REPÚBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

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

SALA DE CASACIÓN PENAL

VOLUMEN III

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 III

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 1988

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 Bechara 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 III

LIBERTAD PREPARATORIA/BENEFICIO ADMINISTRATIVO

Es un derecho de carácter administrativo autorizado por el Consejo de Disciplina de los establecimientos carcelarios, que puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos señalados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato.

Es aprobado con autonomía e independencia por el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, sin que sea necesario el concepto del funcionario judicial que estuviere ejecutando la sentencia.

Podrían acceder a libertad preparatoria exclusivamente los condenados definitivamente, es decir aquellos reclusos cuya sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada.

Está destinado a los condenados definitivamente que no tengan derecho a libertad condicional o a quienes se les haya negado este subrogado.

Es requisito objetivo para aspirar a libertad preparatoria haber descontado las cuatro quintas (4/5) partes de la pena efectiva, siempre

que éste guarismo no sea inferior a las dos terceras partes de la pena impuesta.

En los términos del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, para los efectos de los artículos 148 y 149 de la Ley 65 de 1993, "se entenderá por pena efectiva el tiempo que lleve en privación de la libertad el interno, más los descuentos legales que haya obtenido, tiempo que en ningún caso podrá ser inferior a las 2/3 partes de la pena impuesta"

En este orden de ideas, no es factible que la Sala, en sede del recurso extraordinario de casación, reconozca redención de pena destinada a que el Consejo de Disciplina tenga noticia formal sobre el cumplimiento de esa cifra objetiva, puesto que, en casos como el presente, la peticionaria no tiene la calidad de condenada sino de detenida.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - *Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).*

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 146 Proceso No. 13219

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de redención de pena, destinada a acreditar requisitos para acceder a "libertad preparatoria", elevada por la señora Martha Astrid Parrado Delgado, quien se encuentra detenida en la Reclusión Nacional de Mujeres, con sede en Santa Fe de Bogotá.

ANTECEDENTES

La procesada Martha Astrid Parrado Delgado, fue capturada el diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), (folio 99 cdno. 1), y condenada por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá, el veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996), a la pena principal de diez (10) años más cuatro (04) meses de prisión, "por haber sido hallada penalmente responsable de los delitos de Homicidio Simple, en concurso con Porte Ilegal de Armas". (folio 368 cdno. 1).

La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cuatro (04) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), (folio 4 cdno. Tribunal), con la modificación consistente en absolverla por el delito de porte ilegal de armas y, consecuentemente, disminuir la pena a diez (10) años, equivalentes a ciento veinte (120) meses de prisión.

Contra la sentencia de segunda instancia 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 seis (46) meses más veinte (20) días en privación física de la libertad, que hacen parte de la

condena que está purgando en la Reclusión Nacional de Mujeres, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El artículo 148 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, establece:

"Libertad preparatoria. En el tratamiento penitenciario, al condenado que no goce de libertad condicional, de acuerdo con las exigencias del sistema progresivo y quien haya descontado las cuatro quintas partes de la pena efectiva, se le podrá conceder la libertad preparatoria para trabajar en fábricas, empresas o con personas de reconocida seriedad y siempre que éstas colaboren con las normas de control establecidas para el efecto."

"En los mismos términos se concederá a los condenados que puedan continuar sus estudios profesionales en universidades oficialmente reconocidas."

"El trabajo y el estudio sólo podrán realizarse durante el día, debiendo el condenado regresar al centro de reclusión para pernoctar en él. Los días sábados, domingos y festivos, permanecerá en el centro de reclusión.

Antes de concederse la libertad preparatoria el Consejo de Disciplina estudiará cuidadosamente al condenado, cerciorándose de su buena conducta anterior por lo menos en un lapso apreciable, de su aconsejable consagración al trabajo y al estudio y de su claro mejoramiento y del proceso de su readaptación social.

"La autorización de que trata este artículo, la hará el Consejo de Disciplina, mediante resolución motivada, la cual se enviará al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para su aprobación.

"La dirección del respectivo centro de reclusión instituirá un control permanente sobre los condenados que disfruten de este beneficio, bien a través de un oficial de prisiones o del asistente social, quien rendirá informes quincenales al respecto."

2. Del precepto anterior surgen, entre otras, las siguientes conclusiones respecto del beneficio administrativo denominado libertad preparatoria:

2.1. Es un derecho de carácter administrativo autorizado por el Consejo de Disciplina de los establecimientos carcelarios, que puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos señalados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato.

2.2. Es aprobado con autonomía e independencia por el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, sin que sea necesario el concepto del funcionario judicial que estuviere ejecutando la sentencia.

2.3. Podrían acceder a libertad preparatoria exclusivamente los condenados definitivamente, es decir aquellos reclusos cuya sentencia se encuentra debidamente ejecutoriada.

2.4-. Está destinado a los condenados definitivamente que no tengan derecho a libertad condicional o a quienes se les haya negado este subrogado,

2.5-. Es requisito objetivo para aspirar a libertad preparatoria haber descontado las cuatro quintas (4/5) partes de la pena efectiva, siempre que éste guarismo no sea inferior a las dos terceras partes de la pena impuesta.

En los términos del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, para los efectos de los artículos 148 y 149 de la Ley 65 de 1993, "se entenderá por pena efectiva el tiempo que lleve en privación de la libertad el interno, más los descuentos legales que haya obtenido, tiempo que en ningún caso podrá ser inferior a las 2/3 partes de la pena impuesta"

3-. En este orden de ideas, no es factible que la Sala, en sede del recurso extraordinario de casación, reconozca redención de pena destinada a que el Consejo de Disciplina tenga noticia formal sobre el cumplimiento de esa cifra objetiva, puesto que, en casos como el presente, la peticionaria no tiene la calidad de condenada sino de detenida.

Ciertamente, el defensor de la señora Martha Astrid Parrado Delgado, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del 4 de diciembre de 1996, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. La impugnación extraordinaria fue concedida, se allegó la demanda, el libelo se declaró ajustado a derecho y en la Corte Suprema de Justicia se están adelantado los trámites subsiguientes, lo que significa que aún la sentencia condenatoria no hace tránsito a cosa juzgada.

Por tal motivo, la señora Martha Astrid Parrado Delgado, tiene calidad de detenida más no de condenada, ya que el sometimiento de una persona como ella, que no ha sido sancionada por 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.

4-. Las expresiones detenido y condenado no son sinónimas en el Código Penitenciario y Carcelario. Sus normas hacen diferencia expresa en algunas ocasiones cuando buscan extender o limitar hacia unos u otros las prerrogativas y beneficios administrativos que consagra el sistema progresivo.

Así, por ejemplo, los artículos 82 y 97 de la Ley 65 de 1993, 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."

Los beneficios administrativos denominados libertad preparatoria y la franquicia preparatoria, artículos 148 y 149 *ibidem*, se concibieron exclusivamente para los condenados, según se desprende de su propio texto.

Atención especial merece el beneficio consistente en "permiso hasta de setenta y dos horas", para salir a la calle sin vigilancia, pues igual que los anteriores, como fue concebido en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, estaba destinado también a los condenados.

En principio, el mencionado permiso se concedía exclusivamente a los condenados, generando no pocos problemas de interpretación. Sin embargo, el artículo 5º del Decreto 1542 de 1997, reglamentario de la Ley 65 de 1993, zanjó las discusiones cuando estipuló que tal prerrogativa se podía conceder:

"a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados".

A partir de la entrada en vigencia del Decreto 1542 de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 43.061 del 16 de junio de 1997, la Sala de Casación Penal, adquirió competencia para decidir sobre redención de pena destinada a acreditar el requisito objetivo para obtener el permiso de salida.

Con relación a los otros beneficios, libertad preparatoria y franquicia preparatoria, se guardó silencio, aunque fueron reglamentados por el mismo Decreto, de manera que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no tiene competencia para decidir sobre ellos, máxime si, en eventos como el presente, el conocimiento del asunto fue asumido en virtud del recurso extraordinario.

5-. Puede inferirse que la competencia para reconocer redención de pena tendiente a demostrar el presupuesto objetivo para aplicar al beneficio de libertad preparatoria, radica exclusivamente en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y, excepcionalmente, del Juez que deba asumir aquellas funciones en el territorio en que no exista Juez de Ejecución.

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, para todos los fines, 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.

6-. 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 libertad provisional en los términos del numeral 2 del artículo 415 *ibidem*, y, como se anticipó, sobre el reconocimiento 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 al beneficio administrativo denominado "Permiso hasta de setenta y dos horas" consagrado en el artículo 147 la Ley 65 de 1993.

No existe, entonces, norma jurídica expresa que faculte a la Sala de Casación Penal, cuando conoce el recurso extraordinario, para decidir sobre solicitudes de redención de pena destinada a acreditar requisitos para acceder a beneficios administrativos diferentes del permiso de setenta y dos horas, por lo cual esta Corporación se abstendrá de reconocer la redención solicitada por la procesada.

La competencia de la Corte Suprema de Justicia es taxativamente reglada y limitada; las normas que establecen competencia a los funcionarios judiciales son de naturaleza adjetiva o procesal, y éste tipo de disposiciones son de orden público, es decir de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley[1].

7-. De este modo, se aclara lo sostenido en el Auto del 25 de agosto de 1999, pues en aquella ocasión la Sala se abstuvo de reconocer redención de pena, con base en consideraciones distintas.

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

RESUELVE

ABSTENERSE de reconocer a la procesada Martha Astrid Parrado Delgado, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.173.950 de Bogotá, la redención de pena solicitada.

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 O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

---

[1] Código de Procedimiento Civil. Artículo 6. *Observancia de las normas procesales.* Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley.

DENUNCIA/ESTATUTO ANTICORRUPCION/ANONIMO

Uno de los variados mecanismos previstos por el Código Procesal Penal para activar el poder punitivo del Estado es la denuncia, la que no obstante, debe reunir los requisitos previstos en el artículo 27 ibidem, a fin de obtener la potencialidad suficiente para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional, ellos son: Ser presentada de manera verbal o escrita, lo que conlleva la identificación del denunciante, efectuar una relación detallada de los hechos denunciados, expresar si los hechos fueron antes puestos en conocimiento de otra autoridad, y certificar el día y la hora de su presentación.

Desde esa perspectiva el artículo 38 de la Ley 190 de 1995, Estatuto Anticorrupción, obliga a aplicar en materia penal lo prescrito por el numeral 1º del artículo 27 de la Ley 24 de 1992 que reglamenta la recepción y el trámite de las quejas en la Defensoría del Pueblo, a menos que existan medios de prueba suficientes sobre la comisión de un delito que permita adelantar la actuación de oficio.

La norma a que remite la aludida preceptiva es del siguiente tenor se "inadmitirán las quejas que sean anónimas o aquellas que carezcan de fundamento". Preceptiva que aplicada al procedimiento penal implica la imposibilidad de adelantar investigación preliminar o formal instrucción criminal, cuando confluyen esas circunstancias.

Exigencias con las que el Estado pretende evitar ser utilizado como instrumento de venganza, o de satisfacción de sentimientos mezquinos y perversos, de quienes amparados en un papel y ocultando su identidad, refieren hechos temerarios o mendaces, huyéndole a la responsabilidad que este acto conlleva; e impedir desgastes inútiles de la administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá. D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 14189

VISTOS

Decide la Corte si hay mérito para abrir investigación o para inhibirse de ello, dentro de la indagación preliminar que se sigue contra el Senador Amylkar David Acosta Medina

ANTECEDENTES

1. La actividad procesal tuvo su génesis en el escrito remitido al Fiscal General de la Nación y al Procurador General de la Nación trasladado a esta Corporación por el Ente Fiscal, signado por quien dijo llamarse Ricardo Ruiz Ramos (fl. 1, C.O.).

En él se hacen varias imputaciones contra el Parlamentario y su esposa, cuya síntesis es la siguiente:

1.1. Asevera que la esposa del Senador, quien desempeña un alto cargo en el INCORA, exige gruesas sumas de dinero para influir en la compra de tierras por parte de ese organismo. Es así como a la sazón se adelantan millonarias transacciones en diferentes partes de Colombia.

Desde otro ángulo, acusa a esta dama de hacerse comisionar con el pago de jugosos viáticos, para realizar proselitismo en favor de su esposo y su grupo político, ofreciendo a los campesinos a cambio de su voto las tierras negociadas con los terratenientes.

1.2. Pide se investiguen los contratos leoninos adjudicados, con procedimiento irregulares, por Corelca y la Electrificadora de la Guajira a la firma Proyco, en donde el Senador tiene una participación muy significativa. Y averiguar acerca de los diecisiete mil millones de pesos supuestamente gestionados por el aforado para el programa "Planier Guajira", habiéndose organizado una piñata a objeto de desangrar el erario y el patrimonio del Estado.

Desde esa perspectiva, añade, fue creada la empresa construcciones Royal, con el propósito de participar en la feria corrupta que allí se vive.

1.3. Afirma, que según comentan, el Parlamentario recibió "una buena tajada" por influir en la adjudicación del contrato de pavimentación de la carretera Uribia - Cuestecitas", como ya lo había hecho en años atrás con otros contratos.

1.4. Apoyado en los cargos precedentes, demanda se investigue al Congresista por el delito de enriquecimiento ilícito derivado de sus actividades en la administración pública, ya que es el autor intelectual de la corrupción que padecen las entidades en donde sus gerentes son recomendados suyos.

Añade, que las órdenes impartidas a sus súbditos son de carácter corrupto, y que los contratos son adjudicados sin transparencia a las personas que el Aforado señala para asegurar la "mordida anticipada", para cuyo fin algunos de ellos son fraccionados. Manifiesta, que en la construcción de la carretera San Juan, Badillo, Valledupar, los precios de las obras son exagera-

dos según comenta un experto anónimo. Con ese designio, agrega, el imputado cuenta con la firmas Inprocons e Ingebra, y con dos señoras una llamada Milagros y la otra Yolanda Pinto, amén de Hernando Pérez Bravo.

1.5. Asegura que existen evidencias de que el Senador recibió del Cartel de Cali veinte millones de pesos y veinte mil franelas para hacerse elegir Senador. Que sobre este punto, la gente afirma que Rafael Frayle tiene copia de las donaciones.

1.6. Advierte que en el Bienestar Familiar de la Guajira se está haciendo política con los productos enviados por las entidades oficiales para distribuir entre los pobres, ya que la bienestarina se le entrega a los políticos para negociarla por votos.

2. En escrito adicional afirma el denunciante que en el Noticiero el Flechazo de Riohacha, existen grabaciones que comprueban el tráfico de influencias ejercido por el Senador para la compra de tierras por parte del INCORA.

3. El Secretario General del Senado de la República certificó que el Doctor Amylkar David Acosta Medina fue elegido Senador de la República por circunscripción nacional para el período 1998 - 2002 (fl. 67 C.O.).

4. Previo a valorar la seriedad de la denuncia, dispuso el Magistrado Sustanciador, escuchar en ampliación al quejoso Ricardo Ruíz Ramos, cometido frustrado por cuanto se estableció que no ha desempeñado el cargo de Concejal, ni otra dignidad en el Concejo Municipal de San Juan del Cesar, y según la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cédula cuyo número escribió en la denuncia fue asignada a otra persona.

5. Dentro de la etapa de investigación preliminar se adujeron los siguientes medios de convicción:

5.1. Se verificó que la Corporación no adelanta paralelamente investigación por los hechos aquí conocidos (fl. 54 C.O.).

5.2. La Unidad de Fiscalías Regionales encargada de instruir el denominado proceso 8.000, hizo saber que no encontró ninguna relación del Dr. Amilkar David Acosta Medina con los hechos allí averiguados; y que tampoco es beneficiario, o endosatario de alguno de los cheques procedentes de las cuentas corrientes de los hermanos Rodríguez Orejuela (fl. 40 C.O.).

5.3. El Procurador Departamental de la Guajira anexó al expediente fotocopia del Auto del 31 de marzo de 1998, mediante el cual dispuso archivar la queja presentada por Ricardo Ruíz Ramos en contra del Senador, de conformidad con lo previsto en los artículos 38 y 27 de la Ley 190 de 1995 y Ley 24 de 1992 (fl.45 C.O.).

5.4. La Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha descartó el adelantamiento de alguna investigación penal en contra de la esposa del imputado Dra. Nidia Restrepo de Acosta (fl.63 C.O.).

5.5. El Dr. Amylkar David Acosta Medina solicita ser escuchado en versión libre y anexa poder otorgado a un profesional del derecho (fl.70 y 71 C. O.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Compete a esta Sala de la Corte conocer de esta actuación al tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 235 de la Carta Política en simetría con las previsiones contenidas por el artículo 68 del Código Procesal Penal, en razón a que el imputado actualmente ostenta la dignidad de Senador de la República.

2. *Uno de los variados mecanismos previstos por el Código Procesal Penal para activar el poder punitivo del Estado es la denuncia, la que no obstante, debe reunir los requisitos previstos en el artículo 27* ibidem, *a fin de obtener la potencialidad suficiente para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional, ellos son: Ser presentada de manera verbal o escrita, lo que conlleva la identificación del denunciante, efectuar una relación detallada de los hechos denunciados, expresar si los hechos fueron antes puestos en conocimiento de otra autoridad, y certificar el día y la hora de su presentación.*

Desde esa perspectiva el artículo 38 de la Ley 190 de 1995. Estatuto Anticorrupción, obliga a aplicar en materia penal lo prescrito por el numeral 1 del artículo 27 de la Ley 24 de 1992 que reglamenta la recepción y el trámite de las quejas en la Defensoría del Pueblo, a menos que existan medios de prueba suficientes sobre la comisión de un delito que permita adelantar la actuación de oficio.

La norma a que remite la aludida preceptiva es del siguiente tenor se "inadmitirán las quejas que sean anónimas o aquellas que carezcan de fundamento". Preceptiva que aplicada al procedimiento penal implica la imposibilidad de adelantar investigación preliminar o formal instrucción criminal, cuando confluyen esas circunstancias.

Exigencias con las que el Estado pretende evitar ser utilizado como instrumento de venganza, o de satisfacción de sentimientos mezquinos y perversos, de quienes amparados en un papel y ocultando su identidad, refieren hechos temerarios o mendaces, huyéndole a la responsabilidad que este acto conlleva; e impedir desgastes inútiles de la administración de justicia.

Ahora bien, es claro para la Sala que la denuncia génesis de esta actuación es anónima, ya que estando firmada por Ricardo Ruiz Ramos se desconoce su verdadera identidad comoquiera que la cédula escrita fue asignada a otra persona, y no se sabe el lugar donde pueda ser ubicado, puesto que no ha sido ni es Concejal ni empleado del Cabildo de esa Municipalidad. Esta peculiaridad justifica de entrada el rechazo de la denuncia, salvo que obren en el expediente pruebas suficientes sobre la comisión de algún hecho punible.

No empece lo anterior, el tenor de la denuncia contrario a verificar un relato detallado de los hechos que pueden constituir infracción a la ley penal,

efectúa una relación genérica de conductas sin ninguna precisión, que impide a la Sala adelantar investigación penal: veamos:

2.1. Se atribuye al Senador, inicialmente, ser cómplice de su esposa en la exigencia de dinero a particulares para incidir en la compra de tierras por parte del INCORA. Hecho que se muestra vago e impreciso, por cuanto se abstiene de determinar en qué contexto temporo espacial ocurrió, ni da a conocer en detalle sus pormenores.

2.2. En igual indeterminación incurre la acusación referida a que la misma dama ha disfrutado de licencias y viáticos allos, para adelantar actividades proselitistas propias y a favor de su consorte, ofreciendo a cambio de votos tierras a los campesinos, pues no dice cuál fue el comportamiento observado y reprochado al Aforado, ni señala el lugar en que fue realizada la conducta, las personas destinatarias de los ofrecimientos. Tampoco relaciona los medios de prueba que avalen la acusación.

2.3. De las mismas falencias adolece el cargo relativo a la supuesta adjudicación irregular de contratos hechos por Corelca y la Elétrificadora de La Guagira a la firma Proyco en donde aparentemente el imputado cuenta con una importante participación, habida cuenta que omite particularizar los contratos afectados por los vicios, no expresa al por menor cuáles fueron las irregularidades detectadas, y menos determina en qué consistió la participación del Senador en estos hechos.

La denuncia pretermite aportar pruebas que corroboren el cargo, por el contrario la providencia mediante la cual la Procuraduría Departamental de la Guajira archivó la queja, da por demostrado que la Electrificadora de la Guajira hace 17 años no realiza contratos con la firma Proynco, y que el Parlamentario no es socio de ella, evidenciándose la temeridad de la imputación.

Carácter que es ratificado con el informe de la Dirección Seccional de Fiscalías de Riohacha que niega la existencia de investigaciones en contra de la esposa del endilgado Dra. Nidia Restrepo de Acosta, por los hechos aquí referidos.

2.4. La vaguedad de las imputaciones también es latente en lo atinente con las aparentes irregularidades en un sinnúmero de contratos, entre ellas: la conformación de una "piñata" para desangrar el patrimonio del Estado en la ejecución del programa "PLANIER GUAJIRA"; la recepción de dinero por parte del aforado para incidir en la adjudicación del contrato de pavimentación de la carretera Uribia, Cuestecitas; la adjudicación de convenios por funcionarios de la administración a personas escogidas por el Aforado, con fraccionamiento en unos de ellos, o sobre costos como el caso de la construcción de la carretera San Juan, Badillo, Valledupar.

En efecto, desconoce la Sala que connotación y alcance pretendió darle el denunciante a la palabra "piñata", y si ella fue la conformación de una organización para apropiarse de los dineros públicos, no proporcionó detalles esenciales como qué personas la integraron, cuál fue el rol cumplido por el

Parlamentario, en que lugar del país operó, en qué fecha, cuál fue la forma de funcionamiento de la asociación delictiva, en fin, todas las circunstancias que permitan adelantar con seriedad la investigación.

En lo que concierne a los otros contratos, la denuncia omite referir particularidades elementales y necesarias como las personas que en ellos intervinieron, su fecha y su objeto; no define el tipo de vicios, ni las circunstancias en que ellos sucedieron.

2.5. En lo que toca con la recepción de veinte millones de pesos provenientes del cartel de Cali, y de veinte mil franelas, para los comicios electorales que lo condujeron al Senado de la República, sigue siendo una imputación indeterminada por cuanto no señala el lugar y la forma como se realizaron las entregas, sus protagonistas, y las circunstancias que rodearon el hecho. Además, la Unidad de Fiscalías Regionales descartó toda imputación en contra del Aforado dentro del proceso 8.000, incluyendo por supuesto no ser beneficiario de cheques girados contra las cuentas de los hermanos Rodríguez Orejuela.

2.6. Acerca de que en el Bienestar Familiar de la Guajira se está entregando la bienestarina a los políticos para que la negocien por votos, se desconocen entre otros detalles, la fecha de su ocurrencia, las personas que en ellas participan y en especial qué responsabilidad le cabe al imputado, en qué cantidad se hace, con qué periodicidad, cuál es el procedimiento utilizado, qué organismos Estatales proporcionan el alimento. A estas deficiencias interesa complementar que la Procuraduría Departamental en su investigación no halló irregularidad en la distribución de binestarina.

2.7. El cargo de enriquecimiento ilícito igual indefinición e imprecisión denota, dado que primero fija su fuente en el narcotráfico, luego en el sector financiero, y por último en actividades de corrupción junto con los gerentes que ha hecho nombrar en organismos del Estado, sin proporcionar los nombres de los servidores públicos, ni determinar los entes públicos afectados, y menos singulariza las conductas supuestamente ilícitas.

En suma, ninguno de los cargos ostenta la precisión, determinación, y definición que exige la Ley Procesal Penal, para entrar a adelantar investigación.

Además de que la denuncia es anónima, y que su contenido es vago y genérico contraviniendo la precisión exigida por el artículo 27 del Código de Procedimiento Penal, no concurren al expediente medios de prueba que permitan entrever siquiera como probable la ocurrencia de un delito, y que justifiquen impulsar formal investigación, ya que por el contrario los aducidos al procedimiento por el momento desechan esa posibilidad, es así como la Unidad de Fiscalías Regionales que adelanta el proceso 8.000 informó que en contra del Aforado no existe ninguna imputación, la Procuraduría Departamental de la Guajira terminó archivando la queja, la Dirección Seccional de

Fiscalías de Riohacha descartó cualquier investigación contra la esposa del Senador, y la Sala no adelanta por estos hechos ninguna en su contra.

Por todo lo anterior, la Sala inadmitirá la denuncia anónima instaurada en contra del Senador Acosta Medina y, en consecuencia, dispondrá el archivo del expediente.

De otro lado, se ordena reconocer personería para actuar al profesional del derecho designado por el imputado como su apoderado en los términos fijados en el poder, y abstenerse de escuchar en versión al Parlamentario en razón a la decisión que se adopta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: INADMITIR la denuncia anónima formulada en contra del Senador Amylkar David Acosta Medina, por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: En firme esta decisión archívese el expediente.

TERCERO: Tiénese y reconócese como apoderado del Dr. Acosta Medina al abogado Jorge Enrique Valencia M., en los términos definidos en el poder.

Por virtud de la decisión adoptada en el numeral primero de esta decisión, la Sala se abstiene de ordenar escuchar en versión libre al doctor Acosta Medina, tal como él lo solicita.

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 DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia

Respecto al desarrollo de la jurisprudencia, se ha dicho por la Sala que es deber del impugnante indicar si lo pretendido es fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterio de autoridad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 15740

VISTOS

Decide la Corte la admisibilidad del recurso de casación que por vía de excepción interpusiera en tiempo oportuno el Procurador 54 Judicial en Asuntos Penales, contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual le impartió confirmación integral al fallo emitido en primera instancia por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, en la cual se condenó a William de Jesús Tavera Ortiz por el delito de violencia intrafamiliar.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga, mediante sentencia dictada el 21 de octubre de 1998, condenó a William de Jesús Tavera Ortiz a la pena principal de un (1) año de prisión y a las accesorias de rigor, como autor del delito citado en precedencia. Asimismo, le concedió el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

2. Apelada la anterior decisión por el Procurador 54 Judicial en Asuntos Penales, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de la citada ciudad, al desatar del recurso, concluyó con la confirmación integral del fallo, mediante proveído fechado el 23 de febrero de 1999.

3. El Procurador 54 Judicial en Asuntos Penales, dentro del término legal, interpuso el recurso extraordinario de casación discrecional.

SÍNTESIS DE LA SUSTENTACIÓN

Inicia su sustentación con un acápite que llamó "DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA Y PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES", en el que afirma que en el país ha generado un gran impacto la aplicación indiscriminada de la Ley 294 de 1996, por cuanto los jueces "exageraron", al no entender las decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia referentes a las circunstancias "conglobantes" que deben tenerse en cuenta en la calificación jurídica de la relación conflictiva familiar, lo que amerita la concesión del recurso interpuesto, "para que en ese nivel se clarifique, amplíe y se siente jurisprudencia, que no infunda temor, sino que garantice la plena seguridad y protección de los derechos fundamentales, cometido básico de las sociedades democráticas".

Luego de citar unos renglones que dice son de una providencia, señala que al juez, al momento de adoptar la decisión, le corresponde analizar el caso y la norma en su sentido natural, social y jurídico, y definir, con auxilio de la analítica y la hermenéutica, si la conducta es inocua o constitutiva de maltrato o de lesiones personales, lo que no se hizo en el fallo impugnado.

Manifiesta que los jueces han venido aplicando la ley de violencia intrafamiliar, sin entrar a realizar el trabajo analítico señalado en precedencia, lo que "abrió la injusticia judicial al proferimiento de sentencias condenatorias por cualquier simple discusión familiar, lo que tiene atemorizada a la comunidad doméstica, siendo ello lo que amerita el desarrollo a fondo de la jurisprudencia...".

Reconoce que la Corte Suprema de Justicia ha tratado el asunto pero de manera muy limitada, en razón a los pronunciamientos que dicta en casos de colisión de competencias. Esta generalización que califica de abstracta, es lo que justifica que por vía de la casación se siente jurisprudencia "amplia y de conjunto que oriente a la audiencia nacional que se encuentra muy confundida como los mismos jueces y fiscales...", ya que los mismos con un cambio de pensamiento jurídico, "empezaron a darle trámite y a aceptar conciliaciones y desistimientos, lo que ya distensionó un poco la inflexible tirantez de proferir sentencias condenatorias a un año de cárcel por la más simple e insignificante discusión de personas familiares".

Asegura que el uso indiscriminado de la ley de violencia intrafamiliar ha llevado a que los jueces penales se inmiscuyan en la intimidad de la familia, que es un derecho fundamental, al pretender intervenir en pequeños conflictos que son del resorte "de la misma familia o del juez de familia"

En otro capítulo que denominó "ERROR DE INTERPRETACION CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA", asevera que los fiscales y jueces se han

"agarrado" del tenor literal del artículo 42 de la Constitución Política, precepto en que sustentan los fallos condenatorios

Dicha normativa, asegura, contempla la estructura básica de toda organización social, por lo que no se puede interpretar como lo hace la sentencia, "que cualquier forma de conflicto interfamiliar, así sea la más pírrica de las discrepancias familiares, pueda considerarse como violencia destructiva de la armonía y unidad familiar...".

Posteriormente reseña y explica algunas de las palabras que utiliza la norma citada y concluye que la interpretación gramatical fue una de las formas más rudimentarias del derecho antiguo, en donde se cometieron injusticias, "con abuso del derecho, en delincuentes comunes por simples riñas domésticas sin ninguna trascendencia que podrían ser de competencia del Juez de familia como lo sostiene el acertado criterio expuesto en el salvamento de voto...".

Referente al caso concreto, dice no compartir "que los disgustos y conflictos de este modelo ejemplar de pareja sexual, que se centraliza en la drogadicción y en el ejercicio de la prostitución de la señora, constituya delito de violencia intrafamiliar que amerite la sentencia impugnada que aconducte la relación familiar de este caballero...".

Por lo expuesto, solicita a la Sala conceder el recurso de casación discrecional.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La Corte es la competente para pronunciarse sobre la admisión del recurso de casación discrecional, pues aunque la sentencia fue proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, el delito por el cual fue condenado el procesado tiene pena privativa de la libertad cuyo máximo no llega a los 6 años, por lo cual no procede la casación por vía común.

Además, el Procurador 54 Judicial en Asuntos Penales, en su condición de tal, posee legitimidad para solicitarla y lo hizo dentro del término legalmente establecido.

Sin embargo, ello no quiere decir que el recurso propuesto debe concederse, pues las razones expuestas no son de recibo, por lo que el mismo se inadmitirá.

En efecto, manifiesta que acude a esta vía excepcional, por cuanto considera importante que la Sala se pronuncie sobre los elementos constitutivos del delito de violencia intrafamiliar, ya que, en su criterio, los jueces no han entendido las jurisprudencias que sobre el punto han adoptado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en forma que no pueden establecer, claramente, cuándo la conducta es inocua y cuándo constitutiva de maltrato o de lesiones personales, lo que ha llevado a que se profieran sentencias

condenatorias por cualquier simple y nimia discusión familiar, lo que a su vez ha permitido la indebida intromisión de los jueces en la intimidad de la familia.

Posteriormente pasa a criticar la interpretación que los funcionarios judiciales le han dado a uno de los incisos del artículo 42 de la Constitución Política, según el cual "cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley", lo que califica de literal y rudimentaria, para finalizar criticando la condena que, en el caso concreto, se impuso por ese reato.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante múltiples pronunciamientos ha reiterado los requisitos formales que debe cumplir el escrito que pretende la concesión del recurso excepcional de casación, encontrándose entre ellos, el que se sustente en debida forma, esto es, que se precisen los motivos para que se acepte, que no pueden ser otros que el desarrollo de la jurisprudencia, o las razones para considerar que se han vulnerado los derechos fundamentales (art. 218 inciso 3° del C.P.P.), situación que aquí no se da.

Respecto al desarrollo de la jurisprudencia, se ha dicho por la Sala que es deber del impugnante indicar si lo pretendido es fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterio de autoridad.

En el caso concreto, como se observa, el peticionario no está planteando la violación de ningún derecho fundamental, ni que la norma que tipifica el punible de violencia intrafamiliar sea oscura o ambigua o que haya dado lugar a interpretaciones tan disímiles, que su sentido deba ser fijado por la Corte, para que trace derroteros con criterio de autoridad, sino que lo pretendido es que su punto de vista sobre la manera como debe estructurarse el delito citado y quien debe conocer del mismo, sea acogido por la Sala, lo cual puede ser importante de lege ferenda, pero que no justifica la concesión del recurso.

Por otra parte, la distinción entre una conducta inocua y aquella que lesiona o pone en peligro el bien jurídico, ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina de la Corte y la de los autores, por lo que tampoco por este aspecto se amerita la concesión del recurso.

En cuanto a la distinción entre lesiones personales y violencia intrafamiliar, la Sala Plena de la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones al resolver los conflictos de competencia que se han suscitado al respecto y que el recurrente manifiesta que conoce.

Finalmente, tampoco señala el peticionario la incidencia de la doctrina pretendida frente al caso concreto, máxime cuando lo que cuestionó en el decurso del proceso fue la inexistencia de una familia frente a la Ley 294/96.

En la condiciones precedentes, la Sala no accederá a la petición.

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

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto por el Procurador 54 Judicial en Asuntos Penales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando 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.

SALVAMENTO DE VOTO

Hemos sido de la creencia que en el examen de las razones expuestas por los legitimados para solicitar de la Corte la concesión discrecional del recurso extraordinario de casación, el rigorismo establecido para su sustentación común debe atemperarse en procura de que los fines por los que se le dio cabida en el Código de 1991, de propiciar el desarrollo de la jurisprudencia y preservar las garantías y derechos fundamentales, alcancen plena realización.

Este criterio, en casos como el presente, donde quien interviene la intervención de la Corte es el Ministerio Público ante el Tribunal, en su carácter de legitimado institucional en el campo de este recurso, y el tipo de interés que se espera le mueve, el cual no puede ser otro que el de velar por el imperio de la juridicidad en la función judicial, y la preservación de los derechos y garantías básicas, diríamos que alcanza mayor trascendencia, razón por la que propusimos en la ponencia no aceptada por la mayoría, que el recurso fuera concedido.

Es cierto, como se sostiene en la decisión de la cual discrepamos, el escrito en que el impugnante expone sus razones para demandar de la Sala la concesión excepcional del recurso, no es un dechado de claridad ni de construcción lógica, pero ello, creemos, no impide que su pensamiento se conozca de manera nítida en los aspectos mínimos que hacían recomendable que la Corte hubiera accedido a examinar por vía discrecional en sede de casación, la sentencia impugnada.

En efecto, fuera de los pronunciamientos sobre competencias y en su carácter de tribunal de conflictos, resulta objetivamente comprobable que hasta hoy la Corte, en su función como tribunal de casación, ninguna directriz jurisprudencial ha sentado respecto de temas como el de la configuración de las tipicidades creadas por la Ley 294 de 1996, o de violencia intrafamiliar; la inocuidad de la conducta, su distinción con las lesiones corporales, etc., que son los puntos, entre otros, sobre los cuales el recurrente aduce la necesidad de que la Corte sentencie. Ante esta evidencia, se nos ocurre exagerada la argumentación de la decisión de mayoría, en el sentido de no haberse dado cumplimiento a la carga de precisar "si lo pretendido es fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento so-

bre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina...".

Esta misma carencia de pronunciamiento jurisprudencial torna impertinente el otro argumento a que se acude para denegar la concesión del recurso, según el cual el peticionario no plantea la violación de ningún derecho fundamental, ni que la norma que tipifica la violencia intrafamiliar sea oscura o ambigua o que haya dado lugar a interpretaciones tan disímiles que su sentido deba ser fijado, pues bastaba con la ausencia de pronunciamiento invocada, insistimos, para que el recurso tuviera que haber sido concedido, en cuanto los aspectos que constituyen su objeto, ciertamente son relevantes en el cumplimiento de la función judicial, independientemente que hubiera habido lugar a reparar algún agravio causado con la decisión acusada.

Las restantes razones esgrimidas por el Procurador impugnante en torno al alcance de la mejor manera de comprender los principios y valores recogidos en el artículo 42 de la Constitución Nacional, como fundamento para que la Corte accediera a ejercer su discrecionalidad y concediera el recurso, en opinión nuestra, resultan igualmente válidas para haber acogido su pretensión, pues aunque no corresponde a una exposición clara y coherente, revela sí las grandes tensiones surgidas en todos los órdenes, como consecuencia de la utilización del instrumento penal en el ámbito íntimo de las relaciones de familia, lo que dicho sea de paso, es justificado por el Tribunal en la sentencia impugnada, no tanto para la protección de bienes jurídicos, sino "en procura de encauzar y fortalecer la introyección de una axiología de convivencia ciudadana y, específicamente, familiar".

Estas son las razones de mi respetuosa discrepancia con la decisión de mayoría.

Fernando Arboleda Ripoll

fecha ut supra.

TIPICIDAD-PROTECCION DE LA FAMILIA

Correspondía a la elección del legislador la opción de determinar, por medio de la norma jurídico-penal, si "la armonía y la unidad de la familia" podía ser un bien jurídico protegido, y así lo hizo en la Ley 294 de 1996, caso en el cual institucionalizó el control penal para cierta clase de conductas que él mismo debía individualizar y que regularmente involucran un grado de violencia intolerable en la relación familiar (tipicidad), tal como se previó en los artículos 22 y 23 del citado ordenamiento legal. De igual manera, también corresponde al legislativo decidir cuáles conductas desviadas dentro de la convivencia familiar, a pesar de serlo, pueden resolverse en el desenvolvimiento del solo control social informal de la familia, y cuándo debe apelarse al recurso extremo de la solución penal.

Se dice lo anterior, porque por más loable que sea la dirección jusfilosófica o política que se invoque, el Estado Social de Derecho en Colombia obliga a la protección no solo de la familia, sino también del componente personal más débil en la relación familiar, por medio de preceptos jurídicos explícitos, precisos y previos, pues así se infiere de los mandatos constitucionales insertos en los artículos 1°, 2°, 13 y 29 (sentencias C-408 de 1996, C-285 de 1997 y C-273 de 1998).

Así pues, como la denominada jurisprudencia o doctrina legal es la que fijan los tribunales u órganos superiores de la administración de justicia, por medio del conjunto de los principios que sirven de fundamento a cada uno de sus fallos (ratio decidendi), es fácil advertir que el sistema jurídico creado por el legislador constituye la premisa mayor del razonamiento judicial y, por ende, el desarrollo de la jurisprudencia no podría desconocer normas vigentes, con más veras si llegaren a ser avaladas por un juicio de exequibilidad de la Corte Constitucional. Ello no impide, desde luego, que los jueces, a la hora de resolver problemas sociales, hagan uso de criterios político-criminales o criminológicos, siempre que no desborden principios positivizados como los de legalidad e igualdad.

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

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

Aprobado Acta N° 149 Proceso No. 16209

VISTOS

El Procurador 54 Judicial en lo Penal de Bucaramanga, ha interpuesto y sustentado el recurso de casación excepcional en contra de la sentencia de segundo grado fechada el 24 de junio de 1999, por medio de la cual el Tribunal Superior de dicha ciudad condenó al procesado Guillermo León Pabón Pabón a la pena principal de doce (12) meses de prisión, como autor del delito de violencia intrafamiliar, que además de la familia afectó la integridad física de su compañera permanente Luz Marina Pabón Carrillo.

De acuerdo con la facultad prevista en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Sala decidir sobre la concesión o negación del recurso extraordinario.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según lo relata el fallo del Tribunal, en el barrio La Trinidad del municipio de Floridablanca, departamento de Santander, la señora Luz Marina Pabón Carrillo había establecido una unión marital de hecho con su compañero Guillermo León Pabón Pabón, relación en la cual habían nacido dos hijos, que para la fecha de los hechos ya contaban 11 y 5 años de edad.

Entre la pareja se suscitaron serias discordias por dudas del varón respecto de la fidelidad de su compañera, hasta el punto que el día 31 de agosto de 1998, en las horas de la noche, aquél le reclamó airadamente porque ella regresaba tarde de un paseo con su hija, después la golpeó con sus extremidades y algunos objetos que tenía al alcance, ocasionándole equimosis en el antebrazo derecho y magulladura en la región del pubis, contusiones que produjeron en la agredida una incapacidad definitiva de siete (7) días.

Abierta la instrucción por un fiscal delegado ante los jueces penales del Circuito de Bucaramanga, el mismo funcionario calificó su mérito el día 19 de agosto de 1998, por medio de resolución acusatoria formalizada en contra del sindicado Guillermo León Pabón Pabón, a quien se le atribuyó el hecho punible de "Maltrato constitutivo de lesiones personales", previsto en el artículo 23 de la Ley 294 de 1996, el cual debía ser sancionado conforme con las previsiones del artículo 22 del mismo ordenamiento legal, por cuanto la incapacidad de la lesionada era inferior a treinta (30) días (fs. 14 y 54).

Por medio de sentencia fechada el 19 de marzo del año en curso, el Juez Décimo Penal del Circuito de Bucaramanga declaró la responsabilidad penal del acusado y lo condenó a la pena principal de un (1) año de prisión, como autor del delito de violencia intrafamiliar, en la modalidad de maltrato físico, conforme con el artículo 22 de la Ley 294 de 1996 (fs. 91). Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, según lo dispuesto en el fallo ya reseñado (cuaderno 2ª instancia, fs. 12).

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El impugnante empieza por señalar que dentro del proceso se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 1° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el fallador carecía de competencia para proferir la sentencia impugnada. Sin embargo, a continuación hace reflexiones que distribuye en cuatro capítulos que titula el "desarrollo de la jurisprudencia", "la doctrina", "la jurisprudencia" y los "errores de la sentencia".

En el acápite del "desarrollo de la jurisprudencia", el recurrente expone que el universo afronta una época de cambios de paradigmas en el derecho penal, ocurridos en razón de la superación de la "modernidad" por la "posmodernidad", pues se ha pasado del catastrófico y dominante "positivismo jurídico", con su repugnante "racionalidad instrumental", a una concepción antropológica de lo jurídico, donde la persona es el centro universal del Derecho y ella se aprecia en una función relacional y no como simple sujeto-objeto. El mundo del derecho trabaja hoy con la realidad de relaciones de personas y de cosas, en interacción, plurisubjetividad, consenso y convergencia; con un discurso "comprensivo" y no "explicativo" y que no se reduce a meros entes jurídicos abstractos, como lo hacía el sistema que fue derrumbado precisamente merced a su ciego perfeccionismo y al insaciable autoritarismo.

En la posmodernidad todo se cuestiona, y todo es cuestionable, no hay nada absoluto, porque todo es provisional, y la verdad surge de un "consenso plurisubjetivo". De modo que no se aviene con la lógica o filosofía práctica, que es la dominante en el mundo de la vida, afirmar que una jurisprudencia sobre violencia intrafamiliar es "acabada, incuestionable y herméticamente cerrada", pues dicha doctrina legal solo fue "mirada desde la perspectiva general y abstracta de simples colisiones de competencia y no en el proceso activo de la decisión jurídica que es de donde brota la realidad del derecho correcto", máxime que ella misma se ha fundamentado en doctrina, postulados y paradigmas del "positivismo jurídico" que en vano trató de revivirse con el denominado "pospositivismo".

En cuanto a la "doctrina" y la "jurisprudencia", dice el impugnante que tales manifestaciones del quehacer jurídico apenas se reponen del impacto y la catástrofe de la modernidad, pues el discurso filosófico-jurídico debe conformarse sobre bases distintas a lo "sustancial ontológico", para pasar a la realidad social abierta de la dinámica interpersonal. Así entonces, la jurisprudencia sobre la interpretación y comprensión jurídica de los comportamientos que surgen en el desarrollo de las relaciones sociales interfamiliares, por su trascendencia en la dinámica de la sociedad contemporánea, "tiene que ser examinada con sumo cuidado y con la profundidad debida", pues no se están manipulando meros "entes jurídicos ideales", sino sentimientos humanos familiares, cuyo tratamiento desacertado puede ser más desastroso para la unidad de la familia. Sería absurdo sumar a la violencia familiar la de orden judicial, cimentada en castigos retribucionistas, como

lo dice textualmente la sentencia de la Corte Constitucional prohijada por el fallo impugnado.

Dice el recurrente que no pretende cuestionar ahora aspectos constitucionales, sino que su crítica se centra en el empecinamiento de la jurisprudencia de continuar el parámetro sustancial ontológico de la modernidad, fundado en parámetros causalistas y reducido a una racionalidad instrumental, propios del modelo contractualista que dio origen a un "Estado ideal" desaparecido en el "constitucionalismo actual", el cual se refiere a un pacto social democrático, de derecho, pluralista y participativo, donde el pueblo es "soberano intemporal" y no cede ningún derecho a ningún Estado ideal soberano que esté por encima de él.

Agrega que la interpretación jurisprudencial que cuestiona establece un molde jurídico abstracto, a cuya estructura se hacen coincidir como delictuosas actividades de violencia intrafamiliar, lo que sólo constituyen pequeñas discusiones conyugales y familiares, cuyo ámbito correcto y obvio de solución es el propio seno de la familia, máxime que los jueces hacen no desistible una nimia queja que llevan hasta la condena y pena retributivas, en contravía de los principios de extrema necesidad social de protección y el carácter fragmentario, excepcional y alternativo del derecho penal.

Esa aplicación indiscriminada de la ley, sin que importe la cantidad y calidad de daño ocasionado, ni la modalidad, ni los motivos y circunstancias específicas de la relación, produce efectos negativos en la autoridad familiar, pues cualquier intimación del padre al hijo se amenaza con denuncia por violencia intrafamiliar.

También observa que dicha generalización viola los derechos humanos consagrados en la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y la Convención Interamericana de Belém do Pará, Brasil, de junio 9 de 1994, pues esta última estableció las faltas administrativas, las contravenciones y los delitos como tres modalidades diferentes de infracción a la ley, pero en este caso todo se ha reducido a delitos, sin lugar a desistimiento para colmo.

Por último, en relación con los "errores de la sentencia", el impugnante señala que son "de derecho", porque las conductas estudiadas admiten desistimiento, como lo reconoce la Corte Constitucional, con más veras si se tiene en cuenta que delitos más graves contra la familia, como el incesto, son querellables y desistibles.

Por otra parte, el sentenciador viola un derecho constitucional fundamental del procesado de asumir una actitud en su vida de relación familiar, frente a una situación ya irresistible, como es el adulterio o la exagerada lascivia de su compañera. Se pregunta entonces dónde está el delito de violencia intrafamiliar y la lesión al bien jurídico de la armonía familiar: ¿en el aguante del procesado que le toleraba esas conductas disolutas por la avenencia doméstica y en el hecho de lanzarle guijarros dentro de una riña que ella misma inició cuando le tiró una silla a su compañero? Esta subsunción que hizo

la sentencia, le parece al impugnante que es de mera responsabilidad objetiva.

Propone que se conceda el recurso para presentar una demanda de casación seria y fundamentada, con el fin de presentar argumentos materiales de relación social, y poder debatir la "conducta individual, específica y concreta del procesado y no de manera general frente a un derecho abstracto al estilo positivista".

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Aunque la sentencia cuestionada fue dictada en segunda instancia por un tribunal superior, lo cierto es que el máximo de la pena previsto para el delito de violencia intrafamiliar apenas llega a dos (2) años de prisión (art. 22, Ley 294 de 1996) y no alcanza entonces el límite objetivo para la casación común, conforme con el inciso 1° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual es procedente acudir a la modalidad excepcional del inciso 3° del mismo precepto.

Frente a los dos únicos objetivos que persigue la casación discrecional, lo cierto es que el impugnante no es muy persistente en el cuidado de separar lo que corresponde al desarrollo de la jurisprudencia y lo que es propio de la protección de las garantías fundamentales, a pesar de la apariencia de los capítulos separados del alegato, amén de que tiende a diluir la finalidad en una confusa presentación del argumento jusfilosófico.

De verdad que buena parte de las alegaciones del recurrente tienen que ver con el proceso de criminalización de las conductas de violencia intrafamiliar, el cual no se atiende directamente por la jurisprudencia sino en el momento de la producción legislativa, como acto soberano que compete al Congreso y, también eventualmente y de manera general, en las decisiones de constitucionalidad que conciernen la Corte Constitucional, si es que la decisión legislativa llegare a comprometer la integridad de la Carta o valores constitucionales fundamentales, sin perjuicio obviamente de la inaplicación por otros órganos de la administración de justicia merced a una inconstitucionalidad ostensible (art. 4° Const. Pol.).

En efecto, *correspondía a la elección del legislador la opción de determinar, por medio de la norma jurídico-penal, si "la armonía y la unidad de la familia" podía ser un bien jurídico protegido, y así lo hizo en la Ley 294 de 1996, caso en el cual institucionalizó el control penal para cierta clase de conductas que él mismo debía individualizar y que regularmente involucran un grado de violencia intolerable en la relación familiar (tipicidad), tal como se previó en los artículos 22 y 23 del citado ordenamiento legal. De igual manera, también corresponde al legislativo decidir cuáles conductas desviadas dentro de la convivencia familiar, a pesar de serlo, pueden resolverse en el desenvolvimiento del solo control social informal de la familia, y cuándo debe apelarse al recurso extremo de la solución penal.*

Se dice lo anterior, porque por más loable que sea la dirección jusfilosófica o política que se invoque, el Estado Social de Derecho en Colombia obliga a la protección no solo de la familia, sino también del componente personal más débil en la relación familiar, por medio de preceptos jurídicos explícitos, precisos y previos, pues así se infiere de los mandatos constitucionales insertos en los artículos 1°, 2°, 13 y 29 (sentencias C-408 de 1996, C 285 de 1997 y C-273 de 1998).

Así pues, como la denominada jurisprudencia o doctrina legal es la que fijan los tribunales u órganos superiores de la administración de justicia, por medio del conjunto de los principios que sirven de fundamento a cada uno de sus fallos (ratio decidendi), es fácil advertir que el sistema jurídico creado por el legislador constituye la premisa mayor del razonamiento judicial y, por ende, el desarrollo de la jurisprudencia no podrán desconocer normas vigentes, con más veras si llegaren a ser avaladas por un juicio de exequibilidad de la Corte Constitucional. Ello no impide, desde luego, que los jueces, a la hora de resolver problemas sociales, hagan uso de criterios político-criminales o criminológicos, siempre que no desborden principios positivizados como los de legalidad e igualdad.

Bastarían estas reflexiones para desechar el pedimento de casación discrecional sobre la mera base de reflexiones de filosofía jurídica. Sin embargo, el recurrente hace algunos señalamientos que, así no igualen en motivación a los anteriores y haya algún descuido en su exposición, la Corte no puede desconocerlos para justificar la concesión del recurso.

Pues bien, es verdad que la Corte solo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el delito de violencia intrafamiliar en el ámbito restringido de los conflictos de competencia (auto de marzo 31 de 1997 y otros), oportunidad en la cual obviamente no pueden anticiparse criterios muy amplios sobre la tipicidad del comportamiento, la comparación exhaustiva de los tipos penales de violencia intrafamiliar o la cobertura y matización del bien jurídico protegido. Se requiere un espacio más abierto, como es el del recurso extraordinario de casación, pues aquí sí pueden discutirse con mayor espontaneidad y libertad, no solo los temas sobre los que no puede avanzarse mayormente en la controversia de competencias (interés jurídico y tipicidad inequívoca), sino otros aspectos propuestos por el recurrente, como las conductas del cónyuge, compañero o compañera que supuestamente puedan justificar la conducta de maltrato del otro; o la procedencia de la querella, el desistimiento y la conciliación en las infracciones previstas en los artículos 22 y 23 de la Ley 294 de 1996.

También es importante abrir la discusión para establecer la supuesta violación de garantías como la responsabilidad subjetiva o proscripción de responsabilidad objetiva.

Claro que el eventual debate en casación depende de que los mencionados temas y propuestas tengan relación directa con falencias cometidas dentro del proceso, lo cual sólo puede apreciarse en una demanda clara y precisa que el impugnante debe presentar después de la aceptación del recurso, con-

forme con los lineamientos de los artículos 220 y 225 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

Conceder el recurso de casación discrecional propuesto por el Procurador 54 en lo Judicial Penal de Bucaramanga, en relación con la sentencia del Tribunal de la misma ciudad, fechada el 24 de junio de 1999, por medio de la cual se condenó al procesado Guillermo León Pabón Pabón, como autor del delito de violencia intrafamiliar.

En consecuencia, regrese el expediente al tribunal de origen, con el fin de que se cumplan las traslados previstos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal y, una vez presentada la demanda y los escritos del caso, lo envíe a la Corte.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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.

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ/ERROR DE TIPO

El error de tipo comprende no sólo el que recae sobre la totalidad de la descripción, sino también sobre cualquiera de los elementos que lo componen, como los sujetos, los objetos, la conducta y aun los ingredientes normativos.

La servidora pública actuó bajo la creencia de que con su comportamiento no estaba abusando de las funciones públicas, elemento normativo del artículo 272 del Código Penal, y que era legal la privación inmediata de la libertad del agraviante, o sea, se repite, incurrió en un error de tipo, previsto en el ordinal 4° del artículo 40 ibidem, yerro invencible si se tienen en cuenta las concretas circunstancias en que obró, al estar acosada y ofuscada por el reiterado ultraje que realizaba el abogado y considerar que había que proferir la decisión y ejecutarla lo más pronto posible, sin permitirle una definición mejor consultada y estudiada, sino acudir a lo que tenía a su inmediato alcance, en la poco recursiva población, como fue buscar antecedentes, que no los había de válida equiparación, dada la reforma constitucional relativamente reciente. Además, no puede perderse de vista el tiempo que llevaba en el desempeño del cargo de Juez, falta de experiencia que influyó en el proceso intelectivo, al igual que todo lo antes reseñado, con merma de su capacidad cognoscitiva.

Todo lo anterior lleva a concluir que, si bien el comportamiento realizado por la novel Juez es típico y antijurídico, estuvo ausente la culpabilidad, situación que ineludiblemente conduce a revocar en todas sus partes el fallo condenatorio y, en su lugar, absolver a la acusada del delito que motivó la acusación en su contra.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal- -Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 143 (Sep. 22/99) Proceso No. 10993

ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre la apelación interpuesta por el defensor, contra el fallo de fecha 4 de agosto de 1995, por medio del cual el Tribunal Superior de Cartagena en Sala de Decisión Penal, condenó a la doctora Johnnessy del

Carmen Lara Manjarrés a un año de prisión, pérdida del empleo de Juez Promiscuo Municipal de Zambrano (Bolívar) e interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual al de la prisión, como responsable de un delito de privación ilegal de la libertad, otorgándole la ejecución condicional de la condena.

HECHOS

En horas de la mañana del 17 de marzo de 1992, el abogado Carlos Federico Salcedo Donado concurrió a la Secretaría del Juzgado Promiscuo Municipal de Zambrano (Bolívar) a preguntar por el proceso adelantado contra Edgar Sepúlveda Umaña y otros, por lesiones personales, en el cual actuaba como defensor y al leer la resolución de acusación manifestó "en forma furiosa que estaba descontento con la calificación del sumario".

En ese momento llegó la Juez, doctora Johnnessy del Carmen Lara Manjarrés y de inmediato el abogado le reprochó que ignorara sus escritos y sólo tuviera en cuenta los del apoderado de la parte civil, que no podía creerla "tan sucia, tan deshonesta". A pesar de la solicitud de respeto y prudencia de la Juez, insistió en sus insultos, advirtiéndole que "él había venido dispuesto a que ella le dictara una resolución, puesto que estaba frente a una persona inmoral y deshonesta y que él rompía su diploma si no la hacía ir de aquí, que él estaba dispuesto a que lo metieran preso...", llegándole a decir que si era necesario que la enamorara para que resolviera a su favor (fs. 4 y 16 cd. 1).

Frente a esa actitud del abogado, la Juez instó a Carmen Larios de Mulford y Yolanda María Mercado García, secretaria y escribiente del Juzgado, a que dejaran constancia del hecho y dictó la Resolución 001 de marzo 17 de 1992, mediante la cual le impuso cinco días de arresto inconmutables, "conforme a lo dispuesto en el Art. 39 del C. de P. C., modificado por el Decreto 2282 de 1989" (fs. 5 y 17 ib.).

En horas de la tarde, la Juez envió el oficio 097 de dicha fecha al Comandante de la Estación de Policía del lugar, solicitando arrestar al doctor Salcedo Donado, quien reinició los improperios y efectivamente fue aprehendido a las 3:20 de esa misma tarde, permaneciendo privado de libertad hasta la tarde siguiente, cuando la doctora Lara Manjarrés oficiosamente revocó la orden de arresto, en la advertencia de que no podía hacerla efectiva hasta que cobrara ejecutoria la resolución que la imponía (fs. 6, 10, 18 y 21 cd. 1).

ACTUACIÓN PROCESAL

El abogado Salcedo Donado presentó denuncia y, abierta la correspondiente instrucción, la doctora Johnnessy del Carmen Lara Manjarrés rindió indagatoria; el 5 de abril de 1993 se profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, con excarcelación, por el delito de privación ilegal de la libertad (fs. 52 y Ss. cd. 2). Entre otras pruebas, en la instrucción se acreditó el ejercicio de sus funciones de Juez al tiempo de los hechos.

El 30 de junio de 1994 el Fiscal 1° Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena profirió resolución de acusación contra la doctora Lara Manjarrés por el mencionado hecho punible (fs. 218 y Ss. cd. 2), decisión apelada por el defensor y el apoderado de la parte civil y confirmada íntegramente el 31 de agosto de 1994 por la Fiscalía Delegada ante esta corporación (fs. 4 y Ss. cd. respectivo).

Desarrollado el juicio y celebrada audiencia pública, el 4 de agosto de 1995 una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cartagena profirió sentencia condenatoria por la privación ilegal de la libertad, imponiéndole a la inculpada las penas principales de un año de prisión y pérdida del empleo de Juez Promiscuo Municipal de Zambrano, que desempeñaba al momento de la realización del hecho, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por ese mismo tiempo, concediéndole la ejecución condicional de la condena. Considerando que los perjuicios ocasionados con el delito no fueron concretados ni demostrados, no dispuso su indemnización, dejando al perjudicado la opción de "acudir, si a bien lo tiene, a la vía civil" (fs. 175 y Ss. cd. 3).

SUSTENTACIÓN DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Después de considerar que se hallaba acreditado el ejercicio del cargo judicial por la procesada y lo que aconteció en torno a su desempeño, encontró el Tribunal que ante el comportamiento irrespetuoso del abogado ella estaba facultada "para acudir a los poderes disciplinarios que le otorgaba el artículo 39 del C. de P. C.", pero que "con claridad meridiana esta misma disposición le imponía el deber de esperar la ejecutoria de la resolución para hacerla cumplir. Al no proceder de esta manera y enviar la orden de captura el mismo día en que dictó la resolución sancionatoria, sin esperar su ejecutoria, actuó sin sujeción a las formalidades prescritas legalmente; siendo esta circunstancia la que hace arbitraria su conducta, puesto que la procesada con claro abuso de sus funciones privó de la libertad al abogado Salcedo Donado" (f. 191 cd. 3), hecho antijurídico por atentar precisamente contra ese derecho a la libertad individual.

Descarta el *a quo* las alegaciones del defensor, primero en cuanto pudiera acudirse a una excepción de inconstitucionalidad, en aplicación de lo que permitía el artículo 27 de la Constitución de 1886, habida consideración de haber operado el tránsito de normatividad constitucional antes de la ocurrencia del hecho.

Acerca de la expedición de la orden de captura y el momento en que fue llevada al Comando de Policía, el Tribunal efectúa un detenido análisis de la prueba testimonial y deduce, particularmente de lo expuesto por el entonces Personero Municipal César Bolívar Hernández (fs. 103 y Ss. cd. 2), que el día de los hechos, ya en horas de la tarde, llegó al Juzgado con la titular del despacho "y ésta seguidamente envió a la Escribiente a llevar la orden al Comandante de la Policía; y que fue luego cuando llegó el abogado Salcedo. Ahora que si la Juez llegó y de inmediato envió a la Escribiente a llevar la

orden de captura es porque ya la misma estaba elaborada, y esto es precisamente lo que indica Carmen Larios en su declaración que todo (resolución y orden de captura) se hizo en la mañana" (f. 203 cd. 3).

Lo analizado lleva al Tribunal a concluir que la orden de captura "no se impartió para parar el acto 'in continenti' a que alude la defensa, pues los irrespetos cesaron cuando el abogado abandonó el Juzgado al mediodía y se reanudaron cuando en horas de la tarde se presentó nuevamente al Juzgado y fue notificado, momentos estos en los que ya la orden de arresto había sido enviada al Comandante de la Policía a través de la Escribiente Yolanda Mercado" (fs. 205 y 206 ib.).

Acerca de la culpabilidad, considera el *a quo* que la Juez conocía el diligenciamiento que correspondía darle al asunto, siendo su actuar consciente al omitir un trámite sencillo, que "no suscita equívocos, ni variadas interpretaciones; igualmente es claro el contenido de la jurisprudencia que dice le sirvió de norte y con fundamento en ella tampoco podía hacer efectiva la orden de arresto en momentos en que el irrespeto no se perpetraba" (f. 209 ib.).

El Tribunal encontró así configurado el delito de privación ilegal de la libertad, por el cual se había formulado la acusación; impuso un año de prisión, mínimo contemplado en el artículo 272 del Código Penal, por no concurrir "circunstancia alguna de agravación y sí en cambio de atenuación derivadas de su buena conducta anterior y obrar además en estado de emoción excusable" (fs. 210 y 211 ib.).

La Apelación

1. A través del recurso vertical ordinario que ahora decide la Corte, busca el defensor la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que se absuelva a su asistida, mencionando que la Juez "al día siguiente revocó la orden de captura, para así esperar la ejecutoria de la resolución de arresto. Ello ocurrió y posteriormente el abogado volvió a ser privado de la libertad a fin de que se cumpliera el ordenamiento judicial" (f. 267 cd. 3).

Expone que habría lugar a una "excepción de inconstitucionalidad", teniendo en cuenta que la medida contra el abogado Saledo Donado se tomó en momentos en que la Juez era objeto de expresiones irrespetuosas, lo cual constituye una situación de flagrancia. La Constitución anterior permitía en el artículo 27-1, que el funcionario con autoridad o jurisdicción multara o arrestara, sin juicio previo, a quien le injuriara o faltare al respeto en el acto del desempeño de las funciones; como la Carta de 1991 nada dice sobre ese respecto, se pregunta si los funcionarios perdieron la sensibilidad y se convirtieron en seres fríos, impertérritos, a quienes no les es dable sancionar inmediatamente, habiéndose acabado "la flagrancia en situaciones como éstas".

Afirma que hay "nexo teleológico entre excepción de inconstitucionalidad y flagrancia", por lo cual el numeral 2° del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil "cede por excepción ante el artículo 32 C. N.".

Considera, de otra parte, que el hecho fue realizado en la convicción errada e invencible de que se obraba bajo el amparo de una causal de justificación (art. 40-3 C. P.) al ordenar el encarcelamiento del ofensor, por estimar de buena fe que de no actuar de manera inmediata, como lo hizo, los insultos no cesarían y la medida "carecería de objeto" (f. 271 ib.).

Así, anota el impugnante que, en el momento en que actuó, a la Juez "no le era exigible una conducta diferente" y que el hecho de revocar la orden de captura no es lo que hace emerger el dolo, como sostiene el Tribunal; "es al revés, por cuanto le surge a partir de ese momento la duda de si había actuado bien o no. Pero obsérvese que ese acto es posterior. Y el dolo en este reato jamás es posterior, sino que debe ser anterior o concomitante. De allí pues que no sea de recibo esa apreciación del Tribunal para deducir dolo" (f. 273 ib.).

2. En el término de traslado a los no recurrentes, la parte civil ejercida por el mismo abogado afectado con la decisión de la procesada, presentó escrito solicitando que se desestimen las alegaciones de la defensa y sea confirmada la sentencia, pues la flagrancia es referida a la comisión de un delito y el origen de este asunto es una eventualidad disciplinaria. Observa también que lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 39 del Código de Procedimiento Civil es muy claro y un Juez no puede alegar "la ignorancia de una ley para violarla y mucho menos la de una norma constitucional para justificar la comisión de un delito" (f. 291 cd. 3).

Consideración de la Corte

La doctora Johnnessy del Carmen Lara Manjarrés, en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Zambrano (Bolívar), ejerció el poder disciplinario consagrado por el artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, que citó expresamente al proferir la resolución 001 de fecha 17 de marzo de 1992 y al librar el oficio 097 de igual fecha ordenando la aprehensión, para sancionar con 5 días de arresto inconmutable al abogado Carlos Federico Salcedo Donado, por ostensibles faltas contra el respeto debido a la funcionaria, quien actuó con base en la percepción directa del oprobio y de acuerdo con la constancia dejada por dos empleadas del Juzgado. El arresto fue hecho efectivo parcialmente antes de la ejecutoria de la resolución (fs. 16, 17 y 18 cd. 1).

Así, el abogado Salcedo Donado fue aprehendido frente al propio Juzgado por la Policía, a las 3:20 de la tarde de ese 17 de marzo (fs. 7 y 19 ib.) y puesto a disposición de la Juez, quien en la misma fecha, por no existir en Zambrano "Cárcel Municipal, sino calabozos en condiciones infrahumanas", ordenó trasladarlo a la "Cárcel Nacional del Circuito de El Carmen de Bolívar" (f. 8 y 20 ib.).

El día siguiente (marzo 18/92), la doctora Lara Manjarrés resolvió "revocar la orden impartida al señor Comandante de Policía", relativa al arresto del abogado y ordenó su inmediata libertad, al considerar que se había apresurado, por el "hondo estado de alteración de la titular", al ordenar dar cumplimiento a la resolución de arresto sin cumplir el trámite "consignado en el ordinal 2° del artículo 39 del C. de P. C., relativo a la ejecutoria indispensable de la resolución mencionada" (fs. 10 y 21 ib.).

Impugnada la referida resolución 001, la Juez mediante providencia de fecha 19 de junio de 1992 no la repuso y ordenó oficiar al Comando de Policía, a efecto de que se ejecutara la sanción por 3 días, 21 horas y 24 minutos, reconociendo de esta manera las 26 horas y 36 minutos que transcurrieron del arresto entre el 17 y el 18 de marzo del mismo año (fs. 77 y Ss. cd. 2).

El artículo 39 del Código de Procedimiento Civil, reformado por el 1°, numeral 14 del Decreto 2282 de 1989, dispone:

"Poderes disciplinarios del Juez. El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios:

... ...

2. Sancionar con pena de arresto inconmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Para imponer esta pena será necesario acreditar la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, prueba testimonial o con copia del escrito respectivo.

El arresto se impondrá por medio de resolución motivada que deberá notificarse personalmente y sólo será susceptible del recurso de reposición.

Ejecutoriada la resolución, se remitirá copia al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente.

... ..."

La mayoría de lo instituido en este precepto fue ciertamente cumplido por la Juez Promiscuo Municipal de Zambrano, en el asunto que se investiga, menos esperar la ejecutoria de la resolución antes de darle curso hacia la autoridad policiva local, según lo que viene observándose.

Atendiendo lo argumentado por el apelante, debe respondérsele en primer término, como de manera acertada, en este punto, expresó el Tribunal, que no tiene incidencia objetiva alguna sobre el caso, ni por favorabilidad, ni por excepción de inconstitucionalidad, pero sí como uno de los factores subjetivamente causantes del error, según luego puntualizará la Corte, que el ordinal 1° del artículo 27 de la Constitución Política de 1886 permitiera, como excepción a las garantías procesales, que los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción castigaran con multa o arresto, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señale la ley, "a cualquiera

que los injurie o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo".

Tal disposición perdió vigencia desde julio de 1991, pues la actual Constitución no incluyó una norma semejante y enfáticamente propende a la preservación del debido proceso en "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" (art. 29 Const.).

El asunto fue otrora bastante debatido, como puede observarse en providencias emanadas de esta corporación, como las que cita el impugnante, por cierto proferidas en 1988 y 1989, con anterioridad a la reforma constitucional, que refrendó literalmente que nadie puede ser reducido a prisión o arresto sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (art. 28 ib.).

Volviendo a la situación fáctica concreta, se encuentra demostrado en el proceso que el abogado Carlos Federico Salcedo Donado faltó gravemente al respeto debido a la doctora Johnnessy del Carmen Lara Manjarrés, al perder la cordura por no resultar de su agrado una providencia que ella dictó en ejercicio de su cargo como Juez Promiscuo Municipal de Zambrano.

Así se desprende de lo testificado por Yolanda María Mercado García y Carmen Larios de Mulford (fs. 32 y 42 cd. 2), empleadas del Juzgado que presenciaron al menos parte del bochornoso comportamiento del abogado y expidieron la siguiente constancia (fs. 4 y 16 cd. 1):

"... hoy 17 de marzo... se presentó el Dr. Carlos Federico Salcedo Donado, abogado defensor en el proceso de lesiones personales que cursa en este despacho contra los señores..., manifestando en forma furiosa que estaba descontento con la calificación del sumario, cuya providencia tiene fecha marzo 13/92 y al mismo tiempo injuriaba a la titular del despacho diciendo que ella era una persona sucia, en ese instante llegó la titular... de inmediato se dirigió hacia ella diciendo que estaba disgustado con lo que ella había resuelto, que solamente había tenido en cuenta los escritos presentados por el Dr. Libardo Sierra abogado de la parte civil, y que lo de él ni siquiera lo había relacionado, que únicamente hizo lo pedido por Libardo y lo que a ella le convenía, que así era como ella actuaba, que no la creía tan sucia, tan deshonesta. La señorita Juez le pedía prudencia y él insistía en los insultos, que él venía dispuesto a que ella le dictara una resolución, puesto que estaba frente a una persona inmoral y deshonesta, y que él rompía su diploma si no la hacía ir de aquí..."

En la jornada de la tarde, cuando la doctora Lara Manjarrés regresó al Juzgado acompañada de César Bolívar Hernández, Personero Municipal, fue víctima de otros improperios, que así relata este testigo:

"(...) A eso de las 2:15 de la tarde del día de los hechos me encontré con la doctora..., ella me dijo que el doctor Carlos la había irrespetado, llegando al extremo de decirle que ella era una sucia, vagabunda, inmoral y deshonesta

porque no tuvo en cuenta sus escritos.... entonces yo me ofrecí a acompañarla al Juzgado al verla tan alterada... después de haber salido la señorita Yolanda para la policía a llevar dicha Resolución de arresto llegó el doctor Carlos Salcedo a notificarse y al enterarse de la actitud de la señorita Juez, le dijo que esto él lo esperaba y que por lo tanto había ido dispuesto a que la dictaran la resolución de arresto, que para eso había ido preparado con ropa porque ella era una sucia..." (fs. 103 y Ss. cd. 2).

Ultrajes que Johnniessy del Carmen Lara Manjarrés refiere en su indagatoria cómo causa de la sanción (fs. 9 y Ss. y 95 y Ss. cd. 2):

"... en la fecha en comento siendo aproximadamente las 11:10 a 11:15 a.m. y habiendo entrado al salón de secretaría, de la calle, procedí como forma acostumbrada a saludar al doctor Carlos Federico Salcedo Donado... respondió: que estaba descontento con el fallo que había pronunciado... me dijo que era una vieja inmoral, que solo favorecía los argumentos esgrimidos por el abogado de la contraparte... él me expresó o sea el doctor Salcedo con voz pronunciada a gritos algo inusual en él que no me iba a respetar porque yo me había aliado a gente deshonesta e inmoral... yo le seguí requiriendo para que no siguiera gritando pero el abogado referido me expresó con la misma intensidad en volumen que yo era una persona deshonesta sucia y amoral...

...quiero agregar que en las horas de la tarde, si bien es cierto que el doctor Carlos Federico Salcedo Donado no dijo improperios y calificativos injuriosos en la medida proporción e intensidad y fiereza, no es menos cierto que prosiguió en sus faltas de respeto dirigidas a la titular del Juzgado y al juzgado mismo..."

El abogado Salcedo Donado manifiesta en la denuncia y posterior ampliación (fs.1 y Ss. y 37 y Ss. cd. 1), que al conocer la decisión quedó sorprendido y entristecido, manifestándole a la Juez "que estaba indignado porque ella se había parcializado, había actuado como fiscal acusador teniendo en cuenta solamente lo desfavorable a mis patrocinados. Ella me pidió que me calmara yo le dije que ante una situación de esta existía no calma, sino indignación por la forma como ella pretendía administrar justicia, nuevamente me dijo que me calmara porque si no me iba a dictar resolución ordenando mi detención; yo le respondo que lo hiciera que para mí eso no sería sorpresa..." (f. 39 fb.).

Al contrario de lo manifestado por el defensor, la ejecución inmediata de la resolución sancionatoria no era la única forma de hacer cesar los insultos, como se desprende de lo manifestado en la indagatoria y por la escribiente Yolanda María Mercado García, quien por orden de la Juez salió a traer Policía para sacar del recinto al descomedido abogado; pero no puede desconocerse que la reiterada afrenta sí colocó a la agraviada en un estado de turbación, que la expuso al error.

En la audiencia pública el doctor Salcedo Donado, participando en su propio nombre como parte civil, reconoce (f. 84 cd. 3):

"... pedí el negocio y mi sorpresa fue grande, en realidad sí existía la providencia, providencia que hasta el momento después de meditar varias noches aún no la comprendo, pero que en ese momento nubló mi, mejor turbó mi razón, y sí ultrajé a la señorita Juez, en el sentido de que le dije: Que no comprendía la providencia, y que estaba indignado y que ella (sic) producto de un funcionario sucio y deshonesto, como lo era ella..."

Tan ostensible falta de respeto, expresada y repetida a raíz de una decisión tomada por la Juez en el ejercicio de sus funciones, dio razón suficiente para que ella aplicara su poder disciplinario, con el máximo de los cinco días de arresto inconmutable estatuido en la norma (art. 39-2 C. de P. C.), ante la gravedad de los denuestos. De tal manera, la resolución sancionatoria que emitió el mismo 17 de marzo de 1992, no es contraria a la ley.

Es cierto, sin embargo, que obró apresuradamente al ordenar el cumplimiento antes de la ejecutoria, llevada por su "bondo estado de alteración", según reconoció un día después, marzo 18 de 1992, al dictar la providencia mediante la cual resolvió "revocar la orden impartida al señor Comandante de Policía" (fs. 10 y 21 cd. 1).

La ofuscación de su ánimo por las ofensas recibidas, dio base para que el Tribunal le reconociera la causal de atenuación punitiva de haber obrado en estado de emoción o pasión excusable (art. 64-3 C. P.), pero sin justificar la pretensión del defensor de que a los funcionarios judiciales, como no han perdido la sensibilidad, ni son seres "fríos, impertérritos", se les permita sancionar inmediatamente, sin tener que "adecuar ese castigo al ritual de un procedimiento" (f. 268 cd. 3).

En tal medida, no es prudente ni lícito incumplir las condiciones pertinentes, como ocurrió en el caso sub lite, donde la autoridad judicial tomó la decisión correcta pero, por error, se precipitó a hacerla efectiva sin que estuviera ejecutoriada, privando de la libertad a un irrespetuoso antes de haber cumplido a cabalidad con las exigencias legales que hacían viable la imposición de la medida disciplinaria.

Otro enfoque de la impugnación es edificado por la defensa sobre la causal de inculpabilidad consagrada en el numeral 3° del artículo 40 del C. P.: "Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación", que el recurrente plantea con imprecisiones y relaciona con la no exigibilidad de otra conducta. No indica qué aspecto fáctico fue eventualmente tenido por la funcionaria como una justificante, sin serlo realmente, que la hubiera llevado a creer que obraba protegida por ella.

En cambio, el abogado Carlos Federico Salcedo Donado, constituido como parte civil dentro del presente asunto, impetra confirmar la sentencia con fundamento en lo expuesto "en la parte emotiva (sic) de la providencia impug-

nada" y "rechazar las peticiones de la defensa", tanto en lo relacionado con la pretendida excepción de inconstitucionalidad, como acerca de la "causal extrapenal (sic) de inculpabilidad, al considerar que estaba amparada por una causal de justificación" (f. 289 cd. 3). Tiene razón en la no prosperidad de los argumentos del apelante, en su sustentación específica, pero no en cuanto a su pretensión de mantener la condena, la cual debe ser revocada al configurarse una causal diferente de inculpabilidad, a saber: la prevista en el ordinal 4° del artículo 40 del Código Penal, catalogable como error de tipo, según la cual no es culpable "quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal".

El error de tipo comprende no sólo el que recae sobre la totalidad de la descripción, sino también sobre cualquiera de los elementos que lo componen, como los sujetos, los objetos, la conducta y aun los ingredientes normativos.

Volviendo a los elementos de comprobación, cabe recordar de qué manera la secretaria del despacho, Carmen Larios de Mulford, describe las circunstancias en que fue proferida la resolución y el oficio librado para hacerla efectiva (fs. 44 y 45 cd. 2, transcripción textual):

"ella me ordeno hacer la resolución ella me la dictaba y yo la escribía y ahí mismo me dijo que le hiciera el oficio para la policía yo si recuerdo haberle insinuado a la doctora yo le dije doctora está bien que le haga la resolución de arresto pero no enviar enseguida el oficio a la Policía no se vaya a meter en un lío, nono hazlo tranquila aquí no va a pasar nada cuando más yo asumo las consecuencias, no se porque cometió ella esa ligereza incluso que en la tarde se le subió la presión empezó a tomas aromáticas y se sentía mal...".

Expresa también la señora de Mulford que cuando ella le comentó a la doctora que la había llamado el Juez del Circuito de El Carmen de Bolívar, "ella enseguida salió a llamar por teléfono cuando regresó de Telecom me dijo vamos a revocar esto enseguida y que le den la libertad inmediata, le dije se da cuenta doctora, ella me dijo la verdad no se que me paso y se hizo la orden de libertad" (f. 45 ib., transcripción textual).

Por su parte, ha dicho la doctora Lara Manjarrés que su decisión estuvo fundamentada en la sentencia de la Sala Plena de esta corporación, que señaló en vigencia de la Constitución de 1886:

"Como se puede observar, el artículo 27 de la Carta establece tres excepciones al principio general del debido proceso y del derecho de defensa, pues permite castigar 'sin juicio previo' en los casos taxativamente señalados y es así como en el numeral 1° de interés para nuestro estudio, autoriza a los funcionarios investidos de jurisdicción o autoridad, para imponer multas o arresto a cualquier persona que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando sus funciones" (Sentencia, febrero 6/89, M. P. Jaime Sanín G.).

La gravedad y reiteración de los vituperios lanzados por el abogado, en un estrado judicial, en donde los servidores públicos y los concurrentes han de guardar el decoro y la compostura debidos, incidieron enormemente en la Juez, en un momento en que no solamente ella era ofendida sino también la majestad de la justicia, hasta el punto de menguar su discernimiento, sus facultades intelectivas, haciéndola más susceptible de errar, como ya se expresó.

La consulta jurisprudencial que dice haber realizado no le resultó acertada, pues acudió a un texto interpretativo de un precepto de la Constitución de 1886, cuyo tenor literal permitía imponer sanciones correctivas, sin que se requiera expresamente que la providencia quedara ejecutoriada. La Carta de 1991 llevaba relativamente poco tiempo de vigencia y difícilmente podría encontrar interpretaciones judiciales o doctrinarias, diferentes de las del artículo que no había sido reproducido, apoyado como estaba en bases filosóficas y dogmáticas distintas.

Rápidamente procedió a dictar a la secretaria la resolución sancionadora, que habría de ejecutarse inmediatamente, según ella, sin que de nada sirviera la manifestación de la subalterna de "no enviar en seguida el oficio a la policía", a lo cual le respondió "hazlo tranquila aquí no va a pasar nada", frase reveladora de certeza de que su actuar se ceñía a las disposiciones legales que regulaban la materia, mostrándose segura de que no le generaría consecuencias negativas.

Más aun, el litigante sancionado no sólo provocó la situación sino que estuvo en la misma equivocación de anticipar el cumplimiento: al regresar esa tarde al Juzgado "a notificarse y al enterarse de la actitud de la señorita Juez, le dijo que esto él lo esperaba y que por lo tanto había ido dispuesto a que le dictaran la resolución de arresto, que para eso había ido preparado con ropa porque ella era una sucia ..." (f. 104 cd. 2), expresión indicativa de que iba convencido de que la providencia debía ser ejecutada inmediatamente, por lo cual llevaba las vestiduras apropiadas para afrontar la privación de la libertad.

Durante todo ese tiempo la funcionaria permaneció en su error y solo vino a salir de él, cuando el Juez Penal del Circuito de El Carmen de Bolívar expresó telefónicamente su apercibimiento; así, tan pronto regresó de TELECOM le indicó a la secretaria "vamos a revocar esto en seguida y que le den la libertad inmediata, le dije: ¿se da cuenta doctora? Ella me dijo la verdad: no sé qué me pasó y se hizo la orden de libertad", según declaró la señora de Mulford. Esa conducta posterior viene a ratificar que obró bajo el errado convencimiento de que la ejecución inmediata de la sanción era lícita.

Lo anterior significa que *la servidora pública actuó bajo la creencia de que con su comportamiento no estaba abusando de las funciones públicas, elemento normativo del artículo 272 del Código Penal, y que era legal la privación inmediata de la libertad del agresivante, o sea, se repite, incurrió en un error de tipo, previsto en el ordinal 4° del artículo 40 ibidem, yerro invencible si se tienen en*

cuenta las concretas circunstancias en que obró, al estar acosada y ofuscada por el reiterado ultraje que realizaba el abogado y considerar que había que proferir la decisión y ejecutarla lo más pronto posible, sin permitirle una definición mejor consultada y estudiada, sino acudir a lo que tenía a su inmediato alcance, en la poco recursiva población, como fue buscar antecedentes, que no los había de válida equiparación, dada la reforma constitucional relativamente reciente. Además, no puede perderse de vista el tiempo que llevaba en el desempeño del cargo de Juez, falta de experiencia que influyó en el proceso intelectivo, al igual que todo lo antes reseñado, con merma de su capacidad cognoscitiva.

Todo lo anterior lleva a concluir que, si bien el comportamiento realizado por la novel Juez es típico y antijurídico, estuvo ausente la culpabilidad, situación que ineludiblemente conduce a revocar en todas sus partes el fallo condenatorio y, en su lugar, absolver a la acusada del delito que motivó la acusación en su contra.

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:

1º Revocar íntegramente la sentencia objeto de apelación y, en su lugar, absolver a Johnnessy del Carmen Lara Manjarrés del cargo por el delito de privación ilegal de la libertad, formulado en la resolución de acusación.

2º Cancelar la caución prestada para gozar de la excarcelación y, en consecuencia, ordenar la entrega del respectivo título judicial a Johnnessy del Carmen Lara Manjarrés.

3º Por Secretaría, líbrense las comunicaciones pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. 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 Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Retractación

En reiterados y múltiples pronunciamientos ha enfatizado la jurisprudencia de la Sala, en desarrollo de la sistemática legal que regula el instituto de la terminación anticipada del proceso, que una vez el imputado se ha acogido a alguna de las dos figuras que con miras a dicha culminación abreviada consagró en sus artículos 37 y 37A el actual Estatuto Procesal Penal, no es factible la retractación de los cargos admitidos, siendo consecuencia de ello que sólo tienen interés jurídico para impugnar el fallo dictado bajo esta modalidad el procesado y/o su defensor, en aquellos aspectos relacionados de manera exclusiva con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes, tal y como lo dispone el art. 37B.4 ibidem. que no solamente es predicable del recurso de apelación, sino también del de casación, si se tiene en cuenta el carácter estratificado, secuencial y lógico que guía al proceso penal en la legislación patria.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No.149 Proceso No. 14793

Vistos

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de Rubiel Antonio Hurtado Acevedo contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales de fecha 25 de febrero del año en curso, mediante la cual confirmó el fallo anticipado emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad que lo condenó a la pena principal de 18 años, 6 meses y 8 días de prisión, como responsable de los delitos, en concurso, de acceso carnal violento e incesto.

Hechos

Siendo aproximadamente las 4:30 de la tarde del día sábado 8 de marzo de 1997, Rubiel Antonio Hurtado Acevedo llegó hasta la casa No. 2-73 ubicada en la carrera 38 con calle 66 de la ciudad de Manizales, en donde residía con su familia, encontrando en ella a su menor hija Claudia Viviana Hurtado

Salazar, a quien después de tomar de sus brazos por la fuerza y amenazarla con un cuchillo, la acarició y despojó de sus prendas de vestir accediéndola carnalmente. Hecho lo anterior se dirigió enseguida a su trabajo de vigilante en el sector de "Faneón", lugar hasta el cual a eso de las 6:30 de la noche llegaron las autoridades policiales adscritas al CAI del barrio Fátima, quienes procedieron a aprehenderlo en razón de ya estar enterados de estos sucesos por parte de los familiares de la víctima.

DEMANDA

El defensor de Rubiel Antonio Hurtado Acevedo propone tres cargos contra la sentencia impugnada, así:

El primero de ellos por la causal primera del art. 220 del C. de P.P., segundo motivo, acusando la presencia de error de hecho por falso juicio de identidad, que hace consistir en que pese a que el dictamen de medicina legal practicado a la menor Claudia Viviana, señaló que los hallazgos en su cuerpo evidencian un "intento de penetración sin que esto se haya producido completamente", la sentencia condenatoria lo fue por el hecho punible de acceso carnal violento consumado, cuando la verdad es que se trataría de un hecho en grado de tentativa, tal y como lo solicitara el defensor en la audiencia de aceptación de cargos formulados en la resolución de acusación, fuera reconocido al momento de emitirse el fallo. Por consiguiente y como quiera que "a la prueba del dictamen médico legal, debe dársele su verdadero y real alcance", solicita se de aplicación al artículo 22 del C.P.

Por la misma causal, motivo y sentido propuestos en el anterior reproche, y reproduciendo idénticos argumentos, propone el actor el segundo cargo, refiriéndose nuevamente al dictamen de medicina legal practicado a la menor ofendida, para concluir en esta oportunidad que al no estarse en presencia de un acceso carnal violento, pues no habría existido penetración, "nos enfrentamos es ante el punible de ACTO SEXUAL VIOLENTO", solicitando, en consecuencia, se case la sentencia impugnada y se de aplicación a lo dispuesto por el art. 299 del C.P.

Por último, como tercera censura, aduce el demandante la causal tercera del art. 220 del C. de P.P., acusando el fallo de haber sido proferido dentro de un proceso viciado de nulidad por vulneración del derecho de defensa técnica, que radica en el hecho de haberse permitido al procesado firmar un acta de sentencia anticipada en donde inexplicablemente se dejó constancia que "perdería el derecho a apelar la sentencia condenatoria", desconociéndose por consiguiente los derechos fundamentales del procesado.

En consecuencia, solicita se case la sentencia y se decrete la nulidad de lo actuado.

CONSIDERACIONES

1. *En reiterados y múltiples pronunciamientos ha enfatizado la jurisprudencia de la Sala, en desarrollo de la sistemática legal que regula el instituto de la*

terminación anticipada del proceso, que una vez el imputado se ha acogido a alguna de las dos figuras que con miras a dicha culminación abreviada consagró en sus artículos 37 y 37A el actual Estatuto Procesal Penal, no es factible la retractación de los cargos admitidos, siendo consecuencia de ello que sólo tienen interés jurídico para impugnar el fallo dictado bajo esta modalidad el procesado y/o su defensor, en aquellos aspectos relacionados de manera exclusiva con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional y la extinción de dominio sobre bienes, tal y como lo dispone el art. 37B.4 ibidem, *que no solamente es predicable del recurso de apelación, sino también del de casación, si se tiene en cuenta el carácter estratificado, secuencial y lógico que guía al proceso penal en la legislación patria.*

2. En el caso *sub judice*, mediante decisión del 23 de junio de 1997, la Fiscalía 18 Seccional de Manizales profirió resolución de acusación en contra de Rubiel Antonio Hurtado Acevedo por los delitos de acceso carnal violento e incesto. A petición elevada por el propio imputado el 29 de agosto, el 5 de septiembre posterior se llevó a efecto la diligencia de audiencia con miras a la sentencia anticipada, dentro de la cual el procesado aceptó su responsabilidad por los cargos que le fueran formulados, asentimiento en virtud del cual obviando el período probatorio del juicio se profirió la sentencia de primer grado, que una vez apelada por Hurtado Acevedo confirmó en su integridad el Tribunal Superior.

3. El ahora recurrente propone tres cargos contra la sentencia: los dos primeros por la primera causal del art. 220 acusando la existencia de errores de hecho por falso juicio de identidad, a través de los cuales pretende se reconozca que el punible contra la libertad y el pudor sexuales fue tentado y no consumado, de una parte, y el segundo, para que se admita que el hecho imputado era típico de un delito de acto sexual violento, mas no de acceso carnal violento.

4. Del contenido de las dos primeras alegaciones surge claro que lo pretendido por el defensor de Hurtado Acevedo ha sido contrariar la manifestación de voluntad expresada por éste al momento de acogerse a esta forma anticipada de terminación del proceso, desconociendo el carácter vinculante que la aceptación de cargos impone al fijar delimitativamente el objeto de la sentencia, sin que desde luego pueda tolerarse semejante aspiración, como que ella implicaría una arbitraria y desleal conducta procesal fluctuante entre admitir responsabilidad frente a una concreta imputación, que por lo mismo significa una renuncia a controvertir la acusación y las pruebas en que se sustenta, para lograr la culminación expedita del proceso y obtener el reconocimiento de una disminución punitiva, para con posterioridad propugnar por la rescisión de lo admitido, como queriendo habilitar unilateralmente un trámite al que motu proprio y con pleno consentimiento se declinó.

Y, en nada modifica estos supuestos el hecho de que el defensor de Hurtado Acevedo hubiese consignado en el acta respectiva que al momento de

proferirse la sentencia se "observe la posibilidad de reconocer al encartado la figura consagrada en el art. 22 del C.Penal, denominado tentativa", pues la verdad es que la aceptación de los cargos debía ser como lo fue pura y simple y no condicionada, resultando por ende inane esta observación, la que no vinculaba al juez para el momento de proferir la sentencia, máxime cuando la imputación delictiva daba cuenta de delitos consumados y bajo este entendido el procesado consintió en su responsabilidad.

5. Ahora, en relación con el tercer cargo dentro del cual se afirma la vulneración del derecho de defensa en el acta de audiencia especial por cuanto se habría dejado consignado que con la aceptación de la misma el procesado renunciaba a apelar la sentencia, además de ser ostensible la falta de fundamentación en que se incurre, pues salvo señalar el presunto hecho constitutivo de la irregularidad, en manera alguna expuso el censor con logicidad y orden, los fundamentos y la trascendencia del yerro *in procedendo* alegado, se trata simplemente de un mecanismo más de que se vale la defensa para pretender desvistuar la propia aceptación de cargos y la naturaleza misma del acta, sin asistirle interés jurídico para ello.

6. En efecto, si bien el Juez de primera instancia advirtió al procesado en el acta de terminación anticipada del proceso, asistido como estuvo por su defensor de confianza, que al acogerse al art. 37 del C. de P.P., "perdería el derecho a apelar", lo hizo, desde luego con el propósito de enterarlo de que el ejercicio de este derecho no sería pleno una vez reconocida su responsabilidad frente a los delitos que se le atribuían, por existir una limitante en la ley, pero en manera alguna porque mediante esa salvedad se pretendiera hacer nugatoria la posibilidad de impugnar el fallo, siendo elocuente prueba de ello el hecho de que el mismo fue recurrido ante el Tribunal Superior y ahora lo ha sido ante la Corte.

En consecuencia, siendo que el interés jurídico para recurrir constituye un presupuesto procesal de la demanda en forma y que su ausencia genera una irregularidad insubsanable, la demanda sustentatoria deberá ser rechazada *in limine*, declarando en consecuencia desierto el recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

1. RECHAZAR IN LIMINE la demanda presentada por el defensor del procesado Rubiel Antonio Hurtado Acevedo.

2. DECLARAR como consecuencia DESIERTO el recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno, de conformidad con el art. 197 del C. de P.P.

Cóplese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de orígen.

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.

PORTE ILEGAL DE ARMAS

Resulta oportuno recordar lo que la Corte, mediante jurisprudencia del 22 de febrero de 1996, reiterada en varias ocasiones, señaló entorno al alcance interpretativo de los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993, estatuto que define cuáles armas son de uso privativo de la fuerza pública y cuáles de defensa personal:

Entonces, tratándose de pistolas y revólveres se presentan tres hipótesis que resulta necesario examinar para establecer la naturaleza del arma de fuego, es decir, si se trata de arma de uso privativo de la Fuerza Pública o de defensa personal. Veamos:

1. Los revólveres y pistolas que tengan calibre superior a 9.652 mm (.38 pulgadas), siempre serán de uso privativo de la Fuerza Pública, como claramente lo establece el literal b) del artículo 8°.

2. Los revólveres y pistolas de calibre inferior a 9.652 mm. (.38 pulgadas) siempre serán de defensa personal, como resulta del literal a) del citado artículo 8°, sin importar las demás características contempladas en el literal a) del artículo 11, estos es, ni el largo del cañón ni la capacidad del proveedor.

3. Cuando las mencionadas armas sean de calibre igual a 9.652 mm. (.38 pulgadas), se presentan dos circunstancias a saber:

a) Las que no reúnan las característica del literal a) del artículo 11, serán de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública, como lo dispone el literal a) del artículo 8° que reza:

"a. Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este decreto".

"b) Las que reúnan las demás características previstas en el literal a) del artículo 11, serán necesariamente armas de defensa personal.

"Ello significa que cuando se trate de pistolas y revólveres que tengan calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas), es impertoso examinar los demás requisitos establecidos en el literal a) del mencionado artículo 11 del decreto 2535 de 1993".

A lo que debemos agregar, para efectos del caso concreto, que las armas automáticas son de guerra, sin importar el calibre.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 149 Proceso No. 16070

VISTOS

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre un Juzgado Regional de Medellín y el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, en la causa que se adelanta contra William López Hurtado, por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública.

HECHOS

Un Fiscal Regional de Medellín los relató así:

"Tuvieron lugar en la ciudad de Manizales el tres de julio del año que avanza (1997), cuando el cabo primero Andrés Gaviria Velásquez, adscrito al Batallón Ayacucho con sede en esta ciudad, tuvo conocimiento de la presencia en manos del señor William López Hurtado de un arma automática, calibre nueve milímetros de uso privativo de las fuerzas armadas. El poseedor del artefacto le había contactado con el fin de que le hiciera mantenimiento a la misma, para lo cual se citaron en un lugar contiguo a su residencia. Toda vez que el suboficial había puesto en conocimiento de sus superiores lo que estaba ocurriendo, estos, conjuntamente con integrantes del CTI, montaron un operativo tendiente a su captura. Una vez el suboficial Gaviria Velásquez, con señales preconvenidas, les hizo saber que en efecto existía el arma, los agentes de ambas instituciones penetraron en el lugar, logrando capturar al sindicado en momento en que se escondía en la casa contigua, en la que reside su señora madre. Se incautó la subametralladora 9 mm., marca SMITH AND WESSON, sin número de identificación".

ANTECEDENTES

1. Abierta la investigación y en el curso de la misma, el técnico de balística, DG José Rubiel Amaya Amaya, adscrito a la Sección de Policía Judicial del Departamento de Policía Caldas, realizó, el 19 de julio de 1997, un estudio técnico sobre la citada arma, el cual concluyó:

"Clase: pistola metralleta. Tipo: de puño. Marca: Smith & Wesson, no original de esta industria. Calibre: 9 mm. Grabados sobre el arma: S&W 9MM.,Made in USA, marcas registradas Smith & Wesson Springfield Mass. Longitud del cañón: cinco (5) pulgadas. N° de estrías: cuatro (4) con sentido de rotación derecho. N° de serie: no posee. Alimentación: cargador. Capacidad: proveedor para treinta cartuchos. Funcionamiento: automático. Fabricación: clandestina. Acabado: bruñido. Empuñadura: metálica con ca-

cha de madera. Estado de mantenimiento: bueno. Estado de funcionamiento: bueno, apta para el disparo".

2. Posteriormente, ante la solicitud elevada por el defensor del procesado, quien advirtió que en la experticia "no hay constancia de que el arma en cuestión fuera probada en laboratorio, es decir, disparada", máxime cuando su procurado manifestó que no funcionaba, la Fiscalía Regional ordenó la ampliación de la misma, la que se llevó a cabo mediante inspección judicial.

En dicha diligencia, el perito, quien admitió no haber realizado disparos de prueba, concluyó, entre otros aspectos, que el proveedor tiene unas averías e, igualmente, que "el arma no funciona en forma adecuada, porque presenta desperfectos de fabricación, toda vez que se trata de un arma de fabricación clandestina o hechiza". Finalmente, a una pregunta que le hiciera el defensor del procesado contestó: "...como arma de fuego normal, se concluye que dicha arma es total y permanentemente inservible por la naturaleza misma de su fabricación".

3. Por los hechos en precedencia relatados y basada en la prueba técnica, la Fiscalía Regional, mediante resolución del 6 de marzo de 1998, acusó al sindicado por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública, previsto en el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986, decisión que, el 13 de julio siguiente, fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

4. Iniciado el juicio por un Juzgado Regional de Medellín y con el fin de "clarificar las contradicciones entre el dictamen y su ampliación", el Instituto de Medicina Legal, Regional Noroccidente, de la mencionada ciudad, realizó un nuevo examen técnico sobre la multicitada arma, el cual contiene las siguientes conclusiones:

"Tipo: pistola. Marca: SMITH WESSON. Modelo: No presenta. Calibre: 9x19 mm. Número de identidad: No presenta. Número de fabricación: No presenta. Cañón: longitud: 13 centímetros, tipo de ánima estriada: cuatro (4), sentido de rotación: hacia la derecha. Longitud total: 22, 5 centímetros. Tipo de funcionamiento: semiautomático. Capacidad de carga: proveedor con capacidad para alojar treinta cartuchos de igual calibre. Acabado: metal desnudo. Fabricación: hechiza. Casa fabricante: desconocida. País de origen: desconocido. Tipo de empleo: de puño. Empuñadura: metal y madera. Aptitud para disparar: se encuentra apta.

"Realizados disparos de prueba, se logró establecer que los mecanismos de disparo del arma incriminada, se encuentran en buen estado de funcionamiento.

"El proveedor presenta desperfectos, razón por la cual no fue posible establecer si el funcionamiento del arma de fuego recibida es automático.

"Con base en lo anterior, se conceptúa que el arma de fuego tipo pistola, marca Smith Wesson, calibre 9x19 mm., sin número, remitida a estudio, se encuentra apta para la ejecución de disparo".

"El calibre 9x19 mm, significa que el nueve (9) corresponde al diámetro del proyectil y el diecinueve (19) a la longitud de la vainilla".

5. Con fundamento en la anterior experticia, el Juzgado Regional, por auto del 21 de abril del presente año, dispuso, por competencia, remitir el diligenciamiento a los juzgados penales del circuito de Manizales, toda vez que "por los desperfectos del arma, no fue posible establecer si su funcionamiento es automático", por lo que se impone el principio de favorabilidad, lo que hace que deba tenerse "tal artefacto como arma de defensa personal".

6. El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, mediante providencia del cuatro de junio siguiente, declaró no ser competente para conocer del proceso, porque, en su criterio, confrontadas las característica del arma incautada con las especificaciones consagradas en los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993, es evidente que la misma es de uso privativo de las fuerzas armadas.

Considera que la primera experticia fue clara acerca del funcionamiento automático de la pistola, característica que no puede desvanecerse por el solo hecho de que el proveedor tenga unos desperfectos y, por esa razón, se convierta en semiautomática, según el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, variándose indebidamente tanto la resolución de acusación, la que se constituye en ley para las partes, como una competencia claramente determinada.

"Téngase en cuenta, además, que la pistola de que trata este proceso tiene una capacidad de carga en el proveedor, para treinta (30) cartuchos, muy superior al límite exigido para que la misma se considere como de defensa personal.

En este orden de ideas, el Despacho advierte con claridad que la pistola incautada no reúne la totalidad de las características que exige el tipo penal para que se considere como de defensa personal, y más bien sí se acomoda a los requerimientos técnicos que exige la respectiva disposición para tenérsele como de uso privativo de las fuerzas armadas".

Por lo tanto, no admitiendo el conocimiento del proceso, propuso colisión negativa de competencia.

Por su parte, el Juzgado Regional de Medellín se apartó del criterio del Juzgado Sexto Penal del Circuito, pues insiste en considerar que el arma origen de este diligenciamiento es de defensa personal.

A tal conclusión llegó, luego de resaltar las protuberantes contradicciones en que incurrió el perito que rindió el primer dictamen y su ampliación, toda vez que no obstante haber afirmado que el arma era automática y que se encontraba en buen estado de funcionamiento, posteriormente, admitiendo que el estudio lo realizó sin respaldo alguno, tuvo que retractarse, señalando que la pistola, por su mal estado, no funcionaba.

Dice que en el primer dictamen el perito llegó a conclusiones apresuradas, ya que sólo se fijó "en la apariencia del artefacto, teniendo como punto de referencia, únicamente, la original que sí es automática, pero por ello no podemos concluir que esta burda imitación así deba ser y tenga que calificársele como se haría con la genuina".

Por consiguiente, al ser inaceptables los resultados de aquel estudio, considera que debe ser desechado, lo que impone recoger las conclusiones a las que llegó el perito del Instituto de Medina legal, las que se sustentan en serios e idóneos argumentos técnicos.

Además, agrega, si del cotejo de ambas experticias surgen dudas, "sensatamente se impone el apotegma universal del favor rei", el que, con fundamento en el segundo dictamen, permite colegir que se está frente a un arma de defensa personal.

Por último, basado en la jurisprudencia de esta Corporación, para lo cual cita y transcribe el pronunciamiento fechado el 22 de agosto de 1996, con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda, sostuvo que así la capacidad del proveedor supere los nueve (9) cartuchos, como sucede en este caso, no le quita al arma su naturaleza de defensa personal.

En fin, concluyó que es el Juez Sexto Penal del Circuito de Manizales el competente para conocer del proceso, por lo que remitió el expediente a esta Sala para que dirima el conflicto.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

1. Como la colisión negativa de competencia se suscitó entre un juez penal del circuito y un juez regional, de conformidad con el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a dirimirla.

2. Los argumentos expuestos por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, los hace consistir en que siendo evidente que en el primer dictamen se catalogó de automática el arma incautada, necesariamente la misma resulta ser de uso privativo de las fuerza pública, pese a que después el perito haya variado, por razón de una aclaración posterior, algunas de las conclusiones de la experticia.

Además, agrega, el que se haya encontrado desperfectos en el proveedor no implica que pierda su condición de automática, sin olvidar que, como así lo señaló el experto, tiene una capacidad de carga de 30 cartuchos, "muy superior al límite exigido para que la misma se considere de defensa personal".

El Juzgado Regional de Medellín considera que las condiciones en que se sustentó el primer dictamen, no ofrece la credibilidad y seguridad necesarias como para definir la naturaleza del arma, siendo, entonces, necesario acudir al estudio hecho por el Instituto de Medicina Legal, el cual contiene parámetros científicos que permiten tener certidumbre sobre dicho tema.

Frente a las tesis expuestas, en primer término, antes de resolver el conflicto planteado, *resulta oportuno recordar lo que la Corte, mediante jurisprudencia del 22 de febrero de 1996*[1], *reiterada en varias ocasiones*[2], *señaló entorno al alcance interpretativo de los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993, estatuto que define cuáles armas son de uso privativo de la fuerza pública y cuáles de defensa personal:*

"Entonces, tratándose de pistolas y revólveres se presentan tres hipótesis que resulta necesario examinar para establecer la naturaleza del arma de fuego, es decir, si se trata de arma de uso privativo de la Fuerza Pública o de defensa personal. Veamos:

"1. Los revólveres y pistolas que tengan calibre superior a 9.652 mm (.38 pulgadas), siempre serán de uso privativo de la Fuerza Pública, como claramente lo establece el literal b) del artículo 8°.

"2. Los revólveres y pistolas de calibre inferior a 9.652 mm. (.38 pulgadas) siempre serán de defensa personal, como resulta del literal a) del citado artículo 8°, sin importar las demás características contempladas en el literal a) del artículo 11, estos es, ni el largo del cañón ni la capacidad del proveedor.

"3. Cuando las mencionadas armas sean de calibre igual a 9.652 mm. (.38 pulgadas), se presentan dos circunstancias a saber:

a) Las que no reúnan las característica del literal a) del artículo 11, serán de guerra o de uso privativo de la Fuerza Pública, como lo dispone el literal a) del artículo 8° que reza:

"'a. Pistolas y revólveres de calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas) que no reúnan las características establecidas en el artículo 11 de este decreto'.

"b) Las que reúnan las demás características previstas en el literal a) del artículo 11, serán necesariamente armas de defensa personal.

"Ello significa que cuando se trate de pistolas y revólveres que tengan calibre 9.652 mm. (.38 pulgadas), es imperioso examinar los demás requisitos establecidos en el literal a) del mencionado artículo 11 del decreto 2535 de 1993".

A lo que debemos agregar, para efectos del caso concreto, que las armas automáticas son de guerra, sin importar el calibre.

En segundo lugar, con el fin de determinar las características de la multicitada arma, se hace necesario establecer cuál de los dos dictámenes obrantes en el diligenciamiento ofrece creíbles elementos de juicio que permi-

---

1 Colisión 11312, M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

2 Ver providencias fechadas el 22 de agosto de 1996, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda; 30 de octubre de 1996, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; 12 de agosto de 1997, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll; 13 de mayo de 1998, M.P. Dr. Juan Mnuel Torres Fresneda, y 19 de mayo de 1998, M.P. Dr. Didimo Páez Velandia.

tan fijarlas, pues las dudas sobre ellas fue lo que originó el conflicto que ocupa la atención de la Sala.

El artículo 267 del Código de Procedimiento Penal, textualmente reza:

"Dictamen. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones".

Leída cuidadosamente la primera experticia, no cabe duda que no se realizó con el cumplimiento de las exigencias que impone la norma transcrita, al punto que en la ampliación de la misma el perito admitió tal omisión, y aun cuando procuró enmendar los errores en que incurrió, de todos modos generó incertidumbres que dificultaron la correcta clasificación del arma de fuego objeto de este proceso.

No debe olvidarse que si en el dictamen no existe precisión y claridad, fundadas en adecuados exámenes y experimentos, respecto de las características y funcionamiento del arma, tarea que debe cumplir el experto, se imposibilita o dificulta determinar la naturaleza de la misma.

Contrario sensu, el dictamen realizado por el Instituto de Medicina Legal no incurre en las imprecisiones y contradicciones contenidas en el primero y reúne todos los requisitos previstos en la norma precedentemente transcrita, ya que se precisó la "técnica utilizada", el "fundamento del estudio", el "campo de aplicación", los "instrumentos y equipos" utilizados y el "procedimiento y la técnica operativa", metodología que le permitió al experto balístico arribar a las conclusiones recogidas en los antecedentes de esta providencia, en las que se dice que el arma no es automática, sino semiautomática y de calibre inferior a 9.652 mm.

En consecuencia, la Sala lo acogerá, pudiéndose observar que, de acuerdo al mismo, se está en presencia de un arma de fuego de defensa personal y no de uso privativo de la fuerza pública.

Teniendo en cuenta los mencionados parámetros jurisprudenciales respecto al alcance interpretativo de los artículos 8° y 11 del Decreto 2535 de 1993, y siendo claro, según las conclusiones del citado dictamen, que se trata de una pistola no automática, con calibre inferior a 9.652 mm., no cabe duda que, de acuerdo al literal a) del artículo 8°, es de defensa personal, sin importar las demás características contempladas en el literal a) del artículo 11, entre ellas, la capacidad del proveedor, como equivocadamente lo pretende el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales.

Lo anterior impone colegir que la competencia para conocer de este proceso, recae en el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la citada ciudad.

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

RESUELVE:

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, a donde se remitirá el expe-

diente para los efectos legales correspondientes. Hágase saber lo decidido al Juez Penal del Circuito Especializado que reemplazó al Juez Regional de Medellín.

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.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

Profusa ha sido la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que cuando se invoca violación directa de la ley supónese la existencia de errores del fallador en el proceso de entendimiento y comprensión de las normas que lo llevan a inaplicarlas, aplicarlas indebidamente o interpretarlas en forma errónea, sin que para nada concurra la labor valorativa de los medios de prueba, razón que obliga al censor a acoger los hechos y la apreciación probatoria en la forma expuesta por el sentenciador pues el objetivo de esta vía es demostrar, bajo un sustento estrictamente jurídico, como para el caso eran otras las normas que el Juez debía utilizar u otro el sentido que le debía dar a las escogidas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado: Acta No. 149 Proceso No. 15521.

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por la defensora del procesado Jhon Fredy Guerra Girón.

ANTECEDENTES

1. El día 4 de marzo de 1997 cuando varios milicianos reinsertados se movilizaban en una camioneta por las calles de Medellín, un transeúnte disparó contra la puerta trasera izquierda del referido vehículo sin causar lesión alguna a sus ocupantes.

Formulada de inmediato la correspondiente denuncia por uno de los pasajeros se señaló como autor del hecho a alias "Peluca" perteneciente a la banda de los champús, quien luego de ser identificado como Jhon Fredy Guerra Girón fue vinculado mediante indagatoria, sujeto a medida de aseguramiento y acusado mediante resolución de enero 16 de 1998 por un concurso de delitos de homicidio tentados, porte ilegal de armas y disparo de arma de fuego contra vehículo, la que fuera confirmada en segunda instancia a través de proveído de febrero 26 de dicho año.

2. Tramitada la subsiguiente etapa, el Juzgado 24 Penal del Circuito de Medellín profirió sentencia de julio 21 de 1998 condenando a Guerra Girón a la pena de prisión de 21 meses por los ilícitos materia de acusación diversos a aquéllos que atentaron contra la vida y absolviéndolo por éstos.

Sin embargo, apelada como fuera esa decisión tanto por la Fiscalía como por la defensa, el Tribunal Superior de la citada capital, a través de fallo de octubre 5 de la misma anualidad, la revocó para en su lugar absolver al acusado por los punibles referidos al porte de armas y disparo de las mismas contra vehículo, condenándolo como autor responsable del concurso de homicidios tentados a la pena principal de 15 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y a resarcir los perjuicios causados con la infracción, negándole, finalmente, la concesión del subrogado penal.

La Demanda

Oportunamente fue interpuesto contra la sentencia de segunda instancia el recurso extraordinario y concedido se presentó por la defensora del enjuiciado la respectiva demanda en la que, luego de identificar a los sujetos procesales, así como la providencia impugnada y sintetizar los hechos y la actuación procesal, formula dos cargos contra el fallo recurrido, ambos al amparo de la causal primera, uno como principal y el otro con carácter subsidiario, a fin de, casándose parcialmente la decisión del *ad quem*, se absuelva al procesado de los cargos imputados por virtud de los delitos de homicidio tentados.

Refiriéndose a la censura que denomina principal, funda el ataque en el cuerpo primero de la citada vía, esto es violación directa de una norma de derecho sustancial derivada de la indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal, más, desarrollando el cargo y dedicándose a elaborar una extensa comparación entre los fallos de instancia privilegiando, desde su personal y conveniente punto de vista, al de primera, como que éste absolvió al acusado por los ilícitos contra la vida mientras que el de segunda revocó para condenar por los mismos, termina por adentrarse en una crítica a la valoración que de los medios de convicción hizo el Tribunal con afirmaciones tales como que éste profirió sentencia "apartándose de la racional crítica de la prueba que hizo la señora Juez 24 Penal del Circuito" o por cuestionar la culpabilidad con afirmaciones de que ella no aparece probada en el proceso, para insistir, más adelante que "la investigación falló en la comprobación del elemento responsabilidad por ausencia de la plena prueba", siéndole, en consecuencia, desconcertante "que se suponga la certeza, pues ello va contra la lógica que debe predecir la sana crítica y la experiencia", máxime cuando "todos los factores que reportan la prueba, indicados por el procesado y testigos no permiten razonablemente concluir en una tentativa de homicidio, cualquiera haya sido el autor de los disparos".

Aunadas a tales consideraciones y tras referirse la demandante a los hechos en que se basó el Tribunal para acreditar la existencia de los delitos

contra la vida, concluye afirmando que "nada demuestra la intención homicida de quien disparó... no hay prueba idónea que demuestre que la intención era la de suprimirles la vida... Por ello hubo indebida aplicación de la ley, porque en vez de fallar en base a lo realmente probado, se aplicó disposición distinta de la que realmente corresponde", dándose, según su criterio, atipicidad de la conducta.

Por lo que hace al segundo cargo, que la recurrente plantea en forma subsidiaria, se alega la violación indirecta de la ley originada en errores de hecho, por falsos juicios de identidad en que habría incurrido el juzgador por distorsionar o tergiversar plurales medios de prueba referidos a la autoría de los hechos en donde se presentan dudas, pues "los presuntos ofendidos pueden ser tachados de parciales, no fueron ingenuas sus declaraciones y por ser gente avezada en la delincuencia tienen la experiencia de poderse salir con las suyas" y si bien, añade, el denunciante habla de peluca como autor de los disparos cosa distinta se infiere de los testimonios de Hernán Fabio Suaza Alzate y Adriana Patricia Bedoya Quintero toda vez que aquel, testigo presencial de los hechos, no vio en su ejecución al procesado, mientras que de acuerdo con ésta, para el mes de marzo de 1997, Guerra Girón no trabajaba en su floristería, todo lo cual, en su criterio, generó duda, "por la falta de prueba frente al querer la ilicitud del art. 323 en su modalidad de imperfecto".

Y, sin precisar los medios probatorios, simplemente afirma la recurrente, de modo genérico, la existencia de un error en la apreciación de los que se relacionan con al "cuerpo del delito", sin que se hubiere demostrado además "que se trataba de querer un homicidio y menos se ha probado que los disparos los realizó con certeza el señor Guerra Girón".

Nuevamente compara la demandante los fallos de instancia para loar el del *a quo* y sin demostración de yerro alguno equipara los testimonios de las víctimas con la declaración del procesado para concluir, según subjetivo análisis, que aquellos no revelan credibilidad, ni tienen la capacidad de llevar al juzgador al convencimiento sobre la responsabilidad del encausado, mucho menos cuando no se predicó reproche moral ninguno de los citados deponentes que obviamente, dice, tenían interés en perjudicar a Guerra Girón porque nunca se les unió.

Queriendo denotar, sin embargo, la existencia de un error por falso juicio de existencia, afirma que, a pesar de obrar en este proceso pruebas acerca de las estrategias de los milicianos para combatir a quienes no les siguieron, siendo medio de demostración que favorecía al acusado, nunca fueron analizadas por el fallador.

Finalmente, bajo el título "idoneidad y trascendencia" estima la demandante que el cargo demostrado tiene la potencialidad de enseñar el error en que incurrió el Tribunal, en cuya ausencia la sentencia habría sido absolutoria "por no contar con elementos de prueba suficientes para deducir el grado de certeza exigido por el art. 247 del C. de P.P.", situación la cual le impide "aceptar una autoría por el delito de tentativa de homicidio".

CONSIDERACIONES

1. *Profusa ha sido la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que cuando se invoca violación directa de la ley supónese la existencia de errores del fallador en el proceso de entendimiento y comprensión de las normas que lo llevan a inaplicarlas, aplicarlas indebidamente o interpretarlas en forma errónea, sin que para nada concurra la labor valorativa de los medios de prueba, razón que obliga al censor a acoger los hechos y la apreciación probatoria en la forma expuesta por el sentenciador pues el objetivo de esta vía es demostrar, bajo un sustento estrictamente jurídico, como para el caso eran otras las normas que el Juez debía utilizar u otro el sentido que le debía dar a las escogidas.*

2. Sentada tal premisa, adviértese que la demanda objeto de análisis no se condiciona a dichos requerimientos, técnicas de forma y de lógica que caracterizan la extraordinaria impugnación, pues, pese a que la demandante ataca el fallo por violación directa de la ley sustancial, pasa a demostrar la censura con fundamentos que indudablemente corresponden a la violación indirecta ya que en últimas se dedica a controvertir la sentencia desde un punto de vista exclusivamente probatorio, entendiendo, según su personalísimo criterio frente a la prueba que fundamentó la condena, que ésta se apartó de la racional crítica efectuada por el *a quo*, queriendo con ello además se favorezca la apreciación que así comparte, o que la culpabilidad simplemente no aparece probada o, finalmente que la investigación falló por ausencia de prueba plena de responsabilidad, pretendiendo equivocadamente que la casación sea una tercera instancia en que la Corte elija entre su tesis, que es la misma del *a quo* y la del fallo de segunda instancia, ignorando que, siendo este el objeto del recurso de casación, se encuentra amparado por la presunción de legalidad y acierto.

3. Pero además, siendo evidente que la recurrente se dedica a cuestionar los hechos y la valoración de los medios de convicción, lo cual sería suficiente para proceder al rechazo de la censura por carecer de las exigencias técnicas, es indudable que también incurre en grave infracción al principio de contradicción que hace aún más confuso el libelo sin permitir desentrañar cuál es el verdadero propósito de la recurrente, pues, de su desordenada argumentación, infiérese que en ocasiones cuestiona la autoría del hecho, luego la culpabilidad y específicamente el dolo, para finalmente afirmar que la conducta es atípica.

Una tal fundamentación deviene incoherente, contradictoria, pues negándose el dolo supónese la aceptación, no solamente de la autoría del hecho, sino además que la conducta es típica y antijurídica, por ende, de manera antitécnica e ininteligible procede la demandante cuando dentro del mismo cargo afirma no demostrada la culpabilidad ni la responsabilidad no obstante tildar de atípico el acontecimiento.

4. El cargo supuestamente subsidiario no es más que continuación de esa serie de falencias, sólo que en esta ocasión, a través de la invocación de un error de hecho por falsos juicios de identidad pretende la impugnante, nueva-

mente de manera confusa y ambigua, demostrar que el hecho no puede tipificarse como homicidio tentado o que su defendido no fue el autor.

Sin embargo, omitiendo precisar cuál prueba en concreto fue tergiversada por el juzgador en su contemplación material y cuál su incidencia en el fallo, se dedica simplemente a plasmar un subjetivo análisis de los efectos operados por los testimonios de las víctimas, aduciendo en últimas que no ha debido dárseles credibilidad por la tacha moral que en su contra resultaba posible elaborar, pregonando a cambio la veracidad de la versión defensiva del procesado, cuando ciertamente la vía de ataque escogida no permite tales debates en desmedro de la exigida demostración de que el juzgador varió el sentido objetivo de un medio probatorio.

Ahora bien, refiriéndose la demandante, sin determinarlas, a las pruebas relativas al "cuerpo del delito" o a que no se demostró la intención homicida, ni la autoría en cabeza del procesado, es patente la carencia de claridad en su pretensión, todo lo cual se deriva de aquella misma omisión en precisar cuál fue la prueba concretamente distorsionada y en qué sentido fue que tal error ocurrió.

Pero, como si lo anterior no fuese suficiente, tórnase aún más contradictoria la censura cuando habiendo anunciado la concurrencia de falsos juicios de identidad concluye argumentando con elementos propios del falso juicio de existencia, por omisión en valorar ciertas probanzas, al expresar que el juzgador no tuvo en cuenta aquellas que demostraban las estrategias de los milicianos para combatir a quienes no les siguieron en sus actividades.

5. No obstante que dentro de este mismo cargo la recurrente aduce la existencia de duda sobre la participación del enjuiciado en los hechos, es inocultable que dicho reproche se queda en una simple enunciación, sin desarrollo ni demostración alguna, olvidando además que, en tratándose de esa figura, como lo tiene igualmente entendido la jurisprudencia de esta Sala, dos son las opciones que se presentan en casación para su reclamo: bien acudiendo a proponerlo bajo los postulados de la violación directa cuando el sentenciador acepta su conformación pero no la reconoce en la parte resolutiva, no siendo este el caso, o bajo los parámetros de la vía indirecta cuando el fallo no la admite pero el censor demuestra en la demanda su existencia por haberse producido en aquél un error de hecho o de derecho.

Luego si el propósito de la impugnante era obtener la aplicación del *in dubio pro reo*, invocando el cuerpo segundo de la causal primera de casación, era su obligación demostrar cuáles fueron los yerros del juzgador en la apreciación objetiva de las pruebas y de qué manera, previo el análisis conjunto del recaudo probatorio, incidieron en la parte dispositiva de la sentencia, pero como evidentemente esa no fue la lógica asumida por la demandante concluyese carente de técnica el aludido cargo.

6. Por consiguiente, demostrando las anteriores condiciones el incumplimiento de las exigencias de precisión y claridad a que hace mención el artículo

225 del Código de Procedimiento Penal, no otra decisión corresponde a la Sala que rechazar *in limine* la demanda y, consecuentemente, declarar la deserción del recurso.

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

RESUELVE:

1. RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación formulada por la defensora del procesado Jhon Fredy Guerra Girón.

2. Por tanto, DECLARAR DESIERTO el recurso de casación interpuesto contra el fallo de octubre 5 de 1998 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, 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 Manrique Noguéz, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICIO-Ataque en casación

La técnica requerida para el ataque dirigido contra la prueba indiciaria reclama que, coherente con la estructura lógica de la misma, la censura se oriente hacia cualquiera de los momentos de su construcción, es decir, a los elementos de convicción que soportan el hecho indicador, a la operación mental de inferencia del dato indicado o a la estimación individual o conjunta de su poder suasorio, por lo que ha menester de parte del recurrente el señalamiento de cuál de estos pasos es el que se duele del error, de qué especie es, pues eventualmente podrían ser de diversa naturaleza, y cómo por su incidencia en el fallo se obtuvo una decisión que debe ser remplazada por otra que rinda homenaje a la legalidad, lo que en esencia constituye el tema central de la casación.

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

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

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 11083

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del procesado Hoover Gómez Montoya contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín, el 16 de junio de 1995, confirmó la condena por el doble delito de homicidio que le fuera impuesta en primera instancia por el Juzgado 6° Penal del Circuito de la misma ciudad, y revocó la que por el hecho punible de falsedad en documento privado también le había sido deducida.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

El 18 de marzo de 1991, los esposos Jorge Humberto Cuéllar y Adriana María Carvajal fueron privados de la vida con arma de fuego dentro de su consultorio de veterinaria ubicado en la calle 2 sur No. 46 109 de la ciudad de Medellín, sin que fuera visto el autor o los autores. A ese lugar habían regresado luego de ver frustrada la entrega de treinta y un millones de pesos

($31'000.000) de manos del abogado Hoover Gómez Montoya, quien debía reembolsarles dicha suma con motivo de la resciliación de un contrato de compraventa cuya escritura se había corrido el 15 de marzo en la Notaría 20 de la misma ciudad.

Realizadas las primeras averiguaciones por parte del Juzgado 77 de Instrucción criminal, pudieron conocerse las condiciones del negocio jurídico por lo que la Fiscalía escuchó en declaración jurada a Hoover Gómez Montoya, persona que acompañó un comprobante de pago por el dinero que debía entregar, recibo que más tarde fue sometido a experticia y se encontró falso por imitación de la firma del supuesto beneficiario, lo que trajo como consecuencia el proferimiento de resolución de apertura de instrucción y la vinculación de aquél al proceso.

Afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva por los dos homicidios y falsedad en documento privado, el procesado una vez cerrada la investigación fue acusado por los mismos injustos el 24 de agosto de 1994, decisión que apelada resultó confirmada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Antioquia y Medellín el 30 de septiembre de 1994, abriendo paso a la etapa del juicio que adelantó el Juzgado 6° Penal del Circuito y concluyó con la condena a 25 años de prisión por los delitos consignados en la acusación.

Al desatar la apelación propuesta contra el fallo, el Tribunal de Medellín lo confirmó pero redujo la pena a 24 años y absolvió al procesado por la falsedad.

La Demanda de Casación

Con fundamento en la causal primera, el actor presenta un solo cargo contra la sentencia, aduciendo error de hecho derivado de un falso juicio de identidad sobre la prueba indiciaria, que llevó a la violación de la ley sustancial por exclusión de los artículos 21 y 23 del C. P. y 294, 300 y 445 del C.P.P.

Luego de evocar apartes de la jurisprudencia relacionada con la prueba indirecta y con la forma adecuada de promocionar su ataque en la sede extraordinaria, asegura el casacionista que la sentencia del Tribunal no determina la modalidad de autoría endilgada al procesado, y tampoco es el resultado de un estudio de la totalidad de los medios probatorios comoquiera que existen contraindicios que "disminuyen objetivamente la capacidad didáctica de la cadena indiciaria justificante de la confirmación de la sentencia condenatoria".

Es así como sostiene que con ese punto de vista la participación del acusado en el hecho surgió de la aislada observación de los indicios de móvil y actitud sospechosa, cuando era importante "la consecución de los ejecutores directos, y en este aspecto el proceso investigativo ni realizó el más mínimo aporte".

Argumenta una inapropiada inferencia del juzgador en el sentido de que si bien el sentenciado Gómez Montoya fue contradictorio en sus dichos -lo

que constituye un indicio de mala justificación- de ello no era posible establecer el grado de autoría habida cuenta que el indicio de oportunidad, que está "vinculado insoslayablemente a la ejecución directa de la acción", no se estructuró probatoriamente.

En punto del indicio de móvil delictivo, considera que se derrumba a partir de la absolución por el delito de falsedad, en la medida en que "cuando se niega definitivamente que el elemento demostrativo del móvil no es imputable al sindicado, colateralmente no se puede afirmar que el (sic) autor de los hechos que se derivan directamente de la motivación", por manera que ha debido también absolverse al procesado por el homicidio, en aplicación indefectible del "*in dubio pro reo*", pues tampoco resulta acertado que si el apoderamiento del dinero fue lo que constituyó el móvil para el delito, pueda decirse que el inculpado cometió el reato contra la vida ya que sobre dicha circunstancia apenas se ordenó la compulsación de copias para su investigación, lo cual significa que se trata de un hecho indemostrado.

Advierte el censor que estos planteamientos tienden a demostrar la falencia en la inferencia del Tribunal con la subsiguiente falta de reconocimiento del estado de duda, proveniente de testimonios que en sana crítica no arrojan un concepto definitivo de autoría sino simples eventos circunstanciales .

Con fundamento en lo anterior exora la casación del fallo y el proferimiento del que por ley corresponda.

El Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere que el fallo no sea casado pues la demanda es antitécnica porque "no demuestra sobre qué pruebas en concreto se presentó la errónea interpretación determinante de una tergiversación de su contenido, para al final del escrito decir que en la inferencia lógica del sentenciador se materializa el error".

Entre otras, destaca como deficiencias del libelo el hecho de aludir a falsos juicios de existencia por omisión -contraindicios- sin que siquiera el censor hubiera mencionado los medios de prueba supuestamente no analizados, a más de que es inconsistente exigir la identificación de los autores materiales de un hecho punible como condición para deducir responsabilidad penal a su autor intelectual, como también es inapropiado conjeturar sobre la forma en que debió ser construido un indicio -el de mala justificación-, y en todo caso ni lógica ni jurídicamente la oportunidad para delinquir y la mala justificación se encuentran en relación de dependencia inescindible para determinar grado alguno de compromiso penal.

Con tal advertencia, el Delegado advierte que el demandante no sólo abandona el cargo inicialmente propuesto sino que presenta una cerrada posición sin argumentos proyectados a la comprobación de los reparos denunciados, a tal punto que por una inadecuada lectura de la sentencia concluye que la absolución por falsedad ha debido cobijar el doble homicidio, cuando perviven

otras pruebas constitutivas de indicios que conforman la cadena que permitió al juzgador condenar.

Tras entrecomillar el segmento de la sentencia relacionado con la absolución por el delito contra la fe pública, asevera que allí "no se está diciendo que no se haya cometido falsedad por la adulteración documental, sino que para el juzgador este comportamiento no tiene una punibilidad separada en tanto que se subsume en el delito que significa aprovechamiento económico, que es el que en este caso sirve de móvil al homicidio", de ahí que la estimación del Tribunal en este punto va dirigida a la apropiación del dinero en la medida en que fue la codicia el factor determinante de los delitos investigados.

Finaliza haciendo énfasis en que si el censor para retomar el cargo inicialmente planteado concluye la existencia de la duda, es lo cierto que "no plantea de qué manera algunos de los medios de convicción pueden hacer nacer una situación de incertidumbre respecto de la responsabilidad del acusado", y menos explica cómo esa posible situación habría influido en el fallo impugnado.

Consideración de la Corte

Son tan abundantes y de tal dimensión los defectos de que se duele el libelo de casación a estudio, que a esta Colegiatura no le queda alternativa diferente a desestimarlo, de acuerdo con las observaciones que a continuación se señalan.

En primer lugar, *la técnica requerida para el ataque dirigido contra la prueba indiciaria reclama que, coherente con la estructura lógica de la misma, la censura se oriente hacia cualquiera de los momentos de su construcción, es decir, a los elementos de convicción que soportan el hecho indicador, a la operación mental de inferencia del dato indicado o a la estimación individual o conjunta de su poder suasorio, por lo que ha menester de parte del recurrente el señalamiento de cuál de estos pasos es el que se duele del error, de qué especie es, pues eventualmente podrían ser de diversa naturaleza, y cómo por su incidencia en el fallo se obtuvo una decisión que debe ser remplazada por otra que rinda homenaje a la legalidad, lo que en esencia constituye el tema central de la casación.*

Fácil se ve, entonces, cómo esta elemental pauta técnica fue desechada por el censor en la medida en que presenta como fundamento del cargo un falso juicio de identidad, lo cual hace suponer que el desarrollo de la censura estaría dirigido a poner de presente los elementos de convicción sobre los cuales se produjo la tergiversación o a destacar cómo de acuerdo con una valoración que avasalla la sana crítica, el Juzgador desembocó en aspectos que escapan a toda lógica y razón.

