el proceso 30105 fueron del 6.35%; en el proceso 30511 del 6.53% y en el proceso 30522 del 7.64% y en el 30981 del 7.54% y en el de Fanny Torcoroma, como no se hizo ningún embargo, y no se pagó suma alguna de dinero, esas agencias nunca se materializaron. Por esto, considera que las agencias en derecho no fueron excesivas.

Lo que sucede, explica, es que las deudas pensionales eran altas y las agencias en derecho, que no superaron el 8%, no fueron en esa medida nada excesivas ni ilegales, con lo cual se desdibuja el elemento estructurante del delito de peculado.

En el fallo censurado se afirmó que en el proceso 31739 el Juez no decretó la excepción de pago parcial o total pues se arrimaron fotocopias y certificaciones que daban cuenta de haberse hecho la liquidación. Al respecto, sostiene el impugnante que las obligaciones no se extinguen con la sola intencionalidad de pagar sino con el pago efectivo que en este caso nunca se dio. Durante el juicio, y no obstante los repetidos oficios del Tribunal requiriendo a la Caja de Previsión para que enviara los documentos sobre el pago real de esas obligaciones, no se recibió ninguna respuesta. Entonces, al no haber habido pago parcial ni total, no existió el delito de peculado.

En cuanto a las excepciones presentadas dentro del proceso de Fanny Torcoroma, estas fueron extemporáneas además de que no se adjuntó la prueba del pago que la ley exige, pues no le era dable al Juez trasladarse hasta las oficinas de la demandada a revisar los documentos a fin de establecer si alguno acreditaba el pago, porque la ley no se lo permite.

En los procesos que se relacionan con la causa 3826D, sucedieron cuestiones similares, pues nunca se allegó la prueba idónea para acreditar el

pago, como tampoco ello pudo establecerse durante el juicio en el proceso penal.

Sostiene el impugnante que el Tribunal soportó la decisión del prevaricato por acción, y el peculado por apropiación consumado y tentado, en la declaración de Jairo Emiro González, quien le imputa responsabilidad por cohecho a la Juez 40 Civil Municipal; el testimonio de Jorge A. Peinado Dulcey quien le endilga cargos a Omar Cabrera Polanco y Augusto Conti, apoderado de la Caja; en que Omar Cabrera solicitó sentencia anticipada; que Henry Trujillo Sánchez manifestó haberse allanado, autorizado por Omar Cabrera Polanco, a que se le pagaran intereses del 0.5% mensual; en que Omar Cabrera Polanco sustituyó 106 poderes; en que Omar Cabrera en 1988 realizó una inspección judicial que sirvió de base para embargar dineros en los procesos que integran la causa 3826D.

Al respecto sostiene ser cierto que Henry Trujillo Sánchez en la vista pública refirió haberse allanado a las objeciones sobre los intereses que hiciera la demandada y que fue autorizado para ello por Omar Cabrera Polanco, pero también lo es que cuando los pensionados otorgaron el poder, lo autorizaron para desistir, sustituir, recibir, transigir y reasumir, y al sustituir el poder en Henry Trujillo le transfirió las mismas facultades pudiendo renunciar a esa parte de los interese por estar autorizado desde mucho antes de consultar el punto con Omar Cabrera Polanco.

Pero, además, al revisar los testimonios y los contratos de honorarios profesionales hay que concluir que como parte de éstos se pactaron los intereses y si el abogado renuncia a parte de ellos pues está renunciando a una porción de los honorarios.

Sobre la imputación de Jairo Emiro González a la Juez 40 Civil Municipal y al Abogado Alberto Cárdenas de la Rosa, recuerda que los mismos fueron investigados por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá, autoridad que precluyó la investigación a las dos personas luego de demostrarse que el hecho no existió sino en la cabeza de Emiro González. La prueba de esto, dice, no milita en el proceso, pero solicita se le permita incorporarla como jurisprudencia de la Fiscalía.

El Tribunal, sostiene, no valoró adecuadamente el testimonio de Eduardo Peinado Dulcey quien voluntariamente se presentó a declarar ante la Fiscalía y además incurre en una serie de contradicciones pues en su primera intervención dice ser testigo de que Omar le entregó a Augusto Conti la suma de treinta millones de pesos, y posteriormente dice no saber la cantidad. En la primera versión da a entender que presenció la entrega, en la segunda que esto no lo alcanzó a ver por haberse quedado en el corredor de la oficina. (fls. 95 y 96 Cno. Corte)

Agrega que este testimonio no pudo ser controvertido porque cuando se produjo el cierre de la investigación dentro del proceso de Omar Cabrera, hacía más de un año se había declarado el cierre de la investigación y duran-

te el juicio nada se dijo sobre el testimonio de este personaje. Pero la declaración de Peinado Dulcey es rica en datos sobre la enemistad con Omar Cabrera Polanco y los motivos de ella.

Sostiene que para valorar este testimonio, el tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de Luis Eduardo Polanía Unda, Eduardo Rapido Camelo y William Lemus, mencionadas por el mismo Peinado, quienes dicen que ésta es una persona problemática y conflictiva y que mantiene enemistad con Omar Cabrera.

En cuanto al testimonio de Alcides Cortés Bahamón, este nada tiene que ver con los hechos que fueron averiguados, pues no se relacionan con el Juez 4to Laboral de Bogotá, con Henry Trujillo, o los apoderados de Cajanal.

Estima que en el proceso 3826D existe una nulidad, que solicitó ante el Juzgado 15 Penal del Circuito, por no habérsele corrido traslado del dictamen pericial sobre el monto de los intereses cobrados. La nulidad se negó con el argumento de que durante el juicio podía surtirse el traslado. Sin embargo, el proceso se envió al Tribunal para su acumulación y allí no se decretó el traslado que fue solicitado pero se negó con el argumento de que se trataba de una maniobra dilatoria de la vista pública, pero cuando en la sentencia se toca el tema de los intereses y que si se hubiera cobrado por lo menos la indexación, este aspecto comienza a adquirir importancia por la posibilidad de demostrar que el IPC fue siempre del 18% anual, generando la nulidad de que trata el artículo 304 numerales 2 y 3 porque se violó el derecho de defensa y el debido proceso.

Por esto, su primera petición es que se revoque la sentencia impugnada y se absuelva a Omar Cabrera Polanco. Si esta no tiene acogida, como último remedio se decrete la nulidad de lo actuado en cuanto se relaciona con Omar Cabrera Polanco. Y, finalmente, en el evento de que ninguna de las dos peticiones tenga acogida, solicita se revise el factor punitivo acogiéndose a los argumentos expuestos en ese sentido por los otros defensores agregando que el fenómeno de la acumulación de causas genera de por sí un beneficio punitivo. Además, sostiene, a Omar Cabrera Polanco se le condena a 12 años de prisión y no se le explica la razón de ello, porque su cliente "tendría derecho a saber por parte de su sentenciador cuáles son los hechos, cuáles son los elementos por los cuales se le declara responsable y se le impone una pena" (fls. 65 a 102).

5.5. El Procesado Luis Henry Trujillo Sánchez.

Inicia diciendo que desde cuando conoció el fallo del Tribunal, se ha preguntado si su juzgador lo ubicó en el escenario de los 23 procesos laborales como un actor principal, desconociendo que en verdad solo respecto de uno de ellos, el radicado 31739 a que se refiere la causa 9797 A, fue objeto de acusación, con la significación de haber sido el único respecto del cual se predica el delito de peculado tentado. El proceso se ocupa de una serie de situaciones que los funcionarios de instancia no han tenido en cuenta o han malinterpretado, cuando no, la actuación refleja estar llena de prevenciones.

En este último sentido destaca cómo el 13 de febrero de 1998 en el diario El Tiempo en primera página se publicó un titular en el cual se afirmaba que el Juez Alvaro Sánchez y los Abogados Omar Cabrera y Henry Trujillo se habían robado prácticamente $3.400.000.000.oo de la Caja Nacional de Previsión, cuando lo cierto es que no ha tomado un solo peso.

Sostiene que no hubo prevaricato y en el caso de que ello hubiera sucedido, tampoco determinó al funcionario a cometerlo porque cuando Omar Cabrera le entregó la demanda, en el Juzgado 4° ya habían cursado 18 demandas de las cuales 4 habían sido sustituidas por Omar Cabrera al doctor Manzano, más exactamente las correspondientes a los procesos 30105, 30511, 30522 y 30981. Siendo su primera demanda porque nunca había litigado en ese juzgado, no era conocido por el Juez. En el proceso no existe ningún testimonio que lo involucre concertando comportamiento ilícito con el funcionario solamente obran las indagatorias y los documentos que aportó.

La afirmación de que las resoluciones allegadas al proceso adolecen de una serie de fallas, obedece al desconocimiento del procedimiento laboral por los funcionarios penales, pues la observación hecha en el sentido de no haberse allegado la constancia del retiro del servicio no es una falla que pueda dar lugar a tomarse como determinación del delito de prevaricato.

Sostiene ser cierto que cuando la Caja Nacional de Previsión excepcionó, lo hizo mal por cuanto la excepción hay que alegarla y probarla, es así que cuando alegó que no se habían retirado del servicio no allegó la constancia de ello. Cuando dijo que la resolución era borrosa, no la tachó de falsa, y de todas maneras en ella se entendía el nombre del beneficiario, y el monto de la pensión.

Los 16 poderdantes sin excepción, fueron clientes del doctor Omar Cabrera quien le entregó la demanda ya lista, es decir con poder, resoluciones y liquidaciones como lo manifestó desde un principio y que el doctor Cabrera también desde un principio negó y luego en la tercera ampliación de indagatoria aceptó haberle entregado los poderes y las liquidaciones y en la audiencia que las liquidaciones las hacía su contador Nelsón Cetina y que se hacían de acuerdo con lo manifestado a él por los pensionados con lo que confirmó lo sostenido desde el comienzo.

Inició ese proceso con las expectativas normales del litigio, es decir de la aceptación o rechazo de la demanda, luego se notificó el mandamiento ejecutivo con las formalidades propias, garantizando el derecho de defensa de la demandada que nombró apoderada para su defensa. Entre otras excepciones la demanda propuso la de pago parcial de manera incorrecta, y no apeló el auto que negó las excepciones propuestas, pudiendo hacerlo y siendo una carga para ella. A la demanda se adjuntó una certificación del Banco de la República sobre el interés del 36% anual y se pidieron intereses corrientes, sin embargo se liquidó al 1.5% o 1.6% por debajo de esos intereses. La apoderada de Cajanal objetó el auto que corrió traslado a la liquidación y presentó una nueva liquidación sin cambiar un solo peso del capital. Resalta que se-

gún el testimonio de la doctora Teresa de Jesús Alvarez, la liquidación la elaboraron abogados expertos de Cajanal.

El juzgado negó la objeción por extemporánea y el proceso subió al Tribunal en el efecto devolutivo. Agrega que si hubiera actuado con dolo, habría impedido que el proceso llegara al tribunal, pero no tenía nada que esconder y a pesar de haber sido mal concedido el recurso no manifestó nada. En el Tribunal como fecha para la audiencia sucesivamente se fijó los días 23 de abril, 14 de junio, 31 de julio y 30 de agosto de 1991, sin llevarse a cabo por culpa del propio Tribunal. En vista de que nada se decidía, optó por allanarse a la liquidación del crédito efectuada por Cajanal y después de haberse allanado, el Tribunal aceptó el allanamiento y le compulsó copias para que lo investigaran.

Destaca que el embargo de dineros se decretó por la suma de $70.778.540.47, la cual había sido aceptada por la demandada cambiando únicamente el monto en cuanto a los intereses. También que cuando se solicitó el embargo de las cuentas de Cajanal, en los escritos se incluía la leyenda "que sean embargables" y eso mismo se escribía en el oficio mediante el cual se comunicaba la medida. Una vez el proceso regresó al Juzgado, éste desembargó los dineros.

El Tribunal en el fallo alude que desistió en el proceso ejecutivo luego de que se le compulsaron copias para que fuera investigado y porque había cambiado de titular el Juzgado, lo cual no es cierto, por cuanto en dos oportunidades más hizo llegar el proceso a la segunda instancia buscando que le pagaran el dinero que la Caja reconocía deber . Entonces, por haber transcurrido casi cinco años, y haberse desembargado los dineros, lo cual hacía ilusorio los resultados desistió de la demanda para que los clientes buscaran el pago por la vía administrativa, no recibiendo por tanto un solo peso por concepto de honorarios.

Sostiene del mismo modo que en su indagatoria relató los hechos como sucedieron sin incurrir en ninguna contradicción, y aclara que en la inspección judicial se constató que las resoluciones las tuvo a la vista el Juez 13 Civil Municipal y que fueron expedidas a nombre de Omar Cabrera quien le sustituyó 2 dentro del proceso 31739 y las otras 7 al doctor Manzano dentro del proceso 30511.

El Tribunal afirmó que dentro del proceso 31827 no retiró la suma de $9.270.000.oo como agencias en derecho, lo cual no es cierto porque a folio 112 del proceso obra dicha liquidación pues esta suma se encuentra incluida en los $87.827.518.oo que el Juzgado pagó en su totalidad los que entregó a Omar Cabrera Polanco, obteniendo como honorarios $ 5.000.000.oo.

Por lo expuesto, solicita se revoque el fallo proferido en su contra (fls. 102 a 114).

5.6. El defensor del procesado Luis Henry Trujillo Sánchez.

5.6.1. Comienza por hacer lo que considera "importantes aclaraciones" respecto de los fundamentos expuestos en el fallo:

5.6.1.1. Le reprocha no haber sido notificada la providencia que corre a folio 9 del proceso ejecutivo. Al respecto sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta la figura de la notificación por conducta concluyente siendo esto lo que aconteció con la diligencia de juramento que se surtió el 25 de octubre de 1990.

5.6.1.2. La Caja aún no era parte dentro del proceso y por tanto no era procedente la notificación a ella del auto que ordena tomar el juramento.

5.6.1.3. No era necesario notificar personalmente al demandante del auto de mandamiento de pago, por que este acto se entiende surtido al momento de sufragar en la secretaría los gastos de notificación a la demandada.

5.6.1.4. A su cliente se le reprocha haber "autoliquidado las costas", siendo esto apenas natural si se tiene en cuenta que las agencias en derecho fueron fijadas por el Juez como se establece en la providencia del 14 de febrero de 1991 que corre a folio 138 del proceso ejecutivo.

5.6.1.5. Se afirma que Trujillo Sánchez no desistió del proceso, lo cual no es cierto porque esa actuación se llevó a cabo en 1995 como consta a folio 169 del cuaderno original No. 3.

5.6.1.6. El Tribunal sostiene que los sellos sobre la ejecutoria de las resoluciones carecen de firma que las respalde. Al respecto aduce que en ningún momento se excepcionó falta de ejecutoria, y que de todas maneras las resoluciones están notificadas personalmente al interesado o su apoderado quienes renunciaron al término de ejecutoria, lo que significa que quedaban en firme de manera inmediata.

5.6.1.7. Se imputa a Trujillo Sánchez el hecho de haber corregido para adicionar la demanda, agregando que ello estaba prohibido por el reformado C.P.C. Ello lo cuestiona el impugnante aduciendo que su cliente no está corrigiendo la demanda sino adicionándola y que ello es permitido en los procesos laborales antes de notificarse el mandamiento de pago.

Sostiene la inaplicabilidad en este caso del artículo 89 del C.P.C. porque se refiere es a la reforma de la demanda.

5.6.1.8. Al doctor Trujillo Sánchez el fallo le imputa que en el proceso aparezca un escrito pero sin nota de presentación personal y que no empiece esto en la misma fecha en que se emitieran autos. A ello responde el impugnante que es común que en un despacho Judicial al escribiente se le pase por alto colocar en un escrito la nota de presentación personal, pero estos olvidos no pueden tomarse como punto de partida de mala fe. En derecho procesal penal, inclusive, con la primera nota de presentación personal, las siguientes entregas de memoriales no requieren esta formalidad.

5.6.1.9. El Tribunal exige que para poder presentar un desistimiento se debe primero acreditar el pago administrativo, lo cual no es posible. La actitud

de Trujillo Sánchez no representó perjuicio alguno para los interesados por cuanto el desistimiento en materia laboral no hace tránsito a cosa juzgada.

5.6.1.10. El *a quo* sostiene que fue el cambio de funcionario la circunstancia que dio lugar a interrumpir la entrega ilícita de dineros al demandante, lo que no es cierto por que ello solo vino a ocurrir a consecuencia de haber desistido del proceso. Esto por cuanto si el Juez oficiosamente levanta el embargo de bienes del demandado, como aquí ocurrió, y el demandante persiste en su pretensión, perfectamente puede pedir el embargo de un bien distinto a fin de lograr el pago de la deuda.

Además, cuando el Juez accedió a la solicitud de embargo presentada por el abogado Trujillo Sánchez, en el oficio hizo la advertencia que los dineros fueran de propiedad de la entidad demandada y que correspondieran al rubro "disponible y de libre afectación para el pago de sentencias judiciales". Y aclara que luego de decretado el desembargo el abogado interpuso recurso de apelación en dos oportunidades en las cuales subió al Tribunal.

5.6.2. En el capítulo que destina a la "tesis principal", sostiene el impugnante que el doctor Luis Henry Trujillo Sánchez dentro del proceso laboral actuó conforme a derecho pues la documentación aportada y las pretensiones demandadas guardaban total armonía con los principios que regulan el proceso penal.

Para ello sostiene que resulta "vital encabezar esta tesis trayendo a colación criterios doctrinarios y jurisprudenciales íntimamente ligados con la ciencia laboral, que algunas veces está acorde con el derecho civil, pero que no por ello son siempre armónicos con la ciencia penal".

En ese sentido se refiere a los conceptos emitidos por algunos doctrinantes en relación con el tema del documento y las primeras segundas o terceras copias del mismo; de obligación clara, de los intereses, las costas, las agencias en derecho, la excepción de pago y la validez de los sellos puestos en los títulos ejecutivos.

Menciona igualmente varias providencias emitidas por distintas Salas Laborales del Tribunal Superior en relación con los mismos temas que vienen de ser anotados.

Luego se refiere, para cuestionarla, a la providencia proferida en el mes de abril de 1994 por la Sala de Casación Penal de la Corte, con ponencia del Magistrado Doctor Jorge Carreño Luengas, según la cual solamente la primera copia presta mérito ejecutivo, y a ella formula algunos interrogantes para concluir que el pensionado tiene derecho a pedir cuantas copias requiera para ejercer su derecho.

5.6.3. En el capítulo que dedica al criterio del sindicado, se refiere a las explicaciones rendidas en el curso de la actuación, las que considera armónicas entre sí.

5.6.4. Y luego de reproducir algunos de los criterios expuestos por la Procuraduría, la Fiscalía, y el Tribunal, dedica un capítulo a hacer las "consideraciones de la defensa".

En este acápite menciona el retraso ostensible de Cajanal en su obligación de cumplir el compromiso con los exfuncionarios a ella vinculados, al punto de haber reclamaciones judiciales por derechos laborales adquiridos desde 1971.

Y luego de manifestar haber hecho el análisis de las posiciones doctrinarias y las piezas jurisprudenciales a que se refiere, concluye el impugnante que no existe ninguna irregularidad de parte de Luis Henry Trujillo Sánchez al haber presentado una demanda ejecutiva laboral, con segundas o terceras copias, con copias que ostentaban el sello de no prestar mérito ejecutivo, con copias que ostentaban el sello de decir que sólo para fines estadísticos, con copia que a otra persona le parece ilegible pues la claridad que exige la ley es de contenido jurídico, demandar sin acreditar supervivencias, y demandar pretendiendo intereses comerciales.

Indica que se podría contra argumentar que cuando se pretende demandar con una resolución que establece una condición, se debe probar su cumplimiento, lo cual podría constituir una irregularidad, pero eso no daría para tipificar la comisión de un delito, pues los códigos procesales han establecido un capítulo dedicado a las excepciones "y en tales condiciones daría para la inadmisión de la demanda o para que la parte demandada formulara una excepción".

Sostiene que de prosperar una tesis distinta a la que expone, habría que concluir que en todo proceso ejecutivo en lugar de excepcionar habría que formular una denuncia penal o que todo aquello que amerite una formulación exceptiva, genera una acción penal y una subsigutente condena.

Afirma del mismo modo que a partir del momento en que una de las Salas Laborales del Tribunal dispuso la compulsación de copias para la investigación disciplinaria por la Procuraduría, todos los funcionarios que han intervenido en la actuación con obsesión han buscado "cualquier aspecto que les parezca extraño y todo aquello que les ha parecido extraño o irregular se ha convertido en una pieza más de la tipificación de los delitos aquí sentenciados".

En esa medida, se cuestionó cómo una persona residente en Boyacá en el poder consignó que era domiciliada en Bogotá, y si bien es cierto que algunas resoluciones presentan "sello de ejecutoria defectuoso", o sin constancia de ejecutoria, o con sello de autenticación defectuoso, o que aparezca sello del Juzgado Séptimo Civil Municipal sin acreditar el medio por el cual el funcionario tuvo a la vista el documento, el impugnante no se explica cómo todo aquello que se estimó "defectuoso" hubiera servido de base para edificar los delitos de prevaricato y peculado y no haya sido fundamento para el delito de falsedad, "porque en tratándose de asuntos oficiales, 'lo defectuoso' obligatoriamente es FALSO".

Entonces, considera que sobre las observaciones de algunos funcionarios administrativos o penales, hechas sobre "actuaciones del exclusivo mundo laboral" por tener aspectos filosóficos distintos, nació el proceso que culminó con sentencia condenatoria en contra de Luis Henry Trujillo Sánchez.

Pero, se pregunta, "acaso la Caja Nacional de Previsión no adeudaba las sumas de dinero indicadas en las liquidaciones del ejecutante, descontando los pagos efectuados?", o se encontraba al día, o se inició una acción en contra de ella por personas que no habían prestado sus servicios a la administración pública, con poder de personas fallecidas, o con resoluciones falsas?.

Es posible, continúa, que las multimillonarias acciones ejecutivas contra la Caja la hubieren llevado a la quiebra, y que las múltiples demandas hubieren puesto en conocimiento público que esa entidad no pagaba las deudas a sus pensionados, pero el expediente no demuestra que los servicios no hubiesen sido prestados por sus reclamantes, que alguna resolución fuese espuria, o situación similar alguna definitivamente ilegal y que con esa ilegalidad se hubiese querido defraudar a la Caja.

No se estaban cobrando dineros no adeudados por cuanto no obstante la excepción de pago parcial formulada por la demandada, para fundamentarla allegó solamente unos oficios en los que se habla de una liquidación de dinero pero no se demuestra su pago efectivo y sin demostrar pago anterior o posterior al mes de octubre de 1990, fecha de la presentación de la demanda; además, solo se objetaron los intereses no la liquidación del capital.

Agrega que como no se tenía certeza de los aludidos pagos parciales, se requirió dicha información a Cajanal recibiéndose el oficio DAPE-S 1082 del 18 de septiembre de 1997 pero sin aportar ningún soporte.

En cuanto tiene que ver con la exigencia del cumplimiento de la condición relacionada con el "efectivo retiro de la administración", afirma que su no acreditación no indica la realización de un delito porque ello es objeto de excepción por la entidad demandada y de otro lado porque la investigación penal no estableció que cualquiera de los ejecutantes no estuviera separado del servicio y que pretendía hacer doble cobro.

Y, aun en el evento de que se pruebe la no separación del servicio, ésta sería una acción dolosa del poderdante no del apoderado a menos de probarse el conocimiento previo de esa situación.

Afirma que "algunas veces sucede que los 'casos sonados', 'los casos que originaron escándalo' de antemano tengan la marca de la sentencia y todo se dirija, de manera inconsciente, a ese fin, perdiendo la justicia el norte de la objetividad".

Insiste en preguntarse cuál de las resoluciones es falsa, cuál de los dineros reclamados no lo debía la Caja, cuál de los servicios alegados no fue prestado, cuál de los poderdantes no existe o no existió, cuál de las reclama

ciones no era objeto de excepciones, cuál de las reclamaciones no podía ser objeto al principio de la doble instancia porque en todo proceso en general proceden los recursos de reposición.

En este caso, sostiene, la apoderada de la demandada solo interpuso recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo y no impugnó el auto que le negó las excepciones. Sólo el que corrió traslado de la liquidación y de allí surgió la investigación penal, lo que en criterio del impugnante, significa que la misma apoderada de la entidad demandada no apreció ilegalidad alguna.

Entonces, concluye este aspecto del discurso, porque no todas las "irregularidades" detectadas por los funcionarios lo son realmente, porque las otras debieron ser objeto de excepción por la demandada y porque nadie discute que Cajanal no adeudaba ninguna de esas prestaciones, considera el defensor que Luis Henry Trujillo Sánchez debe ser absuelto de los delitos a él imputados, "pues falta el elemento antijurídico".

5.6.5. El impugnante dedica este capítulo a lo que denomina "tesis subsidiarias".

5.6.5.1. La primera de ellas la funda en sostener que en el evento de haberse presentado el delito de prevaricato el doctor Luis Henry Trujillo Sánchez no fue el determinador por cuanto desde el 12 de octubre de 1988 hasta el 18 de octubre de 1990, fecha en que Luis Henry Trujillo presentó la demanda, el doctor Omar Cabrera Polanco como "director" de los procesos contra la Caja, "por sí o por interpuesto abogado" había iniciado y llevado hasta su culminación 11 acciones ejecutivas laborales, comenzando por el proceso iniciado a nombre de Beatriz Díaz de Cepeda y 78 ejecutantes más, por el que se reclamó la suma de $ 115.569.486.23.

De haberse dado el preacuerdo delictivo entre Omar Cabrera Polanco y el Juez Luis Alvaro Sánchez a que se refiere el fallo, cuando Luis Henry Trujillo Sánchez intervino como apoderado de Fanny Torcoroma, y 15 ejecutantes más, es de suponerse que el acuerdo entre el juez y Cabrera Polanco ya se había dado, porque allí ya se habían tramitado 18 procesos laborales con aproximadamente 800 demandantes. Por esto, se pregunta, cómo entonces suponer que Omar Cabrera le informó a Luis Henry Trujillo Sánchez que desde hacía dos años tenía un acuerdo con el juez para "prevaricar" a fin de "pecular".

Por ello, no es posible pensar que se necesite determinar a quien ya está determinado y si hubo un acuerdo entre el Juez y Omar Cabrera lo que menos se necesitaba era que lo conocieran más personas. De ahí, prosigue, que sea digna de crédito la versión de Luis Henry Trujillo Sánchez.

Y aunque no sea muy ortodoxo demandar por la totalidad de la prestación sin contar con poder del otro titular del derecho, cuando es conjunto, o sin acreditar la separación del cargo, en opinión del impugnante no alcanza a configurar un delito porque "a tales situaciones proceden las correspondientes excepciones".

Podría afirmarse, prosigue, que las providencias dictadas por el Juez, mediante las cuales accedió a las pretensiones de Trujillo Sánchez fueron ilegales y que el abogado se benefició de ellas. Sin embargo, a esto responde el mismo impugnante, que gran parte de la ilegalidad obedece a conceptos errados de la judicatura, como en el caso de las segundas o terceras copias, no acreditar la supervivencia o sin constatar la existencia de la deuda. Y a pesar de que las providencias emitidas por el funcionario obedecieran a un acuerdo entre él y Omar Cabrera, Luis Henry Trujillo Sánchez nada podía hacer por carecer de interés jurídico para impugnar por radicar éste en cabeza de la parte afectada. Nada indica que Luis Henry Trujillo hubiese estado enterado del acuerdo celebrado con dos años de antelación, entre el Juez y Omar Cabrera.

Afirma que Trujillo Sánchez intervino como desprevenido abogado litigante, por cuya actuación Omar Cabrera le cancelaría el 10% del capital recaudado y el 1% de los intereses, "sumas por demás irrisorias que impiden pensar que por tan poca monta se puede ingresar al inseguro camino del delito". Por esto, insiste, la comisión de fiscales que definió la situación jurídica de Omar Cabrera lo ubicó como determinador de los delitos cometidos materialmente por el juez.

5.6.5.2. La segunda tesis subsidiaria, la presenta el impugnante con la afirmación de que a Luis Henry Trujillo Sánchez se le violó el derecho de defensa. Funda su apreciación en que fue vinculado al proceso como presunto responsable del delito de fraude procesal. Sin embargo, con la providencia mediante la cual se definió su situación jurídica, se le afectó como presunto determinador responsable del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado, este último en la modalidad de tentativa. Por esto, "como quiera que Luis Henry Trujillo Sánchez no fue interrogado por los delitos de prevaricato y peculado, por estas circunstancias no se le brindó la oportunidad de defenderse de tales cargos".