Pero no, al avanzar en la censura lo que hace el casacionista es insinuar descuidadamente un falso juicio de existencia por omisión, sin mencionar prueba alguna merecedora de tal reproche, para después derivar a un reparo destinado a la inferencia lógica; ejercicio que sin duda coloca a la Corte frente

a un escrito sin posibilidad alguna de éxito a fuerza de carecer de un juicio técnico jurídico contra el fallo, estable y razonable.

Una segunda glosa corresponde a la forma infortunada como se desarrolla el recurso pues el libelista, de espaldas al auténtico contenido de la sentencia, reflexiona sobre puntos referidos a una no imputada autoría material, buscando resaltar que al no estar en el acervo probatorio el indicio de oportunidad, ni haberse dado un resultado procesal positivo acerca de la identificación de los ejecutores del hecho, ello determinaba la aplicación del *in dubio pro reo*, sin parar mientes en que, como acertadamente afirma la Delegada, fue abundante la prueba por medio de la cual se declaró responsable al procesado, resultando indiferente la cuota indiciaria de la oportunidad para los efectos del fallo cuestionado, el mismo respecto del cual ningún error prueba el demandante.

De otro lado, a pesar de ser el propio demandante quien propende por la valoración de todas las pruebas obrantes en el proceso, hecho que deja de constatar como no cumplido por la judicatura y que no puede en esto hacer nada la Corte sin perjuicio del principio de limitación por la naturaleza rogada del recurso, simultáneamente entra en contradicción al no tener en cuenta en ninguno de los renglones de su escrito el cúmulo probatorio que llevó al dispensador de justicia a construir cada uno de los indicios que sirvieron de fundamento a la condena, tales como el móvil delictivo, la actitud sospechosa y la mala justificación.

En esta forma deja sin sustento la censura, presentando en su lugar criterios personales para anteponerlos a los más autorizados del Tribunal, al precio de lo que es ineludible en casación: la denuncia y cabal demostración de errores que afecten la legalidad del fallo cuestionado.

La demanda, entonces, no se ocupa de presentar un ataque contra la sentencia en su estructura orgánica como providencia que es, sino que aislada y superficialmente la emprende contra la decisión final, la cual al conservar intactos los elementos que la consolidaron, mantiene incólume los atributos de acierto y legalidad con que ingresó a la sede extraordinaria.

Por consiguiente, además de los descubiertos yerros técnicos que muestra el texto de demanda como inepto para los fines de la casación, la postura del libelista en el sentido de que era preciso aplicar en el caso el *in dubio pro reo* porque dizque en la sentencia no se dio aviso sobre la forma de coautoría -sí material o intelectual-, o porque no encuentra estructurado el indicio de oportunidad, o finalmente porque el procesado resultó absuelto por la falsedad documental que supuestamente desintegra el indicio de móvil para delinquir; constituye apenas una argumentación de retórica defensiva, propia a lo sumo de un alegato de instancia, pero inane en sede de casación por la total ausencia de virtualidad demostrativa de la comisión de errores achacables al sentenciador, capaces de quebrar un fallo que, como atrás se dijo, está ungido de la doble presunción de acierto y legalidad, amén de que se

soporta en prueba indiciaria de irreprochable construcción fáctica, lógica y jurídica.

Al efecto bastaría relacionar cómo sobre el supuesto pago del producto de la resciliación y de su fecha -una de las fuentes creadoras del indicio del móvil-, del ocultamiento del nombre de la secretaria que llamó a la Notaría, y de la declaración de la profesional sobre la programación de la nueva fecha a efectos de entregar el dinero soportes del indicio de actitud sospechosa-, así como de la supuesta permanencia del procesado en otra ciudad cuando ocurrieron los hechos -uno de los fundamentos del indicio de mala justificación-; nada dice en particular el censor, de donde se colige que no atacó las pruebas que sustentan el fallo y por lo mismo le era imposible combatir la inferencia lógica, tanto más cuando no existe argumento del cual pueda desprenderse afectación de la sana crítica y ni siquiera se da el reporte necesario de los medios de convicción a través de los cuales se hace el ejercicio de deducción.

Así pues, frente al verdadero camino seguido por el recurrente en el sentido de orientar el discurso exclusivamente al cuestionamiento del medio probatorio en forma global, sin destacar error en su construcción y anteponiendo su particular interpretación de la inferencia pero desligada de los elementos edificantes de los indicios, es obvio que el razonamiento del Tribunal prevalece, toda vez que el actor falló en el principio lógico de la razón suficiente por no enunciar correctamente la realidad objetiva de sus juicios, al extremo de considerar que debido a la absolución por falsedad se desmiría el indicio de móvil, cuando una cosa es que el procesado se hubiera valido de un medio que atentó contra el patrimonio económico -razón de la compulsación de copias- y otra muy distinta que ello lo desvinculara de la responsabilidad que le fue atribuida por los delitos contra la vida, debidamente probados a través de la prueba indiciaria.

El cargo no prospera.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, 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.

CASACION-Requisitos/**SANA CRITICA**/***IN DUBIO PRO REC***

El numeral 3º del mismo artículo 225 del C. de. P. P. apremia a quien escribe en demanda para que se ocupe de "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". Establece el numeral, así, los principios de claridad y precisión que deben acompañar a toda demanda en casación, axiomas elementales, pues la Corte debe responder concretamente ante las causales presentadas y desarrolladas por quien pide su atención. Si ello no es así, es decir, nítido, la Corte resulta altamente obstaculizada porque no puede tratar de desentrañar los anhelos del impugnante.

Como repetidamente lo ha expresado la Corte, la mera divergencia de opiniones entre el juzgador y el demandante respecto de la valoración probatoria no es por sí misma demostrativa de un error, ni ello puede llevar a que se considere ilegal el fallo. La ley es muy clara en cuanto otorga al juez la potestad de apreciar las pruebas conforme con las reglas de la sana crítica, sin sujeción a tarifa alguna.

Si bien es cierta la posibilidad de hacer reparos a una sentencia de frente al principio de duda, es obligatorio realizarlo con claridad, precisión y seria profundidad, por ejemplo, con base en la violación directa de la ley sustancial, por su inaplicación, aplicación indebida o equívoca interpretación; o acudiendo a la violación indirecta, por error de hecho o por error de derecho. No basta enunciar una forma de error y tratar de demostrarlo contraponiendo tres testimonios a uno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre treinta de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente: *Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 14009

Vistos

Resuelve la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del señor Juan Carlos Arango Gutiérrez contra la

sentencia proferida por el Tribunal Nacional, que al modificar la dictada por un Juzgado Regional de Medellín, lo condenó a la pena principal de 34 años de prisión, en lugar de los cuarenta y ocho (48) años impuestos por el *a quo*, como responsable de concurso de delitos de homicidio en la persona de Irene Castañeda Rodríguez y homicidio tentado de que fue víctima Liliana Morales Carmona.

HECHOS

Ocurrieron el 20 de enero de 1994, a las ocho y treinta de la noche, en el sector denominado El Crucero, vía a Pereira, de la comprensión municipal de Santa Rosa de Cabal. Juan Carlos Arango Gutiérrez, alias el Chacano, acompañado de otro sujeto, se desplazaba por ese lugar. Una vez arribaron a la residencia de la familia Carvajal Castañeda, lanzaron un objeto que explotó minutos después y le causó lesiones a las señoras Irene Castañeda Rodríguez y Liliana Morales Cardona, a consecuencia de las cuales falleció la primera de ellas.

ANTECEDENTES

1. Juan Carlos Carmona Londoño formuló denuncia en la unidad investigativa de policía judicial, el día que sucedieron los hechos. Con fundamento en esas diligencias, la Fiscalía Seccional 31 de esa ciudad profirió resolución de apertura de instrucción y dispuso la vinculación de Juan Carlos Arango Gutiérrez.

2. Realizadas las averiguaciones pertinentes, se estableció que el día de los hechos Arango estaba acompañado del menor Gustavo Adolfo Sierra. Por ello, el 17 de mayo de 1994, el despacho que conocía del asunto ordenó expedir las copias correspondientes para que fuera investigado por la autoridad competente.

3. La situación jurídica fue resuelta el 7 de julio de 1995, por la fiscalía Regional de Medellín, que le impuso detención preventiva por los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y empleo o lanzamiento de objeto peligroso.

4. El 30 de noviembre de 1995 se declaró cerrada la investigación, y el 21 de febrero siguiente fue calificado el mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos reseñados en el auto que impuso medida de aseguramiento.

5. La etapa de la causa estuvo a cargo de un Juzgado regional de Medellín, oficina que el 22 de agosto de 1996 profirió sentencia condenatoria en contra de Arango Gutiérrez y le impuso 48 años de prisión por los delitos de homicidio agravado y tentativa de homicidio; interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 10 años; indemnización de los daños y perjuicios causados por el delito en cuantía equivalente a 1.700 gramos oro, y le negó la condena de ejecución condicional. En relación con el delito de lanzamiento de objeto peligroso, decretó la nulidad en razón a que se calificó indebidamente la conducta.

6. Apelado el fallo, el Tribunal Nacional lo modificó en los siguientes términos, mediante sentencia del 18 de abril de 1997: redujo la pena a 34 años de prisión, y los perjuicios los fijó en 1.300 gramos oro.

7. Contra esa decisión se interpuso recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

Reprocha la sentencia porque considera que es violatoria de manera indirecta de una norma de derecho sustancial, por error de hecho, falso juicio de identidad.

Desarrolla la censura analizando en capítulos separados los testimonios de Luz Estela Carmona, Gladys Eugenia Morales Carmona, Germán Acevedo Torres, Luz Dary García Muñoz y Liliana Acevedo García.

Posteriormente, anota falta de aplicación del "in dubio pro reo". Para esto, enfrenta un testimonio, que ubica al procesado el día de los hechos en el lugar en que ocurrieron, a otros tres, que lo sitúan en lugar diferente.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La demanda examinada y estudiada se rechaza por las siguientes razones:

1. El artículo 225 del C. de. P. P. establece los requisitos formales de la demanda. Dentro de ellos menciona, en su numeral 1º, "La identificación de los sujetos procesales". El demandante determina solamente al procesado y hace caso omiso de los demás intervinientes.

2. El mismo artículo, en su numeral 2º, exige una síntesis de la actuación procesal. Tampoco la hace el letrado.

3. La incuria del abogado sigue cuando refiriéndose a aquello que es objeto de impugnación, alude a la sentencia del Tribunal Nacional que ha condenado a don Juan Carlos Arango Gutiérrez, luego de que en el mismo sentido lo hubiera hecho el Juzgado 4º Regional de Medellín. Agrega la pena impuesta y deja de lado, por ejemplo, la fecha de una y otra decisión. Con ello también se acerca algo negativamente al numeral 1º del artículo 225 del C. de. P. P., pues ante el requerimiento de "identificar la sentencia impugnada", al menos ha debido pensar en la data de los fallos.

4. El numeral 3º del mismo artículo 225 del C. de. P. P. apremia a quien escribe en demanda para que se ocupe de "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". Establece el numeral, así, los principios de claridad y precisión que deben acompañar a toda demanda en casación, axiomas elementales, pues la Corte debe responder concretamente ante las causales presentadas y desarrolladas por quien pide su atención. Si ello no es así, es decir, nítido, la Corte resulta altamente obstaculizada porque no puede tratar de desentrañar los anhelos del impugnante.

En relación con la causal que invoca, el defensor hace varias afirmaciones, entre ellas las siguientes:

a) "Error de hecho, expresado a través de cuatro opciones o fuentes generadoras del mismo, tres de estas sobre la valoración de la prueba testimonial y una de ellas sobre la subvaloración del principio 'in dubio pro reo': este factor como subsidiario de los otros".

b) "La causal que doy en invocar es la primera contemplada en el artículo 220 del C. de. P. Penal, es decir, cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial, vale decir, una de las contempladas en el Código Penal, o una serie de ellas, originadas en errores de hecho en la apreciación de varias pruebas testimoniales y en la evaluación de la duda, como sobreviniente de aquellas...".

c) "Como ...el 'error de hecho' comporta un yerro jurídico con repercusión en la violación indirecta de la ley sustancial, en este evento del Código Penal. Y para el caso sub examine cabe señalar que se trata de un error de hecho advenido de un 'falso juicio de identidad' con relación a una variada gama de testimonios y con incidencia en el principio 'in dubio pro reo', todo ello en virtud de que el fallador de segunda instancia tergiversó, no atinó a valorar debidamente...".

d)"...incurrió el fallador de la segunda instancia en manifiesto error de hecho en la evaluación de la prueba testimonial...".

Como se detecta rápidamente de los propios enunciados del libelista, sus planteamientos no son claros, aun cuando dice que poco a poco, separadamente, irá mencionando los errores. Y ello, sólo, hace que se desvanezcan los principios mencionados anteriormente.

5. Cuando elaboraba la demanda, el recurrente no tuvo en cuenta que si se acude a la violación indirecta de la ley sustancial es menester demostrar la carencia de fuerza condenatoria de todas las pruebas atendidas por el juzgador. No es, entonces, suficiente, tratar de derruir una o varias de ellas, si las que permanecen en pie gozan de suficiencia demostrativa con grado de certeza. Y nada de lo anterior se puede afirmar de la demanda porque el censor no hace más que enfrentar, de una parte, su criterio con el del fallador, y, de la otra, las palabras de una testigo, con las frases de otros tres testigos. Actuando así, le era imposible al defensor al menos señalar frente a la prueba testimonial un yerro patente, protuberante, ostensible, predicable del juzgador.

Con otras palabras, corresponde al casacionista demostrar que el error o los errores que imputa al fallador son trascendentes, esto es, que abarcan mucho, que son muy graves, que son de suma importancia y que repercuten en el fallo, a tal punto, que sin ellos la sentencia habría sido dictada en sentido diverso al definido por los jueces.

En el asunto que convoca a la Sala, se observa que el defensor circunscribe el error que señala a una disparidad de criterios entre él y la "plena credibilidad" que, dice, le otorgó el Tribunal al testimonio de doña Luz Estela Carmona. Se trata, así, de una simple inconformidad del recurrente con la valoración hecha por la justicia respecto de una prueba testimonial. El demandante, en su criterio, quiso valorar las palabras de la señora mencionada y cuando miró la sentencia estimó que el Tribunal las había "sobrevalorado".

Como repetidamente lo ha expresado la Corte, la mera divergencia de opiniones entre el juzgador y el demandante respecto de la valoración probatoria no es por sí misma demostrativa de un error, ni ello puede llevar a que se considere ilegal el fallo. La ley es muy clara en cuanto otorga al juez la potestad de apreciar las pruebas conforme con las reglas de la sana crítica, sin sujeción a tarifa alguna.

Justamente, porque sabe de ello, el censor sostiene que hubo violación de las reglas de este sistema de valoración probatoria. Pero no argumenta con razones. Su extenso escrito en torno de los declarantes se limita a consideraciones generales y a plantear una serie de interrogantes. Es lo que hace con las declaraciones de Gladys Eugenia Morales Carmona, Germán Acevedo Torres, Luz Dary García Muñoz y Liliana Acevedo García.

6. Finalmente, el censor se desliza hacia el 'in dubio pro reo', que encuentra vulnerado. Y para desarrollar la acusación, retorna a los testimonios acabados de mencionar. El primero, afirma, fue "sobrevalorado" y los tres siguientes "subvalorados". No se explica, entonces, ante la existencia de prueba singular en un sentido, y de prueba plural en el otro, no se acuda a la duda para favorecer al procesado.

Si bien es cierta la posibilidad de hacer reparos a una sentencia de frente al principio de duda, es obligatorio realizarlo con claridad, precisión y seria profundidad, por ejemplo, con base en la violación directa de la ley sustancial, por su inaplicación, aplicación indebida o equivoca interpretación; o acudiendo a la violación indirecta, por error de hecho o por error de derecho. No basta enunciar una forma de error y tratar de demostrarlo contraponiendo tres testimonios a uno.

Es suficiente lo anterior para reiterar que la demanda examinada no reúne los requisitos formales mínimos exigidos por la ley procesal penal.

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

RESUELVE

Rechazar la demanda presentada por el defensor del procesado Juan Carlos Árango Gutiérrez y, por tanto, declarar desierto el recurso de casación interpuesto.

En atención al mandato del artículo 197 del C. de P. P., contra esta decisión no procede ningún recurso.

Comuníquese 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, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ TESTIMONIO

Cuando se acude al error de hecho por falso juicio de identidad, es imperativo para el censor demostrar que el juez ha tergiversado, distorsionado o desfigurado el hecho que revela la prueba, de manera grande, patente, fácilmente perceptible. Y, además, si el casacionista se soporta en el tipo de error que menciona, le resulta imperativo probar qué le quitó o qué le agregó el juez al medio, o qué y cómo lo sectorizó.

Si un testimonio no es mirado integralmente, o sea, global, total, íntegramente, se está ante un error de hecho por falso juicio de existencia, es decir, ante una falta de apreciación de la prueba, situación diferente de la que surge cuando el fallador desfigura, distorsiona, la objetividad del hecho, por defecto, por exceso o por cercenamiento parcial, hipótesis que constituye error de hecho por falso juicio de identidad. Una cosa es no atender la prueba y otra cosa atenderla mal. Cuando se dice que la prueba no ha sido mirada integralmente, se afirma que todas sus partes no fueron estimadas, o sea que nada de ella o, mejor, ella, no fue examinada.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 14142

Vistos

El 28 de julio de 1997, el Juzgado 2º Penal del circuito de Pereira condenó al señor Alexánder Duque Arias a prisión de 42 años, a interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, trás hallarlo responsable de autoría de los delitos de homicidio agravado, hurto agravado y porte ilegal del armas. Asimismo, le negó el derecho a la condena de ejecución condicional. En la misma sentencia, absolvió a don Fernando Suárez Mejía.

Apelada la decisión por la parte defensiva, el Ministerio Público y la Fiscalía, el 19 de septiembre del mismo año el Tribunal de Pereira confirmó lo

relacionado con Duque Arias, modificando la sanción accesoria para colocarla en su justo término (10 años). Revocó lo correspondiente a Suárez Mejía, a quien decidió condenar e imponerle las consecuencias pertinentes, similares a las fijadas al primero de los mencionados.

Duque Arias y su defensor público interpusieron recurso de casación contra el último fallo, y el letrado lo sustentó.

Corresponde a la Sala ahora pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda presentada.

Hechos

En horas de la mañana del 12 de septiembre de 1996, varios hombres armados penetraron en las instalaciones de la Caja Social ubicada en la carrera 7ª entre calles 27 y 28 de Pereira, con la finalidad de apoderarse de los dineros. Para lograrlo, intimidaron a los empleados de la entidad, hirieron al celador, quien murió poco después, sustrajeron el dinero de uno de los usuarios y huyeron en motocicletas. Enterada la Policía de lo sucedido, emprendió la búsqueda y capturó cuatro individuos, dos de los cuales intentaron escapar por entre las residencias aledañas a la que ocupaban. Con la aprehensión fueron incautados algunos objetos que indicaban la presunta intervención en el asalto, tales como arma de fuego disparada, con chapuza, proyectiles, vestimenta y motos con características similares a las que utilizaban los agresores.

Antecedentes

El mismo día de los hechos y de la aprehensión, la Fiscalía 31 Delegada ante los jueces del circuito de Pereira dispuso la investigación preliminar, y dos días después la Fiscalía 13 de la Unidad Especial de Vida dictó auto cabeza de proceso.

Alexánder Duque Arias rindió indagatoria y el 20 de septiembre de 1996 se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como coautor de los delitos de homicidio agravado, porte ilegal de armas y hurto calificado y agravado, en grado de tentativa por cuantía indeterminada y hurto de arma de fuego.

El 29 de octubre de 1996 se declaró cerrada la investigación y el 6 de diciembre del mismo año se profirió resolución de acusación por los mismos delitos por los que se le impuso la medida de aseguramiento.

Apelado el auto calificatorio, la Fiscalía Tres Delegada ante el Tribunal Superior de Pereira lo confirmó el 21 de enero de 1997, modificándolo en el sentido de que el hurto no era calificado.

El Juzgado Segundo Penal del circuito de Pereira adelantó la etapa del juicio y el 28 de julio de 1997 dictó la sentencia ya determinada.

El Tribunal, como también se dijo, se ocupó de la 2ª instancia en razón de la apelación interpuesta.

LA DEMANDA

El casacionista invoca la causal 1ª, inciso 2º del art. 220 del C. de P. P. Cuestiona la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho debido a falso juicio de identidad, yerro que llevó al juzgador a aplicar una serie de normas penales y a excluir de manera evidente la aplicación del artículo 445 *ibidem*, mientras la duda existía en favor de su defendido. Insiste en que ello se debió a incorrecta apreciación del material probatorio.

Para desarrollar la causal, expresa lo siguiente:

1. El análisis probatorio realizado por el Tribunal se caracteriza por no poder salir del marco de lo probable. Con ello, el Tribunal incurrió en confusión, pues tomó lo probable por lo verosímil y descartó la duda, que lleva implícita la probabilidad. Esa confusión, agrega, se hace extrema y delicada en el caso que nos ocupa.

2. Para el Tribunal todo lo ocurrido, desde el asalto hasta la aprehensión, constituye una sola directriz, pues percibe un hilo conductor que une todos los acontecimientos, con lo cual salta de bulto la evidencia, toda vez que se trata de una cadena que no puede romperse y de la cual es imposible legal, jurídica y lógicamente apartarse.

3. Para el juzgador lo evidente es la existencia de una serie de hechos encadenados que desembocan en la certidumbre de la responsabilidad penal de los incriminados. Sin embargo, tal manejo de la evidencia cuenta con un alto grado de subjetividad. En efecto, lo que hace el Tribunal es tomar un modelo teórico e imponerlo por encima y desde afuera a los hechos y circunstancias, para encuadrarlos luego dentro del molde. Y de allí hace la inferencia, que surge del modelo dispuesto para todos los casos.

4. El Tribunal no tuvo en cuenta los hechos y las circunstancias de cuyos elementos comunes habría podido obtener una conclusión más penetrante e incluso hasta construir otro modelo que no saliera del marco de la probabilidad.

5. La presencia de los jóvenes en el lugar en el que fueron aprehendidos, así como otras circunstancias, hace probable que hubieran tenido que ver con la ilicitud. No obstante, el Tribunal, basado en el modelo indicado, lo da por cierto, por inequívoco, con lo cual se queda en la ideología de que lo probable es lo verdadero. Siguiendo la misma línea, para el Tribunal basta con que exista un hilo conductor entre el asalto, la huida y la aprehensión, todo sucedido en poco tiempo, para concluir que los enjuiciados son los responsables del hecho.

6. La testigo Olga Lucía Villa, trabajadora de la Caja Social, afirmó que uno de los asaltantes, que la amenazó durante el decurso de los hechos, se caracterizaba porque vestía una chaqueta de color verde oscuro. Siguiendo el modelo utilizado por el Tribunal, se concluye que ha debido ser encontrada la chaqueta en alguna parte, dentro del edificio, junto con los demás elementos

hallados. Sin embargo, no fue así. Si se supone que Alexánder Duque Arias portaba esa vestimenta y ésta no fue detectada en ninguna parte, surge incuestionable la duda sobre su participación en lo acontecido. Sobre esto, el casacionista acota: "La ausencia de la chaqueta oscura en el lugar de la aprehensión quiebra la inferencia lógica del fallo impugnado, anula la conclusión a que arriba la sentencia, la deshace, y en medio de sus grietas se estructura la duda en tanto no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia de mi patrocinado".

7. Añade que si bien los jóvenes que se encontraban en el edificio intentaron huir, no lo hicieron porque hubieran delinquido, sino por el temor que les infundió el operativo imprevisto de las autoridades.

8. Termina diciendo que las normas violadas son los artículos 247, 254, 294 y 445 del C. de. P. P.; 5, 35, 26, 323, 324, 349 y 351 del C. P.; y 1ª del Decreto 2266 de 1991 y 2º del Decreto 2003 de 1982.

9. Por último, pide revocar la sentencia porque se excluyó el in dubio pro reo, y proferir una de carácter absolutorio, ordenando la inmediata libertad de Duque Arias.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

La demanda que se examina debe ser rechazada por las siguientes razones:

1. Dice el censor que se encuentra inconforme porque se incurrió en violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, "debido a la incorrecta apreciación del material probatorio". Con esta expresión simplemente enuncia una situación general, que no precisa, pues no indica el error o los errores cometidos por el juzgador. Con ello se aleja de la exigencia del artículo 225-3 del C. de. P. P.

2. *Cuando se acude al error de hecho por falso juicio de identidad, es imperativo para el censor demostrar que el juez ha tergiversado, distorsionado o desfigurado el hecho que revela la prueba, de manera grande, patente, fácilmente perceptible. Y, además, si el casacionista se soporta en el tipo de error que menciona, le resulta imperativo probar qué le quitó o qué le agregó el juez al medio, o qué y cómo lo sectorizó.* Esa exacta demostración no existe en la demanda. No es suficiente, por otra parte, afirmar que el Tribunal no apreció integralmente el testimonio de doña Olga Lucía Villa en cuanto al tema de la chaqueta de color verde oscuro.

3. La lectura de la demanda permite concluir que el defensor público hizo su análisis privado de la prueba testimonial, concretamente de las palabras de la dama acabada de mencionar. A partir de su apreciación, parcialmente quiere controvertir la hecha por el juez. Salta a la vista, entonces, que busca propiciar, en sede de casación, una pugna entre él y el Tribunal, lucha que no puede permitir la Corte, pues no le compete mirar a uno y otro lado, y entrar, simplemente, a arbitrar el conflicto surgido de opiniones divergentes.

4. Fundamentalmente, el casacionista se muestra en desacuerdo con lo que denomina el "modelo general escogido por el Tribunal", y para desvertebrarlo llega inclusive a proponer que se parta de otro modelo o molde, es decir, ante el tema probatorio quiere ofrecer otros puntos de partida, invitación que así fuera sugestiva no encuentra acomodación cuando se trata del recurso extraordinario al que ha acudido.

5. El demandante no hace remembranza de un punto central en materia de casación: el propósito que debe acompañar a quien recurre a esta sede tiene que ser el de demostrar la existencia de un error de juicio o de actividad que viole el fallo de ilegalidad. No es viable, entonces, suponer que mientras los jueces toman un modelo genérico para aplicarlo, sin más, a un caso concreto, él -el casacionista- pueda sugerir y plasmar otra hipótesis de trabajo y concluir a partir de ella. A esto arriba cuando considera que los jóvenes procesados huyeron del lugar llevados por el temor generado por la imprevista aparición de la autoridad policial. Esta es su hipótesis y su apreciación, como lo deja ver en la demanda.

6. El casacionista afirma lo siguiente: "La duda se estructura, en este caso, para ambos jóvenes, es decir, no puede haber certeza acerca de su participación en el asalto por el mero hecho de su captura en un edificio donde aparecen algunos objetos bien determinados. Pero si observamos con detenimiento la prueba allegada, esto es, si no le imponemos a la misma el pesado modelo teórico que le deja caer encima el juzgador de segunda instancia, obtendremos un resultado diferente". No expresa ni comprueba, en este punto, cuál sería ese resultado. Tampoco analiza, singularizadamente, la "prueba allegada" a que se refiere, dejando de lado los consejos de la casación, uno de los cuales enseña que cuando la prueba es valorada en conjunto, emerge inimpugnable a través del recurso extraordinario, a menos que sean combatidos todos los medios probatorios separadamente.

7. En otro lugar de su escrito expresa que el testimonio de Olga Lucía Villa "...no fue apreciado integralmente, haciéndose caso omiso de la existencia de la chaqueta verde oscura que portaba el asaltante y que hemos analizado ya observando como este dato era trascendental... Esta particularidad del testimonio no fue apreciada y se pasó por encima de ella sin más". Desentrañar el querer del casacionista aquí es complicado: en verdad, *si un testimonio no es mirado íntegralmente, o sea, global, total, íntegramente, se está ante un error de hecho por falso juicio de existencia, es decir, ante una falta de apreciación de la prueba, situación diferente de la que surge cuando el fallador desfigura, distorsiona, la objetividad del hecho, por defecto, por exceso o por cercenamiento parcial, hipótesis que constituye error de hecho por falso juicio de identidad. Una cosa es no atender la prueba y otra cosa atenderla mal. Cuando se dice que la prueba no ha sido mirada íntegralmente, se afirma que todas sus partes no fueron estimadas, o sea que nada de ella o, mejor, ella, no fue examinada.* Y como el actor no plasma con exactitud y transparencia su criterio, rompe el requisito formal del artículo 225-3 del C. de. P. P., que prevé los principios de claridad y precisión en la confección y presentación de los cargos.

8. Hay otro tema que es presentado con oscuridad por el demandante. En efecto, hace hincapié en lo relacionado con la chaqueta de color oscuro. Pero no especifica si la omisión del fallador al dejar de lado ese "dato" la refiere a la prueba testimonial o a la prueba indiciaria nacida de otro suceso, pues que unas veces hace emanar la chaqueta de color verde oscuro del testimonio de doña Olga Lucía Villa y en otras ocasiones la extrae de la revisión hecha en el edificio, consecuencia de la cual fueron hallados varios elementos pero no la mencionada chaqueta. Dicho de otra manera, el casacionista no muestra con nitidez si el "dato" constituido por la chaqueta tiene como fuente el testimonio de la señora Villa, o si el hecho indicante está conformado por el hallazgo en la edificación de varios elementos vinculados al ilícito. Y esto es trascendente por cuanto la rigidez de la casación exige la rigidez del demandante y, por tanto, correspondía a éste decir si su inconformidad se hallaba en la objetividad del hecho indicador, incluido su manantial, o en la inferencia establecida por el fallador. Cierto que en dos párrafos de su escrito apunta su censura a la inferencia hecha por el juzgador, pero ello es insuficiente porque también se ocupa de dos circunstancias, sin precisar de cuál de ellas brota el indicio: si del testimonio de la señora o del hallazgo ya mencionado.

Dadas las fallas que se han señalado en el anterior análisis es ostensible que el cargo formulado no podría ser abordado de fondo. Por consiguiente, la demanda debe ser rechazada.

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

RESUELVE

Rechazar la demanda de casación presentada por el representante del señor Alexánder Duque Arias, y en consecuencia declarar desierto el recurso interpuesto.

En virtud de lo reglado por el artículo 197 del C. de. P. P., contra este auto no procede ningún recurso.

Comuníquese 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, Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Ha sido establecido que los errores en la apreciación probatoria, los cuales dan lugar a configurar la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, y la consecuente invalidación del fallo de mérito, pueden ser de hecho o de derecho:

Los primeros se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio, sea porque omite apreciar una prueba que obra en el proceso o porque la supone existente sin estarlo (falsos juicios de existencia), o cuando al fijar su contenido la tergiversa, distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se desprenden de ella (falsos juicios de identidad), o, en tercer término, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, al asignarle su mérito persuasivo transgrede los principios que orientan la lógica, la ciencia, la experiencia o el sentido común, es decir las reglas de la sana crítica como método legalmente establecido para la valoración probatoria.

Los segundos, tienen lugar cuando el sentenciador admite como prueba y le confiere mérito persuasivo a un medio aportado al proceso sin haberse cumplido las formalidades legales para su aducción (falso juicio de legalidad); o cuando a la prueba no se le otorga el mérito preestablecido en la ley o le asigna uno diverso al que aquella le confiere, falso juicio de convicción actualmente de alcance muy restringido por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal como método de apreciación probatoria.

Corresponde en todo caso al actor, señalar las normas procesales que regulan los medios de prueba, acreditar cómo se produjo su transgresión, y demostrar de forma lógica y ordenada, cómo por haber incurrido el juzgador en alguno de estos desaciertos, los cuales deben ser señalados de manera específica en la demanda, dio lugar u dejar de aplicar, o a aplicar indebidamente determinado precepto sustancial y que de no haber ocurrido el desacierto, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto al impugnado.

De ahí que alegar en sede extraordinaria de casación que el juzgador incurrió en errores de hecho en la apreciación probatoria, sin precisar la

especie del yerro, omitir indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué dijo de él el juzgador, cuál mérito persuasivo le fue otorgado, ni demostrar cómo de haber sido apreciada correctamente la prueba omitida, tergiversada o valorada por fuera de las reglas de la sana crítica, es posición que contraría la exigencia de claridad y precisión que debe regir la fundamentación del recurso.

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

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 13891

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 Jorge Antonio Jaramillo Arango.

ANTECEDENTES

Aproximadamente a las cinco y cuarenta y cinco minutos de la mañana del siete de enero de mil novecientos noventa y tres, cuando el bus de servicio público identificado con las placas WH 3579 se encontraba estacionado sobre la berma de la Avenida 30 de Agosto, frente a las canchas deportivas del Barrio Gamma de la ciudad de Pereira, fue colisionado en su parte posterior por el vehículo Renault 18 de placas LYB 032 de propiedad de Jorge Antonio Jaramillo Arango, quien resultó herido, así como Héctor Fabio Herrera Chávez. Días después y a consecuencia de las heridas recibidas en el mismo hecho, perdieron la vida Juan Amadeus Mauledoux Sánchez y Luis Fernando Escobar Cadavid.

Abierta la investigación por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Pereira (fl. 39), y asumido el conocimiento del hecho por la Fiscalía Sexta Especializada de la misma ciudad, se vinculó mediante indagatoria al sindicado Jorge Antonio Jaramillo Arango (fl. 105), respecto de quien se definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 110).

Posteriormente, y previa clausura del período instructivo (fl. 189), el veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado Jorge Antonio Jaramillo Arango por el concurso de delitos de homicidio y lesiones personales, todos en la modalidad culposa (fls. 202), mediante decisión que causó ejecutoria en esa instancia.

El juicio se tramitó ante el Juzgado Primero Penal del Circuito, en donde se llevó a cabo la vista pública (fls. 340 y ss.) y se culminó la instancia condenando al procesado a las penas principales de treinta y dos (32) meses de prisión y multa en cuantía de dos mil quinientos pesos, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, por encontrarlo penalmente responsable de los

delitos imputados en el pliego enjuiciatorio (fls. 369 y ss.), en fallo que el Tribunal Superior confirmó íntegramente al conocer en segunda instancia por vía de la apelación interpuesta por el defensor (fls. 3 y ss. cno. Tribunal).

Contra el fallo de segundo grado este mismo sujeto procesal oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, presentándose por el abogado, en el término legal, el respectivo escrito con el cual persigue sustentar la impugnación, y sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

LA DEMANDA

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el casacionista denuncia que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 29, 329 y 331 del Código Penal, derivada de errores en la apreciación probatoria. Sus fundamentos son, en síntesis, los siguientes:

- Si se examina el escaso material de prueba allegado al proceso, se encuentra que el único indicio grave que obra en contra de su asistido es el relacionado con ser el propietario del automóvil de placas LYB 032 en el cual se produjeron las muertes de Luis Fernando Escobar Cadavid y Juan Amadeo Mauledoux Sánchez, así como las heridas a Héctor Fabio Herrera Chávez.

- También aparece acreditado que su poderdante viajó en ese automóvil desde Medellín a la ciudad de Pereira; que allí se dirigió al sitio denominado "La Rana René" en donde ingirió aguardiente y "perdió sus recuerdos" para aparecer tiempo después en el sitio del accidente, siendo todos ellos momentos distintos de un solo indicio que debe ser valorado de manera unitaria conforme lo enseña la lógica y lo dispone el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

- Un solo indicio no puede ser tenido como plena prueba a menos de ser necesario o constituir presunción legal no desvirtuada.

- Al inferirse que el propietario de un vehículo sea su conductor, es indicio que no posee la característica de necesario, pues en este caso, entre el sitio denominado "La Rana René" y el lugar del hecho, "otra de las cuatro personas que fueron encontradas en el automóvil accidentado, pudo asumir su comando". Además, tampoco ello tendría la calidad de plena prueba, "pues ninguna disposición legal consagra como presunción que el dueño de un automotor sea a la vez su conductor".

- Lo anterior significa, en opinión del impugnante, que desde el punto de vista de su necesidad lógica, ni por mandato legal, "puede darse por probado que Jorge Antonio Jaramillo Arango conducía el vehículo de su propiedad cuando se produjo el accidente fatal".

- Los juzgadores de instancia no tuvieron en cuenta las leyes de la física, según las cuales cuando un objeto "en movimiento acelerado choca contra otro, sufre mayor daño si se encuentra más cerca y menor daño si se encuen-

tra más alejado". Por esto, si en el automóvil se transportaban cuatro personas, dos de las cuales fallecieron y las otras salvaron sus vidas, "es razonable pensar que las primeras ocupaban la parte delantera y las segundas la parte trasera del vehículo". Si a ello se agrega, sostiene, que el conductor fue quien debió sufrir lesiones graves en el tórax por efecto del timón, se desconoció que Jorge Antonio Jaramillo Arango resultó lesionado de gravedad en la cabeza.

- Por parte alguna del proceso se informa que el señor Jaramillo Arango hubiese sido hallado lesionado e inconsciente en el puesto del conductor, siendo esta la razón para afirmar que el informe de policía y las declaraciones de los servidores que lo suscribieron no pueden tenerse como prueba de la autoría del hecho.

- Al otorgar credibilidad al testimonio de Cecilia Sánchez de Mauledoux los juzgadores desbordaron los límites de su soberanía, pues si ella no presenció el hecho ocurrido en la ciudad de Pereira, resulta posible afirmar que se encontrara en Manizales, su sitio de domicilio, cuando el accidente tuvo lugar. De ahí que ni siquiera pudo haber tenido conocimiento directo de lo que esta testigo afirma, pues tampoco pudo haberse enterado de ello por intermedio de su hijo Juan Amadeo, toda vez que desde el momento mismo del accidente hasta su fallecimiento, éste permaneció en estado de inconsciencia. Por estos motivos, y por el interés que tiene en el proceso como madre de una de las víctimas, "no puede reconocérsele tan alta exigencia de imparcialidad".

- Por esto, sostiene, la única prueba que puede esgrimirse en contra del procesado es la indiciaria, pero "por tratarse de un solo indicio no puede generar la certeza que exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria".

- Culmina el discurso solicitando de la Corte casar la sentencia impugnada, y, en consecuencia, absolver a su cliente, pues considera haber demostrado el error de hecho en que el Tribunal ha incurrido al valorar el testimonio de Cecilia Sánchez de Mauledoux, así como el error de derecho al conferirle al único indicio un valor probatorio que la ley procesal no le otorga (fls. 49 y ss.).

Alegatos de sujetos no recurrentes.-

Durante el término de traslado a los sujetos procesales no recurrentes, hicieron uso conjunto de esta prerrogativa el Procurador 151 Judicial Penal y el Fiscal Tres Delegado ante el Tribunal Superior de Pereira, quien para estos efectos desplazó al Fiscal Sexto Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito, según de ello da cuenta la Resolución 012 expedida por el Jefe de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal.

Solicitan el rechazo de la demanda por presentar errores de técnica, y, para el caso en que esta resulte admitida, se desestime el cargo y se niegue la casación del fallo impugnado. Sus argumentos, son, en síntesis, los siguientes:

- Sin tomar en cuenta que el cuestionamiento se formula por la vía de la violación indirecta a la ley, para referirse a los hechos el impugnante erradamente transcribe los tenidos en cuenta por el Tribunal.

- No identificó los sujetos procesales, y al hacer una síntesis de la actuación procesal, en lugar de narrar objetivamente lo acontecido en el proceso, introdujo apreciaciones y valoraciones personales.

- En el capítulo que dedica a la causal invocada, pareciera referirse a la causal primera, cuerpo segundo, es decir violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho derivados de haber incurrido en falso juicio de identidad. Sin embargo, en el capítulo de la fundamentación aludió a la tarifa probatoria, sistema de apreciación proscrito por el Código Procesal; al ocuparse del indicio desconoció su naturaleza y la libertad probatoria; y cuando cuestiona la credibilidad del testimonio de Cecilia Sánchez olvidó que la sana crítica es el sistema de evaluación probatoria establecido por la ley procesal.

- Cuando alude que la ausencia de prueba no se satisface con el fallo, implicaría haber propuesto la censura por error de hecho por suposición de pruebas.

- Si el actor pretendía cuestionar el indicio y la declaración de Cecilia Sánchez, su deber era hacerlo en cargos separados.

SE CONSIDERA

El artículo 225 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos que debe reunir una demanda de casación a fin de que pueda superar el juicio de admisibilidad ante la Corte, los cuales de no cumplirse en su integridad conducen al rechazo del libelo y tener que declarar desierto el recurso. De ellos se destaca la obligación para el actor de precisar la causal de casación que aduce, e indicar clara y precisamente los fundamentos en que se apoya para reclamar la infirmación del fallo.

Ha sido establecido que los errores en la apreciación probatoria, los cuales dan lugar a configurar la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, y la consecuente invalidación del fallo de mérito, pueden ser de hecho o de derecho:

Los primeros se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio, sea porque omite apreciar una prueba que obra en el proceso o porque la supone existente sin estarlo (falsos juicios de existencia), o cuando al fijar su contenido la tergiversa, distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se desprenden de ella (falsos juicios de identidad), o, en tercer término, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, al asignarle su mérito persuasivo transgrede los principios que orientan la lógica, la ciencia, la experiencia o el sentido común; es decir, las reglas de la sana crítica como método legalmente establecido para la valoración probatoria.

Los segundos tienen lugar cuando el sentenciador admite como prueba y le confiere mérito persuasivo a un medio aportado al proceso sin haberse cumplido las formalidades legales para su aducción (falso juicio de legalidad); o cuando a la prueba no se le otorga el mérito preestablecido en la ley o le asigna uno

diverso al que aquella le confiere, falso juicio de convicción actualmente de alcance muy restringido por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal como método de apreciación probatoria.

Corresponde en todo caso al actor señalar las normas procesales que regulan los medios de prueba, acreditar cómo se produjo su transgresión, y demostrar de forma lógica y ordenada cómo por haber incurrido el juzgador en alguno de estos desaciertos, los cuales deben ser señalados de manera específica en la demanda, dio lugar a dejar de aplicar, o a aplicar indebidamente, determinado precepto sustancial y que de no haber ocurrido el desacierto, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto al impugnado.

De ahí que alegar en sede extraordinaria de casación que el juzgador incurrió en errores de hecho en la apreciación probatoria, sin precisar la especie del yerro, omitir indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué dijo de él el juzgador, cuál mérito persuasivo le fue otorgado, ni demostrar cómo de haber sido apreciada correctamente la prueba omitida, tergiversada o valorada por fuera de las reglas de la sana crítica, es posición que contraría la exigencia de claridad y precisión que debe regir la fundamentación del recurso.

En el caso a estudio, el defensor de Jorge Antonio Jaramillo Arango cuestiona el mérito probatorio que los juzgadores presuntamente confirieron a un indicio, pero no dice qué medios sustentan el hecho indicador, cómo fue estructurado en el fallo, cuál su mérito persuasivo, ni su incidencia definitiva en el sentido de la decisión impugnada.

Se limita a presentar una serie de conjeturas y suposiciones sobre la forma como pudieron haber ocurrido los hechos, la ubicación que en el vehículo pudo haber tenido su defendido, y la entidad de las lesiones que debió recibir de haber estado sentado en el puesto del conductor al momento de la colisión, todo lo cual demerita la seriedad de la propuesta impugnatoria.

Los mismos defectos presenta la demanda, cuando se refiere al testimonio de Cecilia Sánchez de Mauledoux, pues no indica qué dijo en concreto esta testigo, qué dijeron de ella los juzgadores, cuál mérito probatorio le fue otorgado, como tampoco en qué consiste el desacierto cometido ni su trascendencia en la parte resolutiva del fallo.

La incertidumbre de la propuesta impugnatoria surge aun más evidente, cuando al culminar el discurso el actor precisa que la censura contra la apreciación del indicio por los juzgadores la ubica en el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, desconociendo con ello que en el actual sistema no existe tarifa probatoria sino que rige el principio de persuasión racional, siendo exclusivamente el juez el llamado a señalar, siguiendo las reglas de la lógica, la ciencia, la experiencia o el sentido común, el mérito persuasivo de los distintos medios de prueba, entre ellos la indiciaria.

En estas condiciones, al no existir norma legal sobre la cual haya podido recaer el error denunciado, ni apoyarse el cargo en haber supuesto el fallador

una regulación tarifaria de la prueba, la inconformidad propuesta carece de sustento.

Sucede además que el actor tampoco indica las razones por las cuales su cliente debe ser absuelto por la Corte, pues no indica si es que en el proceso aparece plenamente acreditado que no cometió el hecho imputado, que habiéndolo cometido actuó amparado por alguna causal de justificación o de inculpabilidad, o porque las pruebas allegadas arrojan duda sobre alguno de estos aspectos, nada de lo cual concreta ni puede suponer la Corte sin transgredir el principio de limitación que gobierna el recurso.

Visto entonces que la demanda incumple los mínimos requisitos de forma y contenido requeridos para su admisión, y que la Corte no puede corregirla para ajustarla a los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos, se la rechazará *in límine*, conforme lo prevé el artículo 226 del C. de P. P., y se declarará desierta la impugnación.

Contra esta decisión no procede recurso alguno según lo establecen los artículos 197 y 226 *ejusdem*. Por tanto 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 Jorge Antonio Jaramillo Arango 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 Enrique 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-Requisitos

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 218 del C. de P.P., adicionado por el artículo 35 de la Ley 504 de 1999, el recurso extraordinario de casación discrecional procede contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el Tribunal Penal Militar, el hoy extinguido Tribunal Nacional, o el Tribunal que llegue a crear la ley para el conocimiento de la segunda instancia en los procesos por los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, y también, contra fallos de segundo grado emitidos por los Juzgados Penales del Circuito, independientemente de la pena prevista en la ley para el delito de que se trate.

Acorde con lo previsto por el artículo 223 ejusdem, su interposición debe hacerse dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, y, dentro del mismo término, como exigencia consustancial a la naturaleza del recurso, presentar la fundamentación debida frente a los motivos que determinan la viabilidad de la admisión, en relación con las posibilidades que para su interposición la ley otorga, ya sea para perseguir, por esta vía, el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de un derecho fundamental presuntamente violado en las instancias ordinarias.

La doctrina de esta Corte ha sido persistente en dejar sentado que, de todas maneras, si el recurrente opta por alguna de esas dos alternativas de interposición del recurso que la ley ofrece, o por ambas, es de su carga precisar, clara y nítidamente, las razones por las cuales la Corte debe intervenir.

De esta manera, si lo perseguido es un pronunciamiento con criterio de autoridad en relación con determinado punto jurídico que por lo oscuro merezca ser clarificado, resulta indispensable que ello se diga en el escrito de sustentación, indicándose igualmente si lo que se pide es la unificación de posiciones encontradas sobre el particular, la actualización de la doctrina hasta el momento imperante o el pronunciamiento sobre un punto aún no desarrollado. Además, señalar de qué manera la decisión demandada presta el doble servicio de solucionar el caso y servir de norte a la actividad judicial.

También ha sido suficientemente dicho que si la inconformidad se funda en denunciar la violación de un derecho fundamental, el impugnante está obligado a desarrollar una argumentación lógica dirigida a patentizar el desacierto, con señalamiento de las normas constitucionales que protegen el derecho invocado y su concreto desconocimiento con el fallo recurrido.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 15949

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Decide la Corte la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el defensor del procesado Augusto Guillermo Lora Ramírez, con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia condenatoria proferida en segunda instancia por el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en la cual le impuso las penas principales de cuatro meses y veinticuatro días de prisión, multa en cuantía de diez mil pesos y la suspensión del oficio de conducir vehículos automotores por el término de seis meses, al hallarlo penalmente responsable del delito de lesiones personales culposas.

Antecedentes

Aproximadamente a las nueve y quince minutos de la noche del 13 de marzo de 1994, en el cruce de la Avenida Caracas con Calle 28 de Santa Fe de Bogotá, colisionaron el vehículo marca Toyota de placas ZCA-707 al mando de Augusto Guillermo Lora Ramírez y la motocicleta de placas YNH-73 conducida por Edgar Armando Bohórquez Calderón, quien sufrió lesiones que le ameritaron doce días de incapacidad definitiva sin secuelas, y a causa del accidente también resultó herido el acompañante de éste, Henry Miguel Vaca Gutiérrez, ameritándole incapacidad definitiva médico legal de 90 días y perturbaciones funcionales permanentes en el miembro inferior izquierdo y el órgano de la locomoción.

Asumido el conocimiento del asunto por el Juzgado Setenta y Cinco Penal Municipal, decretó la apertura de la investigación (fl. 11), vinculó mediante indagatoria a Augusto Guillermo Lora Ramírez (fl. 14) y Edgar Armando Bohórquez Calderón, respecto de quienes la Fiscalía Local Ciento Noventa y Dos, a donde pasaron las diligencias por competencia, definió su situación jurídica absteniéndose de imponerles medida de aseguramiento (fls. 208 y ss.).

Cerrada la investigación por la Fiscalía Local Doscientos Setenta y Cinco a donde fueron reasignadas las diligencias (fl. 47-2), el diez de enero de mil novecientos noventa y siete calificó el mérito probatorio del sumario con reso-

lución de acusación en contra de Lora Ramírez por el delito de lesiones personales en la modalidad culposa y le impuso medida de aseguramiento de caución prendaria, al tiempo que precluyó la investigación respecto de Bohórquez Calderón (fls. 84 y ss 2) mediante providencia que el primero de agosto siguiente la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores confirmó íntegramente al conocer en segunda instancia por vía de apelación, interpuesta por la defensa del enjuiciado.

Realizada la vista pública por el Juzgado Dieciséis Penal Municipal (fl. 188 y ss.-2), el cinco de noviembre de mil novecientos noventa y ocho condenó al procesado a cuatro meses y veinticuatro días de prisión, multa en cuantía de diez mil pesos y la suspensión del oficio de conducir vehículos por seis meses, al hallarlo penalmente responsable del delito deducido en el pliego enjuiciatorio (fl. 245 y ss.).

Recurrida en apelación esta decisión por la defensa y el apoderado de la parte civil, el Juzgado Cuarenta y Tres Penal del Circuito, por medio del fallo de segunda instancia proferido el catorce de abril de mil novecientos noventa y nueve, la modificó parcialmente en cuanto al monto a pagar por concepto de los perjuicios ocasionados con la infracción y confirmó en sus restantes partes (fl. 6 y ss. 3).

La Impugnación

Contra el fallo de segundo grado, en tiempo, el defensor del procesado interpuso recurso extraordinario de casación discrecional, al amparo de lo previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Considera el recurrente que hubo violación al principio *in dubio pro reo*, "derecho fundamental y garantía (que) aparece contenido (sic) en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal".

Sostiene que cuando la Fiscalía Local 192 de Santa Fe de Bogotá definió la situación jurídica de su asistido, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento, estimó inexistente la prueba que pudiera comprometer la responsabilidad de los sindicados. Sin embargo, dos años después de haber ocurrido los hechos, se practica una diligencia de inspección judicial a la cual asiste Luis Fernando Contreras aduciendo la calidad de testigo presencial, quien ofrece una versión sobre lo ocurrido, distinta de la dada por el sindicado Lora Ramírez, siendo ésta el fundamento de la providencia calificatoria. El Juez de primera instancia, por su parte, dejó en claro que este testimonio no constituía el fundamento de su decisión.

Colige de lo expuesto, que hasta antes de obtenerse el testimonio de Luis Fernando Contreras, en el proceso existían dos posiciones antagónicas provenientes de los procesados Lora Ramírez y Bohórquez Calderón. Sin embargo, la Fiscalía apoyó la acusación en la exposición sobreviniente de Contreras, lo que significaba "que de alguna manera en la etapa de juzgamiento iba a cons

tituir para el fallador un criterio orientador en materia probatoria, máxime cuando en la audiencia fueron reiterados los cargos por el acusador".

No empece esto, "de manera contraria y dentro de la absoluta discrecionalidad que goza el fallador al momento de sopesar las pruebas, se aparta de este basilar testimonio y acude nuevamente a las versiones encontradas, para inclinarse por la que más le ofreció credibilidad, situación que se reitera, hasta ese momento se enmarcaba dentro de los parámetros que establece la ley".

Agrega que la inconformidad que pone de presente mediante la interposición del recurso, estriba en la argumentación del fallo de segundo grado, toda vez que "se ocupa en atacar de manera preferente la versión y demás soportes probatorios en favor del endilgado Augusto Guillermo Lora, sin hacerlo en rigor con respecto a la versión del conductor de la motocicleta y demás pruebas inculpatorias, y lo que es peor, acudiendo a inexistentes deberes de cuidado para justificar la responsabilidad del procesado".

Sostiene que "si como lo afirmó el juez *ab initio* del fallo, existían dos versiones en conflicto que ubicaban a ambos conductores gozando con la prelación del semáforo en verde al momento del accidente -lo que de entrada denota la existencia de duda- debió el juzgador realizar la exclusión de los contenidos probatorios acudiendo a motivaciones serias y razonadas y no a apretados e inconcebibles ejercicios dogmáticos".

Alude, finalmente, que el planteamiento expuesto no persigue "revivir un debate agotado en instancias", ni anteponer su criterio al de los juzgadores, sino advertir el atropello "no de una, sino de varias garantías procesales, las que si bien es cierto se perfilan como posibles irregularidades de carácter sustancial," apuntan a establecer que en el proceso no existió prueba suficiente que ofreciera la certeza requerida para proferir fallo de condena (fls. 60 y ss.).

SE CONSIDERA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 218 del C. de P.P., adicionado por el artículo 35 de la Ley 504 de 1999, el recurso extraordinario de casación discrecional procede contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, el Tribunal Penal Militar, el hoy extinguido Tribunal Nacional, o el Tribunal que llegue a crear la ley para el conocimiento de la segunda instancia en los procesos por los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializados, por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad inferior a seis años, y también, contra fallos de segundo grado emitidos por los Juzgados Penales del Circuito, independientemente de la pena prevista en la ley para el delito de que se trate.

Acorde con lo previsto por el artículo 223 ejusdem, su interposición debe hacerse dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segundo grado, y, dentro del mismo término, como exigencia consustancial a la naturaleza del recurso, presentar la fundamentación debida frente a los motivos que determinan la viabilidad de la admisión, en relación con las posibilidades

que para su interposición la ley otorga, ya sea para perseguir, por esta vía, el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de un derecho fundamental presuntamente violado en las instancias ordinarias.

La doctrina de esta Corte, ha sido persistente en dejar sentado que, de todas maneras, si el recurrente opta por alguna de esas dos alternativas de interposición del recurso que la ley ofrece, o por ambas, es de su carga precisar, clara y nítidamente, las razones por las cuales la Corte debe intervenir.

De esta manera, si lo perseguido es un pronunciamiento con criterio de autoridad en relación con determinado punto jurídico que por lo oscuro merezca ser clarificado, resulta indispensable que ello se diga en el escrito de sustentación, indicándose igualmente, si lo que se pide es la unificación de posiciones encontradas sobre el particular, la actualización de la doctrina hasta el momento imperante o el pronunciamiento sobre un punto aún no desarrollado. Además, señalar de qué manera la decisión demandada presta el doble servicio de solucionar el caso y servir de norte a la actividad judicial.

También ha sido suficientemente dicho, que si la inconformidad se funda en denunciar la violación de un derecho fundamental, el impugnante está obligado a desarrollar una argumentación lógica dirigida a patentizar el desacierto, con señalamiento de las normas constitucionales que protegen el derecho invocado y su concreto desconocimiento con el fallo recurrido.

En este caso se observa que en el escrito mediante el cual se persigue fundamentar la impugnación, a pesar de los esfuerzos que se hacen para destacar que lo pretendido con la interposición del recurso no es la continuación del debate fáctico y jurídico propio de las instancias del proceso, ni enfrentar un particular criterio valorativo del mérito probatorio al realizado por los falladores, fatalmente se incurre en el error que se anuncia querer evitar, sin que se logre evidenciar la transgresión de alguna garantía fundamental a pesar de ser este el motivo aducido para demandar de la Corte la concesión del recurso extraordinario.

Es esto lo que se observa cuando se analiza la inconformidad del impugnante por el mérito persuasivo otorgado por los sentenciadores a algunos medios de convicción recaudados, y de esta manera pretender el reconocimiento de una presunta duda probatoria que a su criterio ameritaba una definición distinta del proceso, argumentando la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de su asistido, los cuales finalmente no son indicados, pues se omite precisar la naturaleza constitucional de la violación que se persigue denunciar y, en tal medida, tampoco podía cumplirse con la carga de indicar su real ocurrencia en el trámite ordinario del proceso. Concluyese de lo anterior que en este caso no se satisface el requisito de la fundamentación que para su otorgamiento, como se dejó dicho, se exige.

En estas circunstancias la única alternativa de solución posible es rechazar el recurso y disponer la devolución del diligenciamiento al Juzgado de instancia.

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

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso extraordinario de casación discrecional intentado por el defensor del procesado Augusto Guillermo Lora Ramírez, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

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, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROCEDIMIENTO PENAL/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

1. Sobre la identidad del sistema procesal penal colombiano, de singular tendencia acusatoria, la Corte ha señalado cómo en atención a los principios procesales de la separación funcional entre fiscal acusador y juez de conocimiento y el carácter preclusivo de la calificación, ésta no puede desconocerse o variarse circunstancialmente por ninguno de los directores eventuales del proceso, por lo menos antes de la sentencia, además porque dicha división de roles trata de preservar la imparcialidad del juzgador.

Pues bien, es importante entender la letra y el espíritu del artículo 250 de la Constitución Política, en relación con los poderes de la Fiscalía y los jueces en Colombia, antes de ensayar cualquier encuadramiento tipológico del procedimiento en los sistemas procesales universalmente reconocidos.

Así, la citada norma constitucional, que tutela el ejercicio de las funciones procesales, dice que "corresponde a la fiscalía general de la nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes...". Sin embargo, la investigación y la acusación a cargo de la Fiscalía, no son actos procesales indefinidos ni enteramente libres, porque el mismo precepto fundamental se encarga de matizar su alcance, en el sentido de que "para tal efecto la fiscalía general de la nación deberá: ... "2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas".

Es decir, antes de acusar, la Fiscalía debe "calificar y declarar precluidas las investigaciones", sencillamente porque ese acto de calificación formal, si tiene sentido acusatorio, será el límite y la medida de la discusión en la fase subsiguiente del juzgamiento.

Ahora bien, como mediante dicho acto formal de calificación, la Fiscalía declara precluidas las investigaciones, significa que la resolución de acusación, una vez ejecutoriada, supone el cierre de una etapa procesal y a la vez la firmeza de la decisión correspondiente (principio de preclusión), razón por la cual no podrá volverse sobre ellas para modificarlas o so pretexto de mejorarlas, todo en perjuicio de la garantía de conocimiento

pleno y anticipado de los sujetos procesales para la discusión posterior en el juicio, salvo el caso de nulidad por error sustancial en la denominación jurídica de la infracción, pues en esa segunda fase procesal sólo es admisible el debate probatorio y la controversia en derecho para confirmar, degradar o desvirtuar la acusación, jamás para incrementarla (sentencias de casación agosto 2 de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel y febrero 4 de 1999, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

2. Una cosa es la consideración del subrogado de la condena de ejecución condicional, como objeto de valoración anticipada para otorgar la excarcelación provisional en el curso del proceso, caso en el cual, salvo lo dispuesto en el artículo 417 del C. de P. Penal, sólo es posible auscultar el aspecto objetivo de la institución (cantidad y calidad de pena privativa de la libertad), por mandato del numeral 1° del artículo 415 del mismo ordenamiento; mientras que si se produce una sentencia condenatoria, por ser ésta el espacio por antonomasia para decidir definitivamente en relación con el sustituto, será imperativo analizar en integridad los requisitos del artículo 68 del Código Penal, entre los que cuenta, además del ya mencionado factor patético de la sanción, esa ponderación subjetiva basada en la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible que reflejará la necesidad o inutilidad del tratamiento penitenciario.

Precisamente, por cuanto la definición del subrogado de la condena de ejecución condicional compete al juez en la sentencia, las precedentes determinaciones de excarcelación, aunque fundamentadas en un requisito propio del instituto, siempre tendrán el carácter de provisionales y esencialmente removibles.

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

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

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 11184

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado José Arquímedes Marín Yepes, en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, fechada el 18 de julio de 1995, que confirma la condena proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la ciudad, el 6 de junio del mismo año, y por medio de la cual le impuso al ciudadano acusado la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, como autor del delito de acceso carnal violento.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con los fallos de instancia, los hechos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

La señora Eufemia Alcalá Polanía, quien reside en el barrio "Arbolizadora baja" de esta ciudad (diagonal 59G sur N° 39-59), denunció que el día domin-

go 23 de mayo de 1993, a las 8:45 horas de la noche, el individuo José Arquímedes Marín Yepes, agente de la Policía Nacional y residente en la casa contigua a la suya, le llamó la atención a su hija Xiomara del Pilar Rincón Alcalá, cerca de una tienda del suburbio, después la tomó por la fuerza, la condujo a un potrero aledaño y allí la accedió carnalmente en contra de su voluntad.

Adicionalmente, la denunciante informó que su hija contaba 13 años de edad para la fecha de la violación.

Para comenzar la averiguación, conoció de los hechos el Fiscal Cuarenta y Seis de la Unidad Tercera de Investigación Previa y Permanente, pero después envió las primeras diligencias a la Fiscal Ochenta y Nueve de la Unidad Primera de vida, funcionaria ante quien rindió indagatoria el denunciado José Arquímedes Marín Yepes, para ser afectado posteriormente con medida de aseguramiento de detención preventiva, con beneficio de excarcelación, por el delito de acceso carnal violento (fs. 24 y 83).

La señora Eufemia Alcalá Polanía fue admitida como parte civil dentro del proceso, como representante legal de la menor ofendida (fs. 61).

Debidamente sustanciada la providencia de cierre de investigación, la fiscal instructora calificó el mérito del sumario el 6 de octubre de 1994, por medio de resolución acusatoria elevada en contra del procesado, por el hecho punible de acceso carnal violento, conforme con las previsiones originales del artículo 298 del Código Penal (fs. 112 y 121). La decisión quedó ejecutoriada el 19 de octubre siguiente (fs. 127vto.).

En firme la resolución de acusación, se habilitó el conocimiento del Juzgado Décimo Penal del Circuito para la subsiguiente fase del juicio, la cual concluyó con la sentencia condenatoria de primera instancia ya mencionada, por el injusto atrás señalado, no obstante haber pedido la fiscalía dentro de la audiencia pública que se cambiara la calificación en el fallo por la de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 303 C. P.). En la misma decisión, el *a quo* dispuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la privación de la libertad (24 meses); la obligación de indemnizar los perjuicios materiales y morales, en cuantía equivalente a 150 gramos de oro, y negó al sentenciado el subrogado de la condena de ejecución condicional, razón por la cual se ordenó parejamente la captura (fs. 134 y 178).

Con una simple aclaración respecto del origen de los daños materiales, el Tribunal Superior confirmó la sentencia condenatoria de primer grado, después de atender en ese sentido un recurso de apelación (cuaderno Tribunal, fs. 3).

La Demanda de Casación

Primer cargo. Causal Segunda

En el entendido de que los juzgadores de instancia desconocieron la variación que de la acusación hizo el fiscal dentro de la audiencia pública, el

censor aduce falta de congruencia entre la resolución calificatoria y la sentencia, toda vez que la función desplegada por el funcionario acusador en la vista pública constituía la estructura básica del proceso.

Señala la importancia que tiene la acusación en nuestro sistema para la delimitación de la relación jurídico-procesal, que es inmutable en el juzgamiento, de acuerdo con los hechos probados y cuya calificación se torna definitiva, salvo cuando es el propio ente acusador el que la modifica expresamente, pues, de otra manera, el acusado podría resultar condenado por comportamientos diversos a los señalados en la resolución correspondiente.

Destaca la investigación como fase preparatoria del juicio, la cual se agota con la resolución calificatoria, no así la función acusadora de la Fiscalía, porque, de conformidad con el artículo 249 inciso 2° del Código de Procedimiento Penal, el ente fiscal, ya en calidad de sujeto procesal durante el juzgamiento, conserva "la carga de la prueba del hecho punible y la de la responsabilidad del procesado...". Recuerda que por mandato constitucional, la facultad acusadora de la Fiscalía General de la Nación es privativa, excluyente y permanente, de modo que su titularidad no puede desaparecer en ninguna de las etapas procesales.

Sostiene, por tanto, que el juez no podrá cambiar la calificación en la sentencia sin un acto previo del fiscal, pues si lo hace estaría arrogándose la función de acusación constitucionalmente asignada a la Fiscalía.

A partir de dicho planteamiento, el censor argumenta la imposibilidad que tenía el juez de suplantar al acusador, irregularidad que significó la condena por el delito de acceso carnal violento, cuando debió hacerlo por la modalidad de abuso con menor de 14 años, de acuerdo con lo que sostuvo el fiscal en la audiencia, después de un examen más profundo de la prueba que obra en el proceso.

Solicita el impugnante que sea casado el fallo y proferido el de remplazo.

Segundo cargo. Causal Primera. Violación indirecta

Con fundamento en el artículo 220, numeral 1°, cuerpo segundo del Código de Procedimiento Penal, el libelista aduce error de hecho por falso juicio de identidad, pues se ha producido la tergiversación de la prueba testimonial y del experticio médico-legal practicado a la ofendida.

En un primer plano, afirma que si se lee cuidadosamente la intervención del fiscal en la audiencia, no es preciso inferir que él haya referido que la declaración de la menor era la única prueba de cargo sobre la violencia en el acto sexual, sino que aludía a dicho medio de convicción unitario sobre la ocurrencia del acceso carnal, porque con la primera aseveración se desconocerían las deposiciones de los familiares de aquélla -Gigliola Mateus Alcalá, Eufemia y José Alcízar Alcalá Polanía-, según las cuales la menor llegó llorando a la casa, con signos de haber sido víctima de la fuerza física y que hizo la imputación del hecho al procesado.

Sin embargo, agrega el actor, las mencionadas pruebas fueron valoradas por el Tribunal sin beneficio de inventario y con menosprecio de la sana crítica, a pesar de provenir de miembros de la familia de la ofendida, que en muchos casos de delitos contra el honor son personas más dispuestas a mentir para hacerse más creíbles.

Advierte que sobre la actitud y condiciones de la ofendida, después de ocurrido el acto sexual, en realidad sí hubo testigos tales como Luis Fernando Arias Rodríguez y Alicia Osorio de Franco, quienes no notaron nada anormal en la menor, y por medio de sus dichos se alcanzan a desvirtuar las anteriores declaraciones parcializadas de los familiares, pues son deponentes más creíbles "por ser objetivos, precisos y ajenos a los interesados y no tener ningún interés en mentir". Además, el Tribunal hace afirmaciones contrarias a la prueba, porque dice que José Alcízar Alcalá Polanía y la progenitora de la ofendida "niegan lo referente a las patadas", pero la testigo María Luz Rueda Patiño asevera que el primero "le pegó unas patadas a Xiomara..." y que ambos "se lanzaron a pegarle", mas resulta de mayor fiabilidad lo dicho por esta testimoniante que es ajena a los parientes de la víctima.

En relación con el reconocimiento pericial de la ofendida, reportado por el Instituto de Medicina Legal, indica que él permite inferir la ausencia de violencia, en la medida que ratifica lo expuesto por el procesado y la ofendida, pues dicha prueba apenas relaciona erosiones y equimosis "leves hasta moderadas", y el primero sostuvo que el acto carnal fue consentido y la segunda únicamente habló de "cachetadas y no de lesiones en la espalda". Si las equimosis hubieren sido causadas en la caída, como lo afirma el Tribunal, entonces la experticia no las hubiera clasificado entre leves y moderadas; y en cuanto al arañazo, si realmente ocurre durante el forcejeo, como lo asegura el *ad quem*, tampoco se especifica como moderado por Medicina Legal.

No es cierto entonces que el acusado hubiera tirado al piso a la víctima y, en todo caso, que hubiese mediado la violencia en el acto carnal, ya que no es posible dar credibilidad a lo manifestado por la ofendida, en el sentido de que el victimario la tomó por las manos, se las puso hacia arriba y simultáneamente sacó el pene para introducírselo por la vagina en contra de su voluntad.

Reconoce, una vez más, el acierto de la postura asumida por el fiscal en la audiencia sobre el delito realmente cometido y prueba de ello es que el enjuiciado fue engañado en cuanto a la verdadera edad de la menor, quien en oportunidad anterior le había dicho al procesado que el 5 de abril cumpliría 14 años, y además "por su aspecto físico era creíble que tuviera más de 14 años, si tenemos en cuenta lo dicho por Medicina Legal, así los documentos recen otra cosa".

Si fuere aceptado el cargo, solicita el censor que se case la sentencia y en su lugar se profiera la que amerite la óptica propuesta, esto es, condena de conformidad con el artículo 303 del Código Penal.

Tercer cargo. Violación indirecta.

En esta ocasión, la censura se orienta a la falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal, motivada por un error de hecho como falso juicio de identidad.

Después de recordar los pasajes de ambas sentencias relacionados con la motivación que dio pábulo a la negación del subrogado penal, el recurrente hace énfasis en las decisiones de la Fiscalía que contrariamente, con fundamento en los requisitos del numeral 1° del artículo 415 del C. P. P., sí le concedieron la libertad provisional al procesado durante el trámite procesal -resolución de la situación jurídica y calificación sumarial-; de donde se sigue que quienes se refieren a la gravedad del delito son únicamente los juzgadores de instancia, sin importarles además el cambio de calificación delictiva que se hizo en la acusación, mutación que pone de presente el consentimiento de Xiomara para el acceso carnal, pues los únicos que hablan de violencia en la relación carnal son los familiares de la ofendida.

Resalta la conducta asumida por el procesado dentro de la causa y su integración ejemplar a la sociedad, argumentos que en su opinión lo hacen merecedor del subrogado penal como en muchas ocasiones lo ha previsto la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de abril 24 de 1992, M. P. Gustavo Gómez Velásquez).

Pretende con lo expuesto, previa casación del fallo, la concesión de la condena de ejecución condicional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere que no se case el fallo, en razón de los cargos formulados por el demandante, pero sí considera necesario acceder a la declaratoria de nulidad del proceso, con base en una supuesta falta de defensa del procesado dentro de la vista pública. Sobre cada una de las censuras, el Delegado dice:

Primer cargo. Causal segunda

De acuerdo con una panorámica interpretativa de la forma como en el sistema se encuentra establecida la intervención de la fiscalía en los procesos penales, el representante del Ministerio Público advierte que como el acusador conserva la carga de la prueba durante el juzgamiento -artículo 249 del C.P.P.-, ello significa, desde la perspectiva del derecho público, que él puede variar la calificación presentada al momento de la resolución escrita de acusación y hasta antes de que el Juez decida de fondo el asunto, siempre y cuando cuente "con la prueba obrante en el proceso o con la nueva que se presente en la etapa del juicio" y, además, garantice la posibilidad de defensa del incriminado.

La carga de la prueba es entonces una clara manifestación del poder-deber de acusación que tiene el fiscal, que le entrega cierta discrecionalidad para escoger los medios probatorios en la demostración del hecho punible y

de la responsabilidad del procesado, mas no para abandonar ese deber de comprobación en aras de ratificar la acusación o adquirir el convencimiento para un pedido de absolución. Ahora bien, la inactividad del fiscal en este sentido no impide que el juez de la causa se pronuncie sobre los mencionados extremos de la relación procesal, ni habilita al primero para modificar la acusación por fuera de los hechos establecidos o de las pruebas aportadas o de acuerdo con una inmotivada posición personal suya, pues el cambio tiene que estar sustentado en datos probatorios que constituyen las bases y los límites condicionantes de la función acusadora.

De acuerdo con dichos postulados, la calificación del mérito sumarial tiene carácter provisional, pues podrá ser variada por el fiscal antes de que el juez se pronuncie definitivamente sobre la relación jurídico-procesal, pero tal modificación no podrá ser un acto de mera liberalidad del acusador o algo desapegado del acervo probatorio, sino que deberá sujetarse a las reglas legitimadoras del ejercicio del poder punitivo estatal, entre las que cuenta obviamente el otorgamiento de las oportunidades y medios de defensa al sindicado.

Aunque a primera vista parece tener razón el censor, pues la acusación se modificó en la audiencia pública, a pesar de los cual el juez no respetó la congruencia y falló por el delito señalado en la resolución acusatoria inicial, lo cierto es que el acto no tuvo la contundencia de ser el reflejo del citado ejercicio punitivo en la medida que constituyó mera actividad libérrima del funcionario fiscal, sin demostración del hecho punible y la consiguiente responsabilidad del procesado acorde con la nueva adecuación típica -incumplimiento de la carga de la prueba-, razón por la cual dicha modificación no podía ser acogida por el sentenciador.

Después de condensar la intervención que sobre el tema de la variación hizo el fiscal, el Procurador adjetiva de ilegítimo el cambio y, de contera, como acertada la decisión del juez de apartarse de la "nueva e insólita calificación del hecho punible", para condenar por el delito imputado en la primigenia acusación, argumento con el cual desvanece la supuesta incongruencia.

Segundo cargo. Violación indirecta

Sin la menor duda de que el censor en este cargo dejó de lado la técnica que le imponía el recurso, el Delegado avisa que en el texto de la demanda, antes que hallarse una fundamentación y demostración de error alguno fundado en la distorsión del contenido material de las pruebas, lo que aparece es una posición personal tendiente al desconocimiento de la valoración dada por el Juez a las pruebas.

Resalta la labor cumplida por la judicatura en la apreciación conjunta de los medios probatorios, lo que permite establecer la compatibilidad entre las declaraciones de los familiares de la ofendida y los hallazgos descritos en el dictamen de Medicina Legal, sin que los grados de parentesco de los testigos sirvan de apoyo para desautorizar sus contenidos.

Así, "el casacionista distrajo su atención en la comparación de los textos de algunas pruebas recaudadas y omitió considerar antecedentemente a su proposición si el contenido de la sentencia respondía al análisis razonado de las pruebas o, por el contrario, era el producto de una variación del contenido de ellas...".

Tercer cargo. Violación indirecta

Como carente de satisfactoria motivación, es la opinión que le merece este reparo al Delegado, debido a que el libelista busca, a través de la no demostrada semejanza de razones, que, como el procesado había disfrutado de libertad en el curso procesal, ello implicaba necesariamente la concesión del subrogado en la sentencia, pues debía ser similar la valoración de la grave dad del hecho punible materia de juzgamiento.

Olvida el recurrente la facultad que tiene el Juzgador para analizar la gravedad del delito, en cuyo particular caso no se demostró que existiera consentimiento de la víctima y el dictamen pericial, contrario a lo que piensa el actor, no confirma la voluntad libre de la ofendida en el acceso carnal, sino la violencia a la que fue sometida para su realización. Este elemento de fuerza incide desfavorablemente en las pretensiones del defensor, pues tiene la inmediata consecuencia de considerarse la conducta más reprochable y como una de las que genera mayor alarma e intranquilidad social.

Casación Oficiosa

A pesar de que no es aceptable el reparo de incongruencia entre acusación y sentencia, el Procurador señala que en el acto de audiencia pública, cuando el fiscal pretendió variar irregularmente la acusación, mantuvo al defensor confiado en que el juez finalmente tomaría la decisión por el delito de acceso carnal abusivo, de ahí que toda la labor defensiva estuvo enrutada a buscar el subrogado de la condena de ejecución condicional, "ante la impotencia del defensor para desvirtuar la acusación sobre un hecho que fue aceptado por su patrocinado". De manera que la defensa admitió la existencia de un hecho punible distinto al que figuraba en la resolución acusatoria escrita, razón por la cual no hizo razonamientos o análisis probatorios orientados al delito de violación carnal.

De esta manera, como el juez finalmente dictó sentencia por el delito de acceso carnal violento, conforme con la resolución acusatoria, significa que se ha lesionado el derecho de defensa, dado que el procesado en la audiencia no fue defendido de dicho injusto sino de la modalidad abusiva y así el fallo resultó sorpresivo.

Así entonces, el hecho pone en evidencia la violación del derecho a la defensa, porque la irregular intervención del fiscal llevó a que el defensor desatendiera la obligación de examinar concienzudamente el proceso, a tal extremo que sólo en el escrito presentado ante la Corte -demanda de casación , el profesional insinúa que el sindicado fue engañado sobre la edad de

la víctima, "argumento que quizás habría podido esgrimirse durante la diligencia de audiencia pública en defensa del procesado".

Solicita a la Corte casar oficiosamente la sentencia y declarar la nulidad de lo actuado desde la audiencia pública, con el fin de que la Fiscalía se pronuncie correctamente sobre la calificación jurídica del delito.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

1. Primera censura. Correlación entre acusación y sentencia.

Sobre la identidad del sistema procesal penal colombiano, de singular tendencia acusatoria, la Corte ha señalado cómo en atención a los principios procesales de la separación funcional entre fiscal acusador y juez de conocimiento y el carácter preclusivo de la calificación, ésta no puede desconocerse o variarse circunstancialmente por ninguno de los directores eventuales del proceso, por lo menos antes de la sentencia, además porque dicha división de roles trata de preservar la imparcialidad del juzgador.

Pues bien, es importante entender la letra y el espíritu del artículo 250 de la Constitución Política, en relación con los poderes de la Fiscalía y los jueces en Colombia, antes de ensayar cualquier encuadramiento tipológico del procedimiento en los sistemas procesales universalmente reconocidos.

Así, la citada norma constitucional, que tutela el ejercicio de las funciones procesales, dice que "corresponde a la fiscalía general de la nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes...". Sin embargo, la investigación y la acusación a cargo de la Fiscalía, no son actos procesales indefinidos ni enteramente libres, porque el mismo precepto fundamental se encarga de matizar su alcance, en el sentido de que "para tal efecto la fiscalía general de la nación deberá: ... "2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas".

Es decir, antes de acusar, la Fiscalía debe "calificar y declarar precluidas las investigaciones", sencillamente porque ese acto de calificación formal, si tiene sentido acusatorio, será el límite y la medida de la discusión en la fase subsiguiente del juzgamiento.

Ahora bien, como mediante dicho acto formal de calificación, la Fiscalía declara precluidas las investigaciones, significa que la resolución de acusación, una vez ejecutoriada, supone el cierre de una etapa procesal y a la vez la firmeza de la decisión correspondiente (principio de preclusión), razón por la cual no podrá volverse sobre ellas para modificarlas o so pretexto de mejorarlas, todo en perjuicio de la garantía de conocimiento pleno y anticipado de los sujetos procesales para la discusión posterior en el juicio, salvo el caso de nulidad por error sustancial en la denominación jurídica de la infracción, pues en esa segunda fase procesal sólo es admisible el debate probatorio y la controversia en derecho para confirmar, degradar o desvirtuar la acusación, jamás para incrementarla

(sentencias de casación agosto 2 de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel y febrero 4 de 1999, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

De modo que, desde el definido punto de vista constitucional, el acto formal de resolución acusatoria es no solo la pieza toral de introducción al juicio, sino también el eje de los debates, motivo por la cual, con el fin de cumplir acendradamente la delimitación del objeto de la relación jurídico-procesal, se hace necesario la lectura inicial y prevalente de esa providencia de acusación en la audiencia pública (C. P. P., art. 449).

Y para una indicación más precisa sobre la individualización de la estructura procesal, el legislador exige una congruencia del fallo "con los cargos formulados en la resolución de acusación" (art. 220-2 C. P. P.), pues en manera alguna supedita tal correlación a eventuales y posteriores actitudes acusadoras o exculpatorias de la Fiscalía como sujeto procesal en el juicio, simplemente porque ésta, en virtud de su esencia constitucional de autoridad objetiva, bien puede sostener la acusación para sentencia de condena o pedir la absolución (idem, art. 129).

En la resolución acusatoria correspondiente al proceso examinado, como acto formal de manifestación oficial de cargos, la Fiscalía, en su condición de rectora de la acción penal, los definió por el delito de acceso carnal violento (art. 298 C. P.) y, no obstante que ya en calidad de sujeto procesal propuso la degradación del reproche al hecho punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 303, *idem*), el juez de conocimiento no encontró probatoria ni jurídicamente admisible esta última postura, razón por la cual dictó el fallo en concordancia con el cargo promovido en la decisión formal de acusación.

La libertad del fiscal para apreciar racionalmente los cargos de la resolución acusatoria, ya en calidad de sujeto procesal dentro juicio, no significa volver sobre dicho acto formal para variarlo, sino simplemente la facultad de hacer una propuesta al juez como la puede formular cualquiera otra parte dentro del proceso penal (sin retrocederlo injustificadamente), sólo que desde allí todo queda librado a la decisión racional del juzgador, quien en todo caso, como tampoco puede suplantar la función calificatoria exclusiva de la Fiscalía dentro de la oportunidad preclusiva indicada, deberá respetar la correlación con dicha acusación expresa, la cual puede traducirse en la aceptación de la misma para condenar, o en la exclusión de ella para absolver, o en la admisión de un cargo equiparable o degradado dentro de los límites del título y capítulo respectivos, según previsión del artículo 442-3 del Código de Procedimiento Penal.

No ha lugar al reparo.

2. Segunda censura. Violación indirecta.

La violación indirecta de la ley sustancial derivada de errores cometidos sobre el fiel contenido de las pruebas, demanda del recurrente el señalamiento de las probanzas tergiversadas, la demostración de la real ocurrencia del dislate y la incidencia de éste en el fallo, de tal forma que sin hesitación

alguna se advierta cómo de no haberse presentado el falso juicio otro sería el sentido de la sentencia.

Es elemental advertir algo de lo que carece la demanda, pues, si el objeto del recurso extraordinario de casación es el fallo de segundo grado, correlativamente el impugnante debe señalar expresa y directamente los errores cometidos por el juzgador. Es decir, no se trata de que el demandante haga de una vez un nuevo de juicio de comparación entre los testimonios de los familiares de la ofendida y los de otras personas ajenas a ella, con el fin de concluir que son más meritorios éstos en cuanto aúpan su interés de excluir la violencia en el acto carnal; sino que el recurrente debe partir de una exhibición puntual de las consideraciones del Tribunal para mostrar en su contenido el error trascendente debido a distorsiones de una o varias pruebas.

En el contenido de la demanda no se dice cuáles fueron las razones del Tribunal para aceptar las versiones de la ofendida y de sus familiares; ni tampoco se menciona el examen probatorio que hizo el juzgador de los testimonios de Luis Fernando Arias Rodríguez, Alicia Osorio de Franco y María Luz Rueda Patiño, como personas que de alguna manera sugerían la inexistencia de violencia en la conjunción carnal; así como se carece de la información sobre el estudio del dictamen médico-legal que debió hacer también el *ad quem*, pues se trataba de una pieza fundamental en la eventual determinación de la fuerza o el maltrato a la víctima por parte del violador.

Bastarían estas observaciones básicas para declarar la inepcia de la demanda.

Pero, igualmente, es útil aseverar que si uno de los puntos desde los cuales se proyecta el cargo consiste en la mayor credibilidad que el actor les confiere a los testimonios dados por personas sin parentesco con la víctima, en relación con los que se originaron en su familia, ello no constituye ni siquiera plataforma adecuada a fin de que, con técnica, se puedan resistir los efectos de una sentencia condenatoria, amén de que un tal planteamiento rebasa los límites establecidos por el falso juicio de identidad como error de hecho, pues sería incursionar indebidamente en otro yerro que toca con el grado de convicción, de cuya manifestación es imposible hacer eco dentro de un sistema de libre apreciación de pruebas, el cual hállase gobernado por las reglas que impone la sana crítica, traducidas en las enseñanzas de la ciencia, la experiencia y la lógica fundamental.

Por lo dicho, si el recurso extraordinario de casación no constituye un espacio de nuevo debate sobre la valoración de los medios de convicción, es entendible por qué en esta sede las sentencias de grado ingresan con la nota característica de la presunción de acierto y legalidad, únicamente destronable a través de la construcción de un juicio técnico-jurídico claro, preciso y sujeto a formas básicas para cuestionar la legalidad del fallo.

Se desechará el cargo.

3. Tercera censura. Violación indirecta.

Al igual que en el cargo anterior, el demandante mantiene el desenfoque que hace contradictoria su pretensión con los fines de la casación, pues si bien la orienta al reconocimiento en favor del procesado del subrogado de la ejecución condicional de la condena, no cabe la menor duda de que el enunciado queda en la orfandad argumentativa.

No existe, en un solo renglón del texto, una mínima referencia acerca de los supuestos errores de hecho con que titula el cargo, pues, contrario a cualquier intento de demostración, aduce simplemente que así como en la resolución que definió la situación jurídica y la que acusó al procesado, la Fiscalía decidió otorgarle la libertad provisional al procesado, igual lógica debió asumirse en la sentencia para concederle el subrogado penal.

Antes que mostrar equivocaciones trascendentes del juzgador en el tratamiento de la prueba, el censor revela la falta de claridad conceptual sobre la naturaleza de algunas de las decisiones que pueden tomarse en el interior de los procesos. En efecto, *una cosa es la consideración del subrogado de la condena de ejecución condicional, como objeto de valoración anticipada para otorgar la excarcelación provisional en el curso del proceso, caso en el cual, salvo lo dispuesto en el artículo 417 del C. de P. Penal, sólo es posible ausultar el aspecto objetivo de la institución (cantidad y calidad de pena privativa de la libertad), por mandato del numeral 1° del artículo 415 del mismo ordenamiento; mientras que si se produce una sentencia condenatoria, por ser ésta el espacio por antonomasia para decidir definitivamente en relación con el sustituto, será imperativo analizar en integridad los requisitos del artículo 68 del Código Penal, entre los que cuenta, además del ya mencionado factor patético de la sanción, esa ponderación subjetiva basada en la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible que reflejará la necesidad o inutilidad del tratamiento penitenciario.*

Precisamente, por cuanto la definición del subrogado de la condena de ejecución condicional compete al juez en la sentencia, las precedentes determinaciones de excarcelación, aunque fundamentadas en un requisito propio del instituto, siempre tendrán el carácter de provisionales y esencialmente removibles.

Por consiguiente, la presentación del cargo carece de elementos que faciliten la observación de error alguno cometido sobre la apreciación de las pruebas, habida cuenta que nada serio se indica en relación con la supuesta tergiversación.

El cargo no prospera.

4. Casación oficiosa sugerida por el Ministerio Público.

Insinúa el Delegado la recomposición del trámite desde la audiencia pública, "a efectos de que la Fiscalía se pronuncie correctamente sobre la calificación jurídica del delito y se permita al procesado plenamente su defensa", derecho este que resultó afectado al ser sorprendido con una condena por el delito cuya modificación solicitó el fiscal, sin que pudiera esgrimir argumentos tendientes a contrarrestarla.

Aunque se trata de un esfuerzo intelectual respetable, a fin de tratar de interpretar la dinámica de la actual estructura procesal penal, lo cierto es que el planteamiento se sale de la clara y teleológica sistemática constitucional, tal como se dejó expuesto en la réspuesta al primer cargo propuesto por el censor, pues, como allí se sostuvo, en ningún momento ha sido afectada la acusación como punto de partida del debate por el cambio de actitud del fiscal en la audiencia, aunque el propio gestor creyera erróneamente que podía hacerlo, dado que todo se identifica como una postura de quien para entonces ya era un sujeto procesal, relativa a la consideración de que faltaba suficiente prueba de un elemento central del delito deducido en la acusación formal (violencia), y que en cambio sí se cumplían cabalmente las exigencias típicas del acceso carnal abusivo.

Este criterio fue avalado por el defensor en su intervención, pero el juez de la causa, dentro de su potestad juzgadora, examinó no sólo las posiciones asumidas por las partes, sino también la prueba producida en ambas fases del proceso, para concluir que en efecto el delito cometido era el de acceso carnal violento, razón por la cual dictó fallo de conformidad con la resolución de acusación y también con su convicción razonablemente obtenida.

En este orden de ideas, extraña a la Corte que se hable de una falta de defensa cuando el letrado que representó al acusado, libremente, adhirió a la postura de otro de los sujetos procesales, sin privarse de recordar al juez que debía valorar detalladamente las pruebas, a fin de que se percatara de las dudas sobre el matiz de la violencia, que debían resolverse a favor del procesado, e igualmente del derecho que éste tenía al subrogado de la ejecución condicional de la pena.

El acta de audiencia pública, en lo que atañe a la pertinente intervención del defensor, dice textualmente:

"... La exposición hecha por el señor fiscal le ha evitado a este despacho el tener que escuchar un largo y tedioso discurso por cuanto mi tesis fundamental era precisamente advertir a este Despacho las incongruencias y profundas dudas que deben resolverse a favor del sindicado, no solo como lo dice el señor fiscal en el dicho de la ofendida sino en que la fiscalía que profirió la resolución de acusación dividió el proceso entre testimonios de buena familia y testimonios de mala familia... sin que fuera de ese libreto familiar se tuvieran en cuenta, y ruego al señor Juez tenerlos en cuenta en su juiciosa apreciación los demás testimonios que obran en el proceso en donde las dudas que asisten con toda razón al señor fiscal se ahondan aun más y por eso repito, que ruego al señor juez para no alargar esta audiencia en la lectura de todos esos testimonios, sopesar esas pruebas, testimonios que según principio conocido, no se cuentan sino que se pesan, como lo ha hecho admirablemente el señor fiscal para que se llegue a la conclusión de que hubo un acceso carnal imposible de negar por cuanto el mismo señor Marín Yepes en su indagatoria así lo manifestó y por cuanto también siendo esa su confesión hay todavía más razón para admitir la tesis de la Fiscalía... y el señor sindicado dijo muy claramente tal como lo observa la Fiscalía que hubo

una relación absolutamente voluntaria y los testimonios se (sic) examinará este despacho concienzudamente están contradiciendo en forma absoluta, el libreto repito hecho por la señora Eufemia Alcalá Polanía... por eso el señor fiscal tiene razón cuando se aparta del concepto de la Fiscalía porque como dice el doctor Gaitán en su obra científica, no se puede acusar suponiendo ni recorrer para acusar la senda tortuosa de las conjeturas... por eso señor juez para terminar con todo respeto, acojo la afirmación hecha por la fiscalía en su providencia del folio 83 y siguientes donde dice al conceder la libertad provisional al señor Marín que... y la misma Fiscalía a folio 126 en la calificación del sumario dice... por tanto cabe aquí señor juez la aplicación en la sentencia el artículo 68 del Código Penal de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente de la condena de ejecución condicional..." (folios 171, 172 y 173. Se ha destacado).

Como se ve, tanto el fiscal como el defensor particon en sus respectivas exposiciones de desvalorar una prueba conducente a la realidad del elemento violencia, ameritaron seguidamente otros medios de convicción que excluían su existencia, y finalmente insistieron en la verificación fáctica de una relación carnal consentida por la joven Xiomara del Pilar Rincón Alcalá, para concluir entonces que el delito configurado era de acceso carnal abusivo y no el de modalidad violenta.

Visto que la conclusión de la defensa (al prohijar la exposición del fiscal) fue la de que el procesado había incurrido en un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pero después de descartar probatoria y jurídicamente la existencia del elemento violencia que caracterizaba otro hecho punible más grave, el Procurador Delegado en su proposición incurre en un paralogismo, porque reduce el argumento defensivo a la conclusión e ignora entonces las premisas fácticas y normativas que sustentan la última.

En efecto, la labor defensiva no comenzó con la inferencia lógica (según criterio del expositor) de que el injusto consumado era del de acceso carnal abusivo (art. 303 C. P.), sino que despuntó antes, cuando el letrado desplegó el esfuerzo de crítica probatoria y de juicio jurídico para determinar la ausencia de un componente típico esencial del delito de acceso carnal violento (art. 298 ídem), que era precisamente el cargo incorporado en la resolución acusatoria.

La falacia del planteamiento es ostensible, porque el procedimiento de defensa fue dialéctico, en la medida en que el profesional no pudo afirmar la configuración de un delito de consecuencias más benignas, sin que previamente desvirtuara la imputación más severa de la resolución de acusación. Además, sería necio desconocer un trabajo netamente protector y beneficioso en la postura del defensor, no sólo en razón de que él procuraba una carga acusatoria más suave que la formalizada en la respectiva resolución, sino porque, a partir del cambio buscado, también solicitaba el reconocimiento de la condena de ejecución condicional.

En conclusión, como la defensa encaró los cargos de la resolución acusatoria, así después haya propuesto al juez una calificación más favorable, resulta improcedente la petición del Procurador Delegado.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia objeto de impugnación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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.

APELACION

No puede olvidarse que el recurso de apelación por ministerio del artículo 217 del C. de P.P. impone al juez ad quem *limitarse en su estudio a los aspectos impugnados: de esta manera la ley transmite al fallo de primera instancia el papel complementario del de la segunda, porque la definición normal de la litis adviene con la sentencia, y mal podrían coexistir dos pronunciamientos con este rango de definitividad ante unos mismos hechos e idéntico procesado.*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*,

Aprobado Acta No.149 Proceso No. 13285

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 31 de julio de 1996 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante la cual, por confirmación de la de primera instancia, se condena a Jorge Eliécer Armenta Fuentes a la pena principal de trece años de prisión y a la accesoria correspondiente, en calidad de autor del concurso de delitos de tentativa de homicidio simple en la persona de Iván Henríquez y homicidio simple de Trinidad Pitre, cometidos antes de la vigencia de la Ley 40 de 1993.

Hechos y Actuación Procesal.

El 10 de enero de 1993 hacia las ocho de la noche, cuando se hallaban departiendo en la casa de la calle 21 No. 14-98 de la ciudad de Santa Marta varias personas, entre ellas, Jorge Armenta Fuentes; Iván Henríquez Moreno, Hugo y Giovany Pitre, y las mujeres Ubida Pitre y Trinidad Pitre Guerra, se suscitó una discusión por el momentáneo extravío de un revólver de propiedad del segundo, que al serle devuelto carecía de unos proyectiles, por lo que se agudizó el problema convirtiéndose en una reyerta en donde se hicieron varios disparos de pistola y de revólver, resultando muerta la última de las mencionadas mujeres y heridos los tres restantes mencionados. Como autores de estos hechos se señaló a los nombrados Armenta Fuentes, Henríquez Moreno y Hugo y Giovany Pitre .

La investigación penal abierta por la Fiscalía fue calificada mediante resolución de acusación confirmada en segunda instancia el 15 de febrero de 1994 comprometiendo en juicio a Armenta por el concurso de delitos de tentativa de homicidio en el coprocesado Henríquez Moreno y homicidio en Trinidad Pitre. En la misma providencia se precluyó para todos los demás sindicados (fls. 20 y ss. cd. Fisc. y 436 cd. ppl.).

Celebrado el juicio, el Juzgado 2o. Penal del Circuito dictó sentencia condenando al acusado por los hechos punibles que le habían sido imputados atribuyéndole el homicidio consumado a título de dolo eventual (fls. 511 y ss. cd. ppl.), pero en desacuerdo con esa decisión la defensa interpuso el recurso de apelación que el Tribunal Superior del Distrito desató, confirmándola. (cd. Trl.

Dentro de la oportunidad legal el mismo profesional recurrió en casación.

La Demanda

Tres cargos formula el censor:

Primero.- Causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P.. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por dos razones: a).- En la resolución de acusación la Fiscalía imputó al procesado los delitos de tentativa de homicidio en Iván Henríquez y de homicidio simple en Trinidad Pitre, pero en la audiencia pública la misma Fiscalía, sin recaudar prueba que modificara la situación respecto del homicidio consumado lo exime de responsabilidad por este delito argumentando la existencia de una causal de inculpabilidad. Con esta postura de la Fiscalía, que constituyó una modificación de los cargos atribuidos al procesado, se produjo un error en la calificación del delito, que debió enmendar el juez del conocimiento decretando la nulidad para permitirle al Fiscal realizar tal modificación. Al no decretarla, el Juez violó el debido proceso y por tanto, la irregularidad afecta la actuación desde la resolución de acusación.

b).- El Tribunal omitió motivar su sentencia, porque:

"... se limita sólo a hacer referencia de que en el expediente se registran las pruebas que le dieron certeza a su decisión, sin especificarlas y numerarlas y sin expresar la valoración jurídica que le da a cada una de ellas".

Esta aserción aparece precedida en la demanda de la transcripción de un extenso fragmento de las consideraciones del *ad quem*, y sirve de base para afirmar que se vulneró el debido proceso por violación de los artículos 180-4 y 179 del C. de P. P.

Segundo.- Causal 1a, segundo inciso, del artículo 220 del C. de P.P. La sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial -artículos 36 y 323 del C.P. y 445 del C. de P.P.-, por error de hecho en la modalidad de falso juicio de identidad "al distorcionar (sic) ... las declaraciones de testigos que presenciaron ... los hechos ...", precisando párrafos adelante que se refiere a los deponentes Iván Henríquez Moreno, Yolima Pitre Guerra, Ubida Pitre, Rody Curiel y al mismo procesado Armenta en su injurada, de cuyas declaraciones cita los apartes que estima pertinentes.

Consistió la distorsión en la omisión de "hechos que fueron relatados" por esos testigos, y tras aludir al concepto de la distorsión de la prueba, sintetiza los que afirma fueron omitidos con estas palabras:

"... referencian el momento en que al inicio del enfrentamiento armado entre Jorge Armenta e Iván ... aquel, se encontraba rodeado por algunos contertulios de la festiva reunión, que tenían el objeto de apartarlos o separarlos o de evitar dicho enfrentamiento. Se relata además que Iván se encontraba cerca del baño con Trinidad y Yolima y que al disparar Jorge por entre las costillas de Ubida, todos corren despavoridos, asustados, Trinidad e Iván se meten al baño. Así lo dicen los testimonios ...".

Advierte que la distorsión ocurrida desfigura el sentido objetivo del testimonio haciéndole producir efectos que no corresponden, y que gracias a ello el Tribunal impartió condena por homicidio simple "al concluir que Jorge observó a Trinidad entrar al baño" y a sabiendas de ello le disparó.

Si el Tribunal no hubiera incurrido en el error denunciado -con el que transgredió la normatividad de los artículos 247, 254 y 294 del C. de P. P.-, habría concluido que Armenta careció de visibilidad "para percibir la entrada al baño de Trinidad Pitre", disparándole sin saber que ésta, que resultó siendo la víctima mortal, estaba en ese lugar.

Tercero.- Cargo subsidiario del segundo. Causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., primer apartado.

Violación directa del artículo 36 del C.P., por indebida aplicación, en razón de que el Tribunal dedujo el dolo eventual en la comisión del homicidio consumado a pesar de que esta clase de dolo "requiere conocimiento del hecho punible (representación) y aceptación anticipada del resultado. Estructura la demostración del reparo partiendo del hecho considerado en la sentencia, de la ignorancia alegada por el procesado, de que en el baño se encontraba junto con el individuo al que quería dispararle, la mujer que a la postre resultó muerta, pues, indica,

"Es claro que el desconocimiento de Jorge Armenta de que Trinidad Pitre se encontraba en el baño, no le permitió representarse su muerte ni mucho menos aceptar anticipadamente tal resultado.".

Frente a esta situación considera que debió aplicarse el numeral 1o. del artículo 40 del C.P., o el 445 del C. de P.P. Termina la demanda sin incluir las pretensiones atinentes a cada uno de los reparos.

El Ministerio Público

Ninguno de los cargos de la demanda encuentra respaldo en el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal.

Al primero, que pregona la violación a la garantía del debido proceso, responde advirtiendo que carece de la fundamentación necesaria porque no

demuestra la clase de nulidad aducida ni determina la incidencia de la presunta irregularidad.

Recuerda que la petición de parcial absolución del Fiscal fue hecha en su condición de sujeto procesal y se resolvió en el fallo, como debía ser y advierte que esa petición no podía retrotraer el juzgamiento a una nueva calificación sumarial.

Frente a la nulidad invocada por falta de motivación de la sentencia, destaca que el Tribunal, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 217 del C. de P.P., se refirió únicamente a los aspectos apelados, que fueron, la intencionalidad en el homicidio consumado y el no reconocimiento al sentenciado de la circunstancia de la ira, y dice que éste asumió la valoración de los medios probatorios en la forma realizada por el *a quo*, que expresó en extenso los fundamentos de su determinación, supliendo así la supuesta falta de motivación, dado que los fallos de primera y segunda instancias forman una unidad en los aspectos coincidentes.

Tocante con el cargo segundo, basado en la causal 1a. de casación, en donde pregona la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Yolima Pitre e Iván Henríquez y la indagatoria de este último, también lo encuentra carente de sustentación porque no demuestra el censor la manera como el sentenciador distorsionó material o lógicamente el contenido de dichas pruebas, toda vez que reduce el reparo a la afirmación de que se omitieron apartes de esos testimonios, sin determinar la incidencia del yerro denunciado en la sentencia acusada. Tomando como referente el fallo de primer grado, destaca que en esta pieza procesal se apreciaron esos elementos de juicio junto con todos los demás obrantes en el proceso según el mandato del artículo 254 del C. de P. P. para llegar a la inferencia determinante de la condena; de tal suerte, que afirma el libelista termina por criticar valoración probatoria sin acreditar la violación de las reglas de la sana crítica. Luego de advertir que el recurso de casación ofrece la oportunidad de "examinar problemas específicos de ilegalidad de la sentencia y de aplicación del derecho objetivo en ella" y no "un nuevo debate sobre medios de prueba tenidos en cuenta en el fallo", cataloga de infundado el reparo.

La oposición al cargo tercero, que pregona la violación directa de los artículos 36 y 40-1 del C.P., y del 445 del C. de P. P. haciendo derivar de ahí dos alternativas: la aplicación del principio de la duda, o bien, la de la causal de inculpabilidad del segundo dispositivo relacionado. En opinión del funcionario debió el censor formular dos censuras independientes. Además, esta acusación es incompleta porque el reclamado reconocimiento de la duda se limitó "a un simple enunciado"; y en cuanto a la causal de inculpabilidad el proceso no arroja evidencia de su acaecimiento. Sobre este aspecto rememora las consideraciones que la descartan, plasmadas por el fallador.

CONSIDERACIÓN DE LA CORTE

Ninguno de los cargos de la demanda logra connotación para remover la sentencia acusada, como a continuación se verá.

Carece de solidez la primera objeción estructurante del cargo primero, que toma como fundamento legal la causal 3a. de casación, consistente en que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad por quebranto del debido proceso debido a que el Fiscal modificó la acusación formulada en la resolución de acusación porque en su intervención de la audiencia, sin que hubiera habido modificación probatoria respecto del delito de homicidio consumado solicitó la absolución del procesado aduciendo una causal de inculpabilidad. Carece de razón el censor por cuanto, al tenor del artículo 444 del C. de P.P., a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación el Fiscal "pierde la dirección de la investigación" convirtiéndose en un sujeto procesal más con derecho a intervenir en el debate en igualdad de condiciones con los otros, por cuanto en esta etapa la dirección del juicio le corresponde exclusivamente al Juez competente, quien asume las funciones entre otras la de practicar las pruebas en el juicio y decidir en la sentencia, de acuerdo con el recaudo general de los elementos de juicio, en el sentido de si mantiene o no las imputaciones formuladas por la Fiscalía.

Adquirida pues por el Fiscal la calidad de sujeto procesal, cualquier sugerencia que formule ante el Juez a lo largo del juicio para morigerar o agravar la imputación que presentó en el acto acusatorio, está exenta de la posibilidad de variar la calificación jurídica que impartó en ese acto a la conducta del procesado, y por lo mismo, el Juez no está en el deber -como equivocadamente lo entiende el casacionista- de anular la actuación para retrotraer el proceso a la etapa sumarial; hacerlo implicaría flagrante desconocimiento de la igualdad de los sujetos procesales en el proceso. Debe él limitarse a resolver lo pertinente en el fallo, tal como lo hizo en el caso presente.

Inane resulta, por consiguiente, este reparo.

También desestimable es lo pertinente a que la sentencia carece de motivación. Con reiteración ha sostenido la Sala que en aquello en que los fallos de las instancias resulten coincidentes formal y sustancialmente, constituyen una unidad jurídica inescindible, pues se complementan recíprocamente, siendo esta una situación valedera tanto en los casos de consulta como en los de apelación.

En este último evento, *no puede olvidarse que el recurso de apelación por ministerio del artículo 217 del C. de P.P. impone al juez ad quem limitarse en su estudio a los aspectos impugnados; de esta manera la ley transmite al fallo de primera instancia el papel complementario del de la segunda, porque la definición normal de la litis advtene con la sentencia, y mal podrían coexistir dos pronunciamientos con este rango de definitividad ante unos mismos hechos e idéntico procesado.*

En el caso bajo examen, el censor dedicó su prevalente atención al contexto de la sentencia de segundo grado, que como bien lo advierte el Ministerio

Público, fue apelada en requerimiento de que se diera por descartado el dolo eventual de la imputación del homicidio consumado y se aceptara la inculpabilidad por caso fortuito para absolverlo; o que se le reconociera la atenuante de la ira del artículo 60 del C. P.

Olvidó el profesional que en la sentencia de primera instancia extensas reflexiones de carácter probatorio sentaron el supuesto basilar de la condena. El Juzgado estudió los testimonios de Alfredo Segundo Henríquez, Jorge Luis Velásquez Alzamora, Gabriel Rodríguez Pitre, Yolima Pitre Guerra, Marta Beatriz Rodríguez; además tuvo en cuenta la experticia de balística, y a nada de ello hizo alusión el casacionista, de donde se deduce su olvido frente a la complementariedad de los fallos. Sin este supuesto resulta inadecuada la denuncia de falta de motivación de la sentencia.

La censura es francamente inoperante y no prospera.

El segundo cargo, violación indirecta de los artículos 36 y 323 del C.P. y 445 del C. de P.P. por error de hecho en la forma de falso juicio de identidad en la apreciación de los testimonios de Iván Henríquez, Yolima Pitre, Ubida Pitre, Rody Curiel y la injurada de Armenta, carece de razón y por tanto, de posibilidades de éxito.

Afirma el censor que el Tribunal dejó de apreciar algunos aspectos de las declaraciones de esas personas y así terminó distorsionando el sentido de su contenido, pues en su criterio esos puntos no considerados demostraban que el procesado estuvo en imposibilidad material de conocer que la mujer que resultó muerta ingresó en busca de protección al mismo baño adonde lo había hecho el hombre al que siguió como objetivo de sus disparos, y que por tanto, no se le podía atribuir con certeza haber actuado con dolo eventual en el homicidio consumado.

El contexto de la sentencia de primer grado pone al descubierto que todos los aspectos que sintetiza el mismo casacionista como no apreciados en las declaraciones de las personas que menciona y con apoyo en lo cual pregona la distorsión de esas pruebas, fueron considerados judicialmente para la deducción del dolo eventual, pues en ese fallo, como se ha dicho, inescindiblemente fundido en uno con el del Tribunal, aparecen relatados por Alfredo Segundo Henríquez, Gabriel Rodríguez Pitre y Yolima Pitre (fls. 514-515 cd. ppl.) los pormenores de que da cuenta el demandante: que Armenta e Iván estaban rodeados de personas que procuraban apartarlos para evitar el enfrentamiento entre ambos; que Iván estaba cerca del baño con la mujer que resultó muerta y con Yolima Pitre; que Armenta disparó "por entre las costillas de Ubida" -"se le metió por la cintura a Ubida para disparar" dice Yolima- (fls.514 y 515 cd. ppl.).

Así pues, si el Tribunal lo que hizo fue abundar en razones para consolidar el criterio del Juzgado en donde excluyó la causal de inculpabilidad aducida, sin excepcionar parcialmente las pruebas que referían los hechos

de que habla el censor y de las cuales se infirió el dolo, luego mal puede decirse que las distorsionó para atribuirles un sentido distinto al que les correspondía.

La censura no prospera.

Finalmente ha de decirse que también el cargo tercero, subsidiario del segundo, violación directa por aplicación indebida del artículo 36 del C.P. está llamado al fracaso.

Dice en síntesis el censor que el desconocimiento por parte del procesado de que al baño había ingresado para protegerse, junto a su perseguido, la mujer que resultó muerta no le permitía "representarse su muerte ni mucho menos aceptar anticipadamente tal resultado", por tanto, en estas condiciones el Tribunal no podía deducir el dolo eventual en el homicidio.

El concepto jurídico de violación directa de la ley sustancial para efectos casacionales comporta la aceptación por el censor, del aspecto probatorio tal y conforme ha sido considerado en la sentencia acusada, porque lo que se discute es la selección de la norma sustancial o su interpretación -sea porque dejó de aplicarse la que venía al caso, ora porque se aplicó indebidamente una que no correspondía, bien porque la que aplicó fue incorrectamente interpretada- y en todos estos eventos, desconoció los derechos consagrados en la disposición transgredida.

Si la disidencia del casacionista se arraiga en la errada apreciación de la prueba que sirvió de soporte a la sentencia y por esa razón considera violada la ley sustancial, se está dentro del ámbito de la violación indirecta.

La censura que se analiza no consulta estos postulados de la técnica casacional, pues desconoce la realidad probatoria asumida por el Tribunal al decir que el procesado no sabía que la occisa había ingresado al baño con la persona a quien le disparaban, cuando por el contrario lo que el Tribunal hace es afirmar precisamente ese conocimiento como presupuesto del dolo eventual bajo el cual le mantuvo la imputación delictiva (fl.21 cd.Tr.). Al apartarse el actor del factor probatorio considerado en la sentencia, desvía la objeción hacia el campo de la violación indirecta, resultado frente al cual surge equivocada la fundamentación del alegato y por ende deviene su descalabro total.

Fallidos son pues, todos los reparos de la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia 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 Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Prueba nueva

1-. La acción de revisión no es, como parece haberse entendido, una instancia adicional en donde se pueda reabrir el debate probatorio e insistir en tesis rebatidas, y por demás fallidas, que reflejan únicamente la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial.

La demanda de revisión que no se adecue con los parámetros que la misma ley establece en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ser admitida, pues es inaceptable que so pretexto de la excepcional acción, se intente regresar a la controversia probatoria, ya finiquitada en las instancias, al punto de generar la expedición de decisiones que al haber hecho tránsito a cosa juzgada son inamovibles y permanecen tuteladas con certeza de intangibilidad.

2-. En punto de la causal invocada, esto es el numeral 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, para que el libelo pueda ser admitido, el demandante debe estructurar un discurso jurídico completo, tendiente a demostrar, con apoyo en los anexos pertinentes, que con posterioridad a la sentencia condenatoria aparecieron hechos nuevos o surgieron nuevas pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, de manera que se genere un grado significativo de persuasión en el sentido de que el condenado puede ser inocente o que pudo haber actuado en condiciones de inimputabilidad, independientemente de la decisión que hubiere de adoptarse en la sentencia que decida la acción de revisión.

Implica como mínimo identificar, explicar y aportar, si fuere el caso, los hechos y pruebas nuevas, elaborando con base en ellos proposiciones jurídicas tendientes a establecer que, de haberse valorado al tiempo del proceso, se hubiera concluido que el enjuiciado es inocente, o que era inimputable.

Se trata, pues, de remover la autoridad de la cosa juzgada buscando evitar la persistencia de una sentencia que ahora se revela materialmente injusta, ante el advenimiento de hechos o pruebas nuevas con entidad suficiente para tornar la condena en absolución por inocencia del procesado, o permitir la modificación de las decisiones tomadas para adaptarlas a quien ha debido procesarse como inimputable.

3-. Sin embargo, no toda circunstancia relacionada con los sucesos ignorada antes de proferirse la sentencia condenatoria puede catalogarse como hecho nuevo, ni todo aspecto probatorio no advertido a tiempo se aviene con la noción de prueba nueva, en los términos del numeral 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 16102

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión presentada a través de apoderado por la señora Bernarda del Tránsito Bustamante Huertas, quien fue condenada por el Tribunal Superior de Tunja, a la pena principal de dos (02) años de prisión por el delito de falsedad en documento privado.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1-. Los acontecimientos que dieron origen al proceso penal fueron resumidos así por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja:

"Bernarda Bustamante Huertas se desempeñaba, con algunas interrupciones, desde 1991 en el cargo de auxiliar de la pagaduría de la escuela superior de administración pública (sic) con sede en la ciudad de Tunja, desvinculándose a partir del último de mayo de 1994. En agosto siguiente apareció un faltante por $109.700.00, siendo requerida por la Pagadora Ana Luisa Cerón Ojeda, suma que finalmente reintegró. Los funcionarios encargados de la contabilidad y de la pagaduría siguieron realizando las operaciones contables, que culminaron con el establecimiento de un faltante en cuantía de $1.709.000.00, presuntamente apropiados por la procesada, representados en dineros no llevados al banco a pesar de existir copias falsas de consignaciones que acreditaban su depósito en la cuenta corriente 0250-01058-4 del Banco Popular de Tunja."

2-. Al definir la situación jurídica provisionalmente la Fiscalía Diecinueve Seccional, afectó a la señora Bernarda del Tránsito Bustamante Huertas, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por los delitos de hurto agravado y falsedad en documento privado.

3-. La misma Fiscalía delegada calificó el mérito del sumario, el 18 de diciembre de 1997, con resolución de acusación por dichos ilícitos contra la propiedad y la fe pública.

4-. Finalizada la audiencia, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, absolvió a la procesada, en aplicación del principio in dubio pro reo, de los cargos por hurto agravado, y la condenó a la pena principal de dos (02) años

de prisión, por el delito de falsedad en documento privado, al tiempo que le negó el subrogado de la ejecución condicional, tras verificar que la señora Bustamante Huertas, tenía un antecedente penal por idénticas conductas al margen de la ley.

5-. No conforme con lo decidido el defensor apeló el fallo de primera instancia sin haber logrado la prosperidad de sus pretensiones, pues el Tribunal Superior lo confirmó íntegramente.

LA SENTENCIA

La acción se dirige contra la providencia del 15 de diciembre de 1998, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en cuanto confirmó el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, el 17 de julio de 1998, mediante el cual absolvió a la señora Bernarda del Tránsito Bustamante Huertas, por el punible de hurto agravado, y la condenó a la pena principal de dos (02) años de prisión "como autora responsable del delito de falsedad en documento privado", negándole el subrogado de la condena de ejecución condicional.

LA DEMANDA

El apoderado de la señora Bernarda Bustamante Huertas, solicita la revisión de la sentencia con fundamento en el numeral 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la acción de revisión es viable "Cuando después de la sentencia condenatoria aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad".

Asegura que todos los funcionarios que intervinieron en la investigación y en el juzgamiento al analizar la contabilidad de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Regional Boyacá y Casanare, para el mes de abril de 1994, dejaron de estudiar el "libro de Bancos", omisión trascendental si se tiene en cuenta que en aquel documento efectivamente aparecen las consignaciones pertinentes a los recibos de caja supuestamente adulterados por la procesada para apoderarse del dinero, fingiendo un depósito.

Con base en los registros contables para el mes de abril de 1994, sentados en el libro de bancos, concluye el defensor, no existe faltante de dineros, si además se tiene en cuenta que se produjo una "conciliación bancaria" perteneciente al mismo período, que arrojaba sumas iguales entre el dinero recibido en la caja de la ESAP por diferentes conceptos y el realmente ingresado a la cuenta del Banco Popular, avalada por los directivos de la Escuela Superior de Administración Pública, que tenían relación con las oficinas de pagaduría y contabilidad.

Lo anterior, dice, "es un hecho nuevo que existe en el proceso al igual que la prueba que de él se desprende", como lo esclarecido sobre la cifra supuestamente apropiada que correspondía al recibo de caja número 0952, cuya operación nunca se realizó, como pretende demostrarlo con el testimonio que

rindió ante Notario Público el señor Carlos Joya Lizarazo, Coordinador de la ESAP de Soatá (Boyacá), para la época de los acontecimientos, quien asegura que los dineros a que se refiere ese comprobante de pago no ingresaron materialmente a la Institución, porque su valor estaba contenido en otro recibo, que fue el realmente contabilizado.

Agrega que el Tribunal Superior de Tunja, para tomar la decisión hizo énfasis en varios recibos de caja, los que asumió como no consignados en la cuenta, cuando en realidad sí aparecen en el libro de bancos, en el extracto bancario y en la conciliación para el mes de abril, subsistiendo exclusivamente un recibo evidentemente falso, cuya adulteración no se puede endilgar a Bernarda del Tránsito, puesto que ni una sola prueba así lo sugiere, debido a que varias personas se encargaban de realizar los depósitos en el banco.

En un acápite que denomina "Fundamentos de Derecho", trae a colación los requisitos para proferir sentencia condenatoria y las normas relativas a la presunción de inocencia y al reconocimiento de la duda en favor del procesado, exposición que enlaza con el recuento de varios episodios que en el curso de las investigaciones quedaron sin esclarecer, para recordar que no existe la certeza necesaria para responsabilizar penalmente a Bernarda del Tránsito, máxime si las pretendidas falsedades son inocuas, toda vez que al no presentarse los faltantes de dinero, como lo demostró con los hechos y medios de convicción nuevos, "la simple elaboración de un documento, sumado a que éste nunca sirvió de prueba alguna, para nada constituye el delito de falsedad en documento privado en el entendido de que los mismos nunca nacieron a la vida jurídica."

El defensor aportó el poder específico para el ejercicio de la acción de revisión y en apoyo a las pretensiones de la demanda allegó copia de las sentencias de instancia, con constancia de ejecutoria; fotocopia de lo registrado en el libro de bancos y de la conciliación bancaria para el mes de abril de 1994; fotocopia del extracto de la cuenta de la ESAP en el Banco Popular de Tunja, para el mismo mes; fotocopia de los recibos dubitados; declaración del señor Carlos Joya Lizarazo, ante el Notario Tercero del Circuito de Tunja; y fotocopia de otros documentos y testimonios extraídos de los expedientes.

Consideraciones de la Corte

1-. Se impone concluir que a pesar del ingenioso esfuerzo argumentativo con que se presenta la demanda, los razonamientos que contiene apuntan a alegaciones que han debido plantearse y resolverse en las instancias y a lo sumo en sede de casación. Esa manera de sustentar riñe con la técnica de revisión y por fuerza obligará a la inadmisión del libelo.

La acción de revisión no es, como parece haberse entendido, una instancia adicional en donde se pueda reabrir el debate probatorio e insistir en tesis rebatidas, y por demás fallidas, que reflejan únicamente la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial.

La demanda de revisión que no se adecue con los parámetros que la misma ley establece en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ser admitida, pues es inaceptable que so pretexto de la excepcional acción, se intente regresar a la controversia probatoria, ya finiquitada en las instancias, al punto de generar la expedición de decisiones que al haber hecho tránsito a cosa juzgada son inamovibles y permanecen tuteladas con certeza de intangibilidad.

2-. En punto de la causal invocada, esto es el numeral 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, para que el libelo pueda ser admitido, el demandante debe estructurar un discurso jurídico completo, tendiente a demostrar, con apoyo en los anexos pertinentes, que con posterioridad a la sentencia condenatoria aparecieron hechos nuevos o surgieron nuevas pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, de manera que se genere un grado significativo de persuasión en el sentido de que el condenado puede ser inocente o que pudo haber actuado en condiciones de inimputabilidad, independientemente de la decisión que hubiere de adoptarse en la sentencia que decida la acción de revisión.

Implica como mínimo identificar, explicar y aportar, si fuere el caso, los hechos y pruebas nuevos, elaborando con base en ellos proposiciones jurídicas tendientes a establecer que, de haberse valorado al tiempo del proceso, se hubiera concluido que el enjuiciado es inocente, o que era inimputable.

Se trata, pues, de remover la autoridad de la cosa juzgada buscando evitar la persistencia de una sentencia que ahora se revela materialmente injusta, ante el advenimiento de hechos o pruebas nuevas con entidad suficiente para tornar la condena en absolución por inocencia del procesado, o permitir la modificación de las decisiones tomadas para adaptarlas a quien ha debido procesarse como inimputable.

3-. Sin embargo, no toda circunstancia relacionada con los sucesos ignorada antes de proferirse la sentencia condenatoria puede catalogarse como hecho nuevo, ni todo aspecto probatorio no advertido a tiempo se aviene con la noción de prueba nueva, en los términos del numeral 3° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala, en su jurisprudencia, ha insistido en los elementos que deben concurrir para la correcta comprensión de estos conceptos. A la sazón en sentencia del 18 de febrero de 1998, con ponencia del Honorable Magistrado, Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*, se expresó:

El hecho nuevo, como lo ha sostenido la Sala de manera reiterada, "...es aquel acaecimiento fáctico vinculado al delito que fue objeto de la investigación procesal, pero que no se conoció en ninguna de las etapas de la actuación judicial de manera que no pudo ser controvertido; no se trata, pues, de algo que haya ocurrido después de la sentencia, pero ni siquiera con posterioridad al delito que se le imputó al procesado y por el cual se le condenó, sino de suceso ligado al hecho punible materia de la investigación del que, sin embargo, no tuvo conocimiento el juzgador en el desarrollo del itinerario procesal porque no penetró al expediente.

"Prueba nueva es, en cambio, aquel mecanismo probatorio (documental, pericial, testimonial) que por cualquier causa no se incorporó al proceso, pero cuyo aporte ex novo tiene tal valor que podría modificar sustancialmente el juicio positivo de responsabilidad penal que se concretó en la condena del procesado. Dicha prueba puede versar sobre evento hasta entonces desconocido (se demuestra que fue otro el autor del delito) o sobre hecho conocido ya en el proceso (muerte de la víctima, cuando la prueba ex novo demuestra que el agente actuó en legítima defensa), por manera que puede haber prueba nueva sobre hecho nuevo o respecto de variantes sustanciales de un hecho procesalmente conocido que conduzca a la inocencia o irresponsabilidad del procesado.

"No se dará, desde luego, esta causal de revisión, cuando el demandante se limita a enfocar de otra manera hechos ya debatidos en el juicio o pruebas ya aportadas y examinadas en su oportunidad por el juzgador, pues en tales casos lo nuevo no es ni el hecho naturalísticamente considerado, ni la prueba en su estructura jurídica, sino tal vez el criterio con que ahora los examina el demandante, y no es eso lo que la ley ha elevado a la categoría excepcional de causal de revisión".[1]

4-. En el presente caso el demandante parte de una afirmación sofística, que no se compagina con la realidad, pues, como se verá, no es cierto que el "libro de Bancos" dejó de examinarse por los investigadores y que por ello es un medio de convicción que ha permanecido al margen de la controversia probatoria. Es decir, la información ofrecida por el libro de bancos no tiene el carácter de prueba nueva en este asunto.

Por el contrario, el Tribunal Superior de Tunja, fue en extremo diligente cuando desmenuzó cada uno de los informes periciales, tres en total, sobre la contabilidad de la Escuela Superior de Administración Pública, Seccional Boyacá y Casanare, para el mes de abril de 1994, de modo que los descartó, igual que lo hizo el Juez Segundo Penal del Circuito, como prueba técnica para fincar en ella la responsabilidad penal de Bernarda Bustamante Huertas, por el delito de hurto agravado.

En criterio del Funcionario Judicial de primera instancia la incoherencia en las experticias, especialmente en cuanto al origen y al monto de los dineros faltantes, sumada al hecho cierto de que la contabilidad estaba conciliada, daba al traste con el cargo por hurto, puesto que las dudas insolutas beneficiaban a la procesada.

El Tribunal, aunque confirmó también la absolución por el delito de hurto, ya que no podía agravar la situación del apelante único por expresa prohibición constitucional, contrario al Juez Segundo Penal del Circuito, expresó que el hecho de que la contabilidad estuviera perfectamente cuadrada

---

[1] Sentencia de diciembre 1° de 1983. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía. Reiterada, entre otras, en sentencias de abril 22 y 24 de 1997. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Y sentencia de abril 29 del mismo año. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel.

a pesar de existir recibos de caja con anotaciones objetivamente falsas, indicaba que Bernanrda la había manipulado hábilmente para no ser descubierta en la apropiación del efectivo. Tales razonamientos, eran extensibles obviamente al libro de bancos.

En la sentencia cuya revisión se pretende, el Tribunal Superior de Tunja, al analizar el informe pericial UDF-049 a cargo de profesionales adscritos al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, señaló:

"Para rendir este informe los investigadores revisaron entre otros documentos el Libro de Caja, extractos bancarios de la cuenta corriente 0250-0158-4 del Banco Popular, movimiento de tesorería de los meses abril y mayo de 1994 y Libro de Bancos". [2]

5-. De otra parte, el accionante estructuró el libelo de modo que no llegó a la conclusión de que Bernarda Bustamante Huertas, es inocente, sino de que no existe certeza para condenarla por falsedad en los recibos de caja de la ESAP, imponiéndose por ello la absolución al resolver las dudas en su favor.

De suyo esta manera de argumentar riñe con el espíritu de la causal invocada, al punto que las controversias con relación al in dubio pro reo se agotaron en su sede natural, las instancias, y de verdad así ocurrió, hasta determinar la absolución por el delito de hurto que recaía sobre los dineros de la mencionada academia de administración pública.

Finalmente, el Tribunal Superior de Tunja, también se ocupó con detenimiento del aparente problema planteado por la subsistencia del delito de falsedad cuando no se había condenado por hurto, y en sus lucubraciones arribó a la verificación material de las falsedades, cuya autoría radicó en cabeza de Bernarda Bustamante Huertas, a título de dolo, sin vislumbrar al menos un resquicio de duda.

6-. Las anteriores consideraciones conducen inexorablemente al rechazo de la demanda, sentido en el que se decidirá, debiendo previamente reconocer personería al apoderado, quien fue facultado en debida forma.

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECONOCER personería al doctor Fernando Sandoval Rodríguez, como apoderado de la sentenciada Bernarda del Tránsito Bustamante Huertas, en los términos y para los efectos que indica el poder que le fue conferido.

SEGUNDO: INADMITIR la demanda de revisión promovida por la señora Bernarda del Tránsito Bustamante Huertas, a través de su apoderado.

---

[2] Tribunal Superior de Tunja. Sentencia del 15 de diciembre de 1998, página10.

TERCERO: Enviar copia de este auto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Tunja, para su conocimiento.

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.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/CASACION

La jurisprudencia ha sido persistente en sostener que en tratándose de sentencias de conformidad, proferidas dentro del trámite abreviado, los aspectos respecto de los cuales puede interponerse el recurso de apelación condicionan la viabilidad del recurso extraordinario de casación sin que resulte posible la discusión de otros temas, pues de desconocer la Corte la restricción impuesta, "sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas prematuras de terminación del proceso" (Auto Mayo 6/97. M. P. Dr. Gómez Gallego).

En ese sentido conviene recordar lo dicho por la Sala, sobre que "por mandato del artículo 37B del C. de P. P., para el procesado y su defensor la sentencia anticipada sólo es 'apelable' respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción de dominio sobre bienes. Esta limitación en la materia del recurso de apelación se impone para preservar la estructura misma del rito especial, pues, si se permite en esa oportunidad una discusión del cargo o de una atenuante descartada en la diligencia, sería propiciar una desestabilizadora retractación de lo aceptado, sin perjuicio obviamente de reclamar la nulidad por violación de garantías fundamentales. Aunque la norma sólo se refiere a restricciones en la apelación, es claro que si el recurso de casación recae sobre el fallo de segunda instancia y éste, por obra de la limitante no podía pronunciarse en relación con aspectos distintos a los antes señalados, resulta también patente, por sustracción de materia, que la Corte no podrá ocuparse de lo que legalmente estaba vedado al Tribunal (C.P.P., art. 218)".

"Esta carencia de interés jurídico para recurrir, que se erige en presupuesto procesal de la demanda en forma, ha sido resaltada por la Sala en las decisiones del 4 de marzo y 16 de octubre de 1996, 5 de junio, 2 de agosto y 29 de agosto de 1997, entre otras." (Sent. Cas. Abril 16/98. Mgs. Ptes. Dres. Gómez Gallego y Mejía Escobar).

Contra las sentencias proferidas en los casos de culminación anticipada del proceso, no tienen cabida cuestionamientos relacionados con el méri-

to persuasivo otorgado a las pruebas, toda vez que, de una parte, la aceptación de la responsabilidad por los cargos formulados comporta la renuncia a la controversia de los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación y, de otra, lo prohibe el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal al limitar los temas susceptibles de proponer en impugnación.

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

Aprobado Acta No. 149 Proceso No. 11166

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de catorce de junio de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar condenó al procesado Edelber Alejandro Escobar Romero por el concurso de delitos de falsedad material de particular en documento público, uso de documento falso, falsedad en documento privado y estafa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La cuestión fáctica la resumió el Tribunal Superior de la siguiente manera:

"En el curso del mes de octubre, y parte del de noviembre de 1993, una asociación criminosa, meticulosamente organizada y con redes operativas en el Departamento del Atlántico y en el del Cesar, integrada aproximadamente por una decena de delincuentes, entre los que se destacaban Edelber Alejandro Escobar Romero, Joaquín Francisco González Rodríguez, Orlando de Jesús García Barros y John Jairo Cujía Maldonado, mediante un complejo y tecnificado procedimiento de suposición de cuantiosas consignaciones a nombre de varias cuentas de ahorro, abiertas con ese delictual propósito en las agencias de la Caja Agraria de Bosconia, La Paz y Becerril, y contando con la eficaz colaboración del último de los nombrados, quien se desempeñaba como operador de los aparatos de sistematización de dicha entidad bancaria en esta ciudad (Valledupar), logró no sólo la falsificación y el uso de los documentos preparados para el logro del fin propuesto, sino que a través de tales falsificaciones obtuvo la estafa de la expresada entidad bancaria en una cuantiosa suma, la cual en lo que corresponde a la agencia de Becerril ascendió a la suma de $ 21.149.000 pesos. Es de advertir que según la declaración indagatoria de uno de los coautores, el sujeto de nombre Edelber Alejandro Escobar Romero era uno de los directores visibles de la bien tramada red criminal".

Iniciada la investigación por la Fiscalía Décima Especializada con sede en Valledupar, al proceso se vinculó a John Jairo Cujía Maldonado (92.-1), Miguel Tomás Ariza Alí (Fl. 107), Luis Antonio Meza Granados (Fl. 115), Arturo Orlando Cáceres Mora (Fls. 140), Camilo Rodríguez Munévar (Fl. 166), Joaquín Francisco González Rodríguez (428-2), Orlando de Jesús García Barros (428-2), María Marleny Vasco Galvis (Fls. 307-1) y Edelber Alejandro Escobar Romero.

La vinculación jurídica de Edelber Alejandro Escobar Romero, se produjo mediante la declaratoria de persona ausente (fls. 428 y ss.-4) definiéndose su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 576-2 y ss.).

Con posterioridad a esto, y luego de haberse logrado su captura y escuchado en diligencia de indagatoria, el veintinueve de julio de mil novecientos noventa y cuatro se declaró la clausura del ciclo instructivo en relación con los procesados Joaquín Francisco González Rodríguez, Edelber Alejandro Escobar Romero, Orlando de Jesús García Barros, Arturo Orlando Cáceres Mora, María Marleny Vasco Galvis y Luis Alberto Mendoza Argüelle (fls. 804-3).

Por providencia de tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía Décima Especializada de Valledupar, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra, entre otros, de Edelber Alejandro Escobar Romero, "como autor responsable de los delitos de Falsedad Material de Particular en Documento Público, Uso de Documento Público Falso, Falsedad en Documento Privado y Estafa en concurso homogéneo y sucesivo, agotado en las circunstancias de tiempo, lugar y modo reseñado con anterioridad, en hechos ocurridos contra los intereses económicos de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero sucursal Becerril (Cesar)" (fls. 869 y ss.-3), en determinación que cobró ejecutoria en esa instancia por no haber sido impugnada.

Asumido el conocimiento del juicio por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, y antes de señalarse fecha para la realización de la vista pública, el procesado Edelber Escobar Romero solicitó "la sentencia anticipada tal como la consagra el art. 3 de la Ley 81 de 1993" (fl. 984-3) y manifestó ACEPTAR los cargos que le fueron formulados en la resolución acusatoria (fl. 991-3).

Por sentencia anticipada proferida el quince de marzo de mil novecientos noventa y cinco, se culminó la instancia condenando a Escobar Romero a las penas principales de siete años y tres meses de prisión y multa en cuantía de cien mil pesos, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, al encontrarlo penalmente responsable como coautor del concurso de delitos de Falsedad material de particular en documento público, falsedad en documento privado, uso de documento público falso y estafa, al tiempo que lo condenó a pagar solidariamente en favor de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero la suma de $ 21.149.000.oo, más una cantidad adicional de 130 gramos oro como parte del daño emergente y 550 gramos oro como lucro cesante, por concepto de los perjuicios materiales ocasionados con la conducta ilícita (fls. 1016-3).

Contra esta determinación, oportunamente el defensor interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial, al desatar la alzada resolvió "modificar la sentencia recurrida, en el sentido de condenar al procesado Edelber Alejandro Escobar Romero a la pena privativa de la libertad de siete (7) años y veinticinco (25) días de prisión, como responsable de los deli-

tos por los cuales se le formuló el pliego de cargos" y tasó la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas en el mismo lapso de la privación de la libertad. Modificó el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo impugnado, en el sentido de condenar al procesado a pagar en favor de la Caja Agraria, la suma de $21.149.000,oo por concepto de los perjuicios ocasionados con el hecho, "los cuales asumirá en forma solidaria con los otros coprocesados", y confirmó en sus restantes partes la sentencia impugnada (fls. 6 y ss. cno. Tribunal).

Contra el fallo de segundo grado, oportunamente el defensor interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem* (fl. 50) y dentro del término legal se presentó la correspondiente demanda (fls. 58 y ss. cno. Trib.), declarándose ajustada a las prescripciones legales por la Sala (fls. 4 cno. Corte).

LA DEMANDA

Con apoyo en las causales tercera y primera de casación, en su orden, previstas por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dos cargos se postulan contra el fallo del Tribunal:

Primer cargo. (Nulidad por violación del debido proceso).

Se aduce en la demanda que la resolución acusatoria es anfibológica, toda vez que entre las consideraciones expuestas se señala al procesado Escobar Romero como determinador del uso del documento público falso, y de la empresa criminal dirigida por él, en tanto que en la resolutiva, "se le acomoda la acusación como autor de los delitos de falsedad de particular en documento público y falsedad en documento privado y estafa".

Agrega que la imputación formulada en la resolución acusatoria debe ser clara, precisa y carente de ambigüedades, pues de no cumplir estos requisitos las bases mismas del juzgamiento resultan socavadas, y se atenta contra el derecho de defensa, generando, de contera, nulidad de lo actuado en tales condiciones.

Asegura que en este caso la motivación anfibológica se presenta por la indeterminación sobre la forma de participación en los hechos punibles investigados, pues según los términos del artículo 23 del Código Penal, y el criterio expuesto por algún sector de la doctrina, la participación difiere de la autoría, al punto que la responsabilidad del partícipe es accesoria ya que se supedita a que el autor lleve a cabo el hecho. Por esto, en la resolución acusatoria ha de hacerse claridad sobre la imputación respecto de la forma de intervención en los hechos punibles, a fin de que la defensa pueda orientar su estrategia hacia la contradicción de los cargos formulados.

Del mismo modo, afirma, "en la resolución de acusación debió precisarse la participación de mi mandante a título de complicidad por los delitos de falsedad en (sic) particular en documento público, documento privado y estafa, y coautor por el uso del documento público falso para así guardar armonía

la parte motiva y las partes resolutivas, dándose la congruencia en el auto cuestionado".

Por esto, solicita invalidar la sentencia impugnada y ordenar devolver el proceso a la Fiscalía Décima de Valledupar para que se reponga el procedimiento afectado de nulidad.

Segundo cargo- (Violación indirecta de la ley)

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, se aduce por el actor que la sentencia es violatoria de los artículos 282, 247,248 y 254 del C de P. P. y de los artículos 23 y 24 del C. P., por error de derecho en la apreciación probatoria.

Luego de referirse a las diligencias de indagatoria de los coprocesados John Jairo Cujia Maldonado, Miguel Tomás Ariza Ali, Camilo Rodríguez Munevar y Joaquín Francisco Rodríguez González, agrega que este último, en su afán por lograr reducción punitiva, adujo que Edelber Alejandro Escobar Romero, junto con los señores Orlando García, Héctor Villa y Henry Llinás, conformaban el cerebro de la organización criminal.

Con base en esto, sostiene, la defensa se orientó por demostrar que la actividad de Escobar Romero fue de sola complicidad, consistente en servir de emisario para la entrega de los documentos falsificados a John Jairo Cujía Maldonado, encargado de operar el sistema y quien además se conocía con el personal de la Caja Agraria de Barranquilla.

Y ha venido reiterando que lo dicho por el procesado González Rodríguez, en el sentido de atribuirle a Escobar Romero coautoría en los hechos, fue con el solo propósito de lograr alguna rebaja en su condena sin que pueda tomarse como medio de prueba en contra de éste, menos si se tiene en cuenta que Cujía Maldonado ubica la conducta de Escobar en el campo de la complicidad, como del mismo modo así lo indican las restantes pruebas documentales y testimoniales incorporadas al proceso.

La autoría de Escobar Romero en los delitos de estafa y falsedad se le probó en otro proceso iniciado en relación con los hechos cometidos contra la Caja Agraria de La Paz. Cesar, en donde tuvo una participación más activa que en el caso *sub judice*.

Por lo demás, asegura, existe duda sobre la coautoría de Escobar Romero toda vez que no obra prueba que la acredite. Sin embargo, la segunda instancia le otorga al testimonio de Joaquín González un mérito superior al merecido. De otro lado, no se practicó prueba grafológica con la cual pudiera demostrarse la coautoría en los delitos de falsedad en documentos.

En la sentencia impugnada, para condenar a Escobar Romero se acude al concepto unitario de autor, al estimarse que autor es todo aquel que en una organización delictiva preste alguna contribución a la realización del tipo, sin tomar en cuenta la importancia que pueda llegar a tener su colaboración en el conjunto de los hechos.

A su criterio los "verdaderos" coautores del comportamiento son Miguel Tomás Ariza Alí, Camilo Rodríguez Munevar, John Jairo Cujía Maldonado, Orlando García, Héctor Villa y Henry Llinás, por lo cual el Tribunal apreció erradamente la versión del procesado Joaquín González y, al hacerlo, incurrió en error de derecho que determinó la violación indirecta de los artículos 23 y 24 del C.P. al considerar al procesado como coautor sin haber estado esto demostrado, siendo lo correcto aplicarle la pena establecida para el cómplice.

Concluye, entonces, demandando de la Corte casar el fallo impugnado y dictar el que lo sustituya (fls. 58 y ss.).

Alegato de no recurrentes.

Dentro del término de traslado, previsto por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la Procuradora 175 Judicial Penal solicita no casar el fallo impugnado puesto que lo denunciado en el primer cargo no constituye vicio capaz de vulnerar los derechos y garantías del condenado, dado que la acusación delimitó el ámbito del fallo, lo cual fue atendido por los sentenciadores.

En cuanto hace a la segunda de las censuras, sólo para llegar a conclusiones distintas de aquellas a las que arriba el juzgador, en la demanda se cuestiona el mérito probatorio otorgado a la declaración de Joaquín Francisco González Rodríguez, sin tomar en cuenta la aceptación que de los cargos hizo Edelber Alejandro Escobar Romero ni las otras pruebas recaudadas, con lo cual no se demuestra la existencia del error alegado.

Además, no se integró completamente la proposición jurídica del cargo en razón a que ni desarrolló, ni demostró, la infracción a las normas sustanciales aducidas (fls. 99 y ss. cno. Trib.).

Concepto del Procurador Delegado

Inicia advirtiendo la improcedencia de examinar los reproches que se postulan en la demanda por carecer de interés el libelista para su proposición.

En relación con el primer cargo, seguidamente, sostiene que con su postulación se persigue la anulación de lo actuado atribuyéndole a la providencia calificatoria motivación anfibológica. Sin embargo, al estudiarse detenidamente la resolución de acusación se encuentra absoluta claridad respecto de los cargos formulados.

La anfibología se presenta en aquellos casos en los cuales la acusación resulta de imposible entendimiento por contener proposiciones contradictorias que mutuamente conducen a su anulación según lo acuerdan la doctrina y la jurisprudencia. Esto continúa , deja ver cómo el demandante termina refiriéndose a un concepto distinto.

Para la Delegada el motivo de inconformidad que se plantea, no es otra cosa que una inquietud relacionada con el alcance jurídico que debe dársele al artículo 23 del Código Penal, realizando con ello una soslayada alusión al

quebrantamiento directo de la ley sustancial, ajena por completo a la nulidad que se propone.

En cuanto hace al segundo cargo, resalta que no se identifica la clase de error de derecho que se cometió, reclamándose luego la aplicación del principio *in dubio pro reo*, al tiempo que se echan de menos algunas pruebas, formando con ello una mezcla de proposiciones que le quitan claridad al cargo y comprometen su éxito.

Además de desconocerse los parámetros en los que puede ser formulado el error de derecho por falso juicio de convicción, limita el casacionista su análisis a extractos de las versiones de John Jairo Cujia Maldonado, Miguel Tomás Ariza Alí, Arturo Cáceres Mora, Camilo Rodríguez Munevar, Joaquín Francisco González y, a partir de ellas, a hacer una interpretación personal sobre la forma como ocurrieron los hechos y ubicar la intervención de cada uno de los acusados, para de esta manera concluir que Escobar Romero obró simplemente a título de cómplice no de coautor.

Pero, independientemente de las fallas de orden técnico que el libelo ofrece, es de la opinión que el censor carece de legitimidad para recurrir en casación puesto que con las dos censuras que introduce persigue desconocer el procedimiento a través del cual se produjo el fallo, cuyo requisito es la aceptación libre de los cargos formulados en la resolución de acusación sin que resulte posible retractación alguna, con lo cual se subsana cualquier anomalía que hubiere podido ocurrir a condición de no afectar derechos fundamentales del imputado.

Además, se busca que la sentencia se profiera declarando que el procesado Escobar Romero actuó en calidad de cómplice en lugar de coautor como se le imputó y se aceptó por él mismo, lo que no resulta procedente pues pretender la modificación de la acusación, es tanto como retractarse de la aceptación de su contenido, algo improcedente si se toma en cuenta el trámite surtido, conforme lo reconoce la jurisprudencia de la Corte.

Por lo anterior, solicita no casar la sentencia impugnada.

SE CONSIDERA

Cargo primero.

Se propone la nulidad de lo actuado por violación del debido proceso, en razón a que el casacionista considera que la resolución de acusación es anfibológica, por haberse afirmado en la parte considerativa que Escobar Romero actuó como determinador en los delitos materia de investigación, en tanto que en la parte resolutiva se le convocó a responder en juicio como autor, para sostener finalmente que el procesado ha debido ser acusado como cómplice de los delitos de falsedad de particular en documento público, en documento privado y estafa, y coautor del delito de uso de documento público falso.

Dado que la demanda se dirige contra una sentencia de segunda instancia proferida dentro del trámite especial previsto por el artículo 37 del Código

de Procedimiento Penal, resulta imperativo analizar previamente el interés del recurrente para su postulación, pues de encontrarse que él no concurre devendría inane cualquier consideración de fondo sobre el punto.

La jurisprudencia ha sido persistente en sostener que en tratándose de sentencias de conformidad, proferidas dentro del trámite abreviado, los aspectos respecto de los cuales puede interponerse el recurso de apelación condicionan la viabilidad del recurso extraordinario de casación sin que resulte posible la discusión de otros temas, pues de desconocer la Corte la restricción impuesta, "sería propiciar la frustración de la legítima prohibición de retractación de la aceptación voluntaria de responsabilidad, a través de otro medio legal (la burla de la ley por la misma ley) y el desconocimiento de la naturaleza especial de estas formas prematuras de terminación del proceso" (Auto mayo 6/97. M. P. Dr. Gómez Gallego).

En ese sentido conviene recordar lo dicho por la Sala, sobre que "por mandato del artículo 37B del C. de P. P., para el procesado y su defensor la sentencia anticipada sólo es 'apelable' respecto de la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción de dominio sobre bienes. Esta limitación en la materia del recurso de apelación se impone para preservar la estructura misma del rito especial, pues, si se permite en esa oportunidad una discusión del cargo o de una atenuante descartada en la diligencia, sería propiciar una desestabilizadora retractación de lo aceptado, sin perjuicio obviamente de reclamar la nulidad por violación de garantías fundamentales. Aunque la norma sólo se refiere a restricciones en la apelación, es claro que si el recurso de casación recae sobre el fallo de segunda instancia y éste, por obra de la limitante no podía pronunciarse en relación con aspectos distintos a los antes señalados, resulta también patente, por sustracción de materia, que la Corte no podrá ocuparse de lo que legalmente estaba vedado al Tribunal (C.P.P., art. 218)".

"Esta carencia de interés jurídico para recurrir, que se erige en presupuesto procesal de la demanda en forma, ha sido resaltada por la Sala en las decisiones del 4 de marzo y 16 de octubre de 1996, 5 de junio, 2 de agosto y 29 de agosto de 1997, entre otras." (Sent. Cas. Abril 16/98. Mgs. Ptes. Dres. Gómez Gallego y Mejía Escobar).

Si bien en este caso se enuncia haber sido proferida la sentencia en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso, lo cual en principio otorgaría legitimidad para acudir a la impugnación extraordinaria, el desarrollo de la censura patentiza que en lugar de acreditar el socavamiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, o haberse atentado contra el derecho de defensa u otra garantía fundamental, lo perseguido es introducir una retractación inoportuna de los cargos imputados en la resolución acusatoria, los cuales, al haber sido voluntariamente aceptados por el procesado, pudiendo no haberlo hecho, dieron lugar al proferimiento anticipado del fallo con la consecuente rebaja punitiva a que se hacía merecedor por este concepto, pero sin llegar a denunciarse que la sentencia no guarde consonancia con la acusación, que la aceptación de los cargos fue inducida por error, fuerza o dolo, o que fueron violados los límites punitivos establecidos en los tipos penales llevados a cabo.

No de otra manera puede ser entendida la pretensión por degradar la responsabilidad penal libremente aceptada por el procesado, en cuanto hace a los delitos de falsedad material de particular en documento público, uso de documento falso, falsedad en documento privado y estafa, para que, por fuera del marco fáctico y jurídico contenido en la resolución acusatoria, se le condene como cómplice de los delitos de falsedad, y coautor por el uso del documento falsificado, lo cual, por supuesto comporta desviación de la nulidad que se enuncia, hacia el campo de la causal primera de casación que no desarrolla y que tampoco podía hacerlo dado precisamente el procedimiento especial dentro del que se profirió el fallo.

Con todo y esto, de suyo suficiente para la desestimación de la censura, subsiste otro motivo de improsperidad, puesto que, como lo ha destacado la jurisprudencia de la Corte, la motivación anfibológica de la resolución acusatoria con repercusiones en la validez del proceso, ocurre cuando por oscura, ambigua o de doble sentido, puede llegar a dificultar, o inclusive imposibilitar, la labor de la defensa, y solo cuando esto se acredita, resultaría imperativo declarar la nulidad de lo actuado en tales condiciones.

En el caso presente, la resolución acusatoria contiene con claridad el fundamento fáctico y jurídico de la imputación, siendo tal la ausencia de contradicción, que el propio procesado no dudó en aceptar libremente su responsabilidad penal con miras a obtener una significativa rebaja en la pena, la que no le habría sido otorgada de no haber optado por asumir la actitud procesal prevista en el artículo 37.

A esta conclusión se llega, si se toma en cuenta el contenido de la parte resolutiva de la decisión acusatoria, donde se concreta su mérito vinculante, en la cual se convocó a responder en juicio criminal a Edelber Alejandro Escobar Romero, "como autor responsable de los delitos de Falsedad Material de Particular en Documento Público, Uso de Documento Público Falso, Falsedad en Documento Privado y Estafa en concurso homogéneo y sucesivo, agotado en las circunstancias de tiempo, lugar y modo reseñado con anterioridad, en hechos ocurridos contra los intereses económicos de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero sucursal Becerril (Cesar)", precisándose en ella con toda nitidez los términos de la imputación que le fuera formulada, cuya responsabilidad penal libre y voluntariamente aceptó y sobre la cual se profirió la sentencia. Es tan claro esto, que fue discutido por el Tribunal y satisfactoriamente resuelto en el fallo materia de impugnación.

Entonces, como el casacionista carece de interés para introducir a destiempo una retractación de la responsabilidad penal libremente aceptada, y la anfibología que le atribuye a la acusación no tiene fundamento, se impone la desestimación de la censura.

Cargo Segundo

En este reproche se aduce la violación indirecta de la ley sustancial, pero, como tinosamente lo destaca la Delegada, se carece de interés para su

postulación. Esto por cuanto, como ha sido suficientemente dicho por la Corte, *contra las sentencias proferidas en los casos de culminación anticipada del proceso, no tienen cabida cuestionamientos relacionados con el mérito persuasivo otorgado a las pruebas, toda vez que, de una parte, la aceptación de la responsabilidad por los cargos formulados comporta la renuncia a la controversia de los fundamentos fácticos y jurídicos de la acusación y, de otra, lo prohibe el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal al limitar los temas susceptibles de proponer en impugnación.*

A más de lo anterior, con claro desconocimiento del principio de autonomía que gobierna los motivos posibles de ser invocados en casación, la censura abandona la propuesta de la que parte, para adentrarse indebidamente en el campo de la causal tercera, aduciendo violación del principio de investigación integral por no haberse practicado la prueba grafológica que echa de menos, cuando no a demandar al tiempo la aplicación del principio de la duda probatoria, todo lo cual hace que el cargo así concebido resulte imposible de ser estudiado por acusar falta de claridad, pues en últimas no se sabe si lo pretendido es la anulación de lo actuado, la absolución del procesado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, o la condena como cómplice en lugar de aplicarle la pena establecida para el coautor, cada uno de los cuales amerita separada demostración, y conduce a distinta solución dentro del proceso, a más que su formulación simultánea contiene una manifiesta contradictio in terminis.

Y, como si lo anterior no fuera suficiente muestra de la particular manera como se concibe el instrumento extraordinario de impugnación a que se ha acudido, en la demostración del cargo se aduce copia de un fallo proferido en contra del mismo procesado en otro asunto, como si la casación no fuera un juicio jurídico a la sentencia culminatoria del proceso, sino recurso probatorio en orden a perseguir la continuación del debate propio de las instancias ordinarias, lo cual termina por restarle todo viso de seriedad a la propuesta.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando 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-Técnica en casación

La jurisprudencia, partiendo de la lógica, ha señalado varios principios que deben ser atendidos por el casacionista en la composición de la demanda y en la sustentación del cargo. Son, fundamentalmente, los siguientes:

1) Si se trata de violación al debido proceso, es imprescindible indicar la existencia de una irregularidad tal, que afecte derechos sustanciales.

2) Si se aduce violación del derecho de defensa, es menester especificar la actuación procesal que se dice lesiva y determinar la incidencia de la ofensa en el resultado final del proceso.

3) Es necesario establecer desde qué instancia y momento del proceso se debe anular y a qué funcionario se debe remitir la actuación.

4) Como la causal mencionada implica alegar errores de actividad, o de procedimiento, compete al casacionista establecer si se han presentado durante el proceso o en la sentencia, y si se trata de yerros referidos a la estructura -formal o conceptualmente-, o a las garantías de los sujetos procesales.

5) Si se plantean varios cargos de nulidad, se impone seleccionar el que se estime como principal y los restantes deben ser propuestos como accesorios o subsidiarios, naturalmente siempre dentro del marco de la causal de nulidad aducida. En este evento, se deben seguir varios pasos: (1) Señalar el cargo principal. (2) Las razones de la escogencia o selección. (3) La indicación de los cargos subsidiarios, en su orden

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 151 Proceso No. 14119

El 4 de junio de 1997, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla condenó a Elvis Enrique Móvil Brito como coautor de homicidio agravado, en

concurso con hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Por ello, le impuso 45 años de prisión, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por 10 años, y el pago de 4000 gramos oro, a título de indemnización de perjuicios.

Con fundamento en el recurso de apelación interpuesto por la defensa, el 9 de septiembre del mismo año, el Tribunal Superior de la misma ciudad confirmó la decisión.

La defensa recurrió en casación, presentó la demanda correspondiente y ahora la Corte se ocupa del aspecto formal de ella.

Hechos y Actuación Procesal.

El 20 de diciembre de 1993, Affif Foud Noureddine Noureddine fue interceptado por dos motociclistas cuando transitaba por la calle 46 entre carreras 52 y 53 de Barranquilla, quienes procedieron a despojarlo de $7.500.000, para luego emprender la huida en una moto Honda de placas EBH - 51. Más adelante los agresores se estrellaron contra un andén, y como la víctima los había seguido, Enrique Móvil Brito se le acercó y le disparó con el arma de fuego que portaba sin salvoconducto, causándole la muerte.

La Fiscalía 3ª Especializada de Barranquilla calificó el mérito del sumario con acusación contra Móvil Brito y otros, por el delito de homicidio agravado, en concurso con hurto calificado agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, providencia que fue confirmada por la Fiscalía de 2a. instancia.

El trámite del juicio correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito. Surtida la audiencia pública, se dictó sentencia condenatoria contra el encausado por los delitos imputados en la resolución de acusación.

Las consecuencias impuestas en el fallo de primera y segunda instancia fueron reseñadas inicialmente.

La Demanda

En primer lugar, el casacionista acude a la causal 3a. de casación, para lo cual recuerda el artículo 220-3 del C. de. P. P. Agrega que el Tribunal dictó sentencia en un proceso viciado de nulidad porque se desconoció el debido proceso y el derecho de defensa, con lo cual fueron quebrantados los artículos 29 de la C.N. y 1° del C. de. P. P. Trata de desarrollar sus afirmaciones diciendo que el fallador no tuvo en cuenta que:

a) La prueba es "nula de pleno derecho" cuando es obtenida con omisión de la garantía procesal comentada.

b) La medida de aseguramiento se profirió contraviniendo el artículo 388 del C. de. P. P, que exige apoyar las determinaciones en pruebas que sean legalmente producidas y en este caso el ente acusador formuló cargos contra José Luis Jaraba Morfa por los señalamientos que le hizo Móvil Brito, sin

que éste hubiera sido juramentado sobre ello, como lo ordena el artículo 357 de la ley procesal penal.

c) Su mandatario hizo un reconocimiento a través de una copia fotográfica, de donde provino la vinculación de Jaraba Mora, sin que dicha diligencia se hubiere realizado "acorde" con el artículo 369 del C. de. P. P.

d) El indagado no fue enterado de los beneficios por colaboración con la justicia.

Añade que como el sentenciador no tuvo en cuenta los quebrantamientos señalados, puede sostener que "Es nula esta diligencia de indagatoria por estricta violación del debido proceso" y por ello el proceso es nulo desde ese momento.

En segundo lugar, acusa a la sentencia de ser violatoria indirectamente de la ley sustancial por error de derecho, originado en falso juicio de legalidad. Concreta los argumentos de este cargo, así:

a) El fallador tuvo en cuenta el informe policivo rendido por el ST. Gerardo González Arango, a pesar de: 1) Estar adherido al proceso sin las formalidades de ley. 2) Ser el informante un testigo de oídas, que suministró datos mentirosos, falsos, acomodados y distantes de la realidad. 3) Estar el informante desmentido por la declaración del agente Hugo Osorio Peña. No obstante ello, tal informe fue recibido como asertivo y serio respecto del hecho investigado.

b) La prueba acusatoria referida se aportó sin consideración a las "formalidades" dispuestas por los artículos 285, 287 y 294 del C. de. P. P, con lo cual el fallador le dio validez, cuando en "estas normas está el valor que debe asignarse a la prueba testimonial". Por obrar de "esa forma", el Tribunal incurrió en el yerro que se imputa a la sentencia impugnada.

c) Solicita a la Corporación que case la sentencia y en consecuencia se "revoque" y proceda a reformar el fallo de instancia "de conformidad con los cargos".

Consideraciones de la Sala

La demanda que se estudia debe ser desestimada, por las siguientes razones:

1. El escrito de casación tiene que sujetarse a los requisitos formales que establece el artículo 225 del C. de. P. P. Si no se hace así, no le es posible a la Corte acceder al análisis de fondo de las acusaciones que se dirijan contra la sentencia sobre su legalidad. Por consiguiente, el actor debe seleccionar adecuadamente la causal, desarrollarla, demostrar los cargos y hacer la petición que corresponda, respetando para siempre los principios lógicos que rigen el recurso extraordinario de casación, como por ejemplo los de autonomía, limitación y no contradicción, entre otros.

2. En cuanto a los reproches que se hacen a partir de la causal 3a. de casación, importa decir:

a) La jurisprudencia, partiendo de la lógica, ha señalado varios principios que deben ser atendidos por el casacionista en la composición de la demanda y en la sustentación del cargo. Son, fundamentalmente, los siguientes:

1) Si se trata de violación al debido proceso, es imprescindible indicar la existencia de una irregularidad tal, que afecte derechos sustanciales.

2) Si se aduce violación del derecho de defensa, es menester especificar la actuación procesal que se dice lesiva y determinar la incidencia de la ofensa en el resultado final del proceso.

3) Es necesario establecer desde qué instancia y momento del proceso se debe anular y a qué funcionario se debe remitir la actuación.

4) Como la causal mencionada implica alegar errores de actividad, o de procedimiento, compete al casacionista establecer si se han presentado durante el proceso o en la sentencia, y si se trata de yerros referidos a la estructura formal o conceptualmente -, o a las garantías de los sujetos procesales.

5) Si se plantean varios cargos de nulidad, se impone seleccionar el que se estime como principal y los restantes deben ser propuestos como accesorios o subsidiarios, naturalmente siempre dentro del marco de la causal de nulidad aducida. En este evento, se deben seguir varios pasos: (1) Señalar el cargo principal. (2) Las razones de la escogencia o selección. (3) La indicación de los cargos subsidiarios, en su orden (cfr., por ejemplo, Cas. del 10 de marzo de 1994, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel, y Cas. del 14 de septiembre de 1999, M. P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Si comparamos estas exigencias con la demanda que se estudia, fácilmente se puede afirmar que el casacionista no tuvo en cuenta ninguna. Basta decir, por ejemplo, que: (1) Pidió casar la sentencia y en su lugar "reformar" "declarando la nulidad", "indicando el estado en que queda el proceso" y se ordene el "reenvío" al funcionario instructor de Barranquilla. (2) Cuando alude al cargo que quiere hacer, afirma que "La nulidad invocada es de 'Violación del debido proceso y violación del derecho de defensa' ", y pasa a señalar una cantidad enorme de irregularidades que menciona con los nombres de "nulidad de pleno derecho", "pretermisión del derecho sustancial señalado taxativamente en el artículo 388 del C. de. P. P. ", "inexistencia de la indagatoria", "resquebrajamiento del artículo 369 del C. de. P. P., norma sustancial", porque se ha hecho un reconocimiento a través de una copia fotográfica, "violación del debido proceso" porque unas personas fueron vinculadas al proceso sin el lleno de los requisitos legales, "nulidad de la diligencia de indagatoria por estricta violación del debido proceso", etc.

b) Si el casacionista sustenta su inconformidad en tal causal, aduciendo violación al debido proceso y al derecho de defensa, no debe mezclar simultáneamente, dentro del mismo cargo, argumentos relativos a errores sustanciales en la estructura básica del proceso, pues ello obligaría a la

formulación separada de las acusaciones, toda vez que las consecuencias que dimanan de su eventual existencia pueden afectar de manera diferente y desde distinta oportunidad el trámite del proceso.

El demandante denunció violación al debido proceso porque durante la indagatoria no se le advirtió al señor Móvil Brito sobre los beneficios por colaboración eficaz y porque no se le tomó juramento cuando hizo cargos contra terceros. Como estas aseveraciones no se avienen con lo expuesto en el párrafo anterior, el casacionista ha ido en contra de lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 225 del C. de. P. P.

c) El demandante pretende la anulación del proceso con argumentos relativos a la nulidad de pleno derecho de la prueba. Tal inconformidad debe ser canalizada por otra vía, por la causal 1a. de casación, violación indirecta de la ley sustancial, originada en error de derecho por falso juicio de legalidad.

d) El actor tampoco concretó ni comprobó la incidencia de las irregularidades que observa, en lo sustancial del proceso. No expuso la afectación sobre el derecho de defensa ni la influencia de ellas en la sentencia reprochada.

3. En el tema violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho fundado en falso juicio de legalidad, el casacionista se alejó de las exigencias establecidas por el artículo 225 del C. de. P. P. Veamos:

a) En primer lugar, en contra de mandatos expresos, pide casar la sentencia "...y en su lugar reformarla de conformidad con los cargos".

b) La Sala ha sido reiterativa en cuanto a la necesidad de hacer una fundamentación clara y precisa de la causal seleccionada, en cuanto tales requerimientos no se satisfacen con enunciados simplemente indemostrados e intrascendentes, y en cuanto en la hipótesis de error por falso juicio de legalidad, éste adquiere importancia para los efectos del recurso de casación, sólo si el elemento de convicción irregularmente aportado y valorado, tiene capacidad para modificar la decisión impugnada.

De la lectura de la demanda se desprende que las reglas expuestas no se cumplen. El censor se conformó con sostener que el informe era mentiroso, falso, y que estaba desmentido, con lo cual no estableció el error invocado sino que quiso crear un conflicto entre su criterio y el de la justicia. El simple planteamiento de una opinión en nada afecta un fallo que goza de la presunción de acierto y legalidad.

c) Cuando se imputa al Tribunal el error de haber ignorado el valor que los artículos "287 y 294 del Código de Procedimiento Penal" asignan a la prueba testimonial, se hace referencia a razones que desconocen la improcedencia del falso juicio de convicción en sistemas jurídicos como el nuestro, en el que no rige la tarifa legal en la apreciación de la prueba. De otra parte, no es viable querer sustentar el error por falso juicio de legalidad que se

reprueba a la sentencia de segunda instancia, con fundamentos propios de un motivo diferente, como lo hizo el recurrente.

d) Las formalidades de la prueba que extraña el proponente son desechadas pues que no demostró la existencia del defecto atribuido ni su trascendencia en la decisión adoptada en segunda instancia. Pero, además, también se debe dejar a un lado el cargo, dada su inocuidad, porque si se miran los demás medios de prueba que sirvieron de fundamento a la decisión, estos no fueron derrumbados toda vez que el casacionista, al recordarlos, se limitó a señalar su personal lógica de la manera como el sentenciador admitió y asumió el informe del ST. Gerardo González Arango.

e) En general, el casacionista abandonó las reglas tradicionales vinculadas con la causal conocida como violación indirecta de la ley sustancial. Así, por ejemplo: no estableció la necesaria relación de causalidad entre el error cometido y la parte resolutiva de la sentencia impugnada; no se preocupó por eliminar la fuerza demostrativa de las pruebas atendidas por el juzgador. Las mencionó sí, les hizo sus reproches, pero no realizó su análisis objetivo; no completó estrictamente la censura pues no relacionó la forma consecuencial de los errores, es decir, si por ellos surgió exclusión evidente, error de aducción o interpretación errónea de normas sustanciales, etc.

Teniendo en cuenta la fuerte informalidad de la demanda presentada, debe ser desestimada y, por tanto, se impone declarar desierta la impugnación.

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

RESUELVE:

Rechazar la demanda presentada por el defensor del señor Elvis Enrique Móvil Brito. En consecuencia, declarar desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *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-Improcedencia cuando se niega la suspensión de la condena/**LIBERTAD CONDICIONAL/ CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL**

1. No encuentra razonable la Corte que tanto el Juez 10 Penal del Circuito de Bucaramanga como la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial se aparten manifiestamente de la antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte sobre la improcedencia del mantenimiento de la detención domiciliaria cuando se ha dictado sentencia condenatoria, aspecto sobre el cual viene insistiendo la Corporación desde el 9 de noviembre de 1993 (Magistrado Ponente: Gustavo Gómez Velásquez en el proceso radicado 8825.)

2. Si la diferencia entre los requisitos de la condena de ejecución condicional y los de la libertad condicional es la incidencia del tratamiento carcelario frente al juicio fundado de readaptación social, el pronóstico de resocialización debe hacerse, en un principio, frente a los resultados del cumplimiento del mismo. Pero si no hubiere sido posible iniciarlo en los términos de cientificidad y en los desarrollos previstos por la ley penitenciaria, por haber permanecido el procesado bajo régimen meramente asegurativo, habrá de acudirse a evaluar la incidencia que los elementos comunes al tratamiento y al régimen asegurativo-detentivo, hubieren podido producir, conforme a los principios o finalidades declaradas de la pena.

Si ellos son de tal escasez o ausencia, como ocurre en el asunto que se resuelve, el pronóstico necesariamente ha de ser desfavorable y el beneficio debe denegarse.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No.150 (1-X-/99) Proceso No. 15595

Decide la Sala sobre la solicitud de libertad que ha presentado el apoderado de la procesada Isabel Cristina Tarazona Mantilla con fundamento en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 72 del Código Penal.

ANTECEDENTES

1. La señora Isabel Cristina Tarazona Mantilla fue detenida el 6 de febrero de 1998 como presunta responsable de los delitos de hurto agravado y falsedad en documento privado.

2. Adelantada la correspondiente investigación se definió la situación jurídica mediante la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, negación del beneficio de la libertad provisional e inmediata sustitución por detención domiciliaria (folio 80, cuaderno del Juzgado), que desde el 13 de febrero de 1998 soporta la sindicada.

3. La señora Tarazona Mantilla manifestó su deseo de acogerse a la sentencia anticipada, trámite que se adelantó y culminó con la sentencia condenatoria proferida en su contra por el Juzgado 10 Penal del Circuito de Bucaramanga (Santander), por los delitos de falsedad en documento privado y hurto agravado por la confianza y la cuantía, como consecuencia de lo cual le impuso 29 meses y 10 días de prisión como pena principal.

4. En la sentencia de primera instancia, proferida el 9 de junio de 1998, se afirmó, respecto del subrogado de la condena de ejecución condicional que: "(...) el aspecto subjetivo impide la concesión del beneficio, porque como se estableció en la graduación de la pena, las modalidades del hecho la privan de tal gracia, en atención a la cuantiosa, sucesiva y reiterada conducta, que alcanzó a superar los cien millones de pesos, el aprovechar de su posición como directora de la empresa, el grado de ilustración y conocimiento de su profesión, son circunstancias indicativas de la necesidad del tratamiento penitenciario (...)" y defirió a la ejecutoria de la sentencia el cumplimiento carcelario de la pena. (folio 253, cuaderno del Juzgado).

5. Recurrido el fallo, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander) lo confirmó, pero modificó la pena en el sentido de reducirla a 28 meses de prisión.

En punto a la negativa del subrogado de la condena de ejecución condicional, ante la evidencia del cumplimiento objetivo de los requisitos legales, la negó con fundamento en el aspecto subjetivo de la procesada Tarazona Mantilla, respecto del cual razonó así:

"a) La personalidad de Isabel Cristina. Atendiendo al proceso en principio se presume buena, porque de una parte carece de antecedentes y de otra se sinceró con la Justicia al contar los hechos punibles ejecutados, como al aceptar los cargos y solicitar la sentencia anticipada. Por contra y si el delito es un fiel reflejo de la personalidad, según la doctrina y jurisprudencia de mayor aceptación, la Administradora de Empresas Directora de la Fiduciaria Granahorrar S.A. de Bucaramanga, entidad en la cual ejecutó el millonario desfalco, se valió del cargo y abusó de la confianza que los Directivos de la Corporación depositaron en ella al confiarle ciertas responsabilidades y desde luego, utilizó sus conocimientos en el campo de las finanzas, no para ser

leal con la Empresa, sino para beneficio personal. La inferencia del juzgador de instancia la comparte la Sala y cree que la procesada requiere tratamiento penitenciario, toda vez que ejecutó buen número de delitos, de mayor entidad a medida que ascendía y si se trataba de una profesional, su traición a la carrera y su capacidad, lleva a un mayor reproche. Es que no solo ejecutó un desfalco millonario que no se ha preocupado por resarcir, sino que vulneró la fe pública con reiteración y por ende, afectó el tráfico mercantil, vital al desarrollo de una nación, por manera que no concurre el presupuesto.

"b) La naturaleza y modalidades de los hechos punibles. El proceso se convierte en la guía obligada para esta evaluación y así vemos que se trata de una joven profesional, que lleva a cabo retiros de dinero de clientes de la Corporación para lo cual debe falsificar varios documentos, obteniendo así un lucro personal como en favor de terceros. Ascendida al cargo de Gerente, continúa con su actividad delictiva, al punto que logra apoderarse de más de cien millones de pesos; esa actividad delictiva no sólo, entonces, vulneró el patrimonio económico de la Entidad, sino la fe pública y con ello se llevó de calle la confianza en el sistema mercantil, por lo que dado el daño, tiene que sostenerse que por la naturaleza de esos punibles debe descartarse el subrogado. Con mayor razón las modalidades permite su rechazo, porque las falsedades fueron reiteradas e ideadas cada vez con mayor inteligencia y audacia, a la vez que aumentadas las cantidades a sustraer. De tal magnitud el engaño que no fue detectado por los controles internos de Bucaramanga ni de Medellín en años, luego el pronóstico desfavorable, es decir, que Isabel Cristina Tarazona Mantilla, requiere tratamiento penitenciario, se consolida, dado que el juicio de diagnóstico lleva a evaluar su personalidad como proclive al delito". (folios 37 y 38, cuaderno del Tribunal).

El Tribunal también condicionó el cumplimiento carcelario de la condena a la ejecutoria de la sentencia.

6. Contra la sentencia del Tribunal se interpuso recurso extraordinario de casación, que se sustentó con una demanda en la que el cargo único apunta a "demostrar la equivocada valoración que al epítome de pruebas se le otorgó por parte de los falladores en punto del requisito o factor subjetivo para negar el subrogado penal de la condena de ejecución condicional". (folio 59, cuaderno del Tribunal)

7. El mismo apoderado presenta ahora solicitud de libertad provisional que sustenta en el cumplimiento del requisito objetivo del artículo 72 del Código Penal por cuanto de la pena impuesta de 28 meses, la procesada Tarazona Mantilla ha cumplido las dos terceras partes (18 meses y 20 días) necesarias para el efecto.

Sobre el aspecto subjetivo, señala que el comportamiento procesal de la encartada, más su buena conducta en la detención domiciliaria y su carencia de antecedentes, son indicativos de su readaptación social, por lo que debe concedérsele la libertad provisional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Examinada la actuación procesal, la evidencia demuestra, en cuanto hace a la situación de la detención de la señora Isabel Cristina Tarazona Mantilla, que se encuentra privada de la libertad desde el 6 de febrero de 1998 (folio 1 del cuaderno del Juzgado), permaneciendo en establecimiento carcelario hasta el 13 de febrero de 1998 (folio 88) y desde entonces hasta hoy (1° de octubre de 1999) en detención domiciliaria.

Significa lo anterior que a la fecha ha permanecido privada de la libertad durante 1 año 7 meses y 23 días.

2. Aunque en principio el artículo 72A del Código Penal creado por la Ley 415 de 1997 es la norma que regula el instituto de la libertad condicional para los delitos de hurto agravado y falsedad en documento privado por los que fue condenada la señora Tarazona Mantilla, y sería por tanto esa la norma a la que debería entenderse referida la integración que ordena el inciso 2° del numeral 2 del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, aquel contiene como ingrediente objetivo que excluye su pertinencia de fuente formal para este caso concreto el de la naturaleza y monto de la pena impuesta.

Como la pena impuesta a la procesada Tarazona Mantilla fue de 28 meses de prisión (folio 39, cuaderno del Tribunal), esa situación la deja por fuera del ámbito de aplicación del artículo 72A del Código Penal. Si bien los delitos de falsedad en documento privado y hurto agravado por los que fue condenada no están exceptuados de la aplicación de la norma, el monto de la pena impuesta sí lo está, por cuanto solo es aplicable "al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años (...)".

3. Los supuestos para que el Juez que esté conociendo de la actuación procesal pueda conceder la libertad provisional, con fundamento en la integración normativa del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal con el artículo 72A del Código Penal, son los siguientes:

3.1. Que el condenado no lo esté por un delito de los que excepciona el artículo 72A del Código Penal.

3.2. Que la condena haya sido a pena privativa de la libertad.

3.3. Que el monto de la condena sea superior a 3 años.

3.4. Que el procesado haya cumplido las tres quintas partes de la condena impuesta.

3.5. Que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario, y

3.6. Que no tenga orden de captura vigente en su contra.

En ausencia de uno cualquiera de tales supuestos, la libertad no podrá concederse. Y a falta de cualquiera de uno de los tres primeros, la norma no

es aplicable y el instituto de la libertad provisional deberá regirse por el artículo 72 del Código Penal, en concordancia con el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

4. Se resolverá entonces la petición de libertad provisional de la procesada Tarazona Mantilla tal como la hace su apoderado, con fundamento en el cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, con referencia normativa al artículo 415 numeral 2° del Código de Procedimiento Penal y al artículo 72 del Código Penal.

Como la pena impuesta fue de 28 meses de prisión (folio 39, cuaderno del Tribunal), las dos terceras partes que exige el artículo 72 del Código Penal para acceder a la libertad condicional y por ende a la provisional, habida cuenta del estado de la actuación, son 18 meses y 20 días, suma inferior a los 19 meses y 23 días que la procesada Isabel Cristina Tarazona Mantilla acredita cumplidos, por lo que el requisito objetivo se encuentra demostrado.

5.- En principio, los sistemas penales tienden a mantener una correlación lógica entre los diferentes institutos que regulan la problemática de la imposición y ejecución de la pena.

Así, el artículo 68 del Código Penal -regulador del subrogado de la condena de ejecución condicional-, señala expresamente los requisitos necesarios para suspender la ejecución de la condena, cuyo análisis debe permitirle al Juez suponer si el condenado requiere o no tratamiento penitenciario.

Si la conclusión es positiva y el Juez determina que el procesado requiere tratamiento penitenciario, se ordenará su captura si estuviere libre, respetando los condicionamientos del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Y si estuviere detenido cautelarmente, simplemente se notificará lo decidido para que continúe en tal estado.

Si el esquema fuese por completo consecuente, a partir de una tal decisión se iniciaría el tratamiento penitenciario del condenado. Y luego del cumplimiento de las dos terceras partes de la condena, un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podría evaluar los resultados de ese tratamiento penitenciario.

Sin embargo, el diseño lógico teórico de estos institutos del sistema se distorsionan por las situaciones que en la práctica presentan algunos procesos, en los que a veces la totalidad de la pena impuesta se cumple antes de la ejecutoria de las sentencias que la impusieron, originándose confusiones entre el diagnóstico que debe hacer el Juez de instancia para suponer que el condenado requiere tratamiento penitenciario y el pronóstico que debe hacer otro Juez, a partir del tratamiento penitenciario, para suponer fundadamente la readaptación social del procesado. Ello, a su vez, es consecuencia de un factor político criminal, que no de justicia material; el régimen de detención como medida cautelar o asegurativa mientras transcurre el proceso.

6.- Pero a esa distorsión del sistema, impuesta por la realidad de la duración de algunos procesos penales, por el régimen de detención y por la duración misma de algunas penas, acceden otras a las que contribuye la propia judicatura con interpretaciones poco razonables de la ley que dejan de lado la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial y que permite colocar en un marco de igualdad a las personas sometidas a ella por la vía de la cohesión que cumple dicha jurisprudencia.

No encuentra razonable la Corte que tanto el Juez 10 Penal del Circuito de Bucaramanga como la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial se aparten manifiestamente de la antigua y reiterada jurisprudencia de la Corte sobre la improcedencia del mantenimiento de la detención domiciliaria cuando se ha dictado sentencia condenatoria, aspecto sobre el cual viene insistiendo la Corporación desde el 9 de noviembre de 1993 (Magistrado Ponente: Gustavo Gómez Velásquez en el proceso radicado 8825.)

El Juzgado, simplemente señala que "(...) como la procesada se halla en detención domiciliaria, una vez ejecutoriada la presente sentencia se dispondrá lo pertinente para que cumpla físicamente la pena en el establecimiento carcelario respectivo" y el Tribunal respalda tal posición simplemente anotando que "una vez en firme la sentencia, la procesada, quien se encuentra en detención domiciliaria, será remitida al establecimiento carcelario que se determine, para el cumplimiento físico de la disminuida pena", pasando por alto que en la definición de la situación jurídica de la procesada se anotó que "por expresa prohibición de la ley no se le concede el beneficio de la libertad provisional".

7.- La caprichosa separación que allí se hizo de la tradición jurisprudencial sobre detención domiciliaria, generó un régimen de privación de la libertad desprovisto de supervisión, orientación y control carcelario para la señora Isabel Cristina Tarazona y la Corte no puede modificarlo dadas las limitaciones funcionales que genera el hecho de que su competencia en casación está reducida a ciertos eventos en materia del régimen de libertad y detención, según lo ha reiterado además su propia jurisprudencia.

8.- Debe entonces estudiarse el factor subjetivo del instituto, respecto de la procesada en las condiciones planteadas por la sentencia.

Como el artículo 72 del Código Penal, señala que para realizar el pronóstico sobre la readaptación social del interno en tratamiento penitenciario, deben tenerse en cuenta la personalidad, la buena conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden, la Corte abordará el análisis del mismo: o de los elementos que de él hayan podido materializarse, para fundar en ello el pronóstico sobre la readaptación social.

Lo anterior por cuanto la diferencia que existe entre los requisitos para conceder la condena de ejecución condicional y los que son necesarios para la libertad condicional, es que en ésta ya ha transcurrido el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena en internamiento y es a partir de allí, como

de su propia evolución en lo que se apoya el Juez para pronosticar si el interno está en condiciones de reintegrarse a la sociedad, sin perder de vista los factores ya valorados para definir su necesidad.

9.- De modo que personalidad, naturaleza y modalidades del hecho punible deben analizarse para determinar si el condenado requiere o no tratamiento penitenciario. Personalidad y antecedentes de todo orden deben también estudiarse junto con la conducta observada en el establecimiento carcelario, para el otorgamiento de la libertad condicional.

Deviene de lo anterior que lo que marcadamente diferencia un Instituto del otro son los elementos relacionados con el tratamiento penitenciario, que está compuesto "(...) por un 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 sociocultural (artículo 143 Ley 65 de 1993)" y que dicha diferencia se patentiza en tanto los aportes del tratamiento conduzcan fundadamente a variar el juicio de valor hecho precedentemente para negar la condena condicional cuando ello sea objetivamente posible.

10.- Al momento de negar la condena de ejecución condicional las sentencias de primera y segunda instancia analizaron la personalidad de Isabel Cristina Tarazona Mantilla, la naturaleza y modalidad del hecho punible y concluyeron a partir de tal análisis (19 de octubre de 1998). Desde entonces hasta la fecha (1° de octubre de 1999) no se han aportado al proceso datos relevantes que referidos a los elementos del tratamiento penitenciario hagan variar tal diagnóstico. Su contenido sigue vigente y la Corte lo mantiene, sin que para ello sea posible determinar la validez de aquellos asertos frente a las evidencias probatorias que contiene la actuación procesal, habida cuenta que las presunciones de legalidad y acierto de la sentencia no son discutibles en el trámite de una libertad provisional y van a ser objeto de pronunciamiento al proferirse fallo de casación.

Lo anterior no significa que la Sala desconozca la incidencia de la privación de la libertad y del régimen de la misma como factor resocializante, solo que no son los únicos, que no siempre producen el resultado esperado y que esa posibilidad la prevé el orden jurídico cuando se define como sistema regido por la legalidad de la pena, por su proporcionalidad, por su ejecución reglada y principalmente por su determinación máxima.

11.- A las consideraciones hechas por los falladores sobre la necesidad del tratamiento penitenciario de la procesada Tarazona Mantilla, súmase el lapso que ha permanecido en detención domiciliaria desde entonces. Pero en este caso no es posible deducir fundadamente, es decir pronosticar, su readaptación social. De lo único que hay constancia es de que ha permanecido recluida domiciliariamente, esto es, que no se ha fugado ni ha intentado hacerlo.

Y lo anterior se afirma porque el 15 de abril de 1998 se informó por parte de la Directora de la Reclusión de Mujeres de Bucaramanga que la señora Tarazona Mantilla estaba cumpliendo la medida sin ninguna novedad (folio 211, cuaderno del Juzgado), y por solicitud de la Corte, la abogada asesora de la Reclusión de Mujeres de Bucaramanga certificó que como en el comportamiento de la detenida domiciliariamente nunca se observó ninguna anomalía, se ha calificado su conducta de ejemplar. Pero acto seguido aclara que nunca se ha valorado su conducta por el Consejo de Disciplina en la forma que lo ordena la Ley 65 de 1993 en su artículo 118. Es decir, su conducta nunca ha sido supervisada, orientada ni controlada.

12.- Entonces, *si la diferencia entre los requisitos de la condena de ejecución condicional y los de la libertad condicional es la incidencia del tratamiento carcelario frente al juicio fundado de readaptación social, el pronóstico de resocialización debe hacerse, en un principio, frente a los resultados del cumplimiento del mismo. Pero si no hubiere sido posible iniciarlo en los términos de cientificidad y en los desarrollos previstos por la ley penitenciaria, por haber permanecido el procesado bajo régimen meramente asegurativo, habrá de acudirse a evaluar la incidencia que los elementos comunes al tratamiento y al régimen asegurativo-detentivo, hubieren podido producir, conforme a los principios o finalidades declaradas de la pena.*

Si ellos son de tal escasez o ausencia, como ocurre en el asunto que se resuelve, el pronóstico necesariamente ha de ser desfavorable y el beneficio debe denegarse.

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1°.- NEGAR la libertad provisional solicitada por el apoderado de la procesada Isabel Cristina Tarazona Mantilla.

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 O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD-
Error en la calificación jurídica

1. El recurso extraordinario de casación en la medida en que comporta un juicio sobre la legalidad de una sentencia de segundo grado que previamente ha agotado las instancias ordinarias, exige del demandante, no solo respetar los motivos expresamente previstos en la ley para interponerlo tanto en su procedencia como en su contenido, sino que, además, por tratarse de un medio de impugnación en esencia rogado la carga argumentativa del actor comprende el respeto por la lógica y la técnica que lo regentan.

2. No puede perderse de vista, que cuando el motivo de nulidad es la errada calificación de la conducta, en la medida en que la selección del tipo objetivo imputado en la acusación no encuadra jurídicamente la conducta desplegada por el agente, sino que, por el contrario, es otro punible cuya ubicación en el Código Penal se encuentra en un título y capítulo diferente, su demostración se impone por los derroteros propios de la causal primera, pues en tal equívoco pudo incurrirse bien por errores de juicio en la aplicación de la ley o valoración de las pruebas, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala en varias oportunidades.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 151 Proceso No. 14925

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda presentada a nombre de la procesada Alba Marina Prieto Muete, a efectos de sustentar el recurso extraordinario de casación interpuesto contra el fallo proferido el 14 de mayo de 1998 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, por medio de la cual se confirmó el dictado por el Juzgado Penal del Circuito de Chocontá en el que se le condenó a la pena principal de 60 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autora del delito de homicidio simple en grado de tentativa.

Hechos

Ocurrieron en horas de la tarde del 5 de febrero de 1990 en la zona urbana del Municipio de Sesquilé, en el establecimiento comercial de la señora Carmen Sofía Prieto Latorre, sitio al que llegó Alba Marina Prieto Muete, quien después de insultar a su dueña y amenazarla con un arma de fuego, le hizo varios disparos, pero como los cartuchos no fueran percutidos, su víctima aprovechó para lanzarse contra su agresora a fin de quitarle el revólver, presentándose un forcejeo en el que finalmente se detonó un disparo con el que resultó lesionada en un brazo la señora Prieto y María Elvira Rodríguez, persona que por casualidad se encontraba en el lugar de los hechos.

La Demanda

Invocando la causal primera del artículo 220 del C.P.P., en el único cargo que formula el demandante, acusa el fallo impugnado de violar indirectamente y por falta de aplicación los artículos 246, 249, 254 y 294 *ibidem* en concordancia con el 29 de la Carta Política y 304 del ordenamiento procesal, en lo que tiene que ver con el debido proceso, pues el juzgador, dice, aplicó indebidamente los artículos 22 y 323 del C.P., "como consecuencia de errores de hecho, evidentes y protuberantes al apreciar defectuosamente gran parte del material probatorio y dejar de apreciar otras pruebas testimoniales, y practicar prueba técnica conforme más adelante lo singularizaré. Por lo anterior, el *ad quem* se abstuvo de aplicar, el artículo 331 de nuestro Estatuto Punitivo, en concordancia con los artículos quinto (5º), consagratorios del delito de lesiones personales".

En ese orden, afirma que el juez de segundo grado incurrió en error al "dar por demostrado sin estarlo" el propósito homicida, el ánimo vindicativo, la ejecución de actos inequívocamente dirigidos a causar la muerte y la idoneidad de un revólver hechizo para ello, la capacidad de daño de los proyectiles disparados, circunstancias que equivocadamente le permitieron concluir que el resultado muerte no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente; al igual que "no dar por demostrado, estándolo, que la conducta de la encausada encuadra dentro de la descripción legal del delito de lesiones personales", ya que fueron apreciadas "defectuosamente" pruebas como la denuncia de María del Carmen Prieto Latorre y las declaraciones de María Elvira Rodríguez Bonilla, Luis Antonio Prieto Latorre, María Santos Vega y William Santos Vega, porque el fallador, dice, les otorgó "plena credibilidad y verosimilitud, desconociendo las profundas contradicciones en que incurren".

Lo anterior, sostiene el demandante, se contrapone al dictamen médico legal practicado a la denunciante, el "obrante al folio 70 del c. o.", los dictámenes de balística y la indagatoria de la procesada.

Bajo este conducto argumental, insiste el censor en afirmar que el yerro del sentenciador se fundamenta en la credibilidad e "imparcialidad" con la que calificó el testimonio de María Elvira Rodríguez, cuando "no puede con-

siderarse parcial su dicho, pues se desprende del diligenciamiento que esta testimoniante resultó siendo víctima de la reyerta entre las dos mujeres, al irrogársele una herida en uno de sus miembros superiores" como producto del forcejeo.

Para el demandante, los testimonios de Luis Antonio Prieto y William Vega Prieto, hermano e hijo de la víctima, respectivamente, de los que se valió el Tribunal para desvirtuar las exculpaciones de Alba Marina y concluir que ella era la portadora del arma y que entró al lugar de los hechos con propósito homicida porque guardan correspondencia objetiva con el dictamen de balística, no pueden valorarse como imparciales conforme a las reglas de la sana crítica, reiterando, así, que se quebrantaron los artículos 22 y 323 del C.P.

En cuanto la capacidad dañina que para el *ad quem* tenía el arma utilizada, para el censor el yerro consiste en que habiéndose dictaminado que es de fulminantes su uso natural el de "dar partida en competencias deportivas", no pudiendo determinar el perito su lesividad porque "se tiene que tener como bases fundamentales, la distancia a que fueron producidos los disparos, la región o regiones donde impactan los proyectiles en el cuerpo humano y lesiones que produzcan", en la sentencia de segunda instancia se responden tales inquietudes "en el simple hecho de haberse practicado diligencia de inspección judicial y levantado el correspondiente plano topográfico"; cuando "...No puede el *ad quem* absolver un cuestionario que tiene como destinatario el perito en balística", persistiendo de esta manera la duda, puesto que no se requirió al técnico que rindió el dictamen para las que respondiera una vez practicadas esas pruebas, falencia, que dice, resulta más evidente si se tiene en cuenta que dicho funcionario advirtió la necesidad de conocer la descripción de las lesiones causadas, "y si sabe que en el pasaje en que se le endilga a Marina Prieto Muete la conducta tentada, no causó herida alguna a su contrincante, luego se infiere, que si al perito no le fue dable con sus conocimientos establecer la capacidad de daño producida por los proyectiles disparados con el arma de fuego objeto del análisis, menos al *ad quem*, por no contar con los suficientes elementos de juicio".

Finalmente, agrega, no se apreció la versión de la incriminada, y solicita, en consecuencia, se case la sentencia recurrida y se determine que la conducta de la procesada encuadra en el delito de lesiones personales.

Consideraciones

1. *El recurso extraordinario de casación en la medida en que comporta un juicio sobre la legalidad de una sentencia de segundo grado que previamente ha agotado las instancias ordinarias, exige del demandante, no solo respetar los motivos expresamente previstos en la ley para interponerlo tanto en su procedencia como en su contenido, sino que, además, por tratarse de un medio de impugnación en esencia rogado la carga argumentativa del actor comprende el respeto por la lógica y la técnica que lo regentan.*

2. Asimismo, como cada una de las causales previstas en el artículo 220 del C.P.P. obedecen a una metodología diferente, precisamente porque por su contenido y alcance corresponden un concepto teórico bien disímil entre una y otra, toda vez que los yerros del sentenciador bien pueden presentarse en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley o respecto de la apreciación probatoria, o, como los atacables por la vía de la nulidad, en la actividad desarrollada dentro del proceso, constituye requisito formal de la demanda de casación, indicar "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" (art. 225.3 *ibidem*).

3. En el presente asunto, el argumento neural de la tacha que propone el casacionista consiste en una errada calificación de la conducta imputada a la procesada Alba Marina Prieto Muete, pues en su criterio, no se trata de un homicidio en grado de tentativa sino de unas lesiones personales, tema, que por su naturaleza y los alcances que tendría la decisión de la Corte en el evento de ser prósperas sus pretensiones, lo que procedería no sería una sentencia de reemplazo, sino retrotraer la actuación hasta antes del calificatorio para que sea, no solo un funcionario competente el que emita tal proveído, sino que la adecuación típica se haga correctamente.

Sin embargo, *no puede perderse de vista, que cuando el motivo de nulidad es la errada calificación de la conducta, en la medida en que la selección del tipo objetivo imputado en la acusación no encuadra jurídicamente la conducta desplegada por el agente, sino que, por el contrario, es otro punible cuya ubicación en el Código Penal se encuentra en un título y capítulo diferente, su demostración se impone por los derroteros propios de la causal primera, pues en tal equívoco pudo incurrirse bien por errores de juicio en la aplicación de la ley o valoración de las pruebas, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala en varias oportunidades.*

4. Además, aparte de que se equivoca el casacionista al proponer la censura por la vía de la causal primera cuando correspondía por la tercera, el sustento argumentativo del mismo se reduce a un inane contraposición de su peculiar forma de sopesar y valorar las pruebas, frente a la expuesta en la sentencia atacada, desviándose hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, pues frente a pruebas como la testimonial y pericial no tiene cabida nuestro sistema procedimental una tarifa legal, como que no tienen asignado un determinado valor probatorio, de ahí que los jueces para su apreciación solo deban respetar las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia, y sólo cuando se desvía de tales parámetros es viable su ataque en esta sede por los derroteros del error de hecho.

En estas condiciones, imposibilitada se encuentra la Corte para escoger una causal no propuesta por el demandante, o corregir los yerros técnicos y argumentativos del libelo, imponiéndose, por tanto, el rechazo *in limine* de la demanda.

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda presentada a nombre de la procesada Alba Marina Prieto Muete y en consecuencia declarar desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 14 de mayo de 1998 por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

Contra esta decisión no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 197 del C.P.P.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Madrilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Errores en la valoración probatoria: Técnica

Si el censor consideraba que de los medios de convicción surgían inferencias diferentes a las que llegó el juez, quien en su sentir se habría equivocado en su valoración, no ha debido aducir la violación directa de la ley sustancial, sino la indirecta, para precisar los yerros de hecho y demostrar su trascendencia en el fallo, cuyo sentido habría de ser distinto una vez superadas las falencias.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 151 Proceso No. 14088

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en defensa de Yamil Rentería Córdoba, sindicado de homicidio.

Hechos

Al amanecer del 30 de junio de 1996, en la calle 50 con carrera 50 de Medellín transitaba Jorge Luis Alvarez Cano cuando fue abordado por Yamil Rentería Córdoba, quien le asestó sendas cuchilladas en las regiones escapular derecha y supraclavicular izquierda, que le produjeron la muerte cuando era atendido en la Policlínica Municipal.

Antecedentes Procesales

La Fiscalía 162 Seccional de Medellín abrió investigación, oyó en indagatoria a Yamil Rentería Córdoba y su homóloga 13 le decretó detención preventiva el 5 julio de 1996 (fs. 38 y Ss., cd.1). Cerrada la instrucción, el 30 de octubre del mismo año le fue dictada resolución de acusación, por homicidio doloso (fs. 151 y ss. ib.), la cual fue apelada y confirmada por el respectivo superior el 30 de diciembre siguiente (fs. 183 y ss. ib.1).

Correspondió al Juzgado 23 Penal del Circuito de esa ciudad adelantar el juicio y, celebrada la audiencia pública, el 17 de julio de 1997 condenó a Yamil Rentería Córdoba, por dicho delito, a 25 años de prisión, 10 años de

interdicción de derechos y funciones públicas y a indemnizar los respectivos perjuicios (fs. 229 y ss. ib.), decisión que, apelada en defensa, fue confirmada el 11 de septiembre de 1997 por el Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación es formulado el único reproche a la sentencia impugnada, por violación de la ley sustancial, que aduce se originó en aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, a pesar de que había de aplicarse el 325.

El recurrente dice que se está frente a un delito preterintencional y para sostener su afirmación analiza cinco aspectos, con los cuales, procura establecer que su representado no obró con la intención de matar, a saber:

1° La índole del acusado: joven chocoano, carente de antecedentes penales, que migró a Medellín en busca de trabajo.

2° Inexistencia de manifestaciones anteriores de ánimo de su representado.

3° Ausencia de motivos para causarle la muerte a Jorge Alvarez Cano.

4° Naturaleza del arma empleada: se trata de una navaja no muy grande, que permite vislumbrar que la acción estaba encaminada a lesionar y no a ocasionar la muerte y,

5° Número y dirección de los golpes: se propinaron dos navajazos, en las regiones supraclavicular y escapular no profundos y cuyas heridas no son esencialmente mortales. A ello debe unirse lo difícil de aceptar el golpe porque la víctima estaba en movimiento.

Expresa que tales factores objetivos llevan a concluir que la conducta del sindicado se enmarca en el artículo 325 del Código Penal, por lo cual solicita casar el fallo recurrido y dictar la sentencia de reemplazo, en el sentido de condenarlo por homicidio preterintencional.

Consideraciones 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 las 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 quebranto aducido, además de demostrar la trascendencia del yerro en la sentencia.

La violación directa de la ley sustancial lleva el análisis de la sentencia y de la norma, sin examinar las pruebas, pues el yerro no radica en los medios de convicción ni en su apreciación, sino en el fallo que se confronta con el

precepto. De ahí que el censor no debe inmiscuirse con las probanzas, sino asumir los hechos como los plasmó el juzgador en el fallo, acogiendo su valoración.

En el asunto examinado, el libelista enuncia el cargo adecuadamente e insiste en que sigue los lineamientos señalados en el párrafo precedente, pero en su desarrollo abandona la vía directa seleccionada, para incursionar por el motivo indirecto, al adentrarse en el análisis probatorio.

Así, deduce de la necropsia que se trataba de una navaja "de no muy grande longitud" y de esto infiere que la intención no fue acabar con la vida de Jorge Luis Alvarez: "Las heridas producidas en este caso concreto dado que el arma utilizada, un arma cortopunzante, no son heridas esencialmente mortales puesto que la penetración no es profunda".

El impugnante analiza la prueba desde su peculiar punto de vista, para sacar conclusiones diversas a las de los juzgadores y, sin señalar error alguno en la apreciación probatoria, busca hacer prevalecer su criterio frente a un fallo que goza de la doble presunción de acierto y legalidad.

Si el censor consideraba que de los medios de convicción surgían inferencias diferentes a las que llegó el juez, quien en su sentir se habría equivocado en su valoración, no ha debido aducir la violación directa de la ley sustancial, sino la indirecta, para precisar los yerros de hecho y demostrar su trascendencia en el fallo, cuyo sentido habría de ser distinto una vez superadas las falencias.

Tales errores técnicos en la elaboración del libelo lo llevan al fracaso desde la óptica formal e impiden su posterior examen de fondo, frustrando las pretensiones del recurrente.

Como la Corte no puede reorientar la demanda ni cubrir sus vacíos e imprecisiones, se impone el rechazo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, lo cual conduce a aclarar desierta la impugnación, mediante providencia que no admite recurso alguno al adquirir ejecutoria en la fecha en que es suscrita (art. 197 ib)

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 Yamil Rentería Córdoba 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, (no hay firma); *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*, *Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA-Competencia de la Corte/**BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS/LIBERTAD PREPARATORIA/ FRANQUICIA PREPARATORIA**

1. Con la expedición del decreto 1542 de 1997 se amplió el ámbito de la Corte para el reconocimiento de redenciones de pena, pues el artículo 5° de tal norma modificó la oportunidad para obtener el beneficio administrativo del permiso hasta de 72 horas, al hacerlo extensivo a aquellos internos "(...) cuyo recurso de casación se encuentre pendiente", por lo que la Sala mediante acuerdo del 20 de noviembre de 1997 (acta No. 144) señaló que "el reconocimiento provisional de esta rebaja solo procede para los fines señalados en el artículo 147 de la ley 65 de 1993. Por consiguiente si el peticionario no cumple la tercera parte de la pena impuesta, la Sala se abstendrá de hacer dicho reconocimiento".

En este orden de ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para reconocer redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza cuando el propósito de tal reconocimiento sea diferente al de tener en cuenta el lapso redimido para el cómputo total de la sanción para obtener libertad provisional o para que se tenga en cuenta en la demostración de que el procesado se halla en fase de mediana seguridad.

2. La reforma citada (decreto 1542 de 1977) no tuvo el sentido de variar la naturaleza de condenados por la de procesados como potenciales usuarios de los beneficios de libertad preparatoria o franquicia preparatoria, pues el texto del decreto no se refiere a tal hecho, por lo que los beneficios administrativos de libertad preparatoria y franquicia preparatoria solo pueden ser concedidos por el INPEC a los internos cuyas sentencias hayan obtenido ejecutoria y que por tanto se denominan condenados respecto de los cuales la única autoridad judicial que puede reconocerles redenciones de pena para completar ese requisito, son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o quienes hagan sus veces.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 151 Proceso No. 12383

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de redención de pena que ha presentado la procesada Luz Marina Romero Rey, con el propósito de adelantar los trámites ante el INPEC para obtener el beneficio administrativo de la libertad preparatoria.

ANTECEDENTES

1.- La señora Luz Marina Romero Rey se encuentra detenida desde el 14 de octubre de 1994 como presunta responsable del delito de homicidio de su esposo Alberto Osorio, por lo que fue condenada a la pena de prisión de 160 meses por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá D.C., sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial al decidir el recurso de apelación que se había interpuesto.

Inconforme con tal decisión, el apoderado de la procesada Romero Rey interpuso el recurso extraordinario de casación, en cuyo trámite se hallan las diligencias en esta Corporación.

2.- La procesada solicita en escrito remitido a la Corte que se le reconozca redención de pena, "para así poder obtener mi beneficio administrativo de libertad preparatoria, a la que creo tener derecho según el artículo 148 de la ley 65 de 1993".

Agrega certificados de trabajo como ordenanza que suman 3912 horas dedicadas a tal actividad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene claramente definidas sus atribuciones constitucionales y legales, entre las cuales no se cuenta, en principio, en materia del recurso extraordinario de casación nada diferente al trámite de tan especial forma impugnatoria.

Durante el conocimiento de los asuntos por razón de la casación, y habida cuenta que la interposición de tal recurso impide la ejecutoria de la sentencia, pueden presentarse solicitudes de libertad provisional que la Sala resuelve excepcionalmente con fundamento en el mandato legal del inciso 4°del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal en cuanto señala que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que está conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista".

En este mismo sentido y como excepción a la regla general de que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad los competentes para conceder las redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza (artículo 75. Código de Procedimiento Penal y 51 del Código Penitenciario y Carcela-

rio), se reconocen provisionalmente tales redenciones en desarrollo de lo ordenado por el inciso 3° del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal de que "la rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción".

2.- *Con la expedición del decreto 1542 de 1997 se amplió el ámbito de la Corte para el reconocimiento de redenciones de pena, pues el artículo 5° de tal norma modificó la oportunidad para obtener el beneficio administrativo del permiso hasta de 72 horas, al hacerlo extensivo a aquellos internos "(...) cuyo recurso de casación se encuentre pendiente", por lo que la Sala mediante acuerdo del 20 de noviembre de 1997 (acta No. 144) señaló que "el reconocimiento provisional de esta rebaja solo procede para los fines señalados en el artículo 147 de la ley 65 de 1993. Por consiguiente si el peticionario no cumple la tercera parte de la pena impuesta, la Sala se abstendrá de hacer dicho reconocimiento".*

3.- Así mismo, con la modificación introducida por la ley 504 de 1999, también es procedente la redención de pena, cuando se trate de completar el lapso del 70% de descuento de la pena impuesta en tratándose de procesados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados.

4.- *En este orden de ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para reconocer redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza cuando el propósito de tal reconocimiento sea diferente al de tener en cuenta el lapso redimido para el cómputo total de la sanción para obtener libertad provisional o para que se tenga en cuenta en la demostración de que el procesado se halla en fase de mediana seguridad.*

5.- Como la redención la solicita la procesada Luz Marina Romero Rey para tramitar el beneficio administrativo de la libertad preparatoria la Sala se abstendrá de reconocer la redención de pena solicitada, por carecer de competencia para ello.

La incompetencia de la Corporación surge de la situación procesal de la detenida Romero Rey por ser aun procesada, habida cuenta que la sentencia no ha cobrado ejecutoria, y no condenada que es a quienes se refiere el artículo 148 de la ley 65 de 1993 como potenciales beneficiarios de esa medida administrativa

6.- Aunque el Decreto 1542 de 1997 modificó los artículos 148 y 149 del Código Penitenciario y Carcelario, lo hizo solo en el sentido de reducir el tiempo de privación de la libertad necesario para obtener los beneficios administrativos de libertad y franquicia preparatorias, de las cuatro quintas partes de la pena efectiva que exigía la ley 65 de 1993 a las dos terceras partes de la pena impuesta que ahora exige el Decreto 1542 de 1997.

La reforma citada no tuvo el sentido de variar la naturaleza de condenados por la de procesados como potenciales usuarios de los beneficios de libertad preparatoria o franquicia preparatoria, pues el texto del decreto no se refiere a

tal hecho, por lo que los beneficios administrativos de libertad preparatoria y franquicia preparatoria solo pueden ser concedidos por el INPEC a los internos cuyas sentencias hayan obtenido ejecutoria y que por tanto se denominan condenados respecto de los cuales la única autoridad judicial que puede reconocerles redenciones de pena para completar ese requisito, son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o quienes hagan sus veces.

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

RESUELVE:

1°.- ABSTENERSE de reconocer las redenciones de pena por trabajo y estudio solicitada por la procesada Luz Marina Romero Rey.

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 O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION Proceso en Colombia: No afecta el trámite

El hecho de que (...) tenga cuentas pendientes con la justicia colombiana no afecta el trámite y mucho menos determina la procedencia de dicho mecanismo internacional de persecución del delito, ya que solo en el evento en que el concepto sea positivo y en tales términos sea acogido por el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Justicia y del Derecho profiriendo la resolución que concede la extradición, le corresponde al Ejecutivo en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, determinar si difiere o no la entrega de la persona al país requirente, en los términos en que la Corte Constitucional determinó el alcance interpretativo a dicha disposición, declarándola exequible mediante sentencia C-662 del 25 de agosto del año en curso.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 152 Proceso No. 15727.

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de pruebas elevada por el defensor del ciudadano italiano Anticoli Lazzaro, quien es requerido en extradición por el Gobierno de Italia.

La petición

Dentro del término de traslado a que se refiere el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, el defensor del ciudadano Anticoli Lazzaro solicita oficiar al juzgado séptimo de Familia de esta ciudad a efectos de que remitan copia de las actuaciones practicadas hasta la fecha en el proceso de alimentos adelantado en contra del solicitado en extradición por la señora Silvia Michelly, por el incumplimiento de su obligación alimentaria de la menor Roberta Anticolli Michelly, hija del mencionado, cuya nacionalidad es colombiana.

En el mismo sentido, pide la defensa, que se alleguen copias del proceso penal que por inasistencia alimentaria se sigue en la Fiscalía 29 Local de la Unidad Segunda de Delitos Querellables de esta ciudad bajo la radicación

No. 494806, también en contra de Anticoli Lazzaro, anexando, además, copia del registro civil de nacimiento de la menor Roberta Anticolli Michelly.

Con estas pruebas, dice el defensor, pretende demostrar que el ciudadano Anticoli Lazzaro, "... no puede ser estraditado (sic), por cuanto a la fecha se adelantan en su contra dos procesos, uno ante la Jurisdicción de Familia y otro ante la Unidad Local de Fiscalías de esta ciudad, por el incumplimiento de sus obligaciones alimentarias en contra de su menor hija Roberta Anticoli Michelly", pues, "los derechos del menor colombiano, en este caso nacional por nacimiento hacen parte de los principios constitucionales fundamentales que prevalecen sobre los derechos de los demás y a su vez constituyen una obligación del Estado Colombiano".

CONSIDERACIONES

1. Siendo el Código de Procedimiento Penal el aplicable para la tramitación de la presente solicitud de extradición, como se viene haciendo, pues como lo ha puesto de presente el Ministerio de Relaciones Exteriores en la comunicación adjunta a la documentación sobre la cual impetra a esta Sala el pronunciamiento requerido para decidir sobre la extradición del ciudadano Anticoli Lazzaro, por no existir convenio bilateral alguno entre los Gobiernos de Italia y Colombia que lo determinen, es claro que las pruebas solicitadas deben quedar valoradas bajo las exigencias de conducencia y pertinencia que exige el artículo 250 de dicho estatuto, por ser las que condicionan a la procedencia.

2. Así, las que aquí impetra la defensa, que dable sea precisar, fueron solicitadas por el anterior defensor de confianza que había designado el extraditable, pues, en la actualidad por expresa revocatoria del poder, es asistido por uno de oficio, quien después de vencido el término probatorio ha presentado alegato de conclusión el cual por supuesto, no podrá ser considerado en esta oportunidad procesal, ya que no es el momento para ello, carecen de la precisa demostración, como que, todo lo remite a la genérica consideración ya transcrita, confundiendo la valoración que le corresponde al Ejecutivo para efectos de determinar el momento en que materializaría la entrega de un extraditable al país requirente, con la que ahora corresponde hacer en punto de la conducencia probatoria.

3. En efecto, las argumentaciones que preceden a la referida petición de pruebas, ninguna injerencia tiene frente a los presupuestos de procedencia que le compete examinar a la Corte a efectos de conceptuar favorable o desfavorablemente sobre la solicitud de extradición elevada por el Gobierno de Italia, pues *el hecho de que Anticoli Lazzaro tenga cuentas pendientes con la justicia colombiana no afecta el trámite y mucho menos determina la procedencia de dicho mecanismo internacional de persecución del delito, ya que solo en el evento en que el concepto sea positivo y en tales términos sea acogido por el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Justicia y* del *Derecho profiriendo la resolución que concede la extradición, le corresponde al*

Ejecutivo en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, determinar si difiere o no la entrega de la persona al país requirente, en los términos en que la Corte Constitucional determinó el alcance interpretativo a dicha disposición, declarándola exequible mediante sentencia C-662 del 25 de agosto del año en curso, al precisar que, "... Mediante la norma atacada se confiere una facultad al Ministerio de Justicia, ya no en punto de conceder o negar la extradición solicitada -lo que regula, a falta de tratados internacionales, por otras disposiciones de la ley- sino en lo concerniente al momento de la entrega del extraditado, y sobre la base de que el mecanismo de Derecho Internacional ya se ha puesto en operación, siempre que, en su criterio, deba dilatarse dicho procedimiento a la espera de actuaciones judiciales que deban tener lugar en Colombia...", ya que, se afirma en el mismo fallo: "..El Gobierno, al hacer uso de la potestad contemplada en el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, puede diferir la entrega del extraditado o no hacerlo, y en este último evento -cuando nada falte por tramitar o cumplir en Colombia, según su análisis- no tiene lugar que se siga adelantando proceso o actuación alguna en el territorio, sino que se perfecciona la extradición, entregando a la persona solicitada al Estado requirente...Con ello, o con la decisión contraria el ejecutivo no interfiere indebidamente en la administración de justicia, sino que, con base en el principio de la colaboración armónica entre las ramas del Poder Público (art. 113 C.P.) y por autorización legal no riñe con la Carta, simplemente se limita a hacer efectiva la figura de la extradición, armonizando su aplicación con la de las disposiciones penales colombianas cuando juzgue fundadamente que deben agotarse aquí, previamente a la entrega, los procedimientos aplicables a quienes, siendo solicitados por otros Estados, tengan cuentas pendientes con la justicia colombiana".

4. Así las cosas, y siendo igualmente claro, que, el argumento en cuanto a la prevalencia constitucional de los derechos de los niños, tampoco es atendible como soporte para demostrar la conducencia y pertinencia de las pruebas que depreca, ya que ello tampoco comporta requisito alguno que comprenda el análisis de la Corte a efectos de emitir el concepto sobre la procedencia de la extradición impetrada por el Gobierno de Italia, deben ser negadas, en la medida en que como quedó analizado, éstas y las apreciaciones socio jurídicas que ha presentado la defensa para solicitar su práctica, en nada inciden para la comprobación de las exigencias impuestas por la ley procesal para este fin.

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

RESUELVE:

Negar las pruebas solicitadas por el defensor del ciudadano italiano, Anticoli Lazzaro, quien es requerido en extradición por el Gobierno de Italia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego (no hay firma); *Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gómez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INVESTIGACION INTEGRAL/RESPONSABILIDAD ETICA-Deber de cuidado

1. En tratándose de la falta de investigación integral, es necesario que los elementos de convicción que se relacionan como no practicados, tengan incidencia en el juicio de responsabilidad del imputado, lo que implica para el casacionista la obligación de precisar los efectos de cada uno de ellos en el fallo. Tampoco la posible incidencia favorable que se reclame en favor de la situación jurídica de un procesado, es por sí sola suficiente para cumplir dicha exigencia; es indispensable sopesar la falta de esos elementos de juicio con los demás que se tuvieron en cuenta en el fallo para demostrar la situación favorable que no estuvo presente en la actuación y que definitivamente inciden en la suerte del encausado.

2. Cuando la censura parte de una premisa que no coincide con los fundamentos de la sentencia, como en este caso, resulta imposible intentar una respuesta por parte de la Sala, porque no es del caso analizar en esta sede el criterio del censor quien al parecer no está conforme conque el juzgador haya calificado como una falta a la responsabilidad ética de los profesionales de la salud el tratar de escudarse en una orden administrativa que obedece a la organización del hospital.

La violación de esa reglamentación por parte de los profesionales de la salud tiene que ver con su comportamiento frente al paciente y con el tratamiento que se le proporcione, lo que involucra una serie de aspectos como los medios que utilice y la información de que se sirva para otorgar el apropiado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., octubre 5 de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 152 Proceso No. 13113

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Florencia (Caquetá), mediante providencia del cuatro de julio de mil novecientos noventa y cinco, condenó a José Vicente León Carrero y Mireya Mahecha Mahecha a la pena principal de

dos años de prisión, multa de cinco mil pesos y suspensión por un año en el ejercicio de la profesión de Médico ginecólogo para León Carrero y Ginecoobstetra para Mahecha Mahecha, como autores responsables del delito de homicidio culposo en la paciente Magnolia Garzón Rodríguez; así mismo les impuso la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la Patria Potestad si la tuvieren, por periodo igual a la pena principal. Igualmente los condenó al pago de perjuicios materiales y morales ocasionados con el delito en 250 gramos oro o su equivalente en moneda nacional para cada uno, a favor de quienes demuestren tener derecho para ello. Les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional en cuanto a la pena de prisión impuesta y no respecto de la suspensión en el ejercicio de la profesión y la multa.

El Tribunal Superior de Florencia, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra esa decisión, la confirmó parcialmente, revocando lo atinente a la pena accesoria de la suspensión de la patria potestad y modificándola en el sentido de que los procesados pagarán en forma solidaria quinientos gramos oro, como lo ordena el artículo 105 del Código Penal.

Hechos y Actuación Procesal

El día veintitrés de junio de mil novecientos noventa y tres fue intervenida en el Hospital de Florencia - Caquetá Magnolia Garzón Rodríguez con ocasión de su primer parto con gestación de treinta y seis semanas, la cual fue atendida por el Dr. José Vicente León Carrero. Debido a que presentaba estrechez pélvica le practicó cesárea y una vez nació el bebé, al cerrar la piel se observó un sangrado en capa. Nuevamente se abrió la herida y se encontró atonía uterina: se intentó por diversos medios parar el sangrado, pero como resultaron inútiles se le practicó una "histerectomía abdominal total" según se apuntó en la historia clínica, y con ello se detuvo el sangrado. El útero extraído fue enviado a patología donde se diagnosticó "útero sin anexos, estado poscesáreo - Antecedente clínico de atonía uterina". No obstante que la paciente presentó complicaciones y que en su cuadro clínico no se observaba mejoría, fue dada de alta el 26 de junio siguiente.

El día veintinueve del mismo mes y año ingresa nuevamente la paciente al Hospital con edema generalizado y en esta oportunidad fue atendida por la doctora Mireya Mahecha Mahecha. El internista, doctor Cubillos, diagnosticó sepsis abdominal agudo. En vista de que la paciente no respondió a los tratamientos y se agravó, fue remitida al Instituto Materno Infantil de Bogotá (por petición de los parientes) el seis de julio del citado año, donde fue recibida con diagnóstico de Shock séptico: ese mismo día fue llevada a cirugía y se le extrajeron 4.000 centímetros cúbicos de líquido ascético, el cuello del útero y los ligamentos infundíbulo pélvicos, los cuales, excepto el líquido, fueron enviados a patología. Finalmente la paciente muere el siete de julio por insuficiencia suprarrenal aguda, a consecuencia de peritonitis y cuadro de Waterhouse Friderichsen. La peritonitis fibrinopurulenta fue ocasionada por la infección de histerectomía (cesárea) practicada por atonía uterina. Se encontró infiltración leucémica en la médula ósea y el bazo.

Luego de la práctica de algunas diligencias preliminares, el dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro se ordenó la apertura de investigación, por lo cual la Fiscalía Décima Especializada del Grupo de Vida de Florencia vinculó mediante indagatoria a los doctores León Carrero y Mahecha Mahecha, a quienes, el nueve de mayo de ese año, impuso medida de aseguramiento de detención preventiva como presuntos coautores del delito de homicidio culposo.

En el transcurso de la etapa instructiva se practicaron diversas pruebas hasta que el veintiocho de julio de mil novecientos noventa y cuatro se declaró cerrada la investigación y se calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria el veintidós de septiembre siguiente, en contra de los encartados.

La etapa del juzgamiento fue adelantada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, despacho que luego de evacuar distintas pruebas y celebrar la respectiva audiencia pública, dictó el fallo de primer grado el cuatro de julio de mil novecientos noventa y cinco, con los resultados al inicio señalados y que fue confirmada por el Tribunal Superior de Florencia, con las modificaciones indicadas, el siete de octubre de mil novecientos noventa y seis. Contra esta providencia se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

Síntesis del Fallo Impugnado

La sentencia, como unidad jurídica inescindible, se estructuró de la siguiente manera, en tanto el juzgador encontró acreditada la existencia del hecho punible a través de las siguientes pruebas:

1.- El certificado individual de defunción, suscrito por el Dr. Dimas Contreras Villa, Patólogo del Instituto Materno Infantil. Allí donde se informa que existió necropsia hallándose daño alveolar difuso. Causa de la muerte : falla multisistémica por 3 días. Causas antecedentes: Endiometritis aguda por 7 días y Endiometritis poscesárea por 7 días.

2.- Descripción patológica del útero de la paciente Magnolia Rodríguez Garzón, realizada por el médico patólogo Luis Eduardo Peña Guerra, de la Liga contra el Cáncer, Seccional Caquetá.

3.- Historia clínica No. 51222 del Hospital María Inmaculada de Florencia correspondiente a Magnolia Garzón Rodríguez.

4.- Autopsia de Magnolia Garzón Rodríguez, realizada por el Dr. Dimas Contreras, diagnosticando peritonitis y cuadro de Waterhouse Friderichsen, que le llevó a insuficiencia suprarrenal aguda, causa última de la muerte.

5.- Historia clínica No. 60019 de la paciente Garzón Rodríguez en el Instituto Materno Infantil de Bogotá.

En cuanto a la responsabilidad de los procesados, los argumentos del juzgador se pueden concretar en los siguientes puntos:

1.-En relación con el médico León Carrero, señaló que la paciente según historia clínica - entró con trabajo de parto y estrechez pélvica. Dicho pro-

cesado busca evadir su responsabilidad atribuyendo al grupo de médicos llamados internos, bien por olvido o por exceso de trabajo, la omisión de incluir en la historia clínica de la paciente que había ingresado con taquisistolia uterina (exceso de contracciones), cuando es el médico tratante el que debe estar al tanto de todas y cada una de las anotaciones.

El actuar del médico fue imprudente por no supervigilar las notas de la historia clínica; por no haber efectuado un control de frecuencia cardiaca fetal que debía inducir a cesárea urgente que indicara sufrimiento fetal agudo que conlleva a la realización de una cesárea urgente. Más bien debió programar una cirugía a corto plazo, con tiempo para solicitar exámenes prequirurgicos (pruebas de coagulación) y preparar adecuadamente a la paciente. Pero estas pruebas se hicieron con posterioridad a la cirugía, conforme al numeral 10 de la historia clínica del 24 de junio de 1993, de la cual no se conocen sus resultados.

2.-La historia clínica revela que no hubo controles normales posoperatorios, pese a que para el mencionado 24 de junio a las 7 y 40 de la noche, la paciente presentaba 38° de fiebre.

3.- Del 23 al 26 de junio la paciente presentó un cuadro febril irregular en un posoperatorio con abdomen abierto, por lo cual debió sospechar infección como causa de la fiebre y por tanto, no debió darle salida, sino realizarle una curva térmica y estar más seguro que la paciente estuviera estable y afebril. Además, la familia de Magnolia Garzón certifica que desde su salida persistía la fiebre. Entonces fue imprudente al concederle de manera prematura la salida del centro hospitalario.

4.- El útero perdió totalmente el movimiento y no se contraía con medicamentos ni masajes para que tomara de regular manera su tamaño normal una vez se extrajera el feto. Por ello se hizo necesario la extirpación del útero (histerectomía).

Haber realizado la histerectomía implicaba aumento de porcentaje de infección posoperatorio; entonces debió aplicar tratamiento médico para evitarla o controlarla, supervisando la evolución de la paciente, mínimo por 72 horas. Es por ello que la orden de salida de Magnolia Garzón fue apresurada y prematura, dado el alto riesgo que implicaba la cirugía practicada, como así la catalogó el Dr. Gómez Hermida.

5.- Conforme a la indagatoria de la Dra. Mahecha Mahecha, ésta atiende a la paciente cuando reingresa al hospital por cuadro séptico, por lo cual dispone tratamiento intrahospitalario, seguimiento de medicina interna y cirugía, exámenes de laboratorio, entre ellos, una ecografía abdominal, que reporta la presencia de líquido en la cavidad abdominal. Luego, dispone su remisión, para un mejor criterio médico.

6.- Según la historia clínica, se observa que la paciente Garzón reingresa el 29 de junio de 1993 con edema generalizado, con temperatura de 38º grados centígrados y es atendida por la Dra. Mahecha, quien guiándose por

los antecedentes pues se había intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones, como lo manifestó en sus descargos, diagnostica cuadro séptico, infección puerpal quirúrgica y falla renal.

7.- La doctora espera siete días para la respuesta a este tratamiento (hasta el 6 de julio) a pesar de:

a) Haber diagnosticado sepsis.

b) No haber sección séptica en el Hospital.

c) No haber sección de cuidados intensivos.

Entonces es tardía la remisión de la paciente a Bogotá, porque presentaba un estado casi agónico, cuando ya no había nada que hacer.

8.- Si existía una valoración por parte de un médico internista (Dr. Cubillos) sobre sepsis abdominal agudo, no podía seguirla tratando únicamente con antitérmicos, sino que debió preocuparse por suministrar un tratamiento más eficaz para erradicar el foco infeccioso, teniendo en cuenta que el vómito persistía, que en ningún momento evolucionaba de manera satisfactoria, que los familiares insistían en que les diera la remisión. Sólo hasta el 6 de julio ordena la salida.

De lo anterior se concluye por el fallador que el Dr León Carrero le da salida prematura a la paciente, al no haber hecho un estudio de evolución posquirúrgico adecuado; no anotó oportunamente los estados febriles en la historia clínica, más aun cuando los propios familiares así se lo hacían ver; no solicitó exámenes prequirúrgicos (pruebas de coagulación, cuadro hemático y parcial de orina); entonces nunca se supo el estado pre y posoperatorio.

Por parte de la Dra. Mahecha Mahecha, que suministró el tratamiento equivocado al reingreso de la paciente al hospital, pese a haber diagnosticado infección puerpal quirúrgica y existir valoración del internista según la cual Magnolia Garzón presentaba sépsis abdominal agudo.

La procesada se excusa en la espera de los resultados de la ecografía, pero también la solicitó tardíamente.

Las Demandas de Casación

A nombre de José Vicente León Carrero.

1.- Cargo principal.

Al amparo de la causal tercera acusa el censor la sentencia del Tribunal, por haberse proferido en un juicio viciado de nulidad, por la materialización de ostensibles irregularidades lesivas del derecho fundamental del debido proceso y por consiguiente del derecho a la defensa técnica del procesado al haberse desatendido el artículo 29 de la Carta Política y los artículos 333 y 362 del Código de Procedimiento Penal.

En el desarrollo del cargo señala que el Dr. León Carrero dijo en su indagatoria que a la paciente se le dio de alta luego de la cesárea y la histerectomía

a pesar del sangrado persistente de algo más de 2.000 centímetros cúbicos porque 'lo importante de un sangrado masivo es el control de dicha hemorragia cuando ya eso se logra y la paciente se recupera hemodinámicamente y hay una estabilidad en sus signos vitales o no hay signos de infecciones, se prevé una salida oportuna del hospital en procura de evitar las infecciones intrahospitalarias' en razón a que a nivel mundial se tiene que en procedimientos mayores en ginecología se tiene establecido una estadía de 24 horas. Que tales acotaciones no fueron acogidas ni desechadas por la vía de un dictamen pericial. El juzgador optó por desechar sus explicaciones al señalar que '...la paciente presentó complicaciones y sin observarse un cuadro clínico demostrativo de una completa mejoría se ordenó su salida el 26 de junio'.

El instructor, agrega, no se preocupó por establecer la realidad de las afirmaciones del procesado conforme a las cuales no se puede olvidar 'que la paciente fue sometida a múltiples transfusiones sanguíneas y una reacción a dicho acto con cuadros de hipertermia -temperaturas mayores de 38°C en las primeras veinticuatro horas, nunca son indicativas de infección, anota la defensa- y en acto operatorio con una cavidad abdominal abierta se manipulan asas intestinales que conllevan a un reflejo de vómito posoperatorio. Además la paciente tuvo un manejo anestésico con cuyos medicamentos pueden producir actos de vómitos'. El juzgador, en cambio, toma como referencia a priori esos antecedentes patológicos de la paciente para predicar que su salida del hospital el sábado 26 de junio de 1993 fue prematura o precipitada y por tanto, constitutiva de negligencia profesional por parte del Dr. León Carrero.

El sindicado advirtió que en la historia clínica no aparecían sus notas inherentes a la atención profesional que le brindó a la paciente desde el momento en que entró a cirugía con trabajo de parto, por lo cual la consideraba incompleta y que de esta circunstancia había informado verbalmente al Jefe de atención médica del hospital, Dr. Raúl Peña, a la Jefe de enfermería, Marlén Melo, y al servicio de estadística, lo cual veía con suma gravedad porque se trataba de notas sobre descripción operatoria y evolución de la paciente en las siguientes horas de cirugía.

También aseguró que en la historia clínica no aparecía registrada una taquisistolia uterina (exceso de contracciones durante el trabajo de parto) por cuanto los pacientes de sala general también están a cargo de un grupo médico llamados internos y ellos pasan revista con el especialista de turno y se encargan de llenar una historia clínica, etc.

Tales reparos, a juicio del censor, no merecieron mayor investigación por parte de la Fiscalía a fin de establecer la verdad sobre esos hechos, que en últimas son tenidos en cuenta por el fallador para elaborar su juicio de reproche. Que tales pruebas son esenciales por tener la capacidad suficiente para doblegar el juicio de responsabilidad penal formulado al procesado si las mismas se hubieran practicado. En otras palabras, no se habría podido atribuir la negligencia e imprudencia que se le imputan y el fallo habría sido absolutorio.

A consecuencia de lo anterior, solicita casar el fallo e invalidar lo actuado a partir del cierre de investigación, inclusive, para que se subsanen las irregularidades mencionadas.

2.-Cargos excluyentes

2.1.- Primer cargo.

Afirma el casacionista que la sentencia de segunda instancia es violatoria de la ley sustancial, por vía directa, por falta de aplicación del artículo 21 del Código Penal.

Explica en seguida que en el homicidio culposo, cargo deducido a su representado, no existió el propósito o intención de lesionar ni menos el de matar ya que el evento surgiría de la imprevisión, materializada por la imprudencia y la negligencia o impericia.

En el caso en examen, la causa remota del fallecimiento se enfocó en la realización de la histerectomía por el acusado. Según el sentenciador la muerte de Magnolia Garzón se produjo por 'insuficiencia suprarrenal aguda a consecuencia de peritonitis y cuadro de Waterhouse Friderichsen. Que la peritonitis fribrinopurulenta fue ocasionada por la infección de histerectomía (cesárea) practicada por atonía uterina. Fue encontrada en la médula ósea y en el bazo, infiltración leucémica'.

Según el libelista, el proceso leucémico funcionó como causa desencadenante de la muerte de la paciente, lo cual no ha sido puesto en tela de juicio. Luego la causa que "inicialmente estuvo en el comportamiento del procesado (la histerectomía abdominal subtotal), se interrumpió en el proceso evolutivo de la paciente y esa interrupción se patentizó por la concausa identificada y no discutida en el proceso como leucemia, presente en la paciente, nunca antes descubierta ni sospechada a pesar de los exámenes paraclínicos que se le practicaron a la hoy extinta". La consecuencia de esta interrupción causal, agrega, es, por un lado, la total desvinculación del procesado del resultado muerte, ya que este no estuvo determinado por su conducta negligente, pues no se trataba de su paciente particular sino de una paciente institucional que como tal era atendida por el personal médico de turno y muy especialmente por la Ginecóloga Dra. Mireya Mahecha Mahecha. De otra parte por la severa influencia de la concausa para acelerar la falla multisistémica - endometritis aguda que llevó a la paciente a su deceso.

En lo que denomina idoneidad y trascendencia del cargo, expresa el libelista que si el sentenciador hubiera tenido en cuenta que en el proceso causal - muerte intervino como concausa la leucemia, capaz de interrumpir el proceso evolutivo que se esperaba de la paciente, se habría concluido con una absolución, pues la concausa descarta la conducta imprudente o negligente que se ha imputado a su defendido.

Solicita se case la sentencia y se dicte el fallo sustitutivo.

2.2.- Segundo Cargo.

Acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, a consecuencia de un falso juicio de existencia originado por haberse omitido la prueba que obra en el proceso. Explica que la sentencia de segunda instancia ignora de manera manifiesta un hecho probado en el proceso a través de las versiones de los procesados en sus respectivas indagatorias, al igual que el testimonio del internista Dr. Cubillos, según los cuales en el Hospital La Inmaculada de Florencia se encontraban establecidos los turnos de disponibilidad permanente de 24 horas durante ocho días de 7am del martes a 7am del nuevo martes.

Para el censor, es evidente que el Dr. León Carrero acababa de tomar su turno de disponibilidad permanente el día martes 23 de junio cuando ingresó por urgencias al hospital la paciente Magnolia Garzón, hasta el día martes 29 de junio, cuando de nuevo reingresa por urgencias la citada paciente. Siendo así, agrega, es claro que su defendido podía disponer de su tiempo de descanso, ocho (8) días y por tanto desligarse de toda responsabilidad profesional del hospital, pues allí institucionalmente otros profesionales de la medicina como la Dra. Mahecha Mahecha estaban de turno para cubrir el servicio social en el que se matriculaba la paciente, el cual no le era inherente al Dr. León. Por tanto, agrega, el tratamiento suministrado a Magnolia Garzón cuando reingresa, esto es, a los ocho días siguientes, comprendía el turno de la citada Doctora y ninguna injerencia o relación causa efecto podía tener en su patrocinado pues había sido totalmente ajeno a ese proceso en ese interregno y no se le podía imputar agravamiento de la salud de la paciente institucional. Su evolución negativa, a pesar del tratamiento terapéutico que le fue suministrado, no puede relacionarse con la conducta del Dr. León Carrero, ya que según la necropsia ese desmejoramiento obedecía a un proceso luecémico que ya había hecho su incursión sin que pudiera haber sido advertido por el personal médico del hospital de Florencia debido a que la ecografía que allí se le tomó no la reveló. Advierte que este no es el instrumento para detectar ese mal sino a través de un estudio de la médula ósea que realiza un hematólogo. Entonces tampoco existe relación alguna entre la conducta del encausado y la muerte de la paciente, pues su representado se limitó a intervenirla quirúrgicamente, practicándole primero la cesárea y luego la histerectomía, que por sí mismas no son elementos causales del fallecimiento, y con posterioridad no reasumió su auscultación y tratamiento.

De no haberse pasado por alto este hecho, otra habría sido la suerte del médico procesado y la sentencia habría sido absolutoria. En consecuencia solicita el libelista, se case la sentencia y se dicte el fallo de reemplazo.

A nombre de Mireya Mahecha Mahecha.

Un solo cargo formula el censor contra la sentencia del Tribunal, al amparo de la causal primera de casación, por considerar que es violatoria de una norma de derecho sustancial, por errónea aplicación del artículo 329 del Código Penal que surge de la apreciación de las siguientes pruebas documentales:

a) La historia clínica de la paciente Magnolia Garzón.

b) La remisión de la paciente a un centro de salud de Santa Fe de Bogotá.

c) El Registro Civil de defunción.

d) El protocolo de Necropsia y

e) Los testimonios de Hernán Gómez Hermida y Enrique Cubillos Mariño.

Dice el recurrente que el Tribunal Superior de Florencia atribuye descuido, negligencia y faltas a la ética en el comportamiento de su representada en relación con la paciente Magnolia Garzón Rodríguez, y que esa primera conclusión parte del "supuesto" que una remisión a tiempo hubiera podido prolongar la vida de la paciente así ésta padeciera de una enfermedad catastrófica como es la leucemia. Así mismo, según la colegiatura, una vez evidenciada la infección en la paciente Magnolia, lo indicado era remitirla a Santa Fe de Bogotá, sin ninguna demora, antes que aquella invadiera sus órganos, conclusión que, según el censor, saca del cotejo que hace entre la historia clínica, el estudio de patología, la nota remisoria de la paciente y "en alguna medida" del certificado civil de defunción.

Sin embargo, agrega, el contenido de las pruebas documentales no permiten llegar a esa deducción y el Tribunal las coloca a decir lo que en realidad no dicen. Explica entonces que si bien es cierto en la historia clínica y en la nota de remisión a Bogotá, no se menciona la Leucemia, la verdad es que en la necropsia sí se da razón de esta enfermedad. Como igualmente a su ingreso se diagnosticó sepsis peritonitis, "es decir que tan cierto es lo uno como lo otro". La patología de la necropsia da cuenta que la paciente viene con antecedente de cesárea, histerectomía por "adenomiosis" y que además presenta fiebre y cuadro generalizado y otras sintomatologías como falla renal aguda que fue manejado con penicilina cristalina, tiberal y gentamicina.

Tras aclarar que su defendida no fue quien operó a la señora Garzón Rodríguez y que su especialidad es la Ginecoobstetricia, destaca apartes de la declaración de los galenos que atendieron a la víctima aquí en Bogotá. Respecto de lo afirmado por el Dr. Jaime Fernando Montoya Barreto, se tiene, según el censor, que por lo menos este llegó a la conclusión que extrayendo el cuello uterino se terminaría con la fuente de infección. Acerca de la causa de la muerte cuando el mismo profesional afirmó que '...la paciente falleció horas después de su intervención probablemente debido a su infección severa y repercusión secundaria sobre el funcionamiento de órganos vitales', asegura el libelista que en medicina, así como en otras disciplinas no se ha dicho la última palabra, ni existen fórmulas exactas ni precisas, este profesional no determina con certeza la causa de la muerte de Magnolia, sino que la deja en el campo de las probabilidades. Recuerda que para condenar se requiere certeza.

Señala que Magnolia Rodríguez ya había sido intervenida quirúrgicamente dos veces en el Hospital María Inmaculada de la Ciudad de Florencia y, has-

ta ese momento, además de los antibióticos de "amplio espectro" que le ordenó su representada, no vieron la necesidad de volverla a intervenir allí porque, como era natural, se esperaba su recuperación. Que retomando al Dr. Montoya Barreto, él consideraba que extrayendo el cuello uterino a la paciente (foco de la infección) ésta mejoraría y de ahí la razón para intervenirla por tercera vez, pero las consecuencias fueron fatales. Que entonces, este mismo médico no está dando como cierto que la causa de la muerte sea la infección, sino, por el contrario, está diciendo que fue "probable", es decir, que ha podido ser o no ser la causa. El Tribunal de Florencia da como sentado y probado que la causa del deceso de Magnolia fue la infección que avanzó dada la tardanza de su remisión a Bogotá, lo que a juicio del recurrente, es una apreciación subjetiva, extraída de los documentos y testimonios, cuando de estas pruebas no se colige tal conclusión.

Pregunta luego, qué papel juega la leucemia desde la primera hasta la última operación. Como se sabe, agrega, ésta disminuye las defensas del cuerpo humano y es ahí cuando su defendida dice en varias oportunidades que la paciente presentaba mejoría unas veces y luego desmejoraba; que dado su cuadro febril, tenía el íntimo convencimiento como profesional, que, con los medicamentos formulados se mejoraría; y, cuando conoce la necropsia, encuentra que la razón de la no mejoría se debía a la leucemia, en lo que ella no es especialista, pues no es hematóloga ni oncóloga.

Dice que como se impone mirar las pruebas en su conjunto, se hace imperioso repasar lo que dictaminó el patólogo que examinó el útero de Magnolia en su conformación macro y micro, concretamente sobre la causa de la muerte, así como el contenido de la necropsia, donde si bien es cierto se dice que la causa de la muerte es una insuficiencia suprarrenal aguda, originada en peritonitis y cuadro Waterhose Friderichsen, en la misma también se dice, renglones más abajo, que Magnolia 'ingresó al Instituto Materno Infantil se le diagnostica choque séptico y falla multisistémica; se le inicia tratamiento con antibióticos, dopamina pero no hay respuesta satisfactoria y fallece día siguiente'. Para el censor lo anterior quiere decir que una vez observaron a la paciente en la ciudad de Bogotá, los médicos del Materno Infantil también le formularon antibióticos, que fue lo que de manera atinada hizo su defendida y que "entonces ¿en dónde puede estar la demora y negligencia que tanto se le reprocha?".

Asegura que de acuerdo a la respuesta del Director del Hospital María Inmaculada de Florencia, Dr. Hernán Gómez Hermida no era posible practicar un examen de leucemia; que para sospechar de esa enfermedad deben cotejarse las bases de sangre de la paciente y resulta forzado atribuirle esa omisión a su defendida, quien no intervino quirúrgicamente a Magnolia Garzón. Que en el hospital era imposible física y químicamente realizarlo y si la Dra Mahecha Mahecha lo hubiera sospechado, así lo habría hecho saber en la historia clínica.

Asegura que su representada no ha incurrido en negligencia en la atención que le suministró a la paciente Garzón Rodríguez, si como está

demostrado, ella no la operó, ni es especialista en esa materia. De otra parte la decisión de remitir a la paciente a Bogotá, fue fruto del consenso del cuerpo médico del hospital y no de ella sola.

Luego de incluir en su libelo algunos conceptos doctrinales y jurisprudenciales sobre el acto médico, dice el libelista que éste es un acto humano que se estructura sobre tres elementos: el objeto, que es el paciente; el fin que es la salud y las circunstancias en que se desarrolla; que este último es variable y depende de muchos factores como la dotación del hospital. Que para poder atribuir responsabilidad penal en un acto médico, es necesario establecer una relación de causalidad entre el acto médico y el daño causado. Se pregunta que en este caso, cuál fue la acción u omisión que causó la muerte de Magnolia Garzón.

Pese a que la Medicina, como otras disciplinas, nunca se han considerado acabadas, el Tribunal de Florencia ha valorado como "verdad evangélica y única" la necropsia de la señora Magnolia y se pregunta si jurídicamente hablando un protocolo de necropsia, que es descriptivo, da certeza para determinar la culpa penal. Respaldado en un concepto doctrinal asegura que el dictamen, diagnóstico y necropsia son insuficientes para establecer una relación causa y efecto. Y si ello es así, agrega, cuando su defendida no operó a la paciente, ni fue quien unilateralmente tomó la decisión de remitirla a Bogotá, tampoco que por su culpa se haya demorado la remisión, menos tenía que diagnosticarle leucemia; tampoco le era ético, moral y legal adentrarse en campos que no son de su especialidad, porque con el mismo razonamiento del Tribunal se le tendría que condenar por imprudencia.

Dice que yerra el Tribunal cuando sentencia teniendo como fundamento la necropsia de la paciente, pues en las hojas quirúrgicas elaboradas en el Materno Infantil se dice que se encontró líquido ascético + - 4.000 C.C. y en el informe de necropsia se dice que existe una 'peritonitis fibrino purulenta secundaria a los procedimientos quirúrgicos: esto, en realidad no es un hallazgo sino una opinión que no corresponde a la verdad; de lo contrario, cómo se explica que en la misma acta de necropsia se deja constancia de 'CAVIDADES; líquido escaso en la unidad peritoneal, levemente hemorrágico, y turbio, peritoneo opaco sin evidencia de pus'. Para el libelista, este es un contrasentido científico, porque si como también lo dice la necropsia, la paciente padecía una leucemia que no fue diagnosticada ni tratada y una 'peritonitis fibrinopurulenta' que se resolvió sin dejar huellas de pus y membranas fibrinopurulentas, los médicos tratantes deberían ser considerados líderes mundiales en el tratamiento de esta patología. De aceptarse como lo dice el Tribunal, que en el intestino sí se halló pus, es raro que siendo el mismo médico patólogo, no haya encontrado evidencias de pus en el peritoneo, a pesar de haber sido resecada la cavidad abdominal íntegramente: que como dice y magnifica el sentenciador de segunda instancia, venía completamente invadida de pus.

En cuanto a la conclusión de que hubo demora en el traslado de la paciente, el Tribunal da por cierto que su defendida conocía que tenía peritonitis

aséptica y que la paciente era leucémica, que con mayor razón fue negligente al no remitirla prontamente. Según el demandante, esa conclusión no es cierta y a lo largo del proceso no se pudo comprobar esa aseveración: por el contrario, lo que la procesada explicó es que esta enfermedad no se diagnosticó y que precisamente la paciente no mejoraba porque la leucemia estaba enmascarada y por ello no se puede colegir que hubo negligencia en el tratamiento y formulación de la enferma.

En cuanto a la segunda premisa del Tribunal, de que su patrocinada quebrantó la ley 23 de 1981 y el Decreto Reglamentario 3380 de 1981 por falta de cuidado y responsabilidad y por no disponer su remisión, es una apreciación errada. A su modo de ver, no recoge hechos reales como el contenido de la historia clínica y lo que la misma procesada hizo constar en los exámenes que ordenó. Que tales tesis resultan abstractas y de alto contenido teórico, pero irreales con respecto a la prueba que obra en autos a favor de los procesados. No se pueden desconocer los escasos recursos del hospital que es catalogado como de segundo nivel por el Ministerio de Salud y, por muy competentes que sean los galenos, no se puede pedir que su comportamiento sea el mismo de los médicos de las clínicas mejor dotadas de la capital de la República.

El Tribunal descarga su juicio contra la Dra. Mireya Mahecha y exime al Dr. Gómez Hermida quien además de ser el director del Hospital intervino a la paciente y entonces con el criterio del Tribunal, uno y otro son responsables de violar la ética médica, situación que es idéntica a la del Doctor Jorge Enrique Cubillos, quien desliza su responsabilidad sobre la acusada.

Cuestiona entonces si Mireya Mahecha dedicó a Magnolia Garzón el tiempo necesario, hizo la evaluación adecuada, indicó los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente, o si fue que hizo todo lo contrario por acción u omisión. Según el demandante no existe prueba en el proceso de que lo formulado en drogas no fuera lo indicado científicamente y que no habiéndose dictaminado una enfermedad tan grave como la leucemia, la acusada usó todos los medicamentos y métodos a su alcance con la firme convicción de que la paciente se aliviaría.

Dice que queda en el campo de las hipótesis considerar que de haber sido remitida de inmediato a Bogotá la paciente se salvaría, y que el Tribunal se equivoca al dar como cierto ese hecho.

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

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Respecto de la demanda presentada a nombre del procesado José Vicente León Carrero estimó el Procurador, acerca del cargo formulado al amparo de la causal tercera de casación por haberse desatendido el principio de investigación integral que para que genere violación al debido proceso y por ende al derecho a la defensa, se requiere la omisión mayúscula de pruebas que por

su naturaleza son de ostensible necesidad de acuerdo con las conductas investigadas. Que no se trata de cualquier omisión investigativa sino de omisiones trascendentales, en este caso de lo desfavorable. Que lo 'favorable' a efectos del desconocimiento de dicho principio, debe obedecer a omisiones tales que de haberse investigado, podría haber modificado el fallo sustancialmente.

Agrega que los motivos señalados por el casacionista como desconocedores del principio de investigación integral no están llamados a prosperar, por cuanto el recurrente no demuestra los efectos que se hubiesen podido producir, de haberse practicado, en cuanto a la incidencia sustancial en favor del procesado. Trascendencia ésta que en rigor de la técnica es imperativo plantear para la prosperidad de la demanda y no puede quedarse en enunciados genéricos como lo hace el demandante. Por tanto, la censura, no puede prosperar.

Sobre el cargo formulado de manera subsidiaria, al amparo de la causal primera, por violación directa de la ley sustancial, destaca la Delegada que pese a que el recurrente invoca la falta de aplicación del artículo 21 del Código Penal, del contexto de la demanda se infiere que lo que se aduce es la indebida aplicación del precepto.

Y aún entendiéndola en ese sentido, la censura presenta yerros técnicos, pues el desarrollo del reproche se dirige a cuestionar los alcances de las pruebas técnicas y desvía el cargo hacia la violación indirecta.

Observa la Procuraduría que en este caso se aplicó debidamente el artículo 21 del Código Penal al haber encontrado el juzgador responsable de homicidio culposo al acusado José Vicente León Carrero, luego los hechos procesalmente reconocidos, coinciden con la imputación.

En cuanto al segundo cargo, conforme al planteamiento del censor, éste lo que sugiere es que el juzgador ignoró una parte de las indagatorias de los enjuiciados y de la declaración del doctor José Enrique Cubillos, lo que a su juicio configura un falso juicio de existencia, pero conforme a la jurisprudencia, en los casos en que no se tiene en cuenta una parte de la prueba, se debe acudir al falso juicio de identidad, porque no existen falsos juicios de existencia parciales.

Que sin embargo, conforme al caudal probatorio el acusado no se desligó de su responsabilidad en el caso de Magnolia Garzón, a quien primero se le practicó cesárea y luego histerectomía, y luego, el 26 del mismo mes, no obstante las complicaciones de la paciente, sin un cuadro clínico de mejoría, ordenó su salida en esta última fecha del hospital, hechos constitutivos de descuido de su parte y que lo deja incurso en la culpa.

En cuanto a la demanda presentada a nombre de la procesada Mireya Mahecha Mahecha, expresa el señor Procurador que la censura presenta yerros técnicos que hace que las pretensiones del actor no puedan ser acogidas, dado que no identifica en forma clara y precisa los fundamentos de la

causal invocada, ni determina la manera como el presunto error del fallador en la apreciación de la prueba incidió en la sentencia, exigencias que para la demanda de casación fija la ley.

El reproche consistente en error de hecho por falso juicio de identidad, carece de fundamentación, en razón a que el demandante no precisa la manera como el sentenciador tergiversó el contenido objetivo de los medios de convicción. Contrario a ello, lo que hace es oponer su personal criterio al análisis y valoración jurídica que de tales medios hizo el fallador, lo que no es de recibo en sede de casación, habida cuenta que es función propia del juzgador valorar las pruebas dentro del marco de la sana crítica.

Tras demostrar la Delegada que el recurrente hace su propia valoración acerca del testimonio del médico Hernán Gómez Hermida así como del protocolo de necropsia, advierte que la casación es una oportunidad para resolver problemas específicos de ilegalidad de la sentencia y de la aplicación del derecho objetivo, mas no un nuevo debate probatorio. Es un juicio técnico jurídico para demostrar un error manifiesto en la apreciación fáctica o en la valoración de la prueba, o en la aplicación objetiva del derecho sustancial con quebranto relevante de los principios de la sana crítica. En su criterio, no se encuentra demostrado el error de hecho propuesto por el demandante.

En cuanto a la concausa -leucemia- propuesta en el libelo, el fallador de segundo grado, luego de hacer un extenso estudio sobre el tema, orientado por conceptos de tratadistas en la materia, concluyó que si bien en la necropsia se expresa que en la médula ósea "se encuentra infiltración leucémica", no hay rompimiento del nexo causal, pues la última causa de la muerte, según la misma necropsia, fue "insuficiencia suprarenal aguda" y no la leucemia. De acuerdo a la conclusión que al respecto puntualizó el fallador, estimó esa representación del Ministerio Público que el cargo no debía prosperar.

Por todo lo anterior, solicita a la Corte no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

Demanda a nombre de José Vicente León Carrero.

1.- Cargo principal.

Esta censura se orienta a obtener la nulidad de la actuación porque, según el censor, se materializaron ostensibles irregularidades lesivas del debido proceso, al derecho a la defensa técnica del procesado y al principio de investigación integral por no haberse verificado las citas del imputado. Ellas se pueden concretar en lo siguiente:

1.- Por no constatar con el dictamen pericial que en casos de sangrado masivo lo adecuado es el control de hemorragia, recuperación hemodinámica, estabilidad de signos vitales y ausencia de signos infecciosos para evitar infecciones intrahospitalarias. Y constatar además que en procedimientos mayores en ginecología, a nivel mundial la estadía es de 24 horas.

2.- No establecer que las temperaturas mayores de 38 grados son inherentes a transfusiones en las primeras 24 horas y nunca indican infección ni que el vómito como reflejo de posoperatorio es inherente al acto operatorio con cavidad abdominal abierta porque se manipulan las asas intestinales, ni que puede producirse por los medicamentos atinentes al manejo anestésico.

3.- No mereció atención la ausencia de sus notas en la historia clínica por lo cual la consideraba incompleta. Ni que se omitiera verificar que lo informó verbalmente al Jefe de Atención Médica del hospital, al Jefe Enfermería y al Jefe de Servicios Estadísticos.

4. Tampoco que los pacientes de sala general están a cargo de médicos internos que revisan, llenan historia clínica y pasan revista con el especialista de turno.

Debe advertir la Sala inicialmente, que para entrar a desvirtuar la sentencia con apoyo en la causal tercera de casación, no basta con señalar el acto presuntamente irregular y afirmar que se trata de un vicio sustancial, para de allí derivar que se afectó el debido proceso. *En tratándose de la falta de investigación integral, es necesario que los elementos de convicción que se relacionan como no practicados, tengan incidencia en el juicio de responsabilidad del imputado, lo que implica para el casacionista la obligación de precisar los efectos de cada uno de ellos en el fallo. Tampoco la posible incidencia favorable que se reclame en favor de la situación jurídica de un procesado, es por sí sola suficiente para cumplir dicha exigencia: es indispensable sopesar la falta de esos elementos de juicio con los demás que se tuvieron en cuenta en el fallo para demostrar la situación favorable que no estuvo presente en la actuación y que definitivamente inciden en la suerte del encausado.*

En este caso el libelista se queda corto en la demostración del yerro atribuido y solo atina a manifestar que la práctica de tales pruebás "son esenciales en la relación jurídico procesal, toda vez que tienen capacidad suficiente para doblegar el juicio de responsabilidad penal que se le ha formulado al procesado", con lo cual no concreta cómo su práctica y lo que con ellas se obtenía, habría variado la situación del Dr. León Carrero.

Sin embargo, dejando de lado esas observaciones de orden técnico encuentra la Sala que en aras de determinar la responsabilidad que a título de culpa se les podía deducir a los aquí procesados por la muerte de la señora Magnolia Garzón, el plenario cuenta con los elementos de juicio necesarios que así lo demuestran y que impiden predicar la falta de investigación integral respecto de los motivos que aduce el casacionista así no se hayan practicado a través de los específicos medios de prueba y para los fines que aduce en su escrito.

Repárese inicialmente en la declaración rendida por el Dr. Jorge Enrique Cubillos Martiño (médico internista del hospital de Florencia para la época de los hechos) a quien se le solicitó información acerca de las causas por las cuales se presenta hemorragia interna por cesárea; por qué se puede orde-

nar la extirpación de un útero y sus consecuencias; cuál es el periodo de convalecencia de una paciente sometida a una cesárea; cuáles son las causas de una endiometritis. Este mismo profesional señaló que la conducta ante un foco séptico abdominal es el drenaje quirúrgico, lo cual no se hizo conforme a la historia clínica de la paciente. También puso en conocimiento que no existe ninguna posibilidad de que un especialista permita a un interno ejecutar con su asesoría una cirugía sino simplemente una ayudantía con funciones asignadas y supervisadas directamente por el cirujano a cargo.

Así mismo el médico judicial del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía al responder al cuestionario enviado por la Fiscalía Instructora con respecto a la historia clínica de la paciente Magnolia Garzón Rodríguez observo que conforme a la temperatura que presentó durante la primera hospitalización (38.5o y 38°) sí se consideraba la fiebre como signo de infección. Que el posoperatorio no fue el adecuado por el vómito que presentó por los dos días siguientes (24 y 25 de junio). Además, que en la historia clínica no había valoración del Dr. León Carrero; que solo están las valoraciones del médico de urgencias que recibió a la paciente, las de los internos y las de las enfermeras. Solo se encontró una opinión telefónica del procesado. Opinó que los médicos internos son estudiantes de último año y por tanto sus actuaciones debe ser supervisadas y aprobadas por un médico graduado que en este caso actúa como docente (fl.173 y s.s).

Por solicitud del entonces procesado para establecer las advertencias del Dr. León Carrero sobre la sustracción de algunas hojas de la historia clínica de Magnolia Garzón se escuchó en declaración al señor Jesús Antonio Almario Tavera del Departamento de Estadística de María Inmaculada, a la Jefe del Departamento de Enfermería Marlón Estela Melo Núñez y al médico general de la misma institución Raúl Peña quienes no concretaron nada al respecto (fls.249 al 259).

El Dr. Hernán Gómez Hermida, director del hospital María Inmaculada de Florencia conoció lo referente al caso de Magnolia Garzón en virtud de que ayudó al procedimiento que había iniciado el Dr. León Carrero. La ayuda, explicó, era para efectuar un procedimiento quirúrgico rápido. Indicó que desde su punto de vista médico en el hospital existen las condiciones para detectar un posible proceso infeccioso lo cual es necesario confrontar con la historia clínica de la paciente, que en el caso concreto intervino para ayudar a realizar una histerectomía subtotal, caso que considera de alto riesgo y que ameritaba ubicarlo en una Unidad de cuidados intensivos que al no existir en el hospital María Inmaculada requería que el médico tratante pusiera el máximo de sus capacidades para suplir esta falta de elementos de apoyo (fls. 260 al 263).

Con base en lo anterior no es posible atribuir al caso en estudio la omisión, por parte del instructor, de la búsqueda de la verdad material o que su labor estuvo revestida de parcialidad en la recolección y aducción de la prue-

ba. Todo lo contrario; lo que observa la Sala es que en las respectivas oportunidades procesales se realizaron todos los esfuerzos para la verificación de lo acontecido, lo que desvirtúa la violación del principio invocado.

La falta de razón del libelista y la ausencia de demostración de la irregularidad denunciada acorde a los parámetros aquí señalados, impiden la prosperidad de la censura.

2. *Cargos excluyentes.*

2.1 Primer Cargo.-

Reclama en esta oportunidad, por la vía directa, la falta de aplicación del artículo 21 del Código Penal porque, a juicio del censor, en este caso hubo interrupción de la causalidad.

Explica al respecto que la causa remota del fallecimiento se halla enfocada en la realización de la histerectomía por parte de su defendido, y según el sentenciador de segundo grado, la causa de la muerte fue 'insuficiencia suprarrenal aguda a consecuencia de peritonitis y cuadro de Waterhouse Friderichsen. La peritonitis fibrinopurulenta fue ocasionada por la infección de la histerectomia (cesárea) practicada por atonia uterina. Fue encontrada en la médula ósea y en el bazo, infiltración leucémica'.

Estima el libelista que el proceso leucémico funcionó como causa desencadenante de la muerte, "luego entonces la causa que inicialmente estuvo en el comportamiento del procesado se interrumpió en el proceso evolutivo muerte, ocasionando ésta una concausa identificada como leucemia presente en la paciente, nunca antes descubierta ni sospechada a pesar de los exámenes clínicos que se le practicaron...".

El censor no solo desatiende la necesidad de no cuestionar los hechos ni las pruebas -lo que sería suficiente para desestimar la censura- sino que formula hipótesis que no consultan las consideraciones del fallo. El sentenciador descartó por completo que la causa del fallecimiento haya sido la leucemia y señaló que en la autopsia realizada por el Dr. Dimas Contreras (fl 178 c.o) se establece como causa del deceso peritonitis y cuadro Waterhouse Friderichsen que conllevó a la insuficiencia suprarrenal aguda. Por lo tanto era desde esa óptica que debió formular el reproche y no desde su personal apreciación.

Nótese además cómo no le asiste razón al libelista al afirmar que "El proceso leucémico funcionó aquí como causa desencadenante de la muerte de la paciente, lo cual no ha sido puesto en tela de juicio", pues el juzgador advirtió que aún cuando se aceptara en gracia de discusión la presencia de la leucemia, estimó negligente la conducta del Dr. León desde un comienzo antes de practicar la cesárea, al no haber solicitado los exámenes indispensables (cuadro hemático, prueba de circulación y parcial de orina) antes de la cirugía que lo hubieran podido alertar sobre la existencia de la enfermedad y tomar las precauciones necesarias. Iguales consideraciones hizo respecto de

la Dra. Mahecha Mahecha y agregó que por el hecho de existir la leucemia no quería decir que necesariamente Magnolia Garzón tuviera que fallecer.

Lo anterior significa que si fue un hecho debatido y descartado en el fallo como causa de la muerte que se les atribuyó a los procesados. Para ello, repárese en el siguiente aparte del fallo de primer grado.

"Igualmente alegan los profesionales del derecho que la muerte no se debió a una infección, toda vez que medicina legal afirmó que no había pus, o sea que no existía peritonitis; cómo es posible que la defensa recurra a disfrazar las pruebas que legalmente se han allegado al protocolo, si la autopsia es muy clara en asertar la realidad determinante del deceso de Magnolia, y en ninguna parte aparece que no haya existido pus, y menos peritonitis, si precisamente esto fue lo que conllevó la muerte" (fl 491 c.o).

Ahora, como bien lo afirma la Delegada, la aplicación de la norma reclamada en la censura por el fallador, es evidente pues él describe, conforme al análisis en conjunto de los hechos y las pruebas, cómo el resultado muerte tiene un nexo con la conducta del procesado. El siguiente aparte del fallo de primer grado, es una muestra de esa situación:

"Por otra parte existe negligencia por omisión del Dr. León Carrero respecto del descuido total que tuvo con su paciente Garzón Rodríguez; esto es si se observa la historia clínica tantas veces mencionada, después de la intervención quirúrgica, [...], donde no se realizaron los controles normales de posoperatorio haciéndose de la siguiente manera: el día 24 de junio de 1993, a la hora de las 7:40 p.m., (folio 39 c.o) la paciente presentó 38° grados centígrados de fiebre, la cual concuerda con las notas de enfermería (folio 40 fte. Y 40 vto. c.o), sin embargo se halla que a partir de ese momento (día 24 de junio) no se hizo un seguimiento detallado de la temperatura de la señora Garzón Rodríguez, como sería el caso realizarle una curva térmica; hasta el momento en que se le dio la orden de salida, días estos (23, 24, 25, 26 de junio de 1993) en que la señora Magnolia presentó un cuadro febril irregular en un posoperatorio, con abdomen abierto, en la cual se debió sospechar infección como causante de su fiebre, por ello el Dr. León al darle la salida debió haber realizado curva térmica y estar más seguro de que la paciente estuviese estable y afebril y no haberle dado la orden de salida en tales condiciones y sin un control posoperatorio adecuado, máxime si la familia de Magnolia refiere desde el día de la salida de dicho centro hospitalario que ella persistía febril. [...] fue imprudente el Dr. León cuando a sabiendas de todo un proceso quirúrgico delicado pues así lo reporta la historia clínica, concederle prematuramente la salida del hospital a la paciente Garzón Rodríguez.

Como se ve no hay motivo para desvincular al procesado León Carrero de la responsabilidad que le corresponde por la muerte de Magnolia Garzón, porque la infección que invadió sus órganos tuvo origen en la histerectomía que dicho profesional le practicó, quien no tomó las debidas precauciones antes y después de la intervención quirúrgica que le garantizaran una comple-

ta recuperación a la paciente, con lo cual ocasionó que su salud desmejorara por la propagación de la infección. Sostener lo contrario, es desconocer los hechos y las pruebas que sustentan la sentencia y de esa manera aparece contrario a la lógica, pretender demostrar su ilegalidad.

2,3- Segundo cargo.

Al amparo de la causal primera acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho originado de un falso juicio de existencia, por haberse ignorado el hecho probado a través de las versiones de los procesados, así como del internista Dr. Cubillos, que en el Hospital la Inmaculada de Florencia se encontraban establecidos los turnos de disponibilidad permanente de 24 horas durante ocho días, de 7am del día martes a 7a.m del nuevo martes. Que por tanto, "en el tratamiento médico institucional prodigado a Magnolia Garzón cuando reingresa, esto es en los ocho (8) días subsiguientes que comprendían el turno de la Dra. Mahecha, ninguna injerencia o relación causa efecto podía tener el doctor José Vicente León Carrero, pues había sido totalmente ajeno a ese proceso en ese interregno y por consiguiente no se le podía imputar el agravamiento de la salud de la paciente social".