En ese sentido trae a colación el pronunciamiento de 27 de agosto de 1992, con ponencia del H. Magistrado doctor Edgar Saavedra Rojas, para concluir configurada la nulidad que invoca pues el interrogatorio no se orientó para que se defendiera de los punibles de prevaricato y peculado, sino de un eventual fraude procesal. Y, de haber sido interrogado por ellos, dada su gravedad, hipotéticamente podría haber optado por confesar ante la posibilidad de rebaja de pena.

Con base en lo expuesto, subsidiariamente solicita se decrete la nulidad del proceso a partir de la diligencia de indagatoria.

5.6.5.3. Como tercera tesis subsidiaria, postula que en el evento de concluir la Corte la responsabilidad penal de Luis Henry Trujillo Sánchez en el concurso de delitos que se le imputa, se reconsidere la tasación de la pena pues, la sumatoria punitiva a la que llegó el *a quo*, no aparece explicada en la sentencia, dando lugar a pensar que el fundamento estuvo en la Ley 190 de 1995 "pues nada indica que la tasación se haya fundamentado en las normas benignas del entonces vigente decreto 100 de 1980" (fls. 190 a 230).

5.7. La procesada Mercedes Cabrera Polanco.

Comienza por sostener que durante el tiempo de duración del proceso se ha preguntado si su error fue haberse ido a trabajar a la oficina de su hermano Omar, haber recibido los poderes, o haber estudiado derecho.

Anuncia que fueron varias las razones por las cuales llegó a trabajar en la Oficina de Omar Cabrera: primero porque éste le solicitó colaboración ya que por sus ocupaciones políticas en Neiva y Palermo, no podía atender a los clientes que allí llegaran con ocasión de un aviso que puso en la prensa ofreciendo a los pensionados del país sus servicios profesionales para cobrar judicialmente el reajuste pensional establecido en la Ley 4 de 1976; y, en segundo lugar, porque su hermano estaba enterado de la excesiva carga laboral que debía soportar en la Oficina de la Unidad de Contratos en la Oficina a Jurídica del Idema, donde antes trabajaba.

Agrega que el ir a trabajar a la oficina de su hermano le representaba poder compartir más tiempo con su familia y la posibilidad de continuar con los estudios universitarios porque en ese entonces culminaba sexto grado de derecho y requería tiempo para la tesis y los preparatorios.

Sostiene que sus funciones en la Oficina de Omar consistían en atender a los pensionados, explicarles el alcance del reajuste de la Ley 4 de 1976, un dinero que la Caja les debía porque no les había pagado y en esto no vio ninguna ilicitud ni ninguna anormalidad. Y el pensionado no dudaba en otorgar el poder previa advertencia de que ella no les llevaría el proceso, pero que para su inicio se requería un poder firmado por ellos y con la debida presentación el cual entregaba a Omar Cabrera y hasta allí llegaba su actuación.

Sostiene que su vinculación al proceso se produce por haber trabajado con Omar Cabrera y por haber recibido los poderes a que se refiere. Lo único que sabía era que se iba a ejecutar a la Caja por unos dineros que no había cancelado pero no de la organización criminal que la Fiscalía pretendió le explicara.

Explica que como la Fiscalía le negó la libertad, y se encontraba desesperada por su situación, esto la movió, contrariando la voluntad de su abogado, a solicitar la aplicación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, y allí no se llegó a ningún acuerdo porque se opuso a que la tomaran como determinadora ya que asumía era la complicidad en el delito.

Asegura nunca haber ido a la Caja Nacional de Previsión, ni a la Oficina de un Juzgado Laboral, y que no tuvo la oportunidad de conocer al doctor Luis Alvaro Sánchez a quien vino a conocer durante la audiencia. Por eso, se pregunta, ¿cómo se va a determinar a quien no se conoce? O cómo se es determinadora de una organización de la cual no forma parte, tampoco pudo haber determinado a su hermano porque era su jefe.

El Tribunal en su fallo, en dos hojas la condena a 7 años de prisión y tomando lo afirmado por la Fiscalía, le dice que no puede evadir su respon-

sabilidad a través de Omar por tratarse de una persona madura, por las conductas que se le reprochan, las cuales no se explica.

Agrega que de los 116 poderes que figuran en el proceso, 16 fueron recibidos por ella, a cuyos pensionados se les pagó oportunamente todo lo que les correspondía. También que en el proceso obra la declaración de la señora Ana Morales de Vargas quien sostiene haber concurrido a la oficina por un aviso en la prensa, haber sido atendida por ella, y haberle otorgado poder, todo lo cual es cierto. Sin embargo, la Fiscalía recibió la declaración de Flor Vargas de Silva, quien reconoce la firma de su mamá, pero en lo demás es una declaración de oídas por no provenir directamente de la pensionada. De esta declaración la Fiscalía concluye que el Juez le dijo que fuera a la oficina de Mercedes Cabrera a averiguar por los dineros, no que fuera a la oficina de los abogados.

Sostiene que no puede haber determinación sin haber existido previamente un acuerdo y en esa medida solicita de la Corte se reconsidere su caso, porque para poder condenarla se requieren hechos claros y aparezca acreditada su responsabilidad (fls. 114 a 121 cno. 2).

5.8. La Procuradora 11 en lo Judicial Penal.

La representación del Ministerio Público ante la primera instancia, manifiesta su inconformidad con el monto de pena deducido en el fallo a Luis Henry Trujillo Sánchez, el que considera excesivo, pues, según sostiene, no se especificaron pormenorizadamente los factores tenidos en cuenta para ello y no guarda proporción con la pena impuesta a Omar Cabrera Polanco.

Un segundo punto de inconformidad, radica en sostener que a los cuatro procesados no se les ha debido imponer la interdicción de derechos y funciones públicas como pena accesoria, sino como principal, como la contempla el delito de peculado.

En lo demás, sostiene, comparte la adecuación objetiva de las conductas y el análisis del aspecto subjetivo, y agrega que es del criterio de que las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión expedidas a partir de la Ley 4 de 1976 no requieren de resolución administrativa para ser ejecutadas, toda vez que la ley mencionada señalaba los factores a tener en cuenta para la liquidación de los reajustes, lo que no sucedía con anterioridad en donde se requería el reconocimiento de los reajustes mediante resolución administrativa.

Y a pesar de que en la diligencia de inspección no se confrontó la totalidad de las resoluciones expedidas por la Caja, sí se pudo establecer la ilegalidad de su expedición por cuanto tenían como fecha de la copia, una anterior a la de la resolución, pero además de haber cobrado una suma con base en resoluciones ilegalmente obtenidas, no solamente se cobraban las mesadas y los reajustes de acuerdo a la resolución sino que se inflaban esos valores presentando como títulos resoluciones con las cuales ya se había ejecutado a la Caja en otros procesos por los mismos conceptos y se tomaron factores distintos a los señalados en la Ley 4ª de 1976 y traducidos en las tablas emitidas año a año por el Ministerio del Trabajo.

Es del criterio de que aún suponiendo que las resoluciones prestaran mérito ejecutivo, y tomando en cuenta que en ellas no se habían contemplado intereses moratorios, en virtud del artículo 1617 del Código Civil toda obligación causa una indemnización de perjuicios por la mora, y si no se han pactado los intereses, los correspondientes son del 6% anual, regla que se aplica a toda especie de rentas, cánones, y pensiones periódicas, sin que las pensiones oficiales sean la excepción (fls. 178 y ss. cno. 1).

SE CONSIDERA

1. Cuestiones previas.

1.1. Por provenir la sentencia impugnada de un Tribunal Superior de Distrito Judicial, y haber sido proferida en primera instancia como culminación de un juicio seguido contra un Juez del Circuito (art. 70-2 C. de P. P.), la Corte es competente para desatar la alzada contra ella interpuesta, de conformidad con el artículo 68-4 del Código de Procedimiento Penal, siéndole permitido revisar únicamente los aspectos impugnados, dado que los recursos propugnan principalmente por la absolución, cuando no por la invalidación de lo actuado, y, el Ministerio Público para la primera instancia, por la reducción punitiva respecto de Luis Henry Trujillo Sánchez.

1.2. No se discute por los impugnantes la condición de Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá que por la época de los acontecimientos, ostentaba el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Tampoco, que dada esa calidad, a cargo de este funcionario estuvo el trámite de los procesos Ejecutivos Laborales allí identificados con los números 29690, 29827, 29934, 29937, 30105, 30241, 30267, 30376, 30377, 30402, 30511, 30522, 30981, 31128, 31172, 31270, 31401, 31716, 31784, 31827, 32207 y 32210 (de los cuales se ocupa el Juicio radicado en el Tribunal con el número 3557C); 31739 (a que se refiere el juicio 9797A); 30919 y 30465 (a los que se refiere el juicio 10398A); y los ya mencionados 30105, 30511, 30522 y 30981 (que comprende el juicio número 3826D); todos ellos promovidos contra la Caja Nacional de Previsión Social.

Respecto del doctor Omar Cabrera Polanco, por su parte, se sabe que recibió los poderes de que se ocupó la investigación, sustituyó algunos de ellos al abogado Luis Henry Trujillo Sánchez, elaboró las demandas ejecutivas en su oficina, donde además se liquidaron los créditos con la intervención del contador Nelsón Cetina, en algunos casos autorizó a su sustituto a allanarse a las pretensiones expuestas en el proceso por la entidad demandada, y se benefició de los dineros que con ocasión de los procesos fueron embargados y posteriormente cobrados.

En torno al doctor Luis Henry Trujillo Sánchez asimismo se estableció su intervención en el trámite del proceso 31739 que ha sido referido, y haber recibido directamente algunos de los poderes de los pensionados de la Caja.

Y, en cuanto a Mercedes Cabrera Polanco, por su parte, no ha sido cuestionada la afirmación hecha en la providencia enjuiciatoria, en el sentido de haber contactado a varios de los pensionados, haber intervenido en el recibo de los poderes, algunos de los cuales se hicieron a su nombre, y haber pagado de su propio peculio la reclamación dineraria hecha por una de las poderdantes de su hermano Omar.

Como lo dicho no es materia de discusión por los impugnantes, resulta innecesario que la Corte se ocupe de ello, o se refiera a los medios de prueba que así lo acreditan en el proceso.

Los motivos de inconformidad se centran fundamentalmente en las tantas veces mencionadas "irregularidades" cometidas en el trámite de los procesos ejecutivos referenciados, advertidas por la Fiscalía para disponer la vinculación de los procesados, resolverles la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención en un caso y detención domiciliaria en los otros, y finalmente proferir las resoluciones de acusación de que se ocupó el juicio.

Mientras el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez expone haber ceñido su conducta estrictamente a la ley, y los doctores Omar Cabrera Polanco, Mercedes Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo Sánchez, aducen no haber incurrido en delito alguno, lo contrario se sostiene en las resoluciones acusatorias y en el fallo proferido por el Tribunal, el cual es materia de impugnación.

1.3. Por esto, seguidamente abordará la Corte el análisis de los temas propuestos por los impugnantes, tanto de manera separada en relación con cada uno de ellos, como en su globalidad dados los vínculos que entre uno y otro ítem se advierten, todo con el fin de establecer si asiste razón a los recurrentes, o si por el contrario la providencia amerilada merece confirmación por haber sido proferida conforme a la ley, y hallarse avenida a lo debatido y probado en el proceso.

Para ello, como es apenas obvio, se tratará separadamente cada una de las acusaciones identificadas según el número de radicación correspondiente, pues si bien los juicios fueron acumulados para su trámite conjunto por las razones ampliamente conocidas en el proceso, lo cual da lugar al proferimiento de un solo fallo en relación con todos los enjuiciados, esto en manera alguna indica que cada una de las acusaciones no pierde su autonomía fáctica y jurídica, o que el fallo no les deba absoluta congruencia.

Comenzará la Corte por responder las censuras planteadas a la sentencia en relación con el proceso radicado con el número 35570, pues a más de ser génesis de los demás, si es que así pudiera ser llamado para efectos metodológicos, y no obstante comprender la acusación solamente al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, los temas en él tratados se relacionan íntimamente con los debatidos en las restantes causas, ya que se ocupa también de los cuatro procesos por cuya intervención han sido convocados a responder en juicio criminal los hermanos Cabrera Polanco, como son los radicados con los números 30105, 30511, 30522, 30981.

Seguidamente, como ya ha sido indicado, procede responder de una vez los reproches formulados al fallo en cuanto se relacionan con el proceso identificado con el número 3826D, dentro del cual se profirió resolución acusatoria contra los doctores Mercedes y Omar Cabrera Polanco, dada su vinculación con el radicado número 3557C.

Analizará luego la Sala, los cargos formulados a la sentencia del Tribunal en cuanto tiene que ver con el proceso 9797A, donde se profirió resolución de acusación contra los doctores Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, Luis Henry Trujillo Sánchez y Omar Cabrera Polanco, por el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, este en modalidad de tentativa, en cuanto hace al proceso ejecutivo laboral identificado con el número 31739.

Siguiendo el orden que pareciera ser el adecuado, dadas las consideraciones tenidas en cuenta para el proferimiento de la resolución de acusación y el posterior fallo, la Sala responderá los cuestionamientos formulados en lo relacionado con el juicio número 10398 A, en el cual ha sido acusado el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por los delitos de prevaricato por omisión y prevaricato por acción respecto del trámite dado a los ejecutivos laborales 30719 y 30465, aclarando desde ya, que, por haber sido absuelto del delito de prevaricato por omisión, se revisará únicamente lo que tiene que ver con el delito de prevaricato por acción cuya realización se le imputa al tramitar el proceso 30465, en razón a la limitación que para la segunda instancia opera en este punto.

Se ocupará luego de lo relativo a la acusación formulada por la fiscalía y el posterior fallo proferido contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por el delito de enriquecimiento ilícito, pues, la sanción o no a esta conducta, depende en gran medida de la suerte que corran las demás acusaciones, conforme ha sido advertido por la defensa y el propio procesado en el acto de sustentación del recurso de apelación.

1.4. Y, finalmente, dadas las consideraciones que llegue a hacer la Sala en torno de cada una de las acusaciones, culminará la instancia haciendo los pronunciamientos que correspondan.

2. Los juicios.

2.1. Proceso 3557C contra el ex juez Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Como ha sido advertido en el acápite correspondiente a los antecedentes de la actuación, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca profirió resolución acusatoria contra el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por el concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de delitos de prevaricato por acción, prevaricato por omisión, peculado por apropiación agravado por ser la cuantía superior a quinientos mil pesos, concierto para delinquir y falsedad ideológica en documento público, con las circunstancias de agravación previstas por el artículo 66 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, y 13 del C. P., y sin evidenciar ninguna circunstancia de atenuación de las previstas en el artículo 61.

Al aparecer acreditado que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, por la época de los hechos Juez Cuarto Laboral del Circuito, libró mandamiento ejecutivo en veintidós procesos laborales que tramitó contra la Caja Nacional de Previsión Social, sin contar los documentos base de las correspondientes acciones con los presupuestos establecidos por la ley (art. 100 del C. P. del T. y art. 488 del C. de P. C.), decretar el embargo de dineros de la entidad demandada aún contrariando la prohibición legal de hacerlo, contenida en la Ley 38 de 1990, y el art. 513 del C. de P. C., con la modificación introducida por el Decreto 2282 de 1989; ordenar la entrega de estos recursos a los demandantes en cuantía de $3.441.261.501:00, y haberse demostrado que actuó en cumplimiento de su rol como integrante de una organización criminal montada con el propósito de defraudar patrimonialmente a la citada entidad a través del inicio, trámite y culminación de procesos judiciales, cabe concluir que realizó el delito de prevaricato por acción, tantas veces como aquellas que profirió mandamiento ejecutivo en los citados procesos (22), decretó el embargo de dineros de propiedad de la entidad demandada, y ordenó la entrega de estos recursos de carácter oficial a los apoderados de los demandantes.

Los delitos de peculado por apropiación, encontraron realización a través de los prevaricatos, pues con ocasión de ellos dispuso la entrega a los ejecutantes de los dineros embargados a la Caja.

Y la conducta típicamente antijurídica definida como concierto para delinquir halló realización cuando se integró a una organización creada con la finalidad de llevar a cabo múltiples delitos a través de utilizar medios institucionales como los procesos judiciales y, en general, la administración de justicia.

El procesado sostiene, contrario a lo afirmado por la Fiscalía y el Tribunal, que las resoluciones adjuntas a las demandas prestaban mérito ejecutivo por reunir los requisitos de los artículos 100 del C. P. del T. y 488 del C. de P. C. dado que se trataba de actos administrativos ejecutoriados cuya firmeza depende del simple transcurso del tiempo a partir de la notificación, pues el hecho de que en ellos aparezca la nota marginal sin firma de encontrarse ejecutoriados, no les resta autenticidad ni eficacia. Para respaldar su posición, se apoya en pronunciamiento proferido por una Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y seis.

Ha de responder la Corte a este respecto, en primer lugar, que si bien lo dicho por el procesado podría contar con cierto respaldo jurídico, en el sentido de que la ejecutoria de las decisiones administrativas no depende de la imposición de un sello o una constancia que así lo indique, sino del cumplimiento de las exigencias de orden legal para que ello pueda ocurrir, como por ejemplo la notificación, o el transcurso del tiempo a partir de su expedición, o ambos fenómenos, según se trate de aquellos de carácter general, particular o presunto, este no ha sido el núcleo central de la acusación y del fallo para deducirle la realización del delito de prevaricato, como se ha visto.

Si bien el Tribunal patentizó inconsistencias en los referidos sellos de ejecutoria que presentaban las resoluciones expedidas por la Caja, esta constituyó apenas una de las irregularidades que debieron ser advertidas por el funcionario al momento de calificar la idoneidad del título base de la acción ejecutiva, pues aunque esa sola circunstancia no resultaba suficiente para declarar la falta de autenticidad del documento, sí podía serlo respecto de su exigibilidad por la posibilidad real de haber sido modificado posteriormente el acto administrativo en que se apoyaba la acción ejecutiva.

Pero es que, además, comienza así a advertirse la comodidad del planteamiento expuesto en orden a sustentar el recurso, pues en lugar de orientarse por aludir si aparece acreditado que las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión Social allegadas como fundamento de la ejecución en los procesos a su cargo, cumplían los presupuestos mínimos para ser admitidas como títulos ejecutivos, por reunir los requisitos establecidos en los artículos 100 del C. P. del T. y 488 del C. de P. C., y que en tal medida resultaba imperioso, como hizo, proferir mandamiento de pago, se viene a anteponer al fallo de condena una providencia judicial que ni es concomitante con la época en que los hechos imputados tuvieron lugar, ni corresponde a posición jurídica alguna expuesta en los pronunciamientos calificados como prevaricadores.

En dichos proveídos proferidos por el doctor Sánchez Rodríguez, brilla por su ausencia la fundamentación, a tal extremo, que en ninguno de ellos, se exponen las razones por las cuales considera el funcionario que las copias de las resoluciones allegadas con las demandas contienen obligaciones claras, expresas, y exigibles a cargo de la demandada, los montos y períodos por los que se ordena su pago, ni la tasa de interés que pudiera resultar aplicable.

Sucede también, que el pronunciamiento jurisprudencial al que acude el procesado, y que exhibe como piedra angular de su cuestionamiento al fallo, no se ocupa en darle la razón; todo lo contrario. Si bien en él se indica que el contenido de un documento no resulta alterado por el hecho de habérsele impuesto un sello que haga referencia a su autenticidad o ejecutoria, con ello no se desconoce que en tratándose de la calificación para su admisión a cobro por la vía ejecutiva, han de tenerse en cuenta otros presupuestos que puedan dar sustento al mandamiento de pago. De ahí la decisión tomada en la aludida jurisprudencia, en el sentido de revocar el auto que negó el mandamiento de pago por razones de la autenticidad de las resoluciones administrativas base de la acción, para que "el *a quo* proceda a estudiar si las mismas mantienen las exigencias necesarias para librar la orden de pago en la forma reclamada que, desde luego, se debe extender a las restantes resoluciones que no merecieron ningún análisis de su parte".

Otro tanto podría decirse cuando se aduce que según un pronunciamiento proferido en 1992 por el Tribunal de Bogotá, el solo hecho de presentarse personalmente el poder ante notario o autoridad judicial, acredita la supervivencia del pensionado. Esto deviene insuficiente cuando de enervar los términos de la acusación y el fallo se trata, ya que dicha postura nada dice

frente al reproche de no haber exigido el cumplimiento de los presupuestos señalados en la ley para librar mandamiento de pago, en el sentido de que los documentos base de la acción ejecutiva debían contener obligaciones claras, expresas y exigibles, lo que no se cumplió, pues, los allegados a las demandas ejecutivas contra la Caja de Previsión, no se referían a una cantidad líquida o liquidable de dinero, y en ellos no se especificaba el período cobrado, ni se acreditaba el cumplimiento de las condiciones impuestas, para que pudiera tomarse como exigible coactivamente.

De ahí que se diga que la posición asumida para cuestionar el fallo, es de gran comodidad. Se advierte en ella un unilateral fraccionamiento de los hechos básicos de la acusación y la posterior sentencia que ahora es materia de impugnación, pues en la misma vía en que se enfoca la sustentación del recurso, habría lugar a aducir que ninguno de los actos insularmente considerados se prestarían a ser tomados como configurativos de ilicitud, y, por tanto, que carecen de trascendencia penal, cuando lo cierto es que la conducta y sus resultados, frente al tipo, han de ser apreciados desde la óptica de su integral valoración jurídica y social.

Este fraccionamiento de la conducta objeto de investigación y juzgamiento, da lugar a que los recurrentes descompongan en sus mínimas expresiones los comportamientos delictivos imputados, para deducir a partir de éstas, que ninguna de ellas, aisladamente estimadas, ostentan carácter delictivo. Por este terreno de discusión la Corte no trasegará, pues en ello podría dar lugar a entender que son los actos, y no la conducta integralmente considerada, los que deben ser sometidos a valoración social y jurídica a efectos de establecer su reprochabilidad penal, impidiendo la evaluación de los resultados del comportamiento frente al tipo penal de que se trate.

De no proceder así, resultaría admitiendo que el solo hecho de firmar un documento no puede llegar a ser considerado delictivo, como tampoco lo sería entregar una suma de dinero, decretar o llevar a cabo una diligencia de embargo, o en otro sentido, recibir un poder y presentar una demanda. Actos como los que vienen de ser enunciados por vía ilustrativa, nada podrían indicar frente a los comportamientos que se ha convenido en catalogar como atentatorios de bienes jurídicos y por tanto susceptibles de sanción.

Esta postura, sin embargo, no impedirá que la Corte dé respuesta a las diversas inquietudes que han sido postuladas por fuera del contexto en que tuvieron lugar los hechos materia de investigación y juzgamiento, para destacar que ni aún optándose por esa particular manera fraccionada de concebir los fenómenos, las acusaciones y el fallo pierden solidez, salvo algunos puntos específicos sobre los cuales resulta imperioso introducir los correctivos correspondientes a la sentencia de primera instancia, como en su oportunidad se verá.

Ha sido aludido por los recurrentes que las copias de las resoluciones administrativas allegadas con las demandas, que sirvieron de base para la iniciación de los juicios ejecutivos por cuyo trámite y decisión se acusa al

doctor Sánchez Rodríguez, no requerían acreditar la supervivencia del beneficiario como contrariamente es sostenido en la acusación y el fallo.

Esto que parcialmente puede ser cierto, en la medida en que la jurisprudencia se ha orientado por entender que cuando el pensionado otorga válidamente un poder para que sus derechos sean reclamados judicial o administrativamente no necesita acreditar además su supervivencia, en cuanto ello resultaría redundante toda vez que la finalidad buscada también se logra con la sola presentación personal del beneficiario ante el respectivo Juez, en manera alguna conduce a dar por demostrada la ausencia de ilicitud en la conducta llevada a cabo por el Exjuez Sánchez, ya que nada logra decir frente a cómo este acto aparentemente revestido de legalidad pierde significado en la maniobra de defraudar a la demandada a través del inicio de procesos absolutamente ilegales, ni desvertebra el plan a estos efectos llevado a cabo, el cual se evidencia a partir de descubrir inconsistencias entre las fechas de presentación de los poderes, las de las demandas y las contenidas en cada una de las resoluciones allegadas con ésta.

Un argumento como el que se expone, tampoco conduce a acreditar que los aspectos exigidos por la ley para que los documentos allegados con las demandas ejecutivas pudieran ser considerados como ejecutables, se cumplieron íntegramente en cada uno de los procesos a cargo del exfuncionario. Evidencia, por el contrario, que su postulación corresponde precisamente a la estrategia ya advertida por trasladar la atención del juzgador, del núcleo central de la acusación, hacia puntos o temas marginales e intrascendentes, los cuales aún de asistirle razón a los impugnantes, no lograrían conmover los soportes de la sentencia de primera instancia.

Si se revisa con detenimiento la actuación llevada a cabo por el funcionario acusado en el trámite de los procesos laborales a su cargo, sin dificultad se advierte que las resoluciones allegadas como base de las acciones ejecutivas no podían dar lugar a que librara mandamiento de pago dado que los presupuestos de obedecer a obligaciones claras, expresas y exigibles, aparecían desvirtuados por corresponder los documentos allegados a actos de carácter complejo, en donde para pregonar su ejecutabilidad se hacía imperioso que la Caja de Previsión profiriera otras actuaciones administrativas en orden a la liquidación de la deuda, deducir los dineros ya pagados administratativa y judicialmente, y, de las sumas a ser reconocidas, efectuar los descuentos por concepto de los servicios médico asistenciales: Todo ello sin contar, con las restricciones impuestas en cada una de las citadas resoluciones, tanto desde el punto de vista de su autenticidad y exigibilidad, como desde la advertencia de haber sido cancelados parte de los recursos por vía judicial o administrativa, cuando ello había tenido lugar, nada de lo cual fue atendido por el funcionario procesado.

Además, de la acusación surge claro que por el solo hecho de soportarse las demandas ejecutivas en fotocopias de las resoluciones expedidas por la Caja de Previsión, distintas de las primeras de ellas expedidas a los beneficia-

rios, las que además contaban con el sello restrictivo en el sentido de no prestar mérito ejecutivo, impedía que el funcionario judicial les pudiera otorgar algún valor coactivo, y le obligaba negar el mandamiento de pago que de él se demandaba.

El aludido sello, precisamente fue impuesto por la entidad demandada para advertir sobre la posibilidad de que sobre tales documentos se efectuaran dobles cobros, dado que sobre los originales o las primeras copias se habían efectuado pagos administrativos o judiciales, o en relación con ellos se había dispuesto incluir a los beneficiarios en la nómina correspondiente.

Se aduce por el procesado que el Tribunal en su fallo se equivocó al imputarle no haber exigido la constancia del retiro del servicio oficial del pensionado reclamante como se demanda expresamente en las resoluciones proferidas por la Caja de Previsión. Y al respecto advierte que dicho trámite debía surtirse ante la entidad demandada. Además de no explicar el impugnante cuál es la disposición que respaldaría una tal afirmación, con esta postura no se logra acreditar que los documentos base de las acciones ejecutivas por las que se le procesa, escapan al sistema jurídico que nos rige, como para que el cuestionamiento pudiera tener alguna clase de fundamento. Así se observa que el argumento expuesto contraría el sistema imperante del cual surge claro que las obligaciones de contenido patrimonial pueden estar sometidas a plazo (art. 1551 del C. C.) o a condición (art. 1530 *ejusdem*) y que en tal medida mientras aquel o ésta no se cumplan, no son exigibles judicial ni administrativamente.

En ese sentido ha de ser observado que la imposición de las condiciones que para su exigibilidad aluden las resoluciones expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social, no obedece a capricho unilateral de la entidad deudora con el fin de evitar, eludir o dilatar el cumplimiento de sus obligaciones de carácter social, como ha sido sugerido a lo largo de la actuación, sino al acatamiento de los requisitos que para el disfrute de los derechos pensionales la propia legislación señala, por ser inherentes al objeto mismo que ésta regula, como la necesidad de acreditar el retiro del servicio, o la supervivencia, e incluso demostrar por el peticionario haber presentado previamente la reclamación administrativa ante la entidad, sin cuyo cumplimiento no podría pregonarse válidamente que el título base de la demanda ejecutiva, satisface el requisito de exigibilidad.