No es cierto lo afirmado por el casacionista. Es más; para el juzgador aparece incomprensible la conducta del procesado al tratarse de escudar en el hecho de que no se encontraba en turno y que en ese momento lo cubría la Dra. MAHECHA y entonces cuestiona lo referente al juramento hipocrático, siendo que en sus manos se encuentran son vidas humanas y que por lo tanto se debe hacer hasta lo imposible para salvarlas y no, que de un momento a otro por el hecho de no estar en turno, se descargue la responsabilidad en la persona que lo esté en ese momento. (cfr fl 488 c.o)

Cuando la censura parte de una premisa que no coincide con los fundamentos de la sentencia, como en este caso, resulta imposible intentar una respuesta por parte de la Sala, porque no es del caso analizar en esta sede el criterio del censor quien al parecer no está conforme conque el juzgador haya calificado como una falta a la responsabilidad ética de los profesionales de la salud el tratar de escudarse en una orden administrativa que obedece a la organización del hospital.

En conclusión, el cargo no prospera.

Demanda a nombre de Mireya Mahecha Mahecha.

Cargo único

El cargo formulado contra la sentencia del Tribunal por errónea apreciación de las pruebas que menciona el censor, no contiene la demostración de que esa colegiatura incurrió en yerro alguno atacable en casación sino la inconformidad, que es común a todo el escrito, de que se haya tenido como causa de la muerte de Magnolia Garzón Rodríguez la insuficiencia suprarrenal aguda y no la leucemia. Por tanto, desde ya debe decirse que la demanda no tiene vocación de prosperidad.

Según el casacionista el artículo 329 del Código Penal resultó erróneamente aplicado debido a la apreciación que esa colegiatura hizo de la historia clínica de la paciente Magnolia Garzón Rodríguez, la remisión de ésta a un centro de Salud de Bogotá, el Registro Civil de defunción, el protocolo de necropsia y los testimonios de los doctores Hernán Gómez Hermida y Enrique Cubillos Mariño.

Lo que sigue como desarrollo de la censura, es la inadmisible pretensión del libelista de querer imponer su personal criterio al del juzgador antes que la demostración de un error manifiesto y trascendente sobre el aspecto material de la prueba. Olvidó que la casación no es una instancia para revivir un debate probatorio, ni rebatir la credibilidad asignada a los elementos de convicción que sirvieron para estructurar la sentencia que se objeta.

Dice el recurrente que el Tribunal al atribuir a su representada descuido, negligencia y faltas a la ética en relación con la paciente Garzón Rodríguez, parte del "supuesto" de que una remisión a tiempo hubiera podido prolongar su vida útil, así padeciera leucemia. Y respecto a la deducción de la colegiatura relativa a que lo indicado, una vez evidenciada la infección, era remitir a la paciente sin demora a Santa Fe de Bogotá antes que ésta invadiera sus órganos, según él, la saca del cotejo de varias pruebas documentales que no permiten llegar a esa conclusión y entonces las coloca a decir lo que en realidad no dicen.

Pese a tan contundentes afirmaciones, no se encuentra evidencia de cómo el fallador distorsionó el contenido de la historia clínica o el estudio de patología, ni la nota remisoria de la paciente o el certificado civil de defunción en su significación objetiva. Se dedica más bien, a destacar cómo en el protocolo de necropsia se da razón de la leucemia que padecía la paciente. Y cómo de la fraccionada apreciación que él - no el Tribunal - hace de algunos apartes de la declaración del Dr. Jaime Barreto Montoya (residente en el Instituto Materno Infantil en ginecología y obstetricia para la época de los hechos), se concluye que este profesional no determina la causa de la muerte de Magnolia Garzón, pues no da como cierto que el motivo haya sido la infección, sino que la deja en el campo de las probabilidades.

Luego con la intención de demostrar que no hubo negligencia en el actuar de su defendida, destaca el contenido de la necropsia en la que se indica que al ingreso del Instituto Materno Infantil "...se le inicia tratamiento de antibióticos, dopamina...", los mismos que su defendida le formuló. Igualmente apela a la manifestación del Director del Hospital María Inmaculada de la que, según él, se desprende que en dicha entidad no era posible practicar un examen de leucemia y que por tanto esa omisión y conducta no podía atribuírsele a la Dra. Mahecha Mahecha.

Hasta aquí los razonamientos del actor no logran desenvolverse de la manera como la técnica de casación lo precisa, pues no es posible saber cuál es el error que pretende demostrar, ya que a conveniencia suya elude por completo los razonamientos del fallador. Mucho menos se puede esperar que

demuestre su incidencia en la decisión y de qué manera afectó los intereses de su defendida.

Para la Sala no remite a dudas que la objeción al fallo por la presunta distorsión de algunas pruebas, lo es definitivamente por el mérito otorgado por el fallador, quien al evaluar el acervo probatorio lo único que debe observar son las reglas de la sana crítica y por ello esta clase de inconformidades resultan plenamente inadmisibles, como cuando reprocha al Tribunal haber valorado la necropsia "como una verdad evangélica" y para desvirtuar este grado de convicción, con el que el censor no está de acuerdo, se apoya en conceptos doctrinales para deducir de allí que "diagnóstico, dictamen y necropsia son insuficientes para establecer desde el punto de vista penal, una relación de causa a efecto".

Esta táctica del censor no tiene objetivo diferente que el de convencer, a estas alturas, que su defendida no tenía por qué diagnosticarle ni tratarle a la paciente la leucemia, argumento que aparece plenamente inconciliable con la estructura del fallo.

Concluyese de lo anterior, que los planteamientos resultan equivocados y muy lejos de poder demostrar la distorsión del contenido fáctico de la prueba refutada pues en esta sede resultan infructuosas opiniones acerca de la estimación que quiera darle quien plantea el ataque, sino que su análisis debe atender a la dada por el sentenciador, para lo cual, además, es indispensable tener en cuenta todos los elementos que incidieron para la certeza del establecimiento del fallo.

De allí que sea pertinente recordar cómo a lo largo del proceso, desde la calificación del mérito del sumario, se ha tenido que la muerte de Magnolia Garzón Rodríguez se debió a que presentó "un cuadro de sepsis o infección que afectaba los sistemas del organismo y se fueron diseminando hasta ocasionar una falla multisistémica debido al síndrome de Waterhouse Friedrichsen, que es la falla en el funcionamiento orgánico general debido a la lesión de la glándula suprarrenal", tal como se desprende de la autopsia (fl 338). O, como lo estableció el juzgador que profirió el fallo de primera instancia al referirse a la materialidad de la infracción, aludiendo, entre otras pruebas:

1. Al certificado individual de defunción suscrito por el patólogo del Instituto Materno Infantil, "donde se informa que el estado patológico que produjo la muerte fue "Falla multisistémica" con la cual permaneció aproximadamente 3 días siendo las causas antecedentes Endomiometritis aguda con la que permaneció, más o menos 7 días y endomiometritis poscesárea con el mismo lapso fl 5 c.o"

2. La "Autopsia Clínica fl.178 correspondiente al cadáver de Magnolia Garzón Rodríguez, en donde se observan las siguientes notas y conclusiones "1. Peritonitis fibrinopurulenta secundaria a infección de histerectomía (Cesárea) practicada por atonía uterina. 2. Síndrome de Waterhouse

Friderichsen (Insuficiencia suprarrenal aguda secundaria a necrosis hemorrágica bilateral) 3.- Septicemia, peritonitis, hígado con filtración con polimorfonucleares, insuficiencia suprarrenal aguda. 4. Hemorragias pulmonares alveolares. 5.- Daño alveolar difuso. 6.- Síndrome Mieloproliferativo crónico.- Por autopsia se encuentra peritonitis y cuadro de Waterhouse Friderichsen, lo que le llevó a insuficiencia suprarrenal aguda, causa última de la muerte". (fls 464 y 465).

En lo atinente a la responsabilidad de los procesados, con base en la abundante prueba documental y testimonial, al referirse a la doctora Mahecha, se analizó, con fundamento en la historia clínica de la paciente Garzón Rodríguez:

1. Que reingresa al Hospital María Inmaculada con edema generalizado, con temperatura de 38° centígrados y es atendida por la Dra. Mahecha Mahecha, Gineco, obstetra que se encontraba de turno.

2. Que existiendo valoración por el médico internista Dr. Jorge Enrique Cubillos - (cfr fl 63), en la que consignó que la paciente presentaba para el día siguiente a su reingreso, es decir el 30 de julio, sepsis abdominal agudo, continuaba aplicando únicamente antitérmico, sin que se preocupara por suministrar otro tratamiento eficaz para erradicar el foco infeccioso.

3. Que el vómito persistía y que en ningún momento la paciente evolucionaba satisfactoriamente en el lapso comprendido entre el 29 de junio y el 6 de julio, sin responder al tratamiento médico suministrado y más aún cuando los familiares de la paciente insistían en que se ordenara su remisión para Bogotá.

De igual manera se descartó, conforme al análisis del material probatorio y más concretamente de la autopsia realizada por el Dr. Dimas Denis Contreras Villa, ya transcrita, que la causa de la muerte de Magnolia Garzón Rodríguez fuera el padecimiento de leucemia.

Como se ve, los razonamientos acerca de la manera como ocurrieron los hechos, no pasan de ser el punto de vista del censor que carecen de la objetividad requerida para desvirtuar el acierto y la legalidad de que se encuentran revestidos los fallos. El demandante, pretendiendo mostrar otra óptica desde la cual pueda analizarse la conducta de su defendida, obviamente para mostrarla ajena de toda responsabilidad, asegura que no conocía que la paciente era leucémica y que por ende no hubo negligencia en el tratamiento y formulación de la enferma.

La negligencia que se le atribuyó a la Dra. Mahecha Mahecha, contrario a lo que piensa su defensor, estuvo cimentada en no haber suministrado el tratamiento médico adecuado y diligente a la paciente cuando ésta reingresó al centro hospitalario, porque presentaba infección puerpal quirúrgica, según su diagnóstico, conforme lo manifestó en su injurada, y según la valoración que se llevó a cabo por el médico internista Dr CUBILLOS, quien diagnosticó sepsis abdominal agudo. Entonces no erradicó de inmediato el foco infeccioso. Ni conociendo los antecedentes de la paciente ordenó la remisión a Bogotá,

una vez hizo la valoración a sabiendas de que el Hospital María Inmaculada carece de la Unidad de Cuidados Intensivos como ella misma lo afirmó y aún más si los familiares de la paciente así se lo solicitaban. Mantuvo a la paciente en el centro hospitalario imprudentemente durante siete (7) días, lo que condujo a su gravedad por la sepsis abdominal aguda que presentaba.

Ahora: señala el Tribunal que en la historia clínica no aparecen cultivos a la sangre y orina de Magnolia Garzón y que si se le hubieran hecho, los antibióticos hubieran controlado la infección porque ya eran específicos y no de tanteo. Entonces el descuido y la negligencia que predica el fallador en el trato de la paciente, los radica en que una remisión a tiempo hubiera podido prolongar su vida útil; pues en el ochenta por ciento de los casos de leucemia aguda se puede reanudar su vida por un tiempo prudencial, controlando los síntomas. Entonces la leucemia no sirvió como excusa de la negligencia con que fue tratada la paciente Garzón Rodríguez.

Tampoco prospera la impugnación cuando el censor califica de errada la apreciación del Tribunal sobre el quebranto, por su defendida, de la Ley 23 de 1981, y del Decreto Reglamentario 3380 de 1981 por falta de cuidado y responsabilidad y por no disponer de la remisión de la paciente. Sostiene que no recoge hechos reales como el contenido de la historia clínica, ni lo que su representada hizo constar en los exámenes que ordenó. Pero no identifica ni lo uno ni lo otro y trata de atribuir responsabilidad a la falta de recursos del hospital. También se dedica a realizar una serie de consideraciones acerca de la actividad desplegada por la Dra. Mahecha Mahecha con respecto a la paciente, con el fin de desvirtuar la conclusión del Tribunal, lo que finalmente no asegura la suficiencia del cargo.

La violación de esa reglamentación por parte de los profesionales de la salud tiene que ver con su comportamiento frente al paciente y con el tratamiento que se le proporcione, lo que involucra una serie de aspectos como los medios que utilice y la información de que se sirva para otorgar el apropiado.

El Tribunal, respaldado en conceptos doctrinales sobre la materia, hizo alusión a los aspectos que se deben tener en cuenta en el manejo del caso específico de un paciente, todo lo cual se concreta en el deber de cuidado y en los eventos en los cuales se infringe ese deber de cuidado. (cfr fls 124 y ss Cdno 2ª instancia).

Frente a esa situación, el censor no demuestra cómo a causa de la distorsión de los medios de prueba por él referidos se podría detectar que su prohijada observó el deber de cuidado, atendiendo a la paciente de manera diligente, haciendo uso de sus capacidades de acuerdo con sus conocimientos. La demanda se quedó en el campo de los argumentos de probabilidad y de ahí que sea inminente su rechazo.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y 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, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Exigencias técnicas/**DEFENSA TECNICA**-Actuación pasiva del profesional/ **DERECHO DE DEFENSA**

1. Dentro de la técnica propia del recurso, con el falso juicio de identidad se espera que en la sustentación se demuestre que el fallador alteró el contenido de la prueba, esto es, que le haya dado un alcance mayor o menor del que realmente tiene; con falso juicio de existencia el impugnante se obliga a demostrar que el sentenciador omitió la consideración de una prueba, o tuvo en cuenta una que no existe materialmente en el proceso.

2. La pasividad del apoderado no puede considerarse per se como negación de defensa o negligencia, porque la experiencia enseña que un suficiente acopio probatorio convincente puede llevar a asumir esta clase de postura

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

Magistrados Ponentes: Dres. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón* y *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 153 Proceso No. 12909

1. El 23 de noviembre de 1995, un Juzgado Regional de Medellín condenó a Pedro Giovany Botero Zuluaga y a Arnulfo Antonio Torres Jaramillo, como coautores de concierto para delinquir y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas. Les impuso 13 años de prisión, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas durante 10 años, les negó la condena de ejecución condicional y decretó el decomiso definitivo, en favor del Estado, de los elementos incautados.

2. Apelaron los dos procesados y el defensor de Torres Jaramillo, y ellos mismos sustentaron el recurso interpuesto.

3. El 22 de mayo de 1996, el Tribunal Nacional confirmó la decisión impugnada. Notificados, los señores Botero y Torres "apelaron" y el Tribunal concedió el recurso de casación.

4. Los defensores sustentaron el recurso presentando las demandas correspondientes, la Corte las halló formalmente ajustadas y la Sala, ahora, se ocupa de su estudio de fondo.

Hechos

El 8 de julio de 1993, el jefe de la unidad investigativa presentó al Fiscal Regional Delegado del C.T.I., una solicitud para el allanamiento y registro de los inmuebles localizados entre las carreras 30 a 28 y las calles 71A a la 69 de la ciudad de Medellín, con el fin de lograr el decomiso de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, las que venían siendo utilizadas por una banda conocida con el nombre de "La Treinta".

Autorizados los operativos que incluyeron las órdenes de allanamiento solicitadas, el 12 de julio siguiente fueron capturados Arnulfo Antonio Torres Jaramillo, Pedro Giovany Botero Zuluaga, Edisson Giovanny Jaramillo Zuluaga y Oswaldo de Jesús Yepes Montoya y se incautaron diversas armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de defensa personal.

Actuación Procesal

1. El Fiscal Regional Delegado ante el Cuerpo Técnico de investigación judicial de Medellín en resolución de julio 14 de 1993 dispuso la apertura de la investigación y la orden de vincular mediante indagatoria a los dos primeros, en tanto que los dos últimos, dada su minoría de edad, fueron puestos a disposición de la Unidad de atención al menor infractor de esa ciudad.

2. Torres Jaramillo y Botero Zuluaga fueron oídos en indagatoria el 15 y el 16 de julio, respectivamente, y se les impuso medida detentiva el 23 de los mismos mes y año, como presuntos responsables de infracción al artículo 7o. del decreto 1080 de 1988, modificado por el artículo 2o. del decreto 1194 de 1991, y porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y de defensa personal. Ante la apelación interpuesta, la decisión fue ratificada.

3. El 10 de junio de 1994, la Fiscalía cerró la investigación, el Ministerio Público y el defensor de Botero Zuluaga presentaron estudios precalificatorios, y el 26 de julio de 1994 profirió acusación contra los dos procesados por concierto para delinquir (artículo 7o. del decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991) y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares y de defensa personal (artículos 1o. y 2o. del decreto 3664 de 1986).

4. Impugnada la decisión, fue confirmada parcialmente el 20 de octubre de 1994, tras excluir de la calificación el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

5. Adelantada la etapa del juicio por un Juzgado Regional de Medellín, se dictó la sentencia ya mencionada, que fue aprobada por el Tribunal Nacional en la forma anteriormente indicada.

LAS DEMANDAS

1. Demanda a nombre de Pedro Giovany Botero

El proponente plantea dos cargos que enuncia en el capítulo de las causales así:

a) Causal primera de casación, violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 7o. del decreto 180 de 1998, "del concierto de sicarios o terroristas", por cuanto los hechos no son adecuables al mismo, con lo cual resulta atípica la conducta.

b) Subsidiariamente, igual imputación, por indebida aplicación del artículo 7º del decreto 180 de 1988 y la correlativa falta de aplicación del artículo 247 del C. de. P. P.

En cuanto al cargo a), observa: (1) No existe en el informativo prueba alguna que señale que su representado haya formado parte de una banda de sicarios ni de terroristas. (2) Lo único que consta de ello es que le fueron encontradas unas armas de fabricación casera o hechiza, como dos changones y una granada, cuyo estado de funcionamiento no fue demostrado como para concluir su potencialidad de causar ruina, devastación o destrucción colectiva. (3) Aparte del resultado del allanamiento y de lo expuesto por el investigador que lo realizó, solamente obran en contra de su defendido las declaraciones de Alberto Sierra Uribe, las de los menores Edison Giovanny Jaramillo y Oswaldo de Jesús Yepes y la rendida por un testigo con reserva de identidad. (4) Se incurrió en falso juicio de identidad en la valoración de los testimonios, porque: (4.1) En relación con Alberto Sierra: se distorsionó su contenido pues que en parte alguna hace referencia a la existencia de la "banda de la 30", y mucho menos a que el procesado participara en actividades delictivas atribuidas a tal grupo. Tan es así, agrega, que por esa razón el juzgador partió de los mínimos en la dosificación de la pena impuesta, aparte de que no registra antecedentes penales de ningún orden. (4.2) En torno del menor Edison Giovany Jaramillo resalta que si tenía conocimiento de la "banda de la 30", explica que si bien sus integrantes quisieron entrar al barrio, las autoridades se lo impidieron. (4.3) En cuanto al dicho del menor Oswaldo de Jesús Yepes, afirma que fue distorsionado por el sentenciador, ya que cuando afirmó que los capturados pertenecían a la banda en cuestión, se refería a su "combo", esto es a los vecinos de la 30, 15 personas, sin jefe u organización. (4.5) Sobre las manifestaciones del investigador, expone que lo que éste oyó del testigo bajo reserva de identidad, fue distorsionado pues fue tenido como fundamento de existencia de la aludida banda. (4.6) Y en lo que atañe al testigo bajo reserva de identidad, subraya que al referirse a la individualización de "careloco" o Giovany, lo describió físicamente de forma muy distinta a los datos que al respecto se consignaron en la diligencia de indagatoria.

Al margen de lo expuesto, sobre pruebas diversas, y, por lo tanto, sin que haya contradicción, añade que se dejaron de tener en cuenta (falso juicio de

existencia), la respuesta del D.A.S. al investigador de la unidad correspondiente, en la que se le manifiesta que no se tienen noticias de que Arnulfo Antonio Torres Jaramillo o Pedro Giovanny Botero Zuluaga, pertenezcan a la banda de la 30, contestación semejante a la expresada por el jefe del grupo de inteligencia de la Sijín. De lo narrado en esas comunicaciones se deduce que ni siquiera las autoridades tenían conocimiento de la existencia de la banda, lo que, si hubiera sido atendido, habría permitido arribar a la conclusión según la cual no existía la banda de sicarios o terroristas.

Sobre la incidencia de los errores advertidos en el fallo y la forma de violación sustancial, argumenta que para la existencia de ese tipo de organizaciones se exige la plena demostración de las conductas desplegadas, lo que no aparece probado en el proceso. Por el contrario, agrega, las mismas autoridades con sus comunicaciones, parecen desvirtuar la existencia de la banda. Sin embargo, los falladores dejaron de lado las manifestaciones del principal declarante en los sentidos de que el "combo" no tenía dirigente ni organización y cada quien iba por su lado, lo que desnaturaliza uno de los elementos del tipo penal.

Insiste en que otro elemento de tipo se ve desvirtuado por el hecho de que las armas incautadas en la diligencia de allanamiento no fueron puestas a prueba para demostrar su potencialidad, aspecto que al igual redunda en la atipicidad.

Concluye que como consecuencia de los errores en mención, se aplicó indebidamente el art. 7o. del decreto 180 de 1988, por la ausencia de varios elementos del tipo penal. Solicita la casación parcial de la sentencia para que se reserve la condena únicamente por el delito de porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de las FFMM., con imposición de una pena de 3 años de prisión.

Sobre el cargo b), aduce: (1) El fallador incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia al suponer que de las pruebas relacionadas en la sentencia surgía la demostración de que su defendido efectivamente pertenecía a una banda terrorista, sin que en parte alguna exista el señalamiento expreso y los delitos que podrían atribuírsele a su representado, a tal punto que al momento de dosificar la pena, los juzgadores consideraron que se debía partir del mínimo en razón de que Botero Zuluaga no tenía antecedentes penales. (2) El juzgador supuso que de la versión suministrada por el menor Oswaldo de Jesús Yepes nacía la demostración de que su defendido había participado en los atentados a los que hizo referencia en su declaración, o que el combo de la 30 tenía una finalidad terrorista.

Posteriormente, el censor dice, y reitera, la incidencia de los vicios alegados, que circunscribe a que el fallo descansa exclusivamente en la declaración del testigo bajo reserva de identidad, pues el dicho del investigador se limita a repetir el contenido de ésta, por lo que resulta contrariado, en su concepto, el contenido del artículo 247 del C. de P. P., que prohíbe la imposición de una sentencia condenatoria con soporte exclusivo en ese tipo de pruebas;

adicionalmente, afirma que si bien es cierto en la sentencia se hace alusión a otras pruebas, ellas no ofrecen el grado de certeza exigido legalmente para inferir que su defendido hiciera parte de una banda criminal o que las armas incautadas tuvieran la potencialidad destructiva que exige el mismo tipo penal.

Para culminar, solicita la casación parcial de la sentencia con el fin de que se dicte el fallo de condena sustitutivo, exclusivamente por el delito de porte ilegal de armas, y se aplique una pena de 3 años de prisión.

2. *Demanda a nombre de Arnulfo Torres Jaramillo.*

Primer cargo. Con base en el artículo 29 de la Constitución Política, en relación con el derecho de defensa, nulidad, pues si bien se procuró a Torres Jaramillo un abogado en la etapa instructiva, la defensa ejercida por éste no pasó del plano nominal. Expone: (1) Ninguna actividad se desplegó por los defensores, primero porque al nombrado para la diligencia de indagatoria ni siquiera se le notificó la providencia que resolvió la situación jurídica, hasta el punto de que el recurso de alzada interpuesto contra ella fue elaborado por el propio procesado. (2) El abogado contractual que posteriormente designó el procesado, tampoco hizo ninguna solicitud de pruebas, ni asistió a diligencia alguna, ni presentó alegato precalificatorio, como tampoco memorial renunciando al cargo. (3) No puede decirse que la defensa recurrió a una táctica al guardar prudente silencio, pues la obstinada negativa del procesado a que se le vinculara con el grupo armado denominado "banda de la 30", imponía alguna actividad orientada a desvertebrar la imputación. De igual manera el señalamiento que se hacía de su representado como probable partícipe de una extorsión tentada que realizó a un comerciante de esa ciudad obligaba a solicitar pruebas que permitieran inferir o ratificar el grave cargo. (4) El defensor omitió establecer que no había ninguna coincidencia entre el Arnulfo que se sindicaba como jefe de la banda y el procesado; además de que precisamente no fue posible la comparecencia del testigo secreto, quien en fila de personas hubiera estado en capacidad de determinar la correspondencia entre uno y otro, y cosa similar ocurrió con el menor Yepes Montoya, pues sólo hasta la etapa del juicio se le requirió, teniéndose conocimiento de que había muerto en forma violenta. (5) Si bien es cierto que el procesado en la diligencia de indagatoria tuvo un defensor letrado y con posterioridad designó uno de confianza, la inactividad de uno y otro a lo largo de toda la etapa de instrucción hicieron nugatoria ese inalienable derecho a la defensa técnica que consagra la Carta Magna y que ha desarrollado en recientes providencias la Corte Constitucional. Dice que aún cuando se puede catalogar la defensa en la etapa del juicio como más eficiente, la inactividad en la fase sumarial la dificultó, hasta casi que imposibilitándola. (5) Apoya su censura en la causal tercera de casación y como corolario de ello, solicita se anule la actuación desde el mismo momento de la diligencia de indagatoria, conservando ésta su validez.

Segundo cargo. Causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del C. de. P. P. El actor ataca la sentencia impugnada, porque el juzgador consideró

plenamente acreditada la responsabilidad pero incurriendo en un falso juicio de identidad. Enfatiza que en el sistema de apreciación probatoria rige la libre persuasión, que no opera arbitrariamente sino acatando las pautas de la sana crítica, la lógica y las reglas de la experiencia. De esa manera, considera que se infringió indirectamente el artículo 445 de la ley procesal, por falta de aplicación, y que las normas que consagran los tipos y el concurso fueron indebidamente aplicadas.

Afirma su perplejidad ante la actitud del juzgador, que consideró como suficiente el dicho del testigo con reserva de identidad, y que desatendió las contradicciones que resultan al analizar las intervenciones de su defendido, de Yepes y del testigo reservado. Añade que ninguna otra prueba milita en el expediente en contra de Torres y que los dichos de Zoraida Beatriz Restrepo y Diana Ludiva Posada Cardona, que corroboran la presencia ocasional del procesado en el lugar del allanamiento, fueron desechados porque favorecían a éste.

Finalmente, solicita se case la sentencia y se profiera la de reemplazo, absolutoria.

El Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte desestimar la demanda presentada a nombre del procesado Giovanny Botero Zuluaga y, en lo que hace a la presentada a nombre del procesado Arnulfo Torres, se case parcialmente, decretando, por virtud del primer cargo, la nulidad de lo actuado, y se desestime el segundo cargo. Así conceptúa:

1. Demanda a nombre de Pedro Giovanny Botero.

Primer cargo. No tiene razón el censor, porque: (1) El testimonio de Alvaro Sierra Uribe no tuvo incidencia en ninguno de las dos sentencias. Como dicha declaración no fue tenida en cuenta en el estudio de la responsabilidad, tampoco podía ser distorsionada. (2) En cuanto al testimonio de Edison Giovany, que se dice fue objeto de falso juicio de identidad, no se determina en qué consistió la distorsión ni se indica la incidencia de dicha probanza en el fallo recurrido. Esa falta de profundidad repercute en la trascendencia del argumento. (3) Respecto de la declaración del menor Oswaldo de Jesús Yepes, la que sí fue determinante en el fallo de condena a efectos de cimentar la responsabilidad de los acusados, el censor se dedica a presentar su íntima percepción respecto a la forma como debió ser apreciada esta prueba, contrariando lo que con mejor sentido y lógica se elaboró por los sentenciadores. (4) La declaración del investigador del Cuerpo técnico de la policía no fue objeto de distorsión pues esta se presenta cuando, por agregados o supresiones, se le cambia el sentido a la prueba sentido de la prueba, esto es, cuando se le pone a decir algo que no emerge de su contenido material. Es obvio que si la prueba reproduce los contenidos de otra, ello no significa que el juzgador, por tomarla como tal, la esté distorsionando; simplemente le da el valor que corresponde como reproducción de la primigenia. (5) Es verdad que la

comunicación del D. A. S. no fue tenida en cuenta. Pero también lo es que el juez no está en la obligación de referirse a todas las pruebas, pues le basta con valorar aquellas que inciden en la demostración del hecho punible o en la responsabilidad del procesado, como emana del artículo 180-4 del C. de. P. P. Es obvio, además, que la prueba mencionada no tiene la significancia que pretende adjudicarle.

Segundo cargo. Observa: (1) El cargo contiene contradicciones esenciales, pues el libelista tras hacer un recuento de las pruebas que considera fueron la base del juicio de responsabilidad, insiste en que ésta se basó en una sola prueba (la del menor Oswaldo Yepes, pues la del agente investigador se contrae a su repetición); aparte de que esa aseveración no la hace en un contexto casacional definido, sí coloca de manifiesto la incoherencia argumentativa que predica, cuando en el capítulo previo del escrito, se esmeró en referir a las varias pruebas en que descansó ese juicio de responsabilidad, para deprecar de ellas un falso juicio de existencia en los términos expuestos. La contradicción argumentativa resta claridad a la censura en los términos del art. 225 del de C. de. P. P. (2) El casacionista se refiere al falso juicio de existencia, por suposición, partiendo de prueba existente en el plenario, pues él mismo reconoce su presencia, y la cita, centrando la suposición en que en su sentir, se colegiría una conclusión diversa. Fácilmente se aprecia el yerro.

2. Demanda a nombre de Arnulfo Torres.

Primer cargo. Se muestra de acuerdo con el censor en la inactividad total de la defensa técnica, y reseña lo ocurrido a tal derecho dentro del proceso, especialmente dentro del sumario, en el que se observa abandono absoluto de los apoderados y esfuerzo defensivo de parte del procesado.

Añade que para garantizar el derecho a la defensa, es necesario que se conjuguen la defensa material y la técnica en la actuación procesal, de suerte que a falta de alguna de ellas durante todo el proceso o en parte de éste, de inmediato se genera una circunstancia de anulación del proceso con base en lo previsto en el numeral 3o. del artículo 304 del C. de. P. P., como lo propone correctamente el libelista.

Segundo cargo. Advierte los siguientes reparos a la propuesta del censor: (1) La prueba se ha cimentado en indicios. Siendo así, el ataque requiere un medio especial, en razón a que como lo tiene dicho la Sala, su forma de ingreso y formación en el proceso no es igual al de las restantes pruebas. En el cargo que se revisa, no se reparó en la verdadera naturaleza de las pruebas edificantes de responsabilidad y se desarrolló un cuestionamiento en sede extraordinaria como si se tratara de un medio ordinario de convicción. (2) Las pruebas referidas por el actor no fueron las únicas en que descansaron las valoraciones indiciarias, y tratándose de una crítica a la apreciación probatoria, ella debe comprender todos y cada uno de los elementos en que se basa el reproche delictivo, pues de lo contrario se reporta un simple distanciamiento parcial insuficiente para derribar todos los fundamentos de

legalidad del fallo, dejando pervivir la doble presunción de legalidad y acierto que precede el estudio en casación a la sentencia revisada. De ahí que, por no lograrse el derrumbamiento de esta presunción, el fallo se mantiene incólume. (3) De otra parte se tiene, que en punto al fin último de violación a la ley que plantea el actor, de manera indirecta, con salto previo a la apreciación probatoria, nada aporta el libelista. Es así, que al consultar la normatividad sustancial violada a la que acude el libelo, sólo enunciativamente se sostiene que se aplicaron indebidamente las normas que recogen los tipos penales respectivos y la del fenómeno concursal, faltando por aplicar la prevista en el artículo 445 del C. de P. P., sin indicar a qué se refiere dicho precepto. Cuando se pretende la aplicación del *in dubio pro reo*, el casacionista está compelido, primero a demostrar yerros de apreciación respecto a las pruebas por parte del fallador, ya por evidenciarse un error de hecho o de derecho en sus diversas modalidades; segundo, a identificar tanto las pruebas que de una parte determinen la responsabilidad del procesado, como las que, *contrario sensu*, corroboran su compromiso judicial; hecho esto, en tercer lugar, debe dirigir esfuerzos a evidenciar que se genera una duda insalvable que debe ser absuelta a favor del procesado.

Termina diciendo que como el censor no se ocupó de esta temática, es claro que la respuesta se hace insuficiente al fin que persigue. El cúmulo de desaciertos enunciados resta cualquier aptitud de éxito al cargo presentado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Demanda a nombre del procesado Pedro Giovanny Botero Zuluaga.

Primer cargo. Violación indirecta de la ley sustancial, originada por supuestos falsos juicios de identidad y de existencia en la apreciación probatoria, que determinaron la aplicación indebida del artículo 7o. del decreto 180 de 1988, por ausencia de varios elementos integradores de dicho tipo penal. Bajo este enunciado, el libelista solicita la casación parcial de la sentencia impugnada, a fin de que se preserve únicamente en lo relativo al delito de porte ilegal de armas, con la consecuente disminución de pena, que reclama en un total de tres años de prisión.

El cargo no prospera, por las siguientes razones:

1. *Dentro de la técnica propia del recurso, con el falso juicio de identidad se espera que en la sustentación se demuestre que el fallador alteró el contenido de la prueba, esto es, que le haya dado un alcance mayor o menor del que realmente tiene; con falso juicio de existencia el impugnante se obliga a demostrar que el sentenciador omitió la consideración de una prueba, o tuvo en cuenta una que no existe materialmente en el proceso.*

2. El primer falso juicio de identidad lo radica, en que el fallador distorsionó las manifestaciones de Alberto Sierra Uribe, pues en parte alguna de dicho testimonio se hace referencia a la existencia de "la banda de la 30", y mucho menos que su defendido hiciera parte de las personas dedicadas al secues-

tro, a extorsionar o a ejercer alguna actividad terrorista, o que hubiera cometido algún delito.

En la sentencia de primera instancia, la única referencia que se hace al testimonio citado se circunscribe a lo siguiente:

"La antijuridicidad de la conducta objeto de estudio está plenamente demostrada no solamente con la declaración de un testigo secreto que dio bases para iniciar el proceso referenciado, sino que además existen como respaldo a éste tanto la indagación llevada a cabo por el investigador judicial No. 981, como las declaraciones rendidas en su turno por el señor Ignacio Alberto Sierra Uribe y los menores Edison Giovany Jaramillo Gallego y Oswaldo de Jesús Yepes Montoya (R.I.P.), en el sentido de que todos son concordantes no solo en señalar de manera genérica la existencia de grupos armados por el sector tantas veces mencionado, sino concretamente de la "banda de la 30" cuyos integrantes se dedicaban a causar perturbación entre la población con actividades reprochables desde el punto de vista penal pues no solo ponen en peligro sino que violan de manera constante el bien jurídico de la seguridad pública tutelado por las normas ya pergeñadas".

El sentenciador de segunda instancia se refirió al mismo testimonio para hacer la siguiente aclaración:

"De otro lado la razón sí debe otorgársele a la crítica que se realiza respecto de la vinculación de los procesados a la extorsión paralelamente investigada de la cual fue sujeto pasivo el señor Alberto Ignacio Sierra Uribe pues es cierto que de haberse establecido la vinculación de los procesados a la par del delito por el que finalmente fueron juzgados bien podrían estar acusados como responsables de la susodicha extorsión, aún cuando ello no obsta para que se compulsen las copias pertinentes a fin de que por la Fiscalía General de la Nación se continúe la investigación por dicha ilicitud, en caso de que la misma aún no haya sido perfeccionada".

Evidentemente, Sierra Uribe no hace alusión concreta a la "Banda de la 30", pero sí, aún cuando en forma genérica, a la presencia de grupos armados en el sector.

Al contrario de lo que afirma el censor, el testimonio citado no fue considerado en los fallos de instancia para deducir responsabilidad a su defendido por el delito que tipifica el artículo 7o. del decreto 180 de 1988. Por ello le asiste razón al Procurador cuando advierte que dicha prueba no tuvo incidencia en ninguna de las dos sentencias.

De otro lado, es cierto que el testigo Sierra Uribe no hizo referencia alguna a que el procesado Botero Zuluaga formara parte de las personas dedicadas al secuestro, a extorsionar o a ejercer alguna actividad terrorista, o que hubiera cometido algún delito, como lo dice el censor, pero también lo es, que tal afirmación no está contenida en los fallos de instancia. Por consiguiente, en este específico aspecto, no resulta acertado atribuir al sentenciador un falso juicio de identidad, en la medida en que no es posible deformar o dis-

torsionar el contenido de una prueba a la cual no se hizo referencia para efectos de atribuir responsabilidad. Esta afirmación es apenas lógica, por simple sustracción de materia.

De otra parte, en la sentencia recurrida únicamente se hace referencia al referido testimonio respecto de un eventual hecho típico totalmente al margen de la atribución de responsabilidad de los sindicados, como lo fue la decisión atinente a compulsar copias por la presunta extorsión de que fue objeto el declarante.

Siendo esta la única referencia que se hace al testimonio de Sierra Uribe, su incidencia en los fallos de instancia no guarda ninguna relación con la responsabilidad atribuida a los procesados por los delitos que se les imputa, y por ende, la censura emerge infundada.

3. En relación con el testimonio de Edison Giovanny Jaramillo Gallego, podría entenderse que lo que se plantea es otro falso juicio de identidad, censura que carece de desarrollo, pues el censor no precisa en qué radica la distorsión o tergiversación, como tampoco cuál es la incidencia del mismo en el fallo recurrido. Ante el vacío anotado, la Sala carece del punto de referencia indispensable para dar una respuesta de fondo.

El demandante en casación debe demostrar los cargos que le atribuye al fallo que cuestiona, de modo que carece de sentido lanzar afirmaciones en abstracto, que es a lo que se limita el censor cuando dice que el testigo en cita "fue enfático al manifestar que tenía conocimiento de la banda del Raizal, ya que los de la 30 si bien quisieron entrar al barrio, las autoridades no se lo permitieron, con la cual no demuestra ningún error atribuible al sentenciador.

4. En cuanto al falso juicio de identidad en relación con la declaración del menor Oswaldo de Jesús Yepes, por una supuesta distorsión que de su contenido hace el sentenciador, la Sala encuentra que le asiste razón al Ministerio Público cuando advierte, que la realidad es que sí fue determinante en el fallo de condena a efectos de cimentar la responsabilidad de los acusados, pues se trata de uno de los capturados que sindicó a todos los aprehendidos, incluyéndose él mismo, como integrantes de la susodicha banda, más lo que se observa del desarrollo de la crítica es que no se precisa el punto o puntos distorsionados de la versión, toda vez que el censor se dedica a presentar su íntima percepción respecto de la forma como debió ser apreciada esta prueba.

5. Otro falso juicio de identidad lo apoya en que la manifestación del Investigador del Cuerpo Técnico de la policía Judicial, nada diferente comprende a lo que él mismo le oyera al testigo secreto cuando personalmente le recepcionó la declaración; sin embargo, el juzgador de manera distorsionada consideró que ese dicho servía para establecer la existencia de la cuestionada banda.

Como se ve con absoluta claridad, el defensor se aleja totalmente de la temática propia del error de hecho por falso juicio de identidad por supuesta

tergiversación de su contenido material para cuestionar la valoración probatoria. Pero la equivocación no se queda únicamente en presentar el reparo y pretender sustentarlo con una argumentación que no corresponde, sino que además es evidente que confunde el hecho de poner a decir a la prueba algo que no emerge de su contenido material (tergiversación de la prueba) con la circunstancia de haberle otorgado mérito probatorio, cuestión que nada tiene que ver con el error de hecho aducido.

No sobra advertir, como también lo hace el Procurador Delegado, que lo dicho por el recurrente no corresponde al verdadero alcance que se le dio a esta declaración en las instancias, pues simplemente se le da el valor que corresponde como reproducción de la inicial.

6. Otro tanto puede predicarse de la crítica dirigida en el libelo al testimonio rendido bajo reserva de identidad, en el sentido de que la descripción física dada por el testigo en relación con la persona que respondía al nombre de Giovany, no concuerda con la del procesado, conforme se dejó reseñado en la diligencia de indagatoria, en la medida en que el impugnante no encasilla su inconformidad en ninguno de los errores de hecho o de derecho frente a la apreciación probatoria en sede de casación, pasando por allo los lineamientos técnicos que regulan este medio extraordinario de impugnación.

Corresponde al demandante precisar el error en que pudo haber incurrido el sentenciador y su trascendencia, y al no hacerlo, como aquí ocurre, desvirtúa el planteamiento de la censura.

7. Los falsos juicios de existencia los radica el censor en que se "dejaron de tener en cuenta" las comunicaciones procedentes del DAS de Antioquia, en la que informa no tener noticias de que los procesados hubieran pertenecido a la "banda de la 30", y la del Jefe del Grupo de Inteligencia de la Sijín que en la misma forma se expresó, toda vez que a su juicio, de lo narrado en esas comunicaciones, se deduce que ni siquiera las autoridades tenían conocimiento de la existencia de la banda, lo que hubiera permitido a los sentenciadores arribar a una conclusión diversa, o sea a la inexistencia del grupo organizado de sicarios o terroristas, y por ende, que su poderdante no podía hacer parte del mismo.

Esas comunicaciones no fueron tenidas en cuenta por los falladores. Pero no es cierto que de su contenido se pueda inferir la trascendencia que el censor pretende atribuibles, toda vez, que el hecho de no tener noticia de que los procesados hubieran pertenecido a la banda de la 30 no implica la inexistencia de ésta, como tampoco que los procesados no pudieran hacer parte ella.

La conclusión del libelista no encuentra respaldo frente al contenido de las pruebas que cita, cuya intrascendencia es tan manifiesta, que impide la prosperidad del falso juicio de existencia que acusa.

Cargo subsidiario. Este cargo tampoco prospera, porque:

1) La formulación contiene contradicciones insalvables, pues mientras asevera que la condena está basada exclusivamente en la denuncia del testigo secreto, en el capítulo previo del escrito hace referencia a las pruebas en que descansó el juicio de responsabilidad y predica de ellas falso juicio de existencia.

2) La indebida alegación se profundiza aún más cuando al finalizar la demanda expresa que "si bien es cierto que los fallos de primera y segunda instancia hacen referencia a deponentes distintos al testigo secreto, como se demostró, ellos no ofrecen el grado de certeza de que evidentemente mi poderdante hiciera parte de una banda de terroristas, que hubiese cometido diversidad de delitos y mucho menos, que aparezca demostrado en el proceso que los changones o la "granada", tuvieran la capacidad destructiva que exige el tipo penal".

Se pone así en evidencia cuán alejado se encuentra el escrito de propuesta de los requisitos del artículo 225 del C. de. P. P.

3) El error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de pruebas se da cuando sin que exista la prueba dentro del proceso, el juzgador la idea, la imagina, la inventa, y sobre ella descansa la determinación. Siendo ello así, era de esperarse, que el censor particra de prueba existente en el plenario, y señalara cuál de ella, incidente en el proceso, había sido inventada o imaginada. El demandante, sin embargo, reconoce que existen pruebas, y las cita, pero se limita a centrar su inconformidad en el grado de certeza, construcción que no se corresponde con el error enunciado.

4) En el desarrollo del ataque se pone de presente que en realidad no es que el sentenciador haya supuesto pruebas que incidían en la condena, sino que el libelista, frente al acervo probatorio existente, llega a unas conclusiones diferentes, con el ánimo de oponerlas a aquellas a que arribó el juzgador. Esta aspiración no es de recibo en casación, pues la Corte no puede actuar como una tercera instancia.

En las condiciones señaladas, la pretensión del libelista, encaminada a que se dé aplicación al inciso 2o. del artículo 247 del C. de. P. P., que establece que en los procesos penales de que conocen los jueces regionales no se podrá dictar sentencia condenatoria que tenga como único fundamento uno o varios testimonios de personas cuya identidad se hubiese reservado, no puede prosperar, pues en este caso concreto, no se dan los presupuestos para ello, toda vez que, como lo reconoce el casacionista, los fallos de instancia se apoyaron en deponentes distintos al testigo secreto, como se demostró, los cuales a su juicio, no ofrecen el grado de certeza, afirmación esta última que como resulta apenas obvio, no tiene la virtualidad de producir la inexistencia de las pruebas que sirvieron de fundamento a la condena.

2. *Demanda a nombre de Arnulfo Torres Jaramillo.*

Primer Cargo: Con apoyo en la causal tercera de casación, el impugnante solicita la nulidad del proceso con posterioridad a la diligencia de indagato-

ría de su representado, conservando ésta su validez, por absoluta inactividad de la defensa técnica durante la etapa del sumario, silencio total que no puede ser calificado como estrategia defensiva.

En criterio de la mayoría de la Sala, este cargo tampoco prospera, por lo siguiente:

1. En un Estado Social y Democrático de Derecho como se precia de ser Colombia, la persecución penal de sus nacionales debe atemperarse por el pleno ejercicio del derecho a la defensa materializado especialmente en la posibilidad de contradecir pruebas e impugnar decisiones judiciales brindadas a través de una adecuada asistencia técnica que aporte un profesional del derecho al interior de la actividad procesal, base y fundamento del proceso, de su legalidad y de su legitimidad, postulado que no se logra desnaturalizar por simples irregularidades e informalidades, o por el alegato *a posteriori* de insuficiencias de asistencia como resultado de estrategias defensivas elaboradas conscientemente según el particular saber jurídico, así otro experto en la misma ciencia tenga distinto pensar pues precisamente la misma amplitud que le brindan los postulados valorativos que imponen el análisis de los hechos y la interpretación de las normas positivas, posibilitan en sí mismos diversas alternativas para llegar a un mismo objetivo.

2. En este proceso al inculpado se le designó para que lo asistiera en indagatoria a un egresado de Facultad de Derecho, y al poco tiempo nombró un apoderado de confianza cuya labor ahora se ha calificado de meramente nominal con el argumento que no alegó ni interpuso recursos, ni solicitó la práctica de pruebas durante la investigación, sin tenerse en cuenta que como lo registra su firma a comunicaciones, supervigiló y estuvo expectante de la actuación, forma particular del ejercicio de la importante garantía que de seguro lo llevó a despreciar posibilidades activas de mayor registro objetivo pero, de acuerdo a su leal saber y entender, de menores frutos de cara a los intereses de su cliente.

3. El defensor que designó el procesado es un experto en derecho, conocedor exquisito de los ritos, las normas y la hermenéutica jurídica, quien fundado en esa amplia gama de virtudes adoptó como táctica defensiva esperar a que el Estado formulara los cargos para optar por el mejor despliegue que fue de omisión.

4. Y en una concepción integral, también se ejerció y de manera prolija está básico derecho en su acepción material pues el sindicado recurrió las resoluciones de situación jurídica y de acusación, solicitó la libertad y pidió pruebas en la fase sumarial, consiguiendo su ordenamiento, no obstante lo cual jamás se quejó de falta de asistencia técnica, actitud significativa frente a los cargos de indefensión realizados ahora.

5. No resulta razonable, además, pretender que un eficaz ejercicio de esa prerrogativa fundamental estribe en exigir del defensor actividades innecesarias y muchas veces contraproducentes por el mero prurito de requerirse acción.

6. *La pasividad del apoderado no puede considerarse* per se *como negación de defensa o negligencia, porque la experiencia enseña que un suficiente acopio probatorio convincente puede llevar a asumir esta clase de postura, como ocurrió con la tenencia de las armas de fuego.*

Precisamente sobre el tema, la jurisprudencia de la corporación sentó:

"Para el tema concreto planteado, esto es, la presunta violación del derecho a la defensa, no es suficiente extrañar que el defensor no hubiera pedido pruebas, o que no hubiera interpuesto recursos, o que no se hubiera notificado personalmente de las decisiones. Es necesario que se demuestre que con esa actitud se dejaron de allegar elementos de juicio fundamentales para la decisión, o que no obstante ser evidente que los intereses del procesado se lesionaron no hubo una oportuna impugnación".

"Es precisamente la ley procesal la que autoriza las notificaciones por estado. Igual aspaviento hace con la ausencia de recursos, desde luego sin intentar siquiera una explicación sobre por qué estima que si se hubiera recurrido el auto de detención, la resolución de acusación, o la sentencia, la situación del procesado hubiera sido mejor. Acaso ante la claridad de lo sucedido ¿era viable demostrar la no responsabilidad? O ¿se podía esperar una pena más benigna?".

"Hubiera sido interesante conocer qué fue lo que no hizo el defensor que afectó de manera tan grave, como para llevar a la nulidad, la garantía de la defensa técnica".

"La respuesta a los anteriores interrogantes ha debido formar parte de la sustentación del recurso, pues lo que se anotó en la demanda no es otra cosa que posibilidades procesales cuya trascendencia se ignora porque el actor no la mencionó, mucho menos intentó demostrarla".

"La actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y éste podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de que las que se pidan perjudican al acusado: o en donde no conviene recurrir dado el acierto indiscutible o la generosidad del fallador. Esos pueden ser también méritos de una buena defensa, y demostración de un comportamiento ético y serio de un abogado" (Cas. 13.029, Agosto 11 de 1998, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Segundo cargo. Como atinadamente lo propone el Procurador Delegado, este cargo no puede prosperar, primero porque el censor se limita a oponer sus razonamientos a los del Juzgador, respecto de la prueba testimonial "con reserva" y en relación con las contradicciones de los declarantes; segundo porque, en verdad, no demuestra ningún error predicable del mismo; tercero, porque las pruebas que quiere atacar el censor no fueron las únicas atendidas para proferir el fallo; y cuarto, porque sin desarrollar su pretensión frente al principio *in dubio pro reo*, omite la comprobación de los errores

apreciativos del Juez, ya de hecho, ya de derecho. De allí que le haya sido imposible demostrar la duda insalvable que hubiera querido predicar frente a su defendido.

De lo anterior se desprende la improcedencia del recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, (Salvamento de voto); *Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón,* (Salvamento de voto); *Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Señores Magistrados:

Al no ser compartido el proyecto presentado por el suscrito, que apuntaba hacia la declaración de nulidad por indudable quebrantamiento del derecho de defensa de Arnulfo Antonio Torres Jaramillo, me encuentro obligado a dar las razones de mi disentimiento. Son estas.

1. Si se observa la normatividad superior, la legal y la internacional que rige en Colombia, así como la filosofía de nuestra Constitución Política, del C. de P. P. y de los tratados sobre derechos humanos, se concluye con facilidad que el derecho de defensa se caracteriza por:

1.1. Existir durante toda la actuación.

1.2. Ser material, sustancial, es decir, real, más allá de la simple forma, cual rasgo, este último, distintivo dentro del importante pero mero Estado liberal.

1.3. Ser integral, total. Esto significa que siempre debe estar compuesta por la autodefensa o defensa personal, que realiza el imputado, sindicado o condenado, y por la técnica o letrada, desplegada, como regla general, por un profesional del derecho recto, ético, probo, preparado y comprometido con la función social que le corresponde al abogado que, en últimas, equivale a prestar colaboración eficiente y seria en la búsqueda de justicia. Las dos conforman una unidad inescindible que no puede ser desvertebrada.

2. Reunidas las exigencias anteriores, la defensa se debe realizar de acuerdo con los conocimientos, estrategia y táctica, o planes y programas de los encargados de ella, es decir, en especial, de quien ha recibido del Estado la bondad y la confianza de proteger a sus semejantes que caen en desgracia dentro del ámbito del derecho penal. Esa actividad puede ser activa o pasiva, poca o mucha, beligerante-respetuosa o parca, rápida o lenta. Pero debe existir.

3. En el asunto que convoca la Sala, ésta es la "actuación" de la defensa de Arnulfo Antonio Torres Jaramillo, joven de 22 años para el día de la indagatoria:

3.1. El 15 de julio de 1993, para la diligencia de injurada, se acudió, en su protección, a un egresado de derecho, inscrito en el Tribunal de Medellín el 3 de junio de 1992.

3.2. El 23 de julio de 1993 le fue resuelta la situación jurídica, con medida detentiva sin excarcelación, decisión que fue notificada personalmente al procesado, supuestamente al procurador, y por estado. Torres Jaramillo apeló y en escrito "a mano" sustentó el recurso. El fiscal concedió el recurso, no obstante la pobreza sustentatoria, reconocida por el propio funcionario.

3.3. El 12 de agosto de 1993, Torres Jaramillo otorgó poder a un abogado titulado que aceptó el mandato, fue reconocido y tomó posesión.

3.4. El procesado, sólo, solicitó la libertad por la vía del *habeas corpus*, petición que le fue negada y notificada personalmente. Apeló y, naturalmente, le fue rechazada la impugnación, por improcedente.

3.5. El 9 de junio de 1994, la fiscalía resolvió una solicitud de libertad hecha por Pedro Giovany Botero y para notificarla, citó también al defensor de Torres, quien no compareció.

3.6. El 10 de junio de 1994 fue cerrada la investigación. Puesta en conocimiento esta decisión, se enteraron los procesados y el Ministerio Público. El defensor de Torres fue comunicado y tampoco apareció.

3.7. Presentaron escritos precalificatorios el Ministerio Público, el defensor de Giovany Botero y Arnulfo Antonio Torres Jaramillo, nuevamente "a mano".

3.8. El 11 de julio de 1994, Torres solicitó libertad. Le fue negada. Para efectos de notificaciones, entre otros fue comunicado el defensor de Torres y tampoco asistió.

3.9. El 26 de julio fue calificado el sumario. Se le acusó, se citó al defensor, no concurrió y Torres apeló. Luego sustentó en escrito "a mano", ajado y remendado con cinta pegante. Como se sabe, el enjuiciamiento fue confirmado.

3.10. Abierto el juicio a pruebas, se informó al defensor de Torres pero tampoco se logró su comparecencia.

3.11. Torres Jaramillo otorgó mandato a otro abogado, que reconocido comenzó a actuar.

Obviamente, mientras todo lo anterior acontecía, la fiscalía practicaba pruebas.

Como se desprende de la relación anterior, Torres Jaramillo no tuvo defensa técnica, ni siquiera formal, durante toda la instrucción. Y también resulta de la actitud absolutamente pasiva del letrado que recibió poder, que no se trataba de una estrategia ni de una táctica. Basta decir que si ella se hubiera trazado, en algún momento habrían aparecido sus efectos, al paso que lo sucedido fue otra cosa: Torres le dio mandato a otro profesional. Y no podía tratarse de una táctica o estrategia defensiva porque el defensor jamás se presentó a la fiscalía, nunca asistió a notificarse, nunca presentó un escrito y, que se sepa en el expediente, ni siquiera físicamente se le vio frente al proceso así fuera en actitud negativa.

Es palmario, entonces, el abandono absoluto en que transcurrió la instrucción para el sindicado, desde el punto de vista de la protección letrada.

4. Se dice en la decisión de mayoría, en plural, que la defensa de Torres se notificó. La verdad es que lo único que aparece de "actuación profesional defensiva", es un sello y una firma sobre el folio 169, firma que, según la Sala, implica notificación pues la firma es similar a la que aparece al folio 101, como correspondiente al defensor designado por Torres. Dígase que, de una parte, no está probado que se trate de la misma firma y que, de otra parte, si lo fuera, lo cierto es que el defensor de Torres estaríase imponiendo del contenido de una resolución que negaba la libertad a otro procesado. Y nada más sobre el punto. Sólo eso.

5. Se agrega que el defensor de Torres era persona preparada, conocedora, virtuosa y hasta exquisita. Ello puede ser cierto. Pero en este proceso no hizo nada en pro de quien confiaba en él.

6. Se afirma igualmente que Torres ejerció su autodefensa, lo que en alguna medida es cierto. Pero ello no puede justificar el desconocimiento de abandono por parte del otro integrante de la "parte defensiva", es decir, de la protección profesional. Ni más faltaba que una supliera la otra. Y menos que la experta, la docta, pudiera ser subsanada con la "material".

7. Tampoco es cierto, como ya se adelantó, que el defensor hubiera acudido a una estrategia. Como decía el suscrito en los debates, la estrategia debe culminar ¡ y en el procesó culminó con el otorgamiento del mandato a otro profesional ! Luego lo hecho por el defensor inicial no podía ser su táctica.

8. Cierto que la defensa puede ser activa, pasiva, poca o mucha, pues todo depende, de un lado, del profesional encargado de ella; y, del otro, del cómo avance el proceso. Pero lo que se observa en este expediente es el abandono rotundo de Torres por parte de su defensor y no una manera de actuar en aras de la protección del defendido.

Lo anterior, que era lo inicial, era suficiente para proceder a casar la sentencia impugnada.

Con las palabras anteriores, cumplo mi deber.

De los Señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el comedimiento de siempre me aparto de lo decidido por la mayoría de la Sala en fallo de octubre 6 último, cuando éste no admite que con respecto al procesado Arnulfo Antonio Torres Jaramillo se violó ostensiblemente el derecho de defensa. Creo, pues, que ello sí se ha debido admitir y, en consecuencia, casarse parcialmente el fallo y declararse la correspondiente nulidad con relación a dicho procesado.

Como el Salvamento de voto del Honorable Magistrado doctor Alvaro Orlando Pérez Pinzón está, a mi juicio, prolijamente sustentado en la misma anunciada dirección de mi disenso, me adhiero al mismo y hago por tanto, mías sus razones.

Atentamente,

Edgar Lombana Trujillo
Magistrado.

(fecha, *ut supra*).

PARTE CIVIL-Interés para recurrir/SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD-Condiciones para su imposición

1. Si la pretensión de la parte civil busca beneficios resarcitorios es legítima, pero si consiste en mayor drasticidad en el tratamiento penal del procesado, sin incidencia alguna en los perjuicios, carece de interés para atacar la decisión por medio de la impugnación.

2. Como se acaba de señalar, el Tribunal podía revocar la absolución de (...), por apelación de la parte civil, lo cual implica condenarla a las penas respectivas, pero no es pertinente haberle impuesto la suspensión de la patria potestad, la cual es sabido consiste en la facultad que tienen los padres para representar a su hijo de familia, tanto procesal como extraprocesalmente, administrar su patrimonio y gozar los frutos que produce.

Su suspensión, con base en una sentencia penal, amerita una relación entre la conducta delictiva y el bien jurídico vulnerado o puesto en peligro, pues no es una medida común a todos los delitos ni una imposición general para los sindicados, además debe tenerse en cuenta su viabilidad y conveniencia y, sin perder de vista las funciones de la sanción señaladas en el artículo 12 del Código Penal, examinar la culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación, la personalidad del acusado, y la gravedad y naturaleza del hecho punible, para saber si sus hijos pueden resultar afectados en su seguridad, formación moral, tranquilidad o en otro de sus derechos (art. 44 C. N.).

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta N° 154 Proceso No. 12394

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en favor de la procesada Marta Lucía Osorio Quintero contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, que le revocó la condena de ejecución condicional y a Myriam Osorio Quintero la absolución y la condenó por falsedad en documento privado y estafa.

Hechos

En la ciudad de Pereira, Evelio Zapata Sánchez efectuó varios préstamos de dinero a Myriam Osorio Quintero y Marta Lucía Osorio Quintero, que fueron respaldados con letras de cambio, una por $600.000 y cuatro por $500.000 cada una, aparentemente suscritas por su progenitora Evangelina Quintero, el 20 de marzo, 26 de enero, el 7 de febrero, el 12 de marzo, el 7 de abril de 1990, respectivamente, pero que a la postre resultaron ser falsas sus firmas. Se libraron cheques para cancelar las obligaciones, los cuales fueron impagados por insuficiencia de fondos y cuenta cancelada. Para obtener los préstamos, además aparentaron ser las propietarias de un automotor que estacionaban al frente del establecimiento comercial que poseían.

Antecedentes Procesales

El Juzgado Quince de Instrucción Criminal de Pereira abrió investigación, oyó en indagatoria a Myriam Osorio Quintero, y declaró persona ausente a Marta Lucía Osorio Quintero; el 3 de enero de 1992 y el 12 de enero de 1993, respectivamente, ordenó sus detenciones preventivas (fs.131 y Ss. y 163 y Ss. cd. 1) concediéndoles la libertad provisional.

Cerrada la investigación, el 4 de octubre de 1994 la Fiscalía 14 Seccional les dictó resolución de acusación por los concursos de falsedad en documento privado y estafa (fs. 179 y Ss. ib.), providencia que adquirió firmeza el 26 de octubre de 1994.

Correspondió al Juzgado Sexto Penal del Circuito de esa ciudad adelantar el juicio y celebrada la audiencia pública, el 15 de abril de 1996 absolvió a Myriam Osorio Quintero de los cargos endilgados y condenó a Marta Lucía Osorio Quintero, por los concursos de falsedad en documento privado y estafa, a 15 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, multa de $ 10.000, indemnizar los respectivos perjuicios y le otorgó la condena de ejecución condicional (fs. 272 y Ss. ib.).

Apelada la sentencia por el representante judicial de la parte civil, el Tribunal Superior de Pereira revocó la absolución y condenó a Myriam Osorio Quintero, por dichos delitos, a 15 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, suspensión de la patria potestad por el mismo lapso y le concedió la condena de ejecución condicional, beneficio éste que revocó a Marta Lucía Osorio Quintero y confirmó lo demás, mediante decisión del 12 de junio de 1996, que es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo de la causal tercera de casación es formulado el cargo al fallo impugnado, al haberse incurrido en nulidad por carencia de competencia funcional, pues el Tribunal no podía revocar la condena de ejecución condicional otorgada a Marta Lucía Osorio Quintero, porque la parte civil fue la

única apelante y entre sus atribuciones no está la de impugnar decisiones sobre la libertad o detención del sindicado.

Sostiene que el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal delimita la competencia funcional del superior al establecer que la apelación le permite revisar solamente los aspectos impugnados y no se puede agravar la pena impuesta, salvo que la parte civil, cuando tuviere interés para ello, la hubiere recurrido. Agrega que el artículo 48 *ibídem* consagra las facultades taxativas de dicha parte, entre las cuales no aparece la de atacar providencias relativas a la libertad del procesado.

Considera que si la parte civil carece de legitimación en la causa, no alcanza a transmitir competencia al *ad quem*, quien al no adquirirla, no está facultado para decidir sobre la materia indebidamente impugnada y deviene en incompetente.

Aduce que las normas referidas fueron el medio de violación de los artículos 29 y 31 de la Carta. El último, en cuanto el *ad quem* no podía agravar la situación personal de la sindicada, por simple apelación de la parte civil e ilegitimidad de su pretensión.

Entonces, solicita casar parcialmente el fallo atacado y decretar la nulidad parcial, en cuanto revocó la condena de ejecución condicional concedida a su representada y declarar en firme la sentencia en este punto.

ALEGACIONES DE LOS NO RECURRENTES

La Procuradora 150 Judicial Penal dice que tiene razón el casacionista, porque el artículo 48 del Código de Procedimiento Penal no menciona que la parte civil pueda interponer recursos contra providencias que tienen que ver con la libertad del sindicado y la jurisprudencia no le ha reconocido interés para ello, salvo que incida en el reconocimiento de perjuicios, razón por la cual estima que se debe casar el fallo parcialmente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que no se debe casar la sentencia impugnada, porque además de la parte civil, la sentencia fue apelada por el Ministerio Público para solicitar la condena de una de las partes, lo cual impidió que fuera apelante único y colocó al Tribunal en la posibilidad de revisar la sentencia en su totalidad e introducir las modificaciones del caso. Y fue así como revocó el subrogado otorgado a Marta Lucía Osorio Quintero, sin que ello riña con la reforma en peor (art. 31 C. N.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por ley, la víctima o el perjudicado con el hecho punible tiene derecho a que le sean indemnizados los perjuicios irrogados, además de proporcionarle los medios para efectivizarlo a través de la constitución de parte civil en el proceso penal y le otorga facultades para participar en las diligencias que se

realicen, solicitar pruebas, presentar alegaciones e interponer recursos, pero su actuación debe estar de acuerdo con su razón de ser, como es el reconocimiento de los daños ocasionados con el delito.

Al respecto el inciso primero del artículo 48 del Código de Procedimiento Penal dispone:

> "Admitida la demanda de parte civil, ésta quedará facultada para solicitar la práctica de pruebas orientadas a demostrar la existencia del hecho investigado, la identidad de los autores o partícipes, su responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados. Podrá igualmente denunciar bienes del procesado y solicitar su embargo y secuestro e interponer recursos contra las providencias que resuelvan sobre las materias de que trata este artículo".

No obstante el contenido literal de la sección postrera de la transcripción, que otorga facultades a la parte civil para impugnar las resoluciones judiciales que resuelven sobre los aspectos señalados en la norma, su aplicación debe guardar armonía con la naturaleza de su interés y las pretensiones que persigue en el proceso penal, fuente de su legitimación, radicados en el agravio sufrido con la providencia, la que sirve para determinar cuál fue el interés afectado con ella.

Por lo tanto, *si la pretensión de la parte civil busca beneficios resarcitorios es legítima, pero si consiste en mayor drasticidad en el tratamiento penal del procesado, sin incidencia alguna en los perjuicios, carece de interés para atacar la decisión por medio de la impugnación.*

En el caso concreto, al contrario de lo conceptuado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, no fue la Procuradora 150 Judicial Penal quien apeló la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, sino únicamente el apoderado de la parte civil, con varias pretensiones: las revocatorias de la absolución de Myriam Osorio Quintero y del otorgamiento de la condena de ejecución condicional a Marta Lucía Osorio Quintero. La providencia en aquel aspecto obviamente lo desfavorecía al no poder obtener de esa procesada el pago de los perjuicios causados con el hecho punible, por lo cual tenía interés jurídico para controvertir la absolución, mientras que en el otro punto se observa que el fallo declaró la responsabilidad de una de las sindicadas y la parte civil no está legitimada para buscar con la alzada la privación de la libertad, porque, por lo general, la ejecución de la pena no tiene consecuencias en el reconocimiento de los daños inferidos ni en su cuantía, y cuando las tenga (v. gr. supedita el subrogado al pago de perjuicios), el recurso lo debe impugnar de manera explícita como no lo hizo el recurrente en la instancia ("... y en cuanto al subrogado de la condena de ejecución condicional de Martha Lucía en su condición de reo ausente...").

El *ad quem* tenía competencia para pronunciarse sobre la absolución mencionada, pero no estaba facultado para revocar el subrogado concedido

a Marta Lucía Osorio Quintero porque la parte civil no tenía interés para recurrir este aspecto de la sentencia, al no tener incidencia en el reconocimiento de perjuicios ni en su cantidad, de conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 34 de la ley 81 de 1993.

Esa falta de competencia, por el factor funcional, lleva a la prosperidad del cargo y torna írrita la sentencia en forma parcial, en lo que tiene que ver con la última revocatoria en mención, como se indicará en la parte resolutiva de esta providencia.

Casación oficiosa: *Como se acaba de señalar, el Tribunal podía revocar la absolución de Myriam Osorio Quintero, por apelación de la parte civil, lo cual implica condenarla a las penas respectivas, pero no es pertinente haberle impuesto la suspensión de la patria potestad, la cual es sabido consiste en la facultad que tienen los padres para representar a su hijo de familia, tanto procesal como extraprocesalmente, administrar su patrimonio y gozar los frutos que produce.*

Su suspensión, con base en una sentencia penal, amerita una relación entre la conducta delictiva y el bien jurídico vulnerado o puesto en peligro, pues no es una medida común a todos los delitos ni una imposición general para los sindicados, además debe tenerse en cuenta su viabilidad y conveniencia y, sin perder de vista las funciones de la sanción señaladas en el artículo 12 del Código Penal, examinar la culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación, la personalidad del acusado, y la gravedad y naturaleza del hecho punible, para saber si sus hijos pueden resultar afectados en su seguridad, formación moral, tranquilidad o en otro de sus derechos (art. 44 C. N.).

El Tribunal le impuso a Myriam Osorio Quintero la suspensión de la patria potestad por "ser indigna de ejercerla quien utiliza engaños y usa documentos adulterados para obtener ganancia económica." Hizo relación en forma abstracta a dos figuras delictivas, pero no se refirió a sus modalidades ni miró las repercusiones del comportamiento reprochado ni la personalidad de la sentenciada en las relaciones que mantiene con sus descendientes y no analizó todos los aspectos mencionados en el párrafo precedente. Se fundó en lo que consideró indigno de ejercer para la procesada, pero no tuvo en cuenta el otro extremo de esa relación, así se abstuvo de observar la forma de ser de la madre, revelada por la naturaleza y modalidades del delito y su influjo en los hijos, ni qué efectos negativos puede aún producir en ellos, que ameritaran suspenderle tal representación.

La decisión del *ad quem* llevaría a que todos los condenados por estafa o falsedad en documento privado, que sean padres de familia, habría que imponerles esa pena accesoria, con lo cual se llega a una generalización inadmisible, por no consultar los parámetros legales de individualización ni los fines de la sanción (art. 12 del C. P.).

Este defecto de la sentencia, no tiene incidencia en la estructura básica del proceso y se circunscribe a una parte del fallo, por lo cual será a través de la nulidad parcial que se subsane oficiosamente, como lo faculta el artículo 228 en armonía con el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

A mérito de lo expuesto y oído 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:

1° CASAR parcialmente la sentencia condenatoria impugnada, en el sentido de invalidar la revocatoria de la condena de ejecución condicional otorgada por el *a quo* a Marta Lucía Osorio Quintero, de acuerdo con la prosperidad del cargo formulado y, en forma oficiosa, dejar sin valor la suspensión de la patria potestad impuesta a Myriam Osorio Quintero.

2° Mantener en lo demás y sin modificación el fallo de segundo grado.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTAFA/CONTRAVENCION

Es incuestionable que las circunstancias que rodearon la dicitud revelan que desde un principio el procesado tuvo la intención positiva de cometer la estafa por el monto total de los comprobantes falsos, es decir, fue ideada una sola acción delictual ejecutable por etapas, obviamente para no despertar sospechas y asegurar el éxito de la empresa urdebida. De ahí que en lugar de hacer una sola consignación, se hubiesen hecho varias, por sumas relativamente pequeñas, con intervalos cortos y falseando numerosos pagarés, en cuantías discretas, como para no despertar desconfianza y evitar, así, mayores controles.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 154 Proceso No. 11695

Se pronuncia la Sala sobre el fondo del recurso de casación interpuesto por la defensora del señor Hugo Echeverry Marmolejo, contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria de la dictada por el Juzgado 19 Penal del Circuito de esta ciudad, que lo condenó a 56 meses de prisión, multa de $ 14.000, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la prisión, por los delitos de estafa agravada, falsedad en documento privado y falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, a la vez que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional. Igualmente lo condenó al pago de los daños y perjuicios causados con la infracción, pero se revocó lo relativo al plazo conferido para la cancelación de los mismos.

Hechos

Fueron consignados por el Tribunal en anterior oportunidad y transcritos en la sentencia recurrida así:

"1. El día 3 de diciembre de 1992, el Banco Cafetero sucursal Fontibón, abrió la cuenta corriente No. 04503031-9, a nombre de la firma 'Colombiana de Hoteles Ltda.', por solicitud de dos hombres que presentes se identifica-

ron como Carlos Aurelio Ordóñez Burbano y Agustín Ernesto Arreaza Gempeler, representantes legales de dicha compañía, quienes aportaron la documentación exigida por el banco".

"2. De acuerdo con el gerente de la sucursal Fontibón de la referida entidad bancaria, Víctor Enrique Triviño Morales, en el mes de Enero de 1993, esas mismas personas solicitaron a la entidad autorización para consignar comprobantes de Credibanco en la indicada cuenta corriente, lo que fue aceptado por 'Ascredibanco' ".

"3. Fue así como a partir del día 8 de Febrero de 1993, se realizaron consignaciones de Credibanco por valor total de $31'338.401,oo con base en pagarés relacionados con tarjetas de crédito del exterior, al parecer falsas".

"4. De esta manera, los delincuentes lograron el retiro de la referida cuenta corriente, por un total de $ 21'000.000,oo, lo que se efectuó desde febrero 11 de 1993, cuantía del ilícito".

"5. Se logró establecer además, que los sujetos habían suplantado no solo a la firma 'Colombiana de Hoteles Ltda'., sino a sus representantes legales, utilizando para esto último cédulas de ciudadanía espúreas (sic). Precisamente el día 23 de febrero de 1993, cuando se pretendía efectuar otro millonario retiro, se logró la captura del sujeto Hugo Echeverry Marmolejo, quien portaba cédula de ciudadanía a nombre de Agustín Ernesto Arreaza Gempeler, Director General de la citada empresa".

Actuación Procesal

La Fiscalía 130 de la Unidad Uno de Patrimonio Económico de esta ciudad declaró abierta la correspondiente investigación y vinculó mediante indagatoria a Hugo Echeverry Marmolejo, a quien le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de estafa y falsedad de documento privado, y le reconoció la libertad provisional.

Cerrada la investigación, en providencia del 26 de septiembre de 1994 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Echeverry Marmolejo, como presunto autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público agravado por el uso, falsedad en documento privado y estafa agravada por la cuantía. Reiteró la libertad provisional.

El Juzgado 19 Penal del Circuito tramitó la etapa del juicio y una vez practicada la audiencia pública, dictó la sentencia en los términos antes reseñados. Apelado este fallo por la defensora del procesado, el Tribunal le impartió su confirmación, salvo en lo relacionado con el plazo conferido para la cancelación de los daños y perjuicios.

La Demanda

La dama demandante invoca la causal 3ª. de casación, nulidad, y formula dos cargos contra la sentencia recurrida, así:

Primer cargo. La sentencia se profirió en un juicio viciado de nulidad por "falta de competencia del funcionario judicial para conocer del concurso hómogéneo y sucesivo de contravenciones denominadas estafas", causal consagrada en el numeral 1º del artículo 304 del C. de. P.P.

Fundamenta el cargo en los siguientes términos:

"Al tenor de lo dispuesto en el numeral 14 del Artículo 1 de la ley 23 de 1991, se asigna a los Inspectores Penales de Policía, o a los Inspectores de Policía donde aquellos no existan, y en su defecto a los Alcaldes, el conocimiento en primera instancia, de la contravención especial denominada Estafa, cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales".

"Cada uno de los pagarés o títulos-valores, tipifica tanto punibles de estafa como pagarés se encuentran probados y la cuantía de cada uno no supera los diez (10) salarios mínimos, por lo que estamos ante el mismo número de contravenciones y no de delitos, que son de competencia de las autoridades de policía".

"El artículo primero de la ley 23 convirtió en contravenciones especiales algunas conductas consideradas como delictuosas en vigencia del decreto 100 de 1980, entre las que se encuentra la estafa cuya cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos mensuales".

"El salario mínimo mensual entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 1993 era la suma de $ 81.510.oo (D. 2061de 1992) por lo que atendiendo el tope máximo establecido por la ley 23 de 1991 en el artículo 1 numeral 14, las estafas hasta de $ 815.510,oo, eran contravenciones y vemos que ninguno de los 11 pagarés cuyo concurso homogéneo y sucesivo se investiga, supera este monto",

Previa referencia a diversos pronunciamientos de la Corte, considera necesario precisar, "si se trató de una acción delictiva desarrollada en varios actos, o varias acciones constitutivas cada una de un delito o de una contravención", y para ello aduce en esencia lo siguiente:

"Cada pagaré era pagado con total independencia de los otros, de modo que al pasar inadvertidos los primeros, se procedía a consignar otros y así posteriormente...No hay unidad de acción, sino un concurso homogéneo y sucesivo de estafas..., aunque se trata del mismo sujeto pasivo, el mismo bien jurídico tutelado, y el mismo modo de ejecución no puede decirse que hay una sola falsedad, sino un concurso de falsedades".

"No deben confundirse los pagarés con los comprobantes de consignación de estos, como sucedió en el proceso. El engaño se dio en el momento que cada uno de los pagarés consignados pasaban el examen en Ascredibanco y se abonaban las sumas de dineros allí relacionadas a la cuenta presuntamente a nombre de Colombiana de Hoteles Ltda. Fueron varias las acciones realizadas por quien haya sido el autor: elaborar cada uno de los pagarés con datos que permitían su aprobación, es decir con datos reales".

"Por ello la cifra a tener en cuenta para la competencia es la cantidad de dinero hecha efectiva en la cuenta presuntamente espera (sic), por la aprobación de cada pagaré".

"El provecho ilícito, entendido por tal todo beneficio ilegítimo o sin causalidad jurídica, se hizo efectivo en la medida en que cada uno de los pagarés fue abonado a la cuenta...ya que figura el valor total de lo consignado y abonado a la cuenta y el valor total de lo retirado".

"Con lo expresado en los anteriores numerales pretendo demostrar que efectivo cada pagaré se tenía el apoderamiento del dinero, que según reiterado criterio de la Corte es el momento de la consumación en los ilícitos contra el patrimonio. Y también la disponibilidad del dinero, ya que exigir que efectivamente se retire de él es ir contra la ley, para negar una realidad: es admitir que cuando el dinero producto de la estafa se encuentra en la cuenta corriente del autor o del beneficiario con el hecho típico, solo cabría hablar de tentativa de estafa...".

Con base en lo anterior, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado en relación con el concurso de contravenciones denominadas estafas, "a partir de la denuncia", y se ordene la remisión del proceso al funcionario competente de acuerdo con el artículo 1° de la ley 23 de 1991. Así mismo, se redosifique la pena, considerando el derecho del acusado a la condena de ejecución condicional, toda vez que mereció la libertad provisional durante todo el proceso.

Segundo cargo. "Error en la denominación jurídica de la infracción, que constituye irregularidad sustancial que afecta el debido proceso", nulidad consagrada en el numeral 2 del artículo 304 del C. de. P.P.

Con el fin de demostrar el yerro de adecuación típica, la defensora se detiene en la reseña de la declaración de Agustín Ernesto Arreaza Gempeler y en el dictamen grafotécnico practicado a la cédula de ciudadanía No. 19'134.402, de donde deduce que este documento no fue expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil. Añade que, en consecuencia:

"...no puede decirse como se hace en la sentencia de primera instancia, que lo único falso es el escudo aunque concuerde en todos los datos el dorso de la misma y no su anverso. Porque los únicos dos documentos expedidos los tiene en su poder su titular y porque el dictamen habla es de la cédula no de una de sus caras: No fue expedida en legal forma".

"Aunque la pericia pretendía establecer la autenticidad del documento, porque *a priori* la funcionaria lo consideró como un documento público, la misma pericia prueba que no es documento público y que tampoco es documento auténtico. La calidad de público de un documento está determinada por su origen, mientras que la condición de auténtico está determinada por la certeza que existe respecto de su autor".

"De ninguna manera se trata de documento público, sino privado. Así no existió falsedad sobre ningún documento público, porque una cédula falsa

no es documento público, una verdad que ha sido alterada sí lo es. Tampoco, por la misma razón, podría predicarse la existencia de uso de documento público, ya que la citada cédula carece del carácter de pública porque no fue expedida en legal forma por la registraduría...".

Agrega igualmente que:

"El documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención, como lo define el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil. Por ejemplo una cédula de ciudadanía expedida por los funcionarios de la Registraduría Nacional del Estado Civil. Pero cuando un particular elabora una cédula de Ciudadanía, estamos en presencia de un documento privado falso".

"La fotocopia autenticada de este documento privado falso, es un documento autenticado y no auténtico...En las autenticaciones el particular no interviene, no hace ninguna manifestación de su condición de documentador. Interviene solo el notario y por ello no puede afectar para nada el valor que el documento tenga con respecto a sus autores. El documento sigue siendo un documento privado falso y la autenticación es verdadera, según se probó en el proceso, sin que esto afecte la condición del documento".

Luego de lo expuesto, concluye que es palpable el error de adecuación típica cometido en las instancias exclusivamente en relación con el delito de falsedad de particular en documento público agravada por el uso, respecto a la cédula de ciudadanía, pues lejos de configurar este delito, como equivocadamente se consideró, constituye el de falsedad en documento privado del artículo 221, P., en concurso homogéneo.

Agrega que ese error en la denominación jurídica de la infracción, afectó negativamente la situación de su representado toda vez que la cantidad de la pena se incrementó, y que como corolario de ello se negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Solicita se declare la nulidad parcial del proceso a partir de la resolución de acusación inclusive, remitiendo el expediente al Fiscal instructor "para que califique nuevamente el mérito sumarial en relación con este delito y redosifique la pena reduciendo la impuesta en las instancias, reconociendo a mi defendido la condena de ejecución condicional a la que tiene derecho en virtud de haber sido beneficiado en todo el curso del proceso con la libertad provisional en aplicación de los artículos 68 y 69 del Código Penal".

El Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte el rechazo de los cargos formulados y, como consecuencia de ello, no casar la sentencia acusada, por las siguientes razones:

En cuanto al primer cargo.

1. La acción desplegada por el procesado se equipara en un todo a la descripción delictual contenida en el artículo 356 del C.P., pues valiéndose

de artificios y documentos falsos, indujo en error a la entidad crediticia y, a partir de allí, no solo logró indebidos beneficios económicos, en cuantía que sobrepasa por completo los diez salarios mínimos legales señalados en el artículo 1º de la ley 23 de 1991, sino que además causó un correlativo perjuicio patrimonial al sujeto pasivo.

2. El procesado desplegó una serie de actos encaminados en su sentido finalístico a la obtención de un incremento de su peculio, es decir, todos sus comportamientos conforman "una conducta íntegramente considerada", sin que sea válido disgregar su proyección, a diversas actitudes delicuenciales.

Se apoya en un pronunciamiento de la Corte para decir que de lo allí consignado, deviene incuestionable la improsperidad de las argumentaciones del recurrente encaminadas a la anulación del proceso, argumentaciones que ya habían sido esbozadas y rechazadas durante la actuación.

El actor sugiere la conculcación de las garantías del debido proceso inherente a su defendido, empero no expone las razones que permitan considerar la estructuración de irregularidades sustanciales que afecten este principio, circunstancia que impide un pronunciamiento en ese sentido.

Sobre el segundo cargo, afirma que no tiene vocación de éxito, porque:

1. Resulta evidente que el censor desacierta en la escogencia de la vía de ataque, pues la nulidad por errónea calificación presupone que el hecho no haya sido subsumido correctamente dentro de la descripción de un determinado tipo penal, siempre que la infracción se proyecte al concepto de *nomen iuris*, es decir cuando el vicio de adecuación reporte la afectación del nombre genérico del ilícito.

2. Se apoya en jurisprudencia de la Corte para señalar que es evidente que el supuesto error de subsunción que se acusa, por manera alguna implica la afectación del *nomen iuris* del hecho punible, toda vez que tanto el delito de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso - arts. 220 y 222 del C.P.- como el de falsedad en documento privado -art. 221 *ibidem*-, se encuentran tipificados en el mismo Título -VI- y Capítulo -III- del C.P.; por lo mismo, explica, la alegación de dicha circunstancia deviene en el ámbito de la causal primera de casación y no de la tercera, como erradamente lo plantea el censor.

3. En razón al principio de limitación que rige el recurso, le está vedado a la Corte y por lo mismo a la Delegada, la enmienda de falencias como la puesta de presente, como quiera que ello implicaría la adecuación de la censura a los lineamientos de la causal primera de casación, ejercicio argumentativo del que por manera alguna puede ser relevado el actor.

4. Pero, además, no le asiste razón al libelista en sus alegaciones, porque el delito de falsedad material en documento público presupone la alteración de un documento existente o la elaboración total de uno apócrifo, sin que por lo mismo sea viable predicar que tan solo se estructura dicho ilícito una vez

que se adultera un documento previamente elaborado por un funcionario público.

5. Es claro que la falsedad por creación total endilgada al procesado, se proyectó al documento que si bien no fue expedido por la Registraduría, según lo informa la experticia que le fue practicada, también lo es que en su apariencia formal revestía la categoría de documento público que, afectado en su genuinidad y veracidad, ingresó al tráfico jurídico perturbando gravemente la fe pública.

6. La elaboración y utilización de la cédula de ciudadanía cuestionada por la defensa, como con acierto lo deduce el fallador de segundo grado, necesariamente se adecua a la descripción contenida en los artículos 220 y 222 del C.P.

Y en cuanto a la concesión del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, "*pretensión in genere*", afirma que no amerita pronunciamiento de la Corte, porque el recurso de casación no ha sido instituido para formular requerimientos cuya fundamentación se ve inmersa en la total orfandad.

La Corte

La sentencia impugnada no puede ser casada, por lo siguiente:

1. Sobre el primer cargo.

Según la demandante, el asunto de autos se contrae a un concurso de contravenciones especiales en razón de la cuantía, cuya competencia corresponde a las autoridades de policía.

La impugnante pretende demostrar que el comportamiento de su representado está constituido por diversas conductas independientes, como quiera que cada una de las consignaciones de los comprobantes de tarjetas de crédito en la cuenta corriente del banco, y una vez hechas efectivas, perfeccionaban cada una de las estafas.

Si lo fundamental es establecer si el procesado realizó un solo delito de estafa en varios actos, o varias acciones autónomas cada una constitutiva de una contravención especial de estafa, resulta necesario tener plena claridad sobre lo ocurrido.

El proceso informa que valiéndose de documentos públicos y privados falsos, se indujo en error a los empleados del Banco Cafetero Sucursal Fontibón, a quienes se les hizo creer que las personas que solicitaban la apertura de la cuenta corriente y la incorporación al sistema de tarjeta de crédito "Credibanco", eran los representantes legales de la prestigiosa empresa "Colombiana de Hoteles Ltda.", con lo cual los agresores garantizaban su solvencia económica. Tales comportamientos estaban encaminados, todos ellos, a obtener el provecho ilícito en cuantía millonaria, mediante la consignación de un número considerable de comprobantes de compras y consumos de "Credibanco"

falsos, con lo que lograban que el valor allí insertado fuera revertido a través de los retiros que efectuaron en suma total de $21'000.000.oo.

No cabe duda, entonces, que la defraudación de que fue víctima el banco Cafetero se consumó con el abono de los susodichos comprobantes de "Credibanco" a la cuenta apócrifa, pues en ese momento se obtuvo el provecho ilícito con perjuicio patrimonial ajeno, en cuanto se hicieron efectivos los comprobantes falsos quedando el dinero a disposición de los timadores. El cobro de los cheques mediante los cuales se dispuso del dinero fraudulentamente obtenido, es acto dirigido al agotamiento del delito, que como se sabe es posible que se consiga o no, pero de todas maneras después de consumado el mismo.

Con independencia de lo que se acaba de exponer, *es incuestionable que las circunstancias que rodearon la ilicitud revelan que desde un principio el procesado tuvo la intención positiva de cometer la estafa por el monto total de los comprobantes falsos, es decir, fue ideada una sola acción delictual ejecutable por etapas, obviamente para no despertar sospechas y asegurar el éxito de la empresa indebida. De ahí que en lugar de hacer una sola consignación, se hubiesen hecho varias, por sumas relativamente pequeñas, con intervalos cortos y falseando numerosos pagarés, en cuantías discretas, como para no despertar desconfianza y evitar, así, mayores controles.*

Dicha modalidad de ilicitud permite concluir que Echeverry Marmolejo desplegó una serie de actos ejecutivos constitutivos de una sola acción encaminados a obtener un incremento de su peculio, en cuantía muy superior a los diez salarios mínimos de que habla la ley 23 de 1991, comportamientos que como bien lo señala la Delegada, se erigen como "una conducta integralmente considerada", sin que sea válido disgregar su proyección, como lo pretende la defensora, a diversas actitudes delictuales.

Siendo ello así, carece de todo fundamento la pretendida nulidad, y tal como lo solicita el representante del Ministerio Público, el cargo es desestimado.

2. Sobre el segundo cargo.

La segunda censura también se ha formulado al amparo de la causal 3ª, de casación. Estima la letrada que hubo violación del debido proceso, derivada de error en la denominación jurídica de la infracción, pues respecto de la cédula de ciudadanía a nombre de Ernesto Arreaza Gempeler, considera que la conducta fue tenida, erróneamente, como falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso - artículos 220 y 222 del C. P. , cuando, según su parecer, tipifica el delito de falsedad en documento privado -221 *ibidem*-.

Sobre la forma como este yerro debe plantearse en casación, la Sala ha señalado insistentemente que la causal aducible depende de la naturaleza del yerro. Así, por ejemplo, ha dicho:

"Si compromete el *nomen iuris*, entendido por tal la denominación jurídica bajo la cual se agrupan distintos tipos penales dentro de un mismo Capítulo de la Parte Especial del Código Penal, la causal alegable será la tercera. Pero si el *nomen iuris* se mantiene dentro del género, la causal que debe invocarse será la primera" (18 de febrero de 1997, M. P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll).

Frente a la calificación demandada por la censora, el ataque, por los motivos ya expuestos, debió intentarse por la vía de la causal 1a., no por las directrices de la causal 3a., como erradamente lo plantea en el libelo, puesto que es evidente, tal y como lo advierte la Delegada, que tanto el delito de falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, que fuera imputado al procesado Echeverry Marmolejo, como el de falsedad en documento privado, se encuentran tipificados en los mismos título -VI- y capítulo -III- del C. P.

Si la actora no hubiese incurrido en esta equivocación en la selección de la causal, y fuera próspera la censura por la causal 1ª., la Sala no tendría inconveniente en dictar el fallo de sustitución por el delito de falsedad en documento privado, con lo cual no contradiría la imputación genérica de la infracción efectuada en la resolución acusatoria.

No obstante que el error en la selección de la causal resulta suficiente para desestimar el cargo, no está por demás advertir, que tampoco le asiste razón a la defensora en sus alegaciones, puesto que es indiscutible que la elaboración y utilización de la cédula de ciudadanía antes referida, se adecua a la descripción contenida en los artículos 220 y 222 del C. P., como acertadamente lo dedujo el Tribunal.

La equivocación de la demandante radica en sostener que la cédula falsa no es un documento público, porque no fue expedida en legal forma por la Registraduría Nacional del Estado Civil, y que cuando un particular elabora una cédula de ciudadanía se está en presencia de un documento privado falso, postura realmente inaceptable.

Sobre el particular, es pertinente recordar algunos conceptos básicos trazados por la Sala:

"En tratándose de falsedad material, particularmente, esta consiste en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esta formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado".

"Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos genuidad (tenor), de modo que lo suscribe quien en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí".

"La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido".

"En el caso concreto de la conducta que describe el art. 220 del Código Penal, que sanciona al particular que falsifique materialmente el documento público, resulta plenamente viable que en el caso de confección total del mismo quien así actúe se haga acreedor a la sanción prevista en la mencionada norma".

"La Sala no comparte la tesis de que un particular, por no tener función certificadora o documentadora, no incurra en esta conducta cuando crea totalmente un documento público y sí cuando lo altera parcialmente. Si de lo que se trata es de proteger la fe pública y por ende la confianza de los asociados, resulta menos que lógica una conclusión de esta naturaleza, porque, precisamente el agente se está aprovechando del crédito que su calidad 'pública' genera en la sociedad para introducir al tráfico jurídico un documento con tal apariencia y de esa manera obtener su propósito a sabiendas de que sólo es posible mediante la utilización de un documento con esas características".

"De modo que si se regresa al concepto genérico de falsedad -hacer aparecer como real algo que no lo es- no queda descartada la hipótesis de que se viene hablando, porque precisamente se está haciendo aparecer como público, un documento que en realidad no lo es" (6 de mayo de 1997, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

El reproche, así, no puede prosperar. De una parte, repítese, se duele de fallas técnicas; y, de la otra, carece de fundamento.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Interés para recurrir-Apelación/**ERROR DE HECHO**-Modalidades-Técnica

1. Pertinente y necesario encuentra la Sala en el presente asunto, precisar inicialmente que se da por descontado el interés que le asiste al demandante para recurrir extraordinariamente el fallo de segunda instancia, pues no obstante no haber apelado el de primer grado por satisfacer éste las aspiraciones del procesado y su defensa, toda vez que fue de naturaleza absolutoria, al surtirse el grado de jurisdiccional de consulta que para esta clase de sentencias ordinarias de competencia de los entonces jueces regionales preveía el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 29 de la Ley 81 de 1993), fue revocado íntegralmente para en su lugar condenar a Porras Ardila y Ramírez Izquierdo, situación que por implicar una ostensible variación en perjuicio de la situación de aquéllos, les legitima procesalmente para ejercer el derecho a la impugnación extraordinaria, pues la inicial conformidad frente a la decisión del a quo no puede siquiera presumirse respecto de la del ad quem, siendo entonces ese agravio entendido como cambio adverso de una situación ya definida, el que lo habilita a recurrir por vía de la casación.

2. Se hace necesario recordar que sobre el aspecto teórico práctico de la técnica casacional en punto del error de hecho por falso juicio de identidad, ha sostenido ya en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta Sala que si el yerro recae sobre el contenido material de la prueba, corresponde al demandante identificar cada una de las que fueron objeto de distorsión por parte del Juez, de manera tal que al confrontarlas con lo que sobre las mismas se consideró en la sentencia, surja evidente que a pesar de que objetivamente el medio de convicción expresa una cosa, el fallador la hace decir otra muy distinta, en otras palabras, la pone a mentir porque en el proceso de apreciación ontológica de la misma la deforma y por ello el análisis parte de una realidad diversa de la que allí se acredita.

Por el contrario, si el error in iudicando del sentenciador se deriva de su raciocinio lógico al aplicar las reglas de la sana crítica, en la medida en que no obstante concebir la prueba en su contenido exacto o en toda su

expresión fáctica, en el proceso deductivo sobre los efectos y consecuencias que frente al caso concreto deben razonablemente extraerse de las mismas, atropella injustificada, arbitraria o absurdamente las exigencias elementales y básicas de la lógica, la ciencia y la experiencia común, arribando a conclusiones que a la postre se desentienden de la realidad procesal allí vertida, es esto lo que se debe demostrar.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 154 Proceso No. 13058

Al conocer por vía de consulta de la sentencia proferida en primera instancia por un Juzgado Regional de esta capital, por medio de la cual fueron absueltos Henry Alberto Porras Ardila y Jaime Ramírez Izquierdo de la infracción prevista en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986, agravada conforme al numeral tercero del artículo 33 del mismo Estatuto, el 23 de agosto de 1996 el entonces Tribunal Nacional la revocó integralmente, condenando a estos procesados a las penas principales de 6 años y 6 meses de prisión y multa de 11 salarios mínimos legales mensuales vigentes como coautores del delito por el cual habían sido absueltos, les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, se abstuvo de condenarlos en perjuicios y dispuso su captura.

Hechos y Actuación Procesal.

Recibida información telefónica anónima por el Subjefe de la SIJIN de esta ciudad en las horas de la mañana del día 25 de febrero 1993, en el sentido de que en la carrera 42 B No. 22 F 10 se estaba transportando droga, de inmediato y a efectos de confirmarla, se dispuso un operativo en esa dirección, donde funcionaban las oficinas de la empresa de Carga Aérea de Leticia, encontrándose que, en la vía pública, frente a estas instalaciones, se estaba cargando el camión marca Ford, de placas XA 1470, tipo furgón, color rojo, con remesas que se transportarían al aeropuerto El Dorado para ser posteriormente llevadas a la ciudad de Leticia, entre las cuales se halló, camufladas entre 10 cajas que contenían paquetes de chocolate y galletas, 87 barras de cocaína que arrojaron un peso bruto de 52.896 Kilos y en un guacal con frutas, dentro de una caja grande de hojuelas de maíz, envuelta en papel aluminio y celofán, una sustancia vegetal que resultó ser marihuana en cantidad de 493 gramos netos.

En ese momento se presentaron al lugar Henry Alberto Porras Ardila y Jaime Ramírez Izquierdo, quienes aduciendo ser el propietario de dicha empresa y el jefe de seguridad, respectivamente, reaccionaron por el que consideraban "ilegal procedimiento", pues según ellos el contenido de la carga del camión no podía ser revisado, no obstante que finalmente accedieron a ello, siendo aprehendidos junto con los empleados José Medardo Contreras

y Alejandro Ramos Villamil y puestos a disposición del Fiscal Regional Delegado ante la SIJIN, con el camión, la droga incautada, la diligencia de pesaje e identificación y las declaraciones de los agentes que intervinieron en el operativo, quien procedió a iniciar la presente investigación el 26 de febrero de 1993 , vinculando mediante indagatoria a los imputados y disponiendo el día siguiente, la aprehensión de los hermanos Gustavo y Alvaro Murcia Naranjo y la de Jhonny Yarpaz, en razón a las imputaciones que formulara Medardo Rincón, remitiendo las diligencias el 5 de marzo siguiente a las Fiscalías Regionales, en donde luego de recepcionarse algunos testimonios y ampliar las injuradas de los procesados, así como las indagatorias de Gustavo Murcia Naranjo y Johnny Armando Yarpaz Tutacha, a los que se les dio captura el primero de ese mes, el 18 de marzo se les resolvió la situación jurídica, afectando con medida de aseguramiento de detención preventiva a Medardo Rincón Contreras, Luis Alejandro, Henry Alberto Porras Ardila y Jaime Ramírez Izquierdo, por el delito de previsto en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 y disponiendo la libertad inmediata de los hermanos Murcia Naranjo y de Yarpaz Tutacha.

Apelada esta decisión por los defensores de Medardo Rincón Contreras, Luis Alejandro Ramos Villamil y Jaime Ramírez Izquierdo, el 11 de mayo de 1993 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional la revocó parcialmente respecto de la medida impuesta a Ramos Villamil, disponiendo, en consecuencia, su libertad, en tanto que la confirmó en lo demás.

Posteriormente, Medardo Rincón coadyuvado por su defensor, solicitó la terminación anticipada del proceso, habiéndose iniciado la reunión preparatoria el 23 de junio de 1993, que fue suspendida "mientras se evacuaban algunas pruebas". Entretanto, y luego de resolverse desfavorablemente varias peticiones de los defensores de Porras Ardila, Ramírez Izquierdo y Medardo Rincón, sobre la revocatoria de la medida de aseguramiento, sustitución de la detención preventiva por domiciliaria y la nulidad de lo actuado por no haberse practicado algunas pruebas y omitido la apreciación de otras, el 4 de abril de 1994 se dispuso el cierre parcial de la investigación respecto de estos procesados, decisión que al ser recurrida por Rincón Contreras fue despachada adversamente el 3 de mayo de 1994. Sin embargo, durante ese lapso el defensor de Henry Alberto Porras Ardila deprecó nuevamente la revocatoria de la medida de aseguramiento, que en esta oportunidad, por resolución del 9 de junio de 1994 fue decidida favorablemente, no obstante el concepto negativo del Ministerio Público, ordenándose, como consecuencia, la libertad inmediata de este procesado, la cual se hizo efectiva el 14 del mismo mes y año. Seguidamente, esto es, el 24 del mismo mes y año se ordenó la práctica de una prueba grafológica de las muestras manuscriturales tomadas a Gustavo Murcia y las firmadas por el remitente de las cajas contentivas de la droga; el 26 se llevó a cabo audiencia especial con Medardo Rincón, sin que se hubiese llegado a acuerdo alguno entre el sindicado y la Fiscalía.

Así, el primero de julio de 1994, se calificó el mérito probatorio del sumario profiriéndose resolución acusatoria en contra de Henry Alberto Porras Ardila.

Jaime Ramírez Izquierdo y Medardo Rincón Contreras como coautores de la infracción prevista en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986, agravada por el artículo 38.3 del mismo Estatuto, ordenando, en consecuencia, la captura de Porras Ardila, al tiempo que se negó la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento impetrada por el defensor de Ramírez Izquierdo. Recurrida en apelación por el defensor de Henry Alberto Porras esta decisión, fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional mediante resolución del 10 de octubre del mismo año.

En la etapa del juicio, Ramírez Izquierdo solicitó la declaratoria de nulidad de lo actuado por considerar que la Fiscalía no había valorado correctamente la prueba para proferirle resolución acusatoria, mientras que su defensor pedía la revocatoria del auto por medio del cual se abrió el juicio a pruebas con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2.271 de 1991, pues, en su criterio, debió aplicarse el artículo 446 del Decreto 2.700 de 1991, pretensiones que fueron resueltas desfavorablemente por auto del 7 de diciembre de 1994, procediéndose el 23 de enero de 1995 a decretarse las pruebas solicitadas por los defensores y a negar la petición que elevara Medardo Rincón en el sentido de que se llevara a cabo sentencia anticipada.

Apelada la negativa de la nulidad y de sentencia anticipada, el 22 de mayo de 1995, el Tribunal Nacional confirmó lo primero y revocó lo segundo, ordenándole al Juez que dispusiera lo necesario para que se llevara a cabo la sentencia anticipada impetrada por Medardo Rincón, haciendo el *a quo* lo propio el 10 de julio del mismo año en diligencia en la que este procesado aceptó los cargos en los términos formulados en la acusación, siendo, en consecuencia, condenado mediante sentencia del 27 del mismo mes y año a las penas principales de 70 meses de prisión y multa de 10 salarios mínimos mensuales vigentes, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y le negó la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia. Igualmente, se dispuso correr traslado al Fiscal General de la Nación para que se pronunciara sobre los beneficios por colaboración eficaz solicitados por aquél en la audiencia de aceptación de cargos, los cuales fueron negados por resolución del 18 de agosto de 1995.

Contra dicha sentencia el procesado interpuso el recurso de reposición que el Juez entendió como de apelación dándole el trámite pertinente, siendo rechazado por el Tribunal Nacional por considerarlo improcedente, toda vez que el procesado lo interpuso como único sin hacer alusión a la apelación.

Posteriormente, esto es, el 20 de octubre de 1995, a petición del defensor de Ramírez Izquierdo, el Juez Regional le concedió la libertad provisional con fundamento en el artículo 415.5 del Código de Procedimiento Penal, imponiéndole como caución la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales.

Así, luego de citarse para sentencia y presentados los alegatos de los sujetos procesales, se dictó fallo absolutorio en primera instancia, siendo revocado posteriormente por el Tribunal Nacional en los términos precedentemente expuestos, al conocer de este fallo por vía de consulta.

LAS DEMANDAS

1. Demanda a nombre de Henry Alberto Porras Ardila

En el único cargo que propone el defensor de este procesado, apoyándose en el cuerpo segundo de la causal primera de casación acusa la sentencia del entonces Tribunal Nacional de violar indirectamente y por errores de hecho por falsos juicios de identidad, los artículos 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal de manera "inmediata", frente a los que afirma que si bien la sana crítica supone cierta libertad judicial en la apreciación de las pruebas, ello no significa que sea en forma total sino racional, pues deben respetarse los principios de la "recta razón", máxime si como en este caso, el raciocinio de las consideraciones del fallador de segunda instancia hicieron decir a la prueba en conjunto una cosa distinta de lo que contiene, principalmente frente a las declaraciones de los agentes que intervinieron en el operativo que dio inicio a este proceso y a la versión del Mayor de la Policía Miguel Antonio Toscano Móvil.

Igualmente, dice que se quebrantaron en forma mediata los artículos 21 del Código Penal y 34 de la Ley 30 de 1986, dado que al analizarse "el material probatorio de manera ilógica se llegó al equívoco respecto de la responsabilidad penal de Henry Alberto Porras Ardila", concluyendo, así, que "... La sentencia recurrida en casación violó directamente los artículos 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal, que tratan de la sana crítica y de los criterios para la apreciación del testimonio, por lo tanto se llegó al yerro directo del artículo 254 ídem puesto que fue dictada una sentencia de carácter condenatorio sin que existiera dentro del proceso '...prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado...'. Aceptando en gracia de discusión, si existiera duda respecto a lo anotado se vulneró directamente también el artículo 445 de la misma obra, el cual reza '...Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado'", quebrantándose indirectamente, reitera, los artículos 21.1 del Código Penal y 34 y 38.3 de la Ley 30 de 1986.

Así, bajo el título de demostración de la causal, precisa el casacionista que los juzgadores tergiversaron el testimonio rendido por el Mayor de la Policía Miguel Antonio Toscano Móvil ante la Fiscalía y posteriormente en la etapa del juicio, pasando a transcribir en extenso apartes en los que dicho deponente manifestó haberse enterado del embarque de la droga por una llamada anónima con voz masculina en la que se indicaba que los propietarios eran unos señores de apellido Murcia y que la empresa en la que se planeaba hacer el envío se llamaba "Carga de Leticia", en donde tenían contactos y que a Henry Porras solo se lo mencionaron como el propietario de dicha compañía, e indicó el procedimiento que de inmediato llevó a cabo, al darle órdenes al Capitán Elkin Archibold para que se trasladara al lugar a verificar la información e iniciara labores de inteligencia, explicando que no

sabe la razón por la que fueron capturados Henry Porras y Jaime Ramírez, porque no participó en el operativo correspondiente.

Pasa, entonces, a reproducir algunas respuestas vertidas por el Capitán Elkin Archibold en la versión jurada rendida al día siguiente de efectuado el operativo que culminó con la captura de los procesados y la del primero de marzo de 1993, en las que manifestó que efectivamente cumpliendo órdenes del Mayor Toscano se dispuso a verificar la información que anónimamente se le suministró por teléfono a aquél sobre el envío de la droga por medio de la firma Carga Aérea de Leticia en donde Henry Porras Ardila, José Rincón, Jaime Ramírez y José Ramos eran los contactos para dicho transporte hacia la ciudad de Leticia, sitio en el que Carlos Padilla y Angel Artunduaga, se encargaban de recibir la ilícita sustancia.

Transcribe, también, la declaración del agente Luis Ernesto Beltrán Sarmiento, quien participó en el operativo y sobre él expresó que el conductor y los 3 ayudantes que se encontraban en la bodega se pusieron nerviosos, habiendo llegado más tarde Henry Porras Ardila, quien se presentó como el propietario de la empresa y Jaime Ramírez Izquierdo como el jefe de seguridad, advirtiendo que se iban a oponer a la requisa del camión, aunque para entonces, dice el testigo, ya se había llevado a cabo.

A partir de dichas versiones, deduce el demandante que la orden impartida por el Mayor de la Policía Miguel Antonio Toscano Móvil al Capitán Elkin Alejandro Archibold fue "indiscutiblemente" verbal; que la que aparece en escrito No. 0239 fechada el día de los hechos y suscrita por el primero de los mencionados "carece de veracidad", en cuanto incluye nombres que no fueron mencionados en la llamada anónima y omite relacionar otros que sí, pues, "simplemente la verdad histórica radica en que según ella, el propietario de la bodega donde sucedieron los acontecimientos era de mi mandante Henry Alberto Porras Ardila y que los propietarios de la droga lo eran unos señores de apellido Murcia", y todo ello, significa, a su juicio, que la referida orden de trabajo se hizo y legalizó una vez terminada la diligencia de allanamiento en la que se halló el estupefaciente, dejando de consignar lo realmente manifestado telefónicamente en cuanto al apellido Murcia, para deformar la verdad al incluir los nombres de Luis Ramos y José Rincón junto a los de Henry Porras Ardila y Jaime Ramírez como los contactos en el interior de la empresa, y los de Angel Artunduaga y Carlos Padilla como las personas que recibirían el cargamento en la ciudad de Leticia, lo cual, afirma, es contrario a lo declarado por el Mayor Toscano Móvil.

Enfatiza, en estas condiciones, que existe una diferencia "abismal" entre la declaración del Mayor, la orden de trabajo y el acta de la diligencia de allanamiento suscrita por el Capitán Archibold, en tanto que el primero afirmó que a través de una llamada telefónica recibió información en el sentido de que "utilizando la empresa de propiedad señor Henry Porras se iba a producir un embarque cocaína con destino a la ciudad de Leticia, estupefaciente que era de propiedad de unos señores de apellido Murcia", el segundo

de éstos, "deformó totalmente la orden verbal traduciéndola en orden escrita número 0239, señalando personas y a la vez la misión que cumplían, sin que esto por momento alguno se lo hubiese comunicado así el Jefe de la Sijin-Mebog para esa época Mayor Toscano Móvil", y por ello, afirma, debe colegirse, que la captura de Porras y Jaime Ramírez, "obedeció más al capricho y a la arbitrariedad de parte del Capitán Archibold, que a la verdad de los acontecimientos", pues si bien dicho proceder se pudiera entender como consecuencia de la inicial oposición que aquellos manifestaron frente al registro del inmueble, debe destacarse que en el interior de la bodega no se encontró estupefaciente, y por esto no hay otra explicación a que el referido Capitán "en una actitud vindicativa,...decidió perjudicarlos y anotarlos en el informe endilgándoles cierta actividad criminal", y además, cuando éstos llegaron al lugar ya se había cumplido el registro del camión hallándose la droga, demostrándose igualmente su ajenidad en los hechos al haber llamado a la policía al creer que lo que estaba sucediendo cuando llegaron era una situación por fuera de la ley.

Pasa, entonces, a señalar que luego de hacer un análisis doctrinal y jurisprudencial sobre la sana crítica, el Tribunal Nacional concluyó, "que son tres las circunstancias de vital importancia que emanan de la orden de trabajo dada por el mayor Toscano Móvil al Capitán Archibold, para impedir tal envío de la sustancia estupefaciente a la capital del departamento del Amazonas, que en razón de ellas el Juez de primera instancia no ha debido hacer su 'abstracción'", pues la llamada anónima tuvo "su sustento" en el efectivo hallazgo de la droga al frente de la bodega de Porras Ardila, como se desprende de la innumerable prueba recogida en el proceso; que tres agentes de la policía afirman que la llegada de estos procesados fue concomitante a la requisa del automotor olvidando, dice el libelista, que no es la cantidad sino calidad de los mismos y además, "No existe razón para que el Agente Luis Ernesto Beltrán Sarmiento deformara la verdad real de lo acontecido el día de los hechos, contradiciendo a quienes sí la cambiaron, cuando agrega que Porras Ardila y Ramírez Izquierdo hicieron su arribo cuando ya se había realizado el registro del automotor", lo cual pasa a demostrar con la transcripción de una aparte de dicha versión, para afirmar que: "Es suficiente, a pesar de ser uno solo, el agente de la policía que declara la verdad, en el sentido de que tanto el Capitán Archibold y dos de sus subalternos lo hacen diferente, tratando de enlodar a quienes por un momento se opusieron a un registro anormal".

Así, al referirse a las consideraciones del Tribunal, en cuanto calificó de inadmisible la oposición de los procesados a que la Policía registrara el automotor porque como se encontraba en vía pública no se requería siquiera orden en tal sentido, por cuanto tal argumento, a juicio del demandante, no tiene razón de ser debido a que la llegada de los procesados a ese sitio ocurrió "como se encuentra probado en autos", con posterioridad a ello.

De la misma manera califica de "imperdonable" la conclusión del Tribunal en cuanto a que la información dada a través de la llamada anónima se com-

probó en la diligencia de allanamiento en donde coincidió la ubicación de la sustancia y los nombres de las personas involucradas, porque parte de supuestos que están descartados en el proceso conforme a los testimonios a los que se ha referido y que fueron tergiversados, ya que, "es incuestionable que el contenido de la citada orden fue inserto y además deformado después de haberse llevado a cabo el operativo: se repite, la orden dada por el Mayor Toscano Móvil al capitán Archibold tuvo origen verbal y no otro, cual era el de verificar el envío de la droga de propiedad de unos señores Murcia, que para tal efecto utilizaban la empresa del señor Henry Alberto Porras Ardila".

Finalmente, concluye, que el fallo impugnado incurrió en los errores de hecho mencionados y aunque no pretende que se respete su criterio personal, sino que, como el fallador olvidó la persuasión racional violentando las reglas de la sana crítica no puede prevalecer la "interpretación" contenida en la sentencia recurrida.

Solicita, por tanto, se case fallo impugnado y se dicte uno de reemplazo de carácter absolutorio.

2. Demanda a nombre de Jaime Ramírez Izquierdo

Al amparo de la causal tercera de casación, la defensa de este procesado, la misma que representa al anterior, acusa la sentencia impugnada de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, pues se presentaron irregularidades a partir del auto por medio del cual se declaró parcialmente cerrada la investigación respecto de Henry Alberto Porras Ardila, José Medardo Rincón Contreras y Jaime Ramírez Izquierdo.

En tal sentido, explica, que como la resolución del cierre del ciclo instructivo se profirió el 4 de abril de 1994 y se notificó por estado el 18 del mismo mes, debe entenderse que cobró ejecutoria el 21 siguiente, y por tanto el término para alegar de conclusión previo al calificatorio comenzaba a correr el 22 y vencía el 3 de mayo de ese año.

Sin embargo, precisa que como desde el 29 de marzo en su calidad de defensor de Henry Alberto Porras Ardila solicitó en su favor la revocatoria de la medida de aseguramiento, por resolución del 13 de abril de 1994 la Fiscalía Regional dispuso que por economía procesal se pronunciaría respecto de dicho memorial al momento de calificar el sumario, señalando en el mismo proveído, fecha y hora para llevar a cabo diligencia de audiencia especial con José Medardo Rincón Contreras.

En el mismo sentido, destaca las constancias secretariales del 19, 22 y 27 de abril de 1994, en las que se hizo referencia a la desfijación del estado, ejecutoria de la decisión y recursos de apelación interpuestos contra la misma por los procesados José Medardo Rincón y Jaime Ramírez y del hallazgo del memorial sustentatorio de dicho recurso por el primero de los nombrados que se había anexado equivocadamente en un cuaderno "que no es el principal ni tampoco el de copias de los que reposaban en la casilla", así como del traslado de que trata el artículo 28 de la Ley 81 de 1993, enfatizando

al respecto que, así, se le dio "trámite a un recurso de reposición interpuesto en tiempo contra la resolución que decretó el cierre parcial de la investigación, pero una vez la resolución anotada ya había cobrado ejecutoria", proceder, que en su criterio, "no era admisible o por lo menos de esa manera darle ese trámite .... simplemente -agrega más adelante- ha debido informar al despacho para que este tomara los correctivos necesarios para evitar la irregularidad que de modo ostensible afectaba el debido proceso, esto es, se me ocurre por ejemplo dictar una resolución en el sentido de anular o declarar inexistentes los primeros tres (3) días de ejecutoria del citado auto".

Sin embargo, por resolución del 3 de mayo se negó por improcedente el recurso impetrado, "en lugar de sancar las irregularidades hasta ese momento anotadas", pasando de inmediato a referirse a la constancia secretarial del 17 de ese mismo mes y año, según la cual, la resolución del 3 cobró ejecutoria y por ende, a partir de esa fecha comenzaba a correr el traslado para alegar de conclusión, término que vencía el 26 siguiente, la que por lo mismo "adolece de la verdad real de lo sucedido en el encuadernamiento para ese momento procesal", puesto que, conforme lo señaló inicialmente, la oportunidad para presentar alegatos había vencido desde el 3 de mayo.

No obstante lo anterior, agrega, que el 10 de mayo de 1994 presentó un nuevo memorial insistiendo en que se resolviera lo atinente a su solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento de Porras Ardila, haciéndola extensiva, en esa oportunidad a Jaime Ramírez Izquierdo, "en razón a que por irregularidades presentadas en los informes se estaba demorando el trámite procesal y en la misma fecha de presentación como se puede observar a folios 142 y ss. había rendido declaración el Mayor de la Policía Nacional Miguel Antonio Toscano Móvil, testimonio que desvirtuaba en su totalidad los cargos que para ese momento se le endilgaban a los procesados Henry Alberto Porras Ardila y Jaime Ramírez Izquierdo", habiéndose pronunciado la Fiscalía el 19 de ese mismo mes y año ordenando correr traslado al Ministerio Público para que emitiera el concepto respectivo, "...sin ni siquiera tener en cuenta que ya se había cerrado la investigación, que dicho proveído se encontraba en firme y que como se anotó anteriormente ya habían vencido los términos para alegar de conclusión".

Se refiere, entonces, a la constancia secretarial del 19 de ese mismo mes, sobre la suspensión de los términos de traslado para presentar alegatos precalificatorios en razón a la orden del Fiscal de correr traslado sobre la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento, la que tampoco, dice, corresponde a la verdad porque los mismos ya se habían vencido, y aún así, enfatiza, mediante resolución del 24 de mayo se ordenó, entre otras pruebas, un cotejo grafológico, proceder para el que, a su juicio, no hay explicación alguna, como tampoco la hay en cuanto al señalamiento de fecha y hora para llevar a cabo audiencia especial con José Medardo Rincón Contreras, ya que no era el estadio procesal para ello, como que "una vez vencido el término para alegar debe entrar el proceso al despacho del funcionario competente, para que éste califique el mérito de la actuación, actividad que debe

desplegar el Fiscal en este caso con resolución de acusación o con preclusión de la instrucción, decisión en definitiva que se debe tomar única y exclusivamente con el material probatorio que se allegó al expediente en legal forma antes del cierre de la investigación".

En el mismo sentido transcribe la constancia de secretaría fechada el 8 de junio de 1994 en la que se advierte que revisado el proceso por el Jefe de la Secretaría Colectiva, "dispuso que siguiera corriendo el término de traslados para alegar, los cuales se encontraban suspendidos desde el 19 de mayo/94, por cuanto se había dispuesto por parte del señor Fiscal que el Ministerio Público conceptuara sobre la revocatoria impetrada por el defensor del sindicado Henry Porras. Es de anotar que habían corrido ya dos (2) días de traslados, por tanto a partir de la fecha empieza a correr los seis (6) restantes días para que las partes presenten los alegatos que consideren necesarios, vence el dieciséis (16) de junio del año que avanza, a las seis de la tarde. Es de anotar que de lo anterior se comunicó telefónicamente a los Drs. Camilo Torres, Hernando Ocampo y Luis Carlos Chávez, defensores de los sindicados para los cuales se cerró la investigación...", la que también, afirma el casacionista, "carece de sustento procesal", porque la solicitud de la revocatoria de la medida detentiva se hizo con anterioridad a dicho proveído pero como no se resolvió antes, dadas las irregularidades originadas por el despacho o la secretaría debió "revocarse de oficio" la decisión del 4 de abril "...y no esperar a que este cobrara ejecutoria para darle trámite a la solicitud de revocatoria...", no existiendo entonces razón para suspender y reanudar los términos para alegar porque, reitera, para entonces habían vencido.

No obstante lo anterior, por resolución del 9 de junio de ese mismo año, la Fiscalía revocó la medida de aseguramiento únicamente en relación con Henry Alberto Porras Ardila ordenando su libertad inmediata, "y sin mencionar para nada" a Jaime Ramírez Izquierdo no obstante que en el memorial del 10 de mayo había hecho extensiva la solicitud a dicho procesado, esto es, que el Fiscal olvidó "que la situación fáctica procesal para los dos era la misma". Así, pasa a resaltar de inmediato como otra irregularidad el hecho de que el 17 de junio se le concedió al Ministerio Público una prórroga de dos días para presentar alegatos de conclusión.

Finalmente, cita como normas violadas los artículos 29 de la Carta Política y 438 y 304.2 del Código de Procedimiento Penal, solicitando, en consecuencia, la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución del 4 de abril de 1994, por medio de la cual se declaró cerrada parcialmente la investigación respecto de Henry Alberto Porras Ardila, José Medardo Rincón Contreras y Jaime Ramírez Izquierdo.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

1. Demanda a nombre de Henry Alberto Porras Ardila

Luego de hacer algunas precisiones sobre el contenido y alcance del sentido del error de hecho por falso juicio de identidad cuyas exigencias técnicas,

dice el Delegado, el demandante las cumple parcialmente en el libelo presentado a nombre de este procesado, pues "apenas muestra ciertas" falencias en el proceso de valoración de algunos medios probatorios, sin que logre evidenciar incidencia directa de tales yerros en la sentencia, si se tiene en cuenta que el Capitán Archibold, de cuya declaración transcribe un aparte, afirmó que el Mayor Toscano Móvil le impartió la orden escrita No. 0239 para que verificara la información anónima recibida telefónicamente sobre el envío de un cargamento de narcóticos por medio de la firma Carga Aérea del Amazonas y que los contactos para ello eran Henry Porras Ardila, José Rincón, Jaime Ramírez y José Ramos, siendo las personas encargadas de recibirla en Leticia Carlos Padilla y Angel Arturduaga.

Igualmente, transcribe el aparte pertinente de la versión del Mayor Miguel Antonio Toscano Móvil, en cuanto relata que obtenida la información anónima sobre el transporte a Leticia de una droga de propiedad de unos señores Murcia a través de la empresa de Porras Ardila, le ordenó al Capitán Archibold que realizara actividades de inteligencia, así como la precisión que hizo sobre el inmediato envío del personal al lugar de los hechos y la posterior legalización de la orden; a partir de lo cual, el Ministerio Público concluye que como para el demandante el Tribunal incurrió en error al fundar la responsabilidad de los procesados en una orden escrita de trabajo que confrontada con otros medios de prueba "se demuestra que no tenía tal carácter", debe precisarse que en un cuerpo armado como la Policía, las órdenes impartidas por los superiores son de obligatorio cumplimiento "sean o no escritas", ya que por su estructura y organización es su deber actuar de manera inmediata para prevenir la comisión de hechos punibles "o al menos interrumpir su funcionamiento"; lo cual, aplicado al presente caso, permite concluir que el hecho de que la orden tuviera origen verbal no le quita legitimidad.

Además, que posteriormente se hubiera plasmado dicha orden en un escrito por el Capitán comisionado, no afecta en modo alguno la responsabilidad deducida a los incriminados, "por cuanto la denuncia o informe suministrado por una persona o funcionario en la cual da cuenta de la comisión de un hecho punible, apenas servirá de orientación o base sobre las características generales de un suceso determinado, como ayuda a los funcionarios investigadores para desplegar la acción inherente sus funciones y establecer así, la verdad de lo ocurrido", y por ende, son los medios probatorios allegados durante el proceso los que sirven de fundamento al Juez en sus decisiones; "por manera que una censura planteada en estos términos está condenada al fracaso al sobrevalorar de manera anticipada y sin fundamento alguno el contenido de la noticia criminis".

Así las cosas, explica el Delegado, que la discrepancia del Tribunal con la sentencia del *a quo*, no se fundó en el contenido de la orden escrita de trabajo como lo sostiene el recurrente, sino que estimó que el Juez valoró inadecuadamente las declaraciones del Capitán Archibold y los agentes de la Policía Germán Guillermo Rojas y Pedro Ignacio Fernández Rivera, quienes

participaron en el procedimiento, en tanto que fueron contestes en afirmar que durante el desarrollo de la requisa al vehículo en el que fue hallado el alcaloide, se hicieron presentes Henry Alberto Porras y Jaime Ramírez, y no como se sostuviera en la sentencia consultada, cuando ya había concluido dicho registro.

En el mismo sentido, dice el Procurador, el *ad quem*, acudió al análisis de la indagatoria de Jaime Ramírez Izquierdo "para restarle eficacia a la afirmación del agente Beltrán Sarmiento, pues el implicado aseveró que luego de un tiempo prudencial en la cual fue revisada su libreta de apuntes y su vehículo particular, se le informó la existencia de droga dentro del camión...", mereciendo alto grado de credibilidad para el Tribunal que aparte de reafirmar las versiones de los demás policiales, constituía un indicio de mala justificación, como igualmente lo representaron las "manifestaciones concomitantes", entendido esto en el sentido de que si la actitud de los incriminados hubiese sido la de colaborar con las autoridades, no habrían ejercido actos de oposición valiéndose para ello de manifestaciones como que Ramírez Izquierdo era el jefe de seguridad de la empresa, puesto que, "...En este punto destacó el fallador la referencia hecha por el Jefe de la Sijín de Leticia, quien pudo observar con anterioridad, preocupación del señor Porras Ardila al referirse a las diversas argucias utilizadas para el transporte de sustancias ilícitas dentro y fuera del país, y sin embargo no hubiera implementado medidas de seguridad sobre las remesas recibidas y evitar una situación de esta naturaleza, pues la falta de control sobre las guías, se hizo evidente en tanto muchas de ellas carecían de la firma del remitente, deficiencia que no podía imputársele únicamente a Rincón Contreras, en tanto el propietario estaba enterado de los métodos utilizados por los traficantes para transportar estupefacientes, y esa falta de cuidado, para el Tribunal, se tornó una evidencia del conocimiento que tenía sobre operaciones efectuadas mediante su empresa".

También, dice el Procurador, controvirtió el Tribunal la afirmación de la defensa en cuanto a la llamada hecha por los procesados a Policía dando cuenta de que personas sospechosas merodeaban por el lugar, sustentado así, que no temían a la presencia de la autoridad, pues para el fallador antes que una manifestación de inocencia, fue una "simple actitud de reiterar a unos sospechosos y en manera alguna a orientarlos al hallazgo fijo", reafirmando el fallador su posición de que el hecho de que los procesados tuvieran buena reputación en el ámbito comercial no necesariamente implica su desvinculación de actividades relacionadas con el tráfico de drogas, pues la experiencia ha enseñado que valiéndose precisamente de circunstancias como esas se ocultan actividades ilícitas.

Concluye, así, el Ministerio Público, que el casacionista no demostró tergiversación alguna, y el documento referido apenas constituyó un indicador del conjunto de factores que integró la conducta de los procesados sin ningún fundamento capaz de romper la sentencia impugnada y por ende, solicita la desestimación de la censura.

2. Demanda a nombre de Jaime Ramírez Izquierdo

En cuanto al único cargo que se propone en cuanto este procesado, en el que señala múltiples irregularidades que califica de violatorias del debido proceso como fundamento para solicitar la nulidad de todo lo actuado desde la resolución del 4 de abril de 1994 por medio de la cual se declaró el cierre parcial de la investigación, sostiene el Ministerio público su improcedencia por no ajustarse a los cánones normativos del procedimiento, solicitando, también su desestimación.

En efecto, precisa el Delegado, que la actividad defensiva desplegada por el aquí demandante durante ese período procesal tuvo un papel protagónico en la situación que ahora tacha de irregular, y que "...a la postre utilizó en beneficio de los intereses del procesado que representaba en ese momento", esto es, de Henry Alberto Porras Ardila, actitud que viola el principio de lealtad procesal, como ya lo hiciera notar el Ministerio Público Delegado ante la Fiscalía Regional al conceptuar negativamente sobre la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento de este último, así como en el memorial en el que desistió de la apelación que la resolvió positivamente y en el memorial precalificatorio, en los que se refirió a las acciones dilatorias y confusas de la defensa para entorpecer el normal desarrollo del proceso.

Sin embargo, es cierto que de parte de los empleados de la Secretaría común de la Fiscalía Regional hubo negligencia y descuido que desembocaron en las irregularidades que señala el casacionista; pues a la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento presentada el 29 de marzo de 1994 por el defensor de Porras Ardila, no se le dio trámite afectándose con ello "el trámite normal del desenvolvimiento" de la actuación, destacando de inmediato que habiéndose cerrado parcialmente la investigación el 4 de abril de ese mismo año -fecha en la que también Medardo Rincón solicitó audiencia especial- se le notificó personalmente a los procesados el 8, al Ministerio Público el 11 y se fijó por estado el 18, pero como fuera recurrida en apelación por los implicados el mismo día en que se les enteró de su contenido, por resolución del 22 siguiente se negó por improcedente dicha impugnación, lo que significa que la clausura de la investigación no cobró ejecutoria el día 21 como lo sostiene el demandante, quien "no reparó que el procesado José Medardo Rincón, el día 20 de abril, advertido de su error, interpuso recurso de reposición contra el auto de cierre, esto es, antes de precluir dicho término, pero en atención al desorden del manejo del expediente en la Secretaría de la Unidad, tan solo fue hallada hasta el 27 de abril de mil novecientos noventa y cuatro, y al día siguiente corrió traslado por dos días a los sujetos procesales y mediante resolución del tres de mayo, lo decidió absteniéndose de revocar la providencia de cierre".

Dicha decisión, explica, se le notificó personalmente a los diferentes sujetos procesales entre el 7 y 9 de mayo, habiéndose anotado en estado el 10 siguiente, por lo que cobró ejecutoria el 13 y el 17 se dejó la correspondiente constancia del inicio del traslado para alegar previo al calificatorio, no siendo

posible, como lo entiende el casacionista que de dicho término se corriera traslado antes de dicha fecha.

En este mismo sentido, y si bien para el Procurador las referencias del casacionista sobre la petición que elevara el 10 de mayo insitiéndole a la Fiscalía para que resolviera sobre la revocatoria de la medida de aseguramiento de Porras Ardila, desconociendo que ya el 13 de abril se le había respondido que sobre ella se pronunciarían al momento de calificar el sumario, solo ponen de presente su insistencia en tal solicitud, y por esto, "sorprende más aún la actitud del funcionario judicial, quien contrariando su propia decisión y argumentando el aporte de nuevas pruebas, ordena correr traslado al Ministerio Público, el que a su vez rindió concepto desfavorable y advirtió las maniobras dilatorias al trámite de la actuación procesal, pues existe evidencia suficiente para calificar el mérito del sumario".

Aparte de lo anterior, el técnico judicial, desconoció lo previsto en el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal al dejar la constancia del 19 de mayo sobre la suspensión del término del traslado para alegar, situación que aunque es irregular no afectó "la potestad para la presentación de los memoriales", pues dicho traslado se reanudó el 8 de junio siguiente ampliando la oportunidad para que los sujetos procesales ejercieran el derecho de contradicción, "detalle que satisface el principio de la instrumentalidad de las formas".

De la misma manera, que el Fiscal no se hubiese pronunciado en relación con Jaime Ramírez Izquierdo cuando resolvió sobre la revocatoria de la medida de aseguramiento de Porras Ardila, se debe a que la petición del 29 de marzo no contenía ninguna petición sobre él, lo que se demuestra con el hecho de que el defensor de aquél hiciera idéntica petición el 26 de mayo, siéndole resuelta en el calificatorio.