Recuérdese, de otra parte, que precisamente para otorgar la posibilidad de acreditar el cumplimiento de las condiciones establecidas para la exigibilidad de algunas obligaciones laborales, o nacidas en una relación de trabajo, el artículo 490 del C. de P. C. vigente por la época en que los hechos tuvieron lugar y aún ahora, y aplicable por virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C. P. T., "si la obligación estuviere sometida a condición suspensiva, a la demanda deberá acompañarse el documento público o privado auténtico, la confesión judicial del deudor rendida en el interrogatorio previsto en el artículo 294, la inspección judicial anticipada o la sentencia, que pruebe el

cumplimiento de dicha condición", norma esta que pareciera no ser aplicable cuando de escoger aquellas que no consulten particulares intereses, se trata.

Y aunque pueda resultar cierta la afirmación hecha por el doctor Sánchez Rodríguez en la sustentación del recurso, en el sentido de que si en un documento consta haber sido reconocido o autenticado por un funcionario judicial, no se requiere allegar la copia del acto mediante el cual se hizo tal reconocimiento, pues, de conformidad con el artículo 254-3 del C. de P. C. los jueces se encuentran facultados para efectuar dicho trámite, tampoco logra demeritar el carácter delictivo de la conducta a él imputada, toda vez que este aspecto apenas constituye uno de los pasos seguidos en el largo camino de tareas realizadas en orden a lograr defraudar patrimonialmente a la Caja de Previsión.

Si bien, como se alude en la impugnación, no ha sido demostrado en el proceso que las fotocopias de las resoluciones expedidas por la Caja Nacional de Previsión, las cuales fueron autenticadas por los Juzgados 7°, 13, 19 y 40 Civiles Municipales y posteriormente allegadas como base de acciones ejecutivas, hayan sido el resultado de llevar a cabo atentados contra la fe pública, en respuesta a este planteamiento vale decirse que tal forma particular de autenticación sí comportó otro de los medios de que se valió la organización criminal para acelerar el inicio, trámite y decisión ilegales de los procesos judiciales a cargo del Doctor Sánchez Rodríguez, dado que con dicha estrategia, para la Caja no resultaba posible verificar el número de fotocopias expedidas sobre un mismo documento, establecer si las obligaciones allí contenidas habían sido objeto de cumplimiento total o parcial, o determinar si su pago había sido efectuado por vía judicial o administrativa, todo lo cual le impediría ejercer su defensa en condiciones de equilibrio, como en efecto así sucedió y de ello da cuenta el proceso.

En cuanto hace al otro de los reproches que se formulan al fallo, al atribuir ilicitud por no haber esperado el funcionario que el mandamiento ejecutivo cobrara ejecutoria para pronunciarse respecto de las excepciones propuestas por la demandada, ha de responder la Corte que una tal actuación, aisladamente considerada, en principio es posible que no comportara ilicitud de parte del Doctor Sánchez Rodríguez, pues, como ya se dijo, el cuestionamiento a su conducta no se ubica en el análisis fraccionado de una serie de actos que así vistos pueden no llegar a tener significado penal, a menos que se los valore en su conjunto en orden a establecer su relación con la finalidad ilícita que con el comportamiento se persiguió obtener, que en este caso no solamente buscó sino que logró, dándole a las acciones ejecutivas un trámite controlado y orientado a defraudar patrimonialmente a la Caja Nacional de Previsión.

Es esto lo que revela el considerable número de procesos ejecutivos que en tan corto tiempo tramitó contra la misma demandada, todos ellos con las características idénticas de haber sido vertiginosamente adelantados cuando de admitir las demandas, decretar los embargos, aprobar las liquidaciones

de crédito presentadas, fijar las costas o entregar los dineros a los apoderados de los demandantes, se trataba.

Allí es donde se encuentra la explicación a la curiosidad expuesta por el escribiente del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, señor Carlos Arturo Baquero, quien refirió la manera como se manipuló el acto de reparto -que por su propia finalidad tiende a rodear de garantías a los sujetos procesales de que el funcionario encargado para adelantarlo no sea escogido de manera distinta al solo producto del azar-, pues la empresa criminal persiguió y logró que todos los negocios a su cargo no tuvieran otro juez distinto a aquel con quien su resultado había sido previamente convenido.

Las explicaciones brindadas por el Ex juez acusado han sido, fundamentalmente, las de haber actuado conforme a la ley y la jurisprudencia, solo que para la Sala las disposiciones invocadas como aplicadas, han sido aducidas por fuera del sistema en que se estructura el régimen procesal del trabajo, y la doctrina sentada por los Tribunales y las Cortes sobre la cual se aduce haberse basado, a más de no corresponder en el tiempo a la época en que se llevaron a cabo las ilicitudes y referirse solo a temas puntuales y aislados del contexto en que se desarrollaron los hechos materia de juzgamiento, no son sustento de la fundamentación de los proveídos manifiestamente contrarios a la ley por cuyo proferimiento se le acusa, todo lo cual conduce a descartar que las extemporáneas motivaciones de orden jurídico a que alude, puedan servirle de justificación para haber procedido como lo hizo.

En tal medida, se aduce que él, como juez laboral, no tenía obligación de practicar las pruebas pedidas por la demandada a fin de demostrar la ilegalidad de las órdenes de pago proferidas en su contra, porque la ley procesal del trabajo establece la carga de acompañar con la excepción la prueba de haber pagado la acreencia reclamada por ese medio, además, que de todas maneras en esta clase de trámites tenía vedado decretar pruebas de oficio.

Esta postura podría resultar válida en relación al trámite de un proceso legítimo, ajustado estrictamente a la ley, no en aquellos en los cuales tanto el funcionario como una de las partes se sirven del rito para su propio beneficio. Pero si de lo que se trata es de defender la posición según la cual el proceso ejecutivo laboral es dispositivo, y que en tales circunstancias el juez no es más que el dispensador de justicia de acuerdo a lo que aleguen y demuestren las partes, tal criterio contradice abiertamente la filosofía en que se inspira la justicia del trabajo, dado que, según la ley que la regula, ésta ha de buscar prevalentemente la verdad real sobre la formal, conforme lo establece el artículo 54 del C. P. del T.. La preceptiva contenida en esta disposición, aunada a los poderes que la ley otorga al funcionario de la justicia laboral para lograr alcanzar dicho objetivo, no la respetó el acusado, pues en lugar de cumplir sus mandatos, y hacer uso de los poderes de que se ocupa el artículo 49 *ejusdem* para prevenir fraudes e injusticias, hizo oídos sordos de ella, en cumplimiento precisamente del rol asignado por la organización criminal de que formó parte.

En este sentido indispensable resulta recordar la jurisprudencia sobre el tema contenida en un pronunciamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte, proferido el 31 de octubre de 1957, es decir antes de acaecer los hechos que fueron materia de averiguación, directriz de la actividad judicial, en el cual con toda nitidez surge la especial concepción de la justicia del trabajo y los poderes de que ha de hacer uso un funcionario de esa especialidad en establecimiento de la verdad real:

"Los jueces de ambas instancias tienen la obligación de producir decisiones en derecho con respeto para los intereses de los litigantes y atención oportuna de sus solicitudes legales; tienen los jueces laborales la obligación especial de buscar y establecer la verdad real haciendo uso de la plenitud de sus poderes, conforme a los principios que gobiernan el derecho procesal del trabajo."

Este principio también fue objeto de ponderación por la Sala cuando en pretérita ocasión, 20 de febrero de 1992, en esta misma actuación, señaló que "Con relación al funcionario, la anotada conclusión se hace irrebatible pues su deber no le restringía a la pasividad, ni a la simple y ciega aceptación de las pretensiones del actor que aportaba liquidaciones amañadas sobre el crédito demandado, sino que le era ineludible el estudio de los documentos para advertir si tenían o no el carácter de títulos ejecutivos, labor que notoriamente declinó frente a algunos de los documentos donde la entidad oficial advertía que no prestaban mérito de recaudo, poniendo con ello a riesgo la posibilidad de repetidos cobros; incumplimiento funcional reiterativo al aceptar una liquidación opuesta a la Ley 4ª de 1976, que permitió inflar el capital...".

Se dijo también, en criterio que a la hora de ahora cobra plena vigencia, que "las explicaciones que aporta el recurrente, fundadas en la ausencia de disposiciones expresamente aplicables al proceso ejecutivo laboral y a la opción del demandado de recurrir los autos que le desfavorecieran, no solamente se oponen a las disposiciones que acaban de citarse, sino de bulto al artículo 37 del Código de Procedimiento Civil que al señalar las obligaciones funcionales del juez, lejos de considerarle un impotente testigo ante las controversias de las partes, de modo ineludible le precisa que debe hacer efectiva la "igualdad", "prevenir, remediar y sancionar . . . los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal", y "Decidir aunque no haya ley aplicable o ésta sea oscura o incompleta, caso en el cual aplicará las leyes que regulen materias semejantes".

Y, sin desconocer el carácter que revisten los juicios por cuyo trámite se acusa al ex juez Sánchez Rodríguez, en el mismo pronunciamiento de que se viene hablando se recordó que "el proceso ejecutivo es de aquellos que tienen categoría de especial por no debatirse en ellos un derecho incierto, sino que persiguen que se obligue al deudor a pagar al acreedor una suma cierta de dinero. Ello no implica, sin embargo, que por tratarse de juicios de ésta índole, el juez esté relevado de aplicar las normas que lo regulan o de realizar las

acciones tendientes a que las pretensiones sean satisfechas en la justa medida de lo debido. Aceptar posición contraria, entrañaría admitir que el funcionario jurisdiccional no pasa en tales casos de ser un espectador que aprueba, dándoles visos de legalidad, las peticiones del actor por absurdas y contrarias a la ley que fueren" (Auto de mayo 2 de 1991. Rad. 5232).

Además, cuando la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse en sede de casación, destacó la repudiable posibilidad de "utilización del proceso para hacerle producir efectos en ámbitos distintos a los propios, desdibujándolo en una elaboración formal a la cual concurren los sujetos intervinientes" en consideración que no por estar referida a una actuación penal deja de ser criterio orientador en cualquier clase de proceso (cas. sep. 12/91. Rad. 3259).

Destacó en esa oportunidad:

"Resulta claro que a la noción de debido proceso o formas propias del juicio, como era denominado este principio en el artículo 26 de la Constitución Política de 1886, no puede serle ajena la de fin u objetivo. En torno a ella, no solo la teoría, sino también la praxis fundamentadora de la producción jurisprudencial, han definido el proceso como un conjunto de actos coordinados y sucesivos encaminados a un fin el cual, si bien es cierto no concita unanimidad en torno a aquello en qué ha de consistir, sí resulta esencial en la construcción del concepto, en extremo tal que hácese verdaderamente impensable el proceso sin él."

"Concebir la actividad judicial con prescindencia de un objetivo a obtener con su desarrollo, implica asumir que el proceso puede poseer cualquier organización o utilizársele para todo tipo de propósito en desmedro de su real función".

"Este fin del proceso, expuesto como general, el cual puede hacer referencia al momento de definir su iniciación, como el sentido que éste debe seguir, o a uno posterior, su conclusión, para verificar si la actuación cumplida y su punto de arribo se hacen coincidentes o no con lo perseguido desde su inicio, también es de la esencia de las diferentes fases o etapas que lo componen".

Y, por si acaso queda alguna duda sobre cuales fueron los parámetros que aplicó el funcionario acusado y cuales debió aplicar en ejercicio de sus funciones como Juez Laboral del Circuito, mírese cómo en la misma época en que los procesos cuestionados fueron tramitados por el doctor Sánchez Rodríguez, algún tratadista nacional ya advertía sobre la naturaleza inquisitiva del proceso ejecutivo laboral:

"Este principio consiste, en que una vez iniciada una acción laboral, el juez debe adelantarla hasta su completa solución, a diferencia de los procesos civiles, en que si las partes los abandonan, el juez no puede impulsarlos por su cuenta, sino a petición de la parte interesada. También por virtud de este principio, le es obligatorio al juez decretar todas las medidas encaminadas a obtener la verdad real de los hechos de la demanda, es decir, inquirir la verdad, o sea buscar la verdad de los hechos, por eso este principio se deno

mina inquisitivo" (El proceso ejecutivo Laboral. Rodríguez Moreno Rafael. Ediciones Librería del Profesional. Pg. 125. 1990. Bogotá. Colombia).

Así, resulta claro que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, manifiesta y voluntariamente, se apartó de cumplir los claros mandatos contenidos en las disposiciones procesales que le obligaban a proceder de manera distinta a como lo hizo, y ahora, cuando ha de explicar sus actos, aduce en beneficio suyo que participaba de la tesis que atribuía un alcance contrario a su claro sentido, aún su tenor literal, lo que indica la unilateralidad en el manejo que dio a los procesos, escogiendo aplicar aquellas disposiciones que solo beneficiaran los intereses de una de las partes, o interpretarlas para acomodarlas a sus particulares pretensiones, así con su conducta echara por tierra la majestad y dignidad que para la administración de justicia y la sociedad, entrañan, y diera lugar a que los recursos oficiales cuya administración o custodia había sido confiada por ministerio de la Constitución y las Leyes, fueran objeto de apropiación ilícita.

Esa concepción sesgada de los fenómenos también se advierte, cuando en la fundamentación del recurso se sigue de largo sobre aspectos considerados por el fallador trascendentales en el sentido de la decisión adoptada, como los relacionados con los sellos o constancias que aparecían en los documentos presentados como base de las acciones ejecutivas, y relacionados con el cobro ya hecho de las mismas pretensiones en otros despachos judiciales, o en el mismo que regentaba el doctor Sánchez Rodríguez por entonces; o cuando se elude tratar el tema relacionado con las irritualidades advertidas en los actos de liquidación del crédito, efectuados tanto por los demandantes como por la secretaría de su Despacho, en cuyas actuaciones nada se observa sobre los períodos cobrados y cuyo pago era decretado, o en relación con la tasa de interés que se aplicaba en cada caso, ni los fundamentos legales de ella.

Esta postura también resulta patentizada, con el silencio que se guarda sobre la imputación por haberse apartado de los parámetros establecidos por el artículo 498 del C. de P. C., según el cual "si la obligación versa sobre una cantidad líquida de dinero, se ordenará su pago en el término de cinco días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda, señalando su tasa y demás modalidades, así como el momento que deba tenerse en cuenta para aplicar la tasa de cambio en la conversión a moneda nacional, si fuere el caso".

Recuérdese, que uno de los puntos destacados en la acusación, versó sobre el hecho de haber encontrado la Fiscalía que sin exponer las razones jurídicas que sustentaban un tal proceder, al impartir aprobación a las liquidaciones de los créditos, aunque no lo dijo expresamente, se estableció que en unos casos el funcionario aceptó la aplicación del 6% de interés anual, a que se refiere el C. C., y en otros el 18% referido en el Código de Comercio.

En este punto de la discusión, es necesario que la Sala deje sentado de una vez, que la inaplicabilidad de tasa de interés alguna en la liquidación de

los créditos dentro de los procesos a cargo del doctor Sánchez Rodríguez, no deriva del hecho de no haber sido pactada entre los beneficiarios de la deuda y la Caja de Previsión, como erradamente ha sido entendido por el Tribunal, dado que no se trata de un acuerdo de voluntades, negocio o contrato entre demandante y demandada, sino del cumplimiento forzado de obligaciones nacidas en las relaciones laborales, en este caso entre los particulares y el Estado, y respecto de las cuales suficientes disposiciones se ocupan de regularlas, tales como el artículo 1617 del C. C., 141 de la Ley 100 de 1993, 884 del C. de C. y el 177 del Código Contencioso Administrativo, según la naturaleza de los asuntos de que se trate.

La Corte entiende, por el contrario, que la inaplicabilidad de cualquier tasa interés en los ejecutivos por cuya decisión y trámite se acusa al doctor Sánchez Rodríguez, resulta del hecho de no reunir las copias de las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión, allegadas por los actores como base de sus pretensiones ejecutivas, los presupuestos establecidos en la ley para que el funcionario pudiera librar mandamiento de pago, como ha sido visto, toda vez que al nacer viciada esa primera actuación, todas las subsiguientes, como es apenas obvio, también quedaron afectadas en su legalidad.

Y aún de considerarse el remoto evento de que el Juez equivocadamente supuso que estos requisitos estuvieran íntegramente cumplidos en las demandas ejecutivas, que no era el caso como ha sido visto, y que por razón del error en la valoración del mérito coactivo de los documentos aportados hubiera optado por librar mandamiento de pago, de todas maneras la ilegalidad de los pronunciamientos por los que es acusado, se mantendría, pues de conformidad con la disposición arriba mencionada, bajo tal hipótesis subsistía la obligación de precisar en dichos proveídos la tasa de interés aplicable para liquidar la deuda, como también la de exigir claridad y discriminación de los conceptos, periodos y valores a pagar por la entidad demandada, en el acto procesal de liquidación de los créditos, fuera que esta actividad de trámite la adscribiera la ley al secretario del Juzgado, o la misma competiera realizar al ejecutante, según la normatividad aplicable, nada de lo cual deliberadamente hizo.

Es más. Se aduce como jurídicamente irrelevante la ausencia de firma del Secretario en la liquidación del crédito, por considerarse en la impugnación que esta omisión no conduce a la invalidación del acto, en argumento que en verdad podría resultar beneficioso para los fines que se persigue con la interposición del recurso, si la irregularidad mencionada constituyera la única que se reprocha al funcionario, no cuando ella comporta apenas una de las tantas advertidas en el andamiaje montado a específicos propósitos de defraudar patrimonialmente la Caja Nacional de Previsión, pues es en este contexto en donde surge la trascendencia del acto, que por fuera de él se pretende demeritar.

Otro habría sido el sentido de la decisión que se impugna, si la liquidación del crédito adoleciera solamente de la falta de firma del encargado de su ela-

boración, cuya omisión no tuviera ninguna incidencia en la afectación de bienes jurídicamente tutelados. Pero, se insiste, la ausencia de firma de la liquidación no solamente puso en evidencia la ilegalidad del trámite llevado a cabo, sino que además sirvió de base para tratar de diluir la responsabilidad que por su contenido podría caberle al Titular del Juzgado o a su Secretario, al tiempo que se convirtió en el fundamento de la decisión de entregar al demandante los dineros oficiales embargados con ocasión de dicho proceso, y culminar con ello el criminal propósito de defraudar patrimonialmente a la Caja de Previsión a través de adelantar en su contra una gama de procesos revestidos de una aparente legalidad.

La impugnación al fallo también se alinea en cuestionar los reproches formulados al doctor Sánchez por no haber ordenado la diligencia de juramento cada vez que se solicitaban embargos, y dejar de notificar el auto que ordena llevarla a cabo. Sin embargo, como acontece con las censuras atrás expuestas, es de decirse que este motivo de inconformidad apenas configura tema tangencial en el cúmulo de irritualidades cometidas al tramitar los procesos a su cargo, las cuales solamente adquieren relevancia a la hora de valorarlas en conjunto, no de manera individual y aislada como se pretende en la fundamentación del recurso, con lo cual sin mayor esfuerzo sale a flote que una cosa era lo que le ordenaba la ley que se debía hacer, y otra totalmente distinta la que se hizo.

Y aunque, contrariamente a como ha sido entendido por el Tribunal, pueda ser cierto que en materia de embargos solicitados con posterioridad a la notificación del mandamiento ejecutivo, el juramento se entienda prestado con la sola presentación del escrito respectivo, conforme se establece del artículo 514 del C. de P. C., caso en el cual la diligencia de juramento resulta irrelevante, es de decirse que aún de aceptarse equivocada la concepción del tema por el juzgador, de una parte, y de otra admitirse el aserto del impugnante, los soportes del fallo no logran conmoverse, en la medida en que no se compromete la acusación fundamental por la que se irroga condena, pues la discusión correspondería a la legalidad o no de un acto posterior al auto mediante el cual se libra mandamiento ejecutivo, cuya manifiesta ilegalidad en su proferimiento ha sido ampliamente establecida en el proceso, pues los documentos en que tales decisiones fueron soportadas, allegados con las demandas ejecutivas, no cumplían al momento de su presentación, como tampoco ahora, los requisitos mínimos exigidos por la ley para poder ser admitidos al trámite coactivo como verdaderos títulos ejecutivos.

No empece que los impugnantes acepten haber decretado el mismo día algunos de los embargos en los procesos a cargo del doctor Sánchez Rodríguez, sin esperar la ejecutoria de esta decisión, librado los respectivos oficios en aras de su cumplimiento inmediato, la explicación que pretende darse consiste en aducir no estar prohibida una tal pauta de conducta, ni que proceder de esta manera comporte irregularidad alguna. Esto sin embargo, no logra aclarar si es que el motivo de inconformidad al sentido del fallo estriba en que el aludido procedimiento constituye una excepción a las previsiones del arti-

culo 331 del C. de P. C., según el cual "Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas cuando carecen de recursos o cuando han vencido los términos sin interponer los que fueren procedentes. No obstante, en caso de aclaración o complementación, la ejecutoria solo se causa una vez en firme la providencia que la haga", o si por el contrario, existe alguna disposición distinta que ordene al juez proceder de la manera como lo hizo.

Si bien es cierto el artículo 542 del C. de P. C. autoriza la acumulación de embargos, y señala procedimiento para ello, en la impugnación se pierde de vista que la acusación se apoya, no en el cumplimiento o incumplimiento de dicha disposición, sino por haber decretado el funcionario, el embargo de dineros de propiedad de la Caja Nacional de Previsión, correspondientes a remanentes en procesos ya terminados, y sin que se aprestara a entregarlos no obstante haber sido esto expresamente ordenado ante la oportuna solicitud de devolución presentada por la demandada.

Ello fue lo que sucedió en los procesos 30511, 30105, 30522, 30981 y 30784 siendo más patente la conducta asumida en este último, donde la entidad demandada presentó un poder y una solicitud de desembargo de los dineros que aún permanecían afectados con la medida cautelar, no empece lo cual el Juez acusado solamente se pronunció sobre el poder, guardando silencio sobre el aspecto de mayor importancia en la reclamación, con lo cual dio lugar a que estos recursos económicos resultaran nuevamente afectados, esta vez con ocasión de otra medida cautelar decretada en proceso distinto.

El doctor Sánchez aduce que en los procesos a su cargo lo que hubo fue acumulación de demandas ejecutivas, no de procesos, y que este procedimiento es permitido por la Ley, especialmente por el artículo 540 del C. de P. C., No obstante esta aclaración, que sin duda daría apariencia de legalidad a la actuación llevada a cabo, no logra explicar el hecho de haber admitido al trámite judicial, como títulos ejecutivos, documentos carentes de los presupuestos mínimos para ser tenidos como tales, ni justifica que con base en ellos se haya condenado irregularmente a la demandada en una serie de procesos en los cuales la ilegalidad del trámite es su rasgo más sobresaliente, siendo este el tema central de la acusación y el fallo, y respecto del cual la impugnación apenas menciona.

Al funcionario también se le reprocha haber impartido, en auto de sustanciación, aprobación a la liquidación de los créditos, y ordenado la entrega de dineros al ejecutante de modo inmediato, lo que en criterio del impugnante, corresponde a un trámite perfectamente legal. Esta posición no se aviene al contenido del artículo 522 del C. de P. C. en su versión original, según el cual "en firme la liquidación del crédito y las costas se ordenará su entrega al acreedor hasta la concurrencia del valor liquidado", o aún a la modificación posteriormente introducida por el legislador, pues allí se precisa que "una vez ejecutoriado el auto que apruebe cada liquidación del crédito o las costas, se ordenará de oficio o a solicitud de parte su entrega al acreedor

hasta la concurrencia del valor liquidado", de cuyas disposiciones se colige, contrario al criterio expuesto por el impugnante, que el auto aprobatorio de la liquidación si requiere de notificación y que se encuentre en firme para, con base en la ejecutoria de dicha orden, proceder a decretar la entrega de dineros al ejecutante.

Por lo anterior, no resulta afortunada la afirmación en que el discurso se funda, según la cual "si el crédito es aprobado y si existen dineros embargados, lo único que queda es la entrega de dineros para que el proceso ejecutivo culmine, pues en este estado cualquier controversia entre los litigantes, ya no tiene razón de ser o no puede existir", dado que con ella a posteriori se pretende tratar de explicar, sin lograrlo, la ilegal decisión de excluir a la demandada de controvertir el auto aprobatorio de la liquidación del crédito y las costas.

Esta manera de proceder, finalísticamente dirigida a contrariar la ley y lograr la defraudación patrimonial de la Caja Nacional de Previsión a través de seguir adelante procesos judiciales en contra de ella, también ha sido uno de los mecanismos para decretar la entrega de dineros en cuantías superiores a las que corresponderían en cada proceso a la liquidación del crédito de haber sido desde sus inicios un trámite legal, y de esto da cuenta el proceso, cuando uno de los abogados demandantes, se apresló a devolver "el mayor valor recibido" en la suma de $ 10.163.032.50, como así ocurrió en el ejecutivo de radicado 30376.

Agrega el recurrente, como otro de los reproches al fallo, que se le imputa responsabilidad penal por haber proferido en una misma fecha varios autos en un solo proceso, lo cual en su criterio es perfectamente posible. Al respecto, aclara la Corte que si bien una tal actitud procesal puede ser muestra elocuente de eficiencia en el ejercicio de la judicatura, en este caso ello no es lo que la actuación revela, dado que la referida celeridad solo resulta explicable si se toma en cuenta el monto de la defraudación patrimonial a la Caja, el cúmulo de irregularidades advertidas en el trámite de los ejecutivos a su cargo, y la intención manifiesta por favorecer solo a la parte demandante, todo ello reflejo de una situación completamente distinta de aquella que se quiere presentar como ajustada a los parámetros establecidos por la ley.

Mírese, en ese sentido, cómo una tal eficiencia no puede ser explicada de otra manera, cuando incluso antes de haber ingresado el asunto al Despacho proveniente del reparto, injustificadamente ya aparece tomada una decisión, tal y como ocurrió con el proceso 31270 repartido al Juzgado 4º Laboral del Circuito el 18 de abril de 1990, y dos días antes, es decir el 16, el Juez ya ha reconocido personería al abogado doctor Carlos Ignacio Farfán Arévalo, y al día siguiente, el 17, le toma el juramento al demandante, todo esto, ocurrido supuestamente antes de que el funcionario aún tuviera conocimiento de haberle sido asignado por sorteo el negocio.

En verdad que cualquier consideración sobre la acuciosidad del funcionario en las aludidas condiciones, se cae por su propio peso.

Tema especial resulta el relacionado con la inembargabilidad de los dineros incorporados en el Presupuesto Nacional, por virtud de lo dispuesto en la Ley 38 de 1990. Según el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, los dineros que se incorporaron al patrimonio de la Caja dejaron de pertenecer al presupuesto y en tal medida su embargo resultaba viable, conforme fue decretado.

No empece este asunto no haber sido tratado por el organismo encargado de la acusación, pues, se entiende, correspondía a punto intrascendente derivado de la imposibilidad jurídica de librar mandamiento de pago por la precariedad de los documentos allegados con la demanda, es de decirse que de conformidad con el artículo 513 del C. de P. C., modificado por el D. E. 2282 de 1989, art. 1°. Num. 272, "las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la nación son inembargables", reiterando así la prohibición establecida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación por entonces vigente.

La existencia de estas disposiciones indica que no se trataba de una preceptiva aislada del resto del ordenamiento jurídico existente por la época en que los hechos tuvieron ocurrencia, sino de una perentoria pauta de conducta a ser íntegramente acatada por los funcionarios. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida el tres de octubre de 1991, al fallar la acción de inexequibilidad propuesta contra algunos segmentos del artículo 74 de la Ley 46 de 1990. Se dijo entonces:

"Lo anterior quiere decir que de todas maneras continúa vigente y en plena aplicación tanto el artículo 74 de la Ley 46 de 1990 en la parte no declarada inexequible como el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 -declarado ajustado a la Carta por sentencia No. 44 de 22 de mayo de 1990- en cuanto consagran la inembargabilidad de 'las rentas' y 'recursos' incorporados al Presupuesto Nacional, entendiéndose estos dos términos en su sentido de la Hacienda Pública a la cual pertenecen y que está dado en la misma Ley 38. Y comprendiéndose obviamente dentro del concepto 'rentas' y 'recursos' los bienes en que unas y otros se materializan en cada caso. Las entidades oficiales correspondientes certificarán en su momento sobre si se trata de casos de 'rentas' o de 'recursos' del Presupuesto Nacional cuando se quiera hacer efectiva la inembargabilidad".

Significa esto, que no obstante la vigencia de la prohibición contenido en la disposición, ratificada incluso por el Juez de Control Constitucional de entonces, no solamente fue desconocida de modo reiterado por el Juez acusado, al decretar el embargo y secuestro de bienes que como se anotó no podían ser objeto de esa medida, sino que acudió a dicho mecanismo para lograr que se configurara la mayor defraudación patrimonial a la Caja Nacional de Previsión.

Cosa distinta con esto es que en la actualidad por virtud de las nuevas regulaciones normativas, o incluso con ocasión de posteriores pronunciamientos de constitucionalidad de los referidos preceptos (art. 513 del C. de P. C. y ley 38 de 1989) rijan normatividades distintas que hoy en día eventualmente autoricen la medida preventiva cuando de obligaciones nacidas en una relación de trabajo se trata, pero esto no significa que a la fecha del pronunciamento de primer grado hubieren dejado de tener connotación jurídica los delitos de prevaricato y peculado,

de una parte, porque como se vio, la inexistencia de verdaderos títulos ejecutivos impedía, como igual acontece hoy en día, dictar mandamiento ejecutivo, de contera decretar el embargo de bienes y su posterior entrega a los demandantes. y de otra, la conducta delictiva de que se viene hablando, no ha sido modificada favorablemente, ni desde el punto de vista de los supuestos de hecho definidos como ilicitud, ni en cuanto toca con la punibilidad del comportamiento.

Cuando el impugnante aduce que de conformidad con unos pronunciamientos de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, las resoluciones expedidas por la Caja Nacional de Previsión sí prestan mérito ejecutivo, no hace otra cosa que traer a colación un argumento que nada logra decir frente a aquellos documentos que, allegados con las demandas, sirvieron de base para proferir ilegales mandamientos de pago, decretar indebidamente el embargo de bienes de la Caja Nacional de Previsión y también de modo ilegal ordenar su entrega a los demandantes. Menos si es tomado en cuenta que en el caso de los asuntos a su cargo, las fotocopias de las resoluciones allegadas no indican corresponder a sumas líquidas o liquidables de dinero, tienen impreso el sello de no prestar mérito ejecutivo, y en muchas de ellas, se hizo expresa advertencia de haber sido pagadas administrativamente o por vía coactiva, todo lo cual impedía admitirlas al trámite de ejecución forzada.

Y cuando se cuestiona el contenido del fallo, en cuanto tiene que ver con la imputación por prevaricato por omisión aduciendo que los bienes del deudor son prenda general de sus obligaciones, este argumento nada indica sobre cuál es la prueba que acredita no haber realizado el tipo por haber materializado la entrega de los dineros a la demandada, cuyo desembargo dispuso, como para que el reproche tuviera algún fundamento. Menos logra conmover el soporte del fallo en donde se destacó que todos los mandamientos de pago proferidos contra la entidad demandada y el embargo de dineros incluidos en el presupuesto, carecían de algún asidero jurídico.

No obstante esto, debe decir la Corte que dada precisamente la estrategia diseñada para apoderarse de dineros de la Caja Nacional de Previsión a través del adelantamiento de procesos judiciales con apariencia de legalidad, la imputación por el delito de prevaricato por omisión aparece integrada con aquella conducta.

En ese sentido ha de afirmarse que si los documentos presentados con las demandas hubieren reunido los requisitos establecidos en la ley para podérseles considerar verdaderos títulos ejecutivos, si las demandas hubieren cumplido los presupuestos de admisibilidad, si los actos procesales de liquidación de los créditos se hubieren ajustado a las preceptivas establecidas al efecto o se hubiere respetado la prohibición de embargar bienes respecto de los cuales no operaba por entonces la medida cautelar; es decir, si los procesos hubieren sido adelantados conforme al trámite previsto en la ley de rito laboral, podría entenderse configurado el delito de prevaricato por omisión que se imputa haber realizado el funcionario al no proceder a entregar a la demandada los dineros pertenecientes a procesos ya fenecidos, conforme había sido dispuesto en decisión judicial.

Aquí se tiene, que es precisamente en cumplimiento de la tarea asignada por la empresa criminal organizada a propósito de defraudar patrimonialmente a la Caja, lo que determina en el funcionario librar mandamiento de pago, decretar el embargo de dineros de la demandada y su posterior pago al demandante, ordenar el desembargo del remanente y optar por no cumplir la propia orden de entregarle a la Caja los recursos desembargados, sino acceder a una petición de embargo absolutamente improcedente. Lo mismo acontece con la omisión de verificar el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad de las demandas ejecutivas, o con la negativa de recaudar las pruebas pedidas por la demandada, o, en otro sentido, exigir y verificar que las liquidaciones de los créditos se realizaran conforme a la ley, pues nada de esto se esperaba que fuera cumplido frente al plan trazado de manera conjunta con los abogados demandantes de apoderarse por medio de los procesos revestidos de legalidad aparente, de los recursos oficiales.

Por lo dicho en este punto de la argumentación, ha de reconocer la Corte que asiste razón al defensor del doctor Sánchez Rodríguez, cuando postula en su favor la absolución por este cargo, pues ciertamente la conducta que se le imputa como omitida no podía ser cumplida en un proceso que desde su inicio no era más que una farsa dispuesta para defraudar patrimonialmente a la Caja Nacional de Previsión, dejando de tener autonomía jurídica para convertirse en uno de los muchos actos integrantes de la acción finalísticamente orientada al propósito criminal establecido de antemano.

En razón de lo dicho, la Sala absolverá al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez de los cargos imputados por el concurso de delitos de prevaricato por omisión e introducirá los correctivos pertinentes en la parte resolutiva del fallo.

En favor del doctor Sánchez se pregona que el delito de concierto para delinquir no logró configuración aduciéndose la imposibilidad de manipular el acto de reparto de procesos, dado que esta labor oficial se cumplía semanalmente en uno de los dieciséis Juzgados Laborales del Circuito, y se hacía en presencia del Juez de turno, los empleados del Despacho y un representante del Ministerio público.

Si bien la obligada presencia de estos funcionarios en el acto de reparto de los negocios que lleguen a los Juzgados de cada especialidad, y la asignación de dicha labor a un despacho distinto cada semana, constituyen mecanismos de control en orden a garantizar la transparencia, imparcialidad y equilibrio en la asignación de procesos a cargo de cada uno de los Juzgados, esto de manera alguna es suficiente para afirmar que el resultado no puede verse alterado, y que por lo mismo, es imposible por esa vía llegar a transgredir la ley, como parece ser sugerido.

Muestra elocuente de lo afirmado, la constituye la forma como en la asignación de procesos al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, se vio manipulada mediante la presentación de tantas demandas como número de juzgados existiera a efectos de que una vez asignada una de ellas al Despacho del Doctor Sánchez,

se procediera por los abogados al retiro de las demás repartidas a otros Juzgados. Es decir, mediante la utilización de un mecanismo legal, previsto en el artículo 88 del C. de P. C., se logró desvirtuar la imparcialidad que pretende garantizar el trámite de reparto de procesos.

Indica esto, que incluso desde el acto mismo de presentación de las demandas ejecutivas ante el funcionario encargado del reparto de los negocios, estaba en pleno funcionamiento la empresa criminal montada por los abogados demandantes con el doctor Sánchez Rodriguez, a fin de obtener multimillonaria e ilícita apropiación de dineros de la Caja Nacional de Previsión mediante el inicio de múltiples procesos ejecutivos con apariencia de legalidad; la necesaria, decidida y activa participación e intervención de un funcionario judicial, los ilegales embargos de dineros oficiales y, en algunos casos, el contubernio de los abogados que representaban los intereses de la entidad demandada, todo lo cual acredita en suficiencia el acuerdo previo, el ánimo de permanencia en el tiempo, la distribución de funciones predefinidas y el propósito de cometer múltiples delitos, en este caso prevaricatos y peculados, utilizando en ello la función judicial.

El ánimo de permanencia en el tiempo de la empresa criminal de la que hizo parte el doctor Sánchez, lo evidencia el hecho de presentar cuantas copias de resoluciones de la Caja Nacional de Previsión, poderes, pretensiones y demandas judiciales pudieran recaudar sus integrantes, y lograr ubicar en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito un significativo número de demandas ejecutivas, la sucesión de las mismas, así como cuantas liquidaciones fraudulentas, embargos ilícitos y dineros recaudados pudieran obtenerse en cada uno de los procesos ilícitamente iniciados, hasta cumplir el programa delictivo, como efectivamente así sucedió en este caso, siendo ellas precisamente las razones para mantener la condena por este cargo.

Esto permite diferenciar la aludida conducta del concurso de personas en el delito, pues mientras en éste el acuerdo es meramente accidental según el tipo o tipos penales que los coautores se hayan propuesto realizar, de modo particular y concreto, el concierto para delinquir se caracteriza por una conjunción de voluntades dirigida a realizar pluralidad de delitos acorde con una multiplicidad de planes y con propósito de continuidad en el tiempo.

Las enunciadas características se reúnen en el caso del ex Juez Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, y no se desdibujan por el solo hecho de que aún no se hayan irrogado otras sentencias de condena por dicha conducta como se alude por el recurrente, pues está acreditado en este caso, de una parte, que los hechos fueron llevados a cabo por una organización criminal conformada con ánimo de permanencia, por sujetos cada uno de los cuales tenía el compromiso de cumplir un rol predefinido acorde a la voluntad común, con precisas tareas asignadas para ejecutar acciones coordinadas y estratégicamente preparadas, y sin que quepa ninguna duda sobre la multiplicidad de los delitos cometidos.

No de otra manera puede ser entendido lo acreditado en el proceso, pues mientras unos actores de la ilicitud se daban a la tarea de recaudar poderes,

otros obtenían las fotocopias de las resoluciones para cobrar por la vía ejecutiva, otros elaboraban las liquidaciones de la deuda, otros las presentaban, y otro, en el caso del funcionario, colocaba su investidura y autoridad emanada de la Constitución y la ley al servicio del plan criminal, dictaba las providencias y órdenes admitiendo las demandas, ilegalmente decretaba los embargos, aprobaba las ilícitas liquidaciones de los créditos, y para materializar el reprochable y punible propósito de apropiación de los recursos de la demandada, ordenaba la entrega de los dineros a los ejecutantes, y a pesar de decretar el desembargo de los remanentes, nuevamente disponía su embargo por cuenta de un proceso distinto pero del mismo modo iniciado con igual finalidad criminal.

En relación con el delito de falsedad ideológica que se le imputa realizado, es de decirse que el procesado no niega que las constancias oficiales por él expedidas no coincidieran con la verdad, establecida desde la perspectiva de la aparente legalidad de los procesos, al punto de aceptar que en ellas figuran diferencias entre las sumas embargadas y aquellas realmente entregadas a los demandantes.

Su censura se orienta hacia la connotación jurídica de dicha conducta aduciendo que la suma de todos los dineros entregados por el Juzgado al apoderado de los ejecutantes, en ningún momento superó el monto del crédito que se liquidó, con lo cual la falsedad que se le imputa resultaría inocua, dada su correspondencia con errores en una de las cuatro operaciones aritméticas, y justificable por el volumen de trabajo en los Juzgados Laborales del Circuito.

Contrariando dicho argumento, y con apego en la realidad que el proceso ofrece, respecto del delito de falsedad documentaria, precisó el ente acusador:

"Se patentiza igualmente un caso de falsedad ideológica en documento público dentro del proceso ejecutivo 31270, al aparecer allí constancia de que el 29 de octubre de 1990 se entregaron 3 títulos de depósito judicial por los valores de $ 1.017.749,56; $759.389,62 y $ 792.864,65 que en total suman $ 2.570.003,83, consignándose que quedaba un saldo de $ 362.012.181,90. Luego el 22 de noviembre de 1990 se otorgan 9 títulos que en total equivalen a $ 6.3344.821,33, expresándose que queda un saldo a favor del ejecutante de $ 355.677.360,57. Finalmente el 14 de diciembre de 1990 se entregan 3 títulos por $ 56.034.632,10,; $240.367,62 y $ $ 2.095,74 para un total de $ 56.301.095,46 aseverando el juez que queda pendiente por cubrir un saldo de $ 308.281.090,30, cuando en realidad hechas las sumas y restas del caso, lo que faltaría por cubrirse sería $ 299.376.265,11. Significa lo anterior que el procesado consignó una falsedad en su último pronunciamiento del 14 de diciembre de 1990".

"Otra manifestación falsa vuelve a hacerse el 30 de enero de 1991, en que se entregan 3 títulos por $1.183.985.75 y se dice que el saldo es de $ 295.097.104,60 cuando en verdad era de $ 286.192.279.36. Luego el 14 de febrero de 1991 el procesado entrega un título por $ $ 5.554.550.17, lo que significaba que el saldo era de $ 280.637.729.19, aunque en constancia de fecha marzo 13 de 1991 éste consigne que se encuentra pendiente un saldo

de $ 295.097.104.60. Así mismo, el 15 de marzo de 1991 el implicado entrega 1 título por $ 2.759.662,58, afirmando en ese momento que falta por pagar $ 8292.337.442,10. cuando en realidad la cifra correcta era $277.878.066,61, aumentándose la diferencia entonces a $ 14.459.375,41. Ahora bien, dentro del mismo proceso, en diligencia del 28 de mayo de 1991, después de entregar 3 títulos por valor de $ 4.446.750,05, hace constar que queda pendiente por cubrir la suma de $ 271.381.576,40, sucediéndole en la foliatura la última diligencia de entrega del 2 de julio del mismo año por valor de $ 245.241.200,oo que indica que quedaría por cancelar la suma de $ 26.140.376,40. Pese a esto inexplicablemente la siguiente actuación de Alvaro Sánchez Rodríguez que es del 3 de julio siguiente (un día después) declara cancelado el crédito en tal proceso. Lo anterior significa que no corresponde a la verdad lo que el ex funcionario hizo constar a lo largo de toda su actuación en este proceso, por cuanto realizadas las operaciones de modo total, aparece un desfase entre lo supuestamente debido y lo finalmente pagado de $ 11.681.001,37" (Se destaca).

No habiendo, entonces, discusión sobre los hechos de la acusación y declarados en el fallo materia de impugnación, así a último momento se aduzca que el "error" matemático no comportó diferencia patrimonial, seguidamente se establecerá si la conducta imputada corresponde a la definición típica que de la falsedad ideológica en documento público hace el artículo 219 del Código Penal; o, si ella carece de relevancia social y jurídica dada su inocuidad, como lo plantea el impugnante, bien sea que este último aspecto se tenga como determinante de atipicidad, o con repercusión en cualquier otro momento o elemento del injusto.

En este estadio de la argumentación, pertinente advierte recordar la Sala lo que ha venido diciendo en torno al tema:

"La descripción comportamental recogida en el tipo de falsedad ideológica en documento público, alcanza realización, ha sido dicho, cuando el empleado oficial, en ejercicio de sus funciones, extiende documento que pueda servir de prueba y consigna en él una falsedad o calla total o parcialmente la verdad, independientemente de los cometidos ulteriores que hubiese perseguido con su conducta, pues lo que la norma protege es la credibilidad en el contenido de tales documentos dada por el conglomerado, en cuanto se ha convenido otorgarles valor probatorio de las relaciones jurídico-sociales que allí se plasman".

"Pero esta verdad, y la realidad histórica que ha de contener el documento oficial, debe ser íntegra, en razón a la aptitud probatoria que el medio adquiere y con la cual ingresa al tráfico jurídico. En virtud de ello, el servidor oficial en la función documentadora que le es propia, no solo tiene el deber de ceñirse estrictamente a la verdad sobre la existencia histórica de un fenómeno o suceso, sino que al referirla en los documentos que expida, deberá incluir las especiales modalidades o circunstancias en que haya tenido lugar, en cuanto sean generadoras de efectos relevantes en el contexto de las relaciones jurídicas y sociales" (Sentencia Cas. Mayo 19 de 1999. M.P. Dr. Arboleda Ripoll).

Y en cuanto a la ausencia de lesividad de la conducta falsaria, se dijo entonces que "de antiguo la jurisprudencia viene señalando que los tipos penales que recogen la conducta en referencia, son de peligro, no de lesión concreta a las relaciones jurídicas:

"Significa esto que aun cuando no se establezca que se ha perjudicado a una determinada persona, el delito de falsedad documental existe si se puede aceptar razonadamente que el documento falso tiene aptitud para perturbar una relación jurídica, bien sea contribuyendo a negar un derecho a quien lo tiene o atribuírselo a quien no lo tiene ya en el campo de las relaciones entre particulares o bien en el de éstos con el Estado" (Cas. de agosto 27/76. M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto), en posición que a la hora de ahora mantiene plena vigencia, dado que, si bien se refiere a un estatuto punitivo hoy derogado, la estructura del tipo y del bien jurídico que por medio de él se protege, se conservan".

"Y, por vía de ejemplo, ya específicamente sobre la falsificación de documentos públicos, se precisó:

"En el delito de falsedad en documento público, basta, respecto del perjuicio, que éste tenga la aptitud para generarlo, o lo que es lo mismo, que el documento sea potencialmente dañoso. Esa idoneidad para causar daño no puede deducirse únicamente de la efectiva realización de éste, aunque no puede negarse que ello constituye su mejor comprobación, sino de la intrínseca aptitud para ocasionarlo, la cual se puede apreciar desde el momento mismo en que el documento es creado" (Auto Segunda Inst. Abril 29/80. M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria.)".

En este caso, las constancias expedidas por el funcionario no solamente contemplaron contenidos carentes de verdad, en cuanto certificaron valores distintos y mayores a los adeudados por la demandada, sino que además, el Juez se sirvió de este mecanismo para cumplir el cometido trazado de apoderarse a toda costa de los dineros embargados de la entidad demandada, de lo cual se establece que la conducta imputada no solamente corresponde al delito de falsedad ideológica en documento público, sino que fue uno de los medios fraudulentos para realizar otros igual típicamente antijurídicos.

Y no se diga que la falsedad obedeció a un simple error en las operaciones aritméticas básicas, pues de haber sido ello así, fácilmente habría sido detectado por alguna de las partes procesales para el evento de que la actuación fuera legítima y ajustada a la legalidad, máxime si se trataba de cubrir una deuda que en condiciones de normalidad habría estado perfectamente determinada en su monto, no como cuando en este caso toda la actividad procesal correspondía a la finalidad trazada de apropiarse ilícitamente de los recursos oficiales, así para ello fuera necesario realizar otras hipótesis comportamentales igualmente reprochables y punibles.

Se mantendrá, entonces, la condena por este delito.

2.2. Proceso 3826D contra Omar Cabrera Polanco y Mercedes Cabrera Polanco.

El doctor Omar Cabrera Polanco soporta la impugnación en aducir que no sustituyó todos los poderes de los procesos radicados con los números 30981, 30105, 30522 y 30511 y que en tal medida debe la Corte hacer un estudio porque hay otros abogados que respondían independientemente a sus *clientes*.

Al respecto ha de decirse que el recurso de apelación tiene por finalidad la revisión de la legalidad de la decisión de primer grado en los aspectos materia de inconformidad, no perseguir una revaloración integral de los medios de prueba, pues su objetivo ha de ser definido y determinado por el impugnante.

Además, en caso de que hubieren sido más abogados quienes recibieron poderes y los sustituyeron en el doctor Marco Antonio Manzano, la responsabilidad que pudiera corresponderle por dicha conducta es absolutamente individual, conforme es el principio en nuestro sistema penal.

Lo cierto del caso es que, identificados en dichos procesos los delitos cometidos por el funcionario doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, es de decirse que tras esas demandas presentadas por Marco Antonio Manzano Vásquez siempre estuvo Omar Cabrera Polanco, quien en virtud de contratos de prestación de servicios profesionales con más de cien pensionados, recibió los poderes que posteriormente sustituyó en Manzano Vásquez, y dispuso que en su oficina se efectuaran las liquidaciones de los créditos y fuera recibido el dinero una vez cobrado ejecutivamente, de todo lo cual existe suficiente acopio probatorio.

Ahora, que todos los poderes no hubieren sido otorgados a su nombre, en nada altera la ilicitud realizada y por la cual se le irroga condena, pues al haber sido presentadas las copias de las resoluciones de la Caja de Previsión dentro de un solo "paquete" para cada una de las adiciones hechas a los procesos, necesariamente todas las pretensiones estaban llamadas a correr la misma suerte de la demanda principal, que en este caso no tenían la más remota posibilidad de rechazo por el funcionario titular del juzgado, dado el acuerdo de decretar el mandamiento de pago contrariando la prohibición jurídica de hacerlo.

En relación con el otro de los cuestionamientos que postula al fallo, debe recordarse que en la acusación proferida en contra de este procesado se precisó que: "Así cursaron los siguientes expedientes en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, cuyas fotocopias están agregadas a esta instrucción: Expediente 30105 donde el sindicado Cabrera Polanco recibió once poderes y los suscribió, puesto que aparece en varios más pero no los firma, y luego los sustituyó en el abogado Manzano Vásquez. A la demanda inicial de Gabriel Guzmán Sánchez se le adicionaron 53 poderes, para un capital de Sesenta y Ocho Millones Trescientos Sesenta Mil Ochocientos Veintitrés pesos ($68.370.823.00), más los intereses. En el proceso 30511 el mismo implicado aparece con 39 poderes, de los cuales firmó 21, para luego sustituirlos al

profesional Manzano Vásquez. La demandante es Ana Morales de Vargas, luego se le adicionaron 40 pretensiones. para un capital de Noventa y Cinco Millones Seiscientos Un Mil Trescientos Seis Pesos con Setenta Centavos ($ 95.601.306.70), más los intereses corrientes. En el ejecutivo de JESUS GARCIA. el número 30522, se le adicionaron 36 poderes más, de los cuales Omar Cabrera figura en 33 y acepta 31 de ellos con su firma, para una pretensión de Noventa y Seis Millones Trescientos Dos Mil Ochocientos Sesenta y Nueve Pesos con Treinta y Ocho Centavos ($ 96.302.869,38), más los intereses corrientes. Y en el expediente 30891, donde el demandante es ABEL REYES, aparecen acumulados 36 poderes de los cuales 30 son firmados por el aquí investigado y sustituidos al profesional del derecho ya mencionado en forma reiterada. El monto de la pretensión es de Noventa Millones Novecientos Treinta y Cuatro Mil Setecientos Veinte Pesos con Noventa y Un centavos ($ 90.934.720.91), más los intereses corrientes".

Esto para desvirtuar la afirmación del recurrente, cuando sostiene que no se le advirtió sobre el monto del peculado en que incurrió a título de determinador. Y como si esto no fuera suficiente para responder la inquietud que propone con el recurso, en el fallo impugnado se especificó que la suma de los embargos ilegalmente decretados, ascendió a $ 941.380.434.24, dentro de los procesos 30105, 30511, 30522 y 30981.

La impugnación también se apoya en sostener que parte de los dineros ilícitamente obtenidos, fueron entregados por Cabrera Polanco a sus poderdantes (en proporciones ínfimas diría la Corte), en cumplimiento del contrato de honorarios profesionales suscrito con ellos. Aun de ser esto cierto, en manera alguna demerita los delitos cometidos por el funcionario Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, cuya realización determinó el abogado Cabrera, pues no debe perderse de vista que la acusación no ha sido formulada por haber obtenido provecho patrimonial ilícito en detrimento de sus clientes, como correspondería a la imputación por algún delito de estafa, sino por los delitos de prevaricato y peculado, cuyos contenidos de tipicidad son manifiestamente distintos de aquél.

En el curso del proceso el doctor Cabrera adujo que los poderes los sustituyó por tener que adelantar labores de proselitismo político en algunas poblaciones del Departamento del Huila, pero esto no lo exonera de su responsabilidad penal habida cuenta que se mantuvo pendiente del resultado de los negocios iniciados a instancia suya, al punto de haber solicitado la diligencia anticipada de inspección judicial que posteriormente sirvió de base para la petición de embargos ilegales a los que accedió el funcionario acusado, y, de otro lado, una vez obtenidos los recursos procedió a repartirlos entre sus poderdantes, previos los descuentos acordados a título de honorarios y el pago por la tarea llevada a cabo por su sustituto.

Y si bien como lo aduce este recurrente la declaración de Carlos Eduardo Peinado Dulcey no fue incorporada legalmente al proceso por no haber sido previamente ordenado su recaudo, razón por la cual no podía ser considerada por desconocimiento de lo previsto por el artículo 246 del C. de P. P.(fl.

434-6), se advierte sin embargo que este no es el único fundamento a tener en cuenta, toda vez que la actuación es rica en demostrar su activa participación en los procesos ejecutivos y los torcidos propósitos perseguidos con ellos.

Sin que pueda resultar desconocido que fue Omar Cabrera quien se anunció públicamente en los periódicos como el abogado que podría lograr el pago de acreencias laborales ante la Caja Nacional de Previsión, que en su oficina eran recaudados los poderes que posteriormente sustituyó, y suscritos los contratos de servicios profesionales, que además allí eran elaboradas las demandas y las liquidaciones de los créditos, y que a él le era entregado el dinero que el juzgado ordenaba pagar a los demandantes, ha de tomarse también en cuenta la declaración de Alcides Cortés quien relata pormenorizadamente la asociación existente entre Omar Cabrera Polanco, Marco Antonio Manzano, Alberto Cárdenas de la Rosa y Mercedes Cabrera, y los enlaces que mantenía en la Caja Nacional de Previsión, como ello posteriormente vino a ser verificado con el testimonio de Polania Unda quien habla de sus vinculaciones tanto con la Caja de previsión como con Cabrera Polanco, con la sustitución de los poderes, y con la inspección judicial practicada en las oficinas de la Caja Agraria para determinar las cuentas que allí existían a nombre del ente de seguridad social.

Ahora, que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez con anterioridad a las demandas presentadas por Manzano Vásquez hubiere mantenido la misma línea de conducta, no descarta en manera alguna la determinación de que se acusa a Cabrera Polanco, pues el trámite dado por el funcionario a cada proceso ejecutivo se constituyó en muestra elocuente de la capacidad de delinquir del funcionario, y esto no lo iría a hacer a menos de estar movido por intereses oscuros en cada caso particularmente considerado.

Y el hecho de no tener antecedentes penales ni disciplinarios no es indicativo de no haber incurrido en los delitos de que se acusa a este procesado, lo cual bien podría constituir una circunstancia genérica de atenuación, conforme lo prevé el artículo 64-1 del C. P.

Así queda evidenciada la ausencia de fundamento en el alegato presentado, en el sentido de que en la actuación no obra la prueba de la determinación, máxime si se da en considerar que en las organizaciones criminales esta clase de prueba no es de fácil consecución, menos por la vía directa, a no ser que exista confesión en ese sentido. A este respecto ha de destacarse que, como acontece con todo, los fenómenos se perciben por sus efectos, de manera que así quedaría respondida la pregunta formulada sobre el propósito que perseguía Omar Cabrera Polanco para haber recorrido el país en busca de poderes, publicado avisos de prensa y organizado un grupo de profesionales a su servicio.

En este tema de la determinación, pertinente resulta reiterar que la cualificación exigida para el autor de los delitos de prevaricato y peculado, no lo es para el determinador de esas conductas, conforme ha sido tesis reiterada en torno al punto:

"Una cosa es que por autor se entienda tanto al intelectual como al material y otra muy diferente es que ambas especies se asimilen entre sí hasta el punto de considerarse una sola para efectos de la punibilidad como pretende demostrarlo el casacionista, al afirmar '...que el legislador unificó los sujetos autor y determinador en uno solo'".

"No estará de más recordar que en lo que se refiere al determinador la Sala ha hecho claridad en diversas oportunidades respecto a los tipos que requieren sujeto activo cualificado, rememorándose, por ejemplo, la sentencia de junio tres (3) de mil novecientos ochenta y tres (1983), en la que se aclara que '. . . si se trata de tipo de sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es quien debe exigirse tal calidad'."

"La razón es clara. El autor material es quien ejecuta directamente el hecho. Por consiguiente, es indispensable que posea las aptitudes que exige el tipo penal correspondiente. Si, como sucede en el caso en estudio, para estructurar el delito de falsedad ideológica en documento público el legislador reclama la presencia de un sujeto activo calificado, es llano entender que la conducta sólo la puede realizar quien teniendo la condición exigida para los delicta propia ejecuta el acto prohibido en ejercicio de sus funciones".