Asimismo, la prórroga del término para alegar de conclusión concedida al Ministerio Público, no constituye irregularidad alguna, pues así lo permite el artículo 172.

Concluye entonces el Delegado, que si bien se presentaron deficiencias durante esta etapa de la investigación, éstas no alcanzaron a socavar las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento y tampoco quebrantaron garantías fundamentales de los sujetos procesales, pues la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento a favor de Porras Ardila y las que a su turno elevaron los demás procesados y defensores distrajeron la atención del funcionario, aunque a la postre las pruebas practicadas con posterioridad al cierre del ciclo instructivo sirvieron para revocar la medida detentiva, no obstante que con el mismo acervo probatorio se fundamentó la resolución acusatoria, lo cual resulta censurable.

En consecuencia, solicita no casar la sentencia impugnada, al igual que pide la expedición de copias para que se investiguen disciplinariamente al Fiscal instructor y a los empleados de la Secretaría que tuvieron que ver con el trámite de esta investigación.

CONSIDERACIONES

Aclaración Previa

Pertinente y necesario encuentra la Sala en el presente asunto, precisar inicialmente que se da por descontado el interés que le asiste al demandante para recurrir extraordinariamente el fallo de segunda instancia, pues no obstante no haber apelado el de primer grado por satisfacer éste las aspiraciones del procesado y su defensa, toda vez que fue de naturaleza absolutoria, al surtirse el grado de jurisdiccional de consulta que para esta clase de sentencias ordinarias de competencia de los entonces jueces regionales prevéia el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 29 de la Ley 81 de 1993), fue revocado integralmente para en su lugar condenar a Porras Ardila y Ramírez Izquierdo, situación que por implicar una ostensible variación en perjuicio de la situación de aquéllos, les legitima procesalmente para ejercer el derecho a la impugnación extraordinaria, pues la inicial conformidad frente a la decisión del a quo no puede siquiera presumirse respecto de la del ad quem, siendo entonces ese agravio entendido como cambio adverso de una situación ya definida, el que lo habilita a recurrir por vía de la casación.

1. Demanda a nombre de Henry Alberto Porras Ardila

El único cargo que se propone en esta demanda, acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente y por error de hecho por falso juicio de identidad, los artículos 21 del Código Penal, 34 y 38.3 de la Ley 30 de 1986 y 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal, al haber distorsionado el fallo de segunda instancia los testimonios de los agentes de la Policía que llevaron a cabo el operativo en el que se halló la droga y se le dio captura a los aquí procesados, como también lo hizo respecto del las versiones juradas del Subjefe de la Sijín Luis Antonio Toscano Móvil.

Así propuesta la censura, *se hace necesario recordar que sobre el aspecto teórico práctico de la técnica casacional en punto del error de hecho por falso juicio de identidad, ha sostenido ya en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta Sala que si el yerro recae sobre el contenido material de la prueba, corresponde al demandante identificar cada una de las que fueron objeto de distorsión por parte del Juez, de manera tal que al confrontarlas con lo que sobre las mismas se consideró en la sentencia, surja evidente que a pesar de que objetivamente el medio de convicción expresa una cosa, el fallador la hace decir otra muy distinta, en otras palabras, la pone a mentir porque en el proceso de apreciación ontológica de la misma la deforma y por ello el análisis parte de una realidad diversa de la que allí se acredita.*

Por el contrario, si el error in iudicando del sentenciador se deriva de su raciocinio lógico al aplicar las reglas de la sana crítica, en la medida en que no obstante concebir la prueba en su contenido exacto o en toda su expresión fáctica, en el proceso deductivo sobre los efectos y consecuencias que frente al caso concreto deben razonablemente extraerse de las mismas, atropella injustificada,

arbitraria o absurdamente las exigencias elementales y básicas de la lógica, la ciencia y la experiencia común, arribando a conclusiones que a la postre se desentienden de la realidad procesal allí vertida, es esto lo que se debe demostrar.

En ambos casos, si bien ha dicho la jurisprudencia que el ataque casacional se impone por los derroteros del error de hecho en los términos en que se acaba de precisar, debe además el casacionista afrontar el juicio apreciativo que se desprende de todas y cada una de las pruebas en que el sentenciador se apoyó para fundamentar la sentencia, estableciendo a partir de allí de manera clara las consecuencias del yerro en la decisión finalmente adoptada.

Así, las cosas, es lo primero precisar que en una aparente corrección en la proposición de la censura, que a la postre desvirtúa con la confusa demostración que pretende hacer de los yerros invocados, el demandante hace una mezcla inconciliable entre cuestionamientos de tipo probatorio que en principio parecen atacar el contenido material y objetivo de las pruebas, pasando inusitadamente y sin ninguna explicación que así lo haga entender, a presentar afirmaciones con las que discute el raciocinio del fallador a la hora de aplicar las reglas de la sana crítica, sin que finalmente logre su cometido frente a uno u otro tema, pues la argumentación que le sirve de sustento es en sí misma contradictoria e inconsistente.

En efecto, la exposición del libelista parte de la inicial afirmación de que la indirecta violación a la ley se presentó en el juicio intelectivo del fallador en la apreciación de las pruebas, pero no respecto de éstas concebidas en su objetivo contexto, sino en la aplicación de las reglas de la sana crítica, supuesto que de inmediato abandona al sostener contradictoriamente que el sentenciador distorsionó los testimonios de los agentes de la Policía que intervinieron en el operativo de incautación de la droga y aprehensión de los procesados, ocupándose en primer lugar de analizar la versión del Mayor Miguel Antonio Toscano Móvil, prueba respecto de la cual, una vez confrontado el contenido de la sentencia, se pone de presente que el demandante ha incurrido en un serio desacierto técnico de orden sustancial, habida cuenta que mal podía acusarse su tergiversación si no fue objeto de valoración por el juzgador, pues lo que se imponía en relación a ella en concreto, era proponer una censura por error de hecho por falso juicio de existencia, en la medida en que a pesar de su existencia material y descontada la legalidad de su aducción al proceso, no fue considerada como sustento del fallo no obstante la incidencia que hubiese podido tener en las resultas finales del mismo.

Además, tal desacierto sustancial del recurrente, termina desviando en conjunto, todo el ataque hacia un falso juicio de convicción en la medida en que a partir de lo vertido por el Mayor Toscano Móvil sobre la información que él personalmente recibiera vía telefónica por cuenta de un sujeto anónimo y las individuales deducciones que extrae el impugnante de dicha prueba al confrontarlas con las del Capitán Elkin Archibold y Luis Ernesto Beltrán Sarmiento, no solo dan al traste con la técnica casacional en la medida en

que ésta impone la formulación de juicios sobre la legalidad de la sentencia, por los motivos expresamente señalados en la ley y con el respeto imprescindible de los principios de precisión y claridad, debiendo proceder consecuente con su postulado de ataque a su demostración siguiendo los derroteros y metodología propias, como que cada uno de los motivos de violación a la ley corresponde a un concepto teórico bien disímil, que por lo mismo, los hacen excluyentes.

De ahí que, constituya inconsistencia lógica el método argumental del actor en lo que tiene que ver, se repite, con sus consideraciones respecto del testimonio del Mayor Miguel Antonio Toscano Móvil, no solo porque le cuestiona al fallo atacado la tergiversación de una prueba que no fue valorada, rompiendo así el principio de no contradicción, pues si fue ignorada por el sentenciador, entonces mal podría distorsionarla, y de otro, porque su esfuerzo se distrae en consideraciones particulares fincadas todas en el mayor mérito de credibilidad que debía, a su juicio, otorgársele a la deponencia en mención, olvidando que no contando nuestro medio con un sistema probatorio regido por la tarifa legal, no procede este tipo de alegaciones tratándose de prueba testimonial.

En el mismo sentido, se impone destacar, que si bien las declaraciones del Capitán Archibold y el agente Beltrán Sarmiento fueron objeto de las consideraciones fácticas del sentenciador a partir de las cuales concluyó que Porras Ardila era partícipe del envío de la droga a la ciudad de Leticia valiéndose de la empresa Carga Aérea de la que era su dueño, incurre el libelista en una seria confusión conceptual sobre el contenido y alcance del falso de identidad, pues no solo no atina a demostrar la real distorsión por cuenta del Tribunal de tales deponencias, las que, por el contrario fueron concebidas en su exacto contenido objetivo, sino que, a partir de la inconexa y acérrima crítica que hace de las mismas tomando como referencia las versiones del Mayor Toscano, el eje de su esfuerzo discursivo se fundamenta en la tergiversación, en que dice, incurrió el primero de los testigos mencionados respecto de la orden impartida por el Mayor para que llevara a cabo las labores de inteligencia que a la postre culminaron con el hallazgo de la droga y la captura de los procesados, si se tiene en cuenta que su análisis concluye que la mencionada orden no fue escrita sino verbal y que el documento que se allegó al proceso como soporte de aquella "carece de veracidad" debido que allí se anotaron los nombres de Luis Ramos y José Rincón, incluyendo a Henry Alberto Porras y Jaime Ramírez Izquierdo como los contactos al interior de la empresa, al igual que los de Angel Artunduaga y Carlos Padilla como los responsables de recibir el estupefaciente en la ciudad de Leticia.

Aparte de lo anterior, desconoce la verdad del proceso cuando para reforzar su tesis afirma que "existe una diferencia abismal entre lo afirmado por el Mayor Miguel Antonio Toscano Móvil en sus dos intervenciones en el proceso y lo reseñado en la orden de trabajo escrita y el acta de allanamiento por el Capitán Elkin Alejandro Archibold...", siendo del caso resaltar que no encuentra la Sala a qué se debe la referencia que hace el casacionista en cuanto

al acta de allanamiento, puesto que la única que existe en el proceso es la llevada a cabo el día de los hechos en la carrera 42 B No. 22 F-10, esto es, en las oficinas de la empresa Carga Aérea, la cual si bien contó la participación del Capitán aludido, fue practicada por el Fiscal Regional Delegado ante la Sijín, y allí dicho policial ninguna manifestación hace sobre la forma como recibió la orden (fls. 49 y 41, cuaderno No.1).

Tales críticas del demandante, también se extienden a cuestionar las razones que motivaron la captura de Porras Ardila y su acompañante, como bien puede colegirse de las expresiones de la demanda en las que partiendo de la base de que el capitán Archibold distorsionó la orden impartida por el Mayor Toscano Móvil, así como los hallazgos negativos que de estupefaciente se tuvieron al allanar las bodegas de la empresa Carga Aérea y la actitud de los procesados de llamar a la policía, las que, a su modo de ver, ponen de presente que la aprehensión de aquellos obedeció al capricho y a la actitud "vindicativa" del primero de los policiales, argumento, que aparece inane frente a las pretensiones de ruptura del fallo atacado y que aparte de corresponder también a construcciones deductivas propias del libelista no ponen de presente yerro alguno de los sentenciadores en la labor apreciativa de la prueba, sino, por el contrario, la oposición intransigente a las conclusiones de la sentencia.

Pero además, no menos desacertadas son las glosas del demandante en cuanto a las conclusiones lógicas del sentenciador de segunda instancia respecto de las inferencias lógicas, a partir de las cuales, dedujo la responsabilidad penal del procesado en los hechos investigados, tales como la efectiva corroboración de la llamada anónima -con lo que afirma estar de acuerdo-, el hecho de que la llegada de Porras Ardila y Ramírez Izquierdo a las bodegas de la empresa Carga Aérea fue concomitante a la requisa del vehículo en el que se encontró la droga y la oposición que éstos ejercieron en un principio para evitar que la autoridad revisara el contenido de las encomiendas que con las que se estaba cargando el mencionado automotor, apreciaciones en las que por primera vez se ocupa del testimonio del agente Luis Ernesto Beltrán Sarmiento, respecto de quien sostiene el demandante que como fue el único de los policiales de los que intervino en el operativo, que afirmó, contrario a los demás, que cuando los procesados hicieron presencia al lugar donde finalmente se produjo su captura, ya habían culminado la revisión del camión y encontrado la droga, debe otorgársele credibilidad en este aspecto, porque conforme a las reglas de la sana crítica es la calidad y no la cantidad de testimonios lo que los hace admisibles, criterio que se queda apenas en dicha afirmación, pues ninguna demostración hace el casacionista sobre la regla de la ciencia, la lógica o la experiencia común que fuera quebrantada por el fallador frente a esta prueba.

Aquí, pues, olvidó el demandante confrontar las declaraciones de los agentes Germán Guillermo Rojas y Pedro Ignacio Fernández Rivera, quienes al igual que el Capitán Elkin Archibold manifestaron que cuando se disponían a efectuarle la requisa al camión, se hicieron presentes Henry Porras y Jaime

Ramírez oponiéndose inicialmente a dicho procedimiento, los que, además, merecieron serio crédito al sentenciador no por la cantidad como lo sostiene el demandante, sino porque analizadas las condiciones en que percibieron los hechos junto con las explicaciones vertidas por el segundo de los procesados mencionados, la que no resulta creíble es la del agente Beltrán Sarmiento.

Así, entonces, se pronunció, el *a quo*, luego de transcribir los apartes pertinentes de las actas contentivas de las declaraciones en comento:

"...Lo anterior conduce a una conclusión y es la de que no pueden descartarse, como equivocadamente lo aduce el Juez de primera instancia, los testimonios de las personas a quienes se ha hecho alusión simplemente porque son contradictorias en algunos de sus apartes con la del agente Beltrán Sarmiento cuando dice éste que culminada la requisa hicieron su arribo a la empresa los acusados, ella se contradice con lo expuesto por el propio Ramírez Izquierdo quien dijo que fue luego de pasado un tiempo prudencial, es decir, después que revisaran su libreta de apuntes, su automotor, que se informó por la policía acerca de la existencia de la droga. Y aún más esta última referencia se contradice con la de Porras Ardila ya que, si se recuerda, en su primera salida procesal manifestó que el conocimiento acerca del hallazgo del alcaloide lo habían obtenido desde el mismo momento en que habían llegado nuevamente a inmediaciones del lugar donde se practicaba la requisa del automotor...".

Y, aparte de lo anterior, no puede perderse de vista que en la declaración rendida el 31 de marzo de 1993, el mismo testigo sostuvo, sobre su participación en el operativo y el desarrollo del mismo, lo siguiente:

"...Por orden de mi capitán Archibold Archibold, quien llevaba orden de trabajo del señor Mayor Toscano Móvil, nos trasladamos desde aquí de la Sijín, más o menos sería entre diez y media de la mañana a once, pero más antes se había hecho una vigilancia a dicha empresa en horas de la mañana del mismo día, por información que había recibido mi Mayor Toscano, desde una cuadra vimos que efectivamente había un camión cargando, estilo furgón plateado, y enseguida estaba otro camión el cual estaba listo para ser cargado, frente a la empresa Carga Aérea, eso fue como de nueve a diez de la mañana, y como la información era si efectivamente era una empresa aérea y si efectivamente estaban cargando entonces dimos la vuelta en el carro, yo como conductor del carro, y no hicimos sino mirar y estaban los coteros cargando, nos estábamos por ahí dos o tres minutos y dábamos la vuelta a la manzana por la feria exposición, no vimos o yo personalmente no vi a nadie más, y seguimos allá y el camión ya estaba en lo último de la carga, de pronto ya nos habían detectado que estábamos haciendo vigilancia porque más tarde llegó una patrulla de la policía, yo no vi quién más entró así como sospechoso, sino los coteros que estaban ahí trabajando, más o menos a las once de la mañana recibimos la orden de mi Capitán Archibold y también iba el dragoneante Fernández y el agente Rojas, de que requisaramos el camión

porque estaba sobre la vía , llegamos al camión y estaba un señor gordo el cual era el conductor, los coteros, en esas salió el gerente Medardo, se iba a proceder a la requisa cuando apareció como a los dos o tres minutos el dueño de la empresa o que manifestó ser el dueño con otro señor que manifestó ser el jefe de seguridad, el cual se estaba oponiéndose a la requisa, diciendo que por qué iban a requisar la carga si eso llegaba sellado a la empresa, y después de haber requisado a todo el mundo que no tuvieran armas, se requisó el camión... y más tarde, por orden de la Fiscalía para la Sijín, orden de allanamiento, se produjo (sic) a requisar la bodega, en la cual no se halló ningún otro elemento o sustancia...". (resalta la Sala, fls. 318 y 319, cuaderno original No. 2).

Y, precisamente en este sentido, imperativo resulta descatar, cómo a pesar de que el libelista había ya cuestionado algunas pruebas testimoniales como prueba directa y en tanto su presunta distorsión objetiva del juzgador, pasa inconexamente a referirse a las inferencias lógicas del fallador, como si en este acápite de la argumentación se hubiese ya percatado que la sentencia se fundamentó en la prueba indirecta -el indicio- y cuáles fueron sustento de los hechos indicadores, pero como en últimas no se decidió a atacar lo primero o lo segundo optando incorrectamente por las dos al mismo tiempo, cree el demandante satisfacer sus obligaciones con cuestionamientos genéricos de irrespeto a la sana crítica, sin que pudiese tener éxito en ninguno de sus simultáneos propósitos, pues como se vio no evidenció la distorsión objetiva de la prueba por parte del Tribunal y mucho menos el atropello a las reglas de la sana crítica.

En estas condiciones, entonces, el cargo no prospera.

2. Demanda a nombre de Jaime Ramírez Izquierdo

En esta demanda, el defensor común de los procesados, propone un solo cargo a nombre de Ramírez Izquierdo solicitando la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución que declaró cerrado parcialmente el ciclo instructivo, pues se presentaron irregularidades en su notificación y trámite previo al calificatorio que afectaron el debido proceso, sin que su proposición y desarrollo conforme a la técnica casacional demuestren en modo alguno la afectación de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento y mucho menos la lesión de las garantías fundamentales de los sujetos procesales, pues el escrito, en últimas, se reduce a un índice minucioso de la actuación desde el proveído del cierre investigativo hasta el proferimiento de la resolución acusatoria, sin que sea el marco de referencia de las situaciones que destaca, los intereses de quien en este libelo defiende.

En efecto, haciendo caso omiso no solo de la regulación legal sobre las nulidades en materia penal y los principios procesales que la regentan, a manera de ejercicio libre y en forma empalagosa e inane el esfuerzo del demandante se distrae con la transcripción de todas las constancias secretariales dejadas, calificándolas repetidamente de carentes de veracidad porque según sus propios cómputos sobre los términos cobró ejecutoria el 21 de abril

y por ende, el término para alegar debió correrse entre el 22 de ese mes y el 3 de mayo, pues tal tesis le permite descalificar la legalidad de los pronunciamientos sobre el recurso de reposición interpuesto por el procesado Medardo Rincón Contreras, el que ordenó correrle traslado al Ministerio Público para que conceptuara sobre la petición que él mismo elevara a favor de Porras Ardila deprecando la revocatoria de la medida de aseguramiento y que finalmente se resolvió favorablemente sin referirse a Ramírez Izquierdo, la que señaló fecha y hora para llevar a cabo audiencia especial con Rincón Contreras y la que concedió una prórroga del traslado para alegar al Ministerio Público.

Todo lo anterior, lo sustenta el demandante en una serie de actuaciones que no obstante calificar de irregulares, no comportan aspectos sustanciales y por ende, devienen en intrascendentes frente a la legalidad del proceso y además, en la mayoría, carece de razón por ser equivocados y falsos los supuestos en que se apoya.

En cuanto tiene que ver con la afirmación reiterada de que la ejecutoria de la resolución del cierre de la investigación operó el 21 de mayo de 1991, porque conforme a lo consignado en las constancias del 19 y 22 de abril de 1994, específicamente la última en la que al pasar al despacho los memoriales suscritos por Ramírez Izquierdo y Rincón Contreras, se hizo alusión a que la mencionada decisión se encontraba ejecutoriada, solo puede afirmarse que es un argumento que por sí solo deja en claro que el demandante desconoce que los recursos ordinarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal "podrán interponerse por quien tenga interés jurídico, desde la fecha en que se haya proferido la providencia, hasta cuando hayan transcurrido tres (3) días, contados a partir de la última notificación", esto es, dentro del término de ejecutoria tal y como así se prevé en el artículo 197 ibídem, según el cual "las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos y no deban ser consultadas".

En este sentido el casacionista no tiene en cuenta que los referidos escritos fueron allegados al proceso el 12 de abril de 1994, lo que significa que el recurso fue interpuesto dentro del término legal y en consecuencia, mientras no se resolviera sobre tales pretensiones no cobraría ejecutoria la mencionada decisión, por ello, la constancia del 22 de abril no estaba significando que tal efecto procesal había operado, sino que oportunamente se ejerció el derecho a la impugnación; y en esa medida, mucho menos puede entenderse irregular el trámite dado posteriormente a la sustentación del recurso de reposición interpuesto por Rincón Contreras, no obstante que por decisión de mero trámite el instructor se abstuvo de resolver sobre la inicial apelación porque la decisión contra la que se interponía no la admitía, no solo porque el memorial al que se hace referencia fue recibido y anexado al proceso el 20 de ese mismo mes y año, esto es, mientras corría la ejecutoria, sino porque el error en que se incurrió en la secretaría al anexarlo equivocadamente en el cuaderno que no correspondía no podía cargársele al incriminado, máxime

tratándose del ejercicio de la defensa material, como ocurrió en este asunto en donde la actuación en tal sentido no hizo cosa distinta que restablecer el imperio del derecho sustancial sobre el formal.

Así las cosas, solo una vez se surtieran las notificaciones pertinentes respecto de la resolución del 3 de mayo mediante la que se resolvió desfavorablemente la reposición de Rincón Contreras no podía entenderse ejecutoriada la resolución del cierre de la investigación e iniciarse a correr el traslado para la presentación de los alegatos precalificatorios.

En lo que tiene que ver con el trámite dado por el instructor a la petición que el ahora casacionista elevara en aquella oportunidad solicitando la revocatoria de la medida de aseguramiento de Porras Ardila, fechado el 29 de marzo de 1994 y el presentado con posterioridad al cierre del ciclo instructivo insistiendo en que se le resolviera la misma, no obstante que ya con anterioridad, esto es, el 13 de abril del mismo año mediante resolución sustanciatoria el Fiscal había dispuesto que se pronunciaría al respecto al momento de calificar el sumario, frente a la que cuestiona el censor el hecho de que el 19 de mayo se hubiera dispuesto correr traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto sobre esa pretensión "... sin ni siquiera tener en cuenta que ya se había cerrado la investigación, que dicho proveído se encontraba en firme y que como se anotó anteriormente ya habían vencido los términos para alegar de conclusión...", debe la Sala resaltar que en este punto el libelista alega su propia culpa, pues se trata de una actuación suya como defensor, lo que significa que si alguna irregularidad se hubiese generado en dicho procedimiento fue él el que contribuyó a su producción y tal situación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal le impedía alegarla como nulidad, máxime si con ello no se quebrantó el derecho a la defensa técnica, pues por el contrario, en censurable resolución del 9 de junio de 1994 efectivamente se le revocó la medida de aseguramiento a su procurado, no obstante que el primero de julio siguiente lo afectó con resolución de acusación.

En el mismo sentido, carece de seriedad el argumento de que también constituye irregularidad que en la resolución señalada en precedencia no se hubiese pronunciado el Fiscal sobre la situación de Ramírez Izquierdo, respecto de quien hizo extensiva la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento en el memorial que en tal sentido allegó una vez clausurada la instrucción, puesto que olvida que para entonces no ejercía la defensa técnica de este procesado y mal podía por ello hacer solicitudes en su favor, siendo del caso enfatizar que como el doctor Hernando Ocampo era el profesional que representaba los intereses de aquél, precisamente el 26 de mayo deprecó la revocatoria de la medida detentiva, disponiéndose el concepto del Procurador Delegado ante esa justicia, el 9 de junio, fecha en que se decidió positivamente la de Porras Ardila no obstante el concepto desfavorable del Ministerio Público en el que ponía de presente las maniobras dilatorias de este sujeto procesal, siendo finalmente resuelta en forma negativa en el calificatorio.

Frente a las críticas del recurrente sobre la suspensión de los términos para alegar de conclusión según la constancia secretarial del 19 de mayo en razón al trámite ordenado frente a la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento a que se ha venido haciendo alusión, la prueba grafológica ordenada el 24 siguiente y al señalamiento de fecha y hora para llevar a cabo audiencia especial con Medardo Rincón, ningún efecto que trasciende a la sentencia atina a señalar el demandante, pues en cuanto a lo primero debe tenerse en cuenta que el inusitado proceder del Fiscal instructor fue el que hizo incurrir en error a los empleados de la Secretaría, como que entendieron que no podía continuarse con el trámite previo al calificatorio encontrándose en curso lo pertinente a la mencionada solicitud de la defensa de Porras Ardila, pero aún así, fue corregido el 8 de junio cuando el Secretario Común de las entonces Fiscalías Regionales ordenó que se continuara corriendo el término para alegar de conclusión, lo que no podía hacerse de otra manera sin afectar o hacer incurrir en error a los demás sujetos procesales, como puede colegirse de la constancia de esa fecha en la que en su acápite final se lee lo siguiente: "...Es de anotar que habían corrido ya dos (2) días de traslados, por tanto a partir de la fecha empiezan a correr los seis (6) restantes días para que las partes presenten los alegatos que consideren necesarios. Vence el dieciséis de junio del año que avanza, a las seis de la tarde. Es de anotar que de lo anterior se comunicó telefónicamente a los Drs. Camilo Torres, Hernando Ocampo y Luis Carlos Chávez, defensores de los sindicados para los cuales se cerró la investigación..." (fl. 179, cuaderno original No. 3).

Menos, tampoco, representa irregularidad alguna el hecho de que se hubiera dado curso a la solicitud de audiencia especial que hiciera Medardo Rincón, pues no solo la misma se había elevado desde antes del cierre de la investigación, sino que no de otra manera no podía proseguirse el trámite en cuanto este procesado so pena, ahí sí en relación con el mismo, de generar una afectación al derecho de defensa y al debido proceso, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal, esta clase de terminación anticipada del proceso solo procede durante la etapa de la investigación. Y además, tal actuación ninguna lesión causó a los intereses de Ramírez Izquierdo, luego es inane y llevada al absurdo la censura en este sentido.

Ahora bien, en lo que sí le asiste razón al demandante es en lo que tiene que ver con el decreto y práctica de pruebas ordenada por el Fiscal en la resolución del 24 de mayo de 1994, no obstante encontrarse cerrada la investigación. Sin embargo, tal irregularidad no resulta suficiente para quebrar la sentencia recurrida, toda vez que dicha prueba no perjudicó la situación de Ramírez Izquierdo y ni siquiera fue objeto de consideración por el Tribunal Nacional.

Finalmente, y en lo que toca a la concesión de la prórroga del traslado para presentar alegatos de conclusión al Ministerio Público, debe decirse, que aparte de que al igual que las anteriores críticas, tal actuación no comporta

ningún efecto sustancial con incidencia en la legalidad del proceso, y además, no corresponde a la verdad, pues la petición que en este sentido elevara dicho sujeto procesal fue presentada antes de que venciera dicho traslado, esto es, el 15 de junio, siendo concedida por dos días en proveído del 17 del mismo mes.

En estas condiciones, este cargo tampoco prospera.

De otra parte, en cuanto a la solicitud que eleva el Procurador Delegado de compulsar copias disciplinarias a los empleados de la Secretaría Común que tuvieron que ver con el trámite de esta actuación, así como al instructor, por el desorden con el que se manejó este proceso durante la etapa procesal que cuestiona el demandante y la decisión de revocatoria de medida de aseguramiento con la que previo al calificatorio se cobijó a Porras Ardila, la Sala se abstendrá de hacerlo respecto de los empleados de la Secretaría, pues los errores en que incurrieron en las constancias secretariales aludidas por el demandante obedecen a los cambios de criterio del director de la investigación frente a la posición de la defensa aquí demandante.

No obstante, sí se dispondrá con destino al Consejo Seccional de la Judicatura y a las Fiscalías Delegadas ante la actual Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D.C., copias de esta decisión, de la resolución del 18 de marzo de 1993 por medio de la cual se resolvió la situación jurídica de los encartados, y de las del 9 de junio y primero de julio de 1994 por medio de las cuales se le revocó la medida de aseguramiento a Porras Ardila y se le profirió resolución acusatoria, no obstante que el 13 de abril había resuelto sobre dicha petición que se pronunciaría en el calificatorio por haberse ya dispuesto el 4 de del mismo mes, el cierre del ciclo instructivo -resoluciones de las que igualmente se expedirá copia, y además, para revocar la detención se valió fundamentalmente de un superficial análisis del testimonio del Mayor Miguel Antonio Toscano Móvil, respecto del que encontró corroboración con los de Alexandra Rosero Varón, esposa de este procesado y los de Armando Durán Vargas y José Joaquín Gevara Rico, así como de las inspecciones judiciales practicadas a las oficinas de Aero Leticia y Servi Carga Leticia; para, tan solo escasos veinte días después proferir resolución acusatoria advirtiendo que debía restársele crédito a las versiones del Mayor de la Policía, conforme a las demás pruebas recaudadas en la investigación.

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. No casar el fallo impugnado.

2. No acceder a la solicitud del Delegado de compulsar copias para que se investiguen disciplinariamente a los empleados de la Secretaría Común de las Fiscalías Regionales de esta ciudad, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

3. Con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de esta ciudad y de la Fiscalía Delegada ante la Sala de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D.C., por Secretaría, expídanse las copias a que se hace alusión en la parte final de las consideraciones de este proveído, para que, si se considera pertinente, se investigue penal y disciplinariamente al Fiscal que instruyó esta actuación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase a la Unidad de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá D.C.,

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NARCOTRAFICO-Agravante del artículo 38.3 de la ley 30 de 1986/ **NARCOTRAFICO**-Dosificación punitiva/**DELACION**-En narcotráfico/**DOSIFICACION PUNITIVA**-Las rebajas de pena se calculan sobre residuos o remanentes

1. La aprehensión material de la droga no es una condición para que proceda la aplicación del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986. Esta norma autoriza duplicar el mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores "cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana, a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachis; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona".

Es indudable que se trata de un tipo cuya aplicación se encuentra subordinada al contenido de los artículos 33 al 37 de esa normatividad y que por lo mismo obliga a una interpretación sistemática y no meramente gramatical.

2. La intensidad del daño que se causa o puede causarse al bien jurídicamente tutelado de la salubridad social es mayor o menor dependiendo de la cantidad de droga materia del delito. No es lo mismo elaborar, exportar y distribuir 5 kilos de cocaína que 100 o 5.000, por lo que resulta completamente racional y lógica la asociación de la cantidad de droga materia del delito a la noción de gravedad del hecho como criterio para la fijación de la pena.

Es claro para la Sala que la forma de culpabilidad a cuyo título se realiza la imputación (dolo, culpa o preterintención) no corresponde al criterio "grado de culpabilidad" a que se refiere el artículo 61 del Código Penal, cuya noción tiene que ver con la intensidad del dolo o el grado de la culpa. En el primer caso, si se tiene en cuenta que el dolo se constituye por la intención consciente de atentar contra el respectivo bien jurídico tutelado, el "grado de culpabilidad" tiene que ver con la mayor intensidad de dichas conciencia y voluntad. Esa mayor intensidad en el ámbito de una organización criminal altamente compartimentada es predicable de sus directores o cabezas. El solo hecho de poseer el control total del complejo de actividades criminales cuya articulación produce el resultado, traduce sin ninguna duda una

más alta comprensión del daño causado y una mayor determinación y voluntad criminales, que la predicable del que simplemente como pieza de la organización realiza apenas una cualquiera de sus funciones.

Quien hace del tráfico de drogas ilícitas su forma de vida, de por sí integra a su vida la cultura criminal propia de ese tipo de actividades, cuyas características en los planos de violencia y corrupción nadie desconoce. La reiteración de la conducta, por lo tanto, no por el hecho de penalizarse a través del concurso, pierde su condición de dato procesal que contribuye a perfilar la personalidad del autor.

3. La delación del artículo 43 de la ley 30 de 1986 es otra cosa. Consiste, como se dijo, en descubrir mediante pruebas idóneas a personas vinculadas con la realización del delito. Si la posibilidad de que esto ocurra supone lógicamente que el autor o el partícipe no haya sido descubierto, acudir a la confesión para decir que no existe razón legal para negar la delación cuando a través de otros medios de prueba ya se haya logrado esa revelación o descubrimiento, es simplemente una necedad.

4. La Sala ya se ha referido al tema en diferentes oportunidades y ha sido reiterativa en señalar que las rebajas de pena se calculan sobre residuos o remanentes. Así por ejemplo, mediante providencia del 31 de julio de 1996 (M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda) se consideró violatorio del principio de legalidad de la pena el método para computar las rebajas propuesto por el impugnante. Este criterio -se dijo en esa oportunidad-de calcular todas las aminorantes sobre el total de la pena imponible y no sobre los residuos "...puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C.P.), más 1/3 parte por confesión (art. 299 del decreto 2700/91) se habrá copado el quantum íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho por haberse acogido a la sentencia anticipada.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., octubre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 154 Proceso No.11565

Resuelve la Sala los recursos de casación interpuestos por los defensores de los procesados Julio Fabio Urdinola Grajales y Jhonier Mariano Ospina Cortés, contra la sentencia anticipada del Tribunal Nacional de diciembre 18 de 1995, mediante la cual condenó a los mencionados a prisión de 11 años, 11 meses y 10 días; y 8 años y 4 meses, respectivamente. Al primero por

infracción a los artículos 33 y 48 de la ley 30 de 1986, enriquecimiento ilícito (art. 1º del D. 1895/89) y falsedad personal para obtener documento público (art. 226 C.P.). Al segundo sólo por las infracciones al estatuto de estupefacientes anotadas.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A través de la intervención de comunicaciones telefónicas y de la ubicación de un micrófono en un vehículo, las autoridades estadounidenses lograron tener acceso a conversaciones de ciudadanos colombianos en la ciudad de Miami en 1992, obteniendo por esa vía algunas informaciones sobre operaciones de tráfico de cocaína hacia ese país. De acuerdo con las mismas, Julio Fabio Urdinola Grajales ocupaba un sitio importante dentro de la red de traficantes.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos se encargó de la transcripción respectiva y en junio de 1993 la Fiscalía recibió los documentos (fl. 1 al 170 c.o. #1). Esta institución, acto seguido, desplazó un Fiscal a Miami quien el 26 de julio de 1993 le recibió testimonio a una persona, bajo la figura de la reserva de identidad. En dicha diligencia, que contó con la participación de un delegado de la Procuraduría General de la Nación, el declarante hizo referencia a la participación de Julio Fabio Urdinola en las actividades mencionadas e igualmente de Jhonier Ospina (a. Daniel) -fol. 171 c.o. #1-.

Los elementos de juicio precedentes y el auto de acusación del Gran Jurado del Tribunal del Distrito Sur de La Florida (E.U.), expedido -entre otros- en contra de los antes citados por conductas asociadas a la introducción de cocaína a ese país (fl. 211 c.o. #1), fueron el apoyo del auto de apertura de instrucción proferido por la Fiscalía colombiana el 13 de septiembre de 1993, en el cual fue dispuesta la captura de Urdinola Grajales (fl. 234 c.o. #1). Al no lograrse, se le citó a través de edicto y fue declarado persona ausente el 21 de diciembre siguiente (fl. 280 c.o. #1).

El 12 de marzo de 1994 se produjo la entrega del mencionado y el 14 rindió indagatoria. En la misma confesó haber exportado hacia los Estados Unidos de 1.000 a 1.500 kilos de cocaína desde 1984, haberlo hecho con la colaboración de otras personas en ese país como en Colombia, entre las cuales mencionó a Jhonier Ospina y a Guillermo León Alzate. (fl. 27 c.o. #2).

Ospina Cortés igualmente se sometió a la justicia. Su entrega se produjo el 23 de marzo de 1994 y al siguiente día tuvo lugar su indagatoria (fl. 62 c.o. #2).

La situación jurídica de Julio Fabio Urdinola Grajales fue resuelta el 22 de marzo de 1994. Resultó detenido preventivamente por los siguientes cargos: infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986 por financiar y sacar del país cocaína en cantidad superior a 1.000 kilogramos, con la concurrencia de la agravante 3ª del artículo 38 de la misma ley; infracción al artículo 44

del mismo estatuto y enriquecimiento ilícito de particulares (art. 1º del decreto 1895 de 1989). -fl. 47 c.o. #2).

Por los mismos hechos punibles Ospina Cortés fue detenido preventivamente el 4 de abril de 1994 (fl. 130 c.o. #2).

Los dos solicitaron sentencia anticipada. Julio Fabio Urdinola Grajales aceptó los siguientes cargos en diligencia que tuvo lugar el 11 de octubre de 1994 (fl. 384 c.o. #6):

a) Haber elaborado, transportado, sacado del país, vendido y suministrado 1.660 kilos de cocaína entre 1983 y 1992 (art. 33 de la ley 30/86). La droga se remitió de Colombia a varias ciudades de los Estados Unidos, lo mismo que a algunos países europeos. Quedó expresa la deducción de la agravante contemplada en el artículo 38-3 del Estatuto de Estupefacientes.

b) Concierto especial para delinquir descrito por el artículo 44 de la ley 30 de 1986.

c) Enriquecimiento ilícito (art. 1º del decreto 1895 de 1989).

d) Falsedad personal para la obtención de documento público (art. 226 del C.P.). Este delito venía siendo investigado en otro proceso y fue acumulado por la Fiscalía Regional de Cali.

Jhonier Mariano Ospina Cortés aceptó los siguientes cargos el 28 de octubre de 1994 (fl. 397 c.o. #7):

a) Adquirir , transportar y sacár del país 1.600 kilos de cocaína entre 1989 y 1993. Es decir, infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986, agravada por el artículo 38-3 de la misma normatividad.

b) Concierto especial para delinquir (art. 44 Ley 30/86).

El 15 de diciembre de 1994 un Juez Regional de Cali dictó sentencia condenatoria con sustento en las aceptaciones de los procesados. Aplicó a su favor la figura especial de delación consignada en el artículo 45 de la ley 30 de 1986, les rebajó la pena por confesión y por razón de la sentencia anticipada, imponiéndoles finalmente 48 meses de prisión a Julio Fabio Urdinola Grajales y 38 a Jhonier Ospina Cortés.

Dicha providencia fue apelada por la Procuraduría y por la Fiscalía, resultando modificada por el Tribunal Nacional a través del fallo materia del recurso de casación. En este no se accedió a admitir la existencia de delación, se consideraron algunas circunstancias genéricas de agravación no tenidas en cuenta por el Juzgado y se aplicó una metodología distinta de tasación de la pena. El resultado fue la imposición a Urdinola de una sanción de prisión de 11 años, 11 meses y 10 días de prisión; y a Ospina de 8 años y 4 meses de prisión.

LAS DEMANDAS

1. La del defensor de Julio Fabio Urdinola Grajales

Está dividida en dos capítulos. En el primero figuran realizados siete cargos de violación directa de la ley. En el segundo dos de violación indirecta.

Capítulo I.

Primer cargo.

Sostiene el censor que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 38 de la ley 30 de 1986, al creer equivocadamente que la conducta de su representado podía considerarse agravada por el hecho de haber "enajenado, transportado o sacado del país" una cantidad superior a 5 kilos de cocaína, a pesar de que la norma solamente permite la agravación en casos de "incautación" de la sustancia, lo cual no tuvo ocurrencia en el caso examinado. En efecto –afirma la defensa– a Urdinola Grajales no le fue decomisada ninguna cantidad de cocaína, es decir que no surgió el único requisito legal para poder dar paso a la aplicación a la circunstancia específica de agravación punitiva.

Agrega que en atención a que la interpretación de la ley suele ser considerada como una operación esencial y compleja en la tarea de aplicar el derecho positivo al caso concreto, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en trazar pautas generales para ayudar al Juez en su tarea interpretativa, para que pueda llevarla a cabo sin reducir innecesariamente el ámbito de aplicación de la norma, pero también sin llegar a contrariar su sentido natural. De allí que haya consenso en cuanto a la existencia de varios métodos de interpretación, entre los que destaca el gramatical y el teleológico.

El primero –dice– está recogido en el artículo 28 del Código Civil y de acuerdo con él las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso natural de las mismas. Significa tal principio en materia penal que no le es permitido al Juez abandonar o sobrepasar el tenor literal de las normas incriminatorias, porque el ciudadano tiene derecho a atenerse a su texto y por tanto al sentido natural y obvio de sus palabras.

Una primera excepción al método gramatical lo consagra el propio artículo 28 del Código Civil, al señalar que cuando el legislador haya definido algunos términos, el intérprete debe concederles dicho significado legal, prescindiendo entonces de su significado natural y obvio. Otra excepción a dicho sistema la contempla el artículo 27 del mismo Código, al señalar que para interpretar una expresión oscura de la ley se puede recurrir a su intención o espíritu (método teleológico).

Acudir al sistema de interpretación teleológica implica, entonces, sigue el casacionista, que un término de la ley no sea claro. Cuando lo es, se encuentra obligado el intérprete a permanecer dentro de las fronteras del método

gramatical. Tal es el sentido de la norma del Código Civil que advierte que "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu".

Salta a la vista en el presente caso de acuerdo con el sistema de interpretación gramatical –continúa el recurrente–, que no es posible hablar de "cantidad incautada", en consideración a que no hubo incautación.

"Incautar es, únicamente, sorprender a una persona en posesión material de la droga o tomar posesión de ésta la autoridad competente mientras es poseída, transportada, adquirida, enajenada, exportada, procesada, etc.".

"Tratándose de droga -sigue el censor- la única manera en que se puede predicar incautación es cuando una cierta cantidad de droga ha sido decomisada por la autoridad, aun cuando no se trate de sorprendimiento en flagrancia...". En consecuencia, sin que medie comiso o decomiso, o sea retención material o hallazgo de la droga ilegal, no se puede aplicar el artículo 38 de la ley 30 de 1986 porque "...no hay droga incautada y sólo ello corresponde al sentido natural, obvio, claro e indiscutible del verbo incautar y de su acción y efecto de incautación, que por cierto se refiere a una calificación modal o circunstancial de cualquiera de las acciones mentadas por el tipo básico del artículo 33 de la prementada ley 30", expresa el demandante.

"Es verdad –puntualiza el abogado– que refiriendo el tipo subordinado contenido en el artículo 38 de la ley 30 de 1986 al tipo básico del artículo 33 de la misma normatividad, parecería que si el legislador sanciona conductas como el almacenamiento, transporte, conservación o introducción de droga, resultaría coherente que la agravante contenida en el tipo subordinado hiciese referencia a los mismos verbos rectores empleados en el tipo básico, es decir, que se permitiese incrementar la sanción cuando la cantidad de cocaína transportada, almacenada, conservada o introducida superase los cinco kilos. Sin embargo, el simple hecho de que una conducta que no esté expresamente descrita en la ley aparezca tanto o más digna de reproche como otras que sí lo están, no confiere autorización al juzgador para extender por vía analógica la agravación penal, con abusivo y legiferante desconocimiento del claro tenor literal de una expresión como la de incautar, incapaz de mover a equívoco alguno".

La condición de tipo subsidiario del artículo 38 respecto del 33 de la ley 30 de 1986, no significa, como lo asumió la sentencia, que puedan incorporarse al primero los verbos rectores empleados en el tipo básico. "Lo único que la calidad de tipo subordinado lleva consigo –precisa el casacionista– es la necesidad de referir una agravante (que es en este caso lo que confiere a la norma el carácter de subordinada) a una conducta penal descrita en forma completa en un tipo considerado como básico. Pero la agravante misma está aprehendida en unos términos legales que el intérprete no puede rebasar analógicamente, bien refiriéndose sólo a alguno o algunos de ellos, ora complementándolos a todos, como en este caso, con la exigencia de una particular modalidad fenoménica".

Así las cosas, cuando a una persona que realiza cualquiera de los verbos rectores del tipo básico le sean incautados más de 5 kilos de cocaína la pena se le podrá aumentar hasta en otro tanto, pero no así en el caso contrario. Y si se aduce que la razón de agravar la pena cuando se comercia la droga sin mediar su decomiso, es la misma que obra en los supuestos de incautación, se patentiza el uso de un procedimiento analógico de integración del tipo penal, extendiéndose indebidamente el ámbito de la circunstancia de agravación.

"En cualquier caso –anota el apoderado– una interpretación correctiva de la ley (la extensiva es una de sus modalidades, al menos cuando sobrepasa el claro valor semántico de las palabras de la ley) no puede efectuarse lícitamente con argumentos meramente políticos o doctrinales, pues frente a ella, la ciencia jurídica exige, por razones de seguridad jurídica, motivos claros de derecho positivo, como sería, en este caso, que alguna otra disposición legal hubiera usado la palabra 'incautarse' en una acepción irregular más amplia que la que le confieren las reglas usuales del idioma y que constituye su indiscutible sentido natural y obvio".

La interpretación extensiva de la ley, la cual permite dotar de un mejor significado algunas expresiones legales, no permite el abandono injustificado del método gramatical. "...que en materia penal denota la vigencia del principio de estricta legalidad de delitos, penas y agravantes y la severa sujeción del Juez al sentido riguroso o estricto del tenor literal de la ley incriminatoria". Dentro de la interpretación gramatical, no obstante, puede el juzgador forzar al máximo la significación de las palabras ("sentido literal posible"), extenderlo al límite de acepciones permitidas por su tenor literal y ello, conforme con doctrina que cita el libelista, puede considerarse conforme con el principio de legalidad.

Rige actualmente en la doctrina penal universal –agrega el casacionista– "...el criterio de que la incriminación no puede desbordar por ningún motivo el sentido literal posible de la ley sin quebrantar el axioma de la estricta legalidad". Lo que la desborde será interpretación analógica no autorizada si agrava la situación del autor. Cita doctrina sobre el particular, un aparte de la decisión de la Sala de mayo 23 de 1991, para reiterar –frente al caso examinado– que la expresión "incautar" es clara y obliga a permanecer en el terreno de la interpretación gramatical. Pero aún aceptando una interpretación extensiva de la expresión, que la haga aplicable a todos los verbos rectores del tipo básico, no cree el abogado que "incautar" pueda significar "transportar" o "sacar del país", o que "cantidad de sustancia incautada" pueda llegar a significar "cantidad de sustancia traficada", que es la equiparación hecha en el fallo impugnado. Este parangón, concluye, no pertenece al ámbito de la interpretación extensiva sino al de la analogía.

Cosa distinta es –dice– tratar de entender las razones del legislador para limitar la agravante a los eventos de incautación. Ensaya como hipótesis que esto pudo suceder por la mayor alarma social que en tales casos se produce

(en los otros en más la satisfacción que la zozobra) o en atención a que la incautación es prueba concluyente de que el delito recayó sobre una cantidad cuantiosa de droga. "De aquí en adelante advierte el censor–sólo pueden seguir consideraciones críticas de *lege ferenda* acerca de las deficiencias léxicas o político criminales del legislador histórico, deficiencias que ciertamente el principio de estricta legalidad y la prohibición de analogía impiden al intérprete corregir con simples argumentos de conveniencia y que por tanto sólo pueden servir como prospecto para una agenda de reforma legislativa".

Si el Juez administra justicia bajo la ley, no puede "rectificar el derecho que es" en perjuicio del reo, ya que dicha facultad debe reservarse, por las razones de seguridad jurídica que comporta el principio de estricta legalidad, a los supuestos de favorabilidad, *in dubio pro reo*, evitación de injusticias o desigualdades graves, y en todo caso con sustento en los principios de la Constitución, la protección prevalente de los derechos fundamentales, o el respeto igualmente prioritario de las normas rectoras o de los derechos humanos internacionales.

En cuanto a la analogía, recuerda que no aplica cuando desfavorece al reo. Trae doctrina para distinguirla de la interpretación extensiva de la ley y anota que en el presente caso "...por más que se pretenda dilatar la capacidad expresiva del vocablo 'incautar' es imposible hacerle significar 'transportar' o 'sacar del país'...", por lo que la valoración realizada por el Tribunal al ocuparse de la agravante punitiva del artículo 38, se ubica en el campo de la interpretación analógica "in malam partem" de la ley penal.

A pesar de que hubiera sido deseable que el legislador extendiera la agravante a verbos como transportar, almacenar, introducir o vender, la manifestación de ese artículo sólo hace evidente que el legislativo se quedó corto en la descripción de la circunstancia de agravación, con lo que "nos hallamos ante una clara laguna legal", que no puede llenar el Juez con sus deseos.

Tales vacíos o lagunas de la ley –prosigue el demandante– únicamente los puede corregir el intérprete, en aras de la justicia material, cuando benefician al reo y nunca al contrario (art. 7º del C.P.).

Se refiere, por último, al principio de estricta legalidad penal, de acuerdo con el cual el tenor literal de los tipos penales representa para el ciudadano una garantía irrebasable y para el Estado una barrera infranqueable. Bajo ese supuesto los errores político criminales del legislador no pueden corregirse en contra del procesado.

Estima que el Tribunal, al no respetar el claro tenor literal de la agravante, en su afán por conseguir una interpretación extensiva de la ley penal, lo que hizo fue llenar una laguna legal a través de la aplicación de la analogía *in malam partem*, creando indebidamente una norma penal. Vulneró, en consecuencia, el principio de legalidad, así como el corolario de la prohibición de

la analogía desfavorable. En la sentencia impugnada, por lo tanto, se dejó de aplicar el artículo 1º del Código Penal, que a su vez condujo a la falta de aplicación de los artículos 2º, 3º y 7º de la misma obra "...en cuanto se sancionó al procesado por una conducta que carece del indispensable requisito de la tipicidad, integrando la ley por un indebido procedimiento analógico".

Segundo cargo.

La atribuye el recurrente al Tribunal. haber violado directamente, por interpretación errónea, el numeral 1º del artículo 66 del Código Penal. No cuestiona la selección de la norma sino el hecho de habérsele dado un alcance equivocado.

Explica el error en considerar dicha causal de agravación como inherente a todo delito de narcotráfico, convirtiendo de tal manera una circunstancia accidental en esencial, al valorarse como agravante algo que corresponde a la composición típica de la conducta, violándose de esa manera la prohibición de la doble valoración.

Transcribe el censor el aparte de la sentencia donde se expresan las razones para aplicar la norma mencionada, relaciona los sistemas aceptados doctrinal y jurisprudencialmente para determinar la pena (legal, judicial y administrativo) y se detiene en el segundo. Según éste le corresponde al Juez la "individualización de la pena", dentro de los parámetros mínimos y máximos previstos por la norma legal y siguiendo los criterios que establece la propia ley.

En la determinación judicial de la pena –añade– es imprescindible hacer referencia específica al individuo, "...pues la pena aplicable por el Juez lo es tan solo en cada caso concreto y atendiendo las circunstancias específicas de cada hecho y de cada procesado".

Precisa que los motivos innobles o fútiles a que se refiere la norma no son la forma misma como objetivamente se desarrolló el hecho punible, sino que apuntan al aspecto interno del procesado, es decir a lo que lo impulsó. Esto significa que cuando se quiera aplicar la causal de agravación el funcionario judicial debe señalar expresamente las circunstancias de índole sicológica que movieron a ese individuo en particular a cometer el delito.

En el caso examinado el Tribunal, sin embargo, no tomó para nada en cuenta al procesado. Equivocadamente entendió "...que lo repudiable de las actividades de narcotráfico abstractamente consideradas, no sólo sirve para que dichas conductas sean elevadas por el legislador a la categoría de hechos punibles, sino que además ese repudio genérico puede servir de fundamento para la consideración individual de la agravante consagrada en el numeral 1º del artículo 66 del Código Penal".

Así las cosas, con la interpretación equivocada del Tribunal, "...se llega al absurdo de tener que reconocer que cada vez que un individuo incurra en un delito relacionado con el narcotráfico, automáticamente le será deducida la

agravante genérica de los motivos innobles o fútiles, actitud esta que choca contra la prohibición de aplicar doble sanción por los mismos hechos, sino contra la esencia misma del mecanismo de individualización judicial de la pena", precisa el casacionista. Agrega, finalmente, que el "ánimo lucrativo o de enriquecimiento" a que se refiere el fallo, aparte de que hace parte del delito de narcotráfico como circunstancia motivacional, es integrante del tipo de enriquecimiento ilícito, por el cual igualmente resultó condenado su representado.

Tercer cargo.

De acuerdo con este ataque, cuyos fundamentos se parecen a los del anterior, el Tribunal violó en forma directa el inciso 1° del artículo 61 del Código Penal, debido a interpretación errónea de la disposición. Dice el casacionista que fue desnaturalizado el criterio de dosificación punitiva de la "gravedad del hecho punible", al considerar que frente a los delitos como el narcotráfico "siempre" se configura. Así, convierte el Tribunal en esencial una circunstancia que es sólo accidental y se viola la prohibición de doble valoración, contenida en el encabezamiento de la disposición bajo la expresión "siempre que no hayan sido previstas de otra manera".

Transcribe los argumentos del fallo recurrido para aplicar la agravante punitiva. El primero hizo relación a la considerable cantidad de cocaína objeto de la ilícita exportación y distribución, que afecta gravemente el interés jurídico protegido de la salubridad social. El segundo estuvo referido a la gravedad del hecho, derivada de ser los destinatarios del producto ilícito por lo general jóvenes e igualmente de los grandes perjuicios económicos que genera el tráfico.

El Tribunal –advierte el casacionista frente al primer razonamiento– consideró la cantidad de la droga para aplicar la agravante específica del artículo 38 de la ley 30 de 1986 y nuevamente la tuvo en cuenta para agravar una vez más la pena, por la vía del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, con lo que se lesiona el principio *del non bis in idem*.

Admite el abogado que de aceptarse la postura del cargo primero, la del actual carecería de sentido. "Sin embargo –agrega– la objeción seguiría en todo caso en pie si se considera que es interpretativamente errático atribuir al tipo (básico o subordinado) siempre un elemento adicional de 'mayor gravedad del hecho', pues entonces lógicamente se está confundiendo el hecho con el hecho grave. Decir que es grave todo hecho por estar tipificado como delito es una perogrullada; pero sostener que por ser grave se presenta también forzosamente como agravado punitivamente en cada caso, es una desnaturalización del criterio de ponderación cuantitativa del injusto en que consiste la mayor o menor gravedad del hecho (y que en este caso tampoco se puede confundir con la cantidad de droga manejada, ya que en el tipo básico ingresa cualquier cantidad de droga no incautada y en la agravante cualquier cantidad de droga incautada que sea superior a cinco kilos, sin que el juzgador pueda hacer más gravosa la agravación legal con estimaciones subjetivas)".

Para refutar el segundo argumento del Tribunal se remite a los argumentos del cargo anterior. Aduce que el legislador determina la pena en abstracto y que el juzgador, a partir de criterios legales, la individualiza en el caso concreto, lo cual supone tener en cuenta las circunstancias personales del procesado.

Así las cosas, estima que el juez de segunda instancia se equivocó al aplicar el citado inciso 1º, puesto que lo hizo a partir de consideraciones abstractas y no del análisis concreto del individuo sometido a juzgamiento. Que los destinatarios del tráfico sean jóvenes por lo general o que de la conducta se deriven perjuicios apreciables para la economía nacional y para la del país a la que se envía la droga, dice el demandante, traduce resaltar algunos problemas sociales aparejados al delito de narcotráfico (que son materia de la determinación legislativa de la pena), sin que tales afirmaciones aludan para nada a la situación personal o individual del condenado, que son las únicas que deben servir de base para la determinación judicial de la pena.

Cuarto cargo.

Igual que en el punto anterior, estima el defensor que el Tribunal violó en forma directa el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, "...al considerar que para poder agravar la pena con base en el 'grado de culpabilidad' ... basta con demostrar la existencia de la voluntad criminal". Como en los cargos segundo y tercero precisa el recurrente que el juzgador no se equivocó al seleccionar dicho artículo para apoyar la tasación punitiva, sólo que lo interpretó erróneamente.

Señaló el juzgador que a los procesados se les debía incrementar la pena en atención a que "...al desempeñar un papel protagónico dentro de la organización delincuencial –transcribe el casacionista– ponían de manifiesto no sólo su voluntad de actuar en contravía de las normas penales, sino también y ello es lo más relevante, su deseo de deshonrar los deberes que como ciudadanos tienen ante el resto de la colectividad".

Dentro del esquema causalista del Código Penal –dice el censor como punto de partida para demostrar el error del Tribunal– la culpabilidad cuenta con un aspecto positivo dentro del cual se analizan las figuras del dolo, la culpa o la preterintención; y uno negativo que hace relación a las causales de inculpabilidad. Con sustento en tal división, para el impugnante no hay duda que cuando el artículo 61 del Código Penal se refiere al 'grado de culpabilidad', lo hace a su denominado aspecto positivo.

No cree el censor, adicionalmente, que pueda pensarse válidamente que el dolo, la culpa y la preterintención (art. 35 C.P.), sean "grados de culpabilidad," en especial cuando el legislador las ha catalogado como "formas de culpabilidad". "De ser grados –anota– habrían sido ya tenidas en cuenta en el tipo respectivo al establecer la penalidad para la respectiva forma de comisión dolosa, culposa o preterintencional".

Así las cosas, los grados de culpabilidad deben referirse "a distintas intensidades de cada una de las formas de culpabilidad" y aquellos niveles de mayor intensidad son los que permiten agravar la pena con sustento en el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal. De hecho –dice el casacionista– así lo afirmó el profesor Alfonso Reyes al expresar que dicho criterio de dosificación punitiva se refiere "al grado de intensidad del dolo o de la culpa con que el agente haya actuado".

Puesto que las conductas por las cuales fue condenado su defendido se desarrollaron dolosamente, pasa el demandante a mencionar las distintas clasificaciones del dolo que hace la doctrina. La primera, dolo de lesión y dolo de peligro, no permite distinguir dos "grados de intensidad en el dolo" y por lo tanto no se trata de una clasificación de interés para el artículo 61 del Código Penal.

"Si la diferencia entre los llamados dolos genérico y específico en el fondo contiene una confusión entre el dolo propiamente dicho y los ingredientes subjetivos del tipo, debe entenderse que tampoco se trata de una clasificación que permita apreciar diversos "grados" de dolo. En puridad de términos el dolo siempre es genérico como intención de ejecutar un hecho punible, mientras "la particular finalidad que el agente se proponer obtener" es lo que mejor identifica los ingredientes subjetivos del tipo. En otras palabras, tampoco esta clasificación del dolo resulta de interés para el artículo 61 del Código Penal", precisa la defensa.

A su juicio quizás las únicas clasificaciones que permiten ver una gradación del dolo son: a) la que distingue el dolo directo (de primero y segundo grados) y el dolo eventual; b) Aquella que separa los dolos de ímpetu y de propósito y c) La que distingue entre el dolo inicial, el concomitante y el subsiguiente.

Precisa, a renglón seguido, que "para poder afirmar que el grado de dolo con que un determinado hecho se ejecutó es 'mayor' o 'menor' (lo que de acuerdo con el inciso 1º del artículo 61 permite tanto atenuar como agravar la pena), lo primero que debe hacerse es establecer cuál es el dolo 'medio', es decir, el dolo con que normalmente se entiende ejecutada una conducta delictiva, el dolo propio del respectivo tipo doloso. Esto es evidente, porque en cuanto para la ejecución de un hecho punible se emplee el dolo que usualmente corresponde a dicha figura, la simple existencia de ese dolo no puede ser calificada de 'más grave' ni de 'menos grave' no pudiendo por tanto dar lugar ni a una agravación ni a una atenuación punitiva".

Lo normal, tratándose de delitos de narcotráfico, es que el autor realice la conducta con dolo directo y no puede haber un dolo más grave, aun cuando sí puede haberlo menos grave (indirecto o eventual). "Dicho de otra manera, al aplicar esta clasificación del dolo a los delitos de narcotráfico se entiende que ellos no pueden ser agravados, pero sí atenuados, con base en el 'grado de culpabilidad', ya que el tipo correspondiente se edifica con la forma más grave o intensa del dolo (dolo intencional o de propósito, dolo directo de primer grado, intención)".

En cuanto a la clasificación del dolo en de ímpetu y de propósito, respecto de la cual resalta su finalidad de gradación del aspecto positivo de la culpabilidad con miras a un tratamiento punitivo diferencial, aduce el libelista –citando nuevamente al profesor Reyes Echandía– que quizás se trata de la única que permite una aplicación práctica dentro de las circunstancias de dosificación de la pena. Sin embargo, el que acarrea modificaciones punitivas, pero de reducción, es sólo el dolo de ímpetu en concordancia con el artículo 64-3 del Código Penal. La importancia de dicha clasificación radica, entonces, en que la pena sea atenuada y nunca agravada "sobre los supuestos de que normalmente se delinque con dolo de propósito, y de que el dolo de ímpetu supone reducción del grado de culpabilidad con la consiguiente necesidad de atenuar la pena".

Agrega la defensa –en referencia a la distinción entre dolos inicial, concomitante y subsiguiente– que normalmente el delito de narcotráfico se comete con la mediación de dolo concomitante, "...puesto que el autor suele querer desde el comienzo la realización de dicha conducta y mantiene durante todo el recorrido criminal esa intención delictiva. Siendo ello así –sigue– el dolo que en los delitos de narcotráfico debe servirnos de parámetro para poder establecer modalidades más y menos graves de culpabilidad es el dolo concomitante. A partir de ese que podríamos llamar 'dolo medio' podrá en cada caso concreto afirmarse que la presencia del dolo anterior o del dolo subsiguiente deben ser consideradas como formas más o menos graves de dolo, aun cuando lo lógico resulte ser que esas otras dos modalidades dolosas obren tan solo como atenuantes punitivas frente a delitos con el de narcotráfico".

Independientemente de lo dicho, lo evidente para el demandante es que para aplicar como causal de agravación punitiva el grado de culpabilidad "...no basta con encontrar demostradas la voluntad de actuar contra derecho y el deseo de faltar a los deberes sociales, como equivocadamente lo hizo el Tribunal Nacional. Si se quiere recurrir al 'grado de culpabilidad' como factor de agravación punitiva, el inciso 1º del artículo 61 debe ser más ampliamente interpretado, entendiendo que no alude a la simple demostración del dolo, sino al análisis de cuál de las varias manifestaciones del dolo fue la desplegada por el autor concreto de la conducta, y a la demostración de que esa concreta manifestación del dolo es más grave que la que suele acompañar a otros autores de las mismas conductas delictivas".

El Tribunal, en conclusión, no hizo nada distinto que describir correctamente el aspecto volitivo del dolo. "...que justamente consiste en querer deshonrar los deberes del ciudadano, a través de una voluntad contraria a la normatividad", por lo que interpretó erradamente la noción de grado de culpabilidad del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, incurriendo en violación directa de esta disposición. "Obviamente –concluye el censor– lo que es integrante de la figura delictiva, sea en el injusto o en la culpabilidad, no puede al mismo tiempo jugar como circunstancia de agravación punitiva, no sólo

porque lo impide la lógica más simple, sino también porque con ello se infringe el principio positivo 'ne bis in idem' ".

Quinto cargo.

Esta vez el demandante aduce que el Tribunal violó el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal, igual que los anteriores por interpretación errónea, al considerar que para poder agravar la pena por "la personalidad del agente", no debe tenerse en cuenta su conducta anterior, sino la conducta desplegada y por la cual se le condena.

Cuestiona la defensa, en primer lugar, que la segunda instancia haya ofrecido como argumento para incrementar la pena por la circunstancia dicha, la "reiterada realización de las conductas objeto de la investigación", ya que esta se encuentra asumida por el legislador como una circunstancia especial de agravación a través de la figura del concurso, la cual fue aplicada por el Tribunal. Consecuencialmente, al tomar nuevamente la reiteración de los delitos para deducir la agravante punitiva de la "personalidad del agente", ello constituye una evidente violación del principio del "non bis in idem", consagrado en el encabezamiento del artículo 66 del Código Penal "...el cual solamente autoriza a tomar como causas de agravación punitiva las circunstancias que contempla a condición de que no hayan sido previstas de otra manera".

Fuera de lo precedente, agrega el defensor, el Tribunal interpretó mal el concepto de personalidad, que siendo mucho más complejo, fue evaluado teniendo en cuenta únicamente la conducta del procesado al momento de realizar los hechos punibles por los cuales se le condenó.

Advierte que la conducta delictiva es una manifestación aislada de la personalidad del agente, pero no constituye el completo análisis de la personalidad exigido por el legislador para efectos de atenuar o agravar la pena.

De admitirse que el delito es síntoma de la personalidad moral de su autor (teoría sintomática), el propio hecho revelaría la personalidad del agente y serviría como fundamento de la pena, pero no podría al mismo tiempo fungir como fundamento y agravante, expresa el defensor. Porque "en cualquier caso, la personalidad del agente no puede ser simple comodín a disposición del libre arbitrio judicial, pues entonces no se trataría de una facultad discrecional reglada, ni podría aspirarse a que se respete la regla constitucional y legal de la igualdad en la cuantificación judicial de la pena".

De acuerdo con el doctor Alfonso Reyes Echandía –lo cita nuevamente– las modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las circunstancias en que fue realizado, son manifestaciones de la personalidad de su autor; pero el legislador quiere que el juez haga el examen concreto de la personalidad del delincuente, antes de fijar la sanción aplicable, para que esta se adecue no sólo al delito cometido sino a la persona de quien lo realizó".

A juicio del censor, entonces, el Tribunal se equivocó al estimar que estaba acreditada la circunstancia de agravación por el solo hecho de que el

procesado hubiera demostrado despego a la norma penal, que es en realidad en lo que consiste el dolo, inclusive frente a conducta reiteradas. Su obligación era la de auscultar dicha personalidad mediante la asesoría de sicólogos y siquiatras, o bien a través de entrevistas periódicas con el procesado a lo largo del proceso e igualmente mediante el análisis de los informes relacionados con su conducta carcelaria.

Así las cosas –concluye el abogado– "como el H. Tribunal consideró erradamente que la existencia del delito investigado (como manifestación de la personalidad del condenado) era suficiente para establecer lo anómalo de su personalidad como factor para una mayor punibilidad, se abstuvo de hacer un más completo análisis de la personalidad del procesado, que es lo que el legislador pretende con la referencia que en el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal hace a la 'personalidad del agente'. De esta manera, dicha agravante no sólo aparece, una vez más, como duplicativa de los elementos del delito (la conducta delictiva es revelación sintomática de la personalidad de su autor), sino también como ilegal desde el punto de vista de su obligación de motivar razonadamente, es decir, fundamentar cada uno de los incrementos punitivos con algo que no sea mera palabrería".

Así pues, el juzgador interpretó erradamente el concepto de personalidad del agente, entendiendo que el delito investigado agota el análisis de dicho elemento, violando de manera directa el inciso 1º del artículo 61 del Código Penal y el principio positivo del "ne bis in idem" en ella contenido.

Sexto cargo.

Lo hace consistir la defensa en que el Tribunal Nacional violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 45 de la ley 30 de 1986, el cual consagra "una forma especial de delación" para rebajar la pena imponible en los delitos previstos en esa normatividad.

"El yerro del H. Tribunal –dice el demandante– se concreta en la equivocada creencia de considerar que para reconocer la rebaja de pena por delación contemplada en el artículo ... no es suficiente con el testimonio del sindicado - delator contra un tercero, cuando de otra parte existen en el expediente otros medios de prueba que incriminan a esta persona (y que sin embargo no han servido o no se han usado para vincularlo formalmente al proceso por medio de indagatoria o emplazamiento)".

Resalta que la "eficacia" de la "delación" de Jonier Ospina por parte de su representado se aprecia no sólo en el testimonio que éste rinde contra el primero, con pleno conocimiento de causa y circunstancias, sino también en el hecho de que la presentación de Ospina ante las autoridades obedeció a una solicitud en ese sentido hecha por Urdinola Grajales.

"Decir que todo eso no es serio e importante en el proceso, cuando Ospina es coacusado, junto con su delator, en el 'indictment' norteamericano anexo a los autos y cuando las autoridades no tenían ni idea de su paradero, es desconocer abiertamente la realidad de la prueba y distorsionar de modo

manifiesto la aplicabilidad de la pertinente norma legal que en tal supuesto establece un importante beneficio de rebaja de pena", anota el libelista.

Acto seguido transcribe los argumentos del sentenciador para negarse al reconocimiento de la disminución de la pena, e igualmente el texto de la norma que estima violada. Esta, advierte, exige para su aplicación dos requisitos: a) El sindicado debe denunciar mediante pruebas idóneas a copartícipes del delito. b) Los denunciados deben ser personas no vinculadas al proceso.

Expresa que aunque el Tribunal admitió que su defendido hizo la denuncia, le restó eficacia argumentando que ella no constituyó prueba idónea para lograr la vinculación del denunciado.

Por "prueba idónea" debe entenderse "prueba apta", esto es la que produzca convicción en el juzgador. Tratándose del testimonio (la denuncia o delación lo es), es inidóneo cuando analizado su contenido de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el juzgador concluye que no merece credibilidad. Pero si la ofrece, se le debe considerar prueba idónea para la demostración de los hechos materia del proceso.

Destaca a continuación que el artículo 45 de la ley 30 de 1986 exige que la prueba sea idónea, pero no, además, que sea el único medio de prueba obrante dentro del proceso. "Por consiguiente, basta con que el testimonio del sindicado (que es la delación misma) no pueda ser tenido como falto de credibilidad para que constituya una prueba idónea como la exigida..." por la norma mencionada. "¿O acaso –agrega - podrá decirse dentro de un proceso cualquiera que un testimonio o un documento son pruebas no idóneas por el solo hecho de que existen dentro del proceso otros medios de convicción que apunten en el mismo sentido?. Dicho en otras palabras ..., de acuerdo con la tesis del sentenciador de segunda instancia, basta con que dentro de un proceso penal existiese un solo medio de prueba válido, para que los otros debieran ser catalogados como pruebas inidóneas y por tanto irrelevantes para la investigación penal".

El Tribunal, en segundo lugar, precisó que no procedía la rebaja de pena porque ya existían dentro del proceso otros medios de prueba que señalaban a Ospina como incurso en los delitos investigados y en tales condiciones, de todas maneras, habría sido vinculado al proceso, resultando por lo tanto innecesaria la delación.

"La equivocación del H. Tribunal –advierte la defensa– consiste en que el artículo 45 de la ley 30 de 1986 reconoce la rebaja de pena por delación cuando se incrimine a un copartícipe del delito 'diferente a los ya vinculados al proceso', sin distingos entre los que ya casi iban a ser vinculados y los que tardarían más en serlo o tal vez no llegarían a serlo.

La exigencia del artículo 45, en otras palabras, es que las personas delatadas no estén vinculadas cuando la delación se produzca. Cualquier otra exigencia (pedir que se delaten personas no vinculadas y contra las que no hayan pruebas dentro del proceso), viola el principio de legalidad.

Como fundamento adicional tendiente a enfatizar el error del Tribunal, se refiere el censor, para finalizar, al tratamiento que la Corte le ha dado a la rebaja de pena por confesión. Menciona la providencia del 15 de agosto de 1989 (M.P. Dr. Gustavo Gómez Velásquez) y refiere que la Corporación reconoce la disminución punitiva "aun en el evento de que contra el procesado ya existiesen dentro del proceso otros medios de prueba".

Séptimo cargo.

Estima el casacionista que el Tribunal violó directamente, por interpretación errónea, el artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, "...al considerar que para una correcta dosificación punitiva deben calcularse anticipadamente las rebajas de pena establecidas por la ley y sólo con posterioridad, luego de restas progresivas o en espiral, cuantificar la pena merecida o justa, o sea la que se ajuste a la gravedad del injusto y la culpabilidad en el caso concreto".

Según dicho método, se calculan primero las rebajas y luego la pena "...con lo que se arriba a resultados amañados y oportunistas reñidos con la objetividad igualitaria de la justicia legal y con la seguridad jurídica derivada del principio de estricta legalidad de la pena, criterios estos últimos que imponen el imperio de la ley por encima de criterios coyunturales y subjetivos de oportunidad y conveniencia".

Las rebajas de pena que el legislador establece por razones de política criminal no pueden discutirse por el intérprete. Para la ley, según el defensor, primero debe determinarse judicialmente la pena justa."...y sobre su monto restar la suma de las rebajas...", mientras que de acuerdo con el Tribunal –que es la conclusión que cuestiona– "...dicha pena justa es la que resulta después de efectuar las rebajas legales una a una, restando la segunda del resultado arrojado por la primera resta y así sucesivamente. De esta manera las rebajas no resultan acumuladas o adicionadas entre sí, como lo ordena directamente la ley, sino que la segunda rebaja no se deduce de la pena total precalculada sino de una pena ya rebajada por la primera sustracción, y la tercera del guarismo ya afectado por la segunda resta.

"Ese método –agrega– supondría, para no caer en la inseguridad y la arbitrariedad, que la propia ley hubiera establecido el orden en que habrían de efectuarse tales reducciones de la pena en espiral, lo cual no acontece en nuestro ordenamiento, que, por el contrario, ordena sumar (adicionar o acumular) las rebajas y restarlas en conjunto de la pena dosificada por el juez (que ha de reputarse que es la 'pena justa', es decir, la adecuada a los baremos del artículo 61 del C.P.). Por el contrario, de manera expresa y clara dispone el artículo 37 B del C. de P.P., numeral 1º, que el beneficio penal que corresponda por terminación anticipada del proceso ... 'es adicional y se acumulará a todos los demás a que tenga derecho el procesado' ".

Los beneficios reconocidos en los fallos hacen referencia a una determinada proporción de "la pena", por lo que resultaría arbitrario efectuar tales

reducciones sobre un guarismo diferente al del total de la pena impuesta; para el caso examinado 210 meses.

A juicio de la defensa el método que utilizó la primera instancia, consistente en calcular las rebajas sobre el total de la pena impuesta, para luego sumarlas y después restarlas de aquella, es el que se desprende de la ley y de la lógica. "De la lógica, por lo que se ha insinuado –la ley remite todas esas rebajas a 'la pena' y no a un cálculo provisional o intermedio de 'pena ya parcialmente rebajada', y de la ley, entre otras razones, porque el mismo texto del actual artículo 37 del C. de P.P. así lo indica al ordenar al juez que dosifique la pena aplicable y de ella deduzca la tercera parte por haberse realizado el procedimiento de la sentencia anticipada".

En suma, el Tribunal se equivocó al no aplicar las distintas rebajas a la pena imponible en concreto, sino a una pena rebajada, método con el cual –insiste– se puede llegar a resultados distintos según el orden en que el Juez decida tomar en consideración las rebajas punitas, en contra de la seguridad jurídica y del principio de legalidad de la pena.

Advierte, finalmente, que la interpretación que impugna no obedece a una actitud aislada del fallador, sino a un criterio político coyuntural (no jurídico), movido por un cambio de enfoque de la Fiscalía y del Gobierno frente a la política de sometimiento a la justicia contenida en normas jurídicas generales que no han sido modificadas.

Lo que en definitiva se le censura al fallo de primera instancia por parte del Tribunal son las leyes que el Juez aplicó y no sus argumentos jurídicos. "Pero estar lleno de argumentos contra la ley aplicada no es un argumento que impugne realmente la sentencia que la aplica". Añade la defensa que lo pretendido por el fallo recurrido en casación es que la pena que efectivamente debe descontar el procesado sea superior a los 48 meses deducidos por el *a quo*, en consideración a que la misma es muy baja en comparación con la gravedad de los delitos y el grado de culpabilidad. De tal forma la segunda instancia confunde "los criterios dosimétricos principales de la pena (gravedad del injusto y culpabilidad) con los baremos político criminales de otorgamiento de ciertas reducciones legales de la pena judicialmente cuantificada".

El derecho penal actual –agrega el demandante– reconoce que el principio de culpabilidad no impide la imposición de penas inferiores al grado de culpabilidad, cuando la propia ley por razones de política criminal (que el intérprete no puede desconocer ni discutir), decide rebajar esa pena o inclusive prescindir de ella (indulto, amnistía, perdón judicial, condena de ejecución condicional, colaboración, prescripción, etc).

"Por consiguiente –concluye– lo que el *ad quem* desconoce en este caso es la verdad elemental de que, según el fallo de primera instancia, la pena justa es la pena total de 17.5 años (210 meses), para cuya determinación se tuvo en cuenta la gravedad del injusto y la culpabilidad en el caso concreto, en

tanto que las rebajas legales (162 meses en total) reconocidas en el fallo de primer grado se inspiraron simplemente en el respeto de las razones de política criminal nacional que han llevado a la ley a otorgar tales reducciones punitivas por los factores de delación especial, confesión oportuna y sentencia anticipada en el curso del sumario.

"Mientras en el último instituto mencionado la ley se ha inspirado en consideraciones de celeridad procesal o economía en el esfuerzo de la actividad judicial, en los dos primeros se trata de un enfoque especial de la lucha contra la impunidad para el que resulta preferible una condena relativamente benigna que una absolución por falta de pruebas (caso de la confesión), o bien se prefiere una pena rebajada para el delator a la impunidad del delatado. Este es el punto de vista del derecho vigente en Colombia, que de ninguna manera puede ser confundido con o sustituido por puntos de vista extraídos del debate que actualmente se agita en nuestro país –tal vez debido, al menos en parte, a presiones externas– en torno a la necesidad de su reforma para que puedan aplicarse penas más 'ejemplares' en los casos de narcotráfico".

Capítulo II

Al interior de éste el censor plante dos cargos al fallo recurrido, los cuales apoya en el inciso 2º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo.

Señala que el Tribunal violó indirectamente los artículos 66-3 y 2º del Código Penal, al suponer "...que dentro del proceso existe algún medio de prueba que demuestre la existencia de determinados o especiales 'modos de ejecución del hecho' o de los 'instrumentos' con que los delitos admitidos por mi poderdante tuvieron lugar, cuando ninguno de esos dos aspectos encuentra respaldo probatorio alguno dentro del plenario".

La segunda instancia en realidad dedujo la circunstancia de agravación, pero bajo la suposición equivocada de que sus elementos típicos se encuentran demostrados dentro del expediente. Dicha norma –dice el abogado– "pone correctamente las circunstancias y modalidades objetivas del hecho como indicios de la 'mayor insensibilidad moral', lejos de dejar todo esto librado a la personal estimación del fallador", a tono con la doctrina moderna.

Así las cosas, en cuanto el Tribunal de modo subjetivo y arbitrario supuso que estaba demostrada la situación externa, igual supuso su relación de causalidad para concluir en la mayor insensibilidad moral del agente. Transgredió, entonces, el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal y por esta vía las normas sustanciales ya anotadas.

Segundo cargo.

En esta oportunidad dice el casacionista que el Tribunal Nacional violó indirectamente los artículos 66-4 y 2º del Código Penal. Lo hizo por la vía del

error de hecho, al suponer que dentro del proceso obra algún medio de prueba demostrativo de la "preparación ponderada del delito", cuando dicha circunstancia no cuenta con respaldo probatorio alguno dentro de la investigación. "...como no sea –agrega– la ponderación que es propia del tipo de narcotráfico y que desde luego está ya incluida en el marco penal que el mismo prevé y no puede por tanto ser redoblada en la dosimetría judicial de la pena. No cabe duda que las circunstancias agravantes hacen parte del tipo de lo injusto, o, en todo caso, del tipo de delito, y por tanto están sometidas a los mismos requisitos sustanciales y probatorios de todos y cada uno de los elementos que integran el tipo legal".

Así las cosas, concluye, en cuanto dentro del proceso no obra prueba alguna que permita tener por demostrada la "preparación ponderada" de los delitos confesados, el Tribunal violó en forma directa, por falta de aplicación, el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal y por dicha vía las normas sustanciales a que ya se hizo alusión.

Textualmente, las que siguen son las peticiones del casacionista:

"Sobre el supuesto de que en la sentencia recurrida le fueron equivocadamente aplicadas a mi poderdante como causales de agravación punitiva, el 'transporte y distribución' de más de cinco kilos de cocaína (agravante inexistente dentro de nuestro ordenamiento penal), la innobleza o futilidad de los motivos, la gravedad del hecho punible, el grado de culpabilidad, la personalidad del agente, la insensibilidad moral y la preparación ponderada del delito, la pena aplicada en segunda instancia a mi defendido debe ser redosificada sin tomar en consideración las causas de agravación acabadas de mencionar.

"Así mismo, y como quiera que a mi poderdante se le negó equivocadamente el reconocimiento de la delación especial del artículo 45 de la ley 30 de 1986 como causa diminuente de la concreta punibilidad, la pena que en definitiva le fue aplicada por el fallador de segunda instancia debe ser recalculada para tomar en consideración esa rebaja legal.

"En estas condiciones, la cuantificación de la pena debe hacerse sobre los mismos supuestos trazados por el H. Tribunal Nacional, con las correcciones planteadas en los dos incisos precedentes. Esto significa que tomando como delito base la infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986, se tiene que el mínimo de pena imponible es de cuatro años de prisión. A dicha pena se le agregan (de acuerdo con los planteamientos del H. Tribunal Nacional) dos años por razón del concurso homogéneo y ocho años más por razón del concurso heterogéneo (?), lo cual arroja un gran total de catorce años de prisión, es decir, 168 meses de privación de la libertad.

"A la pena así obtenida se le debe descontar (conforme a los planteamientos del H. Tribunal Nacional) una sexta parte por la confesión, quedando la pena en ciento cuarenta meses de prisión.

"Siguiendo en esto el razonamiento del H. Tribunal Nacional, esa pena debe ser nuevamente disminuida en una tercera parte debido a la existencia de una sentencia anticipada, lo que dejaría la pena a imponer en un total de 93,4 meses de prisión.

"Pero, como quiera que a ese total le debe ser descontado el beneficio legal concedido por la ley (pero equivocadamente denegado por el fallador de segunda instancia) en razón de la delación, la pena debe ser disminuida en la mitad, quedando como pena final aplicable la de 46.7 meses de prisión.

"Naturalmente que, de prosperar el cargo 7º del capítulo I, no debe retasarse la pena con ese "método de espiral" usado por el ad quem, sino sumar todas las rebajas legales (cada una de ellas computada, como la ley lo ordena, de la pena imponible y no de una pena ya rebajada) y descontar este resultado de la pena total aplicable, pero teniendo en cuenta, claro está, que la rebaja por delación especial no cobija en este caso los cargos de 'enriquecimiento ilícito' y 'falsedad en documentos' (y, según el fallo de primer grado, tampoco el 'concierto para delinquir')".

Solicita, pues, que se case la sentencia impugnada en lo relacionado con la dosificación punitiva y se condene a su representado con sustento en la recuantificación punitiva que propone, o en la que se derive de los argumentos que la Sala admita.

Demanda del defensor del procesado Jhonier Mariano Ospina Cortés.

En dos capítulos, como el otro apoderado, dividió el libelo. En el primero le formuló seis cargos de violación directa de la ley sustancial al fallo del Tribunal Nacional, los cuales guardan plena coincidencia con los seis primeros ataques que por la misma vía realizó la defensa de Urdinola Grajales y que en consecuencia no se estima del caso entrar a resumir. El cargo sexto, no obstante, a pesar de contar con iguales argumentos de los del sexto de la primera demanda, está referido en este caso a que el Tribunal no le concedió al procesado la rebaja contemplada en el artículo 45 de la ley 30 de 1986, bajo los siguientes supuestos de hecho que transcribe el recurrente:

"...frente a la mujer (delatada por el acusado) es el testigo con reserva de identidad quien la individualiza y frente a Guillermo León Alzate (también delatado por el mismo) ... sobre el mismo abunda la prueba incriminatoria a raíz de las pesquisas efectuadas por el departamento de justicia de ese país" (E.U).

El desarrollo del ataque, como su similar de la otra demanda, se dirige al por qué de la interpretación errónea de la norma en que incurrió el Tribunal, al afirmar su improcedencia bajo el supuesto de la existencia de otros medios de prueba frente a los terceros delatados, quienes ya se encontraban individualizados dentro del expediente, aunque no vinculados procesalmente.

En el marco del capítulo segundo coincide con los mismos dos cargos de violación indirecta de la ley sustancia efectuados por el otro defensor.

CONCEPTO DEL PROCURADOR 2º DELEGADO EN LO PENAL

Uno solo de los cargos, el séptimo del primer capítulo de la demanda del defensor de Julio Fabio Urdinola Grajales, no lo formuló el apoderado de Jhonier Mariano Ospina. Como en los demás corresponden los libelos, el Agente del Ministerio Público conceptuó sobre ellos de manera conjunta.

Capítulo I

Primer cargo.

Los demandantes lo refirieron a la violación directa del artículo 38-3 de la ley 30 de 1986.

La Delegada estima, en primer lugar, que los censores carecen de legitimidad para formularlo. Simplemente porque el proceso finalizó a través del mecanismo de la sentencia anticipada y la agravante formó parte de los cargos realizados por la Fiscalía y aceptados libremente por los procesados, no constituyendo la casación una instancia de retractación.

Expresa el Procurador, en segundo lugar, que los demandantes que los defensores seleccionaron equivocadamente la causal de casación. Si lo que reclaman es que se dedujo la agravante sin haber mediado la "efectiva incautación de la sustancia", lo planteado es un falso juicio de existencia por suposición, en cuanto acusan al juzgador de inventar la prueba de la incautación, o de la cantidad de sustancia ilícita. Pero todavía si hubieran optado por la violación indirecta de la ley sustancial, tampoco tendrían legitimidad para demandar, por las razones ya expresadas.

No obstante los planteamientos precedentes, si la Sala asume responder de fondo el ataque, dice el Procurador que el mismo no debe prosperar. Transcribe los apartes de la sentencia que sustentaron de deducción de la circunstancia de incremento punitivo, precisa que el tipo básico por el cual se condenó a los procesados (art. 33, inciso 1º de la ley 30/86) no es objeto de discrepancias y concluye que no es acertado, como lo hacen los demandantes, condicionar la deducción de la agravante a la aprehensión material de la sustancia ilícita. Y en esencia apoya esta conclusión en la sentencia de la Sala del 28 de septiembre de 1996 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda), en la cual se fijaron los alcances de la norma que estiman interpretada equivocadamente los casacionistas y de la cual el Delegado reproduce sus principales apartes.

Segundo cargo.

Como a través de esta censura se le cuestiona al fallador haber interpretado erróneamente la agravante genérica 66 1 del Código Penal y su deducción está íntimamente vinculada con la dosificación de la pena, manifiesta el Agente del Ministerio Público que los demandantes cuentan con interés para recurrir, en los términos del artículo 37B-4 del C. de P.P.

Advierte que cuando se plantea errónea interpretación de la ley es deber del casacionista probar que el Juez falló en el entendimiento de la norma, al darle un valor que tergiversa el sentido verdadero del precepto. En otras palabras, que el juzgador incurrió en un análisis disparatado de la norma.

Acepta que la agravante mencionada hace específica referencia al individuo y en realidad "...en el curso de la investigación lo que se analiza, lo que se discute, lo que se juzga, es la conducta de una persona identificada plenamente".

Transcribe las afirmaciones del Tribunal en la cuales fundamentó la deducción de la circunstancia y expresa que las mismas no son críticas abstractas sino que hacen relación "...a la innobleza o futilidad de la conducta" de los procesados.

"No es evidente -agrega- que el juzgador haya disparatado el sentido hermenéutico de la norma, tampoco lo es que a todos los individuos que incurran en el delito que aquí se juzga ... deba automáticamente deducírsele las agravante genérica de los motivos innobles o fútiles, porque resulta indiscutido que el juicio de desvalor reviste connotaciones diversas si se mira individualmente a quién transporta, a quién conserve, o a quién venda sustancia estupefacientes, relacionado con personas que dirigen a nivel nacional e internacional empresas dedicadas al ilícito tráfico".

Señala el Procurador, de otra parte, que del contenido de las actas de aceptación de cargos se evidenciaban claramente "los presupuestos fácticos que contienen lo innoble o fútil del comportamiento de los procesados", circunstancia que hace "francamente discutible" la legitimidad para recurrir de los impugnantes.

La solicitud es, en suma, que no deben prosperar los cargos para ninguna de las demandas, pues en definitiva el juzgador no tergiversó el sentido de la norma.

Cargos tercero, cuarto y quinto.

Por estar referidos los mismos al inciso 1° del artículo 61 del Código Penal, el representante de la sociedad decidió conceptuar sobre ellos conjuntamente. En consideración a que lo cuestionado son los criterios para fijar la pena, en principio los defensores estarían autorizados para presentar los ataques en concordancia con el artículo 37B-4 del C. de P.P.

"Sin embargo –señala– en tratándose de la terminación anticipada del proceso, ello no es, ni puede ser así, en la medida que los criterios tenidos en cuenta en el texto del artículo 61 del Código Penal, dicen relación directa con los grados del injusto y la culpabilidad, que son postulados vinculados directamente con la lesión al bien jurídico tutelado y el grado de culpabilidad, que, en tratándose de la genérica 'terminación anticipada', presuponen aceptación del procesado de los cargos en la forma como los dedujo la Fiscalía en

su análisis. Es decir, son razones estrictamente cualitativas y no meramente cuantitativas o dosimétricas las que determinan la deducción de los criterios que hacen mayor la reprochabilidad de la acción".

Para la Delegada, en consecuencia, "...resulta claro que son ilegítimos los cargos que en tales sentidos presentan las censuras", en consideración a que se refieren a aspectos aceptados por los sentenciados sin críticas desde la formulación de cargos realizada por la Fiscalía.

Pero si se procediera al examen de fondo de los cargos, tampoco tendrían razón los impugnantes pues no resulta evidente "...que criterios tales como los de 'gravedad del hecho punible, grado de culpabilidad y personalidad del agente', sean fácilmente susceptibles de errónea interpretación como así se pretende hacer ver. Conceptos de esta índole son en el derecho penal de manejo usual, práctico, objetivo, sencillo e inconfundible, que difícilmente se trastocan o se yerra en su hermenéutica; evidentemente cabe la posibilidad, en un contexto 'ideal de motivación de los fallos' que se haga profundidad en su análisis, sin que por ello, una escasa motivación tenga la entidad pretendida para anular la sentencia, o para proferir otra en su reemplazo.

"Argumentaciones de este tenor –concluye el Agente del Ministerio Público no prueban en definitiva la violación directa de la ley sustancial, y se corre el riesgo de dedicar el libelo demandatorio a la simple contraposición de criterios, que por valederos que sean, no tienen la entidad para desquiciar una sentencia legítimamente expedida". Ninguno de los cargos, entonces, deben ser considerados por la Corte, "dada la ilegitimidad de las pretensiones incoadas".

Sexto cargo.

Aunque el concepto admite que los censores ostentan interés para formularlo, a renglón seguido señala que "...resulta altamente contradictorio afirmar que el Tribunal 'desconoce abiertamente la realidad de la prueba y distorsiona de modo manifiesto la aplicabilidad de la pertinente norma legal ... que establece una importante rebaja de pena...', en tanto en cuanto, críticas de este orden no se compadecen de ninguna manera con la violación directa de la ley sustancial, en sentido de errónea interpretación de la norma, porque es presupuesto lógico para formular esta censura aceptar, sin críticas, la estimación probatoria hecha por el juzgador".

Para el Procurador, por lo tanto, la censura debió haberse intentado con apoyo en el inciso 2° de la causal 1ª de casación.

"Además del yerro en sede técnica –agrega– dígase que los censores no se ocupan de demostrar el cargo en el sentido de probar que el fallador haya 'tergiversado' el contenido de la norma, y dedican la sustentación no a demostrar un yerro hermenéutico propio del error de interpretación en el análisis de los elementos estructural - normativos que es la causal que invocan". Es decir, no sustentan adecuadamente el cargo.

No obstante lo precedente, señala el Procurador, de acuerdo con el Tribunal, que no procede el descuento de pena contemplado en el artículo 45 de la ley 30 de 1986, "...cuando se incrimina a personas contra quienes ya aparecen en el proceso graves indicios de su actividad criminal, en la medida que la información aportada es suficientemente conocida en la investigación".

Aduce que los razonamientos que deben hacerse para otorgar la rebaja de pena, son homólogos a los que hace la jurisprudencia en relación con el descuento de pena por confesión y transcribe apartes de algunas decisiones de la Sala sobre el tema.

El cargo, en suma, no debe prosperar.

Séptimo cargo de la demanda presentada a nombre del procesado Urdinola Grajales.

Tampoco debe tener éxito a juicio de la Procurador, quien en lo esencial comparte la forma como el Tribunal Nacional le realizó las rebajas punitivas al procesado por razón de confesión y sentencia anticipada. Se apoyó para ello el representante de la sociedad en distintos pronunciamientos de la Sala en los cuales se hizo relación al "sistema de remanentes o residuos", con cuya aplicación se evita la exclusión total de la pena.

Dicho método –concluye el concepto– "de ningún modo ... resulta ilegal, ni arbitrario; se compadece en cambio con las razones jurisprudenciales de conformidad con las cuales el espíritu político - criminal de los beneficios es motivar al infractor de la ley penal a que salde cuentas con la administración de justicia, se acoja a los beneficios que la ley prodiga, y cumpla las sanciones impuestas por los jueces, morigeradas en más o en menos por su colaboración eficaz.

"Esa es la sistemática interpretación que ha venido dando la jurisprudencia de la Corte, y que por demás, la lógica impone, porque, como es bien sabido, el sentido político criminal del sistema estimulativo, no es que el Estado pierda la potestad sancionatoria, sino que la morigere, que la reduzca en proporciones que consulten la legislación represiva".

Capítulo II.

A los dos cargos propuestos por los defensores en su marco, se refirió el Agente del Ministerio Público de manera conjunta. Relacionó tres críticas que le merecen:

La primera es de técnica. Dice que la censura fue por apreciación errónea de la prueba "...que no es otra cosa que alterar, falsear, distorsionar, agregar o parcelar el contenido fáctico del medio de convicción para ponerlo a decir lo que evidentemente no dice". Así las cosas, se anunció un falso juicio de identidad y se sustentó un falso juicio de existencia por suposición de la prueba para deducir las agravantes de punibilidad (arts. 66-3 y 66-4 del C.P.). De tal

forma –dice el concepto– el reproche es ininteligible, en la medida que no puede el juzgador tergiversar un medio de convicción que presupone su existencia en el expediente y a la vez inventárselo.

En segundo lugar, agrega, las censuras no se refieren a ninguno de los temas relacionados en el artículo 37B-4 del Código de Procedimiento Penal "...porque las modificaciones de pena que pretende se ven antecedidas de un juicio previo sobre aplicación de la ley a través del análisis probatorio. Ello entraña advertir que el problema que se plantea ... no es de dosimetría punitiva sino de aplicación de normas, lo que viene a implicar una retractación de responsabilidad penal".

"Es bien sabido –continúa el Procurador– que la aceptación de cargos (conforme a los hechos y circunstancias, previas la formalidades previstas y el respeto de garantías fundamentales art. 37 Inc. 3º-), implica renuncia a la objeción de pruebas de cargo (art. 38-4), como así lo ha entendido la jurisprudencia (sentencia de octubre 28 de 1996, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego)".

"En tercer lugar –concluye el concepto– no es evidente que la convicción en sentido de determinar la responsabilidad ipenal, o de deducir una circunstancia de agravación punitiva, esté circunscrita a determinados medios probatorios reclamados por el casacionista; en cierto modo, la aceptación implica para el ente acusador la renuncia a practicar pruebas, si las que, con las pruebas que cuenta el proceso, se estructuran efectivamente la responsabilidad penal o la circunstancia genérica que deduce. Recuérdese por lo demás, que en materia penal hay libertad de prueba.

"De este modo, se hace pertinente responder que las circunstancias agravatorias genéricas, cuya prueba en el expediente echa de menos la censura, fueron materia de palmar aceptación por el procesado en el acta de aceptación de cargos donde el Fiscal discriminó el modo de ejecución de los hechos y su preparación ponderada. La aceptación de los cargos también es medio de convicción.

"Entonces –finaliza– en relación con el capítulo segundo de las dos demandas incoadas, dígase de primero que estima esta Delegada que son ilegítimas las aspiraciones de los censores, evento en el cual ha debido inadmitirse en sede de casación los cargos formulados al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial; de segundo, que dadas las contradicciones de sentido en la formulación (falso juicio de identidad) y en la sustentación (falso juicio de existencia por suposición), se hace ininteligible el reparo(s); y de tercero, que tampoco asiste razón a la impugnación en la medida que es bien sabido que la 'libertad probatoria y la apreciación conjunta de las pruebas' ofrecen al fallador el requerido 'grado de certeza' para sustentar la decisión que tome".

El Procurador Delegado, en suma, le solicita a la Corte no casar el fallo objeto del recurso extraordinario.

Consideraciones de la Sala

Por corresponder los cargos de las demandas, salvo el 7º del primer capítulo que sólo fue formulado por el defensor del procesado Julio Fabio Urdinola Grajales, la Sala los responderá en forma conjunta.

Capítulo I

Cargo 1º.

A través del mismo, se recuerda, los defensores adujeron que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 38-3 de la ley 30 de 1986, al deducirle a los procesados la circunstancia de agravación allí establecida, cuando en ningún momento les fue incautada cocaína en cantidad superior a 5 kilos.

Lo primero que debe registrar la Sala es su desacuerdo con el planteamiento del Procurador Delegado relacionado con la falta de técnica en la presentación del ataque.

No es verdad que las censuras se hayan propuesto sobre la base de que el juzgador inventó o supuso la prueba de la "incautación de la sustancia ilícita", incurriéndose de tal manera en la violación del principio de no contradicción, al alegarse violación directa de la ley y sustentarse el cargo en error de hecho por falso juicio de existencia. Los casacionistas no discuten los hechos ni las pruebas en la forma como fueron estimadas por el juzgador, sino tan solo el alcance que se le dio al artículo 38-3 de la ley 30 de 1986 y en particular a la expresión "sustancia incautada", por lo que no desbordaron los principios lógicos que rigen la causal de casación en la que apoyaron el ataque, que la restringen a la discusión de aspectos puramente jurídicos.

En lo que sí le asiste razón al Agente del Ministerio Público es en la ausencia de interés para discutir el punto en sede de casación por parte de los demandantes. Las razones son las siguientes:

El cargo de infracción al artículo 33 de la ley 30 de 1986, agravado por la concurrencia del artículo 38-3 de la misma normatividad, quedó claramente formulado por la Fiscalía en la diligencia de aceptación de cargos y fue libremente admitido por los procesados. Se trata -la última norma- de una agravante específica de punibilidad y por lo tanto debe entenderse como complementaria del tipo penal básico (art. 33), lo cual significa que hace parte de la imputación misma[1] y que no puede ser objeto de discusión a través de los recursos de apelación o casación, ya que ello comportaría una indebida retractación de los cargos que voluntariamente se aceptaron.

Los defensores, de otra parte, en ningún momento recurrieron la sentencia de primera instancia para reclamar por la deducción de la agravante específica. Por el contrario, alegaron en su calidad de no recurrentes para

---

[1] Cfr. Providencia del 3 de julio de 1996, radicación 11.713. M.P. Dr. Carlos Gálvez Argote. Del 4 de marzo de 1996. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Radicación 9714.

pedir la confirmación total de la providencia. Esto traduce su conformidad con el cargo integralmente considerado (tipo básico más agravante), lo cual era de esperarse si se tiene en cuenta -como se dijo- la suprema claridad en su formulación por parte de la Fiscalía en las diligencias respectivas. Así las cosas, haciendo por un momento caso omiso de la retractación que traduce la propuesta, no encuentra la Sala lógico que por el solo hecho de que la segunda instancia haya incrementado significativamente la pena, sin modificar para nada la consideración del supuesto de la cantidad de cocaína como circunstancia agravante, surja automáticamente para la defensa el interés para discutir en casación dicho tema, en relación con el cual (al perseguir la confirmación del fallo de primer grado) había hecho expreso su completo beneplácito.

Cierto que el aumento de la pena decretado por la segunda instancia se constituye en una de las hipótesis que en desarrollo de los mecanismos de sentencia anticipada y audiencia especial le otorga interés para recurrir en casación al procesado y a su defensor. Pero la legitimidad que de allí surge es sólo para discutir la dosificación de la pena, su proceso de cuantificación, los criterios empleados, la eventual vulneración del principio que prohibe la reforma en peor de la sanción; en ningún momento para discutir los aspectos fácticos y jurídicos de las imputaciones objeto de aceptación o de acuerdo.

No obstante lo precedente, no quiere desaprovechar la Sala la oportunidad para reiterar que *la aprehensión material de la droga no es una condición para que proceda la aplicación del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986. Esta norma autoriza duplicar el mínimo de las penas previstas en los artículos anteriores "cuando la cantidad incautada sea superior a mil (1.000) kilos si se trata de marihuana, a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona".*

Es indudable que se trata de un tipo cuya aplicación se encuentra subordinada al contenido de los artículos 33 al 37 de esa normatividad y que por lo mismo obliga a una interpretación sistemática y no meramente gramatical.

"...por su condición de subordinado del tipo agravante de que se trata -enfatizó la Corte en pasada ocasión-[2] no puede aplicarse de manera independiente, pues únicamente adquiere entidad jurídica en referencia y sólo así, con los tipos básicos a los cuales alude. De tal suerte, el vocablo 'cantidad incautada', empleado por el legislador para imprimir mayor drasticidad a la pena mínima de los delitos definidos en los artículos 33 a 37 de la ley en mención, no puede limitarse al significado gramatical del verbo incautar. Este, haciendo parte del tipo subordinado, pierde también su autonomía y debe ser interpretado dentro del contexto de la normatividad represora del narcotráfico, que no por haberlo empleado sólo en la redacción del agravante, excluye de sus efectos la mayor parte de las conductas delictivas que se reprimen, como

[2] Sentencia de casación de diciembre 10 de 1997. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Radicación 9086.

que las más de las veces la incautación del estupefaciente no llega a materializarse.

"Fluye claro que lo que el legislador quiso reprimir con mayor severidad, es la cantidad de estupefaciente manipulada por el agente, de la cual tenga probada noticia el proceso; no simplemente de la cantidad decomisada, pues es apenas lógico entender que el uso de la palabra 'incautada' no lo fue con el alcance restrictivo que le da el casacionista, sino para significar con ella 'la droga o sustancia ilícita sometida a conocimiento de un Tribunal o autoridad competente para lo de su cargo, así no se halle aprehendida materialmente', o sea que el 'tomar posesión' que utiliza el diccionario de la Real Academia de la lengua como acepción de 'incautarse' lo entendió el legislador en sentido figurado con alcance jurídico, no material.

"Resulta indiscutible que el ejercicio por el Juez, del trabajo interpretativo, cuando el texto de la ley lo requiere para hacerla operante al fin que persigue, no puede constituir, como dice entenderlo el profesional demandante, el desconocimiento del principio de legalidad del delito y de la pena. Es sencillamente, el cumplimiento del deber connatural al Juez, que ejercido con responsabilidad, va formando los criterios de interpretación propios de la jurisprudencia y va suministrando pautas generales de orientación al legislador para la comprensión de las situaciones que requieren de su manifestación funcional".

En suma, la evidente vinculación del numeral 3º del artículo 38 de la ley 30 de 1986 con los tipos penales descritos por el mismo estatuto en las normas que lo preceden, obliga al intérprete a escudriñar la verdadera intención de la ley al establecer la circunstancia de agravación, en atención precisamente a que una labor hermenéutica puramente gramatical, traduce inmediatamente la idea absurda de que el tráfico de sustancias estupefacientes en cantidades exorbitantes, sin que se produzca su aprehensión material, quedó excluida del tratamiento punitivo más severo a que se refiere la disposición.

No se trata de abandonar sin ninguna fórmula el método de interpretación gramatical, sino de buscar el verdadero espíritu y finalidad de la norma. Esta, sin ninguna duda, forma parte de un sistema y ante una incoherencia como la anotada, es un deber inaplazable del juez, auscultar sistemáticamente sus verdaderos alcances, bien para limitarlos a la estricta significación de las palabras o para extenderlos a las hipótesis lógicas posibles que surjan de la evaluación del conjunto normativo al cual pertenece.

Lo precedente no traduce el uso de la analogía. Se trata de un procedimiento legítimo de interpretación, que no por el hecho de una pretendida claridad en el significado de las palabras utilizadas en la norma, le está vedado al Juez como fórmula para encontrar la finalidad pretendida con la misma, ante una eventual imprecisión legislativa. Así las cosas, no se trata de llenar por vía judicial un vacío de la ley en aras de la justicia material, sino de encontrar sus verdaderos alcances, es decir aquellos que motivaron la inclusión de la norma por parte del legislador y únicamente de ellos.

La ley 30 de 1986, eso es claro, de manera recurrente se refiere cuantitativamente a las sustancias estupefacientes. En el literal j) de su artículo 2º alude a la dosis para uso personal y para el caso de la cocaína la fija en una cantidad que no exceda de un gramo, naturalmente a condición que el fin de quien la tenga no sea su distribución o venta.

El artículo 33 -inciso 1º-, obviamente antes de la ley 365 de 1997, establecía una sanción de 4 a 12 años de prisión, frente a las siguientes conductas, realizadas sin permiso de la autoridad competente y salvo lo previsto sobre dosis para uso personal:

Introducir al país, así sea en tránsito, sacar de él, transportar, llevar consigo, almacenar, conservar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar o suministrar a cualquier título droga que produzca dependencia.

El inciso 2º de la norma, preveía una sanción de 1 a 3 años para las mismas conductas, a condición de que la cantidad de droga no fuera superior de 1.000 gramos de marihuana, 200 de hachís, 100 de cocaína o de sustancia a base de cocaína y 200 de metacualona.

Nótese que dicha disposición en ningún momento estableció como elemento del tipo el hallazgo material de la sustancia, como se deduciría del argumento del recurrente respecto de la agravante. También que el legislador tomó en consideración la cantidad de la misma para la previsión de penas más o menos graves. En el caso de la cocaína, hasta 100 gramos, señaló prisión de uno a 3 años. Y de 4 a 12 años, si excedía esa cantidad.

Es supremamente clara, entonces, la tendencia del legislador de contemplar penas más rigurosas en la medida del incremento de la sustancia objeto del tráfico. Y a criterio de la Sala esa fue la lógica y el sentido para estatuir la agravante punitiva del artículo 38-3 de la ley 30 de 1986, sin que sea dable encontrar una sola razón desde el punto de vista lógico-sistemático para admitir que únicamente quiso esa rigurosidad punitiva frente al presupuesto de la incautación de la droga, entendido éste como aprehensión material de la sustancia.

Así las cosas, como lo expresó la Sala en la sentencia citada, la utilización del término "incautar" es una típica imprecisión legislativa, que no impide el hallazgo de su verdadero sentido dentro de la lógica interna del sistema general de la ley, "...el cual no es otro que el de especificar un incremento de la pena cuando la droga objeto del delito exceda las cantidades previstas en el artículo38-3 del estatuto nacional de estupefacientes".

Cargo 2º.

El Tribunal Nacional apoyó la deducción de la causal 1ª del artículo 66 del Código Penal, no derivada por el Juez Regional de Cali, en los siguientes argumentos:

"En relación con la primera de dichas agravantes, esto es, por haber obrado el sujeto activo del delito por motivos innobles o fútiles se tiene que a partir

de las características que acompañaron la ejecución de todas las conductas investigadas, es evidente que la realización de la constelación de actividades que comprenden el tráfico de estupefacientes en todas sus facetas denota lo innoble y fútil de los motivos que conducen a la vulneración de bienes jurídicamente tutelados como la salubridad pública, innobles por cuanto sin ninguna consideración se da paso al establecimiento de organizaciones que ciertamente constituyen un irrespeto por el individuo que es sometido a sus insalubres consecuencias y fútil cuando se antepone el bienestar del mismo individuo y de la sociedad en la búsqueda de un rápido enriquecimiento". (fl. 26 c. del Tribunal).

El punto de vista que plantean los demandantes es que el juzgador consideró que en los delitos de narcotráfico siempre se estructura la agravante punitiva, con lo cual asertó en la selección de la norma pero se equivocó en su interpretación. Como el propósito que persiguen los defensores es que se concluya que dicha causal no era deducible y por dicha vía una más benigna tasación de la pena, es muy claro el interés que ostentan para la proposición del cargo.

No cree la Sala que el Tribunal haya inferido la causal de agravación sin consideración a la conducta de los procesados y tampoco que la haya planteado como inherente a todo delito de narcotráfico, que es lo que postulan los casacionistas y en lo que fundamentan el ataque de violación directa de la ley.

Los motivos innobles y fútiles los derivó la segunda instancia "...de las características que acompañaron la ejecución de todas las conductas investigadas...", lo cual significa -al contrario de lo que afirman los demandantes- que el juzgador no marginó de su examen el comportamiento de los procesados. Este fue el punto de que partió y con tal base calificó de innoble el "...establecimiento de organizaciones que ciertamente constituyen un irrespeto por el individuo que es sometido a sus insalubres consecuencias..." y de fútil la anteposición de "la búsqueda de un rápido enriquecimiento" al bienestar del mismo individuo y de la sociedad.

En las circunstancias anotadas debe entenderse, entonces, que lo que estimó innoble y fútil el Tribunal, surgió de la consideración de la conducta misma de los procesados y no del señalamiento abstracto como repudiable de las actividades asociadas al tráfico de estupefacientes. Así las cosas, el ataque se torna defectuoso al sustentarse en la creencia equivocada de que el juzgador estimó la agravante punitiva como inherente a todo delito de narcotráfico, por lo que desde el punto de vista lógico no cabe la posibilidad de que sea examinado y por ende no está llamado a prosperar.

Cargos 3º, 4º y 5º.

Los mismos están referidos a la violación directa del artículo 61 del Código Penal por interpretación errónea de las nociones jurídicas de "gravedad del hecho punible" (cargo 3º), "grado de culpabilidad" (cargo 4º) y "personalidad del agente" (cargo 5º).

Frente a todos ellos el Procurador Delegado estimó que los defensores carecían de interés para proponerlos, en consideración a que los criterios para fijar la pena a que se refiere la norma tienen que ver "...con los grados del injusto y la culpabilidad, que son postulados vinculados directamente con la lesión al bien jurídico tutelado y el grado de culpabilidad, que, en tratándose de la genérica 'terminación anticipada', presuponen aceptación del procesado de los cargos en la forma como los dedujo la Fiscalía en su análisis. Es decir, son razones estrictamente cualitativas y no meramente cuantitativas o dosimétricas las que determinan la deducción de los criterios que hacen mayor la reprochabilidad de la acción".

La lógica del Agente del Ministerio Público es inaceptable. Aunque es verdad que los criterios para la fijación de la pena no son desligables del hecho típico, antijurídico y culpable, en manera alguna forman parte de su estructura y por lo tanto tampoco la modifican. Los mismos, en consecuencia, adquieren presencia y valor sólo al momento de la determinación de la cantidad de la pena por parte del juzgador, una vez emitido el juicio de responsabilidad penal, que naturalmente precede a la tasación punitiva.

Si lo anterior es así, resulta claro que la imputación o cargo que acepta el procesado en desarrollo de la figura de la sentencia anticipada, en manera alguna implica la admisión de los criterios que se vayan a tener en cuenta en el fallo para concretar la pena a imponer, así los mismos tengan "...relación directa con los grados del injusto y de culpabilidad". Pensar como lo hace el Procurador, entonces, significaría que cualquier pena que se le dedujera al procesado por los cargos aceptados y dentro de los límites mínimo y máximo previstos en la ley, no sería discutible por éste o por su defensor a través de los recursos de apelación y casación. Quedaría en tales circunstancias sin sentido la autorización para recurrir la dosificación punitiva (art. 37 B del C. de P. P.) y esta sola consecuencia muestra el absurdo de la posición examinada.

En los cargos anotados los defensores han planteado una discusión que está estrictamente relacionada con la dosificación de la pena, por lo que la Sala procederá a su correspondiente estudio.

Cargo 3º.

Aducen los defensores que el Tribunal consideró que frente a delitos de narcotráfico siempre se configura como agravante "la gravedad del hecho punible", lo cual constituye interpretación errónea del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal.

Los fundamentos aducidos en el fallo sobre el punto y a los cuales está referido el cargo, fueron los siguientes:

"Tiénese, entonces, que a partir de la considerable cantidad de estupefacientes (cocaína) objeto de procesamiento, ilícita exportación y distribución, que se ha referido resultó superior a 1.660 kilogramos, es válido afirmar que la jurisdicción se encuentra frente a una infracción con virtualidad suficiente para afectar gravemente el interés jurídico protegido de la salubridad social,

con proyección no sólo en el conglomerado social patrio, sino también el de aquella nación norteamericana para la cual estaba destinada la ilícita producción y donde, en definitiva, se materializó la etapa de distribución o tráfico de la misma. Como ya lo ha dicho la Sala en oportunidades anteriores, la gravedad misma del hecho también se deriva de los destinatarios del ilícito producto que son por lo general jóvenes, sector más vulnerable de la sociedad. De otra parte, no pueden dejar de sopesarse en este contexto, los nada despreciables perjuicios económicos que se derivan del ilícito tráfico para uno y otro países, con proyecciones negativas incluso en las economías más sólidas".

La gravedad del hecho (que junto con la personalidad del procesado y el grado de culpabilidad, le sirvieron al Tribunal para incrementar la pena a imponer a los procesados en 2 años), fue en primer lugar derivada de la gran cantidad de cocaína objeto del delito, lo cual fue acertado a criterio de la Sala.

Ese fundamento, del cual se hizo depender la afectación grave de la salubridad social en Colombia y los Estados Unidos, en absoluto puede traducir que el juzgador dijo -como lo afirman los demandantes- que los delitos de narcotráfico siempre constituyen hechos graves, siendo en todos los casos incrementable la pena por tal criterio de dosificación previsto en el artículo 61 del Código Penal. Eso en ningún momento fue lo expresado en la sentencia, que lo que hizo, en primer término, fue considerar grave el hecho debido a la importante cantidad de la sustancia objeto del tráfico.

La intensidad del daño que se causa o puede causarse al bien jurídicamente tutelado de la salubridad social es mayor o menor dependiendo de la cantidad de droga materia del delito. No es lo mismo elaborar, exportar y distribuir 5 kilos de cocaína que 100 o 5.000, por lo que resulta completamente racional y lógica la asociación de la cantidad de droga materia del delito a la noción de gravedad del hecho como criterio para la fijación de la pena.

Cierto que el artículo 38-3 de la ley 30 de 1986 agrava la conducta con fundamento en la cantidad de la sustancia. Esta previsión, sin embargo, no puede conducir a la afirmación que hacen los demandantes, según la cual, en el caso de la cocaína, cualquier conducta que se refiera a una cantidad superior a 5 kilos es ya adecuable a la agravante específica y no puede por lo tanto ser nuevamente agravada con sustento en el criterio de dosificación a que se viene haciendo referencia.

La idea es sencillamente absurda. Lo que propicia la agravante específica del artículo 38-3 es variar los límites dentro de los cuales puede imponer la pena el juzgador por la concurrencia de la circunstancia objetiva allí prevista. Pero una vez tipificada la conducta en su modalidad agravada, mal pueden igualarse para efectos punitivos todas las hipótesis delictivas, sin ninguna consideración a la cantidad de la sustancia estupefaciente. Es obvio para la Sala, se reitera, que en cuanto mayor sea la cantidad de droga objeto del delito, mayor será la intensidad del daño potencial o real ocasionado al interés jurídico tutelado y consecuencialmente más grave el hecho.

Así las cosas, en ningún momento el Tribunal hizo una interpretación errónea del criterio para fijar la pena que se analiza. Las cantidades significativas de la cocaína exportada y distribuida en los Estados Unidos por los procesados, permitían afirmar que se trataba de conductas graves, más allá de la gravedad misma del delito, es decir de la que se sirvió el legislador para describirlo como tal.

Aunque era suficiente tal argumento para motivar el incremento punitivo por razón de la gravedad del hecho punible, el Tribunal agregó que ésta también se derivaba de dos circunstancias adicionales: el hecho de que en general la sustancia estupefaciente tiene como destinatarios a los jóvenes y los importantes perjuicios económicos para Colombia y los Estados Unidos ocasionados con el tráfico ilícito.

Es verdad, como lo predican los recurrentes, que se trata de unas consideraciones de carácter general que resaltan algunos de los problemas aparejados a todo delito de narcotráfico. También que una afirmación abstracta, desligada de la conducta concreta imputada, no es suficiente para sustentar la gravedad específica de un comportamiento específico. Sin embargo, aparte de que se trataba de un argumento superfluo pues ya acertadamente se había deducido la gravedad del hecho de las considerables cantidades de cocaína traficadas, estima la Sala que el error del Tribunal radicó en introducir como motivo fundante de la gravedad del hecho la consideración relativa a que los destinatarios de la sustancia eran jóvenes. No se determinó en realidad que esto fuera cierto y en tal medida es verdad que se resaltó un problema social normalmente asociado al narcotráfico para reforzar la deducción de la agravante.

La equivocación de juzgador, no obstante, resulta intrascedente en el proceso de fijación de la pena, si se tiene en cuenta que la gravedad del hecho ya estaba derivada de las importantes cantidades de cocaína traficadas. Y que es un juicio de valor razonable la consideración de los evidentes perjuicios que tal tipo de conductas -cuando son reiteradas y a gran escala como sucede en el caso examinado- le causan a la economía, lo cual resulta consustancial al carácter pluriofensivo que el delito tiene en abstracto y que puede llegar a concretarse cuando se realiza bajo tales circunstancias.

El cargo, en consecuencia, tampoco está llamado a prosperar.

Cargo 4º.

El yerro que en esta oportunidad le atribuyen los casacionistas al Tribunal lo hacen consistir "...en la equivocada creencia de considerar que basta la simple demostración de la voluntad criminal para proceder a la aplicación de la agravante punitiva que con el nombre de grado de culpabilidad se halla inmersa dentro del inciso 1º del artículo 61 del Código Penal".

Así argumentó el Tribunal la deducción del incremento punitivo:

"...la gravedad de los hechos que hoy se juzgan autoriza por sí sola un incremento mayor al deducido por el *a quo* con sustento en el artículo 61 del

C.P., elemento al cual necesariamente debe agregarse aquel otro que dice relación con el grado de culpabilidad que contempla factores como '...la voluntad aplicable al hecho y el grado de infracción al deber...', dado que evidentemente los aquí procesados al desempeñar papel protagónico dentro de la organización delincuencial, ponían de manifiesto no sólo su voluntad de actuar en contravía de las normas penales, sino también y ello es lo más relevante, su deseo de deshonrar los deberes que como ciudadanos tienen ante el resto de la colectividad".

Es claro para la Sala que la forma de culpabilidad a cuyo título se realiza la imputación (dolo, culpa o preterintención) no corresponde al criterio "grado de culpabilidad" a que se refiere el artículo 61 del Código Penal, cuya noción tiene que ver con la intensidad del dolo o el grado de la culpa. En el primer caso, si se tiene en cuenta que el dolo se constituye por la intención consciente de atentar contra el respectivo bien jurídico tutelado, el "grado de culpabilidad" tiene que ver con la mayor intensidad de dichas conciencia y voluntad. Esa mayor intensidad en el ámbito de una organización criminal altamente compartimentada es predicable de sus directores o cabezas. El sólo hecho de poseer el control total del complejo de actividades criminales cuya articulación produce el resultado, traduce sin ninguna duda una más alta comprensión del daño causado y una mayor determinación y voluntad criminales, que la predicable del que simplemente como pieza de la organización realiza apenas una cualquiera de sus funciones.

Precisamente en el caso examinado el Tribunal dedujo la agravante del grado de culpabilidad del "papel protagónico" que desempeñaban los procesados en la organización criminal. No es cierto, entonces, como lo dicen los demandantes, que el único fundamento haya sido la sola voluntad criminal de los acusados o, lo que es igual, el dolo mismo de la imputación.

Podría cuestionarse al juzgador que la sustentación del criterio haya sido mínima, pero no es afirmable que haya confundido el dolo como forma de culpabilidad, con la intensidad del dolo. Esta la vinculó -se reitera- con el "papel protagónico" o principal que dentro de la organización criminal cumplían Urdinola Grajales y Ospina Cortés que, como se dijo, era una circunstancia que permitía afirmar un mayor grado de culpabilidad en sus conductas y a la vez, con el mismo apoyo, una defraudación mayor del deber que como ciudadanos les correspondía ejercer ante la comunidad.

Así las cosas, descartado el presupuesto del cargo, o sea la identificación entre dolo e intensidad del dolo que los casacionistas le atribuyen al juzgador, resulta innecesario extenderse en razones para desestimarlo. Estar en las posiciones más altas de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes -como a la que pertenecían los aquí procesados-, desde allí determinar y controlar el complejo de actividades aparejadas al comercio ilegal como la elaboración de la droga, su exportación a otros países, su distribución, el lavado del dinero obtenido y su introducción al país, para la Corte sin duda alguna constituyen circunstancias que traducen un

mayor grado de culpabilidad de sus autores. En consecuencia, el Tribunal no incurrió en la errada interpretación de la ley que se le imputa, por lo que el cargo estudiado no prospera.

Cargo 5º.

La interpretación errónea que se alega en esta ocasión está referida a la noción de "personalidad del agente" contenida en el artículo 61 del Código Penal. A criterio de los censores el Tribunal creyó equivocadamente que para agravar la pena por dicha circunstancia es suficiente demostrar que durante la comisión del hecho haya dado el acusado muestras de desapego a la ley, sin importar su conducta anterior.

"...el factor personalidad -expresó la segunda instancia- es igualmente concurrente para sustentar incremento punitivo por encima del deducido por el *a quo* en la medida en que dentro de los autos y en referencia a los dos procesados se evidencia con perfiles propios de quienes poco respeto tienen por el ordenamiento penal y por la convivencia ciudadana, valoración negativa que se avala por la reiterada realización de las conductas objeto de investigación. Al margen de que los procesados tuviesen o no antecedentes, aquí el aumento punitivo está marcado por la actitud desconsiderada que el agente asume frente a la restricción comportamental impuesta por la norma penal y no por otros factores de tal especie anteriores a la consumación del hecho, o como lo ha señalado la doctrina, lo que interesa '...al derecho penal en el momento que estamos estudiando es el aspecto de la personalidad que se manifiesta en las acciones del hombre que afectan a la esfera de los demás con relevancia jurídico penal, o dicho en otras palabras, el conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el derecho penal'...".

El examen de la personalidad del procesado debe consultar sus antecedentes de todo orden y dentro de éstos, como lo ha señalado reiteradamente la Corte, se encuentra la conducta misma objeto del proceso y naturalmente sus modalidades. Estas circunstancias, como lo aceptan los demandantes, contribuyen a revelar la personalidad social del autor y en tal medida a establecer un juicio de ella que sirva de fundamento a la individualización de la pena.

Si lo que se hace traduce lo que se es, nada impide que los mismos actos por los cuales se decide condenar se constituyan, especialmente en casos como el examinado, en pilares fundantes y suficientes del juicio sobre la personalidad que debe realizarse para graduar la pena en los términos del artículo 61 del Código Penal.

La tesis reivindicada en las demandas, según la cual si el hecho, que es síntoma de la personalidad, sirve de fundamento a la pena no puede al mismo tiempo constituirse en fundamento de la agravante o criterio para fijarla, no es atendible. Una cosa es la conducta objeto de la condena y otra distinta aquello que la misma revela sobre el carácter o personalidad de su autor. Si

el comportamiento que es materia de reproche penal es objetivable a través de sus manifestaciones externas y si éstas reflejan una actitud de su autor frente a los valores instituidos, es para la Corte indiscutible que la conducta misma, su reiteración, lo que la impulsa, aquello que la convierte en habitual, el contexto social en la que se desarrolla, obran como signos inequívocos para la identificación del mundo interno de quien la realiza, como factores de los cuales es inferible la personalidad.

Quien hace del tráfico de drogas ilícitas su forma de vida, de por sí integra a su vida la cultura criminal propia de ese tipo de actividades, cuyas características en los planos de violencia y corrupción nadie desconoce. La reiteración de la conducta, por lo tanto, no por el hecho de penalizarse a través del concurso, pierde su condición de dato procesal que contribuye a perfilar la personalidad del autor.

Así las cosas, al asociar el juzgador "...la reiterada realización de las conductas objeto de la investigación" con el poco respeto de los procesados por el ordenamiento penal y la convivencia ciudadana, no hizo otra cosa que servirse de unos datos procesales idóneos al propósito de establecer sus personalidades. No incurrió entonces en ningún error de interpretación, ya que es lógico apoyar en la reiteración de una conducta criminal la afirmación de un autor completamente desapegado de la ley, cuya preocupación rutinaria es idear formas para violarla y cuya personalidad inclinada al delito es evidentemente indiscutible.

Por lo expuesto, se desestimará el ataque.

Cargo 6º.

La violación directa por interpretación errónea en esta ocasión la predican los defensores del artículo 45 de la ley 30 de 1986. El texto de la norma es el siguiente:

"La persona sindicada y procesada por los hechos punibles a que se refiere este capítulo que denuncie mediante pruebas idóneas a los autores, cómplices o encubridores del delito que se investiga, diferentes a los ya vinculados al proceso, se le disminuirá la pena de la mitad (1/2) a las dos terceras (2/3) partes".

El Tribunal Nacional consideró que la norma no era aplicable en favor de los procesados y la Corte cree acertada la conclusión.

La disposición consagra una modalidad especial de delación que opera en relación con los delitos relacionados en el capítulo V del Estatuto Nacional de Estupefacientes. Si se tiene en cuenta que delatar significa descubrir a alguien que ha cometido un delito, el reconocimiento de la rebaja de pena prevista en la norma presupone la revelación de autores o partícipes del hecho punible investigado o lo que es lo mismo, el señalamiento de personas no descubiertas todavía, sustentado el mismo en la aportación de pruebas idóneas.

Así las cosas, resulta claro que la finalidad del precepto es ofrecerle una oportunidad al sindicado de rebajar la pena a cambio de una actitud de colaboración con la justicia en la medida que le permite una mayor efectividad.

Así las cosas, si ya en la investigación aparece relacionado el copartícipe del delito, no procede la aplicación de la norma y la consiguiente rebaja punitiva cuando simplemente el que pretende ser beneficiario de ella lo único que hace es afirmar nuevamente dicha participación, como aconteció en el presente caso. Hizo bien el Tribunal, por lo tanto, al no otorgarle el carácter de delación a la mención que hizo Urdinola Grajales de Jhonier Mariano Ospina como "su compañero de delincuencia", o la que de manera escueta hizo éste de Alicia Correa y Guillermo León Alzate, en atención a que todos ellos ya se encontraban individualizados a partir de las pruebas aportadas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

Quiere enfatizar en este punto la Sala que la denuncia mediante pruebas idóneas a que se refiere la norma cuya aplicación se reclama, no significa -como lo pretenden los casacionistas- que la declaración del supuesto delator sea creíble, sin importar que de manera previa y a través de otros medios demostrativos se haya logrado la identificación del autor o del partícipe. Si esta ya se había producido como sucedió en los casos de examen, ninguna revelación en realidad hicieron los sindicados y en tales condiciones, a pesar de que sus testimonios sean creíbles y por lo mismo idóneos, en manera alguna pueden considerarse como delación.

Debe precisarse, adicionalmente, que cuando el artículo 45 de la ley 30 de 1986 condiciona la rebaja de pena a la "denuncia" de autores o partícipes "diferentes a los ya vinculados al proceso", no se está refiriendo al fenómeno jurídico de la vinculación procesal a través de las figuras de la indagatoria o la declaración de persona ausente. A lo que alude el precepto es a la revelación de autores o partícipes todavía no asumidos en el proceso como "vinculados" a la empresa criminal, es decir aún desconocidos.

Si la teleología de la norma es estimular al sindicado para que a cambio de una rebaja en la pena colabore con la justicia descubriendo a los otros autores o partícipes de la conducta, resulta sencillamente un sin sentido admitir como delación la simple afirmación del sindicado sobre la participación criminal de alguien que ya fue descubierto (que ya fue vinculado con la realización del delito), por el hecho puramente contingente de que no haya adquirido la condición de procesado.

No puede quedar duda que cuando la delación que se ofrece es fraudulenta, no en cuanto a la verdad misma del señalamiento sino en cuanto a la manipulación de la figura ("delatar" al coacusado, a alguien ya individualizado dentro del proceso o acordar entre los copartícipes "delatarse" entre sí sin ningún ánimo de colaboración con la justicia), la rebaja de pena es totalmente improcedente.

El Tribunal Nacional, entonces, no interpretó equivocadamente la disposición legal, siendo del caso señalar que la comparación hecha por los

recurrentes entre la figura que se examina y la confesión no resulta afortunada. Esta se reconoce como aminorante punitiva en los términos del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, a condición de que haya sido fundamento de la sentencia condenatoria, es decir contribuido en forma determinante a afianzar la certeza sobre la realización del hecho punible y sobre la responsabilidad del procesado. Cierto que puede concurrir con otros medios de prueba, pero su posición debe ser preeminente y conclusiva de la responsabilidad penal.

La delación del artículo 45 de la ley 30 de 1986 es otra cosa. Consiste, como se dijo, en descubrir mediante pruebas idóneas a personas vinculadas con la realización del delito. Si la posibilidad de que esto ocurra supone lógicamente que el autor o el partícipe no haya sido descubierto, acudir a la confesión para decir que no existe razón legal para negar la delación cuando a través de otros medios de prueba ya se haya logrado esa revelación o descubrimiento, es simplemente una necedad.

No prospera el cargo.

Cargo 7º de la demanda del apoderado de Julio Fabio Urdinola Grajales.

Para el defensor el método correcto para computar las rebajas de pena implica determinar la pena a imponer, sobre ésta calcular los diferentes descuentos, sumarlos y descontárselos a la primera. Como el Tribunal Nacional realizó las rebajas de manera progresiva y sobre saldos resultantes, el parecer del censor es que erró en la interpretación del artículo 37 B-1 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala ya se ha referido al tema en diferentes oportunidades y ha sido reiterativa en señalar que las rebajas de pena se calculan sobre residuos o remanentes. Así por ejemplo, mediante providencia del 31 de julio de 1996 (M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda) se consideró violatorio del principio de legalidad de la pena el método para computar las rebajas propuesto por el impugnante. Este criterio -se dijo en esa oportunidad- de calcular todas las aminorantes sobre el total de la pena imponible y no sobre los residuos "...puede llevar no sólo a imponer penas insignificantes sino, incluso, a dejar impune el delito y a que el Estado aparezca deudor del condenado, ya que, por ejemplo, si al total de la sanción imponible se le quitan las 2/3 partes por haberse actuado en estado de ira (si se estima que el procesado merece la máxima reducción del artículo 60 del C.P.), más 1/3 parte por confesión (art. 299 del decreto 2700/91) se habrá copado el quantum íntegro de la pena y sin que siquiera, por sustracción de materia, exista la posibilidad de descontar el tercio a que, teóricamente, tendría derecho por haberse acogido a la sentencia anticipada."

"Aparece claro que tal forma de tasación punitiva no sólo viola el principio de legalidad, sino que pugna con una racional política criminal, desconoce la proporcionalidad que debe existir entre el hecho juzgado y la pena, la eficacia de la misma y el carácter plurifuncional a ella asignado, a más de conllevar una evidente injusticia.

(...)

"Por otra parte, la Comisión de Evaluación de la Política de Sometimiento a la Justicia, organismo consultivo del Ejecutivo, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, de la cual hicieron parte, entre otros funcionarios, el presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal General de la Nación, expresó: 'en los casos en que proceda la acumulación de beneficios y salvo específicas exigencias normativas, cada rebaja se debe hacer en la sentencia en forma independiente tomando como base la pena que quede después de efectuado cada descuento; o sea, revaluar la práctica de sumar los diferentes descuentos y luego sí aplicarlos al total de la pena' ".

Con la misma orientación precisó la Corte en la sentencia de casación del 20 de abril de 1999, con Ponencia compartida de los Magistrados Fernando E. Arboleda Ripoll y Ricardo Calvete Rangel (radicación 10.576):

"No puede desconocerse que la utilización de la expresión 'acumulación' en el enunciado y cuerpo de la norma (37 B-1 del C. de P.P.), ha provocado interpretaciones disímiles, entre ellas la propuesta por la demandante, pero el contenido de la disposición , y las modificaciones que luego se le introdujeron (art. 12, ley 365/97), permiten lógicamente dejar establecido que lo pretendido por la ley no fue autorizar una suma aritmética de beneficios, entendida como conjunción de varias cantidades homogéneas en una sola, sino reconocer el carácter concursal o concurrente de la rebaja prevista en los artículos 37 y 37 A, como los demás a que tuviere derecho el procesado.

"Obsérvese que la norma, al negar el carácter concursal de estas rebajas entre sí (artículos 37 y 37 A), utiliza la misma expresión (en ningún caso se acumularán, dice el precepto), no quedando duda del alcance que se le quiso dar a la expresión, en el sentido de compatibilidad o concurrencia.

"La interpretación propuesta por la demandante, además de no resultar acorde con el texto del precepto, vendría a erigirse en factor de impunidad, en cuanto podría conducir a la exclusión total de la pena, e inclusive al absurdo de tener que reconocer saldos a cargo del Estado y en favor del procesado, haciendo que la certeza de su aplicación resulte siendo una burla, intolerable desde el punto de vista de los fundamentos y función asignados al derecho penal, o por mejor decir, al derecho de la pena en un Estado de las peculiaridades del nuestro, como ya ha sido sostenido por la Corte en oportunidades anteriores, frente a pretensiones similares.

"Ninguna incorrección, por tanto, se advierte en el proceso de dosificación de la pena llevado a cabo por las instancias, pues las rebajas por confesión y sentencia anticipada se hicieron sobre la pena ya individualizada, de manera gradual, con afectación de los saldos que se iban obteniendo, como corresponde hacerlo en estos casos, según se dejó anotado".

La razón de ser de las rebajas de pena, de otra parte, es la disminución de su duración (prisión o arresto) o valor (multa) pero en ningún momento su eliminación. Esta sola posibilidad se opone al concepto mismo de reducción

-que presupone el mantenimiento de parte de la pena- y al claro querer del legislador de aminorarla y no prescindir de su aplicación. (Cfr. sentencia de ago. 12/97. M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

El casacionista es insistente en el argumento de que en la regulación de las rebajas por sentencia anticipada, confesión y delación, la ley remite todas las rebajas a "la pena" y "no a un cálculo provisional o intermedio de pena ya parcialmente rebajada". Se trata de un planteamiento sofístico, si se tiene en cuenta que por pena a imponer debe entenderse en primer lugar -en un caso como el examinado- la deducida en los términos de los artículos 61, 67 y 26 del Código Penal y, en segundo, frente a la concurrencia de varios factores que impliquen su rebaja, aquella que vaya resultando a medida que sean aplicadas, siguiendo un orden lógico, las aminorantes punitivas.

Así las cosas, determinada la pena a imponer, o de la cual se parte como lo expresa el Procurador Delegado, la cantidad respectiva empieza a afectarse en forma progresiva por las porciones previstas para las diferentes rebajas a que haya lugar. Si existe confesión, simplemente la pena tasada se disminuye en su sexta parte y el resultado adquiere la categoría de pena a imponer, convirtiéndose como consecuencia en el punto de partida para disminuirla en alguna de las porciones autorizadas por razón de la denuncia de autores o partícipes a que se refiere el artículo 45 de la ley 30 de 1986. La nueva cantidad es, a su turno, el monto de la pena que corresponde al hecho o hechos objeto del proceso y sobre ella opera la reducción prevista por la ley frente a las eventualidades de sentencia anticipada o audiencia especial.

En el caso examinado eso fue lo que hizo el juzgador. A la pena a imponer le restó lo que correspondía por confesión y el monto resultante lo disminuyó en la cantidad de pena pertinente por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad. No encuentra la Sala, por lo tanto, ningún error en la interpretación de la ley por parte del Tribunal, por lo que la censura objeto de examen es como las anteriores igualmente improcedente.

Capítulo II

Los dos cargos que comprende, que son similares en las demandas presentadas y cuyo examen será conjunto, fueron apoyados en el inciso 2º del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. En el primero se sostiene que el juzgador violó indirectamente el numeral 3º del artículo 66 del Código Penal, al suponer pruebas sobre la estructuración de la circunstancia de agravación. En el segundo, también por suposición probatoria, se plantea que el Tribunal violó indirectamente el artículo 66-4 del Código Penal.

El Procurador Delegado afirmó errores de técnica en la presentación de los ataques y adicionalmente falta de legitimidad de los defensores para su proposición. La Sala considera que no le asiste razón por lo siguiente:

Decir que se violó indirectamente la ley sustancial "por apreciación errónea de la prueba derivada de un error de hecho" y luego precisar que el yerro

fue por suposición probatoria -como sucede en las demandas- no es ninguna incorrección. Lo que hicieron los censores fue simplemente transcribir la expresión que el Código de Procedimiento Penal utiliza en el inciso 2º del artículo 220, lo cual en manera alguna puede llevar a concluir que la propuesta inicial fue de falso juicio de identidad y que su desarrollo correspondió a un falso juicio de existencia por suposición.

Para la Sala, entonces, los cargos resultaron bien propuestos desde el punto de vista de la lógica que rige el recurso de casación. Igualmente los censores contaban con legitimidad para su formulación. Las circunstancias genéricas de agravación punitiva no forman parte de la estructura de la imputación aceptada por el procesado, por lo que su discusión en sede de casación es totalmente del interés de la defensa en la medida que está referida a la dosificación de la pena. Procede entonces el examen de los cargos.

Primero.

Aunque exactamente en el aparte del fallo donde el Tribunal dedujo la causal de agravación 3ª del artículo 66 del Código Penal no precisó ningún medio de convicción en particular para sustentarla, ello no significa que haya supuesto la prueba de su estructuración. Ya a lo largo de la sentencia, en consideraciones previas, se había hecho mención a los distintos medios de prueba que servían para establecer el modo de ejecución del hecho y los instrumentos utilizados. Lo que hubo, en consecuencia, fue ausencia de reiteración de la prueba y no el error de hecho propuesto.

Resulta curiosa la censura si se tiene en cuenta que lo sostenido por el Tribunal es exactamente lo que admitieron los acusados en sus distintas intervenciones procesales. En el escrito mismo que aportó Urdinola Grajales cuando hizo su presentación voluntaria aceptó haber financiado laboratorios y ser parte, durante años, de una organización criminal dedicada al tráfico de cocaína a varias ciudades de los Estados Unidos y de Europa, en la cual ocupaba una alta posición y cuyo colaborador inmediato era Jhonier Ospina Cortés. Una empresa criminal de esa naturaleza -se extrae de las indagatorias de los procesados y obviamente de la experiencia- requiere para su funcionamiento una importante infraestructura. Los envíos son por vía aérea y marítima, se preparan las rutas para no ser descubiertos, países distintos al del destino del producto son utilizados como lugares de tránsito, se soborna a las autoridades, una red de distribuidores se encarga de la venta de la droga y finalmente el dinero obtenido se ingresa al país con las consecuencias en lo económico y en lo social que ello genera.

No es verdad, entonces, que el Tribunal haya supuesto medios de prueba para deducir la circunstancia de agravación.

En particular el defensor de Urdinola Grajales señaló que el juzgador no demostró por qué el modo de ejecución del hecho y los instrumentos empleados revelan una "mayor insensibilidad moral" de su representado. Este planteamiento apunta a la pretensión de que se demuestre probatoriamente

un juicio valorativo y no sus fundamentos fácticos que, como se ha visto, fueron objeto de prueba y de la aceptación del cargo. En ese sentido su marco de referencia no podría ser el escogido por el censor (omisión de pruebas) sino el error de juicio que tal derivación o conclusión implican. El cargo así no está llamado a prosperar.

Segundo.

Los casacionistas simplemente señalaron que el Tribunal supuso los medios de prueba demostrativos de "la preparación ponderada del hecho punible" (art. 66-4 del C.P.), afirmación que es completamente infundada ya que en realidad -como se afirmó antes- en el fallo se mencionaron y sólo se dejaron de reiterar en el momento de derivar la agravante. Dichos medios de convicción (la confesión de los procesados, las pruebas enviadas por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y el contenido mismo de las actas de aceptación de cargos) hacían palmaria la dedicación de los procesados durante años al tráfico de cocaína en tareas que iban desde la elaboración hasta la distribución, la jerarquización de la organización criminal que conformaban, el estudio de rutas, la infraestructura utilizada, la forma de los envíos y en general todos los cálculos y estrategias para no ser descubiertos, que no traducen otra cosa que una altamente planificada empresa criminal. En consecuencia, a pesar de que el Tribunal no haya repetido la mención de las pruebas para apoyar la agravante en el momento de imputarla, eso no significa que las haya supuesto, como lo postulan los recurrentes. Tampoco prospera este cargo.

Así las cosas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

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 Orlando Pérez Pinzón*, *Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION-Empleado oficial

La Corte ha advertido, "que la norma no prolonga el término de prescripción exclusivamente para el empleado oficial que ha cometido un delito de responsabilidad. Lo que el texto legal hace es extender dicho término para la prescripción de la acción penal, cuando el delito hubiere sido cometido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, afectando la norma, en consecuencia, a todos los sujetos que hubieren tomado parte en la ejecución del delito cometido por el empleado oficial, sin que importe si se tiene o no dicha calidad" (Auto cas. Agosto 9 de 1989) M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

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

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

Aprobado acta No. 154 Proceso No 14288

Resuelve la Sala la solicitud de cesación de procedimiento, por prescripción de la acción penal, presentada por el procesado Omar Cabrera Polanco.

ANTECEDENTES

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 (fls. 1 y ss.).

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 dictada en la primera instancia.

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 decretado 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.

Rituado el juicio, el *ad quem* culminó la instancia en sentencia proferida el cinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho, y tomó, entre otras, las siguientes determinaciones:

CONDENO a Omar Cabrera Polanco a la penas principales de doce años de prisión y multa en cuantía de un millón de pesos, y las accesorias de interdicción 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.

Interpuesto oportunamente recurso de apelación, la Corte, mediante sentencia adoptada en sesión de Sala Penal llevada a cabo el 20 de septiembre de 1999, según de ello da cuenta el acta 141 de esa fecha, resolvió, entre

otras determinaciones, modificar el fallo de primer grado 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

Dispuso igualmente 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.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, el procesado Doctor Omar Cabrera Polanco, solicita de la Corte decretar la prescripción de la acción penal para los delitos de prevaricato, por considerar que desde la ejecutoria de la resolución de acusación proferida dentro de la causa identificada con el número 3826D, ocurrida el 21 de septiembre de 1994, hasta el 28 de septiembre del corriente año, que considera es la fecha del fallo de segunda instancia, transcurrió un término superior a cinco años, siendo imperativo, declarar la cesación de procedimiento por el aludido concepto.

En otro memorial, solicita "se expida una certificación donde conste el tiempo total de mi cautiverio y el tiempo total descontado por trabajo".

Se Considera

1. Cuestión previa.

Ha de advertirse, en primer término, que contrario a lo sostenido en el memorial contentivo de la petición, la sentencia de segunda instancia en este caso fue adoptada en la sesión llevada a cabo el veinte de septiembre del año que transcurre, fecha ésta en que se discutió y aprobó por la Sala, como de ello da cuenta el acta 141 que la providencia registra, esto conforme lo establece el artículo 56 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, según el cual "La sentencia tendrá la fecha en que se adopte".

Distinto de ello, es la fecha relacionada con el día en que, habiendo sido suscrita por los integrantes de la Sala, se dispuso su publicidad luego de haber consignado las modificaciones acordadas en el curso de los debates orales, de ahí la confusión en que incurre el peticionario al entender como fecha del pronunciamiento el día veintiocho de septiembre.

En segundo término, es de decirse que no obstante que en este caso ya fue adoptada sentencia de segunda instancia, en fecha para la cual no habían transcurrido los cinco años que se invocan como fundamento de la prescripción alegada, la circunstancia de encontrarse el fallo proceso de publicidad a los sujetos procesales, así respecto del mismo no proceda recurso alguno, indica que no ha cobrado ejecutoria, y, en tal medida, la Corte conserva su competencia para pronunciarse sobre la solicitud de prescripción y de cesación de procedimiento que ante ella se postula, ya que en el evento de encontrarse acreditada la configuración de dicho fenómeno jurídico, daría lugar a introducir los correctivos que el caso amerite.

2.- No se discute por el peticionario la calificación jurídica de la conducta imputada en la resolución de acusación proferida dentro de la causa identificada con el número 3826D, como tampoco la forma de participación (determinación) atribuida a los hermanos Cabrera Polanco en el concurso de delitos de prevaricato y peculado por apropiación agravado por la cuantía, llevados a cabo por el doctor Luis Alvaro Sánchez Rodríguez en su condición de Juez Cuarto Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, al tramitar los ejecutivos laborales radicados en su Despacho con los números 30105, 30511, 30522 y 30981.

Tampoco se cuestiona la calidad de servidor público que por entonces ostentaba el doctor Sánchez Rodríguez, ni que realizó los delitos de prevaricato y peculado en ejercicio de sus funciones oficialmente discernidas.

En tal medida, no podría resultar desconocida para el peticionario la vigencia del artículo 82 del Código Penal, según el cual "El término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos".

La Corte ha advertido, "que la norma no prolonga el término de prescripción exclusivamente para el empleado oficial que ha cometido un delito de responsabilidad. Lo que el texto legal hace es extender dicho término para la prescripción de la acción penal, cuando el delito hubiere sido cometido por un empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, afectando la norma, en consecuencia, a todos los sujetos que hubieren tomado parte en la ejecución del delito cometido por el empleado oficial, sin que importe si se tiene o no dicha calidad" (Auto cas. Agosto 9 de 1989) M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Agregó dicho pronunciamiento, el cual mantiene vigencia máxime si el texto legal sobre el que recae no ha sido modificado, que "La ley, pues, no dice que el término se aumentará únicamente para el empleado oficial que cometió el delito, sino que incrementa el término prescriptivo para dicho ilícito, en consideración a que la calidad de empleado oficial dificulta el descubrimiento del delito, entorpece con frecuencia la investigación del mismo, le facilita la ocultación o destrucción de las pruebas necesarias para su es-

clarecimiento, y todas estas posibilidades y ventajas lo favorecen no solamente a él, al empleado oficial, sino también a todos sus copartícipes, pues todos ellos resultarían beneficiados con la impunidad del primero"

Así las cosas, al no haber transcurrido el término de seis años y ocho meses, contado a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, se establece que la acción penal por el delito de prevaricato por acción no está prescrita.

3.- Respecto de la pretensión de que se le expida una certificación sobre el tiempo total de su reclusión y el descontado por trabajo, es del caso acceder a ello, a lo cual se procederá por el Tribunal de instancia.

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

RESUELVE:

1.- NEGAR la cesación de procedimiento solicitada por el procesado doctor Omar Cabrera Polanco.

2.- Por el Tribunal de Instancia, expídase la constancia a que se hace referencia en la parte motiva.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

UNIDAD PROCESAL/ENRIQUECIMIENTO ILICITO/DELITO PERMANENTE/PRESCRIPCION/COMPETENCIA/ EXTINCION DE DOMINIO

1. El concepto de unidad procesal es jurídico, no material como parece entenderlo el impugnante. Su configuración no surge de la circunstancia de estar adelantándose varias investigaciones dentro de un mismo proceso, sino, además, de que los hechos investigados sean conexos, entendiéndose que existe conexidad cuando se cumple cualquiera de las situaciones previstas en el citado artículo 87.

2. La configuración típica del delito de enriquecimiento ilícito de servidor público contenida en el artículo 148 del Código Penal, modificado por el 26 de la ley 190 de 1995, cuya realización se imputa al procesado doctor (...), no exige, como parece entenderlo el demandante, que la actividad probatoria para la determinación de la conducta punible (obtención de incremento patrimonial no justificado), deba circunscribirse al tiempo durante el cual el sujeto agente desempeñó el cargo.

Lo que la norma exige, es que el acrecimiento ilícito tenga lugar durante su ejercicio, y esté vinculado con su desempeño o el cumplimiento de la función, aspectos que tocan con la comisión del hecho típico, no con la prueba de su realización, la cual, como acertadamente lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, puede surgir no solo del análisis del tiempo correspondiente al ejercicio del cargo, sino también del estudio de los registros, comportamientos y actividades económicas desarrolladas con posterioridad a su dejación.

3. En la providencia de la Corte que viene de ser citada, se hicieron las siguientes precisiones en torno a los delitos de carácter permanente e instantáneo, e instantáneo con efectos permanentes, y sus consecuencias frente al fenómeno prescriptivo de la acción penal:

"...forzoso es recordar que la consumación en el delito permanente es indefinida, la conducta antijurídica se mantiene en el tiempo en la medida que el tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que hace cesar su permanencia, siendo a partir de esa cesación de donde empieza a contarse el término prescriptivo; ejemplo la detención arbitraria, el concierto para delinquir, el secuestro.

"Por su parte, contrario al delito permanente, aparecen los delitos instantáneos, que son aquellos en los cuales la lesión al bien jurídico se concreta en un solo momento, tales como la estafa, el peculado, el homicidio, aclarándose en relación con este último ilícito, que la permanencia de su efecto (muerte) no le quita su carácter de instantáneo".

4. En relación con el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, ha sido ya dicho repetidamente por la Sala que pertenece a la categoría de los llamados delitos de resultado, de realización libre y acción instantánea o progresiva, en cuanto puede ser ejecutado a través de un solo acto, o de una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico (Cfr. Auto de 15 de octubre de 1998, Magistrado Ponente doctor Arboleda Ripoll), de suerte que el momento o período de comisión del hecho punible, y sus implicaciones en la prescripción de la acción penal, dependerán de la modalidad de la conducta en cada caso concreto. Si se trata de un solo acto, el período de prescripción de la acción penal deberá contabilizarse desde el momento de su realización. Si son varios, deberá serlo a partir del último; y, si no ha sido posible determinarlo por tratarse de una acción progresiva no delimitada, como ocurrió en el presente caso, el tiempo de prescripción deberá contarse desde cuando el servidor público hace dejación del cargo.

5. La competencia, ha sido sostenido por la Corte, guarda correspondencia con la capacidad decisoria del órgano, o facultad que la ley le discierne para conocer de un asunto, no con aspectos que enervan la posibilidad de iniciación o prosecución de la acción cuyo conocimiento debe asumir en ejercicio de aquélla, como acontece con el fenómeno prescriptivo, para cuya declaración se requiere tener competencia. En suma, la prescripción es causal de extinción de la acción, no factor conclusivo o extintivo de la competencia.

6. En su concepto, el Procurador Segundo Delegado solicita a la Corte "enderezar los esfuerzos necesarios" con el propósito de perseguir los dineros consignados por Fabio Puyo Vasco en su cuenta del Chase Manhattan Bank (5.5. millones de dólares), a través del mecanismo de la extinción de dominio consagrado en la ley 333 de 1996, teniendo en cuenta que "la propiedad ilícitamente adquirida no tiene jamás ningún amparo jurídico", y que de estos nuevos hechos solo se vino a tener conocimiento en las postrimerías del juicio.

Aunque la Delegada no es clara en la formulación de su petición, debe precisarse que la Corte carece de legitimación para adelantar gestiones en el sentido por ella propuesto, como que una tal iniciativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8° de la ley 333 de 1996, se encuentra radicada de manera exclusiva y excluyente en cabeza de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, y la Fiscalía, siendo

dichas entidades, por tanto, según su especialidad, mas no esta Corporación, las llamadas legalmente a hacerlo.

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

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

Aprobado acta No.154 Proceso No. 15490

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 7 de septiembre de 1998, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado Doctor Fabio Puyo Vasco, ex Gerente de la empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, a la pena principal de 7 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y un millón quinientos mil pesos de multa, como autor responsable del delito de enriquecimiento de servidor público. Además, al pago de $18.374'167.246.oo en favor de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por concepto de daños y perjuicios.

Hechos y Actuación Procesal

En los primeros días del mes de mayo de 1992, Carlos Alonso Lucio López presentó denuncia penal contra los miembros de la Junta Directiva, Gerentes Generales, y Revisores Fiscales de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá que intervinieron en la contratación, financiación y ejecución del proyecto hidroeléctrico de Guavio, y los Contralores del Distrito Especial de Bogotá que actuaron durante dicho proceso, por los delitos de peculado por apropiación, celebración indebida de contratos y prevaricato, entre otros (fls.1-11, 35 y 37/1).

El 7 de los mismos mes y año, el Juzgado 133 de Instrucción Criminal Ambulante de esta ciudad inició indagación preliminar, y mediante proveído de 16 de junio siguiente dispuso abrir investigación penal, ordenando la vinculación al proceso de varios funcionarios, entre ellos del doctor Fabio Puyo Vasco, quien ocupó el cargo de Gerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá entre el 20 de agosto de 1982 y el 30 de julio de 1985 (fls.35/1 y 139/6).

A instancias del funcionario instructor, la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación allegó al proceso penal copia de la actuación preliminar iniciada el 8 de abril de 1992 contra el doctor Fabio Puyo Vasco, en calidad de Gerente de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por posibles faltas al régimen disciplinario derivadas del incremento no justificado de su patrimonio económico, y de la decisión de 13 de mayo de 1993, mediante la cual dispuso el archivo de las diligencias por prescripción de la acción (fls.1 del cuaderno No.1 y 185 del cuaderno No.2 de la Procuraduría).

De la referida actuación hace parte el informe jurídico contable de la misma fecha (13 de mayo de 1993), suscrito por Gustavo Caro Vargas, Luis Carlos Gualdrón Leal y José Antonio Tirado Chacón, en condición de funcionarios adscritos a la Oficina de Investigaciones Especiales (Policía Judicial), donde se concluye que el doctor Puyo Vasco registra una diferencia patrimonial no justificada de $1.027'127.130.oo entre los años de 1982 y 1987, por los siguientes conceptos: Consignaciones sin justificar: $560'577.476. Diferencias entre costos de construcción en libros, y avalúos comerciales practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi de los edificios Venus y Mercurio: $365'944.786.oo. Y, diferencias patrimoniales a justificar a través del estado de origen y uso de recursos: $100'601.868 (fls.102 184 del cuaderno No.2 de la Procuraduría y 79 del cuaderno original No.9).

Mediante proveídos de marzo 17, y mayo 14 y 27 de 1993, el instructor dispuso tener como prueba trasladada la actuación remitida por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, y ordenó correr traslado de ella a los sujetos procesales, conforme a lo previsto en los artículos 186 y 255 del Código de Procedimiento Penal (fls.231/1 y 188, 191, 193 del cuaderno de copias No.7).

También escuchó en declaración indagatoria al imputado (fls.144, 165, 170, 175, 354, 353, 362, 371 y 404/1) y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público (fls.371/4), mediante decisión de 24 de agosto de 1994, confirmada en todas sus partes por el superior funcional (Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá) el 5 de diciembre siguiente (fls.9 cuaderno Delegada).

En el curso de la investigación, peritos designados por la Superintendencia de Sociedades realizaron un nuevo estudio técnico contable de la actividad económica del doctor Puyo Vasco durante los años de 1982 a 1987, con fundamento en el informe remitido por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación y las pruebas aportadas por la defensa, que permitió llegar a las siguiente conclusiones: 1) Período comprendido entre los años de 1982 y 1987: Consignaciones sin justificar, 8591'940.566.oo. Diferencias patrimoniales sin justificar: $100'601.868.oo. Total diferencias no justificadas: $692'542.434.oo. 2) Período comprendido entre el 21 de agosto de 1982 y el 30 de julio de 1985 (tiempo correspondiente al ejercicio del cargo): Diferencias patrimoniales a justificar $23'962.211.oo. Diferencias entre ingresos y consignaciones: $35'174.509.oo. Total diferencias no justificadas: $59'136.720.oo (cuadernos pertenecientes a los dictámenes de 2 y 3 de agosto de 1994 y folios 73 a 97 del cuaderno No.9).

Clausurada la investigación, la Fiscalía calificó su mérito el 5 de diciembre de 1994 con resolución acusatoria por el delito de enriquecimiento ilícito, en la cuantía determinada en el dictamen jurídico contable suscrito por los peritos de la Superintendencia de Sociedades ($692'542. 434.oo), conforme a lo establecido en el artículo 148 del Código Penal (fls.306, 447 511/5). De

esta decisión apeló oportunamente el defensor del procesado (fls.525, 541/5), quien presentó desistimiento del recurso ante el funcionario de segunda instancia, siendo declarado desierto por auto de 17 de febrero de 1995 (fls.44 y 45 del cuaderno de la Delegada).

En la etapa del juicio, la defensa promovió incidente de objeción, por error grave, contra el mencionado dictamen, pero el juzgado Veintiséis Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante pronunciamiento de 12 de agosto de 1996, que confirmó en todas sus partes el Tribunal Superior, lo declaró infundado (fls.230 del cuaderno del incidente y 16 del cuaderno No.5 del Tribunal).

El trámite de la causa culminó con sentencia de 26 de febrero de 1998, mediante la cual el juzgado condenó al procesado doctor Fabio Puyo Vasco a la pena principal de 7 años de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y multa de un millón quinientos mil pesos, como autor responsable del delito de enriquecimiento ilícito, sobre la base de haberse demostrado un acrecimiento patrimonial no justificado de seiscientos noventa y dos millones quinientos cuarenta y dos mil cuatrocientos treinta y cuatro pesos (8692'542.434.oo), conforme a los cargos imputados en la resolución de acusación. Simultáneamente lo condenó al pago en favor de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá de los perjuicios causados con la infracción, los que tasó en la suma de nueve mil quinientos treinta y nueve mil millones de pesos (89.539'000.000.oo) (fls.147/10).

Apelado este fallo por el apoderado de la parte civil y el defensor del procesado (fls.235, 240/10), el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante el suyo de 7 de septiembre de 1998, que ahora recurre en casación la defensa, lo modificó en el sentido de fijar en $18.374'167.246.oo la cuantía de los daños y perjuicios causados con la infracción, y de aclarar que dicho monto deberá pagarse "en forma actualizada a la fecha de hacerse efectivo", confirmándolo en sus demás partes (fls 1-94 cuaderno No.11).

La Demanda

Tres cargos con fundamento en la causal tercera de casación, y diez con apoyo en la primera, presenta el impugnante contra la sentencia recurrida:

1. Causal tercera.

Comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, así:

Cargo primero: Inexistencia de la resolución de apertura de instrucción, o auto cabeza de proceso. Sostiene que en el plenario no aparece la referida decisión judicial, y que la copia allegada en el juicio por el Juez de conocimiento, fue incorporada de manera informal, sin mediar providencia que lo ordenara.

Esta irregularidad afecta el debido proceso, y vicia la existencia de todo el iter procesal, desde su iniciación. Su trascendencia supera la mera formali-

dad, como quiera que es a partir de la resolución de apertura que se pone en evidencia la necesidad de iniciar la correspondiente indagación, y que se fijan una serie de pautas para su adelantamiento. De allí que su ausencia genere una anomalía que determina la declaración de nulidad de lo actuado desde la iniciación de la instrucción, por violación del principio rector establecido en el artículo 1º del estatuto procesal, y de los artículos 325 y 329 ejusdem, que establecen su procedencia, y consecuencialmente, la consolidación del fenómeno prescriptivo de la acción penal, por haber transcurrido el tiempo previsto en el artículo 80 del Código Penal.

Cargo segundo: Violación del principio de la doble instancia. Surge del contenido del oficio No.4075-250 de agosto 29 de 1995, que el Fiscal instructor dirigió al entonces Fiscal General de la Nación, donde le hacía saber que el miércoles 24 de agosto anterior, había concurrido en compañía del Fiscal 254 "al despacho del doctor Armando Sarmiento Mantilla a quien le presenté la providencia de situación jurídica, procediendo el mismo a revisarla, impartiendo su aprobación".

Dicha comunicación evidencia un indebido entrometimiento de esferas superiores del ente fiscal en las decisiones de los señores Fiscales Seccionales encargados de adelantar la instrucción, y en el caso concreto, del entonces Director Nacional de Fiscalías en las decisiones del Fiscal Seccional que manejaba el asunto.

Los argumentos del Juez de conocimiento, en el sentido de que el Director Nacional solo cumple funciones administrativas, no puede ser de recibo para justificar tal entrometimiento, puesto que la actividad de revisar el contenido de las resoluciones no puede tener significación distinta de estar fijando derroteros a la investigación, y ello nada tiene que ver con la marcha administrativa de la entidad, ni puede entenderse que lo hiciera para señalar pautas sobre administración de personal u otros aspectos.

La trascendencia de esta injerencia se concretó en la actuación, pues el abogado del doctor Puyo Vasco, convencido de que ningún sentido tenía interponer recursos contra una providencia que había sido revisada y aprobada por el Director Nacional, resolvió desistir de la apelación interpuesta contra ella, para no prestarse a la farsa armada, ante la evidencia de que el subalterno no osaría apartarse de las pautas ya trazadas por el superior, a riesgo de poner en peligro su propia estabilidad laboral.

La pérdida de independencia del Fiscal frente a quienes detentan posiciones de mayor connotación dentro del ente acusador, constituye un flagrante desconocimiento del principio rector de la segunda instancia consagrado en el artículo 16 del estatuto procesal penal, y de los artículos 113, 228, 230 y 250 de la Constitución Nacional. También de los artículos 1º, 22, y 195 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Pide, en consecuencia, decretar la nulidad de la actuación a partir de la providencia que definió la situación jurídica del procesado.

Cargo tercero: Rompimiento de la unidad procesal. Mediante resolución No.01396, el Doctor Gustavo De Greiff, Fiscal General de la Nación para la época, dispuso la ruptura de la unidad procesal, y el Fiscal que tenía el proceso la decretó mediante resolución de 26 de julio de 1994, apartándose en todo de las exigencias taxativamente enumeradas en el artículo 90 del Código de Procedimiento Penal.

Obsérvese cómo el Fiscal Seccional 250, aparece solicitando las diligencias que comprendían la situación del doctor Puyo Vasco, al Fiscal que hasta ese momento instruía el expediente, invocando la orden del Fiscal General, y acudiendo para el efecto al rompimiento de la unidad procesal, con desconocimiento de lo establecido en los artículos 1º, 6º, 18, 22, y 90 y siguientes del estatuto procesal.

Por lo anotado, se impone la nulidad de la actuación a partir del momento en que se dispuso separar las investigaciones, y consecuencialmente la declaración de prescripción de la acción penal.

2. *Causal primera.*

2.1.*Violación directa:* Errónea interpretación de artículo 148 del Código Penal, que describe el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público.

Después de referirse a los antecedentes legislativos del tipo penal en mención, sostiene que la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía extralimitaron el objeto de la investigación, al hacer extensivo el análisis del movimiento patrimonial del doctor Puyo Vasco hasta el año de 1987 (en autos aparece demostrado que ocupó el cargo desde el 21 de agosto de 1982 hasta el 30 de julio de 1985), con desconocimiento del contenido del artículo 148, que vincula la conducta punible con el ejercicio del cargo y el cumplimiento de la función, exclusivamente.

Si el incremento es anterior o posterior al ejercicio del empleo, y no tiene relación con las funciones desempeñadas, no se tipifica la infracción por enriquecimiento ilícito. De allí que no exista razón para que hayan sido examinadas en el curso del proceso situaciones y transacciones patrimoniales que no tuvieron lugar cuando el doctor Puyo Vasco ostentaba la calidad de funcionario público.

Un argumento más, de carácter legislativo, es que la razón por la cual se penalizó después el enriquecimiento ilícito de particulares fue la de criminalizar la conducta de quienes no siendo servidores públicos incrementaban injustificadamente su patrimonio económico, o que siéndolo no quedaban cobijados dentro de sus "baremos", como cuando no aparecía manifiesta la relación causal entre el ejercicio de la función y el incremento patrimonial, como sería este caso. Pero es claro que cuando se registró el "incremento" imputado al doctor Puyo Vasco, el legislador no había elevado a delito dicha conducta.

Al haber tomado los Juzgadores como objeto de examen períodos que trascienden la etapa en la cual el sujeto agente ocupó la gerencia de la em-

presa de Energía de Bogotá, están interpretando erróneamente los mandatos y los elementos del tipo penal en mención.

El enriquecimiento ilícito, además de ser un tipo penal de sujeto activo cualificado, es también de resultado, y así ha venido siendo reconocido por el Tribunal Superior de Bogotá en distintos pronunciamientos. Sin embargo, para el caso en estudio, cambiaron de criterio, al precisar en la sentencia recurrida que este punible "está dentro de la especie de instantáneos con efectos permanentes".

Esta clasificación no encuentra asidero en la doctrina internacional, ya que se sabe que los delitos de resultado, o son instantáneos, permanentes o de estado, siendo permanente el que "supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor, por ejemplo las detenciones ilegales". Pero indicar que se trata de un delito de conducta instantánea, y también permanente en sus efectos, resulta impropio, no solo frente a la clasificación, sino porque todos los punibles causan consecuencias permanentes.

Lo que la doctrina sí viene admitiendo, es la existencia de delitos de resultado en la modalidad de "estado", que seguramente fue lo que quiso significar el Tribunal, en cuanto se refiere a los efectos de la conducta, pero que por otros contenidos no convenía reconocer a la defensa. Por eso, invita a la Corte a hacer claridad sobre el punto, en aras de poder precisar el período de comisión del presunto punible endilgado al doctor Puyo Vasco.

La diferenciación entre delitos permanentes y de estado resulta importante para reconocer los efectos que emanan de la figura típica, en su totalidad, no para aceptar unos y rechazar otros, tal como ocurrió con la explicación y el viraje interpretativo asumido por la Sala del Tribunal Superior. Por eso, la defensa siempre advirtió la necesidad de limitar el objeto de la investigación al período durante el cual el doctor Puyo Vasco ostentó la condición de empleado oficial, o de ampliarlo a uno "anterior", pero con criterios claros y objetivos, que de manera cierta hubiesen demostrado que el incremento patrimonial tenía explicación causal con el desempeño de su función en el lapso comprendido entre 1982 y 1985.

En suma, se tiene que el estudio que se hizo del incremento patrimonial del sindicado entre los meses de julio 1985 y diciembre de 1987, superó los marcos de la descripción típica, situación que hace que se haya violado, por interpretación errónea, el artículo 148 del Código Penal. Por consiguiente, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y dictar el pronunciamiento "correspondiente".

2.2. Violación indirecta: Errores de derecho por falsos juicios de legalidad y de hecho por falsos juicios de existencia e identidad.

2.2.1. Errores de derecho por falsos juicios de legalidad.

La investigación penal contra el doctor Puyo Vasco se originó en los resultados de la acción disciplinaria administrativa iniciada en su contra por la

Procuraduría General de la Nación en el año de 1992, dentro de la cual se produjo importante prueba, como la contable, que fue luego determinante en el curso del proceso.

La primera censura, guarda relación con la incompetencia de la Procuraduría para adelantar la investigación disciplinaria, no obstante encontrarse prescrita, pues para el año de 1992 ya habían transcurrido más de cinco años de haberse cometido la presunta falta, que es el término prescriptivo de esta acción. En tales condiciones, la investigación no podía iniciarse, siendo solo procedente el archivo de las diligencias, pero como el ente de control decidió adelantarla, violó flagrantemente los artículos 6º de la ley 13 de 1984, y 1º del Decreto 482 de 1985.

Surge de lo anotado, que las pruebas practicadas dentro de dicho diligenciamiento no podían generar efectos en la investigación penal, por haber sido producidas en una actuación que no podía nacer por encontrarse presente una causal de improcedibilidad, como es la prescripción de la acción.

Los juzgadores de instancia desecharon tal irregularidad argumentando que la Procuraduría adelantó las diligencias preliminares atendiendo mandatos de índole constitucional y dentro del ámbito de sus funciones de policía judicial, y que las pruebas practicadas, por tanto, las podía llevar a cabo, pudiendo ser valoradas por otras autoridades.

Revisada la Constitución Nacional en su Título X, Capítulo II, se advierte que a la Procuraduría le ha sido discernida la competencia originaria de la función disciplinaria, lo cual se confirma en el artículo 277 *ejusdem*, que establece que para el cumplimiento de sus funciones, tendrá atribuciones de policía judicial y podrá interponer las acciones que considere necesarias. De suerte que sus funciones de policía judicial están supeditadas al cumplimiento de las atribuciones originarias, no siendo, por ende, una función derivada. E igual acontece con el contenido del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis, si no procedía adelantar la investigación disciplinaria contra el doctor Puyo Vasco por prescripción de la acción penal (competencia originaria), tampoco procedía la práctica de pruebas (competencia derivada) a sabiendas de la falta de competencia. Por tanto, además de las referidas normas legales, se violaron los artículos 1º y 246 del estatuto procesal penal, que señalan los requisitos que deben cumplir en su producción las pruebas judiciales.

Un segundo reproche a la actuación adelantada por la Procuraduría, surge de la circunstancia de habérsele impedido al doctor Puyo Vasco la posibilidad de tener acceso al expediente, y por tanto de controvertir las pruebas, como lo demuestra el contenido del oficio No.0879 de 24 de marzo de 1993, donde la Oficina de Investigaciones Especiales advierte que no dará respuesta expresa a las inquietudes del investigado sino después de concluida la

etapa previa, argumentando la improcedencia del debate o contradicción de la prueba en la etapa de indagación preliminar.

Esto viola el derecho de defensa, pues desde la vigencia de la Carta Política de 1991 resulta claro que dicha prerrogativa fundamental debe ser garantizada en todas las fases de la investigación administrativa disciplinaria, trátese de preliminar o investigativa, criterio que ha sido reiterado por la Corte Constitucional en repetidos pronunciamientos.

La censura, entonces, radica en que los juzgadores acogieron como prueba trasladada la actuación de la Procuraduría, no obstante los vicios a los cuales se ha hecho referencia, presentándose un error de derecho por falso juicio de legalidad, originado en el desconocimiento de lo previsto en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo demás, no cuesta trabajo advertir la importancia que la prueba practicada por la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría tuvo en los pronunciamientos a lo largo del proceso, desde la resolución de la situación jurídica hasta los fallos de instancia, pasando por la resolución acusatoria, cuyos apartes pertinentes transcribe.

Con fundamento en estas consideraciones, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada , y en su lugar absolver al procesado.

2.2.2. Errores de hecho por falsos juicios de existencia derivados de la circunstancia de no haber sido apreciada la prueba contable de conformidad con los requerimientos técnicos que la animan, en relación con los siguientes aspectos:

2.2.2.1. *Carácter de los sobregiros:* Como ya se dijo, el proceso se sustentó probatoriamente en la actuación de la Procuraduría. Pues bien, del examen de estas pruebas se advierte que en su recopilación y análisis se presentaron errores que se trasladaron al proceso penal, donde se mantuvieron sin que ninguna autoridad se atreviera a ponerlos en duda, siendo uno de ellos el relacionado con la naturaleza de los sobregiros bancarios obtenidos por el doctor Puyo Vasco durante el período objeto de investigación, y que ascendieron a la suma de $43'808.775.oo.

La defensa allegó al proceso varios conceptos de contadores públicos calificados que consideran que dichos recursos deben ser tenidos como fuente de financiación, y en la audiencia se escuchó la opinión de un prestigioso tratadista en la materia en el mismo sentido, siendo estos criterios, además, coincidentes con las reglas de contaduría FASB 95 No.19 lit.b). En relación con estas pruebas, el a quo guardó silencio, y el Tribunal siguió la misma línea de interpretación de los peritos que intervinieron en el proceso, no obstante que en el momento de presentar la sustentación oral del recurso de apelación, la defensa presentó un concepto emitido por la Junta Central de Contadores, máximo órgano de la Contaduría Pública en Colombia, donde se reitera el contenido de la fuente doctrinal comentada, y donde se lee de manera clara que "los sobregiros deben incluirse en la elaboración del estado de

flujo de efectivo como una actividad de financiación y no muestra solamente la comparación de saldos de un período a otro sino que debe incluir el monto de los préstamos recibidos durante el ejercicio".

Esta situación debe ser examinada por la Corte en aras de hacer claridad y precisión, pues el juzgador no puede fincar su decisión en un concepto emitido por peritos, cuando la máxima instancia en materia de contaduría pública está diciendo otra cosa.

La trascendencia de esta equivocada apreciación en el manejo del *quantum* del presunto delito de enriquecimiento ilícito, es evidente: De conformidad con los peritos oficiales, "el total de origen de los recursos es de $88'978.058.oo, que frente al total de uso de recursos que llega a $112'940.269.oo. habría que explicar o justificar $23'962.211.oo. Si se incluyen los sobregiros como fuente de recurso, tal como lo recomienda la ciencia contable, esa suma obtenida de sobregiros, más la suma que incluye el total de origen de recursos estimado por los peritos, más otros ítem menores que se incluyeron en la defensa en los cuadros que se aportaron y que provienen de recursos que se encontraban en bancos al 21 de agosto de 1982 de algo más de $1'676.819.oo, que no se descontaron, pues si eran dineros mantenidos antes que el mismo detentara la calidad puesto que hasta esa fecha él mismo tomó posesión del cargo oficial, no entendemos la razón por la cual no se descontó; igualmente la suma de $1'885. 717.oo que se le tenía reconocido como sobregiro a la cuenta No.813-32087-6 que se tenía en el banco del Comercio, y que aparece referenciado en el extracto bancario de agosto 20 de 1982, más la cancelación de un pasivo a cargo de la sociedad Puyo Suárez J. y M.S. en C. de $1'200.000.oo, daría un total de origen de recursos de $137'549.369.oo, que frente a lo que se reporta por uso de recursos igualmente depurados generaría una suma de algo más de doscientos mil pesos para ejercicios futuros" (fls.188 y 189/11).

2.2.2.2. *Avalúo de los inmuebles:* Los juzgadores interpretaron equivocadamente los valores aportados y tenidos en cuenta por los peritos oficiales. En los cuadros por ellos presentados, aparece el relacionado con la adquisición de bienes, en el que se encuentran dos lotes sobre la calle 116 de Bogotá, el 20% de la casa ubicada en la calle 40 con carrera 25 de la misma ciudad, y un apartamento en la ciudad de Cartagena.

Para los peritos del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, dichos inmuebles tienen un costo que excedió el real en $28'684.600.oo. En vista de ello, solicitaron a los funcionarios judiciales se atendiera la diferencia entre el costo real y el valúo realizado por los peritos sobre los terrenos adquiridos, pero el Tribunal entendió que la censura se refería al peritazgo sobre los edificios ya construidos.

Frente a los valores presentados por el avaluador oficial, la defensa presentó en la última sesión de la audiencia de juzgamiento los montos reales, soportados en copia de la escritura No.6868 de diciembre 23 de 1983, reci-

bos de la empresa urbanizadora, relación de cheques con los cuales se canceló la transacción, copia de la escritura No.2239 de 1984 de la Notaría 18, y de la escritura No.2930 de la Notaría 31, entre otras pruebas.

Estos medios de convicción, fueron ignorados por los juzgadores, permitiendo que por este concepto se incrementara la diferencia a justificar en $38'851.600.oo. Por tanto, si del ítem de total de uso de recursos, cuantificado en $137'336.614.oo, se resta la cifra anterior, tendríamos $98'485.014.oo como cifra total, que comparada con el cuadro de uso de recursos que llega a $137'549.369.oo, arrojaría una diferencia a favor del doctor Puyo de algo más de $39'000.000.oo.

2.2.2.3. *Diferencias entre consignaciones e ingresos:* Para el año de 1982 éstos fueron de algo más de $22'000.000.oo. Sin embargo, como el doctor Puyo Vasco ingresó al servicio oficial a finales del mes de agosto del citado año, solo pueden ser objeto de análisis $16'310.000.oo, cifra que se obtiene de consultar el folio 807 del informe de la Procuraduría (anexo 3). Para el año de 1983, los ingresos o consignaciones fueron de $57'098.496.oo, monto que resulta inferior al que aparece en el informe de la Procuraduría, por las razones atrás anotadas. Para 1984 fueron de $3'854.631.oo, y para 1985 84'100.000.oo, lo cual arroja un total de $81'363.195.oo.

Dicha cifra, frente a los ingresos certificados de $17'507.587.oo en 1982, $23'071.070.oo en 1983, $18'656.776 en 1984 y $28'475.891.oo en 1985, arroja un saldo a favor de $6'400.000.oo.

2.2.2.4. Diferencia entre consignaciones en cuentas bancarias e ingresos percibidos por el núcleo familiar Puyo Suárez: Los peritos solo se refirieron al año de 1983. Al hacer notar esta situación a los juzgadores, el Tribunal rehuyó el asunto arguyendo que el estudio no se hizo en su totalidad porque el principio de consolidación solo es aplicable a entes jurídicos y no a personas naturales, pero si ello es así ¿Por qué si se tomó el del período de 1983?. "Con esta actitud, el peritazgo es además poco confiable, muy parcial y por ende de poca confiabilidad".

Al margen de esto, se observa que en el referido dictamen aparece registrado un total de consignaciones netas de $57'098.496.oo. Sin embargo, los peritos inexplicablemente omitieron la inclusión de unos créditos a cargo del Banco Mercantil de algo más de $43'000.000.oo, por lo que el total de ingresos para dicho período fue de $66'882.445.oo, que confrontados con el total de consignaciones netas, arroja una diferencia a favor del procesado de cerca de 10 millones de pesos, como se dejó claramente demostrado con los cuadros presentados al finalizar la audiencia pública y que luego fueron reiterados en la audiencia de sustentación del recurso ante el Tribunal.

La trascendencia del cargo surge por sí sola, y conduce a la necesidad de casar la sentencia impugnada, para en su lugar absolver al procesado. Como normas violadas cita los artículos 253, 254 y 273 del Código de Procedimiento Penal.

2.2.3. Errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación de la prueba relacionada con los ingresos habidos en el patrimonio económico del acusado a partir de agosto de 1985 y hasta finales de 1987.

2.2.3.1. Recursos generados por la asesoría a Konstruktor Split: Los juzgadores han expresado su desacuerdo con los recursos pagados por esta empresa al doctor Puyo Vasco como consultor. Pero sus reparos, derivados de la falta de coincidencia de los declarantes sobre la forma de cancelación (si en dinero efectivo o cheque), la persona que habría realizado el pago, y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que habría sido efectuado, se obvian si se tiene en cuenta que las versiones fueron recibidas después de 8 o 10 años, y que la capacidad de recuerdo se altera luego de transcurrido tanto tiempo.

Además, dicha condición se encuentra suficientemente acreditada en el proceso con los testimonios de Alberto Preciado Peña y Antonio José Castillo. Y si bien es cierto Hernán Francisco Vargas Hernández, quien ocupó el cargo de contador y revisor fiscal de la empresa, dice no saber de suma alguna cancelada por dicho concepto al doctor Puyo Vasco, ello encuentra explicación en el hecho de que fue ya en la fase de liquidación de la empresa que se realizó la cancelación de sus honorarios.

La trascendencia de esta prueba es clara, como quiera que a través de ella se justifica el ingreso de trescientos mil dólares, cantidad que tiene honda significación en el presunto incremento patrimonial imputado del doctor Puyo Vasco.

2.2.3.2. Recursos provenientes de Alimar: La investigación indica que esta empresa canceló al doctor Puyo Vasco una buena cantidad de dinero durante varios años, por concepto de honorarios y comisiones sobre el volumen de transacciones que realizaba. Los juzgadores han descartado la declaración que rindió en dicho sentido el representante legal de esta empresa Henry Armand Beal, al asumir como hecho cierto e incontrovertible la ausencia de documentos, desconociendo los que fueron aportados por la defensa que acreditan sumariamente la cancelación de tales recursos, y otros donde se establecía que la isla San Marteen, en su condición de puerto libre, exonera a las empresas del pago de derechos de aduana, de impuestos, y de la obligación de presentar y registrar documentos.

No se entiende, entonces, por qué los fallos de instancia se niegan a darle a estos documentos la trascendencia probatoria que tienen, cuyos contenidos acreditan entradas por cuantías de 65.620 dólares para 1985, 141.282 para 1986, y 211.034 para 1987. En esta oportunidad, el argumento del Tribunal es opuesto al aducido en el caso de los ingresos de Konstruktor, pues critica la exactitud de las referencias que el testigo hizo acerca de un contrato de cuyos pagos y detalles no se dejaron registros.

2.2.3.3. Recursos provenientes de Transcontinental Caribe: La postura de los juzgadores en este punto también es parcializada, en cuanto desconoce

la documentación presentada por Cayetano Martucci, para apoyarse en la declaración de Rafael Blanco, quien "descarta haber conocido a Puyo Vasco, descarta que éste hubiera podido tener ingerencia (sic) en los negocios de Transcontinental Caribe, descarta la veracidad de los registros contables presentados, etc.".

El Tribunal también cuestiona la papelería en la cual fueron elaborados los respectivos comprobantes de egreso, pero este punto ya fue conocido, discernido y resuelto por la jurisdicción civil venezolana. A través de los fallos de la justicia de este país, se puede constatar que la supuesta irregularidad en los estados financieros de Transcontinental Caribe, nunca se presentaron, y en cambio está probado en autos que dicha empresa le canceló honorarios al doctor Puyo Vasco por servicios prestados a ella. Sin embargo, los juzgadores descartaron esta prueba con el argumento de que los Jueces venezolanos fueron engañados.

En la audiencia de sustentación del recurso de apelación, la defensa aportó igualmente copia de providencias dictadas por la justicia venezolana dentro del proceso iniciado por Rafael Blanco contra Cayetano Martucci y Fabio Puyo Vasco por los punibles de falsedad documental, estafa, agavillamiento y fraude, que declararon terminada la averiguación sumarial, mas no se entiende la razón por la cual el Tribunal desconoció estas pruebas, cuya trascendencia radica en que por concepto de dichas asesorías el doctor Puyo Vasco percibió una suma cercana a los seiscientos mil dólares. "De ahí la necesidad de que la Corte retome estos medios de prueba que fueron ignorados por el *ad quem*, o cuando menos distorsionaron como se puede leer en el primer párrafo del folio 76 de la sentencia emanada del Tribunal".

2.2.3.4. Ingresos provenientes de la venta de cuadros de Picasso y de asesorías a Maurice Ruffieux: Los juzgadores desconocen el valor probatorio de los documentos aportados por el señor Miguel Gaspar Alba, responsable de una importante galería de arte con sede en Barcelona, conocida como "Casa Gaspar", con argumentos como el de haber presentado la certificación 9 años después del negocio. También descartaron los documentos presentados por Maurice Ruffieux, no obstante aparecer legalizados, autenticados y traducidos, con la tesis de que no se conocen los originales, y que no se tiene conocimiento si los libros donde reposan los asientos que ellos certifican, aparecen o no inscritos en el Tribunal de Comercio respectivo.

Esta actitud riñe con lo inaudito, en cuanto pone en tela de juicio la honestidad de la autoridad autenticadora extranjera, y demuestran un deseo protervo de perjudicar los intereses del procesado. La certificación del Cantón de Ginebra resulta suficiente, en cuanto que allí se indica la existencia de la relación comercial que se mantuvo con el procesado, y ello debe bastar.

Al hacer este tipo de apreciaciones, los juzgadores han vulnerado no solo las normas rectoras de índole procesal citadas (artículos 1º, 2º, 7º, 22), sino los artículos 246, que indica la manera como deben interpretarse y valorarse

las pruebas frente a las reglas de la sana crítica, y el 247, que señala los requisitos sustanciales para condenar, precisando que debe existir certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado.

Con fundamento en estas consideraciones, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y en su lugar absolver al procesado, por existir evidencias de que no hubo incremento patrimonial injustificado.

ALEGATOS APRECIATORIOS

1. De la apoderada de la parte civil:

Considera que ninguno de los motivos de nulidad planteados en la demanda está llamado a prosperar, por no haber tenido configuración real en el proceso, y que la decisión de mérito se encuentra en un todo ajustada a la realidad probatoria y la normatividad jurídica.

En cuanto a la inexistencia en el proceso de la resolución de apertura de instrucción, sostiene que el demandante omite advertir que a folios 136 se encuentra el auto de 5 de mayo de 1995, mediante el cual se solicitó a la Fiscalía 196 copia de la referida pieza procesal, y que a folios 139 y 140 aparece el auto cabeza de proceso, dictado por el Juzgado 133 de Instrucción Criminal Ambulante, en fotocopia no informal, puesto que a folios 198 del mismo cuaderno se dejó anotación en el sentido de que las copias remitidas correspondían al proceso original No.206.

Respecto al desconocimiento en la fase instructiva del principio de la doble instancia, argumenta que esta irregularidad tampoco se presentó, puesto que el recurso fue resuelto por persona distinta del Director Nacional de Fiscalías, y aunque se aceptara que su intervención constituye motivo de nulidad, habría de concluirse que la informalidad se encuentra saneada, en virtud de lo establecido en los numerales 3º y 4º del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Acerca del rompimiento de la unidad procesal, señala que efectivamente el Fiscal General de la época dispuso adelantar separadamente la investigación contra Javier García Bejarano y Fabio Puyo Vasco por el delito de enriquecimiento ilícito, pero esta decisión fue revocada, disponiéndose en su lugar distribuir el trabajo entre los Fiscales que conformaban la Unidad Móvil de Investigación, para facilitar la instrucción y calificación de los sumarios 206A y 206B.

En relación con los cargos planteados al amparo de la causal primera de casación, manifiesta que el artículo 148 del Código Penal fue correctamente interpretado por los juzgadores de instancias, ya que la acción delictiva se concretó entre el 21 de agosto de 1982 y el 30 de julio de 1985, pero sus consecuencias se reflejaron después, al presentarse aumento desproporcionado de su fortuna, producto del ejercicio indebido de la función pública, y que los ataques a la apreciación de la prueba carecen de fundamento.

2. *Del Fiscal del proceso:*

Solicita de la Corte el rechazo de la demanda, pues considera que las alegaciones presentadas por el casacionista son propias del trámite instancial, en cuanto solo revelan el desacuerdo que la defensa siempre ha mostrado respecto de la valoración probatoria realizada por los funcionarios judiciales a lo largo de proceso, y la pretensión de que sea reemplazada por una muy particular forma de valoración de la prueba.

En punto a la nulidad por no aparecer en el proceso la resolución de apertura de instrucción, afirma que la providencia existió, pero por un "olvido involuntario" no fue incorporada al expediente cuando se dispuso la separación de las investigaciones, razón por la cual el Juzgado de conocimiento decidió solicitarla en copia, habiendo sido allegada al proceso. Más aún, Si la referida decisión no hubiera sido incorporada, o no hubiese sido proferida, tampoco generaría nulidad, porque una tal postura solo encontraría eco en un proceso excesivamente formalista.

En relación con el cargo por desconocimiento del principio de la doble instancia, explica que el oficio No.4075-250 de 29 de agosto de 1995 solo contiene un informe de las gestiones adelantadas para lograr la captura del doctor Puyo Vasco, pero que su contenido ha sido malinterpretado con el torcido propósito de buscar la impunidad del procesado, a través de una transcripción fragmentaria de su texto. Y agrega: "Cuando utilicé la expresión 'procediendo el mismo a revisarla, impartiendo su aprobación', me estoy refiriendo a una observación rápida y somera, con énfasis en las actividades desplegadas para la captura, pero nada más".

Respecto del cargo por rompimiento de la unidad procesal, asegura que la decisión de 30 de marzo de 1994 fue revocada en los días siguientes (abril 6 de 1994), quedando claro que no se trataba de ruptura de la unidad procesal sino de distribución de trabajo, conforme a las facultades que la propia Carta Política le confiere al ente acusador para que pueda cumplir con los fines del proceso penal.

Infundadas resultan, así mismo, las argumentaciones del demandante sobre la errada interpretación del tipo penal que describe el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público (148 del Código Penal), puesto que nada se opone a que los estudios contables sobre el acrecentamiento del patrimonio se extiendan más allá del tiempo durante èl cual se ejerció la función. Lo importante es que entre el desempeño del cargo y el incremento injustificado exista relación de causalidad.

Causa curiosidad que la defensa rechace el dictamen contable por haber abarcado los años de 1986 y 1987, y al tiempo pretenda incluir como ingresos lícitos durante esos años, los siguientes: 1986: Alimar Martin (US$ 141.282 = $28'544.956.oo); Transcontinental Caribe C.A. (US$ 300.000 = $60'612.500.oo); y, Mauricio Reifieux (US$ 100.000 = $20'204.167.oo). 1987: Alimar Martin (US$ 211.034 = $51'571.961.oo); Transcontinental Caribe C.

A. (US$ 300.000 = $731'313.250.oo); y, Mauricio Reffieux (US$ 100.000 = $24'437. 750.oo).

Del estudio del origen y uso de los recursos del doctor Puyo Vasco, sin mayor esfuerzo se advierte que las cifras se dispararon a partir de 1986, año en cual aparece participando en sociedades, haciendo inversiones, prestando dineros, y comprando bienes, efectuando un movimiento total de operaciones que asciende a $126'396.171.oo. con una diferencia patrimonial a justificar de $38'112. 226.oo. Situación similar se presenta en el año de 1987, en el cual la diferencia a justificar ascendió a $31'469.019oo.

También resulta infundado el reproche relativo a la ineficacia de la actuación disciplinaria iniciada por la Procuraduría General de la Nación contra el doctor Fabio Puyo Vasco, puesto que la circunstancia de hallarse la acción prescrita no significa que la Procuraduría careciera de competencia, ni que las pruebas practicadas por ella se encuentren afectadas de nulidad. La competencia se la otorga el artículo 277 de la Constitución Política, y las pruebas recepcionadas en el curso de la investigación se cumplieron con observancia de las formalidades requeridas para cada medio en particular.

Con independencia, entonces, de si la acción disciplinaria se hallaba o no prescrita, nada impedía que del proceso penal hicieran parte las referidas pruebas, ni que la Procuraduría expidiera copias con destino a la Fiscalía para la investigación de la conducta del servidor público, pues la prescripción no hace perder la eficacia al acervo probatorio rituado.

El otro argumento expuesto por el casacionista, relativo a que la Procuraduría impidió al doctor Puyo Vasco el acceso al expediente, tampoco es de recibo, de una parte, porque la decisión se tomó con arreglo a las normas vigentes para ese momento, y de otra, porque la Fiscalía, mediante resolución de 14 de mayo de 1998, ordenó tener como pruebas trasladadas las fotocopias remitidas por la Oficina de Investigaciones Especiales del Ministerio Público, convirtiéndose, desde entonces, en objeto de debate y contradicción.

Tampoco le asiste razón al impugnante cuando cuestiona la prueba pericial contable, pues aparte de que sus argumentaciones responden a apreciaciones de carácter personal, resulta "inaudito" que los estudios realizados por la Unidad de Investigaciones Especiales de la Procuraduría, la Superintendencia de Sociedades y el Cuerpo Técnico, sean todos producto del error, y que la verdad esté plasmada en un documento no sometido a contradicción, que aporta a última hora al proceso.

La defensa se empeña en desentrañar el carácter contable de los sobregiros, a pesar de haberse determinado, mediante consulta elevada al Consejo Técnico de la Contaduría Pública, que deben ser considerados fuente de crédito, cuestión que nadie desconoce, y así se reconoció en el dictamen pericial. El problema radica en la forma cómo la defensa entiende que deben contabilizarse los sobregiros, pues mientras las entidades bancarias tienen en cuenta

el saldo al final del período, el impugnante pretende que se computen como rubros diferentes.

Los avalúos realizados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, relacionados con los costos de sobreconstrucción, no fueron tenidos en cuenta por los peritos de la Superintendencia Bancaria al rendir el dictamen, habiéndose solo contabilizado el precio del avalúo del lote, siendo natural que los mismos no coincidan con los expresados en las escrituras públicas, si se toma en cuenta que la costumbre es cerrar los negocios por un valor muy superior al que se hace constar en el documento público.

El instituto de la consolidación, por su parte, no puede tener aplicación en el caso estudiado, por dos razones: porque "ni el doctor Puyo, ni su familia, ni las sociedades de las que formaban parte, cuentan con el elemento más importante para efectuarla: la contabilidad", y porque las actividades del procesado no se ajustan a lo establecido en el artículo 14 del Decreto 2160 de 1986.

Y, en lo relativo a las sociedades constituidas y sus bienes, el defensor olvida que los peritos contables de la Superintendencia Bancaria, como los de la Procuraduría, tomaron las inversiones de Puyo Vasco en cada una de las sociedades, manteniendo la diferencia sobre la titularidad de los bienes sociales y del socio en particular, y que para establecer la forma como fue ocultado el dinero ilícito, analizaron las consignaciones de cada sociedad, comparándose los ingresos reales de las personas que las integraban con las consignaciones efectuadas, encontrándose un notorio aumento en las últimas.

Respecto de los recursos provenientes de la empresa Construcciones G P. Konstrucktor-Split, Alimar Martin, Maurice Ruffieux y Transcontinental Caribe C. A, se tiene lo siguiente:

1. Los ingresos por valor de US$ 300.000 que la empresa Construcciones G.P. Konstruktor-Split habría pagado durante el año de 1981 a Puyo Vasco por asesorías jurídicas, no se encuentran acreditados. En cambio, aparece la versión de Hernán Francisco Vargas Hernández, contador público y revisor fiscal de la firma, quien dijo no recordar que el doctor Puyo Vasco hubiera tenido a su cargo la asesoría jurídica de la empresa, o recibido pagos por tal actividad, máxime cuando tal hecho no se revelaba contablemente. Además de ello, la Superintendencia de Sociedades informó que se trataba de una empresa en liquidación, siendo inverosímil que bajo tal estado financiero pagase sumas tan cuantiosas. Y los testimonios de Alberto Preciado Peña y Antonio José Del Castillo Solano no merecen credibilidad por contradictorios.

2. Henry Armand Beal, Gerente de la firma Alimar Martin Sarl, sostiene que Puyo Vasco fue asesor y consejero de la empresa por espacio de 6 meses en el año de 1985, 12 meses en 1986, 12 meses en 1987, y 7 meses en 1988, habiéndose acordado el pago de 3.000 dólares por mes, más 3.000 de comi-

sión sobre el volumen de transacciones. Sin embargo, tal testimonio no amerita credibilidad, por no aparecer prueba contable que permita refrendar los referidos pagos. Y si bien es cierto el testigo explicó que en San Martín, Guadalupe (Departamento Francés), no era obligatorio llevar contabilidad, y que por esta razón no aparecían los asientos respectivos, la investigación logró establecer todo lo contrario.

3. Tampoco los pagos supuestamente hechos por Maurice Reffieux pueden encontrar eco por carecer de sustento contable, pues las fotocopias informales de libros no inscritos en el Tribunal del Comercio respectivo, carecen de eficacia probatoria, y no existen comprobantes de egreso que prueben el desembolso, ni obra documentación relacionada con el ingreso de tales divisas al país, y dichos dineros no se hacen figurar en las declaraciones de renta.

4. Cayetano Segundo Martucci Urdaneta, quien con Rafael Blanco Fernández constituyó a finales de 1985 la firma denominada Transcontinental Caribe C.A. (Transca), afirmó haber pagado a Puyo Vasco desde 1985 hasta 1988, por concepto de asesorías, "seiscientos y pico de mil" dólares, en cheques de una cuenta en el Chase Manhattan Bank del Estado de Nueva York, cuyo número no recuerda, y que era manejada por su socio Rafael Blanco Fernández, quien desmintió sus aseveraciones al sostener que solo tuvo noticias de Puyo Vasco para el año de 1994, cuando al peticionar una copia simple de una actuación judicial, encontró "unos presuntos asientos contables en unos libros de contabilidad de Transcontinental Caribe C.A., en los que aparecía el nombre de Fabio Puyo, cuando los libros reales, sellados y legalizados en octubre de 1986 en la Oficina de Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado de Sucre (Venezuela), están en poder de la actual junta directiva, y en ellos no consta relación alguna con Puyo Vasco" (fls.243/11). También dijo que entre los años de 1985 y 1987 la firma no desarrolló actividad mercantil alguna, y que para el año de 1986 solo funcionó para cobrar una acreencia de $43'000.000.oo de bolívares, careciendo de recursos económicos para atender el pago de honorarios en la cantidad referida. Además de ello, Transcontinental Caribe solo tenía cuentas en los Bancos Italo-Venezolano y Latino de los Estados Unidos, eliminándose de esta manera la posibilidad de pagos a través del Chase Manhatan Bank.

Sumado a lo anterior se encuentran las contradicciones en que incurre Cayetano Segundo Martucci Urdaneta al rendir testimonio, y las inconsistencias que presentan los comprobantes de egreso aportados por el testigo para acreditar el pago de los honorarios al doctor Puyo Vasco, a las cuales se refiere in extenso.

5. Venta de los cuadros de Picasso. En relación con esta negociación basta decir que al proceso no se allegó prueba de las asesorías contables que dieron supuestamente origen al pago de honorarios en obras de arte, ni siquiera de la existencia de los grabados, ni obran declaraciones de impuestos,

o autorizaciones de giros. y los documentos aportados presentan un sinnúmero de inconsistencias.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que ninguna de las propuestas de ataque está llamada a prosperar, por los siguientes razones:

1. Nulidades:

1.1. Inexistencia de la resolución de apertura de la investigación. Sostiene que este cargo no es cierto, y que basta revisar las copias remitidas mediante oficio No.3606-196-206 por el Fiscal Seccional 196 al Juzgado 26 Penal del Circuito, que obran a folios 138- 198 del cuaderno original No.6, para advertir que allí aparece, debidamente autenticada, la providencia que echa de menos el casacionista. Además de ello, al confrontar el contenido de la actuación que antecede a la diligencia de indagatoria, se concluye que el funcionario instructor había abierto investigación.

1.2. Principio de la doble instancia. Cierto es que el Director Nacional de Fiscalías, en cumplimiento de las funciones que le asigna el artículo 34 del Decreto 2699 de 1991, solicitó al funcionario instructor información sobre el estado del proceso, dada la relevancia social del hecho investigado, pero sin pretender jamás fijar el sentido de las decisiones, pues sabido es que el Director Nacional no es superior funcional de los fiscales seccionales, según se desprende del contenido de los artículos 122 y 125 del estatuto procesal penal.

1. 3. Rompimiento de la unidad procesal. Los antecedentes informan que el 22 de marzo de 1994, la Dirección Seccional de Fiscalías, en atención a la complejidad y características de la investigación No.206 (proceso Guavio), dispuso la conformación de una unidad investigativa con los Fiscales César Vélez Cardona (Fiscal 252) y José Eleuterio Ruiz Martínez (Fiscal 261), de la Unidad de Investigaciones Especiales, para continuar la instrucción del asunto, y que después, el primero de los mencionados Fiscales (252) ordenó romper la unidad procesal para investigar por separado a los enjuiciados García Bejarano y Puyo Vasco, ordenando la conformación de los expedientes 206 A y 206B (fls.509-3).

Dicha separación, sin embargo, jamás se realizó, como claramente se infiere del contenido de la providencia de 6 de abril de 1994, donde el Fiscal declara sin valor su decisión, tras considerar que "no era conveniente la ruptura de la unidad procesal, ordenada mediante resolución de 30 de marzo", para disponer, en su lugar, la distribución de trabajo entre los Fiscales que conformaban la Unidad Móvil.

Además, el rompimiento de la unidad procesal solo genera nulidad cuando han sido conculcadas las garantías constitucionales, y el demandante no logra demostrar que la actuación de la Fiscalía haya afectado los derechos del procesado, o determinado la causación de un perjuicio.

2. Causal primera.

2. 1. Violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación de la norma. Sostiene que la imputación del delito tiene sus linderos temporales específicos, en cuanto debe limitarse al período durante el cual el funcionario desempeñó el cargo, mas no así la investigación, que puede extenderse a todo tiempo, en procura precisamente de establecer la imputación.

La otra crítica que entre líneas se incluye dentro de este reparo, relativa a que la conducta sería atípica porque hallaría acomodo dentro del tipo penal de enriquecimiento ilícito de particular, para entonces inexistente, que tiene baremos temporales ilimitados, desdibuja el ataque por la vía de la violación directa, ya que para ello sería necesario demostrar, con razones financieras, legales y contablemente coherentes, que el haber patrimonial excesivo no se originó en desarrollo de la función pública, sino por fuera de ella, y este planteamiento involucra un análisis probatorio, no de aplicación o interpretación de normas exclusivamente.

2.2. Enriquecimiento ilícito. Delito instantáneo o permanente. Una vez más el casacionista formula una crítica abierta contra el fallo impugnado por fuera de todo condicionamiento técnico, lo cual sería de suyo suficiente para desestimarla y excusar a la Corte de intentar alguna respuesta. Pero como el punto reviste interés académico, resulta oportuno precisar que, para la Procuraduría, el delito de enriquecimiento ilícito, en cualquiera de sus dos manifestaciones (de particular y servidor público), "reviste igual tratamiento que el de todos los delitos cuya conducta -unidad de acción signada por los fines-, es de ejecución permanente, en donde el proceso ejecutivo es duradero en el tiempo: cuando en la ejecución del delito la persona que se aprovecha de una condición y durante el término que ella perdura, agota el tipo penal por etapas o por entregas, en forma sucesiva, signada la ejecución por una finalidad coherente, persistente, unívoca, etc., la prescripción empezará a contabilizarse naturalmente a partir del último acto delictuoso, fecha inequívoca en que cese la comisión 'sucesiva y cohesionada' del injusto (art.83 C.P.)".

Considera que los planteamientos hechos en su concepto de 22 de mayo de 1998, dentro del proceso No.12591, por el delito de estafa, cuyos apartes pertinentes transcribe, resultan también predicables para el caso analizado, y precisa que en el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, el tiempo de prescripción debe en consecuencia contabilizarse a partir del momento que aquel deja el servicio (30 de julio de 1985, para el caso del doctor Puyo Vasco).

2. 3. Violación indirecta de la ley sustantiva. Sostiene, a manera de introducción, que el actor ignora todo condicionamiento técnico en la formulación de las distintas censuras que plantea a través de esta vía ataque, presentando cargos que no se corresponden con el motivo aducido, ni con el sentido del error de hecho invocado, traduciéndose sus alegaciones en un discurso sin tasa ni medida.

2.3.1. Incompetencia de la Procuraduría. Afirma compartir en su integridad los argumentos expuestos a través del proceso por los funcionarios de instancia, en el sentido de que la Procuraduría General de la Nación tiene entre sus funciones la de ser policía judicial o fungir en ese mismo carácter y adelantar pruebas, cuya validez resulta incuestionable, como se dejó establecido en la providencia de 17 de junio de 1993, visible a folios 273-280 del cuaderno original No.1.

En cuanto que "la acción penal no podía iniciarse" porque la actuación de la Procuraduría que le sirvió de fundamento fue adelantada hallándose la acción disciplinaria prescrita, es cuestión que también ha sido discutida por la defensa a lo largo de todo el proceso, y que debió ser planteada al amparo de la causal tercera si consideraba que la acción se encontraba prescrita, o de la primera, motivo segundo, por error de derecho, si estimaba que la prueba era ilícita por carecer el órgano de control disciplinario de competencia para practicarla.

Dos observaciones , sin embargo, cabe hacer en relación con este reparo. Primero, que el asunto disciplinario nunca se inició, precisamente por hallarse la acción prescrita, según declaración contenida en la providencia de mayo 13 de 1993, mediante la cual se ordenó el archivo del expediente. Y para la Delegada es claro que las pruebas practicadas son válidas, puesto que siendo la Procuraduría guardiana del orden justo, debe "ejercer las acciones penales que correspondan", denunciando delitos y procurando el castigo de los responsables, interpretación que resulta coherente con los razonamientos expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-244/96, que en lo pertinente transcribe.

Segundo, porque el tiempo de prescripción de la acción penal para el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, acorde con lo establecido en los artículos 80, 82 y 84.2 del Código Penal, es de 10 años y 8 meses mientras no exista resolución de acusación ejecutoriada, tiempo que en el caso del doctor Puyo Vasco no tuvo consolidación, y de 6 años y 8 meses a partir de ese momento, que se cumplen solo en el año 2001.

2.3.2. La Procuraduría quebranta el principio de contradicción. Técnicamente este cargo hallaría acomodo dentro de los roces de la violación del derecho de defensa, no en el ámbito de la violación indirecta de la ley sustantiva, debiendo por este solo motivo ser desestimado. Con todo, debe decirse que las pruebas que practica la Procuraduría dentro de las acciones disciplinarias, y en general, las practicadas dentro y fuera de los procesos disciplinarios -cuando cumple labores de policía judicial en apoyo de las autoridades-, son lícitas, y su valor probatorio es el que les corresponde como prueba trasladada. De allí que el dictamen de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación no admita críticas en cuanto a su validez y legalidad.

2.3.3. La prueba contable. El demandante plantea varios cargos relacionados con pruebas contables (sobregiros, avalúo de inmuebles, ingresos y

consignaciones, ingresos del núcleo familiar, y recursos provenientes de asesorías), pero "no demuestra la existencia ni trascendencia de ningún error *in iudicando* y más bien convierte cada una de las aproximaciones de censura en la presentación de su particular visión apreciatoria de las pruebas, que por respetable que sea, tampoco desquicia por ilegal la sentencia".

En procura de evidenciar las inconsistencias técnicas de la demanda en este punto, define previamente cada una de las modalidades de error de hecho, señalando que dentro de esos linderos técnicos el casacionista debe acomodar el discurso argumentativo, so pena de que su escrito se convierta en un alegato de instancia. Luego aprehende el estudio de cada uno de los cargos planteados dentro de este acápite, en los siguientes términos:

2.3.3.1. *Los sobregiros*. El censor acierta al afirmar que los sobregiros certificados por el Banco Andino "son fuente de financiación", como quiera que así lo estiman las reglas de contabilidad, lo que en términos castos equivale a decir que son préstamos que hace el banco y que por tal motivo no pueden ser fuente de enriquecimiento ilícito, sino fuente lícita de movimiento de dinero en un período determinado. Ello es verdad, pero surge inconstestionada la respuesta que da la parte civil a esta censura ¿De dónde pagó los sobregiros? ¿De dónde sacó el dinero con que cubrió los préstamos que le hizo el Banco?. La respuesta no puede ser otra que la ilicitud de la fuente del dinero, y en todo caso el procesado no logró justificar en forma coherente la procedencia de los recursos con los cuales iba periódicamente cancelando.

Además, el recurrente no indica qué tipo de error *in iudicando* se cometió, ni cuál la prueba contable que lo soportó, ni demuestra la trascendencia del desacierto, siendo la nota común el desconocimiento absoluto de la técnica casacional, y la confrontación de tesis clausuradas por virtud de la presunción de legalidad y certeza que ampara las decisiones legítimamente expedidas por los Jueces.

Reitera que la casación no es una tercera sede, donde el censor pueda analizar libremente el material probatorio; por ello, si no atina a señalar asertiva e individualmente la prueba cuya valoración resulta defectuosa, la Corte no puede hacerlo oficiosamente, como lo pretende el demandante en el presente caso, cuando sostiene que "sería muy importante, Honorables Magistrados, que se buscara en el proceso todas y cada una de las pruebas que respaldan los estudios allegados por el defensor, con la seguridad de que la mayoría no obran en el proceso", porque tal labor desdibujaría las funciones del Juez de casación.

2.3.3.2. *Avalúo de inmuebles*. Cierto es que debido a los impuestos, costos de escrituraciones, registros de instrumentos públicos y de beneficencia, los contratantes suelen no declarar los valores reales de las transferencias comerciales, como también que el dinero fluctúa en su valor de modo considerable, y que el avalúo de los inmuebles se realizó en un momento posterior a la realización del delito, cuando el costo del dinero era distinto, pero para el año de 1993, cuando fueron adquiridos los lotes, se estableció que Puyo

Vasco tuvo como fuente de ingresos lícitos $22'573.604.oo. Sin embargo, manejó recursos por la suma de $46'110.080.oo, porque en esta época compró los lotes de terreno en la calle 116 con carrera 7ª de Bogotá -un sector exclusivo de la capital de la República- y los valores declarados en las escrituras, en costos de la época, se tornan irrisorias. "Ello justificó la imputación de enriquecimiento ilícito en esa ocasión -para la fecha de la calificación del sumario- sin que sea discutible que a la fecha actual, tanto un valor -el de las escrituras- como otro valor -el de los avalúos realizados por el I.G.A.C.- dejen de considerarse como sumas ínfimas".

2.3.3.3. *Diferencias entre consignaciones e ingresos.* En relación con este cargo basta señalar que el censor presenta a la Corte unas cuentas, pero olvida indicar la naturaleza del error cometido, aunque debe agregarse que desde la acusación han sido certificados ingresos simulados para aparentar la justeza de un patrimonio habido por fuera del ordenamiento legal. Adviértase, por ejemplo, cómo para los años 82 y 83 se adujeron rentas por manejo de ganados y vehículos que pretendieron ser justificadas con los testimonios de José Oliveros Medina Guevara, Luis Eduardo Ortiz Godoy y Saúl Pinzón Avila, quienes no aportaron un solo documento que respaldara sus versiones.

2.3.3.4. *El núcleo familiar.* El censor se limita a sostener que el peritazgo oficial presentado por la Procuraduría "es poco confiable, muy parcial y por ende de poca credibilidad", para luego invitar a la Corte a que confronte esos valores con la contabilidad privada que presentó como sustentación del alegato en la audiencia pública, y después en el recurso de apelación.

Tales críticas, resultan inexaminables, por no corresponder a ninguno de los vicios *in iudicando* o *in procedendo* que rigen la casación, y la Corte no puede ocuparse del examen de críticas fundadas en apreciaciones personales que resultan contrapuestas a las que soportan la decisión impugnada, porque es bien sabido que el doble amparo presuntivo de legalidad y acierto que cobija las decisiones de los Tribunales, limita y clausura los debates indefinidos.

2.3.3.5. *Asesoría a Konstruktor Split.* El demandante omite demostrar el error de hecho por falso juicio de identidad anunciado, para en su lugar anteponer dos criterios encontrados: El de los testimonios falsos que arrimó al proceso para justificar esos ingresos, y las versiones que dieron cuenta del ardid defensivo infructuoso, y sirvieron de sustento a la sentencia. En suma, el censor no indica qué prueba fue alterada por los razonamientos de los jueces, ni demuestra ningún sentido de error *in iudicando* de hecho, sólo confronta tesis vencidas legítimamente en el debate probatorio de instancia.

2.3.3.6. *Recursos provenientes de Alimar.* En el desarrollo de este reparo el censor abandona también los lindes del error de hecho por falso juicio de identidad, para limitarse, en un discurso propio de instancia, a sostener que la declaración de Henry Armando Beal "es más válida que la apreciación de los jueces".

El señor Beal es un testigo que haciendo gala de una prodigiosa memoria declaró que la empresa en mención pagó al doctor Puyo Vasco la suma de 417.936 dólares en el período comprendido entre 1985 y 1987. Sin embargo, no determina la naturaleza de los negocios que dieron origen al pago de dichas sumas, ni aporta prueba contable que los respalde, con el argumento de que allí no se exige llevar contabilidad por más de tres años, coartada que se develó mentirosa, ya que la investigación estableció que es requisito conservarla durante los 10 años posteriores a la ejecución de los actos mercantiles.

Lo que surge del proceso, es que el sindicado, al verse comprometido en los hechos investigados, se dedicó a recorrer el mundo consiguiendo testimonios mesiánicos falsos, o documentos habidos *ex post facto*, que certificaran erogaciones por servicios prestados en el exterior, y que fueron objeto de estudio por los juzgadores, quienes pusieron al descubierto las inconsistencias de estas pruebas, cuya valoración es ahora cuestionada por el casacionista con alegaciones de contenido similar al expuesto en las instancias, que no se corresponden con el error planteado.

2.3.3.7. *Recursos provenientes de Transcontinental Caribe.* De acuerdo con el testimonio de Cayetano Martucci (uno de sus socios), dicha empresa hizo pagos en dólares a Puyo Vasco por asesorías jurídicas. Sin embargo, al ser escuchado otro de sus socios, manifestó con soportes de contabilidad registrada y sellada, que la firma nunca mantuvo vínculos de negocios con el procesado, habiendo sido esta última la versión acogida por los juzgadores de instancia.

El censor acusa los fallos de no haber considerado la decisión de un Juzgado Civil de Venezuela, que ordenó tener como parte de la contabilidad de Transcontinental Caribe unos soportes espurios, dentro de un proceso declarativo iniciado a instancia de Martucci y Puyo Vasco, donde se demandaba "tener como válida, cierta y exacta la relación de la lista de cheques emitidos por The Chase Manhattan Bank, cuenta No.949-1-4606097 (fl.6-103), que figura en los comprobantes de pago, la cual fue corroborada oficialmente por dicho banco...y así lo declaró la justicia Venezolana -claro que fue engañada- (fls.6/102)".

Para entender los contornos del asunto, es necesario recordar que en los procesos declarativos la parte demandante pretende de la jurisdicción que se declare existente o inexistente un derecho (en el caso de Martucci que se incluyera en la contabilidad de la empresa unos soportes espurios). En eso consistía su única pretensión, y así lo declaró la justicia venezolana. ¿Pero qué efectos exculpatorios poseen esos documentos frente a la responsabilidad penal de Fabio Puyo Vasco? Evidentemente que ninguno.

Lo que no tuvieron en cuenta Puyo Vasco y su testigo Martucci, es que en Colombia ya se había establecido que los cheques que la justicia venezolana ordenó tener como parte integrante de la contabilidad de Transcontinental Caribe, fueron girados de una cuenta personal de Puyo Vasco en ese banco (fls.7/ 10-32). Es decir, que él mismo se pagó, como lo afirmaron sin reticen-

cias los juzgadores de instancia. O sea que, a más de no ser técnica la sustentación del ataque, "la defensa de Puyo Vasco se ha soportado en una sarta de mentiras".

2.3.3.8. Los cuadros de Picasso. A este reproche le caben las mismas críticas técnicas de los anteriores, de no corresponder a la sustentación de un error *in iudicando*. Es un alegato que, por lo demás, confunde el falso juicio de identidad con el falso juicio de convicción, en la medida que lo discutido es el valor de las pruebas.

En este punto, la Delegada comparte las razones expuestas en los fallos y la Fiscalía: "Es que el representante de la casa Gaspar Alba de España (don Miguel Caspar) otro certificador 'mesiánico', expide una constancia diez años después -en 1992- y autentica su firma en una Notaría, en que hace constar que en 1983 entregó a Puyo Vasco unos cuadros de Picasso (fls.1/385). Lo espurio de la certificación expedida por Miguel Gaspar Alba salta a la vista, pues se arrima donde un Notario de Barcelona y autentica su firma -la primera que aparece en la hoja- (fls.1/385), y luego él -Gaspar Alba- certifica líneas abajo que vendió a Puyo Vasco los cuadros de Picasso. Es evidente que a pruebas de esta naturaleza no debe dárseles ningún crédito".

3. Extinción de dominio. En la página 83 del fallo, el Tribunal deja una consideración relacionada con el "aumento de la cuantía del ilícito", después de precisar que en la cuenta del Chase Manhattan Bank, según la documentación obrante en los cuadernos 6 y 7 del proceso, se consignaron 5.5 millones de dólares. Estos dineros, en criterio de la Delegada, deben ser perseguidos a través del mecanismo de la extinción de dominio previsto en la ley 333 de 1996, en cuanto que la propiedad ilícitamente adquirida no puede tener jamás amparo jurídico. Por eso, solicita a la Corte "enderezar los esfuerzos necesarios para que la sociedad colombiana recupere los bienes perdidos, siguiendo las directrices interpretativas de la sentencia de constitucionalidad C-374, en el sentido de que la extinción de dominio es de naturaleza real, no penal.

Consecuente con sus planteamientos, sugiere no casar la sentencia impugnada (fls.23 y siguientes del cuaderno de la Corte).

Se Considera

Causal tercera.

1. Inexistencia de la resolución de apertura de instrucción o auto cabeza de proceso.

Este cargo, como acertadamente lo sostienen los sujetos procesales no recurrentes en sus alegatos apreciatorios y el Procurador Delegado en su concepto, carece de fundamento. Examinada la actuación procesal se advierte que el Juzgado Treinta y Tres de Instrucción Criminal Ambulante de Santa Fe de Bogotá, al cual correspondieron inicialmente las diligencias, dispuso abrir formal investigación penal mediante auto de 16 de junio de

1992, ordenando la vinculación al proceso, entre otros funcionarios, del doctor Fabio Puyo Vasco, en su condición de ex-Gerente General de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

Posteriormente, por razones que no resulta pertinente entrar a precisar en este momento, hubo necesidad de ordenar la separación de algunas de dichas investigaciones, constituyendo la presente actuación una derivación del proceso matriz, para cuyo adelantamiento se expidieron copias desde la denuncia penal instaurada por Carlos Alonso Lucio López, hasta la primera ampliación de indagatoria del doctor Puyo Vasco, como puede constatarse del estudio de los folios 1 a 354 del cuaderno No.1, habiéndose omitido la reproducción de la resolución de apertura del sumario.

Ni el Fiscal Especial designado para continuar la investigación, ni los sujetos procesales que venían interviniendo en ella, advirtieron la ausencia de la referida pieza procesal, o protestaran por su no incorporación al expediente. Solo vinieron a enterarse de su inexistencia en la fase del juzgamiento, cuando el Juez de la causa decidió solicitar copia a la Fiscalía General de la Nación, antes de entrar a decidir sobre las solicitudes presentadas por las partes dentro del término de traslado para la preparación de la audiencia pública (art.466 C.P.P.). El auto, que tiene fecha mayo 5 de 1995, es del siguiente tenor: "Previamente a tomar la decisión que en derecho corresponda, ofíciese a la Fiscalía 196, con miras a obtener fotocopia de la resolución de apertura de investigación, y copia del oficio mediante el cual la Procuraduría dejó a disposición de la Justicia Penal la investigación disciplinaria adelantada en contra de Fabio Puyo Vasco" (fls.136/6. Negrillas fuera de texto).

A través de oficio No.3606-196-206 de 9 de mayo siguiente, el Fiscal 196 remitió al Juzgado copia del referido auto de 16 de junio de 1992, mediante el cual el Juzgado 133 Ambulante dispuso declarar abierta la investigación penal, y de otras piezas del proceso, debidamente autenticadas, según puede constatarse a folios 138, 139, 141 y 198 del cuaderno No.6. En este último folio, aparece la constancia de autenticación suscrita por la Secretaria Auxiliar de la Unidad Novena de Patrimonio y Fe Pública, cuyo texto es como sigue: "Santa Fe de Bogotá. Mayo 9 de 1995. En la fecha dejo expresa constancia que las anteriores fotocopias son fiel copia tomada del ORIGINAL del sumario 206 y corresponde en todas y cada una de sus partes".

Como puede claramente verse, no es cierto que la resolución de apertura de investigación no aparezca en el proceso, o que existiendo materialmente hubiese sido incorporada de manera informal, y sin mediar providencia que lo ordenara. Y no por la circunstancia de haberse omitido su reproducción fotostática cuando se separaron las investigaciones, puede afirmarse que hayan sido quebrantadas las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento, o afectado las garantías esenciales de los sujetos procesales, como parece plantearlo el impugnante.

Más aún. Del contenido de las copias expedidas surge claro que la resolución había sido proferida, y hacía parte del proceso original, pues no otra

cosa puede inferirse del texto de la providencia de 6 de abril de 1993, para citar apenas un ejemplo: "Por los hechos denunciados este Despacho dispuso practicar algunas diligencias durante la etapa de indagación preliminar y por haberse considerado que existía mérito para ello, ordenó la apertura formal de investigación por medio de auto de fecha 16 de junio de 1992. En dicho auto se ordenó vincular mediante diligencia de indagatoria a todos y cada uno de los miembros de la Junta Directiva, a sus Gerentes Generales y a los Revisores Fiscales de la E.E.B. que de una u otra forma intervinieron en la contratación y ejecución del proyecto hidroeléctrico del Guavio. También se ordenó vincular a la investigación por diligencia de injurada, a los Contralores del Distrito Especial de Bogotá que de alguna manera tomaron participación en las decisiones de la E.E.B relacionadas con el mencionado proyecto" (fls.204/1. Negrillas fuera de texto).

El cargo no prospera.

2. *Violación del principio de la doble instancia.*

La razón de ser de este ataque lo constituye el oficio No.4075-250 de agosto 29 de 1994, dirigido por el Fiscal del proceso, doctor Néstor Armando Novoa Velásquez, al Fiscal General de la Nación de la época, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, mediante el cual rinde un "informe de las gestiones que se adelantaron para resolver la situación jurídica del procesado Fabio Puyo Vasco, y lograr su captura para hacerle efectivo el auto de detención impartido", en el cual se hacen las siguientes precisiones:

"8. Teniendo en cuenta que conforme la documentación allegada por el defensor, el procesado Fabio Puyo Vasco iba a permanecer en la Universidad Santa María de Caracas, Venezuela, del 18 al 27 de agosto, el martes 23 se calendó la resolución de situación jurídica con fecha 24, dejándola sin hora, para ganar todo el día 24, sacarla a Secretaría el 25 y permitir que las autoridades venezolanas contactadas a través de la Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, pudieran desplegar los operativos pertinentes para la captura, librándole, por estrategia, solamente telegrama para notificación personal al doctor ..., defensor principal, quien siempre se mostró tardío a comparecer al proceso, a efecto de ganar más tiempo y lograr materializar la captura de Puyo Vasco.

"9. El miércoles 24 de agosto, a las 7:45 a. m., junto con el doctor Joaquín Rueda Rincon, fiscal 254, concurrimos al Despacho del doctor Armando Sarmiento Mantilla, a quien le presenté la providencia de situación jurídica, procediendo él mismo a revisarla, impartiendo su aprobación, seguido lo cual lo enteré del operativo que desde hacía varios días estaba llevando a cabo para la captura de Puyo Vasco, informándole igualmente que la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, a través del Doctor Ernesto Carrasco y el funcionario Jaime Tapias..., me habían asegurado que el sindicado se encontraba en Venezuela, puesto que Eduardo Iglesias, Oficial de Enlace en ese país....

así se los había asegurado, que por lo tanto solo iba a librar la orden de captura a las autoridades Venezolanas..." (fls.136-141 del cuaderno correspondiente al incidente de objeción al dictamen jurídico contable emitido por peritos de la Superintendencia de Sociedades. Subrayas fuera de texto).

Para el impugnante esta comunicación evidencia un indebido entrometimiento de las esferas superiores del ente fiscal en las decisiones de sus Delegados, que atenta contra el principio rector de la segunda instancia consagrado en los artículos 16 del estatuto procesal penal y 113, 228, 230 y 250 de la Carta Política, cuya violación se concretó en el desistimiento que el defensor del procesado presentó del recurso de apelación interpuesto contra la referida providencia, ante la circunstancia de haber sido revisada por el Director Nacional, y el convencimiento de que sus subalternos no osarían modificarla.

Aunque el ataque se fundamenta exclusivamente en lo expresado en la primera parte del párrafo noveno del informe, donde se sostiene que el doctor Sarmiento Mantilla procedió a revisar la providencia impartiendo su aprobación, la Corte ha resuelto transcribir el párrafo en su integridad, al igual que el inmediatamente anterior, con el fin de mostrar que lo afirmado por el demandante no corresponde al sentido del informe, y que en este punto le asiste razón al fiscal del proceso cuando sostiene que el censor descontextualiza su contenido.

De la lectura completa de su texto lo que surge es que la decisión ya estaba tomada cuando el Fiscal Novoa Velásquez visitó al Director Nacional, como allí mismo se afirma y lo demuestra el hecho de que se estuvieran adelantando las gestiones pertinentes para hacer efectiva la detención del procesado. De allí que la visita no pueda ser tenida sino como una entrevista informal de carácter informativo, lo cual, en medida alguna atenta contra los principios de autonomía e independencia funcional del fiscal. Para que lo fuera, tendría que haberse demostrado que la decisión judicial adoptada fue el resultado de presiones o directrices impuestas por el superior jerárquico, lo cual no se trasluce del contenido del informe, ni de los elementos de prueba aportados al proceso.

Siendo el Fiscal General responsable y vocero de las actuaciones de la Fiscalía General ante la sociedad, resulta apenas razonable entender que en tratándose de asuntos que por su importancia revisten especial trascendencia social, exija ser informado previamente de las decisiones judiciales de sus Delegados, bien de manera directa, o a través de sus más inmediatos colaboradores, con el propósito de enterarse de su naturaleza y contenido, y asumir anticipadamente la responsabilidad política que por el contenido de la decisión le corresponde frente al país.

No es cierto, además, como lo sostiene el impugnante en orden a acreditar la trascendencia del reproche, que la indebida intromisión denunciada haya tenido concreción en la circunstancia de que el defensor del procesado

desistiera del recurso de apelación interpuesto contra la providencia anotada, pues tal deserción no se presentó, habiendo sido la apelación resuelta por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca (superior funcional), mediante decisión de 5 de diciembre de 1994 (fls.9 a 26 del cuaderno No.1 de la Delegada). De allí que resulte sin sustento fáctico procesal el argumento traído por el censor para demostrar las repercusiones del reparo.

El desistimiento se presentó pero en relación con el recurso de apelación oportunamente propuesto contra la resolución acusatoria, providencia que nada tiene que ver con el informe de 29 de agosto suscrito por el Fiscal del proceso. Por eso no puede ser de recibo que se la aduzca como argumento para fundamentar el reproche, y que adicionalmente se invoquen las consecuencias jurídico procesales del abandono voluntario del recurso para alegar violación del principio de doble instancia.

La declaración de nulidades en nuestro sistema procesal penal se orienta, entre otros principios, por el de protección (artículo 308.3), de acuerdo con el cual, quien haya contribuido a la producción del acto considerado irregular no está habilitado para demandar su ineficacia, salvo que se trate de ausencia de defensa técnica. Y, en el caso que es objeto de análisis, el trámite de la segunda instancia en relación con la acusación dejó de cumplirse no porque la Fiscalía hubiese negado o limitado el derecho a la impugnación, o porque no se contara con las condiciones requeridas para una revisión imparcial por parte del superior, sino porque el defensor del procesado, dentro de la autonomía de que goza en el ejercicio del derecho de impugnación, así lo decidió al desistir voluntariamente del recurso.

Dígase, finalmente, que las afirmaciones del casacionista sobre la ausencia de condiciones para el cumplimiento autónomo e independiente de la segunda instancia en la fase de la instrucción y acusación, carecen de sustento material, en cuanto no existen elementos de juicio que permitan llegar a esta conclusión, y sus consideraciones en el sentido de que frente a la estructura orgánica funcional actual de la fiscalía, ningún fiscal osaría contrariar la opinión del Director Nacional porque pondría en riesgo su estabilidad laboral, no dejan de pertenecer al campo de las especulaciones.

El cargo no prospera.

3. Rompimiento de la unidad procesal.

Cierto es que el Fiscal General de la Nación, a través de resolución No.0-1396 de 19 de julio de 1994, designó al doctor Néstor Armando Novoa Velásquez para que asumiera por separado, en condición de Fiscal Especial, el conocimiento de la investigación seguida contra el doctor Puyo Vasco por el delito de Enriquecimiento ilícito (fls.113-4), y que mediante auto de 26 de julio siguiente, el Fiscal 252 de la Unidad de Investigaciones Especiales, a cuyo cargo se encontraba el proceso, dispuso "romper la unidad procesal", con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado en la referida resolución (fls.135/4),

pero este hecho, por sí solo, no constituye irregularidad que pueda afectar la validez del proceso.

Conforme a lo establecido en el artículo 88 del Código de Procedimiento Penal, para que una decisión de esta naturaleza pueda generar nulidad de la actuación, es indispensable que afecte las garantías constitucionales, aspecto que el demandante omite demostrar en la sustentación del reproche. Y del estudio del proceso no surge que los derechos fundamentales del implicado hayan resultado comprometidos con motivo de la separación de las investigaciones.

Ni siquiera aparece acreditado que se cumplieran las condiciones establecidas en los artículos 87 y 88 del estatuto procesal para el adelantamiento de una sola actuación procesal, y no logra establecerse de qué manera el delito de enriquecimiento ilícito imputado al doctor Fabio Puyo Vasco pueda guardar relación sustancial con los demás hechos que venían siendo investigados dentro de la actuación desmembrada, que obligara al adelantamiento de una investigación conjunta.

El concepto de unidad procesal es jurídico, no material como parece entenderlo el impugnante. Su configuración no surge de la circunstancia de estar adelantándose varias investigaciones dentro de un mismo proceso, sino, además, de que los hechos investigados sean conexos, entendiéndose que existe conexidad cuando se cumple cualquiera de las situaciones previstas en el citado artículo 87.

Por ausencia de fundamentación, se desestimará por tanto la censura, no sin dejar de precisar que la decisión que el demandante controvierte es la de 26 de julio de 1994 (fls.135/4), no la de marzo 30 del mismo año (fls.509/3), que fuera revocada mediante resolución de abril 6 siguiente (fls.514/3), como equivocadamente lo entendieron además el Procurador Delegado en su concepto, y los sujetos procesales no recurrentes en sus respectivos alegatos apreciatorios.

Causal primera.

1. Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 148 del Código Penal.

La configuración típica del delito de enriquecimiento ilícito de servidor público contenida en el artículo 148 del Código Penal, modificado por el 26 de la ley 190 de 1995, cuya realización se imputa al procesado doctor Puyo Vasco, no exige, como parece entenderlo el demandante, que la actividad probatoria para la determinación de la conducta punible (obtención de incremento patrimonial no justificado), deba circunscribirse al tiempo durante el cual el sujeto agente desempeñó el cargo.

Lo que la norma exige, es que el acrecimiento ilícito tenga lugar durante su ejercicio, y esté vinculado con su desempeño o el cumplimiento de la función, aspectos que tocan con la comisión del hecho típico, no con la prueba de su

realización, la cual, como acertadamente lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, puede surgir no solo del análisis del tiempo correspondiente al ejercicio del cargo, sino también del estudio de los registros, comportamientos y actividades económicas desarrolladas con posterioridad a su dejación.

Lo relevante, es que se establezca que el incremento patrimonial no justificado se obtuvo por el funcionario durante el tiempo que desempeñó el cargo, y que dicho acrecimiento derivó de su condición de servidor público o del ejercicio de sus funciones, sea que provenga de una sola acción, o de varias acciones psicológica y finalísticamente orientadas por el propósito común del enriquecimiento, sin que cuente, para efectos de su configuración típica, que la prueba del hecho provenga del análisis del tiempo de ejercicio del cargo, o de períodos posteriores.

La tesis expuesta por el actor, en el sentido de que la prueba de la realización de la conducta punible descrita en el artículo 148 del Código Penal (modificado por el 26 de la ley 190 de 1995) debe necesariamente surgir del análisis del período correspondiente al desempeño del cargo, y no de estadios posteriores, haría inoperante en la práctica la represión penal de la conducta, pues bastaría ocultar los dineros o distraer las actividades económicas durante dicho período para evitar la investigación penal por este concreto hecho, lo cual no encuentra sustento racional ni jurídico.

Cuestión distinta es que la obtención del incremento patrimonial indebido resulte ser anterior o posterior al ejercicio del empleo, o que siendo concomitante con el mismo no guarde relación con el desempeño del cargo o las funciones desarrolladas, pues, en un tal supuesto, no cabe duda que la conducta escaparía a la regulación típica del delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, por no concurrir unos de sus elementos estructurantes (por razón del cargo o de sus funciones), pero esto no es lo que surge del proceso, ni fue lo sostenido en los fallos de instancia.

Si algo quedó claro para los juzgadores al proferir sentencia de condena contra del doctor Puyo Vasco por el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, es que el incremento patrimonial no justificado, en cuantía de $692'542.434.oo, sobrevino durante el desempeño del cargo de Gerente General de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, es decir durante el período comprendido entre el 20 de agosto de 1982 y el 30 de julio de 1985, y por razón del mismo, supuestos fácticos que guardan cabal armonía con la configuración típica de la conducta contenida en el artículo 148 del Código Penal (modificado por el 26 de la ley 190 de 1995), y que descartan, por tanto, la concurrencia de cualquier posible error jurídico en la selección o interpretación de la norma que viene de citarse.

En providencia de 18 de junio de 1997 proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior, a la cual los fallos aluden para reafirmar lo sostenido en relación con el período durante el cual se obtuvo el incremento patrimonial, y que el propio demandante transcribe, se hicieron las siguientes precisiones sobre el particular:

"Por manera que se trata de un solo delito ejecutado como un todo *en el lapso comprendido entre el 21 de agosto de 1982 y 30 de julio de 1985*, a través de plurales actos orientados al incremento punible, patrimonial, en el que existe unidad de conducta dirigida hacia la final voluntad de enriquecerse ilícitamente y cuya concreción delictiva se produce cuando alcanza su objetivo, razón por la que el momento consumativo corresponde a su último ejercicio como funcionario público, *porque es en ese momento cuando finalmente logra el aumento patrimonial que ilícitamente se había propuesto como consecuencia de un desviado ejercicio del cargo...*" (fls.9 cuaderno No.7 del Tribunal, subrayas fuera de texto).

Ahora bien. Si lo pretendido por el demandante era demostrar que la cuantía del ilícito resultaba ser menor de la establecida en el fallos de instancia, porque del total de $692'542,434.oo solo $59'136.720.oo habrían sido obtenidos por el doctor Puyo Vasco durante el desempeño del cargo o la función, no guardando la diferencia relación causal con el servicio, debió haber enderezado el reproche por la vía de la violación indirecta, por tratarse de demostraciones probatorias, lo que a su vez presuponía tener que acreditar la existencia de errores de hecho o derecho en la apreciación de las pruebas, y su trascendencia en las conclusiones del fallo, propuesta de ataque que ni siquiera intenta.

En el desarrollo de la misma censura, el casacionista invita a la Corte a que aclare la contradicción en que incurre el Tribunal Superior cuando sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito pertenece a la categoría de llamados delitos instantáneos con efectos permanentes, pues, en su opinión, esta categorización resulta ser contradictoria en sus términos, ya que los delitos de resultado, o son instantáneos, o son permanentes, pero jamás instantáneos con efectos permanentes.

Aunque el demandante no precisa la incidencia que pudo haber tenido dicha concreción en las conclusiones del fallo, ni formula un ataque específico por razón de este supuesto desacierto, considera la Sala conveniente señalar que las precisiones hechas por el *ad quem* sobre lo que debe ser entendido por delitos instantáneos con efectos permanente, no son producto de un equivocado razonamiento, sino que corresponden a una noción acuñada de antiguo por la doctrina, (Cfr., entre otros, Manzinni Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Capítulo IX), y aceptada por la jurisprudencia de la Corte (Cfr. Auto de mayo 5/94, entre otros), que se identifica, de algún modo, con los llamados hoy día delitos de estado, caracterizados porque se consuman con la producción del resultado, pero crean un estado antijurídico que se proyecta en el tiempo, como ocurre con los delitos de bigamia, falsedad, homicidio, hurto (Cfr.Claus Roxín, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Sección 3ª; Hans-Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Lección 26; Santiago Mir Puig, Derecho Penal, Parte General, lección 9), y sería el caso del enriquecimiento ilícito en cualquiera de sus modalidades, sin que por sus efectos antijurídicos duraderos, el delito pierda su condición de instantáneo, con las precisiones que seguida se harán:

En la providencia de la Corte que viene de ser citada, se hicieron las siguientes precisiones en torno a los delitos de carácter permanente e instantáneo, e instantáneo con efectos permanentes, y sus consecuencias frente al fenómeno prescriptivo de la acción penal:

"...forzoso es recordar que la consumación en el delito permanente es indefinida, la conducta antijurídica se mantiene en el tiempo en la medida que el tipo penal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que hace cesar su permanencia, siendo a partir de esa cesación de donde empieza a contarse el término prescriptivo: ejemplo la detención arbitraria, el concierto para delinquir, el secuestro.

"Por su parte, contrario al delito permanente, aparecen los delitos instantáneos, que son aquellos en los cuales la lesión al bien jurídico se concreta en un solo momento, tales como la estafa, el peculado, el homicidio, aclarándose en relación con este último ilícito, que la permanencia de su efecto (muerte) no le quita su carácter de instantáneo".

En relación con el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público, ha sido ya dicho repetidamente por la Sala que pertenece a la categoría de los llamados delitos de resultado, de realización libre y acción instantánea o progresiva, en cuanto puede ser ejecutado a través de un solo acto, o de una sucesión de actos parciales finalísticamente orientados hacia la obtención del resultado típico (Cfr. Auto de 15 de octubre de 1998, Magistrado Ponente doctor Arboleda Ripoll), de suerte que el momento o período de comisión del hecho punible, y sus implicaciones en la prescripción de la acción penal, dependerán de la modalidad de la conducta en cada caso concreto. Si se trata de un solo acto, el período de prescripción de la acción penal deberá contabilizarse desde el momento de su realización. Si son varios, deberá serlo a partir del último; y, si no ha sido posible determinarlo por tratarse de una acción progresiva no delimitada, como ocurrió en el presente caso, el tiempo de prescripción deberá contarse desde cuando el servidor público hace dejación del cargo.

Visto, entonces, que la propuesta de ataque por errónea interpretación del artículo 148 del Código Penal (modificado por el 26 de la ley 190 de 1995), que describe el enriquecimiento ilícito de servidor público, carece de fundamento, se impone su desestimación.

2. Violación indirecta de la ley sustancial.

2.1. Error de derecho por falso juicio de legalidad. Ineficacia de la actuación disciplinaria adelantada por la Procuraduría General de la Nación.

Dos razones sirven de fundamento a este reparo: incompetencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar la acción disciplinaria por encontrarse prescrita, y violación del derecho de defensa porque al doctor Puyo Vasco no se le permitió tener acceso al expediente, ni controvertir las pruebas allegadas en su contra.

En relación con el primer aspecto, ha de responderse que el planteamiento del demandante es equivocado. *La competencia, ha sido sostenido por la Corte, guarda correspondencia con la capacidad decisoria del órgano, o facultad que la ley le discierne para conocer de un asunto, no con aspectos que enervan la posibilidad de iniciación o prosecución de la acción cuyo conocimiento debe asumir en ejercicio de aquella, como acontece con el fenómeno prescriptivo, para cuya declaración se requiere tener competencia. En suma, la prescripción es causal de extinción de la acción, no factor conclusivo o extintivo de la competencia.*

En este orden de ideas, solo resulta acertado hablar de incompetencia cuando la actuación ha sido adelantada por un funcionario distinto del legalmente designado para conocer y decidir el asunto, no cuando ha conocido de ella el llamado a hacerlo. En casación de 19 de agosto de 1982, reiterada, entre otras, en decisión de 15 de agosto de 1989, la Sala, con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto, hizo las siguientes precisiones sobre el tema estudiado, frente a un caso de prescripción en un proceso penal:

"...partiendo del supuesto de que hubiera prescrito la acción penal (lo que, como se verá más adelante, no ha ocurrido), no puede decirse que el Juez que actúa después de haberse enervado, por el transcurso del tiempo, la pretensión punitiva del Estado obra sin competencia.

"Es bien sabido que la competencia es la forma como se distribuye la jurisdicción. Por eso, no importa cuál sea el concepto sobre lo que es ésta, ya se la tenga como 'la potestad de resolver mediante decisión motivada el conflicto entre el derecho punitivo del Estado y el derecho de libertad del imputado, de conformidad con la norma penal' como lo quiere Leone. O como..., la competencia presupone una capacidad decisoria del órgano para actuar la norma legal o para abstenerse de hacerlo, en casos previamente señalados por la ley.

"Nada tiene que ver con las competencias, entendida en los sentidos que se dejan expresados, el hecho de que un Juez a quien se le ha asignado el conocimiento de un proceso, es decir, que tiene competencia para adelantarlo, lo haga después de prescrita la acción penal, ya que de todos modos es el señalado por la ley para hacerlo o para manifestar que ha prescrito la pretensión punitiva del Estado.

"Así, pues, la causal de nulidad contenida en el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (incompetencia, aclara la Sala), se refiere al caso de que la acción penal sea ejercida por un Juez a quien no se le haya asignado la correspondiente competencia para hacerlo, sino que esté usurpando la que se ha conferido a otro. Pero no a aquel en que, siendo el señalado para hacerlo, no pueda llevarlo a cabo, porque un motivo especial se lo impide".

Conforme a lo establecido en el artículo 277.6 de la Constitución Nacional, y normas concordantes (art. 56 Decreto 482 de 1985, y ley 4ª de 1990),

la competencia para ejercer preferentemente el poder disciplinario, e iniciar por ende la averiguación contra el doctor Fabio Puyo Vasco por posibles faltas disciplinarias cometidas en ejercicio de sus funciones como Gerente General de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, radicaba en la Procuraduría General de la Nación, y así lo reconoce implícitamente el demandante al aceptar los efectos jurídicos de la decisión de 13 de mayo de 1993, mediante la cual la Oficina de Investigaciones Especiales del órgano de control disciplinario dispuso el archivo de las diligencias por prescripción de la acción (fls.185 del cuaderno No. 2 de la Procuraduría). Por eso, mal puede afirmarse que carecía de competencia para adelantar la averiguación preliminar que inició, o para practicar las pruebas que permitieron concluir que el doctor Puyo Vasco había presumiblemente incurrido en la posible falta disciplinaria descrita en el artículo 48, numeral 11 del Decreto 482 de 1985, consistente en obtener para sí, o por interpuesta persona, un incremento patrimonial no justificado, pero que la acción no podía iniciarse por encontrarse prescrita.

Cierto es que la actuación preliminar, que no la investigación, se inició el 8 de abril de 1992 (fls.1 cuaderno No.1 de la Procuraduría), cuando habían transcurrido más de cinco años contados a partir de la fecha que el doctor Puyo Vasco hizo dejación del cargo de Gerente General de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (junio 30 de 1985), pero esto, como ya se dejó anotado, no inhabilitaba a la Procuraduría para hacerlo, ni afectaba la validez de las pruebas practicadas en el curso de la averiguación.

Aparte de que la Procuraduría General de la Nación era la entidad encargada de definir disciplinariamente el asunto, y que en tales condiciones resulta equivocado alegar nulidad de su actuación por falta de competencia, las pruebas practicadas por ella lo fueron en desarrollo de las funciones de policía judicial que la Constitución Nacional y la ley le han asignado para un adecuado ejercicio de la actividad disciplinaria, y con el debido cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su validez.

El otro argumento que el casacionista presenta para sustentar el reparo, relativo a la violación del derecho de defensa por habérsele negado al doctor Puyo Vasco la posibilidad de tener acceso al expediente, y por ende de controvertir las pruebas, nada tiene que ver con el error denunciado (de derecho por falso juicio de legalidad), que presupone, como es sabido, errores en la aducción o incorporación de la prueba al proceso, no atentados al derecho de defensa, aspecto que además de no ser constitutivo de un error *in iudicando*, no tendría por qué ser discutido dentro de este proceso.

Con todo, preciso es señalar, como lo hace igualmente el Procurador Delegado en su concepto y el Fiscal del proceso en su alegato apreciatorio, que para el 24 de marzo de 1993, fecha a la que se remonta el oficio de la Procuraduría No. 0879, mediante el cual se informa al doctor Puyo Vasco que "no dará respuesta expresa a sus inquietudes antes de la evaluación final de la etapa previa, sobre la base legal de la ausencia de debate o contra-

dicción de la prueba en indagación preliminar", no había sido proferida todavía la sentencia de la Corte Constitucional que proscribió toda limitación al derecho de contradicción probatoria en la etapa de indagación preliminar (Sentencia C-150 de abril 22 de 1993).

Además, no resulta ser cierto que la Procuraduría hubiese impedido o limitado al doctor Puyo Vasco el derecho a la defensa. Si se examina la actuación cuestionada, se advertirá que en el curso de la averiguación se le escuchó en versión libre, con asistencia de defensor, a fin de que pudiera explicar sus diferencias patrimoniales, y se le permitió aportar toda la documentación que consideró pertinente para respaldar sus afirmaciones, como claramente se infiere del conjunto probatorio, y del informe jurídico contable con el cual finiquitó dicha actuación.

Complementariamente a lo dicho, se tiene que el traslado de la actuación disciplinaria al proceso penal se cumplió con arreglo a las normas procesales que regulan la materia (artículos 186 y 255 del Código de Procedimiento Penal), pues lo fueron en copia debidamente autenticada, y una vez incorporadas al proceso se dispuso correr traslado a las partes para su conocimiento, permitiéndose su confrontación adversarial a lo largo de todo el proceso, de manera amplia y generosa (fls.231/ 1, 188, 1 y 193 del cuaderno de copias No.7), tratamiento jurídico procesal que descarta de plano las afirmaciones adicionales del casacionista, en el sentido de que también habrían sido desatendidas las previsiones del citado artículo 255 del estatuto procesal.

Para concluir la respuesta a esta censura, dígase que la mayor parte de las pruebas incorporadas a la investigación disciplinaria fueron de nuevo practicadas en el curso del proceso penal, y que si bien es cierto el informe jurídico contable de la Procuraduría fue elemento de prueba importante para la definición de la situación jurídica del procesado, no lo fue en igual medida para la sentencia, ni siquiera para la resolución acusatoria, decisiones en las cuales fueron considerados adicionalmente otros elementos de juicio igualmente trascendentes, como el dictamen rendido por los peritos de la Superintendencia de Sociedades, cuyo contenido fue acogido en su integridad, de suerte que aún excluyendo del conjunto probatorio la prueba de la Procuraduría, las conclusiones fáctico jurídicas del fallo seguirían siendo las mismas.

El cargo no prospera.

2.2. Errores de hecho por falsos juicios de existencia. No haber sido apreciada la prueba contable relacionada con los sobregiros, el avalúo de algunos inmuebles y las diferencias entre consignaciones e ingresos, de acuerdo con los requerimientos técnicos que la animan.

A manera de introducción, y con el propósito de poder mostrar los desaciertos técnicos que se evidencian en el desarrollo de toda la censura, debe decirse que los errores de hecho por falsos juicio de existencia se presentan cuando el juzgador ignora una prueba que obra materialmente en el

proceso, o supone una que no existe. En el primer caso, se habla de error de existencia por omisión. En el segundo, de error de existencia por suposición.

Examinada la demanda se advierte que las argumentaciones que sustentan la censura, no guardan correspondencia alguna con los conceptos de error de hecho precisados en precedencia. El casacionista no afirma, ni demuestra, que los juzgadores hayan dejado de apreciar pruebas que obran en el proceso, o que las hayan supuesto. Simplemente sostiene que las relacionadas con los referidos aspectos (sobregiros, avalúos de inmuebles y diferencias entre ingresos y consignaciones), no fueron evaluadas "de manera certera", ni de acuerdo con los requerimientos contables, afirmaciones que excluyen de suyo la concurrencia de un error de hecho por falso juicio de existencia, pues presuponen que las pruebas obran materialmente en el proceso, y que fueron apreciadas, solo que no en la forma pretendida por el casacionista.

Tampoco el actor demuestra que los juzgadores de instancia hubiesen incurrido en un error de hecho derivado del desconocimiento de las reglas de la sana crítica en el establecimiento de su mérito (aspecto hacia el cual pareciera dirigirse la censura cuando sostiene que no fueron apreciadas de conformidad con los requerimientos de la ciencia contable), o de una equivocada inferencia lógica de ellas, sino que se limita a discrepar de la forma como los peritos de la Superintendencia de Sociedades contabilizaron los valores correspondientes a dichos ítems, aduciendo al efecto formulaciones técnico contables que solo revelan un criterio de interpretación distinto al expuesto por los peritos y juzgadores, no un error de contabilidad manifiesto y trascendente en su computación. Veamos:

2.2.1. Sobregiros. Naturaleza contable.

Este reproche se sustenta en la consideración de que los juzgadores de instancia dejaron de apreciar los conceptos emitidos a instancia de la defensa por los Contadores Públicos Francisco de Paula Nichols, Eduardo Jiménez y Juan José Amézquita, y la "Junta Central de Contadores" (máximo órgano de la Contaduría Pública), de acuerdo con los cuales los sobregiros bancarios son una fuente de financiación, y deben ser computados como tales, es decir sumados a la terminación del período, no contabilizados mediante la determinación del saldo de un ejercicio a otro, como lo reconocieron los fallos siguiendo los criterios expuestos por los peritos de la Oficina de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, y la Superintendencia de Sociedades.

Dicha censura, como ya se anticipó, carece de fundamento. Del examen de los fallos de instancia surge sin mayor esfuerzo que los juzgadores analizaron las dos posturas interpretativas, y que si bien es cierto el *a quo* al estimar el punto hizo solo mención al concepto emitido por Juan José Amézquita (fls.211/10), no por ello puede afirmarse que desconociera o hubiese ignorado las otras fuentes probatorias. En el dictamen de los peritos de la Superintendencia de Sociedades, cuyo criterio terminó acogiendo, se hace

expresa referencia a las distintas posturas contables, como lo revelan los siguientes apartes del mismo:

"El sobregiro bancario si bien constituye una fuente de financiamiento, como quiera que corresponde a 'una temporaria, accidental y excepcional facilidad de crédito concedida al titular de una cuenta', según lo señala el Contador Público Eduardo Jiménez R., o también, se trata de 'una expresión de confianza del banco al cuentahabiente, al concederle un crédito expedito por horas o pocos días', conforme lo expresa el Contador Público Francisco de P. Nicholls G. en respuesta a la solicitud de conceptos que en este sentido contrató con ellos la defensa, definiciones éstas acordes con la normatividad contable, no por ello es lógico ni corresponde a la técnica contable la incorporación de la sumatoria de los diferentes sobregiros otorgados por el banco, como origen de recursos en un estado de flujos de efectivo, dado que éstos aparecen implícitos en el movimiento de la cuenta corriente bancaria (conforme se observa claramente en los extractos); y el único sobregiro bancario susceptible de considerarse como fuente en el mencionado estado, lo constituye el saldo que efectivamente se registre al cierre del ejercicio, pues se insiste, en que la técnica de preparación del estado de flujos de efectivo, no considera el movimiento de las diferentes cuentas de balance, sino la variación ocurrida en las mismas entre un período y otro, en aras de mostrar la incidencia del manejo del efectivo" (fls.14 del dictamen contable de 2 de agosto de 1994. Negrillas fuera de texto).

El Tribunal, por su parte, al retomar su estudio , aludió en forma expresa a los referidos conceptos, incluido el emitido por el Consejo Técnico de la Contaduría Pública el 15 de abril de 1998, para sostener, en clara respuesta a su contenido, que los sobregiros constituían ciertamente fuente de financiación, pero que ello no significaba que su imputación debiera hacerse, para efectos contables, en la forma indicada por la defensa. Sobre este respecto, precisó:

"Aunque la defensa insiste en suministrar una información técnica sobre la naturaleza jurídica de los sobregiros, aclarando que ya sobre el tema había aportado conceptos de algunos tratadistas sin que la sentencia se hubiera pronunciado al respecto, la verdad es que el criterio sigue siendo el mismo.

"Nadie discute que los sobregiros son fuente de financiamiento, esto es, como préstamos u obligaciones a corto plazo, que generan intereses a favor de quien los otorga y a cargo de quien se beneficia con ellos. Empero el que se diga que su inclusión en el estado de flujos de efectivo, muestra no solamente la comparación de saldos de un período a otro, sino que incluye también el monto de los préstamos recibidos durante el ejercicio, no significa que para efectos contables deba considerarse que ese monto sea la sumatoria de los recibidos cada vez durante el período sino el monto final que se adeuda y que debe ser integrado porque como présta-

mo a corto plazo, implica la suma que debe reintegrarse al final del período ya que los montos que se van generando durante el ejercicio, como deudas que son a corto plazo, a su vez, se van cancelando y entonces en el manejo del flujo o efectivo, lo que se tiene en realidad es lo que se le adeuda al otorgante final. El manejo del efectivo a través del estado de flujos, se hace con base en los balances consecutivos y el estado de resultados correspondientes al período, tal como lo señala la definición atrás aludida, en donde los sobregiros que aquí se incluyen son los correspondientes al final del período y no a la sumatoria para ser acordes con la misma.

"Sin perjuicio, desde luego, que sea válida la afirmación del concepto del Consejo Técnico porque ese estado de flujos puede mostrar una u otra situación pero para los efectos de su contabilización dentro del análisis del manejo del efectivo, tal como lo explicaron los peritos, se tiene en cuenta es la variación entre un período y otro" (fls.57-59/11).

Como puede claramente verse, la realidad fáctico procesal contradice las afirmaciones del libelista en el sentido de que los fallos de instancia omitieron considerar los conceptos contables allegados por la defensa, e indica, de manera nítida, que el error denunciado no existió, y que el recurrente lo que pretende es que se sustituya la valoración realizada por el Juez, por la suya propia, por considerarla de mejor caletre, lo cual, como bien es sabido, resulta de imposible alegación en sede extraordinaria, en virtud de la doble presunción de acierto y legalidad de que está amparado el fallo de segunda instancia.

No puede dejar la Sala de precisar que el concepto del Consejo Técnico de la Contaduría Pública (fls.103/10 A) no tiene la condición de prueba, como que solo fue aportado al proceso en la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, y que en tales condiciones, no resulta acertado alegar respecto de él errores de apreciación probatoria, debiendo ser entendido que constituye un complemento de las alegaciones del impugnante, cuya falta de apreciación (que, como ya se dijo, no existió) conduciría a la formulación de otra clase de ataque.

El cargo no prospera.

2.2.2. Avalúo de inmuebles.

Afirma el casacionista que los juzgadores de instancia ignoraron la prueba documental allegada por la defensa en desarrollo de la audiencia pública, que informa del costo real de compra de los siguientes inmuebles: Lote distinguido con el No.11 A-51 de la calle 116 de Santa Fe de Bogotá; lote distinguido con el No.9C-23/30/34 de la calle 116 de Santa Fe de Bogotá, adquirido; casa distinguida con el No.25/08/12 de la calle 40 de Santa Fe de Bogotá; y, apartamento ubicado en la carrera 1ª No. 1-A-29, edificio Torre del Mar de la Ciudad de Cartagena.

Esta censura tampoco es cierta. Lo que ocurre es que peritos de la Superintendencia de Sociedades y los juzgadores de instancia desecharon

los valores de compra declarados en las escrituras correspondientes, para acoger, en su lugar, los avalúos retrospectivos realizados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, teniendo en cuenta que en esta clase de transacciones es acostumbre declarar valores menores a los realmente pagados, para obviar al pago de impuestos. Las conclusiones del Instituto sobre los costos reales de dichos bienes para la época de su adquisición, fueron las siguientes:

Lote ubicado en la calle 116 No.11 A-51, adquirido, según las escrituras, por la suma de $7'000.000.oo; costo real $19'114.000.oo. Lote ubicado en la calle 116 No.9 C-23/30/34, adquirido, según las escrituras, por la suma de $3'000.000.oo; costo real $13'167.000.oo. Casa ubicada en la calle 40 No.25-08/12, adquirida, según las escrituras, por la suma de $3'000.000.oo; costo real $7'268.000,oo. Y, el apartamento de Cartagena, adquirido, según escritura pública, en $2'000.000.oo; costo real $7'550.000.oo. (Cfr. folios citados del informe contable de la Procuraduría).

No fue, entonces, por haber ignorado la prueba escrituraria que los juzgadores dejaron de tener en cuenta los valores allí consignados, sino por considerar que los avalúos realizados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi se ajustaban más a la verdad real, como lo dejaron establecido a lo largo de todo el proceso, y claramente se advierte del contenido del siguiente aparte de la sentencia de primer grado:

"En la adquisición de los terrenos ubicados en la avenida 116 No.11 A-51, calle 116 No.9C 23/30/34, 20% del terreno de la casa de la calle 40 No.25-08, apartamento de Cartagena Torre del Mar, **se debe tener en cuenta el avalúo técnico del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y no el reseñado como costo real en el numeral 2.3 y 2.4 del estudio contable presentado por la defensa**, porque en el efectuado por los peritos del IGAC se utilizó una metodología técnica, adecuada, razonable, se hizo investigación económica, se efectuó un análisis de esa investigación y un análisis comparativo por sectores según se desprende del contenido del documento identificado como V-3716 de 19 de marzo de 1993, emitido por esa entidad. Lo que observa este Despacho es que las cuantías señaladas como costo real son disímiles a las del IGAC porque ello obedece a una costumbre de colocar como costo de venta un valor inferior al real para disminuir impuestos tanto comprador como vendedor.

"Nótese por ejemplo que el terreno de la calle 116 No.9C 23/30/34 fue adquirido en el año de 1983 según el acusado por $3'000.000.oo, pero al año siguiente lo entrega a la sociedad Edificio Mercurio Limitada como aporte de capital por $20'500.000.oo, en dicho terreno fue luego construido el edificio del mismo nombre; luego el valúo del IGAC que fue por $13'167.000.oo, se acercó más a la realidad" (fls.217/10).

Cierto es que el Tribunal al responder los planteamientos formulados por la defensa en torno a los avalúos, omitió hacer referencia a los aspectos que

vienen de ser analizados, porque equivocadamente entendió que la inconformidad del apelante estaba relacionada con los avalúos comerciales de los edificios Venus y Mercurio, construídos sobre los citados terrenos de la calle 116, y los costos de construcción, pero esto no significa que se haya incurrido en un error de hecho por falso juicio de existencia. Los fallos de primera y segunda instancia, ha sido dicho reiteradamente por la Corte, se complementan recíprocamente, formando una unidad jurídica, y ya se vio que el juzgador de primer grado no solo estudió el punto, sino que explicó las razones por las cuales desestimaba las pruebas que ahora el impugnante asume que fueron ignoradas.

El cargo no prospera.

2.2.3. Diferencias entre consignaciones e ingresos.

En desarrollo de este reproche, el casacionista no hace cosa distinta de disentir de las cifras y conclusiones de los expertos de la Procuraduría, en el entendido de que no se ajustan a la realidad, y que debieron imputarse de otra manera, planteamiento que no guarda relación alguna con el error de hecho denunciado, cuya demostración supone acreditar que el juzgador omitió considerar una prueba que obra en el proceso, o invocó una que no existe, y que de haber sido tenida en cuenta, o no haber sido supuesta, según el caso, habría conducido a un fallo distinto en su sentido o consecuencias jurídicas.

Razón, por tanto, le asiste al Procurador Delegado cuando sostiene que el recurrente se limita a disentir del dictamen por considerarlo "poco confiable, muy parcial y por ende de poca credibilidad", y a invitar a la Corte a que confronte sus valores con la contabilidad allegada por la defensa, sin demostrar la concurrencia de error alguno de naturaleza *in iudicando* o *in procedendo*, derivados de una equivocado raciocinio jurídico, una desacertada valoración probatoria, o el desconocimiento del debido proceso o las garantías fundamentales, como corresponde en sede extraordinaria.

Por absoluta falta de sustentación, se desestimará en consecuencia la censura.

2.2. Errores de hecho por falsos juicios de identidad. Desconocimiento de los pagos efectuados al doctor Puyo Vasco por las firmas construcciones G. P. Konstruktor Split, Alimar Sarl, Transcontinental Caribe C.A., y de los recursos provenientes de la venta de 12 grabados de Picasso y de asesorías a Maurice Ruffieux.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de estos reparos, resulta pertinente señalar que el error de hecho por falso juicio de identidad se presenta cuando el juzgador, al apreciar la prueba, distorsiona su contenido fáctico, poniéndola a decir lo que ella objetivamente no dice. Es de carácter objetivo contemplativo, y su demostración en sede extraordinaria supone hacer evidente la falta de correspondencia material entre el contenido del medio probatorio, y la percepción que la sentencia hace de su texto.