"No sucede lo propio con el determinador: Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntariamente acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al actor del tipo propio o especial. Esto es del todo indiferente..." (Sent. Cas. Oct. 29/93. M. P. Dr. Valencia Martínez).

Sin embargo de lo dicho hasta el momento, la Sala habrá de proceder a analizar lo concerniente a la pena de este procesado, dado que el Tribunal equivocadamente tomó todas las causales de agravación imputadas al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez como atribuibles también al doctor Cabrera Polanco. Esto por cuanto, si son revisados los términos de la acusación en contra de éste y de Mercedes Cabrera, las únicas circunstancias genéricas de agravación consideradas de modo expreso son las previstas en los ordinales 1 y 4 del artículo 66 del C. P., sin embargo de lo cual, la Corporación de primera instancia señaló: "Siguiendo las señaladas pautas, precisado ya el peculado por apropiación como el delito más grave, por la concurrencia de las agravantes deducidas al ex juez deben aplicarse a todos por igual", lo que sin lugar a dudas, de mantenerse el desacierto, daría lugar a atentar contra el principio de congruencia que ha de existir entre la acusación y el fallo.

No obstante esto, ha de decirse que de conformidad con lo previsto por el artículo 25 del C. P. "las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido", siendo por tanto ésta una de las pautas por cumplir en este caso, para efectos de la determinación de la pena correspondiente.

En tal medida, y siguiendo los lineamientos trazados por la jurisprudencia en torno al tema, y referidos a la posibilidad de consideración en el fallo de las circunstancias genéricas de agravación no contempladas de modo expreso en la resolución de acusación, a efecto de la individualización judicial de la pena, es de reiterarse que ello es posible hacerlo en cuanto se trate de aquellas de contenido objetivo, o aun de aquellas que implicando conceptos valorativos, así no se mencione las normas que los contienen, el supuesto fáctico respectivo sí hubiere sido señalado expresamente en la acusación.

Al respecto, ha sido dicho por la Corte que "de todas las circunstancias referidas en el artículo 66 del C.P. hay algunas que la doctrina y la jurisprudencia han denominado 'objetivas', esto es, evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso, y con base en ello se ha sostenido mayoritariamente que no requieren su mención expresa como agravante en la respectiva resolución acusatoria ni constituye violación del derecho de defensa su deducción debidamente fundamentada en la respectiva sentencia... pues nadie puede sentirse afectado en sus derechos si en la sentencia se le agrava la pena por haber actuado, por ejemplo, con la complicidad de otro, o de noche, etc. si en la resolución acusatoria al narrar los hechos se mencionaron dichas circunstancias, así no se hubiesen considerado expresamente como agravación genérica de la conducta ni mencionado las normas que las contienen; y no puede ser de recibo ciertamente sostener, en tal evento, que el pliego de cargos no las contiene".

"Sin embargo, no escapa a la Corte que en la norma referida existen otras circunstancias que requieren una valoración o análisis previos a su deducción, como sería el caso del 'motivo innoble o fútil' precisamente o 'la preparación ponderada del hecho punible' o 'el infortunio o peligro común', aspectos que pueden tener diferentes interpretaciones según la óptica con que se examinen y las circunstancias mismas que rodearon el hecho pudiendo ser objeto entonces de cuestionamientos en un momento determinado; de donde surge la necesidad de señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto, en el pliego de cargos o resolución de acusación en garantía del derecho de defensa para que pueda el procesado probatoriamente defenderse de esa imputación ya que de por sí su deducción le implica un incremento punitivo, así sea mínimo" (cas. Nov. 9/94. M.P. Dr. Páez Velandia. Rad. 8830)

En este caso, es de recordarse que en la acusación se precisó que: "Los procesos ejecutivos a que se hace alusión a lo largo del instructivo, correspondió adelantarlos al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad del cual era titular el Doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez y de quien debe desde ya decirse, también se encuentra vinculado al mismo", en planteamiento que, sin lugar a duda, corresponde a uno de los supuestos de hecho en que se afinca la circunstancia objetiva de agravación prevista por el ordinal 11 del artículo 66 del C.P. toda vez que nadie podría discutir válidamente que la condición de juez de la república constituye una situación de preeminencia en el conglomerado, desde el punto de vista de su posición social por la ilustración, cargo y poder que de la jurisdicción emana.

Del mismo modo, al referir la Fiscalía en el pliego enjuiciatorio que "Afianzados los abogados con los poderes, se hacían a la respectiva resolución, la que, a sabiendas de no reunir los requisitos de título de recaudo ejecutivo, por cuanto adoleciendo en muchos casos de falta de claridad y/o exigibilidad, era presentada como tal en la respectiva demanda. Hasta ahí iba su desempeño inicial; ahora correspondía actuar a la jurisdicción laboral, que si no hubiese estado corrompida, habría detenido allí la defraudación, simplemente inadmitiendo las demandas por falta de título; pero no fue así. Contrariando manifiestamente la ley, se dio curso a las pretensiones de los abogados mediante decisiones ilegales, que fueron desde dictar el respectivo mandamiento de pago, hasta el escandaloso reconocimiento de intereses y agencias en derecho", constituye uno de los supuestos en que se funda la circunstancia prevista por el ordinal 3 *ejusdem*, en cuanto el modo en que se llevó a cabo la conducta típicamente antijurídica, mediante el diseño y puesta en marcha de un calculado procedimiento con rasgos de aparente legalidad, dificultó la defensa de la Caja de Previsión y la perjudicó patrimonialmente.

Y, al mencionarse en la acusación, que "Cuando aquí se ha sostenido que la defraudación a que se ha visto sometido el Estado por la apropiación de gruesas sumas de dinero pertenecientes a la Caja Nacional de Previsión Social por virtud de los diferentes procesos de ejecución adelantados en su contra, son el resultado de un orquestado plan en el cual intervinieron tanto el Juez acusado como los abogados en calidad de determinadores, emerge del estudio integral de las pruebas recopiladas", el organismo investigador no hace otra cosa que advertir la configuración de la circunstancia de agravación prevista por el artículo 66-7 del C. P.

Entonces, acorde con lo dicho, en la individualización judicial de la pena, de las circunstancias de agravación tenidas en cuenta por el Tribunal, la Corte solo considerará las previstas por los ordinales 1, 3, 4, 7 y 11, descartando la aplicación de las restantes.

En relación con los motivos de inconformidad expuestos por el defensor de este procesado, en torno a temas tales como la inembargabilidad de los dineros, el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad para que las resoluciones adjuntas a las demandas presten mérito ejecutivo, las respuestas a cada uno de estos interrogantes no puede ser distinta de la ya suministrada en relación con los referidos asuntos. Lo único que cabría agregar al respecto, es que, de una parte, tanto la prescripción de las acciones ejecutivas, como la determinación de las agencias en derecho, son puntos que se hallan intimamente ligados al de los presupuestos exigidos en la ley para decretar el mandamiento de pago, pues si unas tales determinaciones son manifiestamente ilegales, por no tomar en cuenta los requisitos por cumplir por cada título que se repute ejecutivo, los otros ítems devienen subsidiarios, como ya se vio, máxime si la prescripción de la acción ejecutiva es tema que se vincula al de la exigibilidad de la obligación, cuyo estudio ha de ser previo a la emisión del mandamiento de pago.

Y, en torno al punto de las agencias en derecho, su ilegalidad no deviene del monto, así este sea excesivamente alto o eventualmente pequeño, que no es el caso de común ocurrencia en los procesos tramitados por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, en los cuales para nada se tuvo en cuenta "la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales", como le era imperativo conforme al artículo 393 del C. de P. C., modificado por el D.E. 2282/89 art 1°. Num. 199, sino que la censura surge de imponerse la obligación de su pago como consecuencia de unos procesos que no debieron haber nacido a la vida jurídica, por no haber sido satisfechos los presupuestos establecidos en la ley para librar mandamiento de pago, menos para decretar el embargo de los dineros oficiales de propiedad de la Caja Nacional de Previsión Social.

Y en cuanto hace al planteamiento de que el proceso 3826D estaría afectado de nulidad por no haberse corrido traslado del dictamen pericial sobre el monto de los intereses cobrados, a más de ser ello irrelevante como ya fue dicho, pues la situación no cambia por el hecho de establecerse si los intereses liquidados fueron del 6% u otra tasa diferente, dado que no procedía su recaudo por los motivos ampliamente expuestos en el curso de esta providencia, es de decirse que la Corte repetidamente ha sostenido que la omisión de traslado del dictamen pericial a los sujetos procesales, no configura de suyo nulidad de la actuación, a menos de demostrarse que las partes no tuvieron posibilidad alguna de conocerlo o controvertirlo (Cfr. Cas. Julio 13/94. M. P. Dr. Carreño Luengas).

Este por supuesto no es el caso presente, en donde una vez conocido por los sujetos procesales el contenido y conclusiones de la pericia, en lugar de demandar su traslado en la oportunidad debida a fin de objetarlo si es que ese era el propósito, o el de pedir aclaración de ser el caso, se acudió al expediente de solicitar la nulidad de la actuación, la cual no podía antes, menos ahora, lograr prosperidad, dadas las limitaciones establecidas en la ley de rito para su reconocimiento cuando no se acredita la trascendencia del trámite que es echado de menos.

Respecto de Mercedes Cabrera Polanco, advierte la Corte que la única actuación penal en la que se le vincula es en ésta y donde se le relaciona con el recibo de 16 de los 116 poderes (que no suscribió) exhibidos para dar inicio a las ejecuciones de que se ocuparon los procesos radicados en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito con los números 30105, 30511, 30522 y 30981.

En el proceso nada indica que hubiere presentado demandas, intervenido en las liquidaciones de los créditos o llevado a cabo gestión alguna ante el Despacho del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez en orden a que éste procediera ilícitamente como lo hizo, lo cual, al no encontrarse nexo que la pudiera vincular con la conducta del Juez acusado, conduce a descartar que la señora Cabrera Polanco hubiere realizado actos de determinación en el funcionario para que éste realizara los delitos de prevaricato y peculado, ameritando, de

contera, la absolución por este concepto, sin que ello implique reconocer que respecto de esta procesada no existe prueba de responsabilidad penal.

En el proceso se encuentra suficientemente acreditada la vinculación de esta procesada con la oficina de su hermano Omar Cabrera Polanco, quien recorrió el país y la encargó de recibir los poderes de los pensionados a quienes lograba convencer de contar con sus servicios. También se estableció que entre sus funciones se hallaban las de atender a los clientes potenciales y, siguiendo instrucciones de aquel, convencerlos de reclamar judicialmente los beneficios pecuniarios establecidos por la Ley 4ª de 1976. En esta gestión recibió 16 de los 116 poderes exhibidos para dar inicio en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito a las ejecuciones de que se ocuparon los procesos allí radicados con los números 30105, 30511, 30522 y 30981. Es más, canceló de su propio peculio los dineros a los poderdantes cuando éstos se enteran que el Juzgado ya había dispuesto su pago y sin embargo no habían recibido los recursos.

Todos ellos son actos orientados a ayudar asegurar el producto del delito de peculado en cuantía de $ 941.380.434,24 del cual su hermano fue determinador, con lo que no queda ninguna duda de su participación como cómplice en el delito de peculado y ubica su responsabilidad penal en la hipótesis prevista por el artículo 22 del Código Penal.

Es tan cierto esto, que en el ejecutivo 30511, 6 poderes fueron otorgados a su nombre, así no los hubiera suscrito en señal de aceptación, 7 poderes en el radicado 30522, uno en el 30105 y dos en el 30981.

Sin dejar de reconocer que Mercedes Cabrera no podía actuar como apoderada, ni que en esa condición le estaba vedado gestionar procesos laborales ante las autoridades jurisdiccionales dado que no había culminado sus estudios de derecho ni estaba autorizada legalmente para adelantar esa clase de mandatos, esto, aunado a lo dicho, es precisamente lo que permite degradar la responsabilidad a ella imputada en la acusación, de determinadora de peculado, a cómplice, y en tal medida, obliga introducir los cambios respectivos en la parte resolutiva de esta sentencia.

En ese sentido, es pertinente traer a colación lo considerado por la Fiscalía acusadora donde se muestra a Omar Cabrera como el eje principal de los hechos, en tanto que a Mercedes se le asigna un papel secundario en la realización del tipo de peculado: "Que Omar aparezca o no en los ejecutivos es irrelevante, pues en todo caso desde la recaudación de los poderes hasta el pago de la acreencia, es quien responde al pensionado, mostrándose como el garante de toda la operación, lo cual no es gratuito, ya que todo lo tenía bajo su control. En tales circunstancias no puede ser ajeno a los hechos, tampoco su hermana que era sabedora y partícipe de los mismos".

La prueba de la complicidad también surge de la declaración de la señora Flor María Vargas de Silva (fls. 72 y ss. con. Testimonios 1), hija de Ana Morales de Vargas (fls. 80), quien dice haber acompañado a su madre a la oficina

de la procesada con fundamento en un aviso de prensa y que allí le otorgó poder a dicha abogada, en declaración que ha de valorarse en el contexto de la ayuda prestada por Mercedes a su hermano Omar Cabrera, quien sí podía anunciar sus servicios como abogado, lo que no podía hacer su hermana Mercedes por no contar con el título correspondiente; e igualmente se hallaba facultado para recibir poderes.

Si se toma en cuenta que además de llevar a cabo las funciones de secretaria en la oficina de su hermano, Mercedes recaudaba poderes a nombre de aquel y explicaba a los pensionados los alcances de la Ley 4 de 1976 para efectos de las reclamaciones, como ha sido visto, es lógico suponer que tuviera conciencia de estar llevando a cabo actividades de colaboración eficaz al delito de peculado que estaba en proceso de ejecución. Tanto es esto que en una primera ocasión debió atender a las señoras Ana Morales de Vargas y Flor de Flor María Vargas de Silva y convencerlas de la necesidad de demandar judicialmente, y por haberlo hecho, voluntariamente aceptó responder ante éstas por las sumas recaudadas en el juzgado por el abogado Marco Antonio Manzano, sustituto de Omar Cabrera Polanco quien realmente había recibido el poder que luego sustituyó, siendo en este contexto en que han de ser apreciados los referidos testimonios y los documentos de poder en los cuales figura su nombre.

Y que en el Juzgado le hubieren informado a la señora Vargas de Silva de que los dineros ya habían sido cobrados y se acercara a la oficina de la abogada, como lo afirma la testigo, ello no contribuye a demeritar la responsabilidad de la señora Cabrera Polanco, pues la información recibida en el juzgado y posteriormente vertida en su declaración no comporta cosa distinta de narrar la realidad de lo sucedido, por cuanto en el proceso ejecutivo de radicado 30511 figura haberse embargado los dineros de la Caja, constituidos los títulos de depósito judicial y dispuesto los pagos a los ejecutantes.

Por esto, se insiste, si bien en el proceso no obra la prueba de la determinación de los delitos de prevaricato y peculado por los que se le acusa, sí existe suficiente evidencia que la ubica en el plano de la complicidad del delito de peculado, y respecto del cual también concurren las mismas circunstancias genéricas de agravación por las que se procesa a su hermano Omar, siendo en calidad y cantidad suficientes para mantener la condena, solo que degradada a los términos que vienen de verse.

2.3. Proceso 9797A contra Luis Alvaro Sánchez Rodríguez Omar Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo Sánchez.

Como se recordará, la imputación se relaciona con el trámite dado al proceso de radicado número 31739, iniciado a nombre de Fanny Torcoroma, y 15 personas más contra la Caja Nacional de Previsión Social en donde fueron adicionadas otras pretensiones, los poderes fueron recibidos por Omar Cabrera Polanco, Luis Henry Trujillo Sánchez y Marco Antonio Manzano Vásquez.

Por auto de veintitrés de noviembre de 1990 se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el cual la Caja propuso recurso de reposición

aduciendo tratarse de títulos no idóneos conforme los requisitos exigidos por el artículo 488 del C. de P. C., de segundas copias que no prestan mérito de ejecución, y no haberse acreditado el retiro del servicio.

Además en escrito separado propuso excepciones de pago parciales respecto de algunas resoluciones y de prescripción respecto de otras, nada de lo cual fue aceptado por el Juzgado en proveído de catorce de febrero de 1991, al tiempo que ordenó la liquidación del crédito incluyendo agencias en derecho por la suma de $ 8.845.000.oo.

El apoderado de los demandantes liquidó el crédito en la suma de ciento cincuenta millones quinientos tres mil ciento sesenta y siete pesos con treinta y dos centavos, respecto de lo cual la apoderada de la Caja presentó objeción por no haberse hecho conforme al artículo 1617 del C. C., la que no fue admitida por el funcionario en auto de marzo seis de mil novecientos noventa y uno.

Ante la orden de embargo expedida contra los dineros depositados en las cuentas corrientes de la demandada, la Caja Agraria respondió que tales recursos estaban cobijados como inembargables por el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, y el artículo 74 de la Ley 46 de 1990, no obstante lo cual el doctor Luis Henry Trujillo Sánchez persistió en su postura, a lo que se accedió sin reparo por el funcionario en auto de mayo catorce siguiente, y de nuevo el acusado presentó memorial reiterando su solicitud.

Ya con ocasión del cambio de titular del Juzgado Laboral, por auto proferido el veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y dos, se advirtió que la adición de la demanda carece de firma del apoderado, irregularidad que ordenó subsanar el nuevo Juez, y posteriormente, en auto de cuatro de mayo de ese año, tomando en cuenta la inembargabilidad de los recursos, ordenó el levantamiento de la medida cautelar dispuesta por su antecesor, auto contra el cual el doctor Luis Henry Trujillo Sánchez interpuso recurso de apelación.

Lo cierto del caso es que ante la orden del juzgado, la medida cautelar fue levantada entregándose los recursos a la demandada.

El doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez comienza por reprocharle al fallo que el Tribunal profirió en su contra sentencia condenatoria por el delito de peculado por apropiación consumado, cuando fue llamado a responder en juicio criminal por ese delito pero en el grado de tentativa.

Para responder la inquietud del impugnante, baste con recordar que en el fallo de primer grado, se lee lo siguiente: "Corolario de lo anterior, es también que están plenamente acreditados los requisitos sustanciales y de forma para emitir sentencia condenatoria por los delitos de peculado (sic) por acción y peculado tentado agravado en la suma que pidió se le cancelara", de donde surge la sinrazón del planteamiento.

Ya la Corte tuvo oportunidad de referirse a los reparos expuestos al fallo, relacionados con la facultad oficiosa del Juez Laboral, la idoneidad de los

títulos ejecutivos, la inembargabilidad de los recursos de las entidades oficiales incluidos en el presupuesto, las tasa de interés, las agencias en derecho, y la imposibilidad jurídica en que se hallaba el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez para librar mandamiento de pago contra la demandada, siendo innecesario volver a referir dichos aspectos en esta ocasión, máxime si el trámite llevado a cabo por el funcionario en el proceso radicado con el número 31739 fue exactamente igual a los anteriormente mencionados.

Teniendo en cuenta que el aspecto fáctico no es discutido por ninguno de los impugnantes, salvo el caso del desistimiento que plantea Luis Henry Trujillo Sánchez, y que lo cuestionado son las repercusiones jurídicas atribuidas a las conductas llevadas a cabo, no encuentra necesario la Corte recapitular sobre los hechos materia de imputación y sus medios de prueba.

El defensor de Omar Cabrera Polanco alega que con ocasión de la diligencia de inspección judicial practicada en las instalaciones de la Caja, se pudo establecer que todas y cada una de las resoluciones allegadas al juicio ejecutivo coinciden con las que reposan en los archivos de Cajanal, y que fueron obtenidas legalmente.

Y sin mencionar la eventual repercusión de esto en el sentido del fallo, continúa afirmando que el tribunal tampoco tuvo en cuenta el desorden lógico y cronológico en la aposición de sellos que efectuaba la Caja en las referidas resoluciones, aspectos sobre los cuales no podría ofrecerse respuesta alguna, menos si no se presenta ningún cuestionamiento o petición concreta.

Sin embargo, es de decirse que el asunto en debate no se reduce a considerar la autenticidad de las fotocopias de las resoluciones expedidas por la Caja y allegadas a los procesos ejecutivos como parece ser entendido, sino de determinar si ellas prestaban mérito ejecutivo conforme lo señala el artículo 100 del C. P. del T. y el 488 del C. de P. C., y de establecer también la vigencia de la acción ejecutiva, la embargabilidad o no de los recursos incorporados al presupuesto, las facultades oficiosas del Juez en materia laboral y el cumplimiento de la ley por parte del titular del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, pues aparece claro que éste llevo a cabo trámites no permitidos, máxime que muchas de las obligaciones demandadas ya habían sido objeto de cancelación en ese juzgado y en otros Despachos judiciales y ello le había sido advertido por la Caja, como de igual modo aconteció con la ocurrencia del fenómeno prescriptivo de la acción ejecutiva.

Estos puntos, centrales en la acusación y el fallo, son dejados de lado en la impugnación, pues al dedicarse a analizar los aspectos formales de los cuestionamientos hechos a la conducta del funcionario, realizados en la primera instancia, limita a la Corte en su pronunciamiento.

Cuando se advierte por el impugnante que además de la autenticidad de las resoluciones de la Caja Nacional de Previsión, las cuales se adjuntaron a las demandas ejecutivas, la diligencia de inspección judicial practicada durante el juicio dio cuenta de la exigibilidad de las obligaciones en ellas

contenidas por encontrarse en firme, a esto se responde, de una parte, que este asunto no ha de analizarse y, por supuesto, valorarse, por fuera de las concretas circunstancias en que se encontraba el funcionario para el momento histórico en que debió pronunciarse para admitir o rechazar las demandas ejecutivas sometidas a su consideración, tanto desde el punto de vista fáctico, como el jurídico y el temporal.

Por eso, en la actualidad no tienen cabida consideraciones sobre los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores que dan cuenta de la embargabilidad de los dineros cuando de obligaciones nacidas en una relación laboral se trata, el asunto de los intereses, o el carácter ejecutable o no de las resoluciones expedidas por la Caja, menos cuando lo jurídicamente relevante, para resolver el asunto, es considerar que el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez puso su cargo y la majestad que el mismo encarna, al servicio de intereses pérfidos, y mediante el adelantamiento de un remedo de procesos patrocinó el enorme descalabro económico de la Caja Nacional de Previsión, que en el caso del ejecutivo de radicado 31739, no logró materialización por la oportuna intervención de una nueva funcionaria, e inclusive de la Sala Laboral del Tribunal Superior que ordenó la investigación penal de las irregularidades que el trámite ofrecía.

No tiene sentido, por eso, que la Corte vuelva sobre los temas relativos a la prescripción de las acciones, las agencias en derecho, las tasas de interés aplicables, la embargabilidad o no de los recursos oficiales incluidos en el presupuesto, o las facultades oficiosas del juez, a los cuales se refiere el alegato, menos cuando no constituyen el tema medular de la acusación, sin dejar de reconocer, por supuesto, que el proceso ha evidenciado trámites ilegales respecto de ellos.

Por esto, a lo dicho reducirá la Corte la respuesta al planteamiento del defensor del doctor Omar Cabrera Polanco en torno de lo decidido en la primera instancia.

Luis Henry Trujillo Sánchez, sin desconocer su intervención en el proceso ejecutivo 31739, alude en su defensa que la demanda presentada por él era la primera, que en ese juzgado ya habían sido admitidas otras más a Omar Cabrera quien le sustituyó poderes al doctor Manzano y que no existe ningún testimonio que lo muestre concertando comportamientos ilícitos con el *funcionario*.

Si bien esto es cierto, ello no exonera de responsabilidad penal a este procesado por lo siguiente: Dando por hecho, como en efecto lo es, el comportamiento típicamente antijurídico del doctor Sánchez Rodríguez, es de decirse que la actuación no solamente ubica a Omar Cabrera como quien recibió los poderes, sino que también evidencia haberlo hecho directamente Luis Henry Trujillo Sánchez. También, que este procesado fue quien hizo entrega de la demanda ejecutiva ante el Juzgado, siendo el mismo que pidió al juez decretar las medidas cautelares sobre los recursos económicos oficiales y persistió en ellas a pesar de la clara advertencia hecha por la entidad financiera don-

de se hallaban depositados, en el sentido de corresponder a dineros inembargables por disposición legal.

Y fue este mismo procesado, quien a pesar de estar enterado de la oposición de la demandada al mandamiento de pago por no reunir los documentos allegados las características inherentes a todo título ejecutivo, y que algunas de las obligaciones demandadas se hallaban prescritas y otras ya habían sido objeto de pago, se aprestó a presentar la liquidación del crédito y persistir en la entrega del título por la suma superior a setenta millones de pesos, nada de lo cual ha sido desconocido en la impugnación.

Esto para significar la Corte, que por más pretensión que tenga el procesado de trasladar la responsabilidad hacia su compañero de causa, doctor Cabrera Polanco, la realidad de los acontecimientos indica que la intervención del doctor Trujillo Sánchez, además de personal y directa, fue crucial en las aspiraciones de defraudar patrimontalmente a la Caja Nacional de *Previsión*.

Respecto de las tesis que la defensa propone, relacionadas con los actos de notificación, de juramento, de adición de la demanda, la idoneidad de las segundas o terceras copias de los títulos ejecutivos, las restricciones impuestas a tales documentos, y las exigencias que la ley establece para que puedan ser considerados como tales, por haberse ocupado ya de ellos, la Corte no ve necesario recapitular lo dicho.

Lo que sí procede agregar en torno al cuestionamiento que se formula sobre el monto de los perjuicios que se ordena resarcir en el fallo ameritado, es que una cosa consiste en deber una prestación de contenido económico, y otra bien distinta es el delito que se comete al cobrar y ejecutar contrariando los procedimientos y prohibiciones preestablecidos por la ley. Nadie osa afirmar que la Caja Nacional de previsión no debiera algunas de las mesadas contenidas en las resoluciones, cuyo cobro se perseguía por la vía ejecutiva, ni que eventualmente tuviera que indemnizar a los acreedores por no haber solucionado sus deudas oportunamente, o que no estuviera obligada a mantener al día sus obligaciones pensionales, dada la naturaleza social de las funciones a su cargo.

Pero de ahí a sostener que estas circunstancias especiales autorizan a los funcionarios a rebasar los linderos establecidos en la ley penal, o a inventar procedimientos distintos para lograr el cumplimiento de las obligaciones que en su criterio han de ser satisfechas a toda costa, o a los abogados a determinarlos a la comisión de delitos, es algo que deviene social y jurídicamente intolerable.

No se trata como ya ha sido advertido, y como tal vez es el propósito perseguido con la impugnación, de establecer ahora y por fuera del proceso laboral si las resoluciones son auténticas o no, así como de los poderes en ejercicio de los cuales fueron prescritadas para su cobro por la vía ejecutiva, sino de observar cómo frente a los documentos entonces allegados al funcionario, las

condiciones en que las demandas fueron repartidas y presentadas, y admitidas al trámite para con base en ellas decretar el embargo de dineros y el posterior pago a los ejecutantes, entre muchas otras, las ilicitudes cometidas, aspectos suficientemente destacados, otra muy distinta era la pauta de conducta que la ley lijaba al doctor Sánchez Rodríguez para tramitar dichos procesos, menos si se trataba de establecer si los documentos allegados correspondían con los títulos ejecutivos complejos, cuya electividad se determina no solamente por la autenticidad y ejecutoria, sino por que según la ley, en ellos han de constar obligaciones claras, expresas y exigibles, por sumas líquidas o liquidables de dinero, y si las condiciones que daban lugar a su efectividad concurrían, nada de lo cual logra cumplimiento cuando de alcanzar fines criminales se trata.

Por esto, en las aludidas condiciones resulta apenas obvio que igual perjuicio se causa a quien ilícitamente se obliga a pagar algo sin deberlo, como también si debiéndolo, no es la oportunidad para su pago, o el procedimiento seguido para el cobro coactivo no es el establecido en la ley, pues en uno y otro caso, se lo despoja ilegalmente de recursos de contenido económico, siendo por tanto obligado al juez procurar que las cosas vuelvan a su estado anterior al momento de la comisión del delito.

Ahora bien. El hecho de que el doctor Luis Henry Trujillo Sánchez hubiere intervenido ante el Juez Sánchez Rodríguez cuando éste ya había dado trámite a otros procesos en similares circunstancias, no demerita la determinación en las conductas imputadas, pues si bien es cierto, como se alude, que es absurdo pretender determinar a quien ya ha decidido firmemente realizar el comportamiento definido en algún tipo penal, esta es una hipótesis no aplicable al caso, dado que las acusaciones formuladas contra el funcionario y los abogados que lo indujeron a delinquir mantienen cada una su autonomía, de suerte que la demanda ejecutiva presentada por Trujillo Sánchez determinó la realización de un concurso delictivo distinto de los ya realizados por el funcionario, así como diverso de aquellos que llevaría a cabo posteriormente.

Es esto tan cierto, que la acusación se formuló por el concurso de delitos de prevaricato consumado y peculado por apropiación agravado en la modalidad de tentativa, con lo cual ningún asidero tiene el reproche que se postula al fallo.

Respecto de la "segunda tesis subsidiaria" a que alude el defensor a partir de sostener que se violó el derecho de defensa de su cliente por no haber sido interrogado en la indagatoria respecto de los delitos de prevaricato y peculado que se le imputaron en el pliego enjuiciatorio, sino de fraude procesal, responde la Corte que la legislación actualmente vigente no establece que la vinculación jurídica se deba producir respecto de determinadas hipótesis delictivas, sino de aspectos fácticos cuya coincidencia con aquellas corresponde determinar a la judicatura.

En este sentido resulta de claridad meridiana el contenido del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, según el cual, en la diligencia de in-

dagatoria "el funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación" (se destaca), con lo cual resulta carente de fundamento el reproche que se formula.

Tanto es esto que incluso en la providencia mediante la cual se define la situación jurídica de un procesado imponiéndole medida de aseguramiento (art. 389 C. de P. P.), la calificación jurídica de la conducta es meramente provisional, por la posibilidad de variación según la prueba que llegue a recaudarse (art. 411 *ejusdem*).

Por estos motivos, y como además, en este caso, el interrogatorio llevado a cabo en la indagatoria mantiene identidad fáctica con los hechos de que se ocupa el proceso, no se declarará la nulidad de lo actuado como se demanda por la defensa, pues ninguna irregularidad capaz de invalidar el proceso se advierte en este caso.

Por último, en cuanto hace a la tercera de las peticiones que el defensor presenta, relacionada con la reconsideración de la individualización judicial de la pena hecha por el Tribunal en el fallo materia de apelación, a lo cual también propugna la Procuradora Once Judicial Penal, a ello habrá de procederse dado que evidentemente la conclusión que a este respecto llegó el Tribunal, manifiesta ostensible desproporción en relación con la sanción que se impone principalmente a Omar Cabrera Polanco, pues el número de delitos de que se acusa a éste, es en gran medida superior en cantidad y gravedad en frente del relacionado con el proceso en cuyo trámite participó Trujillo Sánchez.

2.4. Proceso 10398A contra Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Ya se dijo que este proceso se inició por las irregularidades advertidas por la Fiscalía en el trámite que el doctor Sánchez Rodríguez imprimió al proceso radicado en el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito con el número 30719 en el cual se le acusa de haber incurrido en el delito de prevaricato por acción, y por el que también en su contra se irrogó condena en el fallo que es materia de impugnación.

La acusación se soporta en que a pesar de haberse pretendido en la demanda instaurada a nombre de la señora Luisa Rueda de Rueda, solamente el pago de los reajustes pensionales, el juez acusado libró mandamiento de pago por concepto de mesadas atrasadas y reajustes de ley, lo que resulta contradictorio con las pretensiones de la demanda y el poder conferido.

Y si bien en este caso la acusación menciona lo dispuesto por el artículo 100 del C. P del T. y 488 del C. de P. C., no se señala expresamente que tales requisitos hubieren sido incumplidos en el documento base de la acción ejecutiva, limitando entonces el reproche a la irregularidad que viene de ser advertida.

Al respecto aduce el organismo acusador que el grado de culpabilidad es de "dolo directo, también llamado intencional o determinado, pues existe ple-

na correspondencia entre la voluntad y el resultado de la conducta. Esa voluntad se pone de presente en el momento mismo en que se advirtieron numerosas anormalidades no sólo en el trámite de los procesos, sino en muchos otros que fueron adelantados en el Despacho dirigido por el imputado y que de igual manera dieron origen al inicio de la correspondiente investigación; esto significa que esa voluntad criminal no es exclusiva de este averiguatorio, sino de otras múltiples actuaciones que permiten con mayor certeza verificar la existencia del ánimo doloso del infractor, el cual tiene estrecha relación con el resultado, cual es el logro de la cuantiosa defraudación al Tesoro de la Caja Nacional de Previsión Social".

Esta postura, así expuesta por la Fiscalía, que halló eco en el Tribunal si se toma en cuenta el sentido de la decisión adoptada, no puede ser compartida por la Corte, pues, de una parte, ya se dijo que cada uno de los procesos judiciales seguidos contra los aquí procesados mantiene su propia autonomía y su resultado no depende de las decisiones que se adopten respecto de las restantes acusaciones que se hubieren proferido, así su trámite en el juicio hubiese sido conjunto.

Por eso mismo, dado que la responsabilidad es individual, respecto de cada delito imputado en los enjuiciatorios han de concurrir los presupuestos establecidos por la ley de rito para irrogar fallo de condena, en donde la certeza de la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad del procesado no admita discusión.

En este caso, resulta incontrovertible que a cargo del doctor Sánchez Rodríguez estuvo el trámite del proceso radicado con el número 30719. Tampoco se desconoce por éste ni su defensor, que no existe coincidencia entre los términos del poder otorgado por la señora Luisa Rueda de Rueda, la pretensión contenida en la demanda, y el mandamiento de pago proferido, pues mientras en aquellos se hizo referencia a reajustes pensionales, en el mandamiento de pago se mencionaron reajustes y mesadas.

Sin embargo, en orden a establecer la trascendencia penal de esta conducta, necesario resulta escuchar las explicaciones suministradas por el acusado en su indagatoria.

En dicha diligencia mencionó que la labor de notificación del mandamiento de pago corresponde a la secretaría. También, que "en el juzgado para la época en que se libró este mandamiento de pago había una persona encargada de librar dichos mandamientos y para dicha época la persona encargada si no estoy mal era el señor Arturo Márquez y observando ahora detenidamente la resolución, ciertamente no dice mesadas pensionales sino reajuste, pero de todas formas la cuantía por la cual se libró el mandamiento de pago fue teniendo en cuenta la presentada por la parte ejecutante, por lo tanto, el trámite por seguir si el juzgado se equivocó al citar el mandamiento de pago, corresponde a la ejecutada alegar sus derechos dentro del proceso una vez que haya sido notificada"

La explicación suministrada por el acusado se compadece ampliamente con aquello que ofrece la actuación ejecutiva tramitada por el procesado, pues si bien en la demanda no se mencionan para nada mesadas atrasadas sino reajustes pensionales por un valor total de $761.359,20, lo que indica que el mandamiento de pago, al proferirse por esa suma y decretarse el embargo de dineros por un valor que no excede el doble de ella, la conducta imputada deviene inocua, pues el motivo en que la acusación se soporta pudo haber obedecido más a un error al momento de mecanografiar la orden ejecutiva, como lo explica el procesado en su injurada, que a una intención deliberada de proferir decisión manifiestamente ilegal, máxime si la cuantía por la que fue proferida mantenía absoluta coincidencia en el monto de la pretensión contenida en la demanda.

No sobra insistir, de una parte, que la investigación no reveló ninguna clase de vinculaciones entre el abogado que presentó esta demanda, el grupo de profesionales al servicio de Omar Cabrera Polanco y el funcionario como para suponer que este proceso correspondía a aquellos debidamente predefinidos en su resultado, y, de otra, que a esa sola irritualidad se contrae la acusación en este caso.

Por estas razones, dado que los motivos de impugnación que se exponen colocan en evidencia la absoluta inocuidad de la conducta imputada, se absolverá de este cargo al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, debiendo, por tanto, por ese motivo, realizar también nueva individualización judicial de la pena.

2.5. Proceso 10672A contra Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

En los antecedentes de esta providencia, se menciona que el proceso referenciado tiene que ver con la imputación por el delito de enriquecimiento ilícito que se formula en contra del ex juez Cuarto Laboral del Circuito, doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Mientras el procesado considera que en la actuación no existe certeza del acrecimiento patrimonial injustificado que se le atribuye, al tiempo que destaca lo que en su criterio constituyen algunos errores en que incurre tanto la procuraduría como el CTI, el defensor propugna por la absolución dado el carácter subsidiario que ostenta este tipo penal, pues su aplicación resulta válida siempre y cuando no concurra con otro u otros delitos de los cuales pueda concluirse que fueron la fuente del enriquecimiento.

La Corte, en relación con este tipo penal, ha dicho que el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, exige para su configuración que sea realizado por un sujeto activo cualificado que por razón del cargo o de sus funciones oficiales aumente injustificadamente su patrimonio, o sea que su riqueza no encuentre explicación en la remuneración percibida por el desempeño de la función, ni en las utilidades obtenidas con ocasión de sus actividades particulares legalmente permitidas.

Ha sostenido igualmente la Corte, que la diferencia patrimonial puede establecerse a partir de determinarse el aumento desproporcionado de los activos, de los gastos, o en la disminución de los pasivos, o todas esas eventualidades a un mismo tiempo, o parte de ellas, bajo el entendido que la modificación de estos rubros en el sentido a que alude constituye un aumento de la riqueza, siendo obligación del funcionario la fuente que le dio origen. Por eso el precepto constitucional (art. 122) ordena a los funcionarios declarar bajo juramento el monto de sus bienes y rentas al posesionarse del cargo, al retirarse del mismo o cuando la autoridad competente lo requiera, en orden a mantener íntegra la reputación de la administración pública mediante la transparencia de la conducta de sus servidores.

Del mismo modo, ha sido dicho por la Sala, que por tratarse de un tipo subsidiario, dado que la sanción por su realización se aplica "siempre y cuando el hecho no constituya otro delito", no resulta posible su concurrencia con otro u otros, en los cuales pueda establecerse que dieron génesis al acrecimiento patrimonio al (peculado, concusión, cohecho, por ejemplo), pues en esos casos, la especialidad se orienta por resolverse en favor de dicha calificación.

Solo entonces, cuando se halla acreditada la condición cualificada del investigado, que durante el ejercicio del cargo público obtuvo incremento patrimonial que no logra justificar con los ingresos percibidos por la remuneración oficial ni por el desempeño de sus actividades particulares permitidas, y que tampoco aparece prueba que indique la comisión de otro delito que pudo haber sido el origen del acrecimiento, opera posible la calificación de la conducta como enriquecimiento ilícito de servidor público, según en este sentido ha sido la doctrina sentada por la Corte (cfr. Auto Única instancia, julio 29/1998. Rad. 11507).

Y aunque en este caso tanto la Fiscalía como el Tribunal encontraron acreditados los ingredientes que integran la tipicidad de la conducta, y en el fallo se advirtió la subsidiariedad del reato, nada se concluyó a este respecto, debiendo entonces la Corte pronunciarse sobre el tema en debate.

La Fiscalía, para imputarle al doctor Sánchez Rodríguez la realización del delito de enriquecimiento ilícito, acude a un sofisma inadmisible desde el punto de vista jurídico y práctico: "El peculado que se le endilga tiene como sustento la entrega, a terceros, de esos dineros, por lo que no es posible predicar que se confunde el origen de los dineros producto del enriquecimiento ilícito, con los dineros que se reputa fueron objeto de despojo al patrimonio estatal: Debe insistirse en que, en parte alguna, se le imputa apropiación a título personal, sino el haber, de manera dolosa, entregado este dinero a terceros, cuando no había lugar a ello".

Esta afirmación podría ser válida si la investigación no hubiera determinado que en sus cuentas personales resultaron consignados recursos procedentes de las cuentas del doctor Guillermo del Cristo Preciado Lorduy, uno de los abogados litigantes ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito,

como que ello puede ser verificado con el proceso ejecutivo 30402, uno de los 22 por los que se le condena dentro del juicio 3557C, solo que la justificación que se quiso exponer consistió en aducir que dichos recursos provenían de negociaciones de ganado, respecto de las cuales ningún medio probatorio condujo a demostrar su real ocurrencia.

Pero, además, no resulta lógico descontextualizar los hechos para suponer que con ocasión del rol cumplido por el doctor Sánchez Rodríguez en la organización criminal de la que hacía parte y que lo llevó a prevaricar a fin de lograr la defraudación patrimonial de la Caja Nacional de Previsión, no le reportó ningún beneficio económico y que, en tal medida, los delitos de peculado realizados por él orientaron su beneficio exclusivamente en favor de terceros.

Esto podría ser cierto, si a la par de lo acreditado en el proceso sobre la incursión por el ex Juez Sánchez Rodríguez en los delitos de prevaricato y peculado no obrara prueba sobre las diferencias patrimoniales a él encontradas.

El proceso es rico en medios que dan lugar a establecer el desmesurado incremento patrimonial del procesado, precisamente por la época en que a su cargo estuvo el trámite de los procesos por los cuales en su contra se dicta sentencia de condena, siendo por tanto válido sostener que el desproporcionado acrecimiento del patrimonio del funcionario tuvo como fuente los multimillonarios recursos obtenidos a costa de los delitos cometidos contra la administración pública y con ocasión de los cuales la Caja Nacional de Previsión vio menoscabado su patrimonio.

Por estos motivos, y porque en este caso se halla acreditada la fuente ilícita del acrecimiento patrimonial que se le imputa al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, no cabe más alternativa que absolverlo también de este cargo y proceder a efectuar una redosificación punitiva.

Conclusiones

1. Tal y como ha sido advertido, no se declarará la nulidad de lo actuado según lo solicitan los defensores de los procesados Omar Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo Sánchez.

2. Se revocará la condena impuesta al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por los delitos de prevaricato por omisión, imputados dentro del proceso radicado con el número 3557C, confirmándola en cuanto hace al concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación, concierto para delinquir y falsedad en documentos públicos.

3. Se confirmará la condena impuesta a los doctores Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, Luis Henry Trujillo Sánchez y Omar Cabrera Polanco, por el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, este último en la modalidad de tentativa.

4. Se revocará la condena impuesta en primera instancia al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por el delito de prevaricato por acción, imputado en el proceso 10398 A con ocasión del trámite dado al proceso ejecutivo identificado con el número 30719.

5. Se revocará la condena impuesta al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez por el delito de enriquecimiento ilícito, imputado dentro del proceso 10672 A.

6. Se revocará la condena impuesta a Mercedes Cabrera Polanco por el concurso de delitos de prevaricato por acción a ella imputados en el proceso 3826D, se confirmará la decisión de condena por el delito de peculado por apropiación pero modificando el grado de su participación a la condición de cómplice, y se confirmará la decisión condenatoria en contra de Omar Cabrera Polanco por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, a título de determinador en los procesos ejecutivos laborales números 30105, 30511, 30522 y 30981.

7. Y como los criterios para determinar el monto de la condena en perjuicios efectuada por la Corporación de primera instancia no ofrecen ninguna discusión por los recurrentes, estos parámetros serán respetados y mantenidos, pues el cuestionamiento que se ofrece es el relacionado con que la Caja de Previsión no sufrió perjuicio patrimonial por cuanto, a criterio de los impugnantes, los dineros que le fueron embargados y entregados a los ejecutantes, en verdad los debía, en argumento respecto del cual se ofreció por la Corte la respuesta correspondiente.

8. Punibilidad.

8.1. Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Como se hallan acreditados, en grado de certeza, los presupuestos establecidos por el artículo 247 del C. de P. P. para proferir fallo de condena en contra del procesado doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, por el concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación, concierto para delinquir, y falsedad en documento público, para efectos de lo dispuesto por el artículo 26 del Código Penal, y a fin de individualizar judicialmente la pena que le corresponde, se partirá del delito que prevé la más grave, que en este caso es el de peculado por apropiación agravado por la cuantía de lo apropiado, que en el caso el proceso 3557C, pasa de quinientos mil pesos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Penal, vigente por la época de los hechos y más favorable en relación con las previsiones que de la misma conducta hizo el artículo 19 de la Ley 190 de 1995.

En el pliego enjuiciatorio, proferido dentro de dicho proceso, al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez se le imputa haber realizado la conducta en las circunstancias genéricas de agravación previstas por el artículo 66, ordinales 1,2,4,5,6,7,9,10,11 y 13 del C.P. y se menciona que en su favor no concurre ninguna circunstancia de atenuación.

No obstante esta afirmación, se tendrá en cuenta la circunstancia prevista por el artículo 64-1 del Código Penal, pues resulta evidente su buena conducta anterior a los hechos por los cuales se le condena, al punto de no obrar en el proceso prueba que indique haber sido condenado o siquiera procesado por un delito distinto de los que se ocupa esta actuación.

En tal medida, dentro del rango punitivo previsto en el tipo realizado, que señala como penas principales la prisión de cuatro a quince años, la multa de veinte mil a dos millones de pesos y la interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años, se procederá a individualizar la pena básica que le corresponde al doctor Sánchez Rodríguez no sin antes advertir que los hechos realizados son supremamente graves, habida cuenta de su honda repercusión social por haber sido realizados por un Juez de la República y en contra de los intereses de una entidad oficial que administra los recursos destinados a las pensiones de personas de la tercera edad, es decir, un sector poblacional demasiado vulnerable cuando se comprometen los recursos económicos de los que subsiste.

Es así como, dado el gran número de circunstancias de agravación y solo una de atenuación, no se partirá del mínimo punitivo previsto en la norma realizada, sino del doble del mismo, esto es de ocho (8) años de prisión, los que aumentados en siete años y diez meses de prisión, de conformidad con los artículos 26 y 61 del C.P. por efectos del gran número de hechos punibles, arrojan un guarismo total de quince años y diez meses de prisión.

Para individualizar la pena de multa no puede ser distinta a un guarismo cercano al máximo previsto en el tipo del cual se parte, por virtud de lo previsto en el artículo 61 del C. P. atendiendo el número, gravedad y modalidades de los delitos imputados, es decir, dos millones de pesos, incrementada hasta en otro tanto por efectos del concurso, para un total de tres millones novecientos noventa mil pesos.

No obstante, como por mandato del artículo 29 de la Carta Política a los procesados no se les puede agravar la pena impuesta en la primera instancia, cuando se trate de apelantes únicos en cuyo favor se recurre, como aquí acontece, se respetará el monto de un millón de pesos como pena de multa deducido por el Tribunal.

Y para la interdicción de derechos y funciones públicas, que erradamente el Tribunal aplicó como pena accesoria, se partirá de cuatro años (el doble del mínimo) que aumentados por efectos del concurso arroja un total de siete años y medio.

8.2. Omar Cabrera Polanco.

Como ya se dijo, respecto de este procesado también se encuentran satisfechos los presupuestos establecidos por el artículo 247 del C. de P. P. para proferir en su contra sentencia de condena por el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación consumado en relación con los procesos ejecutivos laborales números 30105, 30511, 30522 y 30981,

a que se refiere la causa radicada con el número 3826D, y el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación, este último en la modalidad de imperfecto, en relación con el proceso ejecutivo 31739 de que se ocupa la causa 9797A.

Para efectos de aplicar lo dispuesto por el artículo 26 del C. P. en relación con el concurso de hechos punibles, y contrario a lo deducido por el Tribunal, no serán tenidas en cuenta las mismas circunstancias genéricas de agravación imputadas al doctor Luis Alvaro Sánchez, habida cuenta que estas no se encuentran todas contempladas en la acusación proferida contra el doctor Cabrera Polanco en el proceso 3826D, que es donde se ubica el proceso ejecutivo 30511 en cuantía de $ 311.840.838.57.

Como ya fue advertido, en la providencia calificatoria proferida el seis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, se lo acusa de haber realizado la conducta en las circunstancias de agravación previstas por los ordinales 1 y 4 del artículo 66 del C.P., es decir, por motivos innobles o fútiles, y la preparación ponderada del hecho. Y aunque no se dijo expresamente, también operan las circunstancias genéricas de agravación previstas en los ordinales 3, 7 y 11 *ejusdem*, y en su favor concurre la circunstancia genérica de atenuación prevista por el artículo 64-1, es decir, su buena conducta anterior a los hechos que le son imputados no admite discusión.

Por esto, en aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, desde el punto de vista de su relación con la conducta individualmente considerada, es de destacarse que se le atribuye la determinación de los delitos de prevaricato y peculado en cuatro de los 22 procesos ejecutivos de que se ocupa el juicio identificado con el número 3557C, y la tentativa de peculado y prevaricato consumado en el proceso ejecutivo número 31739.

Conforme a lo dicho, dado el número de circunstancias de agravación (5) en que realizó el hecho, el de atenuación (1), no se partirá del mínimo punitivo previsto en el tipo llevado a efecto, sino de siete (7) años de prisión, los que aumentados de conformidad con las previsiones de los artículos 26 y 61 del C.P. en cuatro (4) años, arrojan un guarismo total de once (11) años de prisión.

El mismo parámetro ya establecido en parágrafos que preceden respecto de la pena de multa, se aplicará en este caso, dejándola por tanto, en la suma de un millón de pesos como la fijó el Tribunal en el fallo ameritado.

Y para la interdicción de derechos y funciones públicas, que equivocadamente el Tribunal aplicó como pena accesoria, se partirá de tres años que aumentados por efectos del concurso arroja un total de cuatro años y medio.

8.3. Luis Henry Trujillo Sánchez.

Respecto de este procesado, igualmente se satisfacen los requisitos establecidos por el artículo 247 del C. de P. P. para confirmar la sentencia condenatoria proferida en su contra por el concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado en la modalidad de tentativa,

de que se ocupa el proceso 9797A por su intervención como determinador de los referidos ilícitos, realizados por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez al tramitar el proceso ejecutivo número 31739.

No obstante, como para individualizar la pena de este procesado el Tribunal se equivocó a partir de considerar todas las circunstancias de agravación previstas para el funcionario dentro del proceso 3557C, se impone, como lo solicita el procesado, su defensor y la representante del Ministerio Público para la primera instancia, hacer unas revaloración del tema.

El delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, establece pena de cuatro a quince años de prisión, multa de veinte mil a dos millones de pesos, e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años.

De conformidad con las previsiones del artículo 22 del C. P., si no obstante haberse iniciado la ejecución del hecho con actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación, pero esta no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, la pena será no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la prevista para el delito consumado.

Significa esto, que para el caso del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, en la modalidad de tentado, la pena correspondiente a la privación de la libertad oscilaría entre dos años y once años más tres meses de prisión. La pena de multa entre diez mil pesos y un millón y medio de pesos, y la interdicción de derechos y funciones públicas entre uno año y siete años más seis meses.

Si bien en la resolución acusatoria de modo expreso no se le dedujeron circunstancias genéricas de agravación, también es lo cierto que no se discute la condición de Juez de la República del doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, que lo ubica dentro del contenido del artículo 66-11 del C.P. y que por virtud del artículo 25 *ejusdem*, se comunican al partícipe que las hubiere conocido, en este caso al doctor Trujillo Sánchez, sabedor, por supuesto, de la condición de aquel, pues fue ante dicho funcionario que tramitó el proceso ejecutivo.

Igual acontece con la circunstancia de agravación punitiva prevista por el ordinal 7° de la disposición referida, por haber obrado en complicidad de otras personas, pues no otra cosa se establece de la siguiente consideración hecha por el ente acusador: "La realidad que emerge del estudio del averiguatorio permite precisar, sin lugar a equívocos una concertación previa entre las personas vinculadas, quienes nunca desconocieron la aplicabilidad correcta de la ley, prevaliéndose de actos notoriamente irregulares y en forma consciente violaron la ley sin escrúpulo alguno, como para ahora pretender predicar su inocencia, buena fe o ignorancia de la ley".

Del mismo modo, la preparación ponderada del hecho punible a que se refiere el ordinal 4 de la disposición en comento, sin dificultad aparece reflejada en la acusación al establecer: "...los apoderados no podían actuar en

forma aislada, con propósitos independientes, cuando entre ellos se advierte que existía un propósito preordenado para lograr un objetivo específico, el cual era, sin lugar a dudas, defraudar los intereses patrimoniales de la Nación. De qué forma? Así: el señor Omar Cabrera Polanco, a través de su oficina de abogado, recaudaba los poderes a los pensionados, a estas personas se les solicitaba que aportaran la resolución o simplemente ésta era requerida por los profesionales en Cajanal, no importaba si la expedida era segunda o tercera copia, lo importante aquí era aportar el documento indiscriminadamente y sin observar el lleno de requisito alguno como título ejecutivo, no se tenía en cuenta si había sido expedido para fines estadísticos, y aun, que su contenido fuera ilegible, lo primordial era tener una resolución. Una vez se tenían los poderes y las resoluciones, se elaboraba la demanda ejecutiva para presentarla ante el Juzgado correspondiente, donde de antemano se sabía no iba a formularse ningún tipo de objeción, rechazo o inadmisión porque todo había sido previamente acordado. Por esto, no existe duda que el señor Cabrera Polanco, así como su abogado sustituto (Luis Henry Trujillo) hayan tenido plena participación en los hechos aquí investigados".

También, la circunstancia de agravación prevista en el ordinal 3° fue considerada en la acusación, si bien no de modo expreso como hubiere sido lo esperado, pues estableció acreditado uno de los supuestos fácticos en que se funda, como se concluye de reproducir el siguiente texto de la providencia calificatoria de segunda instancia: "En pocas palabras, al proceso de la manera como se adelantó por abogados y jueces le es aplicable el adagio popular de la 'ley del embudo', según la cual es válida toda opción que favorezca al interesado, pero el simple cálculo de un lapso prescriptivo es imposible de hacer si la parte que alega no indica con absoluta precisión todo aquello que a la contraparte no se le exigió. Difícil encontrar un mejor ejemplo de indicios graves de participación y responsabilidad, en conductas que no pueden ser explicadas sino a la luz de un concierto previo. Lo anterior, sin contar con las exorbitantes agencias en derecho decretadas, que no se compadece en verdad con la poco intensa y muy simple actividad del abogado, independientemente de la existencia de cualquier tarifa establecida".

Así las cosas, para individualizar la pena que le corresponde a este procesado, se tendrá en cuenta las circunstancias genéricas de agravación cuya configuración en la acusación viene de ser advertida, y que en su favor obra la de atenuación prevista en el artículo 64-1 del C. P. referida a su buena conducta anterior la que se colige por no registrar antecedentes penales o contravencionales, y acorde con las previsiones del artículo 61 *ejusdem*, el hecho que pretendió llevar a cabo es supremamente grave por estar referido al apoderamiento de dineros del Estado destinados a satisfacer las necesidades de un sector de la población que amerita atención y cuidados especiales, como son los ex funcionarios pensionados que atraviesan por la tercera edad, y que ello lo hubiera logrado si no fuera por la oportuna decisión del tribunal que advirtió el fraude que se pretendía consumar cuando ya los dineros estaban embargados, para individualizar la pena no se partirá del mínimo (24

meses) sino del doble, es decir, cuarenta y ocho (48 meses), que aumentados en treinta y seis (36) meses por efecto del concurso, arroja un guarismo total de ochenta y cuatro (84) meses de prisión, es decir, siete años de prisión.

En relación con la pena de multa, el mismo parámetro ya establecido en esta providencia para los otros procesados, será el aplicado al doctor Trujillo Sánchez a quien el Tribunal lo condenó al pago de quinientos mil pesos, suma ésta que será mantenida por la Corte.

Y para la interdicción de derechos y funciones públicas, que equivocadamente el Tribunal aplicó como pena accesoria, se partirá de dieciocho meses que aumentados por efectos del concurso arroja un total de treinta y dos meses, es decir, dos años y seis meses..

8.4. Mercedes Cabrera Polanco.

Respecto de esta procesada, la Corte también encuentra satisfechos los presupuestos establecidos por el artículo 247 del C. de P. P. para proferir en su contra sentencia condenatoria por la complicidad en el concurso de delitos de peculado por apropiación agravado, de que se ocupa el proceso 3826D, realizados por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez al tramitar los procesos ejecutivos 30105, 30511, 30522 y 30981.

No obstante, como para individualizar la pena de esta procesada el Tribunal consideró todas las circunstancias de agravación previstas para el funcionario dentro del proceso 3557C, se impone la revaloración del tema, tal como se hizo en relación con Luis Henry Trujillo Sánchez.