2.2.1. Recursos provenientes de construcciones G. P. Konstrucktor Split.

Esta empresa, de capital yugoslavo, trabajó en Colombia entre los años de 1972 y 1978, cuando entró en liquidación, en la construcción de los túneles del proyecto Chingaza. De ella, el doctor Puyo Vasco dijo haber recibido en el año de 1981 la suma de trescientos mil dólares americanos (US$ 300.000), equivalentes, para la época, a $17'700.000.oo, ingresos que demuestra con una certificación expedida el 28 de julio de 1993 por Antonio José Del Castillo Solano, que textualmente dice: "El suscrito Contador Público, en la condición que tuve de Contador Público en relación con la liquidación de la firma 'G.P. Konstructor - Split' de Yugoslavia, que trabajó en Colombia durante los años setenta, certifica que, tal firma entregó en el año 1981 la cantidad de (USD$300.000) trescientos mil dólares americanos al señor Fabio Puyo Vasco por concepto de honorarios de abogado que esa firma le reconoció al señor Puyo por asesoría profesional en la parte final de su actividad en Colombia, que correspondió con la de su liquidación" (fls.29 y 30 del dictamen de 2 de agosto de 1994).

Escuchado de Del Castillo Solano en declaración juramentada, explicó que en el año de 1981, por recomendación del doctor Alberto Preciado Peña (Asesor Jurídico de Construcciones Konstruktor), sirvió de intermediario en el pago de los referidos dineros, en razón a que el representante legal de la citada firma, Dusan Milicik, debía viajar al exterior, y necesitaba hacer entrega de ellos al doctor Puyo Vasco, cuya localización no había sido posible. Preguntado por su vinculación con la empresa, aseguró no haber trabajado en ella, ni como empleado, ni asesor, y que las actividades que realizó las llevó a cabo a través de la oficina del doctor Preciado Peña, con quien venía trabajando (fls.278/2).

Con el fin de verificar esta información, fueron recibidos los testimonios de Alberto Preciado Peña y Hernán Francisco Vargas Hernández, Asesor Jurídico y Revisor Fiscal Principal de construcciones Konstruktor, respectivamente, quienes ofrecen versiones contrapuestas sobre la vinculación de Puyo Vasco a la empresa, pues mientras el primero la afirma (fls.470/2), el segundo la niega implícitamente, al sostener que no recuerda al acusado como asesor ni beneficiario de pagos de ella (fls.289/2). También fueron aportados al proceso los inventarios de bienes de la firma a septiembre de 1987, y los estados financieros a 31 de diciembre del mismo año, donde se hace constar que los últimos ingresos percibidos totalizan $13'018.693.oo (fls.30, 31 y 32 del dictamen contable de agosto 2 de 1994).

Analizado el contenido del cargo, *ab initio* se establece que el demandante no hace esfuerzo alguno en procura de acreditar el error de hecho por falso juicio de identidad denunciado, o lo que es igual, en demostrar que las pruebas que vienen de ser mencionadas fueron distorsionadas en su contenido fáctico por los juzgadores de instancia, y que por tal razón se llegó a una decisión ilegal, como era su deber hacerlo, sino que se dedica a disentir de la valoración que hicieron de su mérito probatorio, lo cual, además de no co-

rresponder al enunciado del cargo, no resulta posible de ser alegado en sede extraordinaria, debido a la relativa libertad de que gozan los jueces en la apreciación de las pruebas y la asignación de su mérito persuasivo, limitada solo por los postulados de la sana crítica, cuya transgresión el casacionista tampoco demuestra.

Múltiples fueron los motivos por los cuales los peritos y juzgadores resolvieron desestimar el referido pago, todos ellos ajustados a la crítica racional, como la falta absoluta de soportes contables; la ausencia de registros tributarios; las afirmaciones del Revisor Fiscal Principal en el sentido de que nunca tuvo conocimiento de la vinculación del doctor Puyo Vasco a la empresa, ni de su condición de beneficiario de pagos; la precaria situación económica de la firma; y las inconsistencias de los testimonios de Antonio José del Castillo Solano y Alberto Preciado Penal, entre otros.

El cargo no prospera.

2.2.2. *Recursos provenientes de Alimar Sarl.*

Esta empresa, de propiedad de Henry Armand Beal, operó en Saint-Martin (Guadalupe, Antillas Francesas), desde 1980 hasta 1991, cuando fue liquidada(fls.418/1). De ella dijo el doctor Puyo Vasco haber recibido entre 1985 y 1987 la suma de USD$417.836, por concepto de asesorías jurídicas y supervisión profesional en materia de importaciones, distribuidos así: 1985 USD$65.520; 1986: USD$141.282; y, 1987: USD$211.034, habiendo aportado para su acreditación una certificación en tal sentido de fecha 24 de julio de 1992, y una carta de contratación de servicios, de fecha 29 de abril de 1985 (con certificación de firma el 19 de agosto de 1992), suscritas por Henry Armand Beal, en calidad de Gerente (fls.82, 93, 94 95, 354, 358/1).

En el curso de la investigación la Fiscalía escuchó en declaración juramentada a Henry Armad Beal, quien reafirmó lo sostenido en la citada certificación de 24 de julio de 1992, indicando que carecía de prueba documental porque en San Martín no era obligatorio llevar contabilidad, y además prescribía en tres años. Preguntado sobre la forma como había obtenido después de tanto tiempo los datos exactos de los pagos realizados por honorarios y participación, si no tenía asientos contables, precisó: "Me recuerdo del valor más o menos de mi volumen como de 300 animales por mes el valor me da la idea del capital, son mis cálculos personales para llegar a este porcentaje, son porcentajes aproximados" (fls.411 y 415/1). Meses después, el testigo dirigió una comunicación al Fiscal instructor, aclarando algunos aspectos de su versión, y adjuntando copia de documentos que dijo correspondían a los soportes contables de los pagos efectuados al doctor Puyo Vasco como su consejero y abogado durante los años de 1985 a 1988, certificadas ante la Alcaldía de San Martín el 5 de enero de 1994 (fls.126 a 160/1).

Finalmente aparece la comunicación de 1º de septiembre de 1993, suscrita por la Cónsul General de Colombia en París, donde certifica que la entidad

pública encargada de ejercer el control y/o vigilancia de las sociedades comerciales en Martinica y Guadalupe, según información recibida del Cónsul *ad honorem* en Guadalupe, es el Greffe Du Tribunal de Comerce, que depende del Ministerio de Justicia, y que las sociedades comerciales deben no solo llevar contabilidad, sino conservar sus "libros y papeles" por 10 años (fls.2/3).

Al igual que en el cargo analizado en precedencia, el demandante sostiene que los juzgadores de instancia incurrieron en un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de esta prueba, pero no precisa en qué consistió el desacierto. Sus argumentaciones solo contienen críticas a la valoración que los juzgadores hicieron de su mérito persuasivo, quienes desestimaron la versión de Henry Armand Beal por considerarla mentirosa, y los documentos contables aportados para acreditar los pagos, por no corresponder a asientos contables debidamente registrados.

La técnica casacional no descarta que en sede extraordinaria puedan ser planteados ataques por errores en la apreciación del mérito de la prueba, pero para ello resulta necesario acreditar que los juzgadores desconocieron de manera manifiesta las reglas de la sana crítica, es decir los postulados de la lógica, la ciencia o la experiencia, demostración que en manera alguna procura llevar adelante el casacionista. La Corte, como lo sostiene el Procurador Delegado en su concepto, no puede ocuparse de las críticas fundadas en apreciaciones personales que resultan contrapuestas a las que soportan la decisión impugnada, porque el doble amparo presuntivo de legalidad y acierto que ampara los fallos de segunda instancia, limita y clausura los debates indefinidos.

También por ausencia de sustentación, se impone la desestimación de la censura.

2.2.3 Recursos provenientes de Transcontinental Caribe C.A. (Transca).

Esta empresa, con domicilio en la ciudad de Cumaná, Estado de Sucre, República de Venezuela, fue constituida por los señores Rafael Blanco Fernández, Cayetano Segundo Martucci Urdaneta , Jorge Plaza Colorado y Eduardo Ibarra Killian en el mes de diciembre de 1985, para la comercialización nacional e internacional, importación y exportación de mercancías y bienes en general. En agosto de 1986, Jorge Plaza Colorado y Eduardo Ibarra Killiam vendieron sus acciones a Martucci Urdaneta, quien dejó la empresa en el año de 1991, cuando sus acciones fueron adquiridas por Mario Emilio Valdez Benítez (fls.495, 505/2 y 359/4).

De dicha firma el doctor Puyo Vasco aseguró haber recibido la suma de US$600.000 entre los años de 1986 y 1987, representados en 11cheques de la cuenta bancaria No.949-1-460607 del Chase Manhattan Bank N.A. P. Ave. de Nueva York, y seis mil dólares más en efectivo, por concepto de asesorías en actividades de comercialización de productos y asistencia en conflictos de barcos en aguas internacionales, principalmente (fls.354 y 357/1). Para acre-

ditar estos ingresos aportó una certificación expedida en tal sentido por Cayetano Segundo Martucci Urdaneta en el mes de septiembre de 1992, y otra suscrita por el licenciado en administración pública José Tovar, con base en los 'asientos contables' de la empresa, de fecha 29 de julio de 1993, (fls.389 y 391/1). De igual manera, el poder recibido en el mes de diciembre de 1985 de Martucci Urdaneta, para el cumplimiento de la gestión (fls.387/1).

También fueron aportadas fotocopias autenticadas de comprobantes de egreso, comprobantes de diario, y de folios de los libros diario y mayor, correspondientes, supuestamente, a la contabilidad de la sociedad "Transcontinental Caribe C.A" (fls.337-369/2 y 226-319/4), y copias de las siguientes decisiones de la justicia venezolana, relacionadas con la incorporación de los referidos comprobantes a la contabilidad de la empresa:

1. De los autos de 9 de noviembre y 15 de diciembre de 1994, mediante los cuales se dispuso declarar terminada la averiguación sumarial iniciada el 3 de octubre anterior con fundamento en la denuncia penal instaurada por Eduardo Ibarra Killiam (ex-socio de Transcontinental), para que se investigara la posible existencia de una "doble contabilidad en la empresa, dado que el ciudadano Cayetano Segundo Martucci Urdaneta, presenta unos libros certificados por la Registradora Primera Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado de Sucre, donde aparecen los honorarios pagados al doctor Fabio Puyo Vasco, y por otra parte uno de los actuales dueños de la compañía presenta unos libros también certificados por la misma Registraduría Mercantil donde no aparecen asentados los mencionados honorarios". Dicha decisión de inhibición se fundamentó en la consideración de que los hechos no revestían carácter penal por "estar comprobado en autos que efectivamente la empresa Transcontinental Caribe C.A., le canceló los citados honorarios al profesional del derecho Fabio Puyo Vasco, por concepto de servicios prestados a la empresa" (fls.408 y 414/6).

2. Fallo de 15 de febrero de 1995, mediante el cual la justicia civil mercantil venezolana, en un procesó declarativo puro iniciado por Cayetano Segundo Martucci Urdaneta contra Transcontinental Caribe C.A. (representada por Mario Emilio Valdez Benítez, quien no presentó oposición), acogió las siguientes pretensiones del demandante: "A) Que se reconozca en toda su extensión y como válidos y ciertos los doce (12) comprobantes de egreso de la compañía Transcontinental Caribe C.A., a favor del ciudadano Favio (sic) Puyo Vasco, de los cuales 11 de los comprobantes fueron cancelados con cheques del The Chase Manhattan Bank, que hacen un monto total de seiscientos mil dólares americanos...B) Que se convenga en tener como válida, cierta y exacta la relación de la lista de cheques emitidos por el The Chase Manhattan Bank, cuenta No. 949-1-460607, que figuran en los comprobantes de pago... y convenga así mismo que dicha relación igualmente pase a formar parte de la contabilidad de la empresa. C) Que convenga, se reconozca y tengan como cierto que los comprobantes de egreso de pago que corresponden a los años de 1986 y 1987, los cuales fueron elaborados por

mí en el año de 1993, en unos comprobantes de egreso editados por la Legislación Económica C.A (Lec) y membrete de la papelería de 'Transcontinental Caribe C.A.' con el solo, único y sano propósito de cumplir con las formalidades exigidas por el Registro Mercantil y las leyes venezolanas y de esta manera llenar el vacío contable y administrativo que significaba la no conservación en los archivos de 'Transcontinental Caribe C.A.', de los soportes que justificaban la cancelación de los mencionados honorarios profesionales..." (fls.102 y 626/6).

3. Pronunciamientos de 2 y 25 de febrero de 1998, mediante los cuales se dispuso declarar terminada la averiguación sumarial iniciada con fundamento en la denuncia penal presentada por Rafael Alejandro Bianco Fernández contra Cayetano Segundo Martucci Urdaneta y Fabio Puyo Vasco, por los delitos de estafa, fraude procesal, agavillamiento, concierto para delinquir, falsedad y falso testimonio, por considerar que se trataba de los mismos hechos denunciados por Eduardo Enrique Ibarra Killiam (fls.144 y 150 del cuaderno No.10 A).

Con el objeto de establecer la veracidad de las afirmaciones suministradas por Martucci Urdaneta, se escuchó en declaración juramenta a Rafael Alejandro Bianco Fernández, quien hizo, entre otras afirmaciones, las siguientes: "... Transcontinental Caribe C.A., fue fundada en 1985, pero empezó a funcionar en el mes de agosto de 1986...en el año de 1986 Transcontinental Caribe, funcionó exclusivamente en función de cobrar la acreencia de 43 millones de bolívares.... lo que ocurrió en el mes de agosto exclusivamente; en el año de 1987 Transcontinental Caribe no tuvo actividad comercial alguna en todo el año...y con respecto a si la empresa estuvo en condiciones de pagar la cifra de US$606.000 por concepto de comercialización a una sola persona durante los años 1985, 1986 y 1987 declaro que no lo estuvo, pues nunca se dispuso de tal cantidad de efectivo en moneda extranjera... desconozco y niego que haya existido ni exista relación comercial, laboral ni profesional entre Transcontinental Caribe, C.A., y Fabio Puyo Vasco...en los libros de Transcontinental Caribe C.A., que reposan actualmente en poder de la actual y vigente Junta Directiva, no consta ningún documento que evidencie relación alguna con Fabio Puyo Vasco, y quiero dejar constancia que los libros de contabilidad de Transcontinental Caribe, así como los documentos que sirven de soporte a la misma son los únicos que existen y además en lo referente a los libros estos fueron sellados y legalizados en octubre de 1986 ante la oficina de Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado de Sucre en Venezuela y desde esa fecha son los únicos libros que Transcontinental Caribe C.A., ha llevado legalmente...desconozco y niego rotundamente que mi representada Transcontinental Caribe, C.A., en conocimiento de la junta directiva haya jamás efectuado pagos a Fabio Puyo Vasco ni por concepto de honorarios profesionales ni de ningún otro tipo...desconozco el tipo de comprobantes de egreso que se me presentan pues en Transcontinental Caribe C.A., nunca se usó comprobante de egreso con el logotipo de la empresa... desconozco que

Transcontinental Caribe haya tenido cuentas en dicho banco (se refiere al Chase Manhattan Bank, aclara la Sala)" (fls.206-214/4).

Se indagó también por el titular de la cuenta corriente No.949-1-460607 del Chase Manhattan Bank de Nueva York, a la cual corresponden los cheques supuestamente girados por "Transcontinental Caribe C.A" para cubrir los honorarios del doctor Puyo Vasco, estableciéndose, a través de la Oficina de Asuntos Internacionales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, que aparece abierta bajo el seudónimo de SUN, y pertenece al doctor Fabio Puyo Vasco (fls.511-603/6 y 57-173/7).

Pues bien. El demandante acusa la sentencia impugnada de haber ignorado o cuando menos distorsionado la prueba documental aportada al proceso para demostrar los pagos efectuados por la empresa "Transcontinental Caribe, C.A." a Fabio Puyo Vasco por la suma de US$600.000 (comprobantes de egreso y decisiones de la justicia venezolana que afirman su validez), y de haber dado crédito a la versión suministrada por Rafael Blanco Fernández, desconociendo el contenido de dichos documentos.

Ante todo, debe decirse que la forma en que ha sido presentada la censura resulta contradictoria. En primer término, porque a un mismo tiempo y respecto de una misma prueba no resulta posible plantear error de hecho por omisión de prueba, y de identidad por tergiversación de su contenido fáctico, por implicar un contrasentido, pues mientras el primero presupone que el medio probatorio dejó de ser apreciado, el segundo implica que lo ha sido. En segundo lugar, porque si el ataque se hace consistir en que el juzgador ignoró la prueba, el error sería de hecho por falso juicio de existencia, y no de identidad como ha sido propuesto por el casacionista.

De cualquier forma, no es cierto que los juzgadores hayan dejado de apreciar las decisiones de la justicia venezolana, o tergiversado su expresión objetiva. Del examen del fallo de segunda instancia surge claro que se las analizó, y que fueron desestimadas tras haber sido considerado que las autoridades judiciales del vecino país fueron objeto de engaño, como surgía de la contundente declaración de Rafael Alejandro Blanco Fernández (consocio), y lo ratificaba el hecho que la cuenta No.949-1-460607 del Chase Manhattan Bank de Nueva York, a la que corresponden los cheques con los cuales pretendió acreditarse el pago de los honorarios, pertenezca al propio Fabio Puyo Vasco. Sobre el particular, el Tribunal hizo las siguientes precisiones, después de referirse a las múltiples inconsistencias que presenta la declaración rendida por Cayetano Segundo Martucci Urdaneta en este proceso:

"Detalle muy diciente es también el relativo a los datos de los cheques que figuran en los comprobantes de egreso y que se dice corresponden a los pagos efectuados al señor Puyo Vasco con indicación de la cuenta corriente del Chase Manhattan Bank, contra la cual fueron cancelados. Se estableció que dicha cuenta pertenecía al mismo Puyo Vasco, es decir que, el mismo se pagó. Sobre esta situación se dijo en el proceso que no

era más que la demostración de su engaño a la justicia y a ello respondió la defensa con la afirmación de que la posibilidad de girarse así mismo era posible de acuerdo con la legislación americana y venezolana, si además manejaba recursos de Transcontinental Caribe.

(...)

"Se dirá entonces, que este aspecto de contrariedad con la verdad ya fue definido por la justicia venezolana y que por ello se aportaron las decisiones judiciales, las últimas en forma extemporánea en la audiencia de sustentación, con las que se pretende demostrar que efectivamente la empresa Transcontinental Caribe sí le pagó a Fabio Puyo Vasco determinada suma por servicios prestados y que los soportes contables y los registros en los libros de contabilidad que se expusieron son legales y acordes con la verdad, asegurándose que 'sirven para dar fe ante todas las instituciones y puedan ser opuestos ante cualquier entidad de derecho público o privada (sic) venezolano o extranjeras" y hasta la actuación de Martucci se declara como cumplida en forma honesta y responsable (fallos del Juzgado Cuadragésimo Segundo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Area Metropolitana de Caracas de 8 de noviembre de 1995 y el de Quinto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial de Area Metropolitana de Caracas del 15 de febrero de 1995).

"Respetables planteamientos de la justicia venezolana como resultado de la demanda instaurada por Martucci en contra de la empresa Transcontinental Caribe y cuyo valor y oponibilidad como proceso declarativo básicamente deber serlo interpartes pero pensar que como decisión judicial pueda tener injerencia en el presente proceso penal, concretamente en la valoración de las pruebas que fueron legalmente aportadas, porque no solo se trata de un proceso penal adelantado en Colombia sin ninguna relación o vinculación procesal con otro tramitado en el extranjero por razones de prejudicialidad y por consiguiente, no es más que una habilidosa forma defensiva con la que se pretende interponer una previa apreciación probatoria desde otro ángulo y con un interés específico demandado por alguien en particular. La justicia no puede estar sometida a este tipo de manejos ni en modo alguno puede afectarse la libre valoración probatoria que consagran las normas procesales" (fls.75 y 76 cuaderno 11).

Llama la atención que el casacionista relieve con insistencia el contenido del fallo declarativo de 15 de febrero de 1995, que dispuso tener como "válida, cierta y exacta la relación de la lista de los cheques emitidos por el The Chase Manhattan Bank, cuenta No.949-1-460607", y que ignore la prueba que señala a Puyo Vasco como titular de la misma, como también que desconozca que a dicha declaración se llegó porque Mario Emilio Valdez Benítez, representante para entonces de la empresa, se allanó a las pretensiones de la demanda.

Estas consideraciones, y las expuestas por el Procurador Delegado en su concepto sobre la ninguna incidencia que pueden tener las decisiones judiciales a las que se ha hecho mención en la declaración de responsabilidad del procesado, que la Sala comparte, resultan suficientes para desestimar la censura.

2.2.4. Recursos provenientes de la venta de 12 grabados de Picasso y de asesorías a Maurice Ruffieux.

2.2.4.1. En indagatoria el doctor Puyo Vasco aseguró haber recibido de la Galería de arte catalán "Sala Gaspar de Barcelona", doce grabados del pintor Pablo Picasso en pago a sus servicios como asistente y promotor para la instalación de sucursales en Colombia y Venezuela, los que vendió en el año de 1984 al galerista internacional Frederico Menez en ciudad México por la suma de USD 384.000 (fls.354, 356/1). Al proceso fueron aportadas certificaciones expedidas por Miguel Gaspar Alba (representante de 'Sala Gaspar de Barcelona') y Frederico Menez sobre la entrega y compra, respectivamente, de las referidas obras (fls.385, 343 y 384/1). También, certificación de Cristóbal Melgar Méndez, en condición de administrador público, en el sentido de que su compra se encuentra registrada y declarada ante las autoridades correspondientes, según los registros fiscales y contables del comprador (fls.386/1 y 626/5).

2.2.4.2. Maurice Ruffieux es un agente de propiedad raíz, dueño de una agencia inmobiliaria en Ginebra (Suiza). De acuerdo con lo sostenido por Fabio Puyo Vasco en indagatoria, dicha agencia le canceló la suma de 9.500 francos suizos mensuales, desde septiembre de 1985 a diciembre de 1989, para un total de FS494.000, por asesorías en materia de propiedad raíz y proyectos de construcción en el ámbito del territorio de América Latina y el Caribe (fls.354 y 358/1). Para sustentar sus afirmaciones, allegó al proceso certificaciones suscritas por Maurice Ruffieux sobre la totalidad de los pagos efectuados (fls.345/1 y 409/2), comunicaciones relacionadas con la iniciación y terminación del contrato (fls.71, 77, 344/1) copias de algunos documentos contables (fls.410-442/2), y certificación de la Administración Fiscal de la República y Cantón de Ginebra (Suiza) sobre pago de impuestos (fls.116/6).

En relación con estos cargos basta decir, para desestimarlos, que nada en concreto propone el libelista, y que sus argumentaciones solo contienen críticas generales, sin ningún condicionamiento técnico, a la apreciación que los juzgadores hicieron de los elementos de prueba a los cuales se ha hecho mención, como si se tratara de un alegato de instancia, sin ocuparse de demostrar el error de hecho por falso juicio de identidad planteado, ni otra especie de yerro de apreciación probatoria, que amerite una respuesta de la Corte. Por tanto, se desechará la censura.

3. Acción de extinción del dominio.

En su concepto, el Procurador Segundo Delegado solicita a la Corte "enderezar los esfuerzos necesarios" con el propósito de perseguir los dineros consignados

por Fabio Puyo Vasco en su cuenta del Chase Manhattan Bank (5.5. millones de dólares), a través del mecanismo de la extinción de dominio consagrado en la ley 333 de 1996, teniendo en cuenta que "la propiedad ilícitamente adquirida no tiene jamás ningún amparo jurídico", y que de estos nuevos hechos solo se vino a tener conocimiento en las postrimerías del juicio.

Aunque la Delegada no es clara en la formulación de su petición, debe precisarse que la Corte carece de legitimación para adelantar gestiones en el sentido por ella propuesto, como que una tal iniciativa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8º de la ley 333 de 1996, se encuentra radicada de manera exclusiva y excluyente en cabeza de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, y la Fiscalía, siendo dichas entidades, por tanto, según su especialidad, mas no esta Corporación, las llamadas legalmente a hacerlo.

Podría pensarse que lo pretendido por el Procurador Delegado es que la Corte ordene informar a los mencionados organismos de control de los hechos investigados y la conveniencia de adelantar la acción de extinción de dominio, pero esto resultaría innecesario si se toma en cuenta que la Procuraduría y la Fiscalía vienen actuando dentro del proceso, y que el Juez de primera instancia hizo pronunciamiento expreso sobre el punto al señalar en la parte resolutiva de la sentencia que quedaban abiertas las puertas para el ejercicio de la referida acción por quienes se encuentran legitimados para promoverla o adelantarla. Con todo, se dispondrá dar traslado al Contralor General de la República, al igual que al Procurador General y al Fiscal General de la Nación, a efectos de que, si no lo han hecho, promuevan la acción respectiva.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia impugnada.

2. Enviar comunicación a los funcionarios indicados en la parte considerativa para que procedan a promover, si a ello hubiere lugar, la respectiva acción de extinción de dominio en lo referente a los US$5'500.000 detectados en las cuentas del sentenciado.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECUSACION-Causal Séptima/**FUERO**-Congresista

1. La causal descrita en el numeral 7° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señala al efecto, busca garantizar el desarrollo continuo y sin obstáculos de ninguna especie, del proceso, procurando separar al funcionario moroso del conocimiento del asunto, para que en su lugar, intervenga otro juez que le imprima el trámite oportuno. Pero tal como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte, la mora debe tener un efecto inmediato, es decir, que debe estarse dentro de ella. En consecuencia, no es procedente invocar la causal después de que la mora ha sido superada, pues en este caso carecería de sentido separar del conocimiento del proceso al funcionario que ya ha cumplido con sus deberes, así no lo haya hecho dentro del término legal, porque en este evento, nada tendría que corregir el juez a quien por turno le correspondiera conocer del proceso.

2. En resumen, la nueva Carta Constitucional consagra un fuero integral para los Congresistas, o sea, que su juzgamiento, tanto por delitos comunes como de responsabilidad que cometan mientras sustentan tal calidad, es de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, la Corte mantiene la competencia no solo para investigar, sino para adelantar el juzgamiento de los miembros del Congreso por los delitos cometidos por éstos. Lo anterior es una excepción a la competencia de la Fiscalía General de la Nación (numeral 1° del artículo 251 de la Carta Política). Lo cual, en ningún caso genera en los miembros de la Sala impedimento alguno, ni tampoco por actuar en la fase instructiva adquieren la calidad de fiscales, sino que actúan como Corte Suprema de Justicia en ejercicio de las que señala la Constitución Política.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fé de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Conjuez Ponente: Dr. *Alvaro N. Correal Reyes*

Aprobado Acta No. 156 Proceso 7026

Le corresponde a la Sala de Conjueces la tramitación de la recusación formulada por el procesado Jairo José Ruiz Medina, con relación a todos los integrantes de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, doctores Carlos Enrique Mejía Escobar (quien preside), Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Alvaro Orlando Pérez Pinzón y Nilson Pinilla Pinilla, para no conocer de estas diligencias, al considerar que se presenta en los integrantes de la Sala las causales de impedimento de los numerales 7 y 11 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Fundamento del Impedimento

Al entrar a decidir sobre la recusación, la Sala ha tenido conocimiento que el doctor Juan Manuel Torres Fresneda, manifiesta su impedimento para intervenir en el trámite incidental en curso, dada su participación como Magistrado titular de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia durante la etapa de instrucción y calificación de fondo del presente asunto.

Respuesta al Impedimento

Considera la Sala de Conjueces que la causal invocada por el doctor Juan Manuel Torres Fresneda corresponde a la prevista en el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, los argumentos expuestos se adecuan a lo consagrado en la misma, dado que formó parte de la Sala de Magistrados que conoció del presente asunto.

Fundamentos de la Recusación

De la causal Séptima: Sostiene el doctor Jairo José Ruiz Medina que en el presente proceso, la Sala Penal de la Corte Suprema, sin justificaciones de ninguna índole dejó vencer los términos que la ley señala para que se cumplieran los siguientes actos:

° La calificación del mérito del sumario, que debió efectuarse en el mes de noviembre de 1994, solo se ejecutó el 26 de febrero de 1998, es decir que la instrucción se prolongó por cinco (5) años.

° El 15 de septiembre de 1993, su defensor solicitó que se le oyese en versión de indagatoria, solicitud que la Sala Penal de la Corte no atendió dentro de los términos que establecen los artículos 353, 354, 381 y concordantes del Código de Procedimiento Penal. Esta omisión transcurrió por un término mayor de dos años, pues la indagatoria se realizó en noviembre de 1995.

° El 24 de enero de 1997, el Magistrado Ponente en el presente asunto, dispuso practicar algunas pruebas, entre ellas, la designación de un perito para que rindiese un informe detallado del estado contable de la Asociación

Uribe Uribe, tomando como punto de partida los auxilios parlamentarios a que hace relación el presente proceso. No obstante, que esta prueba pericial es la más importante y conducente para establecer la verdad real sobre el manejo de los auxilios, por decisión del mismo Magistrado Ponente, cuando el experticio fue rendido se desechó sin que se efectuaran los trámites procesales que ordena la ley (artículo 270 y siguientes del Código de Procedimiento Penal).

De la causal Once: Afirma el procesado que los H. Magistrados recusados, actuaron en las etapas del sumario y por tal razón, al tenor de esta causal deben apartarse del conocimiento del asunto, ya que esta norma les impide conocer del proceso en el juicio. Considera que al haber actuado "como fiscales" en la etapa instructiva: tomado decisiones como las de no haber tenido como prueba el peritazgo sobre el manejo de los auxilios parlamentarios; el haber decretado el cierre de la investigación faltando pruebas por practicar; el haber formulado resolución de acusación y tomado otras decisiones con manifestaciones sobre la supuesta responsabilidad penal del procesado, hacen que no exista sobre los H. Magistrados el mínimo de imparcialidad para intervenir en el juicio.

RESPUESTA A LA RECUSACIÓN

En el curso de la audiencia pública, los H. Magistrados de la Sala de Casación Penal, rechazan la recusación planteada por el procesado en los siguientes términos:

La causal séptima de recusación ha sido concebida por el legislador, con la finalidad específica de que ante la mora del funcionario, ella pueda purgarse por parte de otro funcionario que asuma el conocimiento del caso. La Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido, interpretando el contenido de esta causal, que cuando el funcionario de quien se predica la mora realiza oportunamente la actividad judicial no desarrollada, carece de sentido separarlo del conocimiento después de que ha cumplido con la función que le corresponde. En el presente caso, los hechos a que alude el procesado Ruiz Medina en su memorial de recusación son todos hechos pasados y corresponden a etapas procesales superadas. En consecuencia, pierde todo sentido de actualidad el planteamiento de la causal.

En cuanto a la queja que se hace consistir en la omisión de una prueba, que fue ordenada y después supuestamente desconocida por la Sala, sostienen los recusados que este hecho no corresponde al enunciado de la causal alegada. Sin embargo, y con el fin de que no quedase sin consideración el punto, la Sala reitera que de manera oportuna se refirió a la práctica de esa prueba pericial y la razón por la cual no insistió en la misma está contenida en el auto de septiembre 2 de 1997.

Respecto a la causal once de recusación, considera que tampoco es novedosa su proposición, pues en distintas oportunidades la Sala se ha referido a ella, citando la decisión de septiembre 10 de 1996. En este punto

consideran que el problema puede desarrollarse desde dos perspectivas: La constitucional, pues es evidente que la Sala de Casación Penal produce la resolución acusatoria en los procesos de única instancia porque la Constitución estableció un modelo de procedimiento donde aquélla tiene la función de producir esa acusación y fallar el proceso (artículo 186 de la Constitución Nacional). Pero además, la Corte no actúa como sujeto procesal acusador, no se constituye en fiscal, pues ninguno de los integrantes de la Sala ha tenido ese tipo de actuación, es decir, haber actuado como fiscal y la calificación del sumario la hizo la Corporación como Corte Suprema de Justicia en ejercicio de la competencia otorgada por la Constitución.

Concluyen que las causales alegadas han sido propuestas de forma temeraria por el procesado y de manera ostensiblemente infundadas.

Se Considera por la Sala

Razón le asiste a los H.H. Magistrados de la Sala de Casación Penal, en rechazar los argumentos expuestos por el procesado, doctor Jairo José Ruiz Medina, para sustentar las causales de recusación invocadas.

En efecto, *la causal descrita en el numeral 7 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señala al efecto, busca garantizar el desarrollo continuo y sin obstáculos de ninguna especie, del proceso, procurando separar al funcionario moroso del conocimiento del asunto, para que en su lugar, intervenga otro juez que le imprima el trámite oportuno. Pero tal como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corte, la mora debe tener un efecto inmediato, es decir, que debe estarse dentro de ella. En consecuencia, no es procedente invocar la causal después de que la mora ha sido superada, pues en este caso carecería de sentido separar del conocimiento del proceso al funcionario que ya ha cumplido con sus deberes, así no lo haya hecho dentro del término legal, porque en este evento, nada tendría que corregir el juez a quien por turno le correspondiera conocer del proceso.*

En providencia de julio 14 de 1989, dijo la Sala de Casación Penal, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, que:

> "Si el motivo de separación que consagra el artículo 103-9 del C. de P.P., busca proteger el derecho del agraviado de procurarse la intervención de otro juez que evacue oportunamente el proceso, no se ve razón alguna para admitir esta pretensión cuando se ha consentido la intervención tardía del funcionario. La ley, y todavía más explícitamente la jurisprudencia, tienen que inferir la justificación de la dilación, o que ésta se valora con menos rotiva que el propio trámite dirigido a procurar la pertinente remoción... La mora, en cuanto al efecto de la recusación, tiene un efecto inmediato: debe alegarse cuando se está dentro de ella; pero no es dable invocarla después de que ha sido superada y el funcionario ha cumplido con sus deberes..."

En el presente caso, tal como se deduce de los planteamientos expuestos en el escrito de recusación, las actuaciones que se califican como morosos, no tienen actualidad, pues se refieren al lapso de la instrucción y al término que se tardó en resolverse una petición para escuchar en indagatoria al procesado, trámites estos que ocurrieron en la etapa de instrucción, desde tiempos superada, pues actualmente el proceso se encuentra en audiencia pública, la que por cierto se ha visto obstaculizada por las persistentes peticiones del procesado.

Finalmente, la queja relativa al supuesto rechazo de una prueba pericial, en nada se compadece con la causal que se estudia, pues el hecho no comporta el vencimiento de términos sin justificación.

En cuanto a la causal once, esto es, que el juez haya actuado como fiscal, la Sala hace las siguientes precisiones:

1. La jurisdicción en materia penal implica el desarrollo del proceso y este comprende dentro del esquema del Código de Procedimiento Penal dos etapas diferentes: La investigación a cargo de la Fiscalía General de la Nación, dentro de la cual se trata de resolver las dudas existentes acerca de la realización de la conducta y la eventual responsabilidad para concluir con una acusación si ello es procedente. En cuanto al juzgamiento, supone una resolución de acusación y lo ejerce un funcionario diferente al que llevó a termino la investigación, quien luego de considerar los argumentos presenta una decisión de fondo.

2. El Código de Procedimiento Penal en su artículo 67 señala qué funciones ejerce el funcionario de instrucción, o sea, la Fiscalía General de la Nación, que dirige, revisa y coordina la investigación en materia penal, siendo ésta la norma general.

La misma norma, en su inciso 3º determina que tienen también funciones de investigación en casos especiales la Cámara de Representantes y la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal; en cuanto a la Corte, los casos están previamente determinados en el artículo 275 de la Carta Constitucional que señala en su numeral 3 que en las atribuciones de la Corte, se encuentra la de investigar y juzgar a los miembros del Congreso.

3. El artículo 68 del Código de Procedimiento Penal establece la competencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su numeral 6, cuando determina que conocerá "del juzgamiento de los funcionarios a que se refieren los numerales 2, 3 y 4 del artículo 235 de la Constitución Nacional".

A partir de la vigencia de la nueva Carta Política se consagró "un fuero especial para los congresistas, esto es, que su juzgamiento, tanto para los delitos comunes, como por los de responsabilidad que cometan mientras ostentan tal calidad", es de competencia de la Corte Suprema de Justicia al tenor del artículo 186 de la Constitución Nacional.

Respecto a las funciones desempeñadas, al tenor del parágrafo del artículo 235 de la Constitución Política, el artículo 186, dice: "de los delitos que cometan los congresistas, conocerá en forma privativa la Corte Suprema de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención. En caso de flagrante delito deberán ser aprehendidos y puestos inmediatamente a disposición de la misma Corporación".

En resumen, *la nueva Carta Constitucional consagra un fuero integral para los Congresistas, o sea, que su juzgamiento, tanto por delitos comunes como de responsabilidad que cometan mientras sustentan tal calidad, es de competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, la Corte mantiene la competencia no solo para investigar, sino para adelantar el juzgamiento de los miembros del Congreso por los delitos cometidos por éstos. Lo anterior es una excepción a la competencia de la Fiscalía General de la Nación (numeral 1 del artículo 251 de la Carta Política). Lo cual, en ningún caso genera en los miembros de la Sala impedimento alguno, ni tampoco por actuar en la fase instructiva adquieren la calidad de fiscales, sino que actúan como Corte Suprema de Justicia en ejercicio de los que señala la Constitución Política.*

Es obvio que no existe razón o causal que permita concluir que por actuar en la investigación y posteriormente juzgar a los miembros del Congreso, les haga perder su imparcialidad indispensable para administrar justicia, ni existe prejuzgamiento con antelación al momento de proferir fallo o sentencia.

Los planteamientos y razones expuestas nos permiten concluir la improcedencia de la recusación formulada contra los miembros de la Sala de Casación Penal de la Corte, para separarlos del conocimiento del presente proceso.

Por lo anterior, la Sala de Conjueces,

RESUELVE:

1. Aceptar el impedimento manifestado por el doctor Juan Manuel Torres Fresneda, de acuerdo a lo considerado en este proveído.

2. No aceptar la recusación formulada por el procesado, doctor Jairo José Ruiz Medina, con relación a los miembros que conforman la Sala de Casación Penal de la Corte, tendiente a separarlos del conocimiento del proceso que la Corporación adelanta en su contra.

Cópiese y cúmplase.

Alvaro Correal Reyes, Francisco Acuña Viscaya, Luis Bernardo Alzate Gómez, Efraín Mora Castillo, Alfonso Pinilla Contreras, Pedro Pulido Gutiérrez, Hugo H. Rodríguez Cortés, Jose Ignacio Talero Lozada.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DICTAMEN PERICIAL-Aclaración

Si lo que quiere el peticionario es degradar, en este momento, el valor probatorio de los fundamentos técnicos y conclusiones de la pericia, no es la vía de la aclaración del pertiazgo el dispositivo procesal pertinente para alcanzar ese propósito. Además, que con arreglo al sistema de valoración racional de la prueba vigente en nuestro sistema procesal penal, la opinión técnica constituye otro medio de convicción que debe ser sopesado por el Funcionario Judicial en la etapa procesal correspondiente, atendiendo la firmeza, precisión, y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito, en conjunto con las demás pruebas que integran el proceso.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 155 Proceso No. 13349

Provee la Sala sobre la petición de aclaración del dictamen pericial que fijó los eventuales daños y perjuicios ocasionados con la infracción, impetrada por el señor defensor del encausado Senador Carlos Alonso Lucio López.

Antecedentes

1. Esta Sala profirió resolución de acusación en contra del ahora Senador Carlos Alonso Lucio López por el delito de falsa denuncia. Procedimiento que tuvo como fuente la denuncia instaurada por el Parlamentario contra Germán Prieto Heredia, ante la Fiscalía General de la Nación, por el delito de abuso de confianza, que finalizó con resolución de preclusión de la instrucción por inexistencia de delito, proferida por la Fiscalía 260 Delegada ante los Jueces Penales Municipales, y confirmada por la Unidad Delegada de los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca; la que además dispuso compulsar copias ante esta Corporación, en contra del aforado, a fin de investigar la posible comisión de los delitos de falsa denuncia, falsedad y estafa.

2. En la etapa procesal regulada por el art. 446 del Código Procesal Penal, la Corte ordenó entre otras pruebas, fijar por medio de peritos, el monto de los eventuales daños y perjuicios producidos con el delito.

Dictamen pericial rendido por una profesional adscrita al C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación, de cuyo contenido importa efectuar la siguiente síntesis:

Luego de hacer un resumen de los hechos objeto de investigación, y de precisar el concepto de los daños que puede ocasionar la comisión de un delito, entra a liquidar el daño emergente y el lucro cesante, teniendo como única prueba la certificación expedida por el defensor del aquí constituido en parte civil, Germán Enrique Prieto Heredia, en el proceso finiquitado por la Fiscalía General de la Nación, que determina el monto de los honorarios convenidos, el valor cancelado y el adeudado. Para el efecto, concretó los métodos que en la doctrina se conocen, de los cuales escogió el de las Unidades de poder adquisitivo constante o Upac, que incluye además de la corrección monetaria el interés puro.

Así entonces, tasó el daño emergente en la suma de $20.541.272, cuantía que fue el resultado de operar la fórmula correspondiente al método aplicado, considerando el valor de $8.500.000 por concepto de honorarios, de los cuales sólo han sido cancelados $5.000.000, y la fecha del poder como base para la liquidación (13 de diciembre de 1994) en virtud a que no obra dentro del proceso prueba que señale en qué fecha se hizo el pago parcial de honorarios.

También liquidó el lucro cesante fijando su monto en la suma de $9.654.703,60 por este concepto.

Adicionando las dos cuantías obtuvo un valor total de $30.195.975,60 como daños materiales.

En lo atinente con los daños morales, se abstuvo de liquidarlos, dejando a criterio de la Sala su estimación.

3. Dentro del lapso previsto por el art. 270 del Código Procesal Penal para controvertir el dictamen, el señor defensor del procesado pidió su aclaración, apoyado en los siguientes fundamentos:

3.1. Desde un ángulo crítico, señala, que la perito al no encontrar en el proceso prueba sobre la cual fundar su concepto se vio obligada a pedir a la parte civil los soportes de las pretensiones de la demanda, motivo por el cual el dictamen se apoya tan sólo en el documento privado que verifica el convenio de honorarios profesionales entre el señor Germán Prieto Heredia y su abogado; así mismo, censura que sin soporte probatorio se afirme que el pago de los cinco millones de pesos hecho al abogado se hizo el día de la suscripción del poder, y haber aplicado el mecanismo de la Upac para actualizar el daño emergente, sin explicar por qué razones los otros tres sistemas por ella mencionados no permiten mantener el valor constante del dinero.

Finalmente, de manera sintética pide que la perito aclare la razón por la cual sin haber prueba tomó como fecha del pago parcial de honorarios el día que ostenta el poder, explique por qué razón seleccionó el mecanismo Upac

para actualizar el daño emergente, y refiera el motivo por el cual incluyó la deuda de tres millones y medio de pesos las operaciones de la Upac cuando es cierto que el señor Prieto Heredia aún debe esa suma, y no obra prueba en el expediente acerca de que se hubiera acordado esta forma de pago.

Consideraciones de la Sala

Ante todo, deja la Sala por sentado que al discurrir por el contenido del dictamen, cuya aclaración demanda de la señora perito, el defensor del procesado Senador Carlos Alonso Lucio López, lo encuentra claro, preciso y detallado en orden a las exigencias de la preceptiva del artículo 276 del Código de Procedimiento Penal. Efectivamente, en él se singularizan coherentemente los hechos que configuran el objeto del proceso, el cuestionario propuesto para su absolución, el concepto de los variados daños que aparejan la comisión de un delito, los métodos técnicos que se conocen para actualizar los daños emergente y el lucro cesante, y la aplicación de las fórmulas apropiadas de los sistemas utilizados; fundamentos sobre los cuales descansan las conclusiones del dictamen.

Además, es inconcuso para la Sala que la aclaración del dictamen pericial tiene como propósito medular disipar las confusiones, dubitaciones, u ofuscaciones, que produzcan su contenido, a objeto de tornarlo claro, inteligible y fácil de comprender, de suerte que le permita a los sujetos procesales en su momento debido controvertir sus fundamentos y conclusiones conforme a los intereses que propugnen en el proceso, y su valoración al funcionario judicial.

Así pues, es evidente para la Colegiatura que el señor defensor al pretender obtener de la perito explicación sobre las razones que la llevaron a aplicar el sistema Upac desechando los otros tres métodos que enunció en el dictamen, tanto a la actualización del daño emergente como a la cuantía que por honorarios aún debe el señor Prieto Heredia al abogado que lo asistió en el proceso que cursó en su contra en la Fiscalía General de la Nación, pese a que en el último evento no obra prueba dentro del expediente que demuestre la existencia de convenio en ese sentido; y hallar claridad sobre los motivos que la inspiraron para presumir que la fecha de pago de la fracción de los honorarios fue la que ostenta el memorial poder, sin que corra prueba que así lo evidencie; rebasa el alcance y los fines que persigue la aclaración del dictamen pericial, dado que cumpliendo la pericia con el planteamiento del interrogante a absolver, la indicación de las operaciones técnicas realizadas para responder la cuestión, y plasmadas de manera comprensible las conclusiones estribadas en los fundamentos técnicos seleccionados para el efecto, no muestra confusión o dubitación que justifique la explicación que se pide a la perito.

Ahora, *si lo que quiere el peticionario es degradar, en este momento, el valor probatorio de los fundamentos técnicos y conclusiones de la pericia, no es la vía de la aclaración del peritazgo el dispositivo procesal pertinente para alcanzar*

ese propósito. Además, que con arreglo al sistema de valoración racional de la prueba vigente en nuestro sistema procesal penal, la opinión técnica constituye otro medio de convicción que debe ser sopesado por el Funcionario Judicial en la etapa procesal correspondiente, atendiendo la firmeza, precisión, y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito, en conjunto con las demás pruebas que integran el proceso.

Es más, si por vía de hipótesis, la Corte al instante de dictar sentencia encuentra mérito para condenar al procesado, y además halla patentizada la existencia de un perjuicio privado producido con el delito, con arreglo a lo prescrito por el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal está en la obligación de señalar su monto, labor en la cual atendiendo los criterios de apreciación del dictamen previstos en el art. 273 del Código Procesal, atrás referidos, podrá acoger el dictamen pericial o desecharlo, evento en el cual deberá exponer las razones que tuvo en consideración. De ser esta última la variante adoptada deberá liquidar los perjuicios, empero, de no poder hacerlo el camino a seguir es el de aplicar lo normado por los artículos 106 y 107 ibídem.

Así las cosas, la Colegiatura negará la ampliación del dictamen solicitado por el señor defensor del procesado.

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

RESUELVE:

Denegar la petición de aclaración al dictamen pericial, elevada por el defensor del encausado Senador Carlos Alonso Lucio López.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués ,Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE CONTRADICCION-Actitud defensiva de no contrainterrogar/**DEFENSA TECNICA**-Oposición de criterios estratégicos

1. No es dable confundir el derecho a la controversia probatoria con la actitud defensiva de no contrainterrogar y menos aún, el de sopesar una personal práctica defensiva a otra precedente para que considerando idealísticamente más eficaz la primera se pueda colegir violatoria del derecho de defensa esta última.

2. La defensa técnica ha sido consagrada en las legislaciones respetuosas del Estado de Derecho como el medio idóneo para que un profesional, de quien se da por sentado su conocimiento en el saber jurídico, admitido como tal por el propio Estado, obtenga el pleno respeto de los derechos y garantías reconocidos al procesado, frente al cual, mientras no franquee los baremos constitucionales, legales y éticos en referencia, está en plena libertad de ejercitar, para el logro de ese fin, todos y cada uno de los medios que en su recto entender crea pertinentes, no pudiendo fatalmente coincidir con los que otro profesional de la misma ciencia y en ejercicio de la misma función pueda considerar eran los idóneos, pues precisamente la misma amplitud que le brinda los postulados valorativos que imponen el análisis de los hechos y la interpretación de las normas positivas, posibilitan en sí mismos diversas alternativas para llegar a un mismo objetivo.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 155 Proceso No. 11612

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Erika María Tolosa Restrepo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 20 de noviembre de 1.995, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado 19 Penal del Circuito de esa ciudad el 12 de septiembre del mismo año, que la condenó, junto con Javier Francisco Jaimes López, a la pena principal de 25 años y 6

meses de prisión, como coautores penalmente responsables de los delitos de homicidio en concurso con el de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Estos sucedieron a la altura de la carrera 54 con calle 52 de la ciudad de Medellín el día 23 de abril de 1994 a eso de la una de la mañana, cuando en momentos en que Javier Francisco Jaimes López y Erika María Tolosa Restrepo se encontraban ingiriendo licor en el establecimiento "Bar Americano", entró al lugar John Freddy Sarrázola, a quien después de observar por algunos minutos abordaron al momento en que salía del baño, procediendo aquélla a requisarlo, mientras que su compañero lo interrogaba sobre si pertenecía a las milicias populares, ordenándole al mismo tiempo que se quitara la capucha del buzo que tenía puesta, procediendo, ante la negativa de éste en cumplir tal orden, a dispararle en cinco oportunidades en la cara y en el pecho, produciéndole shok hipovolémico que determinó su muerte en la Policlínica Municipal a donde fue llevado de urgencias. Entre tanto, y como los agresores habían abordado un taxi para huir, con la colaboración de la ciudadanía, una patrulla policial los aprehendió, encontrándose dentro de un estuche de videocasete que llevaba consigo la mujer, el revólver Smith Wesson 32L. empleado para cometer el homicidio, que sin permiso de las autoridades portaban.

El levantamiento del cadáver correspondió al Fiscal 160 de la Unidad Segunda de Reacción, autoridad judicial que minutos después de realizada esta diligencia escuchó bajo la gravedad del juramento a Antonio Alzate Gaviria, quien además de contar en detalle la manera como se produjeron los hechos, manifestó conocer a la víctima desde hacía varios meses, como también haber observado a los agresores, de quienes aseguró pertenecían a una "banda de ladrones y sicarios", que utilizaban a mujeres para que fueran ellas quienes transportaran las armas con las cuales cometían sus delitos.

La investigación fue formalmente abierta por la Fiscalía 10 Seccional el propio día 23 de abril, vinculándose mediante diligencia de indagatoria a los procesados, quienes fueron asistidos por un abogado que de oficio se les nombrara, resolviéndose su situación jurídica el 28 de abril con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Se recepcionó entonces el testimonio de Jairo de Jesús Posada Amaya, amigo de John Freddy y quien lo acompañara la noche de los hechos, el cual fue enfático en manifestar que ese día habían consumido varias botellas de licor y se encontraban en estado de embriaguez, por ello sólo recuerda que a la víctima un "Moreno" le ordenó que se quitara una capucha que llevaba puesta y ante su negativa le hizo varios disparos.

Llamado a declarar el Cabo Segundo de la Policía Nacional César Augusto Granados Arias, quien integrara la patrulla que intervino después de

ocurridos los hechos, manifestó como una vez producida la aprehensión de los procesados acudió al bar en donde se desarrollaron, siendo informado de que quienes intervinieron en los mismos hacían parte de un grupo de delincuentes y que el arma empleada para cometer el homicidio inicialmente estaba dentro de un estuche que portaba la mujer, la cual le entregó a su compañero al momento de abordar a la víctima, para luego de dispararle volver a tomarla, conforme lo pudo corroborar al momento de producirse su captura y encontrar el arma en su poder.

El 2 de mayo, la procesada otorgó poder a un defensor de confianza, quien solicitó de inmediato ampliación de su indagatoria, la cual se cumplió el día 10 siguiente, fecha en la cual se practicó igualmente ampliación del testimonio rendido por Antonio Alzate Gaviria.

Mediante resolución del 13 de mayo posterior y ante la petición de revocatoria que de la medida de aseguramiento hiciera el defensor de Erika María, la Fiscalía Seccional Dos, a quien se asignara la investigación, la despachó negativamente.

Allegado al proceso el protocolo de necropsia y escuchadas las declaraciones de las empleadas del "Bar Americano", Patricia Tirado Herrera y Beatriz Elena Henao Montoya, así como en ampliación de indagatoria al procesado López Jaimes, el 28 de julio de 1994 se declaró cerrada la investigación.

Ante la renuncia al poder conferido por el apoderado de confianza de la procesada, el 5 de agosto de ese mismo año le fue designado en el cargo de defensor de oficio al profesional del derecho que desde entonces la asiste y que ha recurrido en casación, quien presentó en forma oportuna los respectivos alegatos precalificatorios.

Allegado el resultado del estudio de balística por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en él se concluye que los tres plomos encontrados en el cadáver de la víctima "son uniprocedentes con el revólver motivo de experticia, es decir, que fueron disparados" por el arma incautada a los procesados.

Mediante resolución del 18 de agosto de 1994 la Fiscalía Segunda Seccional de Medellín, profirió resolución acusatoria en contra de Erika María Tolosa y Javier Francisco Jaimes por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en decisión que oportunamente apelada por los procuradores judiciales de los acusados, mereció integral confirmación en segunda instancia el 18 de octubre siguiente.

Avocado el conocimiento por el Juzgado 19 Penal del Circuito y abierto el juicio a pruebas, mediante auto del 2 de mayo de 1995 se decretó la ampliación de los testimonios de Jairo de Jesús Posada y Antonio Alzate Gaviria solicitada por el defensor de Erika María, negando la inspección judicial que en el lugar de los hechos también impetrara él mismo y a través de proveídos del 12 de mayo y 6 de junio siguientes, por vencimiento de términos, se concedió la libertad provisional a los procesados.

A su turno, a través de interlocutorio del 19 de mayo y a petición de la Fiscalía, el Juzgado de Conocimiento modificó la fecha para la recepción de los testimonios de Alzate Gaviria y Posada Amaya, precisando que se recepcionarían en la diligencia de audiencia, lo cual no fue posible, por cuanto de conformidad con la constancia dejada por el citador del Juzgado el 31 de mayo, su localización no se logró, pese a las múltiples diligencias adelantadas con ese objetivo.

Finalmente, una vez cumplido el debate público, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias en los términos señalados en precedencia.

La Demanda

Dos cargos propone el defensor de la procesada Erika María Tolosa Restrepo contra el fallo impugnado, con amparo en las causales tercera y primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo

Acusa en esta censura el actor la sentencia de haberse proferido dentro de un proceso afectado de nulidad por vulneración del debido proceso y el derecho de defensa (artículos 304.2 y 3 y 306 del Código de Procedimiento Penal), de acuerdo con la regulación constitucional que de ellos hace el artículo 29, es decir, en tanto dispone que la defensa técnica debe garantizarse no solamente en la etapa de instrucción, sino también en la de juzgamiento.

Precisa, acto seguido, que de acuerdo con la realidad procesal puede constatarse que si bien a Erika María le fue nombrado un defensor de oficio para que la asistiera en la indagatoria, durante la fase instructiva prácticamente careció de defensa técnica, pues tampoco el letrado de confianza designado por breve espacio, ninguno de ellos, procedieron a controvertir la prueba de cargo, esto es, el testimonio de Antonio Alzate Gaviria.

Así, para el 5 de agosto de 1994, cuando al ahora demandante en casación se le nombró como defensor de oficio, la investigación ya se encontraba cerrada, de manera que solamente pudo presentar alegaciones previas a la calificación. Ya en la etapa del juicio solicitó algunas pruebas orientadas a interrogar al referido testigo y a establecer la veracidad de sus afirmaciones, como también dirigidas a verificar el lugar de los hechos, que en evidente "falla procedimental" se decretaron por auto de sustanciación, cuando debió serlo mediante interlocutorio, sin embargo de lo cual, "infortunadamente", no se practicaron.

Con estos antecedentes, agrega, es así que en las dos oportunidades en que se escuchó el testimonio de Alzate Gaviria, no pudo la procesada contradecir sus dichos por carecer de un defensor técnico, pero en su lugar, fueron escuchadas las declaraciones de Jairo de Jesús Posada Amaya y de dos empleadas del establecimiento donde ocurrieron los hechos, quienes contradicen "el dicho del testigo único y exclusivo para condenar a los procesados" y cuya

valoración junto con la demás prueba bajo las reglas de la sana crítica, aunado a las múltiples incongruencias que se advierten en el relato de éste, impiden darle cualquier credibilidad.

Sostiene, a renglón seguido, que las pruebas dejadas de practicar, una inspección judicial en el lugar de los hechos y la ampliación de las versiones de Alzate Gaviria y Posada Amaya, resultaban trascendentes para aclarar la situación de la procesada, pues habrían permitido establecer diversas situaciones importantes para la investigación, tales como el lugar exacto en donde los hechos se produjeron, si los dos hombres que se dice huyeron a pie al observar la presencia de las autoridades tomaron parte en ellos, como también, en fin, cuál fue verdaderamente la participación que en su realización podía atribuirse a Erika María.

Solicita, con fundamento en lo expuesto, se case el fallo impugnado y se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto por medio del cual se resolvió la situación jurídica a la procesada, con miras a que adelantada de nuevo la actuación se posibilite el ejercicio del derecho de defensa "que encuentra su punto máximo o su mayor clímax, en la efectivización de la contradicción de la prueba de cargo".

Segundo cargo

Se propone por violación indirecta de la ley sustancial, acusando la presencia de errores de hecho por "falso juicio de existencia, en cuanto a la forma de interpretar las pruebas reunidas en el expediente", que habría traído como consecuencia la aplicación indebida de los artículos 29 de la Ley 40 de 1993 y 247 del Código de Procedimiento Penal, a la vez que se dejó de aplicar el artículo 445 ídem, en el sentido de que las dudas obrantes en el expediente debieron favorecer a la procesada, máxime cuando no logró probarse el móvil homicida y menos que su intervención en el hecho punible lo fue como coautora, tomando como base "indicios mal formados; donde se dio como certeras, (sic.) unos hechos dudosos o inciertos, amén de contradictorios".

Fijando por anticipado el propósito de esta censura, afirma que mediante ella persigue que se case el fallo y se absuelva a la procesada, conforme al principio del *in dubio pro reo*.

Como fundamento del reproche, comienza por destacar que solamente puede dictarse sentencia condenatoria en tanto se encuentren demostrados todos y cada uno de los elementos del delito y exista certeza sobre la responsabilidad, que es precisamente lo que no sucedió en este caso, ya que los juzgadores de instancia sustentaron la condena únicamente en el testimonio de Antonio Alzate Gaviria, sin tener en cuenta que el no pudo contradecirlo como correspondía y pese a que las declaraciones de Gloria Patricia Tirado, Patricia Elena Henao y Jairo de Jesús Posada Amaya, permiten "descartar o darle la credibilidad en el grado de certeza al dicho de Alzate Gaviria".

Encuentra por ello que es de radical importancia tener en cuenta las contradicciones en que incurre este testigo, tales como la de que no obstante

haber señalado en su primera versión que los hechos ocurrieron en el bar Bucana, en la segunda aseguró que estos sucedieron en el bar Americano, o que se desarrollaron en la parte exterior del establecimiento, pero tampoco es preciso a la hora de indicar el estado anímico en que se encontraba la víctima, pues lo hace aparecer como normal mientras que en la propia necropsia se dejó constancia del alto grado de concentración alcohólica que tenía en la sangre y los demás testigos también corroboran el avanzado estado de embriaguez en que se encontraba.

Pero además, tampoco se practicó la diligencia de reconocimiento en fila de personas, cuando esta se hacía necesaria para que no quedara duda sobre la imputación que se le hacía a su defendida, omitiéndose además un verdadero sobre los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pudiéndose afirmar, así, en concepto del actor, que para condenar a la procesada se acudió a la responsabilidad objetiva.

En relación con esto último, asegura, los sentenciadores en ningún momento determinaron con claridad cuál fue la participación "eminentemente dolosa" de su representada, ni de donde surge que su presencia en el bar con un ocasional amigo lo hubiera sido con el propósito de causarle la muerte a una persona, menos aun cuando la acción se habría producido de manera súbita y sorpresiva, sin plancarlo con su defendida.

De lo expuesto infiere que, "la trascendencia de la inaplicabilidad del artículo 445 del C. de Procedimiento Penal, que regula el in dubio pro reo, trajo consecuencias desfavorables a mi defendida, debido a que se tomó como certero lo que era dudoso" al dársele fe a un testigo que resultaba dudoso y que no fue posible cuestionar por la defensa, pese a no ser claro en sus asertos y por el contrario impreciso y falaz.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Para responder a esta censura, recuerda en primer orden el Ministerio Público que es reiterada la jurisprudencia de la Corte sobre los requisitos que debe contener un ataque a la sentencia por la causal de nulidad, máxime si lo pretendido es alegar la omisión en la práctica de pruebas, pues resulta imperioso demostrar que de no haberse presentado variaría sustancialmente la situación jurídica del afectado.

Pues bien, ningún reparo cabe al proceso en relación con la aducida falta de defensa técnica de la cual se afirma careció Erika María, toda vez que siempre estuvo asistida por un defensor letrado, e incluso el elegido por ella misma solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento, con posterioridad a pedir ampliación de la indagatoria, de donde carece de realidad la afirmada vulneración de este derecho.

Ahora, sustentar la censura en el hecho de que falló la defensa por no haberse interrogado al testigo Alzate Gaviria, como también lo ha señalado

la jurisprudencia, no conduce en manera alguna a la vulneración de tal derecho, pues "los defensores no están obligados a intervenir en determinadas pruebas o a solicitar otras que resulten improcedentes, inútiles o contrarias, según su parecer a sus intereses, o cuando no conducen a ningún resultado y sólo en busca de demostrar un actuar diligente", de donde resulta válido, incluso, en casos como el presente y debido a la claridad y fuerza de sus atestaciones, que se deje pasar sin interrogar a un testigo.

Finalmente, en relación con la declaración de Jairo de Jesús Posada Amaya y dos empleadas del bar, de su lectura no se infiere absolutamente ningún elemento real que favorezca a la procesada, el primero por su estado de embriaguez y las segundas por cuanto sus ocupaciones no les permitieron observar en detalle la manera como sucedieron los hechos.

En consecuencia, limitarse a afirmar que careció la procesada de defensa técnica, como lo hace el demandante, por el hecho de no haberse sometido a interrogatorio a Alzate Gaviria, constituye un simple enunciado, que se muestra deficiente en su demostración, máxime cuando de la comparación de sus afirmaciones con aquellas rendidas por los testigos, el Tribunal dejó sentado con claridad que el dicho del presencial resulta completo y clave en orden a establecer la realidad de los sucesos, sin que se pudiera demeritar.

Entiende así, por tanto, que el cargo no debe prosperar.

Segundo cargo

Para el Procurador Delegado, los desaciertos técnicos son ostensibles en la proposición de este cargo, pues pese a afirmar que acude a la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho derivado de falso juicio de existencia, en realidad en seguida se advierte que la censura está referida es a la forma como los sentenciadores "interpretaron las pruebas", sometiendo a una verdadera crítica valorativa el testimonio de Alzate Gaviria, sin tomar en cuenta que precisamente a través de lo manifestado por éste concluyó el fallador, recogiendo la realidad fáctica que se descubre en su relato, que los procesados Jaime Francisco Jaimes y Erika María esperaron que el hoy occiso saliera del orinal para abordarlo y mientras la mujer lo sometía a requisa, aquél lo encuellaba para después de hacerle algunas preguntas dispararle repetidamente, de donde coligió el Tribunal que en efecto "sí hubo un plan o convenio antes de iniciar la acción", lo que además se desprende del conocimiento que se tuvo de su pertenencia a una "supuesta banda de delincuentes", de donde ninguna ajenidad puede decirse tenía con los hechos, pues por el contrario así en forma directa materialmente no realizara la conducta, su comportamiento se enmarca "dentro de los requisitos de la coautoría por un dominio común del hecho".

Encuentra por eso el Ministerio Público que en nada inciden los interrogantes que formula el censor respecto a las presuntas inexactitudes en que haya podido incurrir el testigo, pues el sentenciador no encontró en ellas absolutamente ninguna circunstancia generante de duda, antes bien el

dicho de Alzate Gaviria es coincidente "en muchos aspectos con algunas manifestaciones de los procesados, como el móvil fútil de la agresión, el uso de un revólver guardado en una especie de libro o casete".

Ahora, la conclusión resulta aún más desconcertante, si se tiene en cuenta que la falta del reconocimiento de la duda que aduce el censor, además de carecer de demostración y a que el cargo se formuló por presuntos errores de hecho, es la de contraponer su propio análisis valorativo de las pruebas al cumplido por los sentenciadores, desconociendo de paso, que como se desprende de las propias afirmaciones de los procesados, fueron ellos mismos "quienes confirmaron su presencia y participación en los hechos".

Este cargo, también debe desecharse.

CONSIDERACIONES

Primer Cargo

1. Es una verdad jurídico-procesal inconcusa, como que su fuente se encuentra en la Constitución Política del Estado y de suyo, en el sustento y fundamento de todo Estado de Derecho, que el procesamiento penal de sus habitantes debe estar amparado en el pleno ejercicio de la contradicción probatoria, hasta el punto que, hoy por hoy, se reconoce como la base del proceso mismo, esto es, que su legalidad y más aún su legitimidad vienen a depender de la plena posibilidad que se haya tenido de ejercitarla en la actividad procesal, encontrando en ella plena materialización la defensa y fundamentalmente la llamada defensa técnica.

2. No obstante este máximo postulado garantizador de la legalidad procesal, imperativo es precisarlo dentro del vago ámbito de las hipótesis o confusas proyecciones conceptuales que tienden a tomar su respeto en el paradigma de simples irregularidades o informalidades que no quebrantan su esencia o en personalísimas tesis que por sacar avante los intereses defensivos dejan de lado su propia naturaleza y límites en los cuales se desenvuelve. Así, *no es dable confundir el derecho a la controversia probatoria con la actitud defensiva de no contrainterrogar y menos aun, el de sopesar una personal práctica defensiva a otra precedente para que considerando idealísticamente más eficaz la primera se pueda colegir violatoria del derecho de defensa esta última.*

3. El ejercicio del derecho de defensa lo consagra la Carta Política y lo desarrolla la ley procesal penal dentro de toda la amplitud que le imponen los límites propios del Estado de Derecho, es decir, que puede ejercerse plenamente sin desconocer la misma Constitución y los marcos legales, tanto procesales como éticos: de ahí que su quebrantamiento no pueda corresponder a la búsqueda de medios que finalmente terminen con la negación del propio deber del Estado de ejercitar su poder punitivo para cumplir los fines sociales para los cuales ha sido creado, o dicho en otros términos, que de lege ferenda se niegue a sí mismo.

4. La defensa técnica ha sido consagrada en las legislaciones respetuosas del Estado de Derecho como el medio idóneo para que un profesional, de quien se da por sentado su conocimiento en el saber jurídico, admitido como tal por el propio Estado, obtenga el pleno respeto de los derechos y garantías reconocidos al procesado, frente al cual, mientras no franquee los baremos constitucionales, legales y éticos en referencia, está en plena libertad de ejercitar, para el logro de ese fin, todos y cada uno de los medios que en su recto entender crea pertinentes, no pudiendo fatalmente coincidir con los que otro profesional de la misma ciencia y en ejercicio de la misma función pueda considerar eran los idóneos, pues precisamente la misma amplitud que le brinda los postulados valorativos que imponen el análisis de los hechos y la interpretación de las normas positivas, posibilitan en sí mismos diversas alternativas para llegar a un mismo objetivo.

5. Es por ello que cuando menos resulta inusitado el planteamiento del casacionista, al argüir como violación al derecho de defensa el hecho de que los dos defensores que lo precedieron no optaron por la táctica defensiva que en su sentir considera era la ejercitable, pues con iguales razones aquellos podrían argumentar precisamente lo contrario o admitir, lo cual realmente carecería de explicación jurídica, que el cambio de defensor en un proceso impondría, por sí mismo, el retrotraer lo actuado para repetir las pruebas practicadas. Por el contrario, lo que importa es que el incriminado no carezca de defensa técnica durante el curso del proceso y no la táctica defensiva que se haya utilizado por quien antes desempeñaba la misma función, pues quien entra a ejercerla, imprescindiblemente debe partir del estado en que se encuentra la actuación procesal correspondiente.

6. Ahora, el hecho de que, precisamente, en pleno ejercicio del derecho de contradicción probatoria haya recurrido el demandante a solicitar la ampliación de la declaración rendida por el testigo de excepción y el compañero de la víctima, y que estas no hayan podido practicarse en el debate público por que fue físicamente imposible su localización, tampoco puede constituir un argumento de invalidez procesal por presunta violación al derecho de defensa, ya que, de una parte, estos testimonios sí fueron aportados al proceso y el de Alzate Gaviria debidamente ampliado, sin que haya considerado necesario el defensor que para ese momento cumplía con esta labor, contrainterrogarlos; y de otra, porque al haberse agotado las vías procesales posibles para obtener su comparecencia a la audiencia, hasta el punto de que ni el mismo defensor pudo colaborar para su localización, pues nada dice en contrario, no se observa razón jurídica alguna para cuestionar su no recepción, toda vez que las pruebas que el Estado está en la obligación de practicar son únicamente aquellas que legal y materialmente puedan llevarse a efecto y no las de imposible cumplimiento, quedando así limitado el juez a valorar exclusivamente las aportadas legalmente al proceso.

7. Y, si bien es cierto que el juez de la causa erró al decidir sobre las pruebas que el actual defensor solicitó en la etapa del juicio, al disponer la

ampliación de los testimonios de Antonio Alzate Gaviria y Jairo de Jesús Posada Amaya se recepcionaran dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria del auto que los decretó, cuando lo correcto era que se practicaran en la audiencia pública, también lo es que una tal equivocación carece de cualquier relevancia dentro del proceso, pues dicha decisión quedó sin efectos cuando al resolver el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el Fiscal, se subsanó este yerro.

8. Sobre este mismo particular, carece de razón el censor al cuestionar, como un argumento más, que a la postre deja sin desarrollo, que el fallo impugnado es inválido por cuanto el juez de conocimiento al acceder a las referidas ampliaciones que había solicitado como pruebas para que se practicaran en la audiencia y negarle la inspección judicial en el lugar de los hechos, debió hacerlo mediante auto interlocutorio y no de sustanciación, ya que con un tal planteamiento también desconoce este profesional que la naturaleza de las decisiones no se establece exclusivamente por su forma sino por su contenido y efectos, pues en este caso el hecho de que esa decisión carezca de las formas acostumbradas en la práctica para la elaboración de aquéllos, es lo cierto que por la naturaleza de lo decidido, esto es, que en él, además de accederse a unas pruebas se negó la práctica de otra, le corresponde el carácter de interlocutorio; de ahí que, por ello, dispuso el juez su notificación, como en efecto sucedió, habiendo concurrido a ese acto el propio defensor, ahora demandante, quien ninguna inconformidad manifestó al respecto.

9. Así las cosas, el cargo no está llamado a prosperar, más aún cuando en su deficiente planteamiento termina el libelista por incursionar en el falso juicio de convicción al reclamar un problema de valoración probatoria, confrontando su personalísimo criterio con el del fallador, respecto a la credibilidad que debió otorgársele al testigo de cargo, entremezclando en esta forma la causal tercera con el cuerpo segundo de la causal primera, tornándose evidente no sólo la inseguridad del demandante en el cargo de invalidez que formula sino igualmente su desconocimiento sobre la técnica casacional.

Segundo cargo

1. En este reproche y retomando los cuestionamientos valorativos con que termina el anterior, aduce el censor acudir a la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, proponiendo un supuesto error de hecho por "falso juicio de existencia", el cual nunca concreta ni desarrolla, como que todo su esfuerzo lo dedica en realidad a confrontar la credibilidad que los juzgadores otorgaran al testigo Antonio Alzate Gaviria, en la medida en que, desde su criterio apreciativo de esta prueba, de las dos versiones rendidas por aquél puede afirmarse que su dicho resulta "a todas luces incoherente", pero además, también "contradictorio" y de la misma manera "impreciso y poco veraz", calificativos que da a esta declaración una vez la ha sometido a riguroso y detallado escrutinio sobre aspectos absolutamente inanes referidos por ejemplo a que si la víctima se encontraba ebria o no, o a

la confusión inicial sobre si los hechos se produjeron en el bar Bucana o en el Americano, dejando de lado precisamente aspectos determinantes y concretos que evidencian la gravedad de sus imputaciones, pues sobre ellos emerge contundente la imputación delictiva por ser, según tal testigo, los protagonistas de los hechos investigados.

2. Ahora, respecto de la afirmación según la cual "quien señala a una persona como responsable de la comisión de un ilícito, debe para completar su testimonio y no quede en margen de dudas (sic.), señalarla en fila de personas", además de carecer de una mínima relación con la causal escogida, el sentido y motivo del reproche, ya que resulta sugerente es de una prueba que en sentir del demandante ha debido practicarse, no tiene ningún respaldo en la ley pues evidentemente un testimonio así contenga imputaciones delictivas en contra de una persona, no es "incompleto" por el hecho de no hacer un directo y personal señalamiento de ella a través de una diligencia como la de reconocimiento en fila, mucho menos cuando ni siquiera los propios procesados se mostraron ajenos a los hechos, pues muy al contrario, a partir de su participación en ellos, que no negaron, pretendieron dar explicaciones sobre las razones o circunstancias en que cada cual actuó.

3. Mayor es el desatino técnico que evidencia el reproche, si se tiene en cuenta que, condicionado como estaba a demostrar dentro del propuesto falso juicio de existencia en el error de hecho, que los juzgadores omitieron o supusieron una prueba, en divorcio total con dicho postulado, afirma que a la procesada Erika María Tolosa Restrepo, se le dedujo una típica responsabilidad objetiva, en donde no se demostró su actuar doloso, para culminar inusitadamente solicitando el reconocimiento del *in dubio pro reo*, pese a no haber realizado el necesario esfuerzo dirigido, si este era en verdad el objeto de la censura, a demostrar que de no mediar yerros fácticos se habría impuesto la admisión de la duda insuperable, sin embargo, lejos de ello, el respaldo que dice tener para su petición, reitera el lugar común expresado en desarrollo de este cargo, esto es, la manifiesta oposición con el criterio valorativo de los sentenciadores, por haberle dado credibilidad "al dicho de un testigo que no pudo ser cuestionado por la Defensa, porque nunca se presentó a declarar y mucho menos fue claro en sus asertos anteriores, ya que como quedó demostrado en la relación anterior sus dichos a más de imprecisos, fueron falaces".

Desde luego, este cargo, tampoco prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Principio de la doble incriminación/
EXTRADICION/ALEMANIA

Uno de los requisitos contenidos en la norma citada es el denominado "principio de la doble incriminación" definido por la misma Ley de Procedimiento Penal como "que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a 4 años". (artículo 549, ordinal 1°).

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

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

Aprobado Acta No. 158 Proceso No. 15190

Procede la Corte a emitir concepto en relación con la solicitud de extradición que del ciudadano alemán Wolfgang Dirk Klaus Grägel ha hecho ante las autoridades colombianas el Gobierno de la República Federal de Alemania a través de su embajada en Santa Fe de Bogotá D.C.

I. La Solicitud de Extradición

1.- El Gobierno de la República Federal de Alemania, solicita la extradición del ciudadano alemán Wolfgang Dirk Klaus Grägel, a quien requiere para que en territorio de ese país responda por el cumplimiento de 1088 días que le restan de la pena que le fuera impuesta en sentencia del 13 de abril de 1995 por medio de la cual la Sala 10ª del Tribunal Provincial de Augsburg (Alemania) lo condenó a una pena total contra la libertad de 5 años y 4 meses como responsable de 3 delitos de robo, 2 de los cuales fueron calificados como especialmente graves y uno de ellos como un "robo con escala ejemplar". (folio 17, cuaderno anexo)

II. Los Hechos que la Motivan

Fueron objeto de la siguiente presentación en la sentencia del 13 de abril de 1995 por la 10ª Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Augsburg:

"a) Un día en el mes de junio de 1992 (la fecha ya no se puede determinar con exactitud) el acusado Grägel estaba junto con la testigo Ulrike Störcher en el apartamento del encarcelado Bernd Askerzade. Al registrar el baño sin ser visto por la testigo Störcher el acusado Grägel descubrió el escondrijo detrás del portillo de inspección. Después de retirar la tapa de azulejos, encontró muchos papeles y sobres y un fajo de dinero en efectivo allí escondido por el valor de al menos 30.000 DM.

"En ese momento a más tardar el acusado decidió de apropiarse de ese dinero y de gastarlo por su cuenta. Después de recoger el dinero de su escondrijo y guardarlo en su ropa él cerró el portillo con la tapa de azulejos. Los papeles y en especial los sobres con los títulos valores por el valor de aproximadamente 600.000 DM los dejó primeramente inadvertidos en su escondrijo.

"El acusado Grägel pudo ocultar el robo del dinero ante la testiga Störcher que estaba con él en el apartamento de Bernd Askerzade.

"Durante la subsiguiente estancia en el apartamento el acusado Grägel, sin embargo, se dió cuenta de que más tarde se descubriría la falta del dinero y uno podría sospechar de él. Pensando en como podía hacer sospechoso a otra persona finalmente tuvo la idea de fingir un robo de fractura. Para preparar eso manipuló sin ser visto por la testiga Störcher el tirador de la ventana de la cocina de manera que la ventana quedaba abierta y se podía abrir desde fuera presionando ligeramente contra el cristal. Con ello quería preparar su planeada reentrada en el apartamento. Poco después el acusado Grägel salió junto con la testiga Störcher del apartamento en la calle Deuterstrasse de Neusäss.

"b) En un momento, que ya no se puede determinar con exactitud, poco después del hecho arriba mencionado y antes del 24 de junio de 1992 el acusado Grägel fue a Neusäss la noche bien entrada para entrar como planeado por la ventana en el apartamento del testigo Bernd Askerzade y registrarlo, 'como en un verdadero robo con fractura'. Además de eso el acusado Grägel había decidido entretanto de buscar en esta ocasión otros objetos dignos de ser robados y de llevárselos. Mediante una escalera que el acusado Grägel había recogido de un terreno en obras de la vecindad, entró por la ventana de la cocina no cerrada en el apartamento. Registró y buscó en todos los armarios y cajones, tiró los respectivos contenidos al suelo y quitó de las paredes los revestimientos de los enchufes. En el baño abrió el portillo de inspección y quitó los papeles y sobres que allí se encontraban. Los títulos valores por el valor total de más de 600.000 DM escondidos detrás del portillo los tomó el acusado Grägel para apropiarse de ellos y disponer de ellos a su gusto. Después de haber fijado una cuerda en el tirador de la ventana, el acusado salió del apartamento por la ventana de la cocina. Con la cuerda fijada en la ventana de la cocina quería dejar la impresión de que la ventana entreabierta fuera abierta con esta cuerda por un ladrón. Después de haber salido el acusado echó la escalera en un seto.

"El día 24 de junio de 1992 y el día 25 de junio de 1992 el acusado vendió los títulos valores robados a través de operaciones al contado en diferentes

bancos de la ciudad de Munich por un valor total de 624.339 DM. Detalladamente el acusado cobró por 5 títulos 6,5% Midland por el valor de 50.000 DM (5 x 10.000 DM) una suma de 47.402 DM, por otros 18 títulos Midland por el valor nominal de 180.000 DM una suma de 169.387 DM, por 34 títulos 7% Haindl por el valor nominal de 340.000 DM (34 x 10.000) una suma de 307.662 DM y por 15 títulos 6,25% Zanders por el valor nominal de 105.000 DM (10 x 10.000 D:M + 5 x 1.000 DM) una suma de 99.888 DM.

"c) El sábado, 4 de julio de 1992 al visitar el apartamento de Bernd Askerzade la próxima vez, la testigo Ulrike Störcher encontró el apartamento revuelto. El martes, 7 de julio de 1992, se fue al Centro Penitenciario de Augsburgo a visitar a Bernd Askerzade informándole sobre el robo con fractura en el apartamento. Fue entonces cuando aprendió que había habido detrás del portillo de inspección de la bañera abierto títulos valores por un valor de más de 600.000 DM. El testigo Bernd Askerzade encargó a la testigo Störcher de hacer congelar los títulos valores en el banco Hafner Bank de Ausburgo donde Askerzade había comprado dichos títulos valores. Esto, sin embargo, fracasó porque Bernd Askerzade no podía dar los números de los títulos valores. Además el acusado Grägel ya había vendido los títulos valores el 24 de junio de 1992 y el 25 de junio de 1992. No fue hasta el 7 de julio de 1992 cuando la testiga Ulrike Störcher denunció en el puesto de policía de la ciudad de Gersthofen el robo con fractura. Por orden de Bernd Askerzade no mencionó el robo de los títulos valores porque Askerzade temía demandas fiscales. En el período subsiguiente, al arreglar de nuevo el apartamento de Bernd Askerzade la testiga Ulrike Störcher encontró una nota escrita a mano que listaba el valor de los títulos valores. El valor de los títulos se sumaba en 1.170.963,76 DM. De ello concluyó la testiga Störcher que Bernd Askerzade debía de haber escondido más títulos valores por el monto de aproximadamente medio millón de marcos que él ocultaba a ella y que el ladrón probablemente no había encontrado. Ulrike Störcher contó al acusado Grägel lo que sospechaba. Ambos acordaron en buscar en el apartamento de Askerzade los títulos valores de los que sospechaban encontrar allí y que los había ocultado Askerzade. Pidieron al testigo Wolfgang Staffler que les ayudara en su búsqueda pudiendo mover muebles pesados. Störcher y Staffler no encontraron nada. El acusado Grägel, sin embargo, tuvo 'éxito'. Descubrió el escondrijo de la segunda parte de los títulos valores en la cocina por debajo del tablero encima de la nevera.

"El acusado Grägel ocultó su descubierta ante los testigos Störcher y Staffler. Decidió escalar más tarde solo en el apartamento de su amigo encarcelado y robarle también los demás títulos valores. Después de que Ulrike Störcher y Wolfgang Staffler habían cesado de buscar, el acusado Grägel salió con ellos del apartamento.

"El 6 de agosto de 1992 el acusado Grägel le contó al acusado Kaltenbach su plan de robar del apartamento de Bernd Askerzade los demás títulos valores por el monto de medio millón de marcos.

"[...]

"El 7 de agosto de 1992 ambos -elegantemente vestidos y con carteras a la mano - fueron en el coche de la marca BMW del acusado Grägel a la tienda de llaves del testigo Alexander Sykora encargándole a abrir la cerradura de la puerta del apartamento de Askerzade en la calle Deutersstrasse 1 de Neusäss. Para simular que ellos estaban autorizados para hacer abrir el apartamento presentaron al testigo Sykora un fax adrede preparado que decía que el propietario del apartamento Askerzade les había dado la 'autorización' de hacer abrir el apartamento para sacar de ello papeles. Esta autorización estaba falsificada. Pero no se podía determinar exactamente quien de los acusados había escrito esta autorización falsificada dado que ambos mantenían que el otro había preparado el fax. Además no se podía aclarar si y qué acuerdos, en caso de que los hubiera, habían tomado ambos acusados sobre el futuro reparto de la posible presa.

"Sin duda alguna el papel del acusado Kaltenbach era de simular seriosidad ante el servicio llavero de Sykora. Ambos acusados partieron de que dos hombres de aspecto cuidado y conscientes de sí mismos causaban mejor impresión en el testigo Sykora que sólo uno de ellos.

"Tenían éxito con su plan. Ambos acusados lograron defraudar al testigo Sykora con la autorización fingida y sus apariencias conscientes de sí mismos. El aceptó el encargo de buena fe abriendo con herramientas especiales la puerta del apartamento que no estaba cerrada a llave. Ambos acusados entraron al apartamento. El acusado Grägel robó de su escondrijo por debajo del tablero encima de la nevera los sobres con los títulos valores [...]" que vendieron en Munich (Alemania) "ganando al menos una suma de 568.704 marcos alemanes.[1]

III. El Alegato de Conclusión

La señora abogada defensora del requerido Wolfgang Dirk Klaus Grägel solicita de la Corte se emita concepto desfavorable a la extradición, por incumplimiento de los requisitos del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, lo que demuestra así:

1. Considera que falta claridad y concreción de los cargos en la Nota Verbal que sustenta la extradición. Se acusa al requerido de un cargo de fuga de presos por no haber regresado a la cárcel después de una salida autorizada, sin que se aporte resolución judicial o documento alguno que formalice tal imputación, lo que impone la emisión de un concepto negativo.

2. A la petición de extradición fundada en la sentencia del 13 de abril de 1995 de la Sala 10ª de lo Penal del Tribunal Provincial de Augsburg, se opone por la falta del requisito de penalidad dispuesto en el artículo 549 del Código de Procedimiento Penal.

---

[1] Es transcripción literal de la traducción de la sentencia, folios 28 a 35 del cuaderno anexo.

Advierte que se trata de un delito que se consagra en la normatividad alemana como robo, que equivale en la legislación nacional al hurto (artículo 349 del Código Penal) que en su modalidad simple está sancionado con pena de 1 a 6 años y calificado tiene sanción de prisión de 2 a 8 años.

Como la pena mínima del delito de hurto es en cualquier caso inferior a 4 años, solicita de la Corte la emisión de concepto desfavorable.

IV. Las Consideraciones de la Corte

1.- De acuerdo con el concepto rendido por el Ministerio de Relaciones Exteriores mediante oficio O.J.E. No. 108594 del 30 de octubre de 1998 en cumplimiento del artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, "por no existir convenio aplicable al presente caso es procedente obrar de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal colombiano". (folio 78, carpeta anexa).

2.- El Código de Procedimiento Penal colombiano señala en el artículo 558 que la Corte fundamentará el concepto de extradición en: La validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación y la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero.

La favorabilidad del concepto depende de la concurrencia de todas las circunstancias indicadas en la norma. A falta de por lo menos una de ellas, el concepto habrá de ser negativo.

3.- *Uno de los requisitos contenidos en la norma citada es el denominado "principio de la doble incriminación" definido por la misma Ley de Procedimiento Penal como "que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a 4 años". (artículo 549, ordinal 1°).*

4.- Los hechos que motivan la solicitud de extradición que hace el Gobierno de la República Federal de Alemania del ciudadano Wolfgang Dirk Klaus Grägel titular del pasaporte de tal nacionalidad No. 9233390159 (folio 59, carpeta anexa), hacen mención a la sustracción de varios títulos valores por un total de 1.193.043 marcos alemanes (DM) y de 30.000 marcos alemanes en efectivo.

La sustracción del dinero y de los títulos valores, comprenden 3 hechos claramente diferenciados en el tiempo, que se inician en un día no precisado de junio de 1992 y culminan el 7 de agosto del mismo año.

Esos hechos, suficientemente descritos en el apartado correspondiente de este concepto, también están previstos en Colombia como delito al encontrar correspondencia con las descripciones típicas del delito de hurto, en sus modalidades agravada y calificada.

5.- La sustracción de los 30.000 marcos alemanes en efectivo que ocurrió un día no precisado del mes de junio de 1992 en la forma señalada en el

literal "a" del apartado de los hechos, es en Colombia un delito de hurto agravado. (artículos 349 y 351 del Código penal).

El ingreso al apartamento de la víctima Bernd Askerzade le fue franqueado al inculpado Grägel por la testigo Ulrike Störcher que a su vez había recibido de manos del primero, las llaves del inmueble para que ella pudiera arreglar el apartamento y recoger de allí unos papeles.

La circunstancia de agravación del hurto se predica de la confianza que la víctima depositó en Grägel permitiéndole el acceso al apartamento, hecho determinante del descubrimiento y apoderamiento de la suma de dinero referida; y de la preparación del siguiente hurto.

6.- El segundo de los delitos tuvo lugar en una fecha no determinada, pero después del anterior y antes del 24 de junio de 1992, en las circunstancias descritas en el literal "b" del apartado de los hechos.

Frente a la Legislación Nacional esos acontecimientos encuentran adecuación típica como hurto calificado y agravado, pues el requerido Grägel actuó bien entrada la noche y usó una escalera para ingresar por la ventana del apartamento, todo lo cual constituyen circunstancias de agravación por actuar de noche (artículo 351 numeral 9° del Código Penal); y de calificación por cometer el hurto penetrando clandestinamente en lugar habitado, aunque su morador habitual estaba por entonces en la cárcel; y mediante escalamiento (artículo 350 numerales 3 y 4 del Código Penal) pues los hechos dan cuenta del uso de una escalera para acceder al inmueble de donde se sustrajo títulos valores por un valor de 624.339 DM.

7.- El tercer suceso tuvo lugar el 7 de agosto de 1992 en las circunstancias de tiempo modo y lugar que se relatan en el literal "c" del apartado de los hechos.

En tal ocasión el requerido en extradición Grägel se hizo a la suma de 568.704 marcos alemanes representados en títulos valores. Para el apoderamiento simuló haber sido autorizado por el dueño del apartamento para el ingreso al mismo, mediante la exhibición de un fax apócrifo a un cerrajero que mediante el uso de herramientas especiales abrió el apartamento para que él y Michael Kurt Otto Kaltenbach con quien obraba en connivencia ingresaran al mismo.

La naturaleza de los hechos permite similar adecuación típica. Se trata de un delito de hurto calificado y agravado; se califica por la circunstancia señalada en el numeral 4 del artículo 350 del Código Penal en consideración a las herramientas especiales usadas por el engañado cerrajero para abrir la puerta del apartamento; y, se deducen las agravantes descritas en los numerales 4 y 10 del artículo 351 del Código Penal, pues Grägel actuó aduciendo la calidad supuesta de autorizado y obró con otra persona con la que acordó cometer el hurto.

8.- Sin duda que los hechos por los que la Sala 10ª de lo Penal de la Audiencia Provincial de Augsburg (Alemania) condenó a Wolfgang Dirk Klaus

Grägel también están previstos como delitos en Colombia. Frente a la legislación nacional son constitutivos de los delitos de hurto agravado -uno- y calificado y agravado -los otros dos-, para los cuales la pena es privativa de la libertad pero su mínimo es de 28 meses (2 años y 4 meses), inferiores a los 4 años que exige el ordinal 1° del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal para que pueda concederse la extradición, por lo que la Corte emitirá concepto desfavorable.

9. Adicionalmente, ni siquiera incluyendo como hipótesis de agravación la del ordinal 1° del artículo 372 del Código Penal, con la condición en que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-070 de 1996[2], podría emitirse un concepto favorable.

Frente al salario mínimo vigente de $236.460.oo mensuales incrementado en la proporción señalada por la Corte Constitucional (18.83), se obtiene una cuantía actual para agravación de $4.452.541,80. El hurto de cuantía más pequeña por el que se condenó a GRÄGEL en Alemania fue el de dinero en efectivo que ascendió a 30.000.oo marcos alemanes que a la tasa representativa del día (1084.30 pesos por 1 marco alemán) significan un total en pesos colombianos de $32.529.000.oo

Incrementada en una tercera parte la pena de los hurtos calificados y agravados, el mínimo ascendería a 37 meses y 10 días, dosificación penológica que enfrentada al requisito del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, resulta igualmente insuficiente e impide la emisión de un concepto favorable.

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

RESUELVE:

1°.- CONCEPTUAR DESFAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano alemán Wolfgang Dirk Klaus Grägel, solicitada por el Gobierno de la República Federal de Alemania.

2°.- Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia para lo de su cargo y comuníquese con copia del concepto al Fiscal General de la Nación.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (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 O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

---

[2] "Declarar EXEQUIBLE el numeral 1° del artículo 372 del Decreto Ley 100 de 1980, siempre y cuando la expresión "cien mil pesos" se entienda en términos de valor constante del año 1981, equivalente a 18,83 salarios mínimos legales mensuales vigentes"

DEMANDA DE CASACION-Exigencias técnicas

Al interior de un mismo cargo no se pueden entremezclar ataques correspondientes a distintas causales, pues cada una tiene una peculiar configuración y naturaleza, se rige por reglas técnicas diferentes y genera particulares consecuencias jurídicas

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

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

Aprobado Acta No. 158 Proceso No. 15162

Resuelve la Corte la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre del procesado Edison de Jesús Cardona Ospina.

ANTECEDENTES

1. El Juzgador de segunda instancia sintetizó los hechos así:

"En la vereda 'San Miguel', corregimiento 'La Tablaza', comprensión territorial de 'La Estrella' (Antioquia), habitaban desde su infancia los jóvenes, Edison Fernando Acevedo Tapias, conocido como 'el Loco' y Edison de Jesús Cardona Ospina, apodado 'Mazamorra', entre quienes existía una amistad apenas neutral.

"Al promediar el día primero de mayo de 1996, los dos jóvenes fueron vistos en un morro adyacente, en una improvisada cancha de balompié, al parecer discutiendo, a juzgar por sus ademanes, sobre asunto que no concretó la encuesta. En un momento dado, cuando Acevedo Tapias volteó para retirarse del lugar, Cardona Ospina le descerrajó un 'Changonazo' (o dos según algunos testigos), a mansalva, cuyos múltiples proyectiles le impactaron 'entre ocho y once espacios intercostales izquierdos, entre región axilar posterior y línea escapular interna izquierda', ocasionándole destrozos y traumatismos de tal magnitud que le produjeron su deceso en la misma fecha, no obstante haber sido intervenido quirúrgicamente en el Hospital de Caldas".

2. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, mediante sentencia del 13 de abril de 1998, condenó a Edison de Jesús Cardona Ospina a la pena principal de 485 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor del delito de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Inconforme con la anterior decisión, el defensor y el procesado interpusieron el recurso de apelación, el cual al ser desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 3 de julio de 1998, la confirmó en su integridad, fallo contra el cual se interpuso el recurso extraordinario de casación.

La Demanda de Casación

Al amparo de la causal tercera de casación, el defensor del procesado presenta un único cargo contra la sentencia de segunda instancia, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por vulneración del principio de investigación integral.

Luego de transcribir el artículo 333 del C. de P.P., copia una parte de los considerandos del Tribunal y los confronta con lo expuesto por el padre del occiso al momento de la diligencia del levantamiento del cadáver, para cuestionar que el funcionario investigador no lo hubiera interrogado sobre aspectos que, en su criterio, eran de vital importancia para conocer la verdad.

Igual postura toma respecto de los testimonios de Tifani Rendón y Sandra Milena Castañeda, los que, además, en su parecer, son de oídas, ya que no tuvieron la oportunidad de percibir los hechos desde la distancia en que se encontraban, por lo que hizo falta la diligencia de inspección judicial para establecerlo, la que fue denegada por el funcionario judicial.

Agrega que esas versiones no coinciden con la diligencia de necropsia.

Explica que lo expuesto denota una falta de investigación integral que origina la falta de certeza que conduzca a la responsabilidad de su defendido.

No comparte las apreciaciones del tribunal, según las cuales una vez ocurridos los hechos el procesado desapareció de la vereda, pues existen declaraciones que señalan lo contrario, además de las exculpaciones del procesado.

De igual manera, asegura que los testigos son coincidentes en sostener que jugaban con el procesado para el momento del insuceso, por lo que "no podía estar dos veces al mismo tiempo en lugares distintos, descartándose que hubiera sido él el autor de los hechos que se investigan".

Por consiguiente, considera que se debe realizar la inspección judicial que le fuera negada y ampliar la necropsia para determinar cuántos disparos recibió el cuerpo del hoy occiso.

Solicita a la Corte casar la sentencia demandada, anulando el proceso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El memorial que so pretexto de una demanda de casación fuera presentado por el defensor del procesado, no reúne los requisitos formales que exige el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal para su admisión.

En efecto, la censura se quedó en el simple enunciado, ya que como lo ha reiterado la Sala, cuando se acusa el desconocimiento del principio de investigación integral, no basta relacionar los medios de convicción omitidos, sino que el recurrente debe demostrar que las pruebas excluidas, confrontadas lógicamente con los restantes elementos de juicio, tenían la virtualidad de desquiciar la sentencia, cambiar su sentido, carga que no cumplió el libelista.

Pero no se quedan ahí los desatinos del libelo, sino que infringiendo el principio de autonomía, al tenor del cual, *al interior de un mismo cargo no se pueden entremezclar ataques correspondientes a distintas causales, pues cada una tiene una peculiar configuración y naturaleza, se rige por reglas técnicas diferentes y genera particulares consecuencias jurídicas*, se desvía hacia la causal primera, al aducir un error de hecho por falso juicio de convicción, que no tiene cabida en sede de casación, cuando se trata de medios no sometidos al método de valoración de la tarifa legal sino de la sana crítica, cuando cuestiona la credibilidad otorgada a los testimonios de Tifani Rendón y Sandra Milena Castañeda, y al plantear un vicio de hecho por falso juicio de existencia, por preterición, cuando asevera que no se tuvieron en cuenta las exculpaciones del procesado y los testimonios de quienes afirman que no se alejó de la vereda después del insuceso, así como las de sus compañeros de juego.

Frente a los anotados desaciertos de la demanda y dado que la Corte, en acatamiento del principio de limitación, no puede enmendarlos, su rechazo se impone.

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 Edison de Jesús Cardona Ospina. En consecuencia, se declara desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto.

Contra esta decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.).

Devuélvase el proceso al Tribunal 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 Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Exigencias técnicas

Al tenor del numeral 3 de la primera de las mencionadas normas, la demanda debe citar la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, mientras que el numeral 1o. del artículo 220 de la misma normatividad señala que si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente, vale decir, solo las causales expresamente contempladas en la ley son valederas para cuestionar en casación el fallo de segundo grado, que se sabe amparado por la doble presunción de acierto y legalidad; además la argumentación demostrativa de las causales aducidas debe guardar directa relación con ellas, porque solo así los errores denunciados son susceptibles de enmienda por vía extraordinaria.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.158 Proceso No. 16006

Decide la Corte sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 15 de febrero de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que condena a Alvaro de Jesús Otálvaro González como determinador del delito de falsedad ideológica en documento público. Al efecto, examina, conforme lo ordena el artículo 226 del C. de P.P., si la demanda cumple las exigencias legales de forma.

ANTECEDENTES

1. Refieren los autos que los esposos María Dolores González de Otálvaro y Marco Fidel Otálvaro acogieron como hijo de crianza a un niño nacido en 1950, sobrino de ellos, hijo de una pareja conformada por una hermana de aquella y un hermano de él, al que bautizaron con el nombre de Alvaro de Jesús Otálvaro González. Cuando el esposo falleció la señora heredó todos los bienes de la sociedad conyugal porque no tuvieron descendencia, y al fallecer ella, el mencionado hijo de crianza gestionó un registro civil de nacimiento ante la Notaría 17 del Círculo de Medellín en marzo de 1989,

declarándose hijo legítimo del referido matrimonio, iniciando a continuación proceso de sucesión de la causante María Dolores González de Otálvaro, aduciendo ser el único heredero, el que culminó con la adjudicación de todos los bienes a su favor por parte de la Notaría 1a. de Envigado, mediante escritura pública número 2635 del 26 de julio de 1990.

Ante este hecho, una hermana legítima de la causante formuló denuncia contra Alvaro de Jesús.

La investigación correspondiente fue calificada con resolución de acusación del 15 de enero de 1998 (fl. 143), por el delito de falsedad ideológica agravada por el uso (fls. 143 y ss), pero rituado el plenario, el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín profirió sentencia condenando al procesado como determinador de falsedad ideológica en documento público, sin la dicha agravante.

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito al desatar la apelación de la defensa, mediante el fallo contra la cual el mismo sujeto procesal interpuso el recurso de casación que sustenta con la demanda cuyo examen formal se adelanta.

La Demanda

Tomando como fundamento legal la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., sostiene el censor que la sentencia es violatoria, en forma indirecta, de la ley sustancial, por error de hecho consistente en falso juicio de existencia "por suposición de la prueba, lo que llevó a una falta de aplicación de los artículos 247 y 445 del mismo Estatuto y el 29 de la C.N.

En las sentencias de 1a. y 2a. instancias se supuso, porque dice, no existe el menor sustento probatorio, que el procesado se hizo inscribir ante la Notaría como si fuera hijo legítimo de los cónyuges Otálvaro Giraldo y González de Otálvaro, sin saberse a ciencia cierta si lo hizo "con artilugios propios generadores de confusión al desprevenido empleado o en connivencia con éste".

Se pregunta cuáles fueron "esos artilugios o cuál la falsificación previa a la inscripción" respondiendo, que ello no se demostró porque las pruebas decretadas por la Fiscalía no fueron practicadas debido a que el Juzgado se limitó a fijar fecha para la audiencia.

Tomando la versión del procesado dice que su cliente llevó a la Notaría los documentos que allí le solicitaron para tramitar el registro civil de nacimiento y con este documento inició el trámite sucesoral". Asevera que su cliente es persona "poco letrada ... que sin ninguna maledicencia de su parte, se lo expidieron ...".

No se tuvo en cuenta el principio rector de la duda sobre la existencia de los artilugios para lograr el registro, los cuales afirma, se presumieron, así como la forma de participación en el fraudulento acto de registro, ignorando

por el fallador el principio rector *in dubio pro reo*. La duda así nacida es "seria e insalvable".

Recuerda los requisitos para condenar exigidos por el artículo 247 del C. de P. P. y enfatiza que la duda no solo fue sobre la responsabilidad, sino "en la instigación a la falsedad ...". Señala que nada puede asegurarse que haya hecho el encartado, que se pueda considerar ilícito. Si en la partida de bautismo figuraba como hijo de crianza, "no necesariamente ello conduce a que esa persona sea responsable de aparecer, previa la solicitud de unos documentos por parte de la Notaría, ... como hijo legítimo".

También se presumió la mala fe "de que necesitaba ese documento", es decir, el registro civil, para iniciar el trámite del sucesorio. Si existía duda "por falta de técnica investigativa, no solo por parte de la fiscalía, sino también dentro de la causa y en la alzada", eso no puede ser utilizado en contra del procesado. Recuerda que la Constitución Nacional y la ley consagran la presunción de inocencia y la duda, pero en este caso, reitera, la duda se resolvió en contra del procesado.

Considerando probada la acusación, solicita que se case la sentencia y se dicte fallo absolutorio de reemplazo.

Consideraciones de la Corte

Reiterativa ha sido la jurisprudencia de la Sala en el sentido de recordar que la demanda de casación debe redactarse de conformidad con las exigencias de forma establecidas en el artículo 225 del C. de P.P., porque de lo contrario, por mandato del artículo 226 ibíd., acarrea la declaratoria de deserción del recurso extraordinario.

Al tenor del numeral 3o. de la primera de las mencionadas normas, la demanda debe citar la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella, mientras que el numeral 1 del artículo 220 de la misma normatividad señala que si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente, vale decir, solo las causales expresamente contempladas en la ley son valederas para cuestionar en casación el fallo de segundo grado, que se sabe amparado por la doble presunción de acierto y legalidad; además la argumentación demostrativa de las causales aducidas debe guardar directa relación con ellas, porque solo así los errores denunciados son susceptibles de enmienda por vía extraordinaria.

En la demanda que se examina, se acusa la sentencia a través de la causal 1a., cuerpo segundo del artículo 220 del C. de P. P., de ser violatoria en forma indirecta de la ley sustancial, porque el fallador incurrió en errores de apreciación probatoria al suponer pruebas con base en las cuales condenó al implicado. Sin embargo, ninguna prueba inventada que denote el falso juicio de existencia aparece individualizada en el escrito para acreditar el severo

reparo, pues la fundamentación se diluye en comentarios subjetivos del profesional sobre las circunstancias de modo y el aspecto subjetivo del delito, que simplemente ponen de manifiesto su discrepancia con el criterio judicial asumido en el examen de la prueba, pero no dan margen a la Corte para comprender la esencia de la objeción.

Afirma el casacionista que el fallador supuso los artilugios de que pudo valerse el procesado para lograr ser inscrito en el registro civil como hijo legítimo de los esposos Otálvaro González que apenas habían sido sus padres "de crianza" y supuso su mala fe al presentar ese espurio registro civil para tramitar el juicio de sucesión de la señora González de Otálvaro de quien se declaró único heredero, pero de ninguna manera señala cuáles fueron las pruebas inventadas de las cuales dedujo esas circunstancias la sentencia; apenas si asevera que no existe sustento probatorio de los tales artilugios, y que los funcionarios judiciales tanto de la Fiscalía como del Juzgado se abstuvieron de practicar unas pruebas que estaban decretadas, de las cuales además, ninguna concreta referencia consigna.

Redactada la demanda de la manera como se comenta, no cabe duda de que es confusa e imprecisa la fundamentación del cargo presentado, constituyendo esta falencia evidente inobservancia del requisito establecido en el numeral 3 del artículo 225 del C. de P. P., que no puede la Corte soslayar para dar paso a la impugnación, pues no debe olvidarse que el recurso extraordinario está sujeto a pautas de técnica de imperativo cumplimiento. Se rechazará por ende, la demanda.

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Alvaro de Jesús Otálvaro González contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que lo condena como determinador del delito de falsedad ideológica en documento público.

Esta providencia carece de recursos al tenor de lo dispuesto en los artículos 197 y 226 del C. de P.P..

DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *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, Yesid Ramírez Bastidas*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Constancia de buena conducta

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.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal. -Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 160 Proceso No. 13813

La Sala resuelve la solicitud de redención de pena y "libertad condicional" elevada por el señor Nelson Rafael Cotes Corvacho, quien se encuentra recluido en el Centro de Rehabilitación Militar de Tolemaida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Por no encontrarse ejecutoriada materialmente la sentencia debe entenderse aquella solicitud como de libertad provisional, referida a las previsiones del numeral 2 del artículo 639 del Código Penal Militar, en armonía con el artículo 66 de la misma codificación, que reglamenta la libertad condicional, estableciendo el descuento de las dos terceras partes (2/3) partes de la pena como requisito objetivo para alcanzarla.

2. El procesado Nelson Rafael Cotes Corvacho, capitán en retiro de las Fuerzas Militares, fue capturado el veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa (1990), (folio 133 cdno. 1), y condenado por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, mediante sentencia del dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión,

equivalentes a ciento noventa y dos (192) meses, como autor del delito de homicidio, en concurso homogéneo, agravado por las condiciones de indefensión de las víctimas. (folio 207 cdno. 9).

La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior Militar, el tres (3) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997), (folio 256 cdno. 9), y en contra de ella se interpuso el recurso de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

3. El procesado ha permanecido privado de la libertad con ocasión de este asunto en tres oportunidades: desde el 29 de mayo de 1990, hasta el 8 de diciembre del mismo año; desde el 20 de agosto de 1991, hasta el 20 de febrero de 1992: y, desde el 12 de julio de 1994, hasta la presente fecha, según constancia expedida por el Jefe de Personal del Batallón Girardot, (folio 252 cdno. 8).

Significa lo anterior que en la actualidad cumple setenta y cinco (75) meses más once (11) días en privación física de libertad, que hacen parte de la condena que está purgando en el Centro de Rehabilitación Militar de Tolemaida.

4. Tratándose del hecho punible de homicidio agravado, en concurso homogéneo, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de reunir a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 66 del Código Penal Militar, 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 se dosificó la pena en ciento noventa y dos (192) meses de prisión, las dos terceras partes (2/3) equivalen a ciento veintiocho (128) meses.

5. Se trata ahora de verificar si el señor Nelson Rafael Cotes Corvacho, alcanza ese guarismo, y si convergen los requisitos indispensables para recobrar su libertad, siendo pertinentes algunas precisiones:

Haciendo un recuento global de los certificados por estudio, trabajo y enseñanza allegados, inclusive con la última petición, se observa que el señor COTES CORVACHO, ha aportado un total de seis (06), en los que constan las actividades aptas para redimir pena llevadas a cabo por él durante su permanencia en cautiverio:

Cert. No.	Concepto	Horas	Actividad	Folio
14/12/98	trabajo	1.432	aux. de administración	67
09/03/98	trabajo	11.160	aux. de administración	70
569	trabajo	480	aux. de administración	154
14/12/98	estudio	180	autodidacta en biblioteca	67
09/12/97	estudio	7.230	autodidacta en biblioteca	71
570	enseñanza	1.400	en Liceo 10° Brigada	153

Se avalan trece mil setenta y dos (13.072) horas de trabajo, siete mil cuatrocientas diez (7.410) horas de estudio, y mil cuatrocientas (1.400) horas de enseñanza, por las que, en aplicación de los artículos 82, 97 y 98 de la Ley 65 de 1993[1], eventualmente podría reconocerse como redención de pena el tiempo de cincuenta y tres (53) meses más diecinueve (19) días, en atención a que las directivas del Centro de Rehabilitación Militar, remitieron los documentos de soporte, como los conceptos sobre evaluaciones, en los que se afirma que el trabajo, el estudio y la enseñanza del señor Cotes Corvacho, son acordes a los requerimientos de la Ley 65 de 1993, y en cuanto a su conducta que es calificada como "excelente" por el Consejo de Disciplina. (folios 70 a 75 y 155 a 168 cdno. Corte).

Sumando la cifra de redención a la de privación física de libertad se obtiene un total de ciento veintinueve (129) meses de pena descontada. Como se anticipó, las dos terceras partes de la condena equivalen a ciento veintiocho (128) 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 citada norma.

6. 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.

El análisis de los antecedentes de todo orden permite al Juez no solo consultar la existencia de sentencias condenatorias ejecutoriadas en contra del procesado, sino también volver sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el delito por el cual padece la detención actual y, por supuesto, reparar sobre su comportamiento general y el observado durante la permanencia en prisión.

Así lo ha entendido la Corte Constitucional. En efecto, la Sentencia C-385/97, con ponencia del Honorable Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró exequible el artículo 66 del Código Penal Militar, que establece los requisitos para conceder libertad condicional, remitiendo para ello a lo resuelto

---

[1] **Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993.**

Artículo 82-. *Redención de la pena por trabajo.* ...A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.

Artículo 97-. *Redención de pena de estudio.* ... A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio. Se computará como un día de estudio la dedicación a esta actividad durante seis horas, así sea en días diferentes. Para estos efectos, no se podrán computar más de seis horas diarias de estudio.

Artículo 98-. *Redención de pena por enseñanza.* ...El recluso que acredite haber actuado como instructor de otros... tendrá derecho a que cada cuatro horas de enseñanza se le computen como un día de estudio. El instructor no podrá enseñar más de cuatro horas diarias, debidamente evaluadas, conforme al artículo 81.

en la Sentencia C-087/97, (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz), decisión que declaró exequible el artículo 72 del Código Penal, también sobre libertad condicional, teniendo en cuenta que los dos textos son literalmente idénticos.

En la Sentencia C-087 de 1997, se expresó:

"Es claro, pues, como lo advierte la demanda, que en Colombia solamente tienen el carácter de antecedentes judiciales las condenas penales proferidas mediante sentencias; lo que ocurre es que la expresión 'de todo orden' hace referencia a la conducta del reo, a la modalidad del delito, a sus agravantes y a las condiciones en las que fue cometido."

El señor Nelson Rafael Cotes Corvacho, carece de antecedentes en los términos del artículo 248 de la Constitución Política, es decir sentencias condenatorias ejecutoriadas por delitos o contravenciones. De igual manera, las constancias allegadas informan sobre su buena y excelente conducta en el Centro de Rehabilitación Militar, actitud que se refleja además en la dedicación al trabajo, al estudio y a la enseñanza, cumpliendo las exigencias del Código Penitenciario y Carcelario.

A pesar de lo anterior, el estudio de los antecedentes de todo orden, especialmente los derivados de las circunstancias específicas en que fue cometido el delito, permite concluir que no es factible conceder la libertad pretendida.

Siendo oficial activo del Ejército Nacional, en el grado de Capitán, el señor Cotes Corvacho, al mando de una tropa perteneciente al Batallón de Infantería No. 10 Girardot, ordenó retener a cinco hombres jóvenes mientras departían en una fiesta popular, de quienes se decía eran auxiliadores de la guerrilla. Más tarde, el 2 de enero de 1990, los detenidos fueron encontrados sin vida, cada uno con múltiples impactos de arma de fuego, en la vereda La Llorona, municipio de Dabeiba (Antioquia).

En esta acción al margen de la ley, el señor Cotes Corvacho, de acuerdo con la sentencia condenatoria, fue autor material e intelectual, puesto que en lugar de haber dispuesto como era su deber la conducción de los detenidos ante las autoridades competentes, propició el desarrollo de una acción militar en la que aquellos señores murieron prácticamente en condiciones de indefensión.

La conducta del señor Nelson Rafael Cotes Corvacho, es absolutamente discordante con las funciones que la Carta asigna a las Fuerzas Militares de Colombia para la defensa del orden constitucional, al punto que vulneró todo principio de legalidad.

Ese modo de obrar contribuye a la multiplicación de la violencia en Colombia, conlleva al resquebrajamiento de las instituciones y al desprestigio de la Fuerza Pública, consecuencias todas muy lejanas a lo que se espera y puede exigirse de una persona preparada profesionalmente para todo lo contrario: proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos.

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, 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 Nelson Rafael Cotes Corvacho, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.548.505 de Santa Marta, la libertad provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *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, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Técnica en casación/**REO AUSENTE**-Fines de su declaración/ Actuación procesal-Conducta renuente del procesado/**INSTRUCCION**-Término/**MINISTERIO PUBLICO**-Límites del concepto en casación

1. Se impone para la Sala precisar, como ya lo ha venido sosteniendo de manera pacífica y constante desde hace varios años, que si bien la causal tercera de casación le permite al demandante cierta flexibilidad técnica en su proposición y desarrollo, ello no equivale a que valiéndose de referencias sueltas que presentadas a manera de irregularidad sirvan de pretexto para valerse de este medio impugnatorio, simplemente para poner de presente apartes de la actuación con las que no se está conforme, pretendiendo generar por parte de la Corte un estudio oficioso del asunto a efectos de establecer, a manera de azar, cuál de todas las hipótesis expuestas en la demanda es la que eventualmente implicaría la anulación de lo actuado, pues ello no solo desborda el alcance de este extraordinario recurso, sino que desconoce por completo el principio de limitación que lo orienta, ya que, como igualmente se ha insistido, la causal de invalidez no es subalterna de las demás, razón por la cual se impone y debe cumplirse en su proposición y demostración, la propia técnica que de su naturaleza, contenido y alcance emanan.

2. Aunque huelgue recordar los fundamentos políticos, jurídicos y sociales que amparan esta forma de vinculación de un imputado al proceso penal, necesario resulta, para ilustración del censor, que en nuestro sistema procesal, dos son las formas en que ello es posible, bien mediante indagatoria, que puede estar precedida de la presentación voluntaria del implicado o como consecuencia de su captura, o mediante la declaración de persona ausente, mecanismo éste que tiene como fines, de una parte el de no paralizar el trámite procesal por la renuencia del imputado a la investigación y de otra, la de garantizarle el derecho de defensa técnica con la designación de un apoderado de oficio, con lo cual el Estado cumple con la razón política de preestablecer un debido proceso bajo este procedimiento, evitando que su deber de investigar los delitos quede postulado constitucionalmente, pero sin una dinamización legal práctica que, sin desconocer el derecho a la defensa, haga que ello se logre.

Ahora, así mismo, dentro de este procedimiento, en nuestra Ley Procesal, y como se infiere de contera, el desarrollo de la investigación ni del juicio, desde luego, se suspende por la no comparecencia del imputado o posteriormente del sindicado, abierta la investigación, ésta debe continuar con el trámite establecido para su adelantamiento, dentro del cual puede el perjudicado con el delito constituirse en parte civil y, por supuesto, llevarse a efecto la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de la verdad, hasta el momento en que el instructor considere que hay mérito probatorio para vincular al imputado al proceso mediante indagatoria y si ésta no es posible recepcionarla, acudir a su emplazamiento y si un tal llamado también resulta inútil, proceder a su declaratoria de persona ausente, designándole oficiosamente un defensor con el cual se continuará el proceso, si no es que éste nombra uno de confianza.

3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, el término de 18 meses para la investigación es el máximo que la ley permite, esto es, que en ninguna forma se está imponiendo como su fatal agotamiento para que sea factible cerrar la investigación, sino que al igual que sucede en el evento del recaudo de la prueba necesaria para finiquitarla, aquí también el Estado impone un límite garantista para evitar al máximo la indefinición en la formulación de cargos al incriminado, si hay lugar a ello, o en su defecto, se proceda a su preclusión.

4. En lo que tiene que ver con la solicitud oficiosa que curiosa e inusitadamente eleva el Delegado, a partir de una serie de postulados teóricos que no logra dinamizar frente al proceso, y previa la aclaración de que como el demandante no desarrolló correctamente la censura, hará lo propio para, por la vía de la oficiosidad, deprecar de la Corte la nulidad de lo actuado, desbordando en forma, por demás, reprochable la función que le compete llevar a cabo al Ministerio Público al rendir el concepto a que se refiere el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, huelga precisar, como ya lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Sala, que debe contraerse en primer lugar al estudio de la demanda y solo en relación a los cargos y en los términos en ella propuesta, pues este sujeto procesal, igual está obligado a respetar el principio de limitación que rige el recurso de casación, y por lo mismo, no puede pretextar el deber-facultad a que se contrae el artículo 228 ibídem, para subsanar las deficiencias técnicas y argumentativas del casacionista, y que si evidencia la existencia de alguna nulidad, ello puede hacerlo una vez respondida la demanda, pero nunca valiéndose de los argumentos del casacionista que propuestos por otra vía los lleve a encuadrarlos de tal manera que corrigiéndolos posibiliten la petición de invalidez, pues un tal proceder además de ser contradictorio, en nada colabora a la Corte en la función de administrar justicia, más aún, cuando esa actitud se muestra reiterativa.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y nueve. (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 161 Proceso N° 11220

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Luis Antonio Cruz García, contra la sentencia proferida el 21 de julio de 1995 por el Tribunal Superior de Cundinamarca, por medio de la cual se confirmó la dictada por el Juez Penal del Circuito de Chocontá en la que se condenó a dicho procesado a la pena principal de 25 años y 6 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios materiales y morales, como autor del delito de homicidio simple, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal.

Hechos y Actuación Procesal

Estos sucedieron el 15 de agosto de 1995 en el Municipio de Villapinzón en la tienda de Carlos Abril Benavides, a eso de la una de la tarde, momentos en que Juan Bautista García se encontraba en compañía de Alcibiades García y Eduardo Barrero Silva, sitio al que llegó Luis Antonio Cruz García con su hermano Andrés, reclamándole al primero, quien era su tío, le explicara por qué estaba diciendo que una semilla de papa que él le había vendido estaba "virusiada", procediendo a dispararle en dos oportunidades con un revólver calibre 32, causándole heridas en el cuello y en la región mentoniana, luego de lo cual huyó.

Entre tanto, la víctima fue auxiliada por Alcibiades, quien la trasladó al Hospital de Chocontá, donde le prestaron los primeros auxilios, después al de La Samaritana de esta ciudad y finalmente a la Clínica Tequendama, en donde luego de habérsele practicado una cirugía falleció el 16 de agosto a causa de un shock hipovolémico secundario a armas de fuego "con antecedente de intervención quirúrgica", según se hizo constar en la necropsia.

Tales hechos fueron denunciados ante la Inspección de Policía de Villapinzón por Rogelio García Melo, uno de los hijos de la víctima, diligencia que junto con el acta del levantamiento del cadáver practicado por la Fiscalía 13 de la Unidad Primera de Investigación Previa y Permanente de Santa Fe de Bogotá, fue remitida a la Unidad de Fiscalías de Chocontá, procediéndose allí a iniciar investigación preliminar mediante resolución del 13 de septiembre de 1993, para luego, una vez obtenida la plena individualización e identificación del imputado, hacerlo formalmente, ordenándose la captura de Luis Antonio Cruz García, cuya orden fue expedida el 2 de noviembre siguiente.

Posteriormente, esto es, el 7 de enero de 1994, y en razón a que para ese momento no se había logrado aprehender a Cruz García, se ordenó su emplazamiento y el 9 siguiente se reconoció a Rogelio García Melo como parte

civil dentro de dicha investigación, luego de lo cual, es decir, el 13 del mismo mes y año se fijó edicto emplazatorio, declarando persona ausente al procesado mediante resolución del 21, proveído en el que se le designó como defensor de oficio al doctor José María Lora Araoz, profesional que tomó posesión del cargo el primero de febrero del mismo año, en la cual se hizo constar que para acreditar su idoneidad profesional, exhibió Licencia Provisional expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al igual que se dejó consignado el lugar donde podía ser localizado, que coincide con aquella a la que se le envió el telegrama informándosele de tal designación y en cuyo cumplimiento compareció a ese Despacho Judicial.

El apoderado de la parte civil solicitó la práctica de algunos testimonios de quienes presenciaron los hechos y aportó documentos que acreditan el grado de consanguinidad del procesado con la víctima, procediendo la Fiscalía instructora, el 24 de marzo de 1994, a resolver la situación jurídica del emplazado Cruz García con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio agravado por el parentesco, disponiendo, igualmente, en la misma fecha, pero en decisión separada, la práctica de algunas pruebas solicitadas por el representante de los intereses privados. De la decisión detentiva se les comunicó telegráficamente, tanto al defensor como al apoderado de la parte civil y con el expreso fin de que concurrieran a notificarse de ella.

Por existir "dentro de la investigación elementos de juicio suficientes para entrar a calificar el mérito sumarial" y a petición del representante de la parte civil, quien advirtió que el término instructivo se encontraba más que vencido, pues habían transcurrido más de nueve meses, el 2 de junio se decretó su cierre, proveído éste que le fue notificado personalmente al Personero Municipal el día 3, enviándose en esa misma fecha comunicaciones telegráficas al defensor oficioso y al apoderado de la parte civil para que concurrieran a notificarse, luego de lo cual, y sin que exista explicación alguna para ello, el 8 del mismo mes, fecha en que se fijó el estado correspondiente, la Fiscalía, con un nuevo titular, volvió a darle posesión al doctor José María Lora Araoz como defensor de oficio de Luis Antonio Cruz, habiendo este profesional solicitado copias de la actuación, las que le fueron ordenadas el día 9, dejándose aquí también constancia sobre la Licencia Temporal de este profesional.

Así, el 30 de septiembre de 1994 se calificó el mérito probatorio del sumario, profiriéndose resolución acusatoria en contra de Luis Antonio Cruz García por el delito de homicidio agravado conforme al numeral 4 del artículo 324 del Código Penal, por cuanto el procesado actuó por motivo fútil, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal, reiterándose en su contra las órdenes de captura, procediéndose para su notificación a enviar comunicación telegráfica el 5 de octubre al defensor y al representante de la parte civil, mientras que lo hicieron personalmente el Ministerio público el 21 y el apoderado oficioso el 25 del mismo mes, fijándose estado el 27 siguiente, por lo que la acusación cobró ejecutoria el primero de noviembre, pues si bien

el día 12 el apoderado de los intereses privados la recurrió en reposición para que se le imputara al procesado agravante específico del parentesco en relación con el delito contra la vida, el 14 desistió de ella por considerar que se había equivocado en el pedimento, ya que la relación consanguínea existente entre la víctima y el procesado no se encontraba entre los grados de parentesco posibilitados por la Ley Penal para que procediera esa agravante. Tanto al defensor como al apoderado de la parte civil, se les comunicó la decisión y citó para esta notificación mediante telegrama, llamado ante el cual comparecieron.

Remitido entonces el proceso al Juzgado del Circuito de Chocontá para que se surtiera la etapa del juicio, por auto del 9 de noviembre de 1994 se avocó el conocimiento, corriéndose el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal para que los sujetos procesales solicitaran pruebas y las nulidades surgidas en la etapa de instrucción, lapso dentro del cual, esto es, el 19 de diciembre del mismo año, y ante petición concreta de la parte civil, fue capturado Luis Antonio Cruz García en el Municipio de Turmequé por miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación y puesto a disposición del funcionario de conocimiento, procediendo el aprehendido a conferirle poder a un abogado de su confianza el 11 de enero de 1995, siendo dicho profesional reconocido como tal y posesionado el mismo día. De este traslado (fl.179) se les comunicó en la misma fecha al defensor de oficio y al de la parte civil (fls. 180 y 181).

De esta manera, mediante proveído del 19 de enero de ese año, el Juzgado decretó las pruebas solicitadas por la defensa y la parte civil, procediendo a indagar a Cruz García el 3 de febrero, diligencia en la cual el incriminado manifestó que efectivamente el día de los hechos se había encontrado con su tío Juan García en una tienda del Municipio de Villapinzón, quien lo insultó por dejarle la yegua suelta en la finca, al tiempo que lo empujaba, dándole un puntapié en la "espinilla" cuando se disponía a irse del lugar para evitar problemas, aquél intentó pegarle con la botella de cerveza que estaba tomando, metiéndose la mano debajo de la ruana que llevaba puesta como pretendiendo sacar algo, por lo que, al pensar que iba a ser atacado, sacó el revólver calibre 32 que portaba desde la mañana cuando salió a ver un ganado de su suegro a un sitio peligroso y le disparó, primero hacia un brazo y después, ante la insistencia de Juan en agredirlo, a la garganta. Igualmente, explica, que esperó unos minutos a que llegara la Policía, decidió irse, ya que temía a la reacción de la familia del lesionado porque siempre lo buscaban para ponerle problemas, habiendo cogido un bus hacia Ventaquemada, percatándose en ese lugar que había perdido el arma.

Practicadas, además, las pruebas que oportunamente fueron decretadas, de cuyo auto se les enteró telegráficamente a los referidos profesionales (fls. 198 y 199), como igualmente se hizo respecto del día y fecha en que se recepcionarían algunos testimonios (fls. 219, 220 y 267) y en relación con el dictamen pericial de perjuicios (fls. 243 y 244), denotándose que al contrario de lo que sucedió con el apoderado de la parte civil, quien se hizo presente

casi a la totalidad de la práctica de estas probanzas, el nuevo defensor, no obstante que había solicitado varias de ellas, en ninguna de estas diligencias ni notificaciones se hizo presente, haciéndolo únicamente en la audiencia pública, rituada la cual se profirió el fallo de primera instancia, que al ser apelado por el defensor del procesado recibió confirmación del Tribunal Superior de Cundinamarca en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA

Luego de hacer una serie de críticas en el resumen de la actuación procesal sobre el derecho de defensa del procesado, al amparo de la causal tercera de casación, en el único cargo que propone la defensa contra el fallo de segunda instancia, lo acusa de haberse dictado en juicio viciado de nulidad, pues se presentaron irregularidades que afectaron el debido proceso y el derecho de defensa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304.2.3. del Código de Procedimiento Penal.

Bajo tal postulado, recuerda el casacionista que los hechos motivo de este proceso ocurrieron el 15 de agosto de 1993 en el Municipio de Villapinzón, el 13 de octubre del mismo año se dispuso la captura de Cruz García, ordenando su emplazamiento el 13 de enero de 1994 y que, durante ese lapso se recibieron varias declaraciones y se admitió a la parte civil, quebrantándose con ello el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal en perjuicio de los intereses del investigado, pues los testigos de cargo se escucharon sin que éste contara con la asistencia de su defensor y además, el 2 de junio de ese mismo año se decretó el cierre de la investigación "cuando no se había recaudado prueba suficiente para calificar", estaba ausente el sindicado ni se le había recibido su injurada y "tampoco se encontraba vencido el término de instrucción, que es de 18 meses, hasta ese momento no los llevaba", desconociéndose lo dispuesto en el artículo 329 ibídem, esto es, concluye el libelista, se acortó el tiempo dispuesto en la ley para instrucción del proceso, lo que significa que se privó al incriminado del derecho a una investigación imparcial, pues "a sus espaldas se cerró también su tiempo para ejercer su derecho a la defensa sin que ninguna disposición lo ordenara y por el contrario lo prohibía", como que de dicha decisión no se le notificó personalmente al abogado que asumió la representación de Cruz García, como así lo impone el artículo 438 del mismo Estatuto Procedimental, ni se hizo por conducta concluyente, toda vez que "ninguna actuación tuvo el defensor de oficio fuera de pedir fotocopias que nunca retiró".

En el mismo sentido, señala que en firme el cierre del ciclo instructivo porque no fue recurrido, el proceso quedó a disposición de las partes para alegar de conclusión, labor que no podía cumplir la defensa de oficio porque para entonces carecía de facultad para litigar a nombre de otro, si se tiene en cuenta que el documento que lo identificó profesionalmente fue una Licencia Temporal, y por ende, solo podía actuar en la etapa instructiva según lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 196 de 1971 porque no acreditó número de tarjeta de abogado, y por esa circunstancia, "nadie ni el propio

sindicado pudo impugnar estos actos procesales de tan vital importancia, el cierre y la calificación estuvo huérfano de asistencia el supuesto sindicado porque materialmente no existía en el proceso".

Además, dice, que si bien la nulidad que pone de presente pudo haberse alegado en el término de traslado para preparar la audiencia, para ese momento la resolución acusatoria ya estaba viciada porque no se había notificado debidamente, ésto es, carecía de ejecutoria y no podía, por ende, "dar el siguiente paso del traslado, para preparar audiencia, solicitar nulidades o pedir pruebas, luego este paso nunca se dio procesalmente estuvo viciado de nulidad en la etapa del juicio, pues no existía en esa etapa acusado legalmente vinculado".

Enfatiza, igualmente, que cuando se produjo la captura de Cruz García restaban cinco días para que venciera el traslado a que se refiere el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, por lo que, dice, ha debido notificársele a éste de tal circunstancia y volverse a correr el término a fin de que su nuevo defensor advirtiera las nulidades que los juzgadores de instancia no declararon, y que tampoco tuvieron en cuenta la Fiscalía ni el profesional que lo representó oficio, que bien hubiera podido solicitar en su favor la sentencia anticipada que le hubiera permitido obtener una rebaja de pena de la tercera parte.