El delito de peculado por apropiación, agravado por la cuantía, tiene prevista para el autor pena de cuatro a quince años de prisión, multa de veinte mil a dos millones de pesos, e interdicción de derechos y funciones públicas de dos a diez años.

De conformidad con las previsiones del artículo 24 del Código Penal, el cómplice de dicha conducta será acreedor a la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Significa esto que para el caso del cómplice del delito de peculado por apropiación agravado por la cuantía, la pena correspondiente oscilaría entre veinticuatro y ciento cincuenta meses de prisión. La pena de multa entre diez mil pesos y un millón seiscientos sesenta y cinco mil pesos, y la interdicción de derechos y funciones públicas entre uno y ocho años más cuatro meses.

Como ya fue advertido, además de las circunstancias de agravación expresamente imputadas en el pliego de cargos, referidas a los ordinales 1 y 4 del artículo 66, respecto de esta procesada también concurren las circunstancias de agravación previstas por los ordinales. 11, 7 y 3, las cuales también fueron consideradas en la providencia enjuiciatoria.

Así las cosas, para individualizar la pena que le corresponde a esta procesada, se tendrán en cuenta las circunstancias genéricas de agravación cuya

configuración en la acusación viene de ser advertida, y que en su favor obra la de atenuación prevista en el artículo 64-1 del C. P. referida a su buena conducta anterior la que se colige por no registrar antecedentes penales o contravencionales, y acorde con las previsiones del artículo 61 *ejusdem*, tomando en cuenta la gravedad de la conducta llevada a cabo con la cual no solo contribuyó al ilícito apoderamiento de dineros del Estado sino también destinados a brindar protección en seguridad a un sector de la población que amerita atención y cuidados especiales, como son los ex funcionarios pensionados que atraviesan por la tercera edad, para individualizar la pena no se partirá del mínimo (veinticuatro meses) sino de treinta y seis meses (36 meses), que aumentados en un (1) año por efecto del concurso, arroja un guarismo total de cuatro años (4) años de prisión.

En relación con la pena de multa, el mismo parámetro ya establecido en esta providencia para los otros procesados, será el aplicado a la señora Cabrera Polanco a quien el Tribunal la condenó al pago de doscientos mil pesos, suma ésta que será mantenida por la Corte por las razones suficientemente vistas.

Y para la interdicción de derechos y funciones públicas, que el Tribunal aplicó como pena accesoria siendo principal, se partirá de dieciocho meses que aumentados por efectos del concurso arroja un total de veinticuatro meses, es decir, dos años.

Del mismo modo, como quiera que el Tribunal condenó a esta procesada al pago solidario de la suma de $ 941.380.434.oo, en igualdad de condiciones a la obligación en tal sentido impuesta a su hermano, la Corte habrá de reducir dicho monto a términos de proporcionalidad dada la forma de su participación en el delito, cómplice. Por lo anterior, la suma a pagar en condiciones de solidaridad será la de $ 941.380.oo, equivalente al 10% del monto impuesto a Omar Cabrera Polanco.

9. Como es apenas obvio, dado el quantum de la pena privativa de libertad que mediante este fallo se impone a los acusados, no se reúne el presupuesto objetivo para considerar siquiera la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional, para ninguno de ellos, siendo imperioso confirmar la decisión adoptada por el *A quo*, en el sentido de revocar la detención domiciliaria de que vienen gozando los doctores Luis Henry Trujillo Sánchez y Omar Cabrera Polanco, así como la señora Mercedes Cabrera Polanco.

En este punto del pronunciamiento, la Sala no puede dejar pasar la oportunidad sin llamar la atención del error en que incurre la Corporación de primera instancia, al considerar que la detención domiciliaria no puede ser revocada hasta tanto no adquiera firmeza la sentencia.

Esta es una concepción formulada a partir de un criterio jurisprudencial del cual no se cita ni completo ni se indica la fuente, y que además ha sido objeto de precisión en su alcance por la Corte.

Para ello baste con recordar el siguiente pronunciamiento de la Sala:

"1°. Tratándose de la detención domiciliaria, ha sido reiterada y constante la posición de la Sala en el sentido de que se trata de una medida de aseguramiento autónoma e independiente de la detención preventiva.

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

"3. Así las cosas, es del caso anotar que la decisión transcrita en precedencia fue reiterada en el auto de segunda instancia, en el que el defensor de G.Z. sustenta la petición, no obstante que distorsiona su real contenido y alcance por su reproducción fuera de contexto para afirmar que la Sala ha sostenido la necesidad de la ejecutoria del fallo para hacer efectiva la revocatoria de la detención domiciliaria, cuando en verdad el criterio ha sido el contrario".

"Evitó pues, el petente, tener en cuenta que si bien en el aparte que reproduce como aval de sus afirmaciones, se menciona la necesidad de la ejecutoria del fallo para hacer efectiva la reclusión en un establecimiento carcelario como consecuencia de la revocatoria de la detención domiciliaria como efecto de la sentencia de condena, esta no es afirmación de la Corte sino enunciación de la segunda de las 'tres cosas definitivas en la solución del presente asunto' que no eran otras que las planteadas por el defensor del procesado y el Ministerio Público en la apelación interpuesta contra el auto proferido en primera instancia por el Tribunal de Pasto, caso en el cual es la Sala competente para pronunciarse de fondo. Sin embargo, en aquella oportunidad no se abordó el análisis de los tres aspectos mencionados por sustracción de materia, dado que los apelantes desistieron del recurso".

"5. Olvida además el petente, que frente a la cuestión planteada, ha sido unánime y constante la posición jurisprudencial, pudiéndose citar a manera

de ejemplo los autos de única instancia del 7 de noviembre de 1995 (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel), 8 de agosto de 1996 y 15 de septiembre de 1997 (M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar) y el del 5 de junio del año en curso (1997) a que se ha hecho alusión por constituir el pretendido supuesto de la petición que ahora se resuelve" (Auto de octubre 14 de 1997. M. P. Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*,).

Siendo de destacar, que en razón a la errada interpretación hecha de la jurisprudencia por parte del Tribunal, se ha dado lugar a que los procesados que ahora gozan de la detención domiciliaria, cumplan la mayor parte de la pena que les corresponde en las condiciones en que les fue impuesta la aludida medida de aseguramiento, con el agravante de que respecto de Omar Cabrera Polanco se le ha impuesto como tal "la ciudad por cárcel", cuestión ampliamente superada por la jurisprudencia de esta Corte, en el sentido de precisar que la medida debe cumplirse en la morada del procesado.

También es de advertir, que no obstante la errada concepción del instituto por parte del Tribunal, el desacierto que se observa no podía corregirlo la Corte por fuera del correspondiente fallo de fondo mediante el proferimiento de una decisión de carácter interlocutorio. Con lo dicho, entiende la Corte, se resuelve la inquietud formulada por la señora Procuradora Delegada en su memorial que antecede, en el cual solicita verificar el cumplimiento de la detención domiciliaria de Cabrera Polanco, pues el escrito en que se funda obedece al desconocimiento por parte de quien lo suscribe de las condiciones en las cuales le fue impuesta la medida de aseguramiento a Cabrera Polanco y el hecho de habérsele concedido permiso para asistir a una diligencia judicial en una población cercana a la Capital de la República.

Por lo dicho en precedencia, se modificará el numeral trece de la parte resolutiva del fallo impugnado, en el sentido de ordenar la captura inmediata de Omar Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo Sánchez, a efectos de que cumplan la pena privativa de libertad que se le impone mediante este fallo.

9. Otras decisiones.

9.1. Dado que la procesada Mercedes Cabrera Polanco se encuentra privada de su libertad desde el 27 de febrero de 1993, fecha en que se produjo su captura (fl. 121 cno. 6), es de entender que a la actualidad ha transcurrido un término superior a los cuatro años de prisión que se le imponen mediante este fallo, siendo acreedora a la libertad por pena cumplida, para lo cual habrán de librarse las comunicaciones correspondientes a las autoridades carcelarias.

9.2. Como se recordará, el procesado doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez demanda se le expida una constancia sobre el estado del presente proceso, debiéndose acceder a ello, a lo que se procederá por el Tribunal de Instancia.

9.3. Dado que la Procuradora Once Judicial Penal solicita se adicione la decisión de primera instancia, en el sentido de disponer la compulsación de copias para la investigación de la conducta del doctor Omar Cabrera Polanco

por su intervención en el proceso ejecutivo laboral número 31827, lo cual por ser procedente, se accederá a ello.

9.4. Para la notificación personal de este proveído a la procesada Mercedes Cabrera Polanco, se comisiona a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva.

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

RESUELVE:

Primero. MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá en el presente asunto, en el sentido de CONDENAR al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez a las penas principales de quince años y diez meses de prisión, multa en cuantía de un millón de pesos ($1.000.000.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de siete años y seis meses, por encontrarlo penalmente responsable del concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo de delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación, concierto para delinquir y falsedad ideológica en documento público, a él imputados en las resoluciones de acusación proferidas dentro de los procesos radicados con los números 3557C y 9797A.

Segundo. REVOCAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la providencia materia de impugnación.

Tercero. ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ABSOLVER al doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez de los delitos de prevaricato por omisión, imputados en la acusación proferida en su contra dentro del proceso radicado con el número 3557C; ABSOLVER a este procesado del delito de prevaricato por acción imputado dentro del juicio de radicado 10398 A y relacionado con el ejecutivo número 30719 y ABSOLVERLO del delito de enriquecimiento ilícito imputado en la acusación proferida dentro del proceso 10672A.

Cuarto. MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR al doctor Luis Henry Trujillo Sánchez a las penas principales de siete (7) años de prisión, quinientos mil pesos de multa ($500.000.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de treinta (30) meses, y la accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por el término de tres (3) años por encontrarlo penalmente responsable del concurso de delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado por la cuantía, en la modalidad de tentativa, a él imputados en el proceso radicado con el número 9797A.

Quinto. REVOCAR el numeral quinto de la parte resolutiva de la providencia ameritada.

Sexto. MODIFICAR el numeral SEXTO de la parte resolutiva de la sentencia objeto de la apelación, en el sentido de CONDENAR al doctor Omar Cabrera Polanco a las penas principales de once (11) años de prisión, multa en cuantía de un millón de pesos ($1.000.000.oo), e interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de cuatro (4) años y seis (6) meses, y la accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por el término de tres (3) años, por encontrarlo penalmente responsable del concurso de delitos de prevaricato por acción, peculado por apropiación consumado y peculado por apropiación en la modalidad de tentativa, a él imputados en las resoluciones de acusación proferidas dentro de los procesos radicados con los números 9797A y 3826D

Séptimo. REVOCAR el numeral séptimo de la parte resolutiva de la sentencia materia de impugnación.

Octavo. MODIFICAR el numeral OCTAVO de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en el sentido de CONDENAR a la señora Mercedes Cabrera Polanco a las penas principales de cuatro (4) años de prisión, multa en cuantía de doscientos mil pesos ($200.000.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de veinticuatro meses, por encontrarla penalmente responsable a título de cómplice del concurso de delitos de peculado por apropiación agravado por la cuantía, y ABSOLVERLA del concurso de delitos de prevaricato por acción, a ella imputados en la resolución de acusación proferida dentro del proceso radicado con el número 3826D.

Noveno. REVOCAR el numeral noveno de la parte resolutiva del fallo impugnado.

Décimo. MODIFICAR el numeral DECIMO de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a Mercedes Cabrera Polanco del pago solidario de la suma de $941.381.oo y los intereses pertinentes por el mismo concepto como daños y perjuicios ocasionados con su conducta ilícita, y confirmar la condena en tal sentido impuesta a Luis Alvaro Sánchez Rodríguez y Omar Cabrera Polanco en su monto y demás efectos.

Decimoprimero. CONFIRMAR los numerales once y doce de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

Decimosegundo. MODIFICAR el numeral TRECE de la parte resolutiva de la providencia materia de impugnación, en el sentido de ORDENAR la inmediata captura de los procesados doctores Omar Cabrera Polanco y Luis Henry Trujillo Sánchez, para lo cual se librarán los oficios respectivos.

Decimotercero. Adicionar el numeral catorce de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, en el sentido de DISPONER que se compul sen copias de lo actuado para la investigación de la conducta del doctor Omar Cabrera Polanco dentro del proceso ejecutivo número 31827.

Decimocuarto. CONFIRMAR los numerales quince, dieciséis, diecisiete y dieciocho de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia.

Decimoquinto. CONCEDER a la procesada Mercedes Cabrera Polanco el derecho de libertad definitiva. Devolver la caución prestada. Librar las comunicaciones a las autoridades caroclarias.

Decimosexto. Para la notificación personal de esta providencia a la procesada Mercedes Cabrera Polanco, y expedir la correspondiente orden de libertad, se comisiona a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva. Librar despacho comisorio.

Decimoséptimo. Por el Tribunal de primera instancia, expídase la constancia solicitada por el procesado Luis Alvaro Sánchez Rodríguez.

Decimoctavo. En firme, devuélvase el diligenciamiento al Tribunal de Origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego; Fernando Arboleda Ripoll. (Salvamento Parcial de Voto); *Carlos A. Gálvez Argote.* (Salvamento Parcial de Voto); *Edgar Lombana Trujillo.* (Salvamento de Voto); *Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar;* (Salvamento Parcial de Voto); *Alvaro O. Pérez Pinzón* (Salvamento Parcial de Voto); *Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Constituyendo el motivo de mi discrepancia en la decisión de mayoría el tratamiento autónomo que se da al delito de falsedad ideológica en documento público, me permito transcribir el fragmento de la original ponencia de fallo que no fuera acogida en ese aspecto, a manera de salvedad de voto, donde sostuve que en este asunto ello no era posible:

"En este caso, al igual que sucede con la imputación por prevaricato por omisión, si el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez mantenía el firme propósito de apoderarse de los dineros de la Caja Nacional de Previsión mediante la realización de prevaricatos por acción, al librar mandamientos de pago sin tener fundamento los documentos base de las acciones, y ordenar, contrariando la prohibición contenida en la ley, el embargo de los recursos oficiales y su posterior entrega a los ejecutantes, pues debe entenderse que a partir de la admisión de la demanda todo el proceso no era más que un remedo de trámite judicial, no sujeto a ningún parámetro legal.

"Por esto, las inconsistencias que la Fiscalía y el Tribunal observan en las constancias expedidas en el proceso 31270 de Rosalba V. de Pacualy y 65 personas más, relacionadas con los saldos disponibles de dinero, no configuran otra cosa que una más de las maneras como los criminales propósitos podrían ser logrados, al impedir, por este mecanismo, que la demandada tuviera en claro el monto de los recursos cuya devolución podía reclamar, y con ello dar lugar a que sobre dichos recursos se solicitara un nuevo embargo para acceder a esto de modo inmediato.

"La imputación por falsedad ideológica sería válida si el proceso donde se realizó pudiera corresponder a un trámite, a más de legítimo, enteramente avenido a la ley, pero esto no es lo que se observa en el caso de los procesos tramitados por el doctor Sánchez Rodríguez, como ha sido repetidamente destacado en el curso de esta providencia, dado que las inconsistencias matemáticas en la liquidación de los títulos no obedecían a propósito distinto de que la Caja no lograra el desembargo de los dineros que podrían resultarle a su favor luego de cancelados los créditos cobrados coercitivamente y en esas circunstancias obtener la ilícita apropiación de los recursos cuya devolución ya había sido dispuesta.

"De ahí que al corresponder el acto certificatorio solamente a uno de los pasos recorridos por el funcionario para lograr la finalidad trazada de apoderarse ilícitamente de los dineros oficiales, y quedar comprendido en los delitos de prevaricato y peculado, ninguna autonomía de relevancia penal se advierte, pues en realidad en tales condiciones no podía existir lesión al bien jurídico de la fe pública (como entidad autónoma, por supuesto), dado que desde sus inicios la actuación del funcionario no tenía ninguna potencialidad de generar credibilidad por constituir un remedo de procesos. En estas condiciones no cabe más alternativa que absolver al doctor Sánchez Rodríguez de este cargo."

Fernando Arboleda Ripoll.

Fecha *ut supra.*

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Por compartir plenamente los argumentos expuestos por el Magistrado, doctor Fernando Arboleda Ripoll, en su ponencia que no fue compartida por la mayoría de los integrantes de la Sala respecto al delito de falsedad ideológica, que en el fallo se consideró como delito autónomo y en el proyecto como uno de los medios necesarios para "lograr la finalidad trazada de apoderarse ilícitamente de los dineros oficiales" por parte del Juez procesado, manifesté mi voto afirmativo por esa propuesta; por tal razón, y como en el salvamento parcial de voto que ahora este Magistrado ha suscrito transcribe aquellas consideraciones, nada tengo que agregar al respecto sino compartirlas y por ende, adherirme a esa salvedad.

Carlos A. Cálvez Argote.

Fecha *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO

Mi desacuerdo con la decisión de la Sala se limita estrictamente a los siguientes puntos:

1) Al procesado Luis Alvaro Sánchez Rodríguez, como se definió el fallo de primera instancia, le era imputable el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público por el cual fue acusado por la Fiscalía.

La Sala Mayoritaria dispuso su absolución por dicho cargo (páginas 257 a 261 de la sentencia). Básicamente en consideración a que el desmesurado incremento patrimonial del procesado se dio por la misma época en la cual estuvo a cargo del trámite de los procesos contra la Caja Nacional de Previsión, resultando válido sostener que tuvo como fuente los multimillonarios recursos obtenidos a través de los atentados cometidos en contra de la administración pública. Prueba de ello, resalta la sentencia, es que a las cuentas personales del funcionario ingresaron sumas de dinero provenientes de Guillermo del Cristo Preciado, uno de los abogados que tramitó varias acciones ejecutivas contra CAJANAL ante el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá.

A mi juicio el argumento de la Sala Mayoritaria resulta insuficiente para desconocer el acrecimiento patrimonial ilícito. Sencillamente porque el cargo de peculado de acuerdo con la acusación y con la realidad procesal, fue en favor de terceros. Y de hecho, como se comprobó, las cuantiosas sumas objeto de la defraudación patrimonial fueron entregadas a los abogados demandantes y aunque, como lo señala la Mayoría, a las cuentas personales del procesado Sánchez Rodríguez ingresaron recursos provenientes de uno de tales litigantes, esa sola circunstancia no es demostrativa de que el incremento patrimonial se haya derivado del delito de peculado. Ello a lo sumo podría dar lugar a descontar lo recibido de éste, del total del incremento injustificado, derivándose como consecuencia la imputación de enriquecimiento ilícito por la diferencia.

Pero si lo que se plantea es que el exfuncionario se apropió a favor de terceros de una suma multimillonaria, la cual ascendió a $3.441.261.501.oo, la fuente del enriquecimiento no es posible derivarla del peculado, que no fue en su propio beneficio. Y si por razón de su aporte a la empresa criminal recibió dinero de los abogados, como se comprobó en el caso de Cristo Precia-

do, ese hecho no desnaturaliza la conclusión precedente. Que haya cobrado para hacerlo, que es una hipótesis que no se podía descartar en las circunstancias anotadas, constituiría el delito de cohecho, que al no haber sido determinado probatoriamente y por ende tampoco habérsele imputado en la acusación, no dejaba otra alternativa que la atribución del tipo de enriquecimiento ilícito en virtud del carácter subsidiario que ostenta.

Con todo respeto, entonces, disiento de la decisión de la Sala consistente en absolver al exjuez Sánchez Rodríguez por el delito mencionado.

2) A la procesada Mercedes Cabrera Polanco, como lo decidió el Tribunal, le eran imputables los delitos de prevaricato y peculado a título de determinadora y en esa medida no comparto la decisión de condenarla sólo como cómplice de peculado adoptada por la Mayoría.

A partir de los elementos de juicio resaltados por la Sala como fundamento de su conclusión, procedía a mi juicio la confirmación del fallo de la primera instancia en el punto a que se alude.

Lo demostrado en el proceso señala a la procesada Cabrera Polanco como parte de la empresa criminal montada para defraudar el patrimonio de la Caja Nacional de Previsión y no como una simple tercera, por fuera del grupo, aportando ciertas contribuciones a una actividad delictiva ajena.

Era cercana de Omar Cabrera Polanco, atendía a los pensionados, los convencía de demandar a la Caja Nacional de Previsión y bajo esa dinámica logró la obtención de 16 poderes que sustentaron igual número de ejecuciones adelantadas ante el Juzgado 4° Laboral del Circuito. Adicionalmente, cuando algunos poderdantes se enteraron de que dicho despacho judicial ya había dispuesto el pago pretendido y acudieron a ella, procedió a cancelarles con sus propios recursos. Son circunstancias demostrativas de su conocimiento íntimo de lo que estaba sucediendo y que la ubican cumpliendo un rol en la obra mancomunada y no simplemente prestándole algunas colaboraciones eventuales a la organización criminal.

No desconozco que la procesada Cabrera Polanco no era abogada y que en esa medida no intervino formalmente en los procesos laborales. Mi punto de vista, sin embargo, es que al ser parte de la empresa criminal, al efectuar en esa medida aportes causales en función del andamiaje estructurado para llevar a cabo la millonaria defraudación, simplemente tenía que responder por todos los delitos realizados por el grupo. Estos se cometieron comunitariamente, las tareas en tal medida se las dividieron los distintos participantes y bajo tales circunstancias, de acuerdo con la noción de coautoría impropia, los socios criminales responden de todos los delitos cometidos por la empresa, así la tarea que les haya correspondido -como usualmente acontece- por sí misma no alcance a agotar el hecho típico.

Que al interior de la empresa el papel desempeñado por la procesada haya sido principal o secundario lo encuentro intrascendente para efecto de la imputación delictiva. Simplemente hacía parte de ella y por lo tanto no podía

excluírsele de responsabilidad penal por la totalidad de delitos atribuidos a la organización.

A mi juicio, en consecuencia, procedía confirmar la decisión de condenarla como determinadora de prevaricato y peculado adoptada por el Tribunal.

3) Disiento, por último, de la posición de la Sala Mayoritaria relativa a aceptar como parte de la pena impuesta al procesado Omar Cabrera Polanco el tiempo cumplido en detención domiciliaria.

Para el cumplimiento de dicha medida de aseguramiento se fijó como domicilio la ciudad y en tales circunstancias -como lo he sostenido en otras oportunidades- en realidad nunca estuvo privado de su libertad. Admito que el derecho fue objeto de restricción (lo cual es común a la libertad provisional, a la caución, a la conminación y a la prohibición de salir del país) pero en ningún momento fue privado del mismo como para aceptar que todo el tiempo que permaneció con libertad de desplazamiento en Bogotá, sin ningún tipo de interrupción en sus rutinas (inclusive la profesional), pueda abonársele a la pena de prisión que se le impuso.

El error de la Fiscalía de asimilar la noción de domicilio a ciudad, entonces, no puede convertirse en razón suficiente para que por obra y gracia de una ficción inaceptable se estime que el sindicado estuvo privado de la libertad cuando en realidad eso no sucedió, y se le termine abonando a la pena un lapso en el cual no estuvo encarcelado. La interpretación de la Mayoría, de la que me separo con respeto, es en mi criterio contraria al artículo 406 del Código de Procedimiento Penal que claramente dispone, con absoluta lógica, que "el término de la detención preventiva se computará desde el momento de la privación efectiva de la libertad", lo cual traduce que el único tiempo abonable a la sanción eventual que se le imponga al sindicado es aquél en el que permaneció en la cárcel, incluyendo en esta noción su casa de habitación.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones de mi disentimiento respetuoso.

Carlos Eduardo Mejía Escobar.

INDICE CRONOLOGICO

(Véase también en Internet)

Página

PERMISO ADMINISTRATIVO/REDENCION DE PENA/FAVORABILIDAD

PONENTE:	EDGAR LOMBANA TRUJILLO Auto Casación
FECHA:	12/08/1999
DECISION:	Se abstiene de reconocer por ahora redención de pena
PROCEDENCIA:	Tribunal Nacional
PROCESADOS:	MORALES MORA, ANGELICA y BOHADA LOPEZ, ROSS MARY
DELITOS:	Violación a la Ley 30/86
PROCESO:	15640
PUBLICADA:	Sí 7

RECURSO DE HECHO/CASACION DISCRECIONAL

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR Recurso de Hecho
FECHA:	13/08/1999
DECISION:	Declara improcedente el recurso de hecho, inadmite el recurso de casación discre
PROCEDENCIA:	Juzgado 12 penal del Circuito
CIUDAD:	Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS:	RIVERA CALDERON, JORGE y RIVERA CALDERON, JAIME
DELITOS:	Estafa
PROCESO:	15717
PUBLICADA:	Sí 14

NULIDAD

PONENTE:	FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL Auto Casación
FECHA:	17/08/1999
DECISION:	Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD:	Armenia
PROCESADO:	CARDENAS RAMIREZ, JAIME

Página

DELITOS: Acceso carnal violento, Porte de armas de defensa personal, Corrupción, Incesto
PROCESO: 13410
PUBLICADA: Si 20

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir/CONFESION/FLAGRANCIA

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 17/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: RODRIGUEZ GARZON, FABIAN
DELITOS: Lesiones personales, Homicidio preterintencional
PROCESO: 10567
PUBLICADA: Si 25

JUEZ ESPECIALIZADO/COMPETENCIA/PORTE ILEGAL DE ARMAS

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Colisión de Competencias
FECHA: 17/08/1999
DECISION: Asigna competencia al Juzgado Penal del Cto. Especializado de Santa Fe de Bogotá
PROCEDENCIA: Juzgado 2 P. del Circuito de Pitalito, Juzgado P.C.E. de Bogotá
PROCESADO: CUELLAR DIAZ, JAIME ANTONIO
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Porte de municiones
PROCESO: 16080
PUBLICADA: Si 33

REDENCION DE PENA/PERMISO ADMINISTRATIVO

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Casación
FECHA: 17/08/1999
DECISION: Reconoce en forma provisional rebaja de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bógotá
PROCESADO: LOPEZ DUARTE, JOSE IGNACIO
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 10530
PUBLICADA: Si 37

FRAUDE PROCESAL/DELITO PERMANENTE/PRESCRIPCION

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Casación Discrecional-Reposición
FECHA: 17/08/1999
DECISION: No repone auto por medio del cual no se concedió el recurso de casación excepcional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial

Página

CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: HERNANDEZ HERNANDEZ, JORGE ELIECER
DELITOS: Fraude procesal
PROCESO: 15752
PUBLICADA: Si 40

NOTIFICACION/APELACION/TERMINO

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 17/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: RODRIGUEZ GONZALEZ, ELIECER
DELITOS: Homicidio.
PROCESO: 10669
PUBLICADA: SI 44

SANA CRITICA

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 17/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS: LEON CARREÑO, ALEXANDER y
VIÑA PATIÑO, RODRIGO
DELITOS: Tentativa de homicidio agravado, Tentativa de hurto agravado
PROCESO: 11267
PUBLICADA: Si 57

DEBIDO PROCESO/INVESTIGACION INTEGRAL

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Sentencia Casación
FECHA: 17/08/1999
DECISION: Casa sentencia condenatoria, declara nulidad del proceso
desde el cierre de investigación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: PEREZ TORRES, CARLOS ARTURO
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 9953
PUBLICADA: Si 64

CONTROL DE LEGALIDAD/PREVARICATO/DOLO

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 17/08/1999

Página

DECISION: Con aclaración en la parte motiva, confirma sentencia condenatoria
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Rosa de Viterbo
PROCESADO: PRIETO CELY, LISANDRO DE JESUS
DELITOS: Prevaricato por acción
PROCESO: 13775
PUBLICADA: Sí 75

LIBERTAD PROVISIONAL/CONCURSO

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación -Libertad-Reposición
FECHA: 17/08/1999
DECISION: No repone auto y niega libertad
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Villavicencio
PROCESADO: CHAPARRO RODRIGUEZ, PEDRO ALFONSO
DELITOS: Homicidio agravado, Tentativa de hurto calificado y agravado
PROCESO: 10616
PUBLICADA: Sí 93
18/08/1999

LIBERTAD PROVISIONAL-Narcotráfico

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación -Libertad-
FECHA: 18/08/1999
DECISION: Niega libertad
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ROZO TORRES, MIGUEL ENRIQUE
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 15108
PUBLICADA: Sí 98

CASACION DISCRECIONAL/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación Discrecional
FECHA: 18/08/1999
DECISION: No concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: LOPEZ GAVIRIA, JUAN CARLOS
DELITOS: Porte de armas de defensa personal
PROCESO: 16092
PUBLICADA: Sí 102

CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia./TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/REPARACION DEL DAÑO/REDENCION DE PENA

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación Discrecional

Página

FECHA: 18/08/1999
DECISION: No concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Juzgado 27 Penal del Circuito
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS: GARCIA IBAÑEZ, FRANKLIN HAROLD y QUIROZ OSPINA, ADOLFO ARMANADIO
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 16013
PUBLICADA: Sí 105

CAMBIO DE RADICACION-Competencia de la Corte y de la Fiscalía

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Cambio de Radicación
FECHA: 18/08/1999
DECISION: Se abstiene de resolver petición de cambio de radicación
PROCEDENCIA: Fiscalía 29 Seccional
CIUDAD: Yopal
PROCESADO: GONZALEZ GONZALEZ, ALVARO
DELITOS: Tentativa de homicidio. Porte ilegal de armas. Homicidio
PROCESO: 15919
PUBLICADA: Sí 110

CASACION-Interés para recurrir-Apelación

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia Casación
FECHA: 23/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: MONTANA PANTALEON, EDUARDO y MOLINA RIVERA, HERNANDO
DELITOS: Estafa
PROCESO: 11104
PUBLICADA: Sí 113

LIBERTAD PROVISIONAL

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Casación-Libertad-Reposición
FECHA: 24/08/1999
DECISION: No repone auto impugnado
PROCESADO: COY PINEDA, CARLOS ABEL
DELITOS: Cohecho
PROCESO: 15623
PUBLICADA: Sí 125

ACCION DE REVISION-Causales

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Acción de Revisión

Página

FECHA: 24/08/1999
DECISION: No decreta nulidad
PROCESADO: MACDANIEL ROSADO, JORGE MIGUEL
PROCESO: 14198
PUBLICADA: Sí 128

COMPETENCIA-Congresista

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Unica Instancia
FECHA: 24/08/1999
DECISION: Declara que la Corte ha perdido competencia para conocer de la causa
PROCEDENCIA: Corte Suprema de Justicia
PROCESADO: MONROY ORTIZ, JORGE ARMANDO
DELITOS: Peculado por apropiación, Peculado por extensión
PROCESO: 15841
PUBLICADA: Sí 133

DESISTIMIENTO

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 24/08/1999
DECISION: Inacepta el desistimiento
PROCEDENCIA: Tribunal
CIUDAD: Nacional
PROCESADO: CORREA ALZATE, MONICA VICTORIA
DELITOS: Omisión de informes sobre actividades terroristas
PROCESO: 12696
PUBLICADA: Sí 136

CASACION-Requisitos

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 24/08/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: BARRETO MONROY, ARMANDO
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 14414
PUBLICADA: Sí 138

CAMBIO DE RADICACION.

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Cambio de Radicación
FECHA: 24/08/1999
DECISION: Deniega el cambio de radicación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial

Página

CIUDAD: Tunja
PROCESADO: BENAVIDES, MILLER ALEJANDRO
DELITOS: Cohecho
PROCESO: 16069
PUBLICADA: Sí 142

LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia de la Corte

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Casación -Libertad-
FECHA: 25/08/1999
DECISION: Se abstiene de emitir pronunciamiento sobre libertad inmediata
PROCEDENCIA: Tribunal
CIUDAD: Nacional
PROCESADO: ARIAS VALENCIA, GILDARDO
DELITOS: Falsedad, Rebelión
PROCESO: 13435
PUBLICADA: Sí 145

DEFENSA TECNICA/INDAGATORIA

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Sentencia Casación
FECHA: 25/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: SANTIBAÑEZ GAZO, JAIME
DELITOS: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal
PROCESO: 11300
PUBLICADA: Sí 147

TESTIMONIO

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 25/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Rosa de Viterbo
PROCESADO: CARDENAS BAYONA, JAVIER EDUARDO
DELITOS: Hurto agravado, Homicidio
PROCESO: 11196
PUBLICADA: Sí 151

LIBERTAD PROVISIONAL-Trabajo, estudio o enseñanza-Reglamentación

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 26/08/1999
DECISION: Niega libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca

Página

PROCESADO: RIOS LEAL, KENNEDY ALBERTO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, porte de armas de defensa personal
PROCESO: 14791
PUBLICADA: Sí 172

REDENCION DE PENA-Trabajo carcelario/DETENCION DOMICILIARIA

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Casación
FECHA: 27/08/1999
DECISION: Se abstiene de reconocer redención de pena
PROCESADO: SANCHEZ ALFONSO, JORGE ENRIQUE
PROCESO: 15736
PUBLICADA: Sí 176

DELITO COMPLEJO/DELITO CONEXO/REBELION/DERECHO INTERNACIONALHUMANITARIO/ HOMICIDIO-Cometido en combate

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 27/08/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: AHUMADA ALDANA, ROBERTO
DELITOS: Rebelión. Terrorismo. Homicidio con fines terroristas
PROCESO: 13433
PUBLICADA: Sí 181

COMPETENCIA/CAMBIO DE RADICACION

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Cambio de Radicación
FECHA: 30/08/1999
DECISION: Niega el cambio de radicación
PROCEDENCIA: Juzgado 3 Penal del Circuito
CIUDAD: Villavicencio -
PROCESADO: ARTUNDUAGA SALAS, HUGO
DELITOS: Contaminación de aguas
PROCESO: 15952
PUBLICADA: Sí 205

DETENCION DOMICILIARIA-Competencia para concederla

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 31/08/1999
DECISION: Niega suspensión de la detención, se abstiene de considerar solicitud de sustitución
PROCESADO: GIL MURILLO, JHON JAIRO
PROCESO: 11715
PUBLICADA: Sí 209

Página

DEMANDA DE CASACION/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 31/08/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Antioquia
PROCESADO: SEPULVEDA VARGAS, ENRIQUE
DELITOS: Porte ilegal de armas, Homicidio agravado
PROCESO: 14094
PUBLICADA: Sí 212

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA-Irretractabilidad, imposibilidad de llegar a decisión absolutoria

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 31/08/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: SALAS GIRALDO, DURLANDY ALONSO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal
PROCESO: 13452
PUBLICADA: Sí 216

PROVIDENCIAS-En el proceso

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 31/08/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ORJUELA CABALLERO, JAIME
DELITOS: Porte de armas de uso privativo de las F.M.
PROCESO: 14331
PUBLICADA: Sí 220

LIBERTAD PROVISIONAL/NARCOTRAFICO

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación -Libertad-
FECHA: 01/09/1999
DECISION: Niega libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: BARRIENTOS PORRAS, HELIOS DE JESUS
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 14926
PUBLICADA: Sí 229

Página

IN DUBIO PRO REO

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: ARIAS GARCIA, FABIO
DELITOS: Lesiones personales, Homicidio
PROCESO: 14245
PUBLICADA: Si 232

PRESCRIPCION

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Declara prescrita la acción penal
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cartagena
PROCESADO: SALADEN HERNANDEZ, HERNANDO
DELITOS: Tentativa de homicidio
PROCESO: 13641
PUBLICADA: Si 236

RECURSOS-Interés para recurrir

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Desestima la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: GALLEGO, OSCAR ALBERTO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado
PROCESO: 10498
PUBLICADA: Si 239

ESTADO DE INFERIORIDAD/SANA CRITICA/FLAGRANCIA

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Desestima la demanda y en consecuencia no casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: FLOREZ PALACIO, JHON JAIRO
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 10788
PUBLICADA: Si 244

Página

LIBERTAD PROVISIONAL-Delitos excluídos de la Ley 415 de 1997

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación -Libertad-
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Niega libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: MOSQUERA MOSQUERA, JUAN INOCENCIO
DELITOS: Acceso carnal violento. Lesiones personales. Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal
PROCESO: 13006
PUBLICADA: Si 266

IMPEDIMENTO-Amistad íntima o enemistad grave

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Recusación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Declara que no exdsten motivos para separar del conocimiento al Dr. Lombana Trujillo
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
PROCESADO: CIFUENTES MEDINA, OSCAR
DELITOS: Hurto agravado, Porte ilegal de armas
PROCESO: 16098
PUBLICADA: Si 270

ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION/NULIDAD

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
PROCESADO: TORRES GUTIERREZ, CENON TORCUATO
DELITOS: Peculado por apropiación
PROCESO: 13787
PUBLICADA: Si 274

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ESPINOSA TORRES, ENRIQUE
DELITOS: Rebelión
PROCESO: 13125
PUBLICADA: Si 282

Página

CASACION DISCRECIONAL/TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Casación Discrecional
FECHA: 02/09/1999
DECISION: No conceder el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Juzgado Segundo Penal del Circuito
CIUDAD: Neiva
PROCESADO: TABARES AMEZQUITA, JUVENAL
DELITOS: Lesiones personales culposas
PROCESO: 16207
PUBLICADA: Sí 286

LIBERTAD PROVISIONAL-Normatividad

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Casación -Libertad-
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Niega libertad
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: ZAPATA ARBOLEDA, BEINOR HERNANDO
DELITOS: Tentativa de homicidio, Falsedad marcaria
PROCESO: 13609
PUBLICADA: Sí 288

CASACION-Impugnación

PONENTE: JORGE CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: No conceder el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
RECURRENTE: RODRIGUEZ ROMERO NOHORA CECILIA
DELITOS: Concierto para delinquir y cohecho
PROCESO: 10020
PUBLICADA: Sí 290

LEGITIMA DEFENSA/DOLO

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
RECURRENTE: ROJAS SALCEDO, JESUS EFREN
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 10559
PUBLICADA: Sí 295

Página

DEFENSA TECNICA/COLISION DE COMPETENCIA-Trámite/ APELACION/ CONFESION/TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/REDENCION DE PENA

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
RECURRENTE: CASTAÑO RUBIANO, CESAR AUGUSTO
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 11050
PUBLICADA: Sí 301

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 02/09/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: ORREGO TABARES, EUCLIDES
DELITOS: Hurto agravado, porte ilegal de armas de defensa personal, homicidio simple
PROCESO: 13334
PUBLICADA: Sí 322

DERECHO DE DEFENSA-Inactividad del abogado/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 06/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: RINCON ALDANA, PEDRO PABLO
DELITOS: Homicidio culposo
PROCESO: 12524
PUBLICADA: Sí 329

COMPETENCIA-Congresista

PONENTE: CARLOS A. GALVEZ ARGOTE
Unica Instancia
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Se abstiene de seguir conociendo
PROCEDENCIA: Corte Suprema de Justicia
PROCESADO: OVIEDO ALFARO, CARLOS ALBERTO

Página

PROCESO: 14325
PUBLICADA: Sí 341

CASACION/SENTENCIA

PONENTE: MARIO MANTILLA NOLGUES
Auto Casación
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Barranquilla
PROCESADO: RAMIREZ VISCAINO, CARLOS
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 15959
PUBLICADA: Sí 344

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/COMPETENCIA/EXTORSION

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Colisión de Competencias
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Adscribe competencia para ejercer el control de legalidad del acta de aceptación
PROCEDENCIA: Juzgado Regional de Cali, juzgado P. C. Caloto
PROCESADO: GUTIERREZ, JAIR
DELITOS: Tentativa de extorsión, Homicidio agravado
PROCESO: 15991
PUBLICADA: Sí 349

PROCESO PENAL/FISCAL/RESOLUCION DE ACUSACION/PRECLUSION DE LA INVESTIGACION

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Casa parcial, condena, niega subrogado, reitera orden de captura
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: QUESADA SALAZAR, FRANCISCO EDISON
DELITOS: Falsedad material de particular en documento público, Falsedad en documento privado, Receptación
PROCESO: 13524
PUBLICADA: Sí 354

CASACION-Requisitos

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Rechazar la demanda

Página

PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: DIAZ MATALLANA, HERNANDO
DELITOS: Homicidio agravado
PROCESO: 13819
PUBLICADA: Sí 365

TERMINO

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Declara desierto el recurso de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Riohacha
PROCESADO: FREYLE CURVELO, LEONARDO RAFAEL
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 15043
PUBLICADA: Sí 371

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Inadmitir la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: REINA SANCHEZ, JAIRO
DELITOS: Porte ilegal de armas, Homicidio simple
PROCESO: 13837
PUBLICADA: Sí 374

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 07/09/1999
DECISION: Rechazar *in limine* la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: MURILLO BARRETO, JOSELITO
DELITOS: Hurto calificado y agravado. Porte ilegal de armas de defensa, Tentativa de homicidio agravado
PROCESO: 13535
PUBLICADA: Sí 378

LIBERTAD PROVISIONAL/NARCOTRAFICO

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación -Libertad-Reposición
FECHA: 08/09/1999

Página

DECISION: No repone auto mediante el cual le fue negada libertad
PROCESADO: ROZO TORRES, MIGUEL ENRIQUE
PROCESO: 15108
PUBLICADA: Sí 382

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 08/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: PACHON CAÑON, PEDRO IGNACIO
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 11078
PUBLICADA: Sí 386

NOTIFICACION POR COMISIONADO

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Sentencia Casación
FECHA: 08/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: CRUZ, HUMBERTO.
ORDOÑEZ VIDAL, ORLANDO y
GOMEZ ARIZALA, JULIAN FERNANDO
DELITOS: Violación a la Ley 30/86, Falsedad. Concierto para delinquir
PROCESO: 13377
PUBLICADA: Sí 397

REDENCION DE PENA/JUEZ DE EJECUCION DE PENAS

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Casación
FECHA: 08/09/1999
DECISION: Decreta nulidad del auto del juzgado
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: PULGARIN AGUDELO, ORALIO DE JESUS
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 11491
PUBLICADA: Sí 417

NULIDAD/ DERECHO DE DEFENSA/ DEBIDO PROCESO

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 08/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial

Página

CIUDAD: Sincelejo
PROCESADO: RUIZ MONTES, BEDARDO RUBEN
DELITOS: Homicidio agravado, Tentativa de hurto calificado
PROCESO: 11414
PUBLICADA: SI 422

ERROR DE HECHO/ TIPICIDAD

PONENTE: CARLOS E. MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 09/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Florencia
PROCESADOS: MUÑOZ MORA, LUZ STELLA y
REYES CUELLAR, CARLOS FERNEY
DELITOS: Peculado por apropiación, Falsedad ideológica
en documento público
PROCESO: 9986
PUBLICADA: SI 429

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 10/09/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: VARGAS DUQUE, LUIS ALBERTO
DELITOS: Acceso carnal violento
PROCESO: 14241
PUBLICADA: SI 443

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Auto Casación
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Rechazar *in límine* la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Antioquia
PROCESADO: SANCHEZ MONCADA, CARLOS ARTURO
DELITOS: Porte ilegal de arma de defensa personal,
Homicidio doble agravado
PROCESO: 13713
PUBLICADA: SI 449

CASACION DISCRECIONAL/PARTE CIVIL

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Casación Discrecional

Página

FECHA: 14/09/1999
DECISION: Declara nulidad, no admite el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Juzgado 13 penal del Circuito
CIUDAD: Cali
PROCESADO: MUÑOZ VANEGAS, JULIO ANTONIO
DELITOS: Lesiones personales dolosas
PROCESO: 16079
PUBLICADA: Sí 453

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

PONENTE: FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Rechazar la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: MARIN BEDOYA, EDWARD
DELITOS: Porte ilegal de arma de defensa personal, Secuestro simple, Homicidio
PROCESO: 13406
PUBLICADA: Sí 456

SANA CRITICA/ PRUEBA

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: RAMIREZ CASTILLO, JOSE REYNEL
DELITOS: Lesiones personales, Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 13599
PUBLICADA: Sí 461

NULIDAD

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Inadmite la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: MARIN GIRALDO, CARLOS FERNEY
DELITOS: Homicidio simple
PROCESO: 13471
PUBLICADA: Sí 469

Página

ACCION DE REVISION

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Acción de Revisión
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Reconoce abogado y rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cúcuta
PROCESADO: TABORDA GOMEZ, DEISON ALBERTO
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 16155
PUBLICADA: Sí 478

ACCION DE REVISION

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Acción de Revisión
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Reconoce defensor y rechaza la demanda de revisión
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADOS: SANCHEZ MANJARRES, GILBERTO y
SANCHEZ MANJARRES, JORGE
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 16081
PUBLICADA: Sí 482

DEMANDA DE CASACION-Requisitos

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: LOPEZ GARCES, HENRY
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 15790
PUBLICADA: Sí 488

NULIDAD TECNICA

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Rechaza las demandas de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: ZAPATA BERNAL, HECTOR BYRON
ARENAS HURTADO, MANUEL ALBERTO
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 13724
PUBLICADA: Sí 497

Página

RECURSO DE HECHO-Requisitos

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Recurso de Hecho
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Se abstiene de desatar el recurso de hecho
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: MEJIA SALDARRIAGA, LUIS FERNANDO
LOPEZ TABARES, WILLINGTON
DELITOS: Homicidio agravado
PROCESO: 16088
PUBLICADA: Sí 503

CASACION DISCRECIONAL-Legitimidad para interponer el recurso

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Casación Discrecional
FECHA: 14/09/1999
DECISION: No concede el recurso de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
PROCESADO: LOPEZ TORO, CARLOS ALBERTO
DELITOS: Deserción
PROCESO: 16062
PUBLICADA: Sí 509

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL - Salvamento de Voto 514

SENTENCIA ANTICIPADA/APELACION

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 14/09/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: GIRALDO CALLEGO, GILBERTO LEON
DELITOS: Concierto para delinquir
PROCESO: 15812
PUBLICADA: Sí 515

LIBERTAD PROVISIONAL/Antecedentes/RESOCIALIZACION

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Casación -Libertad-Reposición
FECHA: 20/09/1999
DECISION: No repone providencia que negó libertad
PROCESADO: BERMUDEZ URIBE, CARLOS
PROCESO: 12694
PUBLICADA: Sí 520

Página

PRESCRIPCION/ PECULADO CULPOSO

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Segunda Instancia
FECHA: 20/09/1999
DECISION: Declara que en este asunto no ha operado el fenómeno de la prescripción
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Montería
PROCESADO: PETRO HERNANDEZ, MARTHA CECILIA
DELITOS: Peculado culposo
PROCESO: 11541
PUBLICADA: Sí 526

EDGAR LOMBANA TRUJILLO - Salvamento de Voto 529

REDENCION DE PENA-Normatividad/ JUSTICIA ESPECIALIZADA

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 20/09/1999
DECISION: Reconoce en forma provisional redención de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: MUÑOZ CORREA, LUIS HORACIO
DELITOS: Secuestro extorsivo
PROCESO: 11859
PUBLICADA: Sí 533

DICTAMEN PERICIAL

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Segunda Instancia
FECHA: 21/09/1999
DECISION: Confirma providencia que no accedió a ordenar aclaración y complementación de los dictámenes
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Neiva
PROCESADOS: FERNANDEZ VILLALBA, JOSE DOMINGO
TRUJILLO, HECTOR RAMIRO
CUELLAR BOTELLO, GERARDO
DIAZ CASTRO, HERNANDO
DELITOS: Prevaricato, Falsedad documental, Peculado, Concierto para delinquir
PROCESO: 16021
PUBLICADA: Sí 536

PRESCRIPCION

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 21/09/1999
DECISION: Niega solicitud de cesación de procedimiento por prescripción

Página

PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Quibdó
RECURRENTE: IBARGUEN MOSQUERA, JAFEHT
DELITOS: Concusión
PROCESO: 11361
PUBLICADA: Sí 545

EDGAR LOMBANA TRUJILLO - Salvamento de Voto 548

EXTRADICION-Trámite

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Extradición
FECHA: 22/09/1999
DECISION: No repone providencia examinada
PAIS REQUIRENTE: Estados Unidos de América
PROCESADO: PERLAZA ORTIZ, MILTON
PROCESO: 15825
PUBLICADA: Sí 553

CASACION-Interés para recurrir-Apelación

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 22/09/1999
DECISION: Desestima la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADOS: ARANGO ESCOBAR, ALDEMAR
FERNANDEZ MARIN, JUAN JOSE
DELITOS: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa,
Fraude procesal
PROCESO: 11351
PUBLICADA: Sí 558

NULIDAD/ IRREGULARIDAD

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 22/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: OLARTE REYES, CARLOS EDGAR
DELITOS: Tentativa de homicidio, Porte ilegal de armas
de defensa personal,
Homicidio
PROCESO: 11543
PUBLICADA: Sí 563

Página

INVESTIGACION INTEGRAL

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 22/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cúcuta
PROCESADO: CASTRO ORTEGA, PEDRO JOSE
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado
PROCESO: 10757
PUBLICADA: Si 569

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 22/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: OSPINA MENESES, LEON FABIO
DELITOS: Tentativa de homicidio, Porte ilegal de armas
PROCESO: 11068
PUBLICADA: Sí 580

COMPETENCIA/CONSULTA

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 22/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: SARMIENTO BARCENAS, OMAR
DELITOS: Homicidio agravado
PROCESO: 13878
PUBLICADA: Sí 587

DEMANDA DE CASACION/*IN DUBIO PRO REO*

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 22/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Neiva
PROCESADOS: SALVADOR SUAZA, JESUS.
DIAZ PERDOMO, PEDRO PABLO y
LEON GARCIA, GUILLERMO
DELITOS: Homicidio culposo, aborto, cómplice de aborto, determinador de aborto
PROCESO: 13125
PUBLICADA: Sí 595

Página

SANA CRITICA/ MINISTERIO PUBLICO-Concepto

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 22/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: CARDENAS SABOGAL, RENE
DELITOS: Lesiones personales, Porte ilegal de armas de defensa personal
PROCESO: 10510
PUBLICADA: Sí 607

DESISTIMIENTO

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 24/09/1999
DECISION: No acepta el desistimiento
PROCESADO: GUTIERREZ MEDINA, NAPO JOSE
PROCESO: 14659
PUBLICADA: Si 620

EXTINCION DE LA CONDENA-Casación

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Casación
FECHA: 24/09/1999
DECISION: Se abstiene de declarar extinguida la condena impuesta
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: DEVIA TOCORA, JAIRO
DELITOS: Falsedad
PROCESO: 13528
PUBLICADA: Sí 622

ACCION DE REVISION/ SENTENCIA ANTICIPADA

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Acción de Revisión
FECHA: 24/09/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda de revisión
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: OROZCO CARDONA, RAMON ELIAS
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal. Homicidio agravado. Tentativa de hurto calificado y agravado
PROCESO: 14596
PUBLICADA: Si 625

DEMANDA DE CASACION

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación

Página

FECHA: 28/09/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Barranquilla
PROCESADO: MEJIA SOLANO, ALBERTO JOSE
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 13916
PUBLICADA: Si 631

CASACION-Finalidad

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Casación
FECHA: 28/09/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: OSORIO ARENAS, NESTOR JAIR
DELITOS: Extorsión
PROCESO: 15558
PUBLICADA: Si 636

TIPICIDAD/ PREVARICATO POR ACCION/ PREVARICATO POR OMISION/ REPARTO/ CONCIERTO PARA DELINQUIR/ FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO/ PECULADO POR APROPIACION/ DETERMINADOR

PONENTES: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL,
JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 28/09/1999
DECISION: Modifica, revoca, adiciona, concede libertad, compulsa copias
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS: SANCHEZ RODRIGUEZ, LUIS ALVARO
TRUJILLO SANCHEZ, LUIS HENRY
CABRERA POLANCO, OMAR
CABRERA POLANCO, MERCEDES
DELITOS: Peculado por apropiación, Falsedad en documento público, Prevaricato por acción, Prevaricato por omisión, Enriquecimiento ilícito, Concierto para delinquir
PROCESO: 14288
PUBLICADA: Si 640

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL - Salvamento Parcial de Voto 800

CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE - Salvamento Parcial de Voto 802

CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR - Salvamento de Voto 803

INDICE GENERAL

Páginas

-A-

ACCION DE REVISION-Causales 128
ACCION DE REVISION 478, 482, 625
APELACION 44, 301, 515

-C-

CAMBIO DE RADICACION 142, 205
CAMBIO DE RADICACION-Competencia de la Corte y de la Fiscalía 110
CASACION DISCRECIONAL 14, 102, 286, 453
CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia 105
CASACION DISCRECIONAL-Legitimidad para interponer el recurso 509
CASACION 344
CASACION-Finalidad 636
CASACION-Impugnación 290
CASACION-Interés para recurrir-Apelación 113, 558
CASACION-Requisitos 138, 365
CONFESION 25, 301
COLISION DE COMPETENCIA-Trámite 301
COMPETENCIA 33, 205, 349, 587
COMPETENCIA-Congresista 133, 341
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 102
CONCIERTO PARA DELINQUIR 640
CONCURSO 93

CONTROL DE LEGALIDAD 75
CONSULTA 587

-D-

DEBIDO PROCESO 64, 422
DEFENSA TECNICA 147, 301
DELITO COMPLEJO 181
DELITO CONEXO 181
DELITO PERMANENTE 40
DETENCION DOMICILIARIA 176
DEMANDA DE CASACION 212, 282, 322, 378, 449, 595, 631
DEMANDA DE CASACION-Requisitos 488
DERECHO DE DEFENSA-Inactividad del abogado 329
DERECHO DE DEFENSA 422
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO 181
DESISTIMIENTO 136, 620
DETENCION DOMICILIARIA-Competencia para concederla 209
DETERMINADOR 640
DICTAMEN PERICIAL 536
DOLO 75, 295

-E-

ERROR DE HECHO 429
ERROR EN LA DENOMINACION JURIDICA DE LA INFRACCION 274
ESTADO DE INFERIORIDAD 244
EXTINCION DE LA CONDENA-Casación 622
EXTRADICION-Trámite 553
EXTORSION 349

-F-

FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO 640
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 386, 443, 456, 580
FAVORABILIDAD 7

FLAGRANCIA 25, 244
FISCAL 354
FRAUDE PROCESAL 40

-H-

HOMICIDIO-Cometido en combate 181

-I-

IMPEDIMENTO-Amistad íntima o enemistad grave 270
INDAGATORIA 147
IN DUBIO PRO REO 232, 595
IRREGULARIDAD 563
INVESTIGACION INTEGRAL 64, 569

-J-

JUEZ DE EJECUCION DE PENAS 417
JUEZ ESPECIALIZADO 33
JUSTICIA ESPECIALIZADA 533

-L-

LEGITIMA DEFENSA 295
LIBERTAD PROVISIONAL 93, 125, 229, 382
LIBERTAD PROVISIONAL-Antecedentes 520
LIBERTAD PROVISIONAL-Competencia de la Corte 145
LIBERTAD PROVISIONAL-Delitos excluidos de la Ley 415 de 1997 266
LIBERTAD PROVISIONAL-Narcotráfico 98
LIBERTAD PROVISIONAL-Normatividad 288
LIBERTAD PROVISIONAL-Trabajo, estudio o enseñanza-Reglamentación 172

-M-

MINISTERIO PUBLICO-Concepto 607

-N-

NARCOTRAFICO 229, 382

NOTIFICACION POR COMISIONADO 397
NOTIFICACION 44
NULIDAD TECNICA 497
NULIDAD 20, 274, 422, 469, 563

-P-

PARTE CIVIL 453
PECULADO CULPOSO 526
PECULADO POR APROPIACION 640
PERMISO ADMINISTRATIVO 7, 37
PRECLUSION DE LA INVESTIGACION 354
PRESCRIPCION 40, 236, 545, 526
PREVARICATO 75
PREVARICATO POR ACCION 640
PREVARICATO POR OMISION 640
PROCESO PENAL 354
PROVIDENCIAS-En el proceso 220
PRUEBA 461
PORTE ILEGAL DE ARMAS 33

-R-

REBELION 181
RECURSO DE HECHO 14
RECURSO DE HECHO-Requisitos 503
RECURSOS-Interés para recurrir 239
REDENCION DE PENA 7, 37, 105, 301, 417
REDENCION DE PENA-Normatividad 533
REDENCION DE PENA-Trabajo carcelario 176
REPARACION DEL DAÑO 105
REPARTO 640
RESOCIALIZACION 520
RESOLUCION DE ACUSACION 354

-S-

SANA CRITICA 57, 244, 607, 461
SENTENCIA ANTICIPADA 105, 301, 349, 515, 625
SENTENCIA 344
SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir 25
SENTENCIA ANTICIPADA-Irretractabilidad, imposibilidad de llegar a decisión absolutoria 216

-T-

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 286
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 105, 301, 349
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 216
TERMINO 44, 371
TESTIMONIO 151
TIPICIDAD 429, 640

-V-

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 329
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 212, 374


NACIONAL