Finalmente, sostiene que si bien la nulidad se presenta desde la ilegal declaratoria de persona ausente, "en orden a la equidad su nulidad es dable declararse a partir del cierre de la investigación", solicitando, en consecuencia, se case el fallo impugnado y se invalide lo actuado desde el momento procesal ya mencionado.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Ab initio el Delegado solicita el rechazo de la censura, por cuanto de manera libre el libelista expone una serie de planteamientos que señala como afectantes del debido proceso que no encuentran comprobación, pues lo que tiene que ver con el quebranto del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, que atribuye a la admisión de la parte civil y el recaudo de varios testimonios mientras operaba la vinculación de Cruz García en calidad de persona ausente, basta con el "simple recuento de la actuación" para concluir lo contrario, máxime cuando dicho precepto no dispone que se deba suspender el acopio de las pruebas o cualquier otra actuación como las que cuestiona el demandante, "ni mucho menos se exigen presupuestos diversos a aquellos a los que se adecuó por completo el discurrir de la cuestionada ritualidad".

En lo que concierne a la aducida violación que acusa el censor del artículo 329 del Estatuto Procedimental, esto es, haberse cerrado la investigación sin que mediaran las pruebas suficientes para la calificación sumarial sin que transcurrieran aún los 18 meses que establece la ley para el perfeccionamiento de la investigación, porque afectó el derecho de defensa del

procesado y el de imparcialidad en el esclarecimiento de los hechos, para el Delegado la imposibilidad del recurrente para demostrar esa presunta irregularidad se refleja en el hecho de no haber señalado los medios de prueba que dejaron de practicarse para que se cumpliera satisfactoriamente con esa fase del proceso, máxime cuando no atina en concretar cuál sería la injerencia de los mismos en la situación de Cruz García, pasando de inmediato a resaltar el desatino de tal argumento, en cuanto conlleva la afirmación de que indefectiblemente debe agotarse dicho término, porque de la preceptiva legal solo puede entenderse que la instrucción no podrá excederse de ese tiempo, por lo que si a ello se procede antes no comporta irregularidad alguna, como lo pasa a corroborar con una cita de jurisprudencia de esta Sala sobre los casos en que procedería la reposición del cierre investigativo.

Así, se refiere entonces el Procurador al cuestionamiento del demandante por no haberse notificado personalmente al defensor de oficio del procesado el proveído en comento, es decir, que no se hubiese procedido conforme lo ordena el artículo 438 ibídem, aserto que si bien, dice, frente al proceso encuentra corroboración, no puede desconocerse que "si la razón del acto se contrae a poner en conocimiento de los sujetos procesales el contenido de las decisiones adoptadas por el correspondiente funcionario, a efecto de que opten por ejercer o no su derecho de impugnación, resulta obvio que en el caso *sub examine* se dio cumplimiento en un todo a dicha finalidad", pues una vez cerrada la investigación y enterado el abogado por vía telegráfica, éste compareció a la Fiscalía y tomó posesión del cargo estando aún dentro del término de ejecutoria de esa decisión pudiendo recurrirla, lo que significa que "tenía pleno conocimiento de la misma", y por ende, no se quebrantaron garantías fundamentales como lo plantea el casacionista.

En lo que tiene que ver con el argumento de la demanda, respecto a que por contar con Licencia Temporal el defensor oficioso se encontraba imposibilitado para ejercer el cargo porque de conformidad con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 196 de 1991, su actuación estaba limitada a la etapa instructiva, lo que también incidió en la vulneración al derecho de defensa, pues en tales condiciones no podía recurrir las decisiones proferidas en su contra, aclara el Delegado, que de la norma citada del Estatuto de la Abogacía se colige que la persona que haya terminado y aprobado los estudios de derecho en universidad oficialmente reconocida sin obtener el título correspondiente, está habilitado para ejercer la profesión por dos años, entre otros casos, como defensor en procesos penales en general, salvo para sustentar el recurso extraordinario de casación, sin establecer límite a una etapa procesal determinada, como equivocadamente lo sostiene el recurrente.

Pasando, así, a la aducida nulidad en la etapa del juicio por no encontrarse ejecutoriada la resolución acusatoria por indebida notificación y la irregular vinculación de Cruz García al proceso, dice el Ministerio Público, que el sustento del censor es contrario a la realidad, ya que no es cierta la primera afirmación por cuanto a la defensa se le enteró personalmente del contenido de tal proveído, como igual sucedió con los demás sujetos procesales, que-

dando ejecutoriada al no haberse interpuesto ningún recurso en su contra; y en lo que tiene que ver con la segunda presunta irregularidad señalada, reitera, al encausado se le había declarado legalmente persona ausente.

No obstante lo anterior y bajo la intitulación de "Casación oficiosa", afirma el Procurador, que por su parte, "salvo sesgadas y erradas manifestaciones en torno a la violación del derecho de defensa, (la verdad es que) fue desatendida en un todo por parte del recurrente, (razón por la cual), la Delegada acometerá su estudio oficioso a efecto de solicitar a esa H. Sala la anulación de lo actuado...". Así, y a partir de varios postulados teóricos sobre el contenido y alcance de la defensa como sustento de un derecho penal democrático, concluye, sin más, que en el presente asunto el procesado estuvo desprovisto de defensa técnica durante toda la instrucción y parte del juicio, como que aparte de la imposibilidad de su ejercicio material a consecuencia de la declaratoria de ausente de Cruz García, solo cuando designó uno de confianza es que la letrada vino a hacer presencia en la actuación, lo que significa, dice, falta de continuidad en la garantía de la misma, en los términos en que afirma, lo ha precisado la Sala en sentencia que transcribe en apoyo de sus tesis.

Concluye, en estas condiciones, que como en el caso *sub judice* el defensor de oficio designado cuando al investigado se le declaró ausente se limitó a tomar posesión del cargo, y posteriormente, después de decretarse el cierre del ciclo instructivo a solicitar la expedición de copias, sin desplegar ninguna otra actividad defensiva, se lesionó el derecho a la defensa técnica, generándose así un vicio *in procedendo* que conlleva a la anulación oficiosa de lo actuado a partir de esa decisión.

Solicita, por tanto, se case oficiosamente el fallo impugnado decretándose la nulidad de la actuación, a partir del proveído mediante el cual se cerró la investigación, rechazándose la censura propuesta por el demandante.

Consideraciones

1. Varias son las circunstancias que por tacharlas de irregulares, generarían en este asunto la nulidad de lo actuado, según los genéricos y escuetos planteamientos del demandante, pues unas están referidas a la ilegalidad en que, dice, se produjo la vinculación de Cruz García a la investigación, como que mientras ello apenas ocurría se admitió a la parte civil y se recaudaron pruebas de cargo, otras al prematuro cierre del ciclo instructivo, lo que sumado a la falta de notificación personal al abogado de oficio de esta decisión y a las limitaciones de este profesional por no ostentar para ese momento la calidad de abogado titulado, así como a la indebida notificación del calificatorio quebrantaron el derecho al debido proceso y a la defensa del sindicado.

2. Así propuesto el ataque, *se impone para la Sala precisar, como ya lo ha venido sosteniendo de manera pacífica y constante desde hace varios años, que si bien la causal tercera de casación le permite al demandante cierta flexibilidad técnica en su proposición y desarrollo, ello no equivale a que valiéndose*

de referencias sueltas que presentadas a manera de irregularidad sirvan de pretexto para valerse de este medio impugnatorio, simplemente para poner de presente aparies de la actuación con las que no se está conforme, pretendiendo generar por parte de la Corte un estudio oficioso del asunto a efectos de establecer, a manera de azar, cuál de todas las hipótesis expuestas en la demanda es la que eventualmente implicaría la anulación de lo actuado, pues ello no solo desborda el alcance de este extraordinario recurso, sino que desconoce por completo el principio de limitación que lo orienta, ya que, como igualmente se ha insistido, la causal de invalidez no es subalterna de las demás, razón por la cual se impone y debe cumplirse en su proposición y demostración, la propia técnica que de su naturaleza, contenido y alcance emanan.

3. De ahí que, el hecho de que cualquiera de los sujetos procesales se encuentre legitimado para reclamar extraordinariamente las nulidades que no se hubiesen invocado durante el término de traslado para preparar la audiencia pública en las instancias, como lo prevé el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, no está significando que se aproveche este recurso rogado para replantear hipótesis defensivas sobre supuestos no demostrados, ni mucho menos que releve al casacionista de respetar los principios de los vicios invalidantes, es decir, a los que se contrae el artículo 308 ibídem.

4. Lo anterior, por cuanto en el presente asunto, la nulidad impetrada por el demandante se reduce a una serie de cuestionamientos a la actuación procesal que lejos de poner de presente la vulneración de garantías a su defendido o de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, lo único que dejan en claro es su abierto desconocimiento de aspectos teórico prácticos del procedimiento y de la realidad procesal misma, como que entremezclando desde diversos puntos de vista el concepto del debido proceso y el derecho de defensa, engloba en una sola argumentación su pedimento invalidatorio del fallo, sin escindir cuáles de son los yerros *in procedendo* que afectaron el proceso y los que a la postre redundaron en la falta de defensa del procesado durante la instrucción.

5. En efecto, inicia el libelista por sostener que se vulneró el artículo 356 del Estatuto Procedimental, atinente al emplazamiento para hacer comparecer a rendir indagatoria a la persona contra a la que se le atribuye la comisión del delito investigado, así como a su declaratoria de ausente si no se logra su presencia directa en el proceso como una de las formas de vinculación legal al proceso del sujeto activo del delito, porque en el presente asunto mientras ello ocurría se admitió como sujeto procesal a la parte civil y se escucharon varios testigos de cargo, lo cual, según se deduce del escrito de demanda, conllevó a la afectación del derecho de defensa de Cruz García, tesis que por sí sola pone de presente la confusión del recurrente sobre el rito procesal y sobre los fundamentos mismos de los derechos garantías que la normatividad positiva reconoce a los incriminados, que como sucede con la defensa técnica, tienen el rango de fundamentales por mandato del artículo 29 de la Carta Política, y lo que es más, del propio Código de Procedimiento Penal, precisamente, porque, contrario a lo que sostiene el demandante, al aplicarse la

referida preceptiva legal, el instructor no hizo cosa distinta a la de dinamizar el postulado constitucional y aplicar el legal, en la medida que una vez abierta la investigación, luego de que durante las averiguaciones preliminares estableciera por los medios legítimos, la plena identificación e individualización de la persona que hasta ese momento estaba en calidad de imputado, procuró la comparecencia directa y personal de Cruz García al proceso librándole primero orden de captura con destino al Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, al Departamento Administrativo de Seguridad, D.A.S. y al Comandante de Policía de Villapinzón, lugar que frecuentaba el incriminado y donde ocurrieron los hechos, sin haber obtenido resultados positivos; por lo que, entonces, procedió a su declaración de ausente y a designarle un defensor de oficio.

6. En estas condiciones, mal puede sostenerse seria y válidamente que al recaudarse algunos testimonios de cargo y admitirse la constitución de parte civil, se le hubiese negado al procesado la oportunidad de defenderse, puesto que de las mismas contingencias propias de este proceso, bien puede colegirse que Cruz García no compareció antes de tales actuaciones judiciales porque el funcionario instructor se lo impidiera o no hubiese adelantado los trámites pertinentes para que así ocurriera, sino porque, voluntariamente decidió sustraerse de la acción de la justicia, entendiéndose, así, en los términos de la exequibilidad declarada de esa disposición legal por la Corte Constitucional en sentencia C-488 del 26 de septiembre de 1996, que en tales circunstancias se renuncia al ejercicio de la defensa material delegándosela al profesional designado de confianza u oficiosamente nombrado por el funcionario de instructor.

7. Es que, *aunque huelgue recordar los fundamentos políticos, jurídicos y sociales que amparan esta forma de vinculación de un imputado al proceso penal, necesario resulta, para ilustración del censor, que en nuestro sistema procesal, dos son las formas en que ello es posible, bien mediante indagatoria, que puede estar precedida de la presentación voluntaria del implicado o como consecuencia de su captura, o mediante la declaración de persona ausente, mecanismo éste que tiene como fines, de una parte el de no paralizar el trámite procesal por la renuencia del imputado a la investigación y de otra, la de garantizarle el derecho de defensa técnica con la designación de un apoderado de oficio, con lo cual el Estado cumple con la razón política de preestablecer un debido proceso bajo este procedimiento, evitando que su deber de investigar los delitos quede postulado constitucionalmente, pero sin una dinamización legal práctica que, sin desconocer el derecho a la defensa, haga que ello se logre.*

8. *Ahora, así mismo, dentro de este procedimiento, en nuestra Ley Procesal, y como se infiere de cordera, el desarrollo de la investigación ni del juicio, desde luego, se suspende por la no comparecencia del imputado o posteriormente del sindicado, abierta la investigación, ésta debe continuar con el trámite establecido para su adelantamiento, dentro del cual puede el perjudicado con el delito constituirse en parte civil y, por supuesto, llevarse a efecto la práctica de las pruebas pertinentes y conducentes para el esclarecimiento de la verdad, hasta*

el momento en que el instructor considere que hay mérito probatorio para vincular al imputado al proceso mediante indagatoria y si ésta no es posible recepcionarla, acudir a su emplazamiento y si un tal llamado también resulta inútil, proceder a su declaratoria de persona ausente, designándole oficiosamente un defensor con el cual se continuará el proceso, si no es que éste nombra uno de confianza. Esto es lo que sucedió en presente caso; de allí que realmente resulte inusitada la censura del ahora demandante en casación, cuando aspira a que ante la conducta renuente del incriminado la investigación no sólo debió paralizarse sino que tampoco podía el perjudicado con el delito constituirse en parte civil para reclamar los daños y perjuicios que se pudieron ocasionar con el hecho punible.

9. También señala el casacionista como lesivo del derecho a la defensa del sindicado, el hecho de que se hubiese decretado el cierre investigativo sin contarse con prueba suficiente para la calificación del sumario y sin que se agotaran los 18 meses que establece el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, con el ítem que de tal proveído no se le notificó personalmente al defensor de oficio de Cruz García, cayendo de nuevo en inconsistencias conceptuales que, por lo mismo, no redundan en vicio que implique la afectación del trámite legal de este proceso, no únicamente porque su desatino devenga en inobjetable al confrontar el texto de la norma en cita y los criterios tenidos por el legislador para establecer el término máximo de duración para el cumplimiento de los fines de la instructiva, sino porque, además, desconoce la propia actuación procesal, pues afirmar que es imperioso el agotamiento íntegro de dicho lapso para proteger el derecho a la defensa no es menos que un postulado crítico llevado al absurdo, como quiera que lo pretendido con esos límites temporales para el despliegue de la actividad investigativa del Estado en la cual debe cumplir con la obligación de la carga de la prueba, no tienen un sentido distinto al de procurar un razonable ejercicio del poder punitivo a efectos de no generar situaciones indefinidas, cuando está de por medio la situación legal de una persona a la que se le imputa la comisión de un delito, por lo que, de cumplirse con tales objetivos antes del tiempo previsto, lo que procede es darle cristera aplicación a lo estatuido en el artículo 438 ibídem, en el sentido de que "Cuando se haya recaudado prueba necesaria para calificar o vencido el término de instrucción, mediante providencia que solo admite el recurso de reposición, se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente pase al despacho para su calificación", como lo hizo el Fiscal, precisamente, porque como expresamente lo afirma el la resolución del cierre investigativo, lo decretó por considerar que "existía la prueba necesaria para calificar" el mérito probatorio del sumario.

10. Pero además, y aparte de desconocer el demandante que *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 329 del Código de Procedimiento Penal, el término de 18 meses para la investigación es el máximo que la ley permite, esto es, que en ninguna forma se está imponiendo como su fatal agotamiento para que sea factible cerrar la investigación, sino que al igual que sucede en el evento del recaudo de la prueba necesaria para finiquitarla, aquí también el Esta*

do impone un límite garantista para evitar al máximo la indefinición en la formulación de cargos al inculpado, si hay lugar a ello, o en su defecto, se proceda a su preclusión. Aquí, contradictoriamente, el censor lo que parece pretender es que, sin existir motivo probatorio para ello, se haya prolongado innecesariamente el lapso instructivo, pues, nada dice respecto a cuáles pruebas se echaban de menos para el momento en que se produjo tal acto procesal, y mucho menos qué aspectos de la investigación estaban pendientes de agotarse para proceder legalmente a su calificación, máxime cuando es la propia ley la que determina cuál es la prueba necesaria para proceder de esa manera, esto es tomar la decisión inmediatamente siguiente, que no es otra que la que pone fin a esa etapa del proceso, y que según lo dispuesto en el artículo 441 del Estatuto Procedimental, no es otra que aquella que demuestre la ocurrencia del delito "y la confesión, o el testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado", presupuestos que indiscutiblemente se cumplían en este asunto para esa oportunidad, como lo demuestra el propio proferimiento de la acusación.

11. En igual desatino incurre el libelista al sostener que se notificó indebidamente la resolución por medio de la cual se declaró cerrada la investigación, porque la defensa de oficio no compareció a enterarse personalmente de su contenido, lo cual no deja de ser una afirmación suelta, aislada y carente de veracidad, pues aquí también en forma paladina tacha de irregular el demandante una actuación procesal que se cumplió conforme a la regulación legal, toda vez que si bien el artículo 438 del Ordenamiento Procesal dispone que esta resolución de sustanciación en particular se debe notificar en forma personal, no establece, como sucede con el calificatorio, un procedimiento especial para que se cumpla dicho acto, por lo que ninguna irregularidad generadora de nulidad puede predicarse en la forma como en este proceso la Fiscalía procedió a cumplir con dicho mandato, ya que, precisamente en su acatamiento, el 2 de junio de 1994, fecha en que se profirió tal proveído, libró telegrama al doctor José María Lora Araoz a la misma dirección que éste registró en el acta de posesión, y a la cual le habían llegado las otras comunicaciones que el mismo Despacho le había enviado, esto es, a la calle 5 No. 6-38, interior 5-20 del Municipio de Zipaquirá, en el que se lee: "Comunícole cierre investigación sumario 892 junio 2/94 favor notificarse", sin que exista en el expediente constancia de devolución o no entrega a su destinatario, pudiéndose concluir válidamente que fue recibido, siendo la realidad del proceso la que así lo demuestra, pues el 8 de ese mismo mes y año, fecha en que se fijó el estado, el referido profesional compareció al Despacho instructor siendo inexplicablemente posesionado por segunda vez, quedando así en evidencia la falta de seriedad y responsabilidad del demandante en sus afirmaciones.

Ahora bien, el hecho de que este abogado no hubiese interpuesto recurso alguno contra la decisión a que se ha hecho referencia, menos implica lesión al derecho a la defensa del procesado, ya que, como se señaló en precedencia, cuando ello ocurrió nada impedía que se continuara con el trámite legal de la

investigación, esto es, que se calificara el mérito probatorio del sumario, pues todos los presupuestos procesales y probatorios estaban dados.

11. Así, en lo que respecta a la presunta irregularidad que afirma el casacionista desde el punto de vista de la cualificación del profesional que asumió oficiosamente la defensa de Cruz García con el argumento de que por haberse identificado con "Licencia Temporal", esto es, sin indicar número de Tarjeta Profesional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del Estatuto de la Abogacía no podía actuar en nombre de otro, razón con la que explica el hecho de que no hubiera alegado previo al calificatorio, tampoco corresponde a la verdad y por el contrario, una vez más, pone de presente su desconocimiento frente a otras materias, en este caso, del proceso de inscripción y registro del título de abogado confundiendo la Licencia Provisional con la Temporal.

12. En efecto, desde el primer acto de posesión ocurrido el primero de febrero de 1994, cuando se designó al doctor Lora Araoz como defensor de oficio de Luis Antonio Cruz García, una vez se le declaró ausente para vincularlo formalmente al proceso, se dejó consignado, porque así se identificó profesionalmente, que portaba Licencia Provisional expedida por el Tribual Superior de Santa Fe de Bogotá D.C., es decir, que se trataba de un abogado titulado, que en los términos previstos en el Decreto 196 de 1991, estaba habilitado para litigar en asuntos penales ante cualquier autoridad.

13. En este sentido, necesario es aclarar la equívoca interpretación del Delegado cuando para sostener que el demandante no tiene razón en este aspecto del reproche, afirma que es precisamente con sustento en el artículo 31 del referido Estatuto que, no obstante que el abogado oficioso se identificara con licencia temporal, cayendo en la misma confusión de la demanda en cuanto a la cualificación que implica una y otra, el doctor Lora Araoz podía ejercer la profesión en todos los asuntos penales, no obstante que la norma citada hace referencia a las personas egresadas de las facultades de derecho que habiendo terminado sus materias no se han graduado, esto es, no han obtenido el título de abogados; de ahí, las limitaciones de su actuación en asuntos penales a que se refiere el precepto legal en comento y que en tales casos se remiten a la etapa de instrucción, entendida bajo el sistema procesal que operaba para la época de su expedición y a los procesos de esta naturaleza que conocieran en primera o única instancia los jueces municipales y del Circuito "y en ambas instancias, en los de competencia de los jueces penales de distrito penal aduanero", que no son otros que a los que se les confiere licencia temporal a la que se remite el artículo 32 del Estatuto del Abogado.

14. Por su parte, la Licencia Provisional, con la que se identificó en este asunto el doctor Lora Araoz, corresponde igualmente a la expedida por los Tribunales a quienes habiendo ya obtenido el título de abogados aún no se les ha expedido la Tarjeta Profesional, tal como lo preceptúa el artículo 18 ibídem, lo que significa que, en tales condiciones es igualmente desacertada la crítica del demandante y la respuesta del Delegado en tal sentido, pues

aquí no se trata de que se hubiese designado a un profesional que no es abogado, ni que estuviera en trance de serlo y por ende, se encontrara limitado para litigar en nombre ajeno, sino todo lo contrario, tenía tal calidad en la forma como la define el artículo 3º ibídem, según el cual "Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas" y que en las condiciones actuales, así ya reiteradamente lo ha insistido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es la cualificación profesional que debe tener quien asume la representación de otro en un proceso penal, dada las exigencias de conocimientos jurídicos especializados, dentro del alcance que de este derecho se desprende del artículo 29 de la Carta Política.

Lo anterior, pone entonces de presente, que si el abogado de oficio no presentó alegatos previos al calificatorio, no fue porque estuviera inhabilitado para actuar, sino porque, de acuerdo a su criterio profesional no le resultó apropiado como estrategia defensiva, lo cual bien puede colegirse de su actitud atenta al devenir del proceso, en la fase final de la investigación.

15. Por último, también el demandante falta a la verdad del proceso, cuando sostiene que se notificó indebidamente el calificatorio, puesto para ello basta con constatar que de tal decisión, fueron notificados personalmente, el Personero, el 21 de octubre de 1994, el defensor el 25, la parte civil mediante telegrama enviado el 5 del mismo mes, fecha en que igualmente se hizo lo propio con el abogado de Cruz García, haciéndose mediante anotación en estado el día 27.

El cargo, entonces, no prospera.

16. Ahora, finalmente y *en lo que tiene que ver con la solicitud oficiosa que curiosa e inusitadamente eleva el Delegado, a partir de una serie de postulados teóricos que no logra dinamizar frente al proceso, y previa la aclaración de que como el demandante no desarrolló correctamente la censura, hará lo propio para, por la vía de la oficiosidad, deprecar de la Corte la nulidad de lo actuado, desbordando en forma, por demás, reprochable la función que le compete llevar a cabo al Ministerio Público al rendir el concepto a que se refiere el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. Huelga precisar, como ya lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Sala, que debe contraerse en primer lugar al estudio de la demanda y solo en relación a los cargos y en los términos en ella propuesta, pues este sujeto procesal, igual está obligado a respetar el principio de limitación que rige el recurso de casación, y por lo mismo, no puede pretextar el deber-facultad a que se contrae el artículo 228 ibídem, para subsanar las deficiencias técnicas y argumentativas del casacionista, y que si evidencia la existencia de alguna nulidad, ello puede hacerlo una vez resuelta la demanda, pero nunca valiéndose de los argumentos del casacionista que propuestos por otra vía los lleve a encuadrarlos de tal manera que corrigiéndolos posibiliten la petición de invalidez, pues un tal proceder además de ser contradictorio, en nada colabora a la Corte en la función de administrar justicia, más aún, cuando esa actitud se muestra reiterativa.*

17. En efecto, no obstante que el Procurador Delegado al referirse al contenido del libelo expone los argumentos que llevan a solicitar el rechazo de la censura, por carecer de razón en unos y no estar conforme a la realidad procesal los otros, se vale prácticamente de los mismos razonamientos, para una vez presentados escuetamente con un lenguaje distinto y un alcance diverso, solicitar oficiosamente la declaratoria de nulidad, para lo cual necesariamente, al igual que el demandante, se ve precisado a desconocer la realidad del proceso, exponiendo como sustento una exposición teórica que no tiene como marco de referencia lo ocurrido en la actuación surtida en este asunto, pues en últimas su tesis se reduce a afirmar, sin demostración alguna conforme a los principios que orientan las nulidades, que el sindicado Cruz García careció de defensa técnica durante la instrucción, por cuanto al haber sido vinculado el procesado mediante declaratoria de persona ausente, no tuvo oportunidad de ejercer su defensa material y menos la especializada, pues "ni siquiera a partir de su vinculación procesal ni una vez que se resolvió su situación jurídica, ni en las restantes facetas de la instrucción, aquél contó con la asistencia de un abogado" (fl. 17, cdno. de la Corte).

18. Esta es toda la argumentación del Representante del Ministerio Público para fundamentar la nulidad que impetra a partir del cierre de la investigación, inclusive, pasando por alto que de conformidad con lo diligenciado en el presente proceso y como quedó explicitado en la reseña procesal, si algo se garantizó en este juzgamiento fue el derecho de defensa, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Penal, una vez iniciada la investigación es hasta el momento en que se vincula al imputado a ésta cuando tiene derecho a designar un defensor, o en su defecto se le nombre uno de oficio, lo cual sucede bien al recepcionarse la indagatoria, si ello ha sido posible, o, para el evento del contumaz, una vez se le emplace y se le declare persona ausente, conforme lo dispone el artículo 356 del mismo Estatuto. Y esto precisamente fue lo que se cumplió en este proceso, ejerciéndose en forma plena la defensa técnica, como que el abogado oficioso en ningún momento abandonó su deber y por el contrario, todo demuestra que estuvo vigilante y atento a la actuación, para lo cual brindó una excelente colaboración la iniciativa, tanto del instructor como del juez de la causa, al mantener informados al defensor técnico y al de la parte civil de las actuaciones que se iban produciendo, librando oportunamente comunicaciones telegráficas en los que daba cuenta de ello. Así, habiéndose declarado ausente a Cruz García mediante resolución del 21 de enero de 1991, el primero de febrero el abogado compareció a tomar posesión del cargo, igualmente al resolvérsele la situación jurídica al implicado el 24 de marzo de ese año, el 28 del mismo mes se enteró a dicho profesional por el medio telegráfico, sin que el hecho de que no impugnara la decisión pueda en forma alguna entenderse como falta o ausencia de defensa técnica, pues no puede olvidarse que este es un derecho y no un deber, y si este sujeto procesal no lo consideró pertinente es porque simplemente creyó, en su recto saber y entender, que no era oportuno hacerlo para sus fines defensivos; y una vez cerrada la investigación el 2 de junio, también tuvo conocimiento por la misma vía de dicho proveído,

concurriendo al juzgado el 8 siguiente, fecha en la cual se había fijado el estado, quedando claro que encontrándose en término para recurrir tal decisión no fue su voluntad hacerlo, limtándose a solicitar copias de lo actuado y una vez proferida la resolución acusatoria el 30 de septiembre, compareció a notificarse personalmente el 25 de octubre.

19. Ahora, en verdad la petición del Delegado es aún más desconcertante, al extender la presunta violación del derecho de defensa a la etapa del juicio, no solo porque aparte de la simple referencia que hace al respecto, desconociéndose el fundamento para una tal afirmación, sino porque, precisamente es en ella cuando al producirse la captura de Cruz García mientras se corría el traslado a que se refiere el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, y antes de vencerse el mismo, el procesado designó un defensor de confianza, quien de inmediato solicitó la recepción de la indagatoria de su procurado, en la cual lo asistió, al igual que una extensa lista de pruebas, las que no obstante haberle sido decretadas y practicadas en su totalidad, como igualmente quedó anotado en precedencia, no concurrió a su realización, como sí lo hizo el apoderado de la parte civil.

20. Como se ve, la ausencia de defensa técnica alegada por el Procurador ninguna relación cierta tiene con lo ocurrido en este proceso, y más bien, por el contrario, atendido el sustento argumentativo de la misma, deja en desconcierto a la Sala al fundamentar su petición en el hecho de que por la condición de ausente del procesado se agudizó la presunta violación al derecho de defensa, pues de una parte, no se entiende cómo, y respecto a la defensa material, se reclame su desconocimiento, cuando precisamente la condición de contumaz excluye esa posibilidad, por simple sustracción de materia; y de otra, porque respecto a la especializada, ésta empezó a ejercerse desde el momento procesal autorizado por la misma ley. Argumentar que cuando en un proceso que se tramita en esta forma se está desconociendo el contenido político del derecho penal y su "perspectiva social comunitaria como necesaria salvaguardia de los derechos humanos", realmente no resulta comprensible, pues precisamente lo que sucede es lo opuesto, ya que el Estado en estas condiciones al respetar plenamente las garantías constitucionales está realizando en su preciso contexto su naturaleza contenido y fines políticos, cumpliendo a su turno, con la perspectiva social que echa de menos el Delegado.

21. Esto no significa, claro está, que la Corte no encuentre de interés la importante doctrina extranjera que transcribe el Procurador para sustentar su petición de nulidad, y básicamente la comparta, al igual que la nacional que no precisa en sus fuentes y que se inspira en el control controlado, entendiendo los derechos constitucionales fundamentales como límites al ejercicio del poder punitivo estatal, pues hoy en día es incuestionable el respeto que todo Estado de Derecho debe garantizarle a la defensa. No obstante, al haberse cumplido con ello en este proceso, lo que resulta censurable es que estas argumentaciones teóricas sirvan para colegir que aquí se han desconocido sin demostrar el por qué y ante la evidencia probatoria y procesal

de lo opuesto. Es que, las formulaciones teóricas por sí solas nunca serán suficientes como sustento conceptual de la aplicación del derecho sino se confrontan estricta y rigurosamente con la realidad fáctica frente a la cual se pretende que cobren relevancia, pues de lo contrario, como sucede en este caso con las argumentaciones del Procurador Delegado, al carecerse del fenómeno frente al cual se podrían confrontar, quedan convertidas en un universo teórico sin objeto de confrontación que imponga demostrar la necesidad de recuperarlas para sacar avante las garantías que deben caracterizar a un Estado de Derecho social y Democrático como corresponde a la declaración constitucional del nuestro, pues, como ha quedado dicho, en este caso, unos tales postulados son precisamente los que se han cumplido.

En estas condiciones, no queda otra alternativa a la Corte, que no acceder a la nulidad impetrada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda.

2. No acceder a la solicitud de nulidad oficiosa impetrada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Cópiese, Cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Causal tercera/**ACCION DE REVISION**-Hecho nuevo/**ACCION DE REVISION**-Prueba nueva

Por hecho nuevo en materia de revisión ha sido entendido, según reiterada doctrina de la Corte, todo acaecimiento o suceso fáctico vinculado al hecho punible materia de investigación, del cual no se tuvo conocimiento en ninguna de las etapas de la actuación judicial, de manera que no pudo ser controvertido. Y, por prueba nueva, todo mecanismo probatorio (documental, pericial o testimonial) no incorporado al proceso, que da cuenta de un hecho desconocido, o de una variante sustancial de un hecho conocido en las instancias, cuyo aporte ex novo tiene la virtualidad de derruir el juicio positivo de responsabilidad que se concretó en la decisión de condena (Cfr. Revisión, diciembre 1° de 1983, Magistrado Ponente Doctor Alfonso Reyes Echandía; Revisión, marzo 18 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Fernando Arboleda Ripoll, entre otras).

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

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

Aprobado acta No.161 Proceso No. 14508

Resuelve la Corte la acción de revisión promovida contra las sentencias de 30 de mayo y 28 de julio de 1997, mediante las cuales el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, respectivamente, condenaron en primera y segunda instancia al procesado José Domingo Cardozo Ramírez a la pena principal de 48 meses de prisión, como autor responsable del delito de acceso carnal violento.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En los primeros días del mes de enero de 1995, en el Municipio de Doncello (Caquetá), Zoilo Jaramillo formuló denuncia penal contra José Domingo Cardozo Ramírez, asegurando que su hija Fabiola Jaramillo Espinosa presentaba varias semanas de embarazo (16.6, según examen ecográfico de 7 de diciembre de 1994), y que al ser preguntada por lo sucedido manifestó

que José Domingo Cardozo Ramírez, propietario de una tienda vecina, la había accedido carnalmente a la fuerza en una ocasión que visitó el establecimiento con el propósito de comprar dulces (fls.1-3 y 7/1).

En declaración juramentada, Fabiola Jaramillo Espinosa corroboró lo sostenido por su padre, haciendo el siguiente relato sobre la forma como ocurrieron los hechos: "Yo fui donde don Domingo Cardozo, fue a comprar un dulce entonces él me bajó el pantalón y se bajó los pantalones, me tapó la boca y cerró la puerta, él me llevó a la casa de él a la cama, él estaba solo, él me tapó la boca no pude gritar, él me amenazó, que si le contaba a mi papá y a mi mamá me pegaba. El me besaba, me abrazaba, él me pegaba en la cara con la mano, yo iba a gritar y él me tapó la boca" (fls.9/1). A la pregunta de si había mantenido relaciones sexuales con otras personas, afirmó: "con otra persona tampoco he tenido relación...únicamente la vez que el viejo Domingo me violó, no me hizo eso sino una sola vez" (fls.9 y 125/1).

Oído José Domingo Cardozo Ramírez en indagatoria, manifestó que lo afirmado por la supuesta víctima no era cierto, y que en el barrio se sabía que el padre del niño era Reynel Gómez Jaramillo, quien es familiar de Fabiola y vive en seguida de su casa. Con ella jamás mantuvo relaciones sexuales, ni siquiera conversaciones, y en sus visitas a la tienda se hacía acompañar siempre de los dos hermanos menores (fls.107/1).

La investigación estableció que Fabiola Jaramillo Espinosa, para el mes de enero de 1995, presentaba un embarazo de aproximadamente 21 semanas. Además, que sufría de retraso mental leve-moderado, sin trastornos psiquiátricos, y revelaba una edad cronológica de 25 a 30 años, y una mental aproximada de 7 a 10 años (fls.22).

El 15 de octubre de 1996, la Fiscalía calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Cardozo Ramírez por el delito de acceso carnal violento, y mediante sentencia de 30 de mayo de 1997, el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) lo condenó a la pena principal de 48 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor responsable del delito imputado en la resolución acusatoria (fls.146 y 173/1).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, mediante el suyo de 28 de julio de 1997, que causó ejecutoria el 29 de agosto siguiente, lo confirmó en todas sus partes, tras considerar, al igual que lo hizo el *a quo* en la providencia impugnada, que el testimonio de Fabiola Jaramillo Espinosa merecía entera credibilidad, siendo dicho elemento de prueba el único soporte probatorio de la decisión de condena (fls.2-14 y 17 vto. del cuaderno del Tribunal).

La Demanda

Con fundamento el la causal tercera de revisión, el accionante demanda la rescisión del referido fallo de condena, asegurando que después de su

proferimiento y ejecutoria surgió una prueba nueva, de naturaleza científica, no conocida al tiempo de los debates, de la que inequívocamente surge que el sentenciado nada tuvo que ver en los hechos investigados.

Sostiene que la declaración de responsabilidad penal en el caso *sub judice* se sustentó en la consideración de que en los meses de agosto o septiembre de 1994, José Domingo Cardozo Ramírez accedió carnalmente mediante violencia a Fabiola Jaramillo Espinosa, y que a raíz de esta relación ella quedó embarazada, dando a luz en el mes de mayo de 1995 a un niño que se llamó Carlos Andrés Jaramillo Espinosa, circunstancia esta última que constituyó motivo de agravación de la pena, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 306 del Código Penal.

En vista de que las afirmaciones de Cardozo Ramírez sobre su inocencia fueron desestimadas por los juzgadores de instancia, y que en el curso de la investigación los funcionarios judiciales no practicaron pruebas en procura de determinar la paternidad del menor, el sentenciado, *motu proprio*, después de haber sido proferida la sentencia de condena, solicitó y obtuvo por intermedio del Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Rico (Caquetá) y la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal No.3, la práctica de un examen antropoheredobiológico con su concurso y el de Fabiola Jaramillo Espinosa y Carlos Andrés Jaramillo Espinosa, pericia que fue practicada por la Unidad de Genética Humana de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad del Cauca, cuyos resultados fueron los siguientes: "El individuo José Domingo Cardozo tiene una probabilidad acumulada de paternidad (Wa) de 0.0000% con Carlos Andrés Jaramillo. Según los enunciados verbales de Hummel, la paternidad es excluida" (fls.261 cuaderno de la Corte).

De acuerdo con dicha pericia, José Domingo Cardozo no es el padre del menor Carlos Andrés, ni tampoco la persona que accedió carnalmente a Fabiola, pues ésta, en sus declaraciones, fue clara en sostener que nunca antes había sostenido relaciones sexuales, resultando sus afirmaciones mentirosas, y su conducta transgresora de la ley penal. Por tanto, solicita a la Corte declarar fundada la causal invocada, y ordenar la revisión de la sentencia, disponiendo el reenvío del proceso al funcionario respectivo, y la libertad provisional del sentenciado, conforme a lo establecido en los artículos 232 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Para demostrar los hechos básicos de la petición aportó copia del registro civil de nacimiento del menor Carlos Andrés Jaramillo Espinosa (fl.16/1), del trámite cumplido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Rico (Caquetá) a instancias del sentenciado, de los resultados del examen antropoheredobiológico realizado por la Unidad de Genética Humana de la Universidad del Cauca (fls.257-262), y de toda la actuación procesal.

Trámite de la Acción

Por auto de 21 de mayo de 1998 la Corte admitió la demanda de revisión presentada por el defensor del sentenciado José Domingo Cardozo Ramírez.

y dispuso solicitar el proceso original al Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) para el trámite de la acción (fls.271 del cuaderno de la Corte).

Dentro del período de apertura a prueba se ordenó incorporar al proceso las acompañadas por el actor a la demanda, y se solicitó a la Unidad de Genética del Instituto de Medicina Legal la práctica de las pruebas de ADN (análisis del ácido desoxirribonucleico) a que hubiere lugar, con el fin de establecer si el sentenciado José Domingo Cardozo Ramírez era el padre biológico del menor Carlos Andrés Jaramillo Espinosa (fls.293 *ibídem*).

El nuevo dictamen, que tiene fecha febrero 26 de 1999, descartó también la paternidad de Cardozo Ramírez. Sus conclusiones fueron las siguientes: "Se observa que José Domingo Cardozo Ramírez no posee todos los alelos paternos obligados (AOP) que debería tener el padre biológico del menor Carlos Andrés Jaramillo. Se encontraron tres (3) exclusiones de la paternidad: para los siguientes sistemas Humfga, Humd21s11 y Humesfipo. Los resultados anteriores indican que José Domingo Cardozo Ramírez queda excluido como padre biológico del menor Carlos Andrés Jaramillo" (fls.306 y 307 ibídem).

Mediante proveído de 5 de marzo del año en curso se dispuso correr traslado a los sujetos procesales de los dictámenes antropoheredobiológico practicado por la Unidad de Genética Humana de la Universidad del Cauca, y de ADN (ácido desoxirribonucleico) realizado por el Instituto de Medicina Legal, para su contradicción, conforme a lo establecido en el artículo 270.2 del estatuto procesal penal, habiendo las partes guardado silencio (fls.310 ibídem).

Alegatos de Conclusión

1. Del accionante: Sostiene que el dictamen antropoheredobiológico de la Unidad de Genética Humana de la Universidad del Cauca, y las pruebas practicadas en el trámite de la acción de revisión, demuestran a plenitud que el sentenciado no es el padre del menor Carlos Andrés Jaramillo Espinosa, ni el autor del acceso carnal violento investigado, surgiendo de esta manera clara la causal de revisión alegada. Por tanto, reitera su solicitud de que se acceda a las pretensiones de la demanda (fls.335 ibídem).

2. De la Procuradora Cuarta Delegada en lo Penal: Argumenta que la prueba científica aportada en el trámite de la revisión evidencia que Fabiola Jaramillo Espinosa faltó a la verdad en el proceso, como quiera que sus afirmaciones en el sentido de que José Domingo Cardozo Ramírez era el padre de su hijo, y la única persona con la cual había mantenido relaciones sexuales, aparecen desvirtuadas por la referida prueba, y que en las anotadas condiciones su testimonio resulta insuficiente para mantener la decisión de condena, según lo establecido en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal. Es del criterio, por tanto, que se declare fundada la causal alegada y se ordene la revisión de la sentencia, disponiendo simultáneamen-

le la libertad provisional del sentenciado, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 240.2 y 241 *ejusdem* (fls.341-351).

SE CONSIDERA

La causal de revisión prevista en el numeral 3 del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, que sirve de substrato a la solicitud de revisión de la sentencia condenatoria proferida contra José Domingo Cardozo Ramírez por el delito de acceso carnal violento, exige demostrar el surgimiento de hechos nuevos o pruebas nuevas, no conocidas al tiempo de los debates instanciales, que establezcan la inocencia del condenado o su inimputabilidad.

Por hecho nuevo en materia de revisión ha sido entendido, según reiterada doctrina de la Corte, todo acaecimiento o suceso fáctico vinculado al hecho punible materia de investigación, del cual no se tuvo conocimiento en ninguna de las etapas de la actuación judicial, de manera que no pudo ser controvertido. Y, por prueba nueva, todo mecanismo probatorio (documental, pericial o testimonial) no incorporado al proceso, que da cuenta de un hecho desconocido, o de una variante sustancial de un hecho conocido en las instancias, cuyo aporte ex novo tiene la virtualidad de derruir el juicio positivo de responsabilidad que se concretó en la decisión de condena (Cfr. Revisión, diciembre 1º de 1983, Magistrado Ponente Doctor Alfonso Reyes Echandía; Revisión, marzo 18 de 1997, Magistrado Ponente Doctor Fernando Arboleda Ripoll, entre otras).

En el caso *sub judice*, el accionante aportó, en condición de prueba nueva, los resultados de la pericia antropohereditobiológica practicada por la Unidad de Genética Humana de la Universidad del Cauca, con el fin de acreditar que el sentenciado José Domingo Cardozo Ramírez no es el padre biológico del menor Carlos Andrés Espinosa, y que las conclusiones de los juzgadores, en el sentido de que el embarazo de Fabiola Jaramillo fue fruto de acceso carnal violento imputado al sentenciado, no son ciertas.

El carácter *ex novo* del medio probatorio en comento y su pertinencia resultan indiscutibles, en cuanto se trata de un elemento de juicio no conocido en el curso del proceso, que sobrévino a la decisión de condena, y guarda estrecha relación con los hechos allí declarados. También se trata de una prueba de inobjetable valor probatorio, tanto por su naturaleza científica como por su nivel de acierto, y porque sus conclusiones fueron ratificadas en un todo por los análisis de ADN llevados a cabo dentro del término de apertura a prueba en el curso de la presente acción, cuyo grado de certeza resulta incuestionable. De allí que no pueda existir duda sobre su contundencia probatoria, ni sobre la situación fáctica que acreditan: que el sentenciado José Domingo Cardozo Ramírez no es el padre biológico del menor Carlos Andrés Jaramillo Espinosa.

Demostrado este hecho, restaría determinar si su contenido y carácter *ex novo* contrastan la verdad declarada en el fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada, y si tiene la virtualidad de derruir sus conclusiones fácticas y jurí-

dicas, haciendo evidente su contenido injusto, atendida la prueba que le sirve de fundamento.

Del estudio de las sentencias de primera y segunda instancia se establece que los juzgadores acogieron en su integridad la versión suministrada por Fabiola Jaramillo en el curso del proceso, y que este es el único elemento de prueba que sirve de sustento a la decisión de condena. Dicha testigo, como se recuerda, hizo en lo sustancial tres precisiones: Que José Domingo Cardozo Ramírez la accedió carnalmente mediante violencia; que nunca antes había mantenido relaciones sexuales; y, que su estado de embarazo sobrevino de dicha relación.

Con fundamento en las anotadas premisas fácticas, y las pruebas médicas que confirmaron el estado de gravidez de la supuesta víctima, los juzgadores declararon a Cardozo Ramírez autor responsable del delito de acceso carnal violento, conforme a lo establecido en el artículo 298 del Código Penal, y dedujeron en su contra la agravante específica consagrada en el numeral 3 del artículo 306 *ejusdem*: "Si la víctima quedare embarazada".

Al haber sido establecido, a través de la prueba nueva (dictámenes antropoheredobiológico y de ADN), que Cardozo Ramírez no es padre biológico del menor Carlos Andrés Jaramillo Espinosa, el soporte fáctico-jurídico del fallo se diluye, pues la nueva situación pone en evidencia que la relación sexual que determinó el embarazo sobrevino con persona distinta del sentenciado, y que éste, en consecuencia, no pudo ser el autor del hecho denunciado, al menos no dentro del marco de las afirmaciones y circunstancias precisadas por la testigo, que como se dijo, son las que sirven de soporte a la sentencia de condena.

Dicho contraste permite afirmar que la verdad histórica o realidad de lo sucedido no coincide con la verdad declarada en el fallo, y que la decisión de mérito, de haber sido conocida oportunamente la prueba de paternidad que sirvió de soporte a la acción, habría sido de carácter absolutorio, bien sobre la base de la declaración de inocencia del procesado, o de existencia de duda razonable sobre su responsabilidad, atendida la naturaleza y contenido de la prueba incorporada al proceso.

Razón, por tanto, le asiste al accionante y a la Procuradora Delegada al sostener que en el presente caso halla cabal comprobación la causal de revisión consagrada en el numeral 3 del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal consistente en haber surgido hecho nuevo y consecuente prueba nueva que establece la inocencia del procesado, y en solicitar que se ordene la revisión de la actuación, con el fin de que el fallo sea dictado con arreglo a la nueva evidencia, y los elementos de prueba que logren ser incorporados en el juicio rescisorio.

Acorde, entonces, con lo dispuesto en los artículos 240.2 *ejusdem*, la Corte declarará fundada la causal invocada, dispondrá la invalidación del fallo contrastado, y ordenará el reenvió del proceso al Juzgado Primero Promiscuo

del Circuito de Puerto Rico (Caquetá), para que sea tramitada nuevamente la fase de juzgamiento, desde los traslados para la preparación de la audiencia pública inclusive (art.466), y se tomen en su momento las decisiones que correspondan con el fin de investigar los delitos que hayan podido ser cometidos contra la administración de justicia, si hubiere lugar a ello.

Se dispondrá, así mismo, la libertad provisional del procesado, para cuyos efectos deberá prestar caución prendaria de un salario mínimo mensual ($236.460.oo) en el Banco Agrario de Colombia, o la entidad que corresponda, a nombre del Juzgado que debe seguir conociendo del proceso, y suscribir diligencia de compromiso en los términos señalados en el artículo 419 del estatuto procesal. Cumplidas estas condiciones, se librará la correspondiente boleta de libertad, con la advertencia de que solo produce efectos si el procesado no es requerido por otra autoridad en virtud de proceso diferente.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR FUNDADA la causal de revisión planteada.

2. INVALIDAR los fallos de 30 de mayo y 28 de julio de 1997, proferidos, en su orden, por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) y el Tribunal Superior de Florencia.

3. DISPONER la reposición de la fase del juzgamiento desde los traslados a las sujetos procesales para la preparación de la audiencia pública, inclusive.

4. DESIGNAR al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Puerto Rico (Caquetá) para que continúe conociendo del asunto.

5. DISPONER LA LIBERTAD PROVISIONAL del procesado José Domingo Cardozo Ramírez, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia. Para dichos fines, se comisiona al Juzgado antes referido.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-No es una tercera instancia

Es preciso que la Corte retiere 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 precedido 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 su trascendencia en la parte dispositiva del fallo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. -Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobada acta N° 161 Proceso N° 11442

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de los procesados Hipólito Moreno Carvajal y Mario Moreno Carvajal contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, el 14 de agosto de 1995, en la que al confirmar integralmente la del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 9 de mayo del citado año, los condenó a la pena principal de 16 años 10 meses de prisión y 16 años de prisión, respectivamente, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los daños y perjuicios, como autores intelectuales del delito de homicidio agravado y al primero de los nombrados, además, por porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos

El juzgador de segundo grado los sintetizó en los siguientes términos:

"En las primeras horas del día veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa y uno, fue sacado de su vivienda Octavio Valbuena Flórez, ubicada en zona rural del municipio de Aratoca.

"A la casa se presentaron el cabo del Ejército Jorge Enrique Galindo quien tras apoderarse de un revólver y veinte mil pesos que tenía en la mesa de noche Valbuena, lo obligó a salir diciéndole que era para que le hiciera una carrera en la camioneta. Montado en el vehículo lo abordó también Luis Moreno Carvajal, cuñado de Valbuena, y kilómetros adelante, en la carretera que conduce de Bucaramanga a San Gil, lo hicieron bajar del automotor y le dieron muerte de varios disparos, continuando los victimarios en la camioneta hasta San Gil, donde la dejaron abandonada, siguiendo el viaje hasta el Socorro donde los esperaban los hermanos María del Carmen, Mario e Hipólito Moreno Carvajal, quienes habían planeado horas antes el homicidio en casa de Mario, determinando a Luis y a Jorge Enrique para que ejecutaran el plan.

"El móvil del ilícito fue el maltrato que Octavio Valbuena daba a su esposa María del Carmen, hermana de Luis, a quien golpeaba e insultaba permanentemente desde años atrás. Desesperada María del Carmen viajó el veinticinco de diciembre al Socorro y contó a sus hermanos que ya no aguantaba más esta situación, y reunidos en la casa de Mario, en las horas de la tarde planearon entre Hipólito, María del Carmen y Mario darle muerte a Octavio para lo cual determinaron a Jorge Enrique Galindo, Cabo del Ejército y novio de una hijastra de Luis Moreno y a éste último para que se trasladaran hasta la zona rural de Aratoca y lo ultimaran, ofreciéndole María del Carmen dinero al militar y facilitándoles Hipólito las armas y dinero así como unas prendas de vestir para que ejecutaran el plan".

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el acta de levantamiento, la denuncia presentada por Pedro Pablo Valbuena Galvis, padre del occiso, y unas declaraciones, el Juzgado Promiscuo Municipal de Aratoca (Santander), el 31 de diciembre de 1991, dictó auto cabeza de proceso.

Luego de practicadas varias pruebas, de vincular mediante indagatoria a los hermanos Luis y María del Carmen Moreno Carvajal y una vez clausurada la investigación, el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de San Gil, a donde pasó el diligenciamiento, profirió, el 24 de abril de 1992, resolución de acusación contra el primero de los nombrados, por los delitos de homicidio agravado y hurto, y ordenó la reapertura de la instrucción respecto de la sindicada y demás posibles partícipes del ilícito, disponiendo, consecuencialmente, la ruptura de la unidad procesal.

En la reapertura se allegaron múltiples medios de convicción, entre ellos la declaración que bajo juramento rindió el sentenciado Luis Moreno Carvajal quien, acogiéndose a los beneficios legales, prestó su colaboración en cuanto a la identificación de los demás partícipes de la conducta delictual, lo que permitió, junto con otros elementos de juicio, confirmar los cargos contra María del Carmen Moreno Carvajal y vincular mediante indagatoria a

Jorge Enrique Galindo Pardo, Mario Moreno Carvajal e Hipólito Moreno Carvajal, a quienes se les resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, según resoluciones fechadas el 18, el 25 y el 29 de abril de 1994, proferidas por la Fiscal Quinta Especializada de San Gil, funcionaria judicial que con anterioridad había avocado el conocimiento del proceso, por razón de la nueva normatividad procesal penal.

Ampliadas las indagatorias, aportados otros testimonios y allegada la copia del fallo de condena proferido contra Luis Moreno, mediante resoluciones del 2 de junio y 15 de julio de 1994, se decretó la ruptura de la unidad procesal con relación a los procesados María del Carmen Moreno y Jorge Enrique Galindo, quienes se acogieron a los beneficios de la sentencia anticipada.

Cerrada la investigación, el mérito del sumario se calificó, el 7 de septiembre del citado año, con resolución de acusación en contra de los hermanos Hipólito y Mario Moreno Carvajal, por los delitos de homicidio agravado, en calidad de determinadores, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, decisión que fue confirmada, excepto en lo atinente a la imputación que por el segundo ilícito se hizo contra Mario Moreno, la que fue revocada, por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de San Gil, el 21 de octubre siguiente.

La etapa de juzgamiento la tramitó el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de dicha ciudad que, luego de celebrar la audiencia pública, profirió la sentencia de primera instancia, el 9 de mayo de 1995, en la que condenó a los procesados a la pena principal de 16 años 10 meses de prisión y 16 años de prisión, respectivamente, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los perjuicios materiales y morales, por los delitos imputados en el pliego de cargos.

Apelada por el defensor la anterior decisión, el Tribunal Superior de San Gil, al desatar el recurso, la confirmó íntegramente, el 14 de agosto del mismo año.

Las Demandas de Casación

1. Demanda presentada a nombre de Hipólito Moreno Carvajal

El defensor del procesado, con base en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, presenta un único cargo contra la sentencia de segunda instancia. Sus argumentos se pueden sintetizar así:

Estima que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial, "por error manifiesto de hecho", lo que condujo a que equivocadamente se condenara "a Hipólito Moreno Carvajal como autor intelectual del homicidio agravado en Octavio Valbuena, cuando debió haberse condenado como cómplice de ese mismo delito". La transgresión de las "normas procesales relacionadas con los criterios de la sana crítica y la debida apreciación de la prueba, en especial la testimonial", implicó que equivocadamente se condenara "a mi

defendido enmarcando su comportamiento antijurídico en lo previsto en los artículos 323 y 324 N° 4 del C. Penal, cuando ha debido condenarlo pero, enmarcando su comportamiento antijurídico en el tipo penal previsto en el art. 24 del Código Penal".

Señala que para poder concluir que su procurado actuó como cómplice y no como autor, lo que ha pregonado desde que asumió la defensa, necesario es acudir a los "textos procesales" que hacen referencia a dicho comportamiento, siendo necesario iniciar con el testimonio de Luis Moreno Carvajal, quien así lo hizo con el fin de hacerse acreedor a los beneficios consagrados en la ley 81 de 1993.

Luego de advertir que en las dos oportunidades en que declaró Luis Moreno no se le puso de presente, por parte del funcionario judicial, el contenido del artículo 283 del C. de P.P., máxime cuando iba a "elevar una denuncia", se dedica a transcribir unos apartes de dicho testimonio, relacionadas con el comportamiento del procesado, procediendo de igual manera con unos apartes de las versiones rendidas por Jorge Enrique Galindo Pardo y María del Carmen Moreno Carvajal.

A continuación resalta cómo una vez su defendido conoció los testimonios mentirosos de su hermano Luis y del militar Galindo, decidió ampliar su indagatoria con el único fin de relatar la verdad, según la cual, ante la negativa de participar en el plan criminal, optó por prestarles un "revólver 32 corto de cinco tiros, sin munición". limitándose a ello su participación en los hechos, pues nunca hizo parte de las conversaciones que sostuvieron María del Carmen, Luis y Galindo Pardo dirigidas a planear el homicidio, no pudiéndose olvidar que luego se demostró que la víctima fue "ultimada con proyectiles correspondientes a un revólver 38 de seis proyectiles, y no se pudo concluir si efectivamente el arma que dice haber prestado Hipólito Moreno era un revólver calibre 32 con capacidad para cinco proyectiles".

Igualmente, dice, "nunca pudo demostrarse a lo largo de la investigación que en la casa de Mario Moreno se hubiera planeado la ejecución del delito por parte de éste" y sus hermanos. Si bien el 25 de diciembre se reunieron en dicho lugar, el tema obligado de conversación se relacionó con el maltrato que Octavio Valbuena le daba a su esposa María del Carmen, existiendo "gran diferencia entre el que se tejan o se lancen comentarios de esa naturaleza, a que se diga que los mismos obedecen a la planeación para la ejecución de un homicidio", además que "jamás, ni en la etapa instructiva ni el la etapa del juicio, fue posible señalar cuál fue su aporte para la planeación del delito".

Reconoce que su defendido tuvo participación en el desarrollo del delito, pero únicamente en cuanto suministro el arma y facilitó unas prendas de vestir, colaboración que no tiene la magnitud como para enmarcarla en una autoría intelectual. Por ello, agrega, siempre ha reclamado, desde la investigación, que fuese condenado en calidad de cómplice, "porque no pudo demostrarse, y por ende no existe prueba al respecto que diga que participó en las conversaciones aquellas dirigidas a planear la muerte de su cuñado".

Seguidamente se dedica el libelista a hacer unos comentarios jurídicos sobre la complicidad, para lo cual cita a dos reconocidos doctrinantes, los que toma como apoyo para afirmar que el Tribunal erró en la "apreciación normativa" que contiene dicho instituto.

Finaliza diciendo que "con la apreciación errónea hecha por el Tribunal", se violaron las siguientes disposiciones: artículos 29 de la Constitución Política, "sobre el debido proceso", 445, 254 y 294 del Código de Procedimiento Penal y 24 del Código Penal, "ya que como quedó visto a lo largo de esta demanda, se distorsionó el hecho que los inculpados hubieran participado en las conversaciones relacionadas con el maltrato que Octavio Valbuena prodigaba a su mujer María del Carmen Moreno Carvajal, equiparándolo a que esas conversaciones fueron iguales a las que hubieran podido desarrollarse para planear e idear la muerte"

En consecuencia, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en su lugar, proferir la de reemplazo condenando a su representado como cómplice del homicidio y autor del porte ilegal de armas, reduciendo la pena principal a 8 años y 8 meses de prisión y en la misma medida la accesoria.

2. *Demanda presentada a nombre de Mario Moreno Carvajal*

Apoyado en la causal primera, cuerpo segundo, de casación, el defensor del procesado presenta un único cargo contra la sentencia del Tribunal, cuyos argumentos se pueden sintetizar así:

Considera que tanto el juez de primera instancia como el fallador de segundo grado violaron indirectamente la ley sustancial, ya que, "por error manifiesto", llegaron a "una errada conclusión equivocada, y por ende, condenaron a Mario Moreno Carvajal como autor intelectual del delito de homicidio en Octavio Valbuena, cuando debieron haberlo absuelto de todo cargo, toda vez que las pruebas recaudadas demuestran su inocencia". Agrega que el Tribunal "aplicando indebidamente preceptos procesales relacionados con los criterios de la sana crítica y la correcta apreciación de la prueba, concretamente la testimonial", concluyó en la condena del procesado "y por darle aplicación a lo previsto en el artículo 247 del C. de P. P., distorsionó el sentido de la prueba y le dio efectos probatorios diversos que en verdad no se derivan de su contexto".

Para arribar a la anterior conclusión, por la que ha clamado desde que asumió la defensa, estima necesario acudir a los "textos procesales que tienen que ver con su comportamiento y participación con los hechos, desde el momento mismo en que su hermano Luis Moreno Carvajal decide ampliar su declaración para incriminarlo, con la esperanza de obtener algún beneficio de los consagrados en la ley 81 de 1993... Y esos textos procesales se circunscriben a la prueba vertida dentro del proceso que fue únicamente de carácter testimonial, por ello, he de transcribir los apartes de esta prueba testimonial que dan cuenta de la inocencia de Mario Moreno Carvajal".

Luego de resaltar que en las dos declaraciones rendidas por Luis Moreno no se le advirtió sobre el contenido del artículo 283 del C. de P.P., procede a transcribir varios apartes de dicha prueba testimonial, los que, en su criterio, se refieren a la participación de su defendido en los hechos juzgados, lo que le permite afirmar lo siguiente:

"Obsérvese cómo el delator, el denunciante, en ninguna de sus dos únicas veces que acude a la justicia para denunciar a sus hermanos hace cargos concretos contra Mario Moreno. De manera vaga e imprecisa dice que ellos hablaron con el militar y que éste es quien debe saber a ciencia cierta la verdad de lo acontecido, toda vez que él (Luis) se encontraba muy borracho".

Seguidamente, con el propósito de contrastar lo dicho por Luis Moreno, se dedica a copiar una porción de la indagatoria de Jorge Enrique Galindo Pardo, para colegir que de este medio de convicción "ningún cargo concreto ni manifestación alguna respecto a la verdadera participación de Mario Moreno se puede deducir". Por el contrario, de lo aseverado por el declarante se desprende, "casi de manera exclusiva, que la autoría intelectual del homicidio radicó en la señora María del Carmen", sin que la reunión de los mencionados hermanos con el fin de hablar sobre los problemas que ésta tenía con su esposo, sea suficiente para concluir que allí se planeó el homicidio.

Por lo tanto, estima que el Tribunal erró en la apreciación de dicha prueba, ya que equivocadamente concluyó que "esa conversación fue el motor del crimen cuando nadie sabe, nadie dijo y nadie demostró que la charla hubiera estado orientada a la comisión del delito, sin negar que esa conversación sí giró en torno a los problemas de María del Carmen con su esposo".

Después el libelista ocupa su atención en transcribir unos apartes de las indagatorias, con sus ampliaciones, de los hermanos María del Carmen, Mario e Hipólito Moreno Carvajal, para inferir, desde su personal perspectiva, que no aparecen cargos serios y sólidos en contra de su defendido, quien no niega que haya existido la mullicitada reunión familiar, en la cual se trataron los problemas que su hermana tenía con el esposo, pero sin que en la misma "se hubiera fraguado la muerte de Octavio Valbuena" y menos que él hubiese intervenido en el plan criminal.

Igual análisis realiza en lo que atañe con el testimonio de Carmen Yaneth Barajas de Moreno, esposa de Mario, quien sostuvo que su "marido tampoco participó de esa charla, de manera que, cómo podría deducirse que tuvo injerencia en la autoría intelectual de la muerte de Octavio Valbuena, cuando nadie, absolutamente nadie, lo vio participando en la charla que sostenían quienes posteriormente le dieron muerte?." Por lo demás, este testimonio coincide con el rendido por Encarnación Moreno Carvajal.

Los vacíos y las dudas expuestas son tan evidentes, dice, que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal le dio la razón al momento de resolver la apelación

que interpuso contra la resolución de acusación, pues en esa decisión se resaltó que "ninguno de los deponentes dijo con precisión y claridad cuál había sido la participación de Mario Moreno en los hechos investigados", como tampoco se demostró que en dicha reunión se planeó la ejecución del delito.

No obstante, el Tribunal de manera errada dio aplicación a los artículos 323 y 324.4 del C. P. y 247 del C. de P.P., cuando lo cierto es que en el proceso no existen las pruebas que conduzcan a establecer la responsabilidad de su defendido, desatino resultante de apreciar "falsamente toda la prueba testimonial respecto del comportamiento desplegado" por el procesado, y acentuado al otorgar "total credibilidad al dicho del militar Jorge Galindo Pardo", el que "resulta ser el más increíble que se haya dado en el proceso".

Termina diciendo que "con la apreciación errónea hecha por el Tribunal", se violaron las siguientes disposiciones: artículos 29 de la Constitución Política, "sobre el debido proceso y presunción de inocencia", 445, 254, 294 y 247 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo tanto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en su lugar, proferir la de reemplazo absolviendo a su defendido de todo cargo.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Dice el Procurador que como el casacionista sustenta ambas demandas con argumentos sustancialmente similares, procede a conceptuar de manera conjunta.

Estima que los cargos aducidos en cada uno de los libelos, están llamados al fracaso, por razón de las ostensibles falencias técnicas en que se incurre, pues si bien el censor los fundó en la violación indirecta de la ley sustancial, "por error manifiesto de hecho", olvidó singularizar la modalidad del yerro, es decir, si lo fue por un falso juicio de existencia, generado en la suposición u omisión de las pruebas, o por un falso juicio de identidad.

Igualmente, agrega, quedó incompleta la formulación jurídica de los cargos, toda vez que no individualizó, "ni con expresiones convencionales, ni con desarrollos de claridad y precisión, el sentido último de violación de la ley sustancial, esto es, de mostrar y demostrar a la Corte cuáles fueron las normativas medio y las normativas fin indebidamente aplicadas y en cuáles se erró en punto de falta de aplicación".

Como evidencia de lo anterior, acota, basta observar que el actor cita como violado el artículo 29 de la Constitución Política, cuando es indiscutible que en sede de casación el ámbito propio de esta transgresión no es la causal primera, sino la tercera, propia de la nulidad.

De igual manera, pese a referir la violación de los artículos 445, 247, 254 y 294 del C. de P.P., de todos modos no se ocupó en demostrar, con sujeción a la técnica casacional, cómo existiendo la duda, o la falta de certeza para

condenar, o habiéndose atropellado las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, se llegó a la vulneración de tales preceptivas.

"Si lo que pretendía plantear el casacionista, para el evento de Hipólito Moreno Carvajal, era la indebida aplicación del art. 23 del C. Penal con relación al art. 323, 324.4 *ibídem*, y en su contrario la falta de aplicación del art. 24 del C. Penal, y si lo que pretendía plantear el casacionista, para el evento de Mario Moreno Carvajal, era la indebida aplicación del art. 23 del C. Penal con relación al art. 323, 324.4 *ibídem*, al igual que la pretendida indebida aplicación del art. 247 (lo que no mencionó) y la falta de aplicación del art. 445 (lo que tampoco expresó); con relación a las citadas normativas, por la vía indirecta, por error de hecho, le era imperativo, ya por la modalidad del falso juicio de existencia, singularizar y confrontar con juicios de objetividad, cuáles fueron las pruebas que el Tribunal, o bien omitió, o supuso, y que con base en ellas se hizo advinente el error de llegar a derivar una autoría intelectual, y con dialéctica de trascendencia y miras a la infirmación de la sentencia, demostrar que de no haberse omitido o supuesto dichas pruebas la participación de Hipólito Moreno Carvajal, no se hubiese dado a título de autoría intelectual, sino de complicidad, y para el caso de Mario Moreno Carvajal de absolución; tratamiento de confrontación que no efectuó".

De otra parte, si de error de hecho por falso juicio de identidad se trataba, le correspondía al actor identificar los medios probatorios cuyos contenidos fueron distorsionados, "objetivizando los cambios dados en lo fáctico", para luego demostrar cómo de no haberse presentado tales desatinos necesariamente habría sido absuelto Mario y condenado, como cómplice, Hipólito, "tratamientos de confrontación que tampoco realizó".

En síntesis, concluye el Procurador, lo que hizo el libelista fue simplemente transcribir apartes de los testimonios de cargo, pero sin detenerse en sus contenidos, para luego, de manera globalizada y desde una perspectiva singular, anteponer sus particulares criterios a los de los falladores, olvidando que la sentencia llega a esta sede precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

Por último, conceptúa que las declaraciones de Luis Moreno Carvajal y Jorge Galindo Pardo, fueron el soporte "probatorio de la autoría intelectual que el Tribunal derivara tanto para Hipólito como para Mario".

En estas condiciones sugiere que no se case la sentencia materia del recurso.

Consideraciones de la Corte

1.- Como quiera que no solo el único reproche aducido en ambas demandas es fundamentalmente igual, sino que las dos censuras adolecen tanto en su enunciación como en su desarrollo de los mismos desatinos técnicos y los argumentos son iguales, se contestarán conjuntamente.

La única diferencia entre los libelos radica en que en el presentado a nombre de Hipólito Moreno, se acepta su participación en el punible pero en calidad de cómplice, al haber facilitado a los autores materiales un arma y unas prendas de vestir para su ejecución, en tanto que en el formulado a nombre de Mario Moreno, se niega toda participación y se proclama su absoluta inocencia, por lo cual se depreca su absolución.

2.- Palmario es que ambos escritos exhiben, como lo conceptúa el Procurador Delegado, protuberantes yerros técnicos y en los dos aparece que lo que pretende el recurrente, sin demostrar ninguna equivocación por parte del Tribunal, es que se examine, nuevamente, el mérito que le otorgó a los medios de convicción, particularmente de naturaleza testimonial, en los que se fundó para inferir, en el grado de certeza, la responsabilidad de los procesados.

Es preciso que la Corte retiere 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 precedido 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 su trascendencia en la parte dispositiva del fallo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien el libelista acusa la comisión de errores "manifiestos de hecho" en la apreciación "de la prueba, especialmente la testimonial", el desarrollo es equívoco y confuso.

Así, a lo largo de los escritos, discurre, incoherentemente, y con relación a los mismos medios de prueba por las diferentes modalidades del error, como si fueran iguales, al sostener primero que se violaron las reglas de la sana crítica, luego que se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, al asegurar que "no pudo demostrarse y por ende no existe prueba al respecto que diga que participó en las conversaciones aquellas dirigidas a planear la muerte de su cuñado" y que "jamás, ni en la etapa instructiva ni en la etapa del juicio, fue posible señalar cuál fue su aporte para la planeación del delito", (refiriéndose a Hipólito) y que "nadie dijo y nadie demostró que la charla hubiera estado orientada a la comisión del delito, sin negar que esa conversación sí giró en torno a los problemas de María del Carmen con su esposo", (para referirse a Mario), para terminar diciendo que el desatino fue por falso juicio de identidad, al haberse distorsionado el hecho consistente en que "los inculpados hubieran participado en las conversaciones relacionadas con el maltrato que Octavio Valbuena prodigaba a su mujer María del Carmen Moreno Carvajal, equiparándolo a que esas conversaciones fueron iguales a las que hubiera podido desarrollarse para planear e idear la muerte".

Es más, en lo tocante con el testimonio de Luis Moreno Carvajal se desvía hacia el error de derecho por falso juicio de legalidad, cuando acusa que al

recibirlo no se dio cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 283 del C. de P. Penal.

Una argumentación de esta índole desconoce el principio de no contradicción, pues tanto en el error de hecho por vulneración de los principios de la sana crítica como en el generado por un falso juicio de identidad, por falseamiento del contenido fáctico de la prueba, la lógica elemental enseña que se acepta que la prueba materialmente existe y es jurídicamente válida, mientras que en el de derecho por falso juicio de legalidad, se niega su existencia jurídica, y en el de hecho por suposición, se niega su existencia material, al afirmarse que fue imaginada por el fallador, por lo que su planteamiento conjunto y con referencia a los mismos medios de convicción, resulta incomprensible.

Lo único que emerge claro de los discursos es que no evidencia ninguno de los vicios en que asegura incurrieron los sentenciadores y que lo que pretende, desatinadamente, es oponer sus conclusiones probatorias a las de aquellos, para aseverar que Hipólito Moreno no fue determinador del homicidio sino cómplice y que Mario es inocente, sin percatarse que no es posible, pues tal valoración es propia de las instancias, careciendo la Sala de facultad para realizar una nueva, prevaleciendo la efectuada por aquellas, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Finalmente, sufren ambos cargos otra abrupta desviación cuando asegura que se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, al desconocerse la garantía del debido proceso, falta que por ser de actividad ha debido acusarse y demostrarse por la causal tercera, además, en primer lugar y de manera separada, respetando así los principios de prioridad y autonomía, que rigen el extraordinario recurso.

Por las anteriores razones, el único cargo de ambas demandas será rechazado.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, compartiendo el criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de Origen.

Jorge A. Gómez Gallego; (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASO FORTUITO-No puede alegarse simultáneamente con la legítima defensa

La ausencia de culpabilidad por caso fortuito en un hecho punible, regulada en el artículo 40-1 del C.P. no puede ir a la par con la falta de antijuridicidad de la conducta que constituye la legítima defensa, contemplada en el artículo 29-4

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr.*Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.161 Proces N° 11920

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 25 de agosto de 1995, mediante la cual, con adición a la de primera instancia en el aspecto de la solidaridad en la obligación indemnizatoria, condena a Héctor William Rueda Ayala a la pena principal de catorce años y tres meses de prisión y a la accesoria correspondiente, en calidad de coautor del concurso de delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, hurto calificado y agravado y tentativa de homicidio en la persona de Carlos Eduardo Díaz.

Por los mismos hechos punibles el mismo fallo condena a Luis Humberto Giraldo.

Hechos y actuación procesal

El 3 de junio de 1995, aproximadamente a las once y media de la mañana, atendiendo unas voces de auxilio que pedían detener a cuatro individuos que acababan de perpetrar dos hurtos en la panadería "Mileydi" -uno al dueño del establecimiento y otro al conductor de un camión- situada en la calle 22 Sur con carrera 29 de esta ciudad capital de la República, el ciudadano Carlos Eduardo Díaz Carvajal, antiguo agente de la Policía Nacional, que casualmente pasaba por el sector inició la persecución de los requeridos, quienes con las mismas armas de fuego utilizadas en los hurtos le dispararon ocasionándole grave lesión en una de sus piernas, presentándose un cruce

de disparos, en donde también uno de ellos resultó herido por Díaz Carvajal. Capturados dos de los asaltantes por una patrulla policial fueron identificados como Héctor William Rueda Ayala y Luis Humberto Giraldo; también se les decomisó un revólver calibre .38 sin licencia de porte.

La Fiscalía investigadora calificó el mérito de la investigación iniciada con resolución de acusación proferida el 28 de septiembre de 1994 que debido a la declaratoria de deserción del recurso de apelación interpuesto, solo quedó ejecutoriada el 26 de octubre subsiguiente (fls. 91 y ss y 105-106 cd. ppl. 1), imputándoles el concurso de delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, hurto calificado y agravado y tentativa de homicidio.

Adelantado el plenario, por los mismos cargos de la resolución de acusación el Juzgado 7o. Penal del Circuito, impartió su sentencia condenatoria (fls. 172 y ss. cd. 2), que el Tribunal Superior del Distrito confirmó con la adición antes referida al revisarla por apelación (cd. orig. Tr.). Contra el fallo *ad quem* el defensor común de los procesados interpuso el recurso extraordinario, pero solo lo sustentó a nombre de Rueda Ayala.

LA DEMANDA

Afirma, con apoyo legal en el numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P., que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 22, 26, 201 y 323 del C.P. y consecuente falta de aplicación del numeral 1o. del artículo 29 y de los artículos 331 y 332 todos del C.P.. También es violatoria de los artículos 247, 254, 264, 267 y 295 del C. de P.P. y los 331 y 332 del C. P., debido al error en la apreciación de las pruebas allegadas.

Al intentar concretar los errores dice que el fallo negó parcialmente valor al testimonio de William Suárez, quien relató que el disparo hecho por los asaltantes al ex-agente Díaz Carvajal fue en reacción a los disparos de éste cuando ellos huían después de los hurtos, y considera que este hecho, examinado en "sana lógica" permite concluir que la herida al perseguidor obedeció a caso fortuito, pues corriendo velozmente no podía el autor del disparo apuntar con certeza a un determinado objetivo. Sin precisar el error, dice que el Tribunal alteró el resultado del juzgamiento por no ser cierto que el ex-agente disparó en legítima defensa contra el procesado RUEDA lesionándolo en el rostro, como tampoco lo es que éste tuviera el propósito a Díaz Carvajal de matar, dado que la justificante se estructura en sentido contrario.

Erró porque distorsionó el testimonio del ofendido Díaz Carvajal en cuanto le confirió valor de plena prueba sobre la tentativa de homicidio y no lo sometió a la apreciación en conjunto con la prueba acopiada, y en ese orden considera que se consumó tan solo fue un delito de lesiones personales.

Erró al suponer pruebas, al dar por cierto, con base en el testimonio de Díaz Carvajal, que uno de los disparos de Rueda lo impactó en el costado izquierdo de su región abdominal sin penetrar en su cuerpo porque el proyec-

til dio en unas llaves y unos documentos que guardaba en el bolsillo de su chaqueta. Este hecho debió acreditar mediante una pericia a la libreta militar que aquel exhibió como impactada en ese momento. El error del Tribunal fue más patente al conferir carácter de prueba pericial a la constancia dejada por el Fiscal sobre la existencia del agujero en la libreta militar de que habló el deponente Díaz Carvajal consolidándose de esa manera la condena por tentativa de homicidio.

Volviendo sobre el tema de la legítima defensa con la que afirma obró el procesado Rueda señala que el Tribunal ignoró la prueba que lo demostraba, pues éste disparó al sentirse herido en su pómulo. También ignoró que el ex-agente de la Policía Díaz Carvajal portaba arma y estaba entrenado para su manejo, y que la herida que le propinó a Rueda es de carácter mortal, mientras que la que él recibió fue accidental y en hecho independiente de los hurtos. Ignoró el testimonio de William Suárez en el aparte en que relató que Díaz Carvajal disparó cuando los asaltantes huían y los persiguió, lo cual descarta la legítima defensa en el comportamiento de éste.

Ratifica la independencia de acciones de los procesados en la panadería, frente al ex-agente Díaz Carvajal, en ese orden descarta la aplicación de la teoría del riesgo asumido por los delincuentes al consumar los hurtos, porque al huir el único riesgo que enfrentaban era la captura en flagrancia, más no ser atacados "a bala por terceros que atentaron injustamente contra su vida".

Alegando ahora a nombre del procesado Luis Humberto Giraldo -respecto de quien fue declarado desierto el recurso de casación-, asevera que el fallador ignoró que la conclusión obligada, debió ser que éste no encontraba armado, pues según William Suárez solo uno de los asaltantes llevaba arma; y admitiendo el dolo de dicho implicado en el hurto, asegura que solo ese era el objetivo que perseguía, no el de atentar contra la vida o la integridad de nadie, porque este hecho sucedió ante la imprevista aparición en escena del ex-agente.

Después de reiterar sumariamente los argumentos precedentes considera que la sentencia a impartir debe ser absolutoria, respecto del delito de tentativa de homicidio, y por los delitos de "lesiones personales" y porte ilegal de armas debe responder solamente el procesado Héctor William Rueda.

La solicitud casacional se concreta a la condena de Rueda Ayala por el delito de lesiones personales; o en subsidio, al reconocimiento de la justificante de legítima defensa en la tentativa de homicidio; y respecto de Giraldo, su exoneración por los delitos de tentativa de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

El ministerio público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, considera la demanda ineficaz para objetar la sentencia impugnada, pues, no solo presenta fallas de técnica casacional, sino que carece de fundamento en sus reparos. Sugiere por tanto, no acceder a la casación impetrada. Sostiene que las variadas y

numerosas glosas aducidas al amparo de la causal 1a. de casación aparecen formuladas de manera confusa y carecen de demostración.

Entiende que no constituye el pregonado falso juicio de existencia, ni objeto del recurso extraordinario, el haberse negado parcialmente valor a un testimonio que según el actor denotaba la ausencia de dolo al disparar contra Díaz Carvajal, máxime si la crítica se reduce a cuestionar el valor que el fallador confirió a las pruebas que se incorporaron al proceso.

Encuentra ajeno a la realidad el panorama expuesto por el demandante sobre la secuencia delictual, referida al proceso por el ofendido con el hurto, William Suárez. Por esta razón resulta inaceptable la alegación de falta de dolo en la acción posterior al hurto, pues ésta fue "consecuencia del querer evadir la responsabilidad por el primer hecho y todo ello conformando un mismo contexto de acción".

Observa que si el reclamo del reconocimiento de la legítima defensa a favor del procesado Rueda Ayala obedece al planteamiento de una errada calificación de la conducta, debió demostrar el censor "por qué los hechos no se adecuan al tipo de la tentativa de homicidio" y no hablar de falso juicio de identidad en la evaluación del testimonio de Díaz Carvajal. Además, enfatiza, el recurrente desconoce el contenido de la sentencia y del informe policial que da cuenta que en poder de Rueda Ayala fue hallado un revólver con seis vainillas, circunstancia ésta que otorga solidez a los argumentos del Tribunal en torno a la adecuación típica del delito contra la vida. El análisis de la prueba se realizó con plena observancia de la sana crítica, como lo demuestra el contenido de la sentencia, de la cual transcribe algunos apartes para sustentar su criterio.

El demandante especula al hablar de falso juicio de existencia aduciendo que el Tribunal supuso pruebas para dar por acreditada la ocurrencia del disparo sobre el costado de Díaz Carvajal, pues este hecho no fue considerado para la imputación del delito imperfecto, ni en la sentencia se mencionó como prueba pericial la constancia de la fiscalía de tener la chaqueta de éste un orificio "al parecer dejado por el paso de un proyectil".

Considera como una "posición muy personal" la del actor, el pretender sin asidero lógico ni probatorio la absolución con base en la legítima defensa, cuando encuentra hay dolo al disparar en contra del ciudadano que los perseguía, cuando este se constituyó "en un obstáculo para la finalización de su propósito delictivo". Desecha la pretensión de atribuir el delito imperfecto a uno solo de los implicados, pues éstos ejecutaron las diversas acciones ilegales en coautoría impropia.

Consideraciones de la Corte

Indudablemente la demanda está concebida con desconocimiento de la lógica que gobierna el recurso de casación y bajo una formidable confusión conceptual que la privan de eficacia para enjuiciar la sentencia del Tribunal.

Al alegar su signatario en el mismo y único cargo propuesto que el disparo contra el ciudadano, ex-agente de la Policía que colaboró en la persecución de los asaltantes a raíz de las voces de auxilio de una de las víctimas de hurto, hecho por el procesado Rueda Ayala -uno de éstos- fue un caso fortuito, y renglones adelante que obró en legítima defensa al ser injusta y actualmente agredido por el referido ciudadano, confunde el casacionista nociones jurídicas de distinta naturaleza que debió tratar en censuras diferentes, porque aunque su reconocimiento conduzca por igual a la absolución, reposan en inconciliables supuestos fácticos y jurídicos.

La ausencia de culpabilidad por caso fortuito en un hecho punible, regulada en el artículo 40-1 del C.P. no puede ir a la par con la falta de antijuridicidad de la conducta que constituye la legítima defensa, contemplada en el artículo 29-4, norma ésta cuya inaplicación denuncia el profesional, sugiriendo veladamente la equiparación entre estos institutos jurídicos en comentario.

Pero ahí no paran los desatinos de la alegación; ellos trascienden al campo de la lógica que gobierna el recurso extraordinario al aducir al amparo de la causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P., la errada calificación jurídica del delito aduciendo que no se trató de tentativa de homicidio sino de lesiones personales.

Este argumento desconoce que cuando el error consiste en la equivocada denominación jurídica del delito a causa de la errada apreciación de la prueba, como en este caso lo sostiene el recurrente, la objeción debe formularse por la causal 3a. del referido artículo, pero con la técnica de la demostración que exige la causal 1a., porque el error de esta clase solo puede remediarse con la invalidación de la resolución acusatoria y la actuación subsiguiente. En este aspecto se aparta la Corte del pensamiento del Ministerio Público, que no advierte el imperativo de acudir a la causal 3a. de casación en tales casos.

No puede la Corte por la vía de la causal 1a. propuesta, desconocer la acusación y condenar por delito diferente, porque incurriría en vicio de procedimiento con grave quebranto de garantías fundamentales consagradas en el artículo 29 de la Carta Política; así lo ha puntualizado en numerosas ocasiones la jurisprudencia de esta Sala y una vez más se ve obligada a hacerlo.

Es suficiente para la desestimación de la demanda la falta de precisión de los conceptos jurídicos en los que se apoya el reparo casacional y la confusión en los presupuestos estructurantes de la única causal que aduce, con los que pretende tan variados fines: a).- la absolución de Rueda Ayala por el delito de tentativa de homicidio tras el reconocimiento, bien del caso fortuito, ora de la legítima defensa; b).- el cambio de denominación jurídica de ese delito por el de lesiones personales; y, c) la exoneración de Giraldo Torres del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Pero además, tampoco tiene trasas de prosperidad la alegación por la carencia de razón en los diversos planteamientos, en cuanto, la prueba recaudada es irremisible-

mente demostrativa de la comisión de los delitos de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, hurto calificado y agravado y tentativa de homicidio, por el grupo del que hacían parte los procesados, en coautoría impropia, dada la ocurrencia de los hechos delictivos en desarrollo de una empresa criminal con reparto de trabajo entre sus integrantes, conservando todos el dominio del hecho. De ahí que la Procuraduría destaque acertadamente en su concepto que ese haz probatorio fue sometido a la crítica racional mediante un ponderado y serio análisis por el fallador.

El cargo no prospera.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, 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, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PREVARICATO POR OMISION-Aspectos sustanciales-Elemento subjetivo/**PRELACION**-Para la evacuación de expedientes

1. El prevaricato omisivo es la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehusa un acto propio de sus funciones, delito esencialmente doloso en el que el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber, y por eso no es suficiente para su configuración el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable, además, la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal.

2. Con relación a la prelación dada por la procesada a ciertos procesos, de tiempo atrás la jurisprudencia ha ventilado el tema, como aparece en auto del 15 de diciembre de 1993: "Lo que la Corte sostiene, entonces, es que, IDEALMENTE -y su cabal realización debe ser una lucha cotidiana, de cada instante- todos los asuntos deben y merecen ser despachados, con la mayor celeridad; pero, cuando ello no es posible (lo que es nuestra cruda y lamentable realidad), los más graves, los que causan más considerable alarma social, los más delicados -con DETENIDO-, deben ser atendidos de preferencia. Esa es una ley que si no estuviera expresa, impondría la misma lógica o naturaleza de las cosas" (M. P., doctor Gustavo Gómez Velásquez).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre quince (15) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Sustanciador: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 161 Proceso No. 11156

Procede la Corte a resolver el recurso vertical interpuesto contra la sentencia condenatoria proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar contra la doctora Luz del Rosario Redondo Jiménez, Juez Sexta Penal de ese Circuito, a quien se imputó la comisión de un concurso de delitos de "prevaricato por omisión" (art. 150 C. P.).

Hechos

La doctora Luz del Rosario Redondo Jiménez, Juez 1ª Superior y, a partir del 1° de julio de 1992, Juez 6ª Penal del Circuito de Valledupar, no profirió

dentro de los términos legales las sentencias correspondientes a siete procesos penales, pues la primera audiencia pública fue celebrada el 21 de noviembre de 1991 y el último fallo fue emitido el 3 de diciembre de 1992, como también retardó decidir una apelación y la revocatoria de la concesión de una excarcelación.

ACTUACIÓN PROCESAL

Fue iniciada con base en la solicitud elevada por la doctora Ruth Castro Altahona, Procuradora 175 en lo Judicial (Penal), a la Unidad de Fiscales Delegados ante el Tribunal Superior de Valledupar, y el 26 de julio de 1993 se calificó el mérito de la investigación con resolución de acusación por presunto compromiso en un concurso de prevaricato por omisión, providencia que recurrida, fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante la Corte, tramitándose en debida forma la fase procesal del juicio por la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Valledupar, que al final declaró penalmente responsable a la acusada y profirió en su contra la providencia de condena objeto ahora del recurso de apelación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Desestimando las diferentes tesis presentadas por el abogado defensor en la audiencia pública, todas ellas relacionadas con la ausencia de culpabilidad dolosa, la mayoría de la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Valledupar, encuentra satisfechas las exigencias legales para tener por demostrada la autoría y responsabilidad penal de la doctora Redondo Jiménez y por tal razón le impone la pena principal de 27 meses de prisión y las accesorias de ley, al incurrir en el concurso sucesivo y homogéneo de prevaricato por omisión (art. 150 del C. P.).

La Sala mayoritaria rechaza el argumento presentado por la defensa en la audiencia pública, de presentarse una norma de cultura (causal extralegal de exculpación) cimentada en la "costumbre judicial" de resolver con prevalencia y extrema prioridad, aquellos asuntos en que se encuentran personas privadas de libertad. Y en cuanto a la responsabilidad concluye:

> "(...) Razón entonces le asiste a la Fiscalía y al Ministerio Público, al solicitar una decisión de condena, por cuanto el dolo que es otro de los elementos consustanciales al delito de prevaricato omisivo quedó de resalto por el voluntario y consciente retardo por parte de la funcionaria en dictar la respectiva sentencia incumpliendo el deber legal conocido y realizable dentro del marco de la ley... porque resulta inaceptable es que sin llegar a demostrar la imposibilidad para tomar la decisión oportuna en los seis (6) procesos a que se contrae también la acusación, se hubiese desbordado a límites por fuera de toda lógica, al retardar las controversias jurídicas sometidas a su estudio, con grave deterioro del bien jurídico tutelado de la administración pública..." (f.253 cdno. Tribunal).

Estos criterios no los comparte el Magistrado Alfredo Alfonso Ariza, ex presando en salvamento de voto, que la simple calificación de "excesiva" atribuida a la mora imputable a la procesada como demostración del tipo objetivo del prevaricato por omisión, no es solución para la definición de la responsabilidad penal afirmada en la condena aprobada por la mayoría de la Sala, porque lo que corresponde es demostrar "el dolo o presencia del dolo o propósito del agente de no cumplir con su obligación legal, sea porque con ello busca ocasionar un perjuicio, ora porque con la demora genera venta jas personales o para un tercero, o en fin, porque en raíza su arbitrario criterio por encima de aquellas finalidades que persigue la norma de la cual se margina..." (f. 363 cuaderno del Tribunal), que no encuentra evidencia en las solas estadísticas ni en el parangón laboral cumplido entre el trabajo de la acusada con el de sus homólogos "por no ser el medio indicador de propósito prevaricador.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Rechaza el defensor la presentación de la cantidad de trabajo que se hace en la sentencia de primera instancia respecto de la gestión cumplida por la procesada durante los años de 1991 y 1992, y su paralelo con el de los Jueces 7°, 8° y 9° Penales del Circuito de Valledupar, ubicando el rendimiento "dentro de un promedio regular o bajo", que sumado a la violación de los términos señalados en la ley de procedimiento penal para pronunciarse en los procesos identificados en la denuncia e inspecciones judiciales, como la plena y suficiente demostración de la culpabilidad dolosa de los prevaricatos por omisión, sin ninguna atención ni consideración por las explicaciones vertidas en la indagatoria.

Cuestiona el valor concedido al testimonio de la señora Olga Marina Díaz Araujo, secretaria del Juzgado 6° Penal del Circuito, quien reconoce "que nunca ponía a disposición del despacho los procesos, una vez concluida la Audiencia Pública"; resalta la animadversión del doctor José Calixto Quintero Corrales, Agente del Ministerio Público que actuaba ante la inculpada en el extinto Juzgado 1° Superior, que se manifiesta en 19 y 17 oficios enviados el 30 de marzo y 13 de Agosto de 1990, respectivamente, y las expresiones contenidas en oficio número 040 de agosto 5 de 1991 de tener que "trabajar con un funcionario tan difícil".

Por último manifiesta inconformidad sobre los métodos cuantificadores de la punibilidad por no partir del mínimo de 12 meses de prisión y las bases tenidas en cuenta para la dosificación de la pena para el concurso de hechos punibles.

Concluye advirtiendo que el Tribunal ha debido absolver a la inculpada en razón de los asuntos tramitados contra Jorge Rosado y Otros, Sergio, Franklin Moya y otros y Omaira Herrera Miranda, ante la ausencia de presu puestos procesales para el pronunciamiento de condena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El prevaricato omisivo es la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehusa un acto propio de sus funciones, delito esencialmente doloso en el que el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber, y por eso no es suficiente para su configuración el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable, además, la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal.

En la indagatoria, la procesada ha señalado como circunstancias que le impidieron adoptar las decisiones respectivas dentro de los términos legales, las siguientes: a) el cambio de empleados, salvo la secretaria que estaba "escalafonada" en acatamiento "de los postulados de la Carrera Judicial", por personas sin experiencia; b) el bajo rendimiento de la secretaria Olga Marina Díaz Araujo, a quien debió calificar con nota "insatisfactoria" en dos oportunidades; c) tener que dedicar parte de su tiempo a cumplir labores de secretaría por la ineficiencia de los nuevos empleados y las deficiencias de la secretaria; d) la resolución prevalente de los procesos con detenido frente a los demás asuntos por resolver; e) las cargas del juzgado 1° Superior, mayores que los demás de su categoría porque debido a su numeración, le correspondía cumplir comisiones de la Corte Suprema de Justicia y de los demás Tribunales del país; f) el no pasar oportunamente al Despacho los expedientes para fallo y, g) el grado de dificultad que encontró en algunos procesos, por su volumen o el problema jurídico debatido que reclamaban mayor dedicación y estudio (fs. 143 y Ss., cd. 1° original).

También aduce que ella desempeñaba el cargo de Juez 1ª Superior de Valledupar y el 1° de julio de 1992, cuando comenzó a regir el Decreto 2700 de 1991, el despacho pasó a ser el 6° Penal del Circuito, conociéndose que por lo general los juzgados que tienen aquel número suelen ser comisionados por las corporaciones judiciales ubicadas en otras sedes para la realización de diversas diligencias, y por eso resulta creíble lo manifestado por la doctora Luz del Rosario Redondo Jiménez, aunque por virtud de la conversión esa carga laboral debió mitigarse pero los efectos heredados debieron prolongarse sin que se conozca la magnitud del decrecimiento ni su vigencia temporal.

La inspección judicial practicada a los procesos en los cuales hubo mora, permitió demostrar que no había constancia secretarial de haber ingresado al Despacho para dictar sentencia. La secretaria afirma que una vez realizada la audiencia pública cumplía con aquel paso sin dejar la nota respectiva. Lo cierto fue que los expedientes estaban en ese lugar, como reconoce la procesada y deponen la mayoría de testigos, pero no se sabe el momento en que ello ocurrió por las atestaciones opuestas de la juez y la secretaria sobre el cumplimiento oportuno de esa obligación.

El retardo más prolongado se presentó en el proceso seguido contra Rodrigo Quintero por homicidio, en donde la audiencia fue celebrada el 21 de noviembre de 1991 y la sentencia fue proferida el 30 de noviembre de 1992. El

11 de diciembre de 1991, vencida la licencia de maternidad, la acusada se reincorporó al cargo, pero no se averiguó qué expedientes estaban en el Despacho en esa fecha, y las otras audiencias se celebraron a partir del 3 de abril de 1992.

La práctica judicial señala la existencia de procesos que demandan mayor tiempo y dedicación para su definición debido a su volumen o por la problemática del asunto jurídico debatido, circunstancia neurálgica alegada y que se debe atender al no obrar procesalmente prueba infirmatoria.

Con relación a la prelación dada por la procesada a ciertos procesos, de tiempo atrás la jurisprudencia ha ventilado el tema, como aparece en auto del 15 de diciembre de 1993: "Lo que la Corte sostiene, entonces, es que, idealmente -y su cabal realización debe ser una lucha cotidiana, de cada instante- todos los asuntos deben y merecen ser despachados, con la mayor celeridad; pero, cuando ello no es posible (lo que es nuestra cruda y lamentable realidad), los más graves, los que causan más considerable alarma social, los más delicados -con detenido-, deben ser atendidos de preferencia. Esa es una ley que si no estuviera expresa, impondría la misma lógica o naturaleza de las cosas" (M. P., doctor Gustavo Gómez Velásquez).

El a quo indicó que contra la acusada pesa el bajo rendimiento en 1992, pues las actividades que realizó en ese interregno temporal fueron menores que las de los tres restantes juzgados superiores de Valledupar convertidos en circuitos. Uno de esos despachos celebró 33 audiencias y dictó 30 sentencias, mientras que el Juzgado 1° Superior (después 6° Penal del Circuito), celebró 23 audiencias públicas y profirió 23 fallos, de manera que la diferencia no es tan grande y las estadísticas por sí solas no sirven para revelar la eficiencia y eficacia laboral de un funcionario, menos la presencia del dolo, sino que resulta indispensable analizar los otros factores incidentes en el desempeño.

Tanto el Tribunal como la Fiscalía concuerdan en que la funcionaria estaba en capacidad de proferir a tiempo las decisiones citadas porque una vez se enteró de la denuncia formulada en su contra el 26 de noviembre de 1992, procedió a dictar las sentencias en el período del 30 de noviembre de 1992 al 3 de diciembre de ese año, es decir, gastó siete días hábiles para hacer esos pronunciamientos, pero olvidan que en condiciones normales y por la trascendencia de la decisión, es casi imposible promediar siempre un fallo diario.

El rendimiento del juzgado a cargo de la doctora Luz del Rosario Redondo Jiménez estaba muy distante del ideal, situación que se presentó durante varios años. El 9 de agosto de 1990, el agente del Ministerio Público ante ese despacho le manifestó: "El Fiscal no ignora la situación del Juzgado Primero Superior, que se ha caracterizado por un tradicional congestionamiento de negocios, pero creemos que con su experiencia y una disposición de ánimo podemos algún día actualizar el despacho. La anterior meta supone necesariamente aumentar el rendimiento del juzgado, ya que la actual producción laboral no satisface las expectativas del fiscal, preocupación que de manera

muy cordial le he venido exponiendo verbalmente en su despacho". Y el 15 de marzo de 1991 le dijo: "En la reciente evaluación que ordenó la Procuraduría General de la Nación se determinó que entre los Juzgados Superiores de esta ciudad, el Primero ocupó el penúltimo lugar en materia de rendimiento, lo anterior nos está indicando que si no hay un propósito en usted de imprimirle mayor dinámica al Despacho, muy seguramente ocuparemos el último lugar en la visita siguiente. Debo recordarle que hay que comenzar por normalizar la situación interna del juzgado, es inconcebible que el titular del Despacho esté en una desavenencia permanente con sus colaboradores. El relevo de empleados con experiencia por personal inexperto, resulta igualmente perjudicial para la buena marcha del Juzgado" (f 60, cd. 1° orig.).

De lo transcrito hay que destacar que el representante del Ministerio Público reconoce una etapa de anormalidad por la que atravesaba el juzgado, a la cual también se refieren los empleados que declararon dentro de este proceso.

Hubo enfrentamientos de unos con otros y la Juez declaró insubsistentes a sus subalternos, con excepción de la secretaria por estar inscrita en la carrera judicial. Esas desavenencias que el Fiscal Primero Superior califica de permanentes inciden negativamente en el trabajo, no sólo en ambiente laboral sino en la calidad y cantidad.

A lo anterior se suma los conflictos que tuvo con la secretaria quien en una reunión en el juzgado "le dijo a la señora Juez delante de nosotros que había sembrado ella, la doctoral violencia en el Despacho, y que eso era lo que iba a recoger; que estaba resentida con ella por el trato que le había dado a sus anteriores compañeros" (declaración de la escribiente Sol Marina Gutiérrez Castro), empleada que además tenía algunas deficiencias de mecanografía, ortografía, redacción y cometió algunos descuidos durante el trámite de los procesos.

El oficial mayor Osman Gutiérrez Balcázar, que trabajó del 15 de junio de 1992 a diciembre del mismo año, relata que "En esa época el trabajo mío era poco debido a que la doctora era muy celosa con su tarea, ella le gustaba siempre corregir las cosas y darse cuenta de cómo las hacen y como yo estaba recién llegado el trabajo que hacía no era el que se esperaba de mí por que no tenía esa experiencia y todavía no me había graduado y ella no tenía esa confianza conmigo, yo le ayudaba con autos, las sentencias sí las dictaba ella... ", empleado que a pesar de figurar en la lista de elegibles, era un inexperto, lo cual necesariamente influía en la asignación de tareas y en la productividad hasta el punto de que la funcionaria no podía confiarle labores de importancia.

La inculpada solía entregar los borradores a la secretaria para que los mecanografiara, después los revisaba con celo y efectuaba las correcciones atinentes, y con destacable responsabilidad elaboraba personalmente los proyectos de decisión, labor precisa a la que de manera razonable otorgaba la prioridad más importante, además que así quisiera la colaboración sus-

tancial de los colaboradores, resultaba infructuosa la pretensión por ser 'profanos en la materia'.

La juez se vio obligada a ocuparse o prestar mayor atención a las actividades de la secretaría por los errores que se cometían, avisada de informaciones erradas sobre personas requeridas o presentaciones de los condenados beneficiados con subrogados, entre otros defectos ostensibles.

Y durante la instrucción y el juzgamiento no se tuvo en cuenta ni fue establecida la calidad de las providencias proferidas por la funcionaria, ni otras labores diferentes a la sustanciación y a la celebración de las audiencias públicas, como el control o gobierno de los procesos, los interrogatorios a los declarantes y sindicados, las pruebas de oficio ordenadas y otras actividades que algunos denominan "trabajo invisible" precisamente por demandar tiempo, pero que regularmente y contrariando la evidente práctica judicial diaria, no es incluido en las estadísticas o en los trabajos de valoración de la eficiencia.

Esta es la reseña del panorama difícil en el que se desenvolvía profesionalmente la procesada: un ambiente erizado de inconvenientes y dificultades, y por eso no propicio para ocupar el primer puesto en rendimiento a pesar de los esfuerzos que realizara teniendo en cuenta las condiciones más expeditas en que operaban los otros despachos frente a los cuales se hizo el juicio comparativo de estadística.

Con respecto a la concurrencia o no del elemento subjetivo del delito de prevaricato por omisión, la Corte en sentencia del 11 de marzo de 1992, señaló: "Es verdad que el propósito de favorecer a una de las partes no es un factor indispensable para determinar que un funcionario omitió dolosamente su deber de actuar, pero no puede negarse que la demostración de la ausencia total de ese interés es un elemento de juicio, que sumado a las otras circunstancias que rodearon el hecho, puede conducir a que se concluya que hubo ausencia de dolo" (M. P., doctor Ricardo Calvete Rangel).

Y, en ninguna parte se menciona que los retardos endilgados obedecieron a algún interés de la acusada en favorecer a una de las partes que intervenían en los procesos citados, aspecto que incuestionablemente cuenta a su favor.

Tener que asumir funciones secretariales, vigilar la actuación de los subalternos, revisar y corregir el trabajo deficiente de empleados, carecer de sustanciadores expertos, existir enfrentamientos con los dependientes, dar prelación razonable a los asuntos con detenido, la 'congestión' inicial, la asignación mayor de funciones y las demás actividades "invisibles" propias del cargo, fueron los factores incidentes para que la funcionaria no dictara esas sentencias dentro de los términos legales y que, en consecuencia, desvirtúan la posibilidad de un comportamiento consciente y voluntario de la doctora Luz del Rosario Redondo dirigido deliberadamente a omitir su deber funcional.

En efecto, pese a la mora, se requiere prueba que lleve a la certeza de un obrar doloso. En asunto que guarda algunas similitudes con el que se examina la Sala, en providencia de fecha 9 de diciembre de 1993, concluye:

"Deducir responsabilidad penal al doctor ... basada solamente en la cantidad de asuntos que quedaron a la espera del trámite que les correspondía, una vez conocida su posición frente al destino público que se le confió, sería reducir los hechos punibles a su realización en el mundo de los fenómenos, cuando ello no es así, por cuanto, son los propios principios del derecho penal los que involucran todos las factores que conforman la conducta del hombre para llegar a sancionarlo..." (M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas).

La doctora Luz del Rosario Redondo Jiménez asumió personalmente y de seguro con equivocación, las deficiencias de los empleados especialmente realizando tareas de secretaría, y le dio racional prioridad a los asuntos con detenido con mengua evidente para los restantes, hechos que a la postre dieron pie a la atribuida mora pero que apenas estructura el aspecto objetivo de la infracción pues resulta evidente la ausencia de dolo y más bien la concurrencia de la causal de inculpabilidad de la "fuerza mayor" (art. 40-1 C. P.), que desintegra la ecuación delictiva (art. 2 C. P.).

En esas condiciones, se revocará la providencia apelada y se absolverá a la funcionaria de los cargos formulados en la resolución de acusación, ordenándose la cancelación y devolución del valor de la caución otorgada que le fue impuesta en la medida de aseguramiento, decisión que no impide la expedición de copias de lo pertinente para que la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Valledupar investigue las moras en que incurrió la juez, no sin advertir que el Tribunal Superior de ese distrito emitió orden similar en relación a dos sentencias penales tardías que conoció por apelación.

Y como el a quo estimó en el contexto de su sentencia que tres de los retardos contenidos en el pliego de cargos no constituían delito de prevaricato por omisión, pero guardó silencio al respecto en la parte resolutiva, estima la Corte que de conformidad con los artículos 13, 68 y 214 del Código de Procedimiento Penal, debe existir unidad entre las sentencias de primera y segunda instancia, y la decisión debe comprender todos los extremos de la relación jurídico-procesal y referirse a la totalidad de los cargos formulados en la resolución de acusación, hay que proceder a corregir el vacío dejado en la parte resolutiva de la providencia del a quo, en el sentido de absolver a la procesada por los tres comportamientos omisivos a que allí se hizo referencia.

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

RESUELVE:

1° REVOCAR la sentencia de fecha y procedencia anotadas, proferida en contra de la doctora Luz del Rosario Redondo Jiménez, como Juez 1° Superior

y Juez 6º Penal de ese Circuito y, en consecuencia, ABSOLVERLA de responsabilidad penal por concepto tanto de los seis comportamientos omisivos por los que fue condenada en primera instancia como de las otras tres conductas a que se refiere la parte motiva de la sentencia del *a quo*, debido a ausencia de dolo en el actuar que impide predicar judicialmente la categoría dogmática de la culpabilidad.

2° CANCELAR la caución prendaria prestada cuando se impuso medida de aseguramiento y ordenar la entrega de su valor a la funcionaria absuelta. Y,

3° EXPEDIR las copias indicadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar*, (no hay firma); *Alvaro Orlando Perez Pinzon, Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA-Competencia de la Corte

Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede de casación, son las contempladas expresamente por los artículos 5º del Decreto 1542 de 1997, 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para acreditar el cumplimiento del requisito objetivo establecido en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 para acceder al permiso administrativo de 72 horas, beneficio este extendido, según el citado artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, a los procesados "cuyo recurso de casación se encuentre pendiente". Y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en la segunda de las normas mencionadas.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 162 Proceso No. 15881

Resolver la solicitud de reconocimiento de redención de pena por trabajo y estudio elevada por el procesado Horacio Nelson Mejía Herazo, quien se encuentra detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Valledupar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Horacio Nelson Mejía Herazo fue condenado en segunda instancia a la pena principal de 54 meses de prisión, como coautor del delito de hurto calificado y agravado y falsedad documental.

Contra el fallo anterior, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite actualmente se surte.

La Sala ha sostenido en forma reiterada que el estudio de la redención de pena (artículos 530 y ss del Código de Procedimiento Penal) y la concesión de los beneficios administrativos de que trata la Ley 65 de 1993 y demás disposiciones complementarias, no le corresponde a esta Corporación, no sólo por carecer de competencia, sino por falta de ejecutoria de la sentencia.

Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede de casación, son las contempladas expresamente por los artículos 5° del Decreto 1542 de 1997, 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para acreditar el cumplimiento del requisito objetivo establecido en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 para acceder al permiso administrativo de 72 horas, beneficio este extendido, según el citado artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, a los procesados "cuyo recurso de casación se encuentre pendiente". Y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en la segunda de las normas mencionadas.

Ninguna de las hipótesis anteriores concurre para el presente caso, toda vez que en la solicitud no se hace referencia a permiso administrativo alguno, ni se invoca la libertad provisional. Así las cosas, como la competencia de la Corte en sede de casación aparece limitada a las eventualidades referidas, y al trámite de los incidentes propios del recurso extraordinario, la Sala se abstendrá de efectuar el reconocimiento de redención solicitado por el procesado Horacio Nelson Mejía Herazo.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de considerar la solicitud de redención de pena elevada por el procesado Horacio Nelson Mejía Herazo.

Cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar. Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo

La prosperidad de la excarcelación no depende meramente del factor objetivo, sino que requiere también del cumplimiento del aspecto subjetivo que exige el artículo 72 del Código Penal, esto es, que con fundamento en su personalidad, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, se pueda suponer fundadamente la readaptación social del procesado. El resultado negativo de uno cualquiera de estos factores impide el otorgamiento de aquella.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 162 Proceso N° 1500

VISTOS

La Sala resuelve la petición presentada por Gustavo Adolfo Rodríguez Castrillón, la cual hace referencia a que se declare extinguida la pena o se le otorgue la libertad condicional por haber cumplido las dos terceras partes de la sanción impuesta y observado buena conducta durante el tiempo que ha estado detenido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La petición será estudiada como libertad provisional pues la sentencia no ha cobrado ejecutoria material, afirmación esta que a la vez permite señalar como infundada la petición de declarar la extinción de la pena.

2. De conformidad con el numeral segundo del artículo 415 del Estatuto Procesal Penal, el sindicado tendrá derecho a la libertad provisional garantizada mediante caución juratoria o prendaria, cuando lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

En el presente caso no se aborda el estudio de lo solicitado conforme al artículo 1º de la Ley 415 de 1997 por cuanto que de esta regulación está

exceptuada la receptación, delito al cual hizo referencia el artículo 31 de la Ley 190 de 1995.

3. Gustavo Adolfo Rodríguez Castrillón fue condenado en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Bello Antioquia como responsable de los delitos de falsedad material de empleado oficial en documento público y receptación, imponiéndosele una pena principal de 43 meses de prisión, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, modificándose la participación del procesado en el delito de falsedad por la de determinador.

4. El acriminado fue capturado el 17 de octubre de 1996, habiéndosele dejado en libertad en la misma fecha luego de rendir indagatoria. En cumplimiento de lo dispuesto en la providencia que resolvió situación jurídica fue nuevamente privado de la libertad el 23 de enero de 1997, sustituyéndosele la medida de aseguramiento impuesta por la detención domiciliaria, la cual viene cumpliendo desde el 4 de febrero de 1997. Colígese de lo dicho que el procesado lleva hasta la fecha en detención física 32 meses y 24 días.

5. Para efectos de la libertad provisional que nos ocupa, con base en lo dispuesto en el artículo 72 del C. P. se necesita haber cumplido las dos terceras partes de la sanción impuesta, equivalentes en el *sub judice* a 28 meses y 20 días de prisión. El tiempo que tiene Rodríguez Castrillón de estar purgando pena supera el mínimo del *quantum* exigido como factor objetivo.

6. *La prosperidad de la excarcelación no depende meramente del factor objetivo, sino que requiere también del cumplimiento del aspecto subjetivo que exige el artículo 72 del Código Penal, esto es, que con fundamento en su personalidad, su conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, se pueda suponer fundadamente la readaptación social del procesado. El resultado negativo de uno cualquiera de estos factores impide el otorgamiento de aquella.*

6.1. El 12 de noviembre de 1992, en horas de la noche, dos sujetos haciéndose pasar por agentes del F 2 despojaron a Margarita Cano Báez del vehículo que tenía estacionado frente a la calle 38 número 50ª - 57 en el municipio de Bello (A). Se trataba de un Susuki SJ - 410, modelo 1982, de placas LEF - 851. Cuatro meses más tarde, en un operativo policial, le fue incautado a Audi Stewar Cifuentes Gallego un campero de placas LFC - 391, el que sometido a las pruebas de rigor resultó ser el carro que se le había hurtado a la señora Cano Báez.

Gustavo Adolfo Rodríguez Castrillón, conociendo la ocurrencia del delito contra el patrimonio económico referido anteriormente, contribuyó en su condición de autoridad de tránsito (Agente) a modificar la documentación en la oficina donde trabajaba, pues allí se encontraba matriculado el vehículo, utilizando para esos actos el nombre, la identidad y la dirección de Guillermo Ewal Rivera, amigo del procesado, a quien registró en el seguro obligatorio. Además de ello fue la persona que relacionó a Horacio Vélez Velásquez con Audi Stewar para que aquél le vendiera a éste el automotor.

6.2. El solo comportamiento del condenado, como se afirma en la petición, no es suficiente para edificar el concepto de resocialización que se requiere para efectos de la liberación reclamada. Es necesario considerar los motivos por los cuales esa persona individualmente considerada está enfrentando la sanción penal, aún la misma naturaleza del punible y sus efectos.

6.3. Precisamente los delitos en los que resultó involucrado el procesado son por su naturaleza graves, afectan de manera singular a la sociedad colombiana, pues se han comprometido plurales bienes jurídicos que tienen relación directa con condiciones mínimas de convivencia. Así lo revela la desestabilización que se genera a raíz de la corrupción, la que entre otras cosas tiene sumergida en un conflicto de valores a la administración con los gobernados, a quienes les produce desconcierto, conmoción y desconfianza los actos de los servidores del Estado, como los que acá se juzgan, arrasando de paso con la credibilidad en las Instituciones Democráticas.

6.4. *En un caso como el presente, se requiere de una verdadera resocialización del interno para que el operador de la justicia autorice de manera anticipada el reintegro al medio social de aquél, pero en el sub judice tal pronóstico no es dable, por cuanto que se trata de un individuo con una personalidad ambiciosa, sin recato alguno, así lo demuestran los medios de que se valió para traicionar no solamente el deber que como autoridad de tránsito se le había encomendado, sino también la buena fe de sus amigos y aún la del ciudadano común, como la de quienes confiaron en la legalidad de los trámites que éste gestionó para estar a derecho en el traspaso del vehículo que a la postre dio origen a la presente investigación penal, o en la información de que el automotor no tenía ningún problema y por ello se había entregado, siendo ilícita la comercialización del mismo.*

6.5. Estas formas de obrar tienen azotada a la sociedad, por lo que resulta imperiosa en este caso una respuesta contundente de la Administración de Justicia en el sentido de exigir el cumplimiento de la totalidad de los pasos necesarios que garanticen una plena y rotunda resocialización.

7. Así las cosas, la Corte procederá a negar la solicitud de libertad provisional, toda vez que el procesado no reúne uno de los presupuestos exigidos por el Estatuto Procesal Penal para el goce de aquella.

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

RESUELVE:

Negar la libertad provisional al procesado Gustavo Adolfo Rodríguez Castrillón, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA-Evaluación negativa de conducta

El problema jurídico no se plantea entonces frente a la calificación mala, sino frente a la regular. Y se debe determinar si ella constituye una evaluación negativa en presencia de la cual el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario ordena al Juez abstenerse de conceder redención por trabajo, educación o enseñanza.

El artículo 77 del acuerdo 11 de 1995 señala que la conducta debe calificarse como regular cuando dentro de los 6 meses anteriores el interno ha sido sancionado por una falta grave o más de una falta leve.

Deviene de lo anterior el establecimiento normativo de un trato equivalente entre una falta grave y 2 faltas leves y consecuencialmente que las evaluaciones negativas a que se refiere el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario son entonces aquellas en las que se califique la conducta como regular o mala.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 163 Proceso No. 11411

VISTOS

Decide la Sala sobre las solicitudes del procesado Francisco Javier Sánchez Patiño.

ANTECEDENTES

1.- El procesado Sánchez Patiño se halla detenido a disposición de esta Corporación y por cuenta de este asunto desde el 17 de marzo de 1997 (folio 187, cuaderno de la Corte) descontando la pena de 10 años y 6 meses de prisión que se le impuso como responsable del homicidio de Emilio Montoya Montoya o Ricardo León Mejía Herrera interno en la cárcel de Bellavista en jurisdicción del municipio de Bello (Antioquia) al que dio muerte con arma cortopunzante el 26 de agosto de 1987.

2.- Al momento de la comisión del homicidio el procesado Sánchez Patiño cumplía condena de 10 años y 6 meses de prisión por cuenta de la sentencia que el 4 de septiembre de 1987 (folio 46 cuaderno del Juzgado) dictó en su contra el entonces Juzgado 10 Superior de Medellín (Antioquia).

3.- En extensos y confusos memoriales, el encausado Sánchez Patiño protesta la injusticia de su condena y el trato que ha recibido de algunas autoridades carcelarias. Considera que llena todos los requisitos para los beneficios judiciales por estar detenido desde el 17 de marzo de 1997 por cuenta de este proceso, por lo que estima que por detención física ha descontado 29 meses y 10 días, a lo que suma 10 meses por labores en la cárcel de Caicedonia (Valle) y 8 durante su internamiento en Santader de Quilichao (Cauca).

4.- La Corte obtuvo el original de certificados de trabajo expedidos por las cárceles de los Circuitos Judiciales de Santander de Quilichao y Caicedonia en las que se hacen constar labores en artesanías y de ordenanza, respectivamente.

5.- La Corte también recaudó los soportes documentales y el auto por medio del cual el Juez 34 Penal del Circuito de Medellín le reconoció redención de pena a SANCHEZ PATIÑO y le otorgó la libertad por pena cumplida (folios 182 a 189, cuaderno de la Corte).

6.- De igual manera se agregaron certificados de conducta en los que se califica la misma de buena y ejemplar, excepto un período en el que se evalúa como "regular" (folio 197, cuaderno de la Corte).

CONSIDERACIONES

1.- El procesado Sánchez Patiño se encuentra detenido por cuenta de este asunto desde el 17 de marzo de 1997 (folios 185 a 187, cuaderno de la Corte), por lo que a la fecha (19-X/99) ha descontado físicamente un total de 2 años 7 meses y 1 día de la pena de 10 años y 6 meses de prisión que le fue impuesta.

2.- El Juzgado 11 Penal del Circuito de Medellín (en el que quedó convertido el 10 Superior) por decisión del 17 de marzo de 1997 le reconoció a SANCHEZ PATIÑO en otro asunto por el que entonces estaba cumpliendo condena, redención de pena de 6 meses y 17 días por concepto de trabajo y estudio, le otorgó la libertad por pena cumplida, lo dejó a disposición del Juzgado 1° Penal del Circuito de Bello e informó que había superado el lapso de esa condena en 3 meses y 4 días. (folios 185 a 187, cuaderno de la Corte)

3.- Por trabajo, dedicado a labores de artesanías y de ordenanza en las cárceles de Santander de Quilichao y Caicedonia acredita un total de 6168 horas (folios 193, 194 y 204, cuaderno de la Corte).

4.- Por mandato del artículo 100 de la Ley 65 de 1993, el trabajo no se llevará a cabo los días domingos y festivos, por lo que de los certificados expedidos por la cárcel del Circuito Judicial de Caicedonia no se tendrán en

cuenta 59 días del año de 1997 y 35 días de 1998 que corresponden a tales fechas.

Tampoco se tendrán en cuenta 904 horas de las certificados en 1998. Se trata de las laboradas durante los meses de marzo, abril, mayo, junio y 6 días de julio, que se encuentran dentro del periodo que cubre el certificado de calificación de conducta del 15 de julio de 1998 en el que se calificó su comportamiento en el grado de "regular" (folio 197 del cuaderno de la Corte).

5.- El artículo 532 del Código de Procedimiento Penal señala en el ordinal 1° que "la certificación del Consejo de disciplina o del director del establecimiento, sobre buena conducta del detenido" es uno de los documentos que debe acompañar la solicitud de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza.

El artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario advierte que "el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para conceder o negar la redención de la pena, deberá tener en cuenta la evaluación que se haga del trabajo, la educación o la enseñanza de que trata la presente ley. En esta evaluación se considerará igualmente la conducta del interno. Cuando esta evaluación sea negativa, el Juez de Ejecución de Penas se abstendrá de conceder dicha redención. La reglamentación determinará los períodos y formas de evaluación".

Los artículos 76 y 77 del acuerdo 11 de 1995 del INPEC "por el cual se expide el reglamento general al cual se sujetarán los reglamentos internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios", indican, respectivamente, que es función del Consejo de disciplina "estudiar y calificar la conducta de los internos cada tres (3) meses" y que "la conducta de los internos será calificada como ejemplar, buena, regular o mala (...)".

Al establecer esta última norma los parámetros de cada una de las calificaciones lo hace por la vía negativa, esto es no define lo que es una conducta sino lo que no puede ser ella. Así:

a.- No es ejemplar la conducta de quien haya sido sancionado disciplinariamente dentro de los 6 meses anteriores y no haya obtenido 3 calificaciones previas y consecutivas de buena.

b.- No es buena la conducta de quien en los 6 meses anteriores haya sido sancionado por falta grave o más de una falta leve.

c.- No es regular la conducta de quien en los 6 meses anteriores haya sido sancionado por más de una falta grave o más de dos leves.

Como el artículo 77 del acuerdo 11 de 1995 que se viene citando señala que la conducta de los internos será calificada como ejemplar, buena, regular o mala, la definición de ésta última corresponde entonces a aquella que no puede ser calificada como regular. Así:

d.- La conducta es mala cuando dentro de los 6 meses anteriores se le ha impuesto al interno sanción por 2 faltas graves o 3 leves.

5.1.- Presentándose un certificado del Consejo de Disciplina o en su defecto el del director del establecimiento en el que se califique la conducta del interno como mala, no hay ninguna duda que no tiene derecho a redención de pena por tres razones específicas:

5.1.1.- Primero, por cuanto el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario señala que "Cuando esta evaluación sea negativa, el Juez de Ejecución de Penas se abstendrá de conceder dicha redención". Y, malo y negativo son sinónimos.

5.1.2.- Segundo, porque el artículo 532 del Código de Procedimiento Penal exige como requisito para obtener redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza la "certificación del Consejo de disciplina o del director del establecimiento, sobre buena conducta del detenido". Y, malo es lo opuesto a bueno.

5.1.3.- Tercero, porque dentro de las consecuencias que el "Reglamento de Régimen Disciplinario aplicable al personal de internos de los establecimientos de reclusión"[1] (artículos 19 y 24) establece para las faltas graves está la pérdida del derecho a redención de la pena. Y para merecer una calificación mala se requiere haber incurrido en por lo menos 2 faltas graves o en más de 3 leves.

5.2.- *El problema jurídico no se plantea entonces frente a la calificación mala, sino frente a la regular. Y se debe determinar si ella constituye una evaluación negativa en presencia de la cual el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario ordena al Juez abstenerse de conceder redención por trabajo, educación o enseñanza.*

5.3. El Reglamento de Régimen Disciplinario aplicable al personal de internos de los establecimientos de reclusión establece como una de las consecuencias para los internos al incurrir en una falta calificada como grave la de "pérdida del derecho a redención de la pena (...)" (artículos 19 y 24).

El artículo 77 del acuerdo 11 de 1995 señala que la conducta debe calificarse como regular cuando dentro de los 6 meses anteriores el interno ha sido sancionado por una falta grave o más de una falta leve.

Deviene de lo anterior el establecimiento normativo de un trato equivalente entre una falta grave y 2 faltas leves y consecuencialmente que las evaluaciones negativas a que se refiere el artículo 101 del Código Penitenciario y Carcelario son entonces aquellas en las que se califique la conducta como regular o mala.

5.4.- Evaluada la conducta del interno Francisco Javier Sánchez Patiño por el Consejo de Disciplina del 15 de julio de 1998 en el grado de "regular", tal valoración impone la consecuencia de pérdida del derecho a redención de pena que se predica en el Reglamento de Régimen Disciplinario de una falta

[1] Resolución No. 5817 de 1994 del INPEC, 18 de agosto de 1994.

grave. Para merecer la calificación de regular que obtuvo ha debido incurrir en una falta grave o en 2 faltas leves.

6.- La suma exacta del número de horas que descuenta la Corte, se ha obtenido así:

6.1.- 128 horas del mes de marzo de 1998, de las 248 que se han certificado. A este guarismo se llega previa constatación de que el último Consejo de disciplina es del 16 de marzo de ese año (folio 196), por lo que el período de comportamiento "regular" del interno Francisco Javier Sánchez Patiño comprende desde ese día hasta el 14 de julio de 1998, ya que el siguiente Consejo de disciplina se verificó el 15 de julio (folio 197).

6.2.- La totalidad de las horas certificados en abril, mayo y junio de 1998 (728), por las mismas razones expuestas.

6.3.- Las 48 horas certificadas en el mes de julio, que corresponden a los primeros 6 días de tal mes.

7.- Las 6168 horas que totalizan los certificados de los centros carcelarios en los que ha estado detenido Francisco Javier Sánchez Patiño corresponden a 771 días de trabajo. De esos 771 días se descuentan 94 que corresponden a días dominicales y festivos para los cuales no se acreditó que se tratara de casos especiales debidamente autorizados por el director del establecimiento con la debida justificación, tal como lo exige el artículo 100 del Código Penitenciario y Carcelario. Se obtiene entonces un saldo de 677 días laborados.

7.1.- Por tener una calificación de conducta negativa se descuentan 904 horas, que reducidas a días son 113. Resulta un saldo de 564 días laborados por el interno, los que le dan derecho a redención de pena de 282 días o 9 meses y 12 días.

7.2.- Acreditado que lleva en detención física 2 años 7 meses y 1 día. Que a ello se deben sumar los 3 meses y 4 días de la anterior condena que cumplió y en cuyo tránsito a cumplir esta no hubo solución de continuidad y que finalmente debe sumarse la redención de 9 meses y 12 días, se obtiene un total de pena descontada de 43 meses y 17 días.

La pena impuesta fue de 10 años y 6 meses de prisión (folio 210, cuaderno del Juzgado) por lo que su tercera parte son 42 meses, guarismo superado por el peticionario, razón que impone a la Corte el reconocimiento de la redención de pena para que el procesado pueda solicitar ante el director del establecimiento carcelario el permiso administrativo de las 72 horas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Reconocer al procesado Francisco Javier Sánchez Patiño en forma provisional y sólo para el trámite específico contemplado en el artículo

147 de la Ley 65 de 1993 en concordancia con el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, 9 meses y 12 días de redención de pena por trabajo.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICIO-Concepto / INDICIO-Técnica para atacarlo en casación

El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica.

Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., octubre veinte (20) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 161(15-10-99) Proceso No. 11113

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Eduardo Alape Murillo, contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de junio 28 de 1995, mediante la cual condenó al mencionado a la pena principal de 3 años de prisión y a la accesoria de separación absoluta de las Fuerzas Militares.

Hechos y actuación procesal

Hacia mediados de diciembre de 1992 el Comandante del Batallón Calibío suscribió el informe periódico de personal correspondiente a noviembre 16

diciembre 15 de dicho año. Una vez que lo hizo el documento fue falsificado. Sin que fuera cierto, se le agregó que los suboficiales Jorge Roa Bermúdez, Carlos Ignacio Jaik Guerrero, Fabio Díaz Guayara y Armando Carrillo Ramírez habían sido objeto de un día de "arresto severo", lo cual les significó el descuento respectivo en la nómina de enero de 1993.

Por tal hecho fue vinculado al proceso el Sargento Segundo Luis Eduardo Alape Murillo, quien para cuando sucedió se desempeñaba como Jefe de Personal de dicho Batallón. El 14 de diciembre de 1993 fue detenido preventivamente por el cargo de falsedad en documento público descrito en el artículo 243 del Código Penal Militar y el 18 de octubre de 1994 fue convocado a consejo verbal de guerra sin la intervención de vocales. Esta determinación quedó ejecutoriada el 21 siguiente.

El consejo tuvo lugar el 4 de noviembre de 1994 ante el Comandante del Batallón de Ingenieros #14 de Calibío y el 10 del mismo mes se dictó la sentencia de primera instancia, que fue de carácter absolutorio. Esta fue revisada por el Tribunal Superior Militar en desarrollo del grado jurisdiccional de consulta, siendo revocada por la que fue objeto del recurso de casación (fl. 450).

LA DEMANDA

Los dos cargos que el defensor le formuló al fallo los apoyó en la causal 1ª de casación, inciso segundo.

Primero.

El error de hecho que condujo a la violación indirecta de los artículo 247, 300, 301, 302 y 303 del Código de Procedimiento Penal, lo hizo consistir el demandante en que el Tribunal Militar "...incurrió en suposición de pruebas". Para demostrarlo transcribe los fundamentos del fallo y acto seguido concluye que los indicios de que se valió el juzgador para condenar no señalan de manera inequívoca la responsabilidad penal de su representado, en consideración a que no están apoyados "por otras pruebas directas". Se estimó plenamente demostrada la autoría sin estarlo, por lo que "...el entendimiento de la prueba indiciaria presuntiva se halla afectado por error manifiesto de hecho determinante de indebida aplicación de la ley en la sentencia".

Relaciona los hechos indicadores que le sirvieron de fundamento al Tribunal para deducir la atribución de responsabilidad y precisa que en el fallo no se registra "...un análisis lógico de estas premisas, para encontrar la relación de causalidad que exige este tipo de pruebas. Si no existe relación entre la regla de experiencia y el hecho indicador, no puede haber conclusión lógica". Agrega que lo se hizo fue conjeturar y a continuación procede a analizar cada uno de los indicios deducidos.

1) La circunstancia de ser jefe de personal -dice el censor- no demuestra el hecho delictivo, en especial cuando se probó que el documento objeto de la falsificación lo había elaborado la secretaria del procesado y éste se encontraba de permiso.

2) Se estableció que además del procesado, la llave de la oficina de personal donde se encontraba el reporte falsificado la tenían la secretaria Sor Viviana, el estafeta, e igualmente que de ella existían duplicados en la sección segunda donde trabajaba el Sargento Viceprimero Carlos Jaik y en la oficina del ejecutivo del Batallón. También se determinó que la puerta de acceso a la oficina podía abrirse sólo con la utilización de una tarjeta plástica. Estos hechos, en consecuencia, pueden también ser indicativos "...de que alguien hubiese entrado de manera clandestina a alterar el referido documento con la máquina de la misma sección, y en ningún momento es indicador de la responsabilidad penal del inculpado".

3) Acerca del indicio derivado de "haberse efectuado la falsedad con la máquina de la oficina" de personal, afirma el libelista que se determinó que en el Batallón existían por lo menos otras dos máquinas de las mismas características. Además, aunque el dictamen grafológico llevado a cabo por el Instituto de Medicina Legal concluyó que "los mecanogramas" cuestionados fueron elaborados con una máquina de escribir de la misma marca y modelo de las indubitadas, no fue posible establecer con cuál de ellas se produjo la falsificación. Como dicho concepto técnico es una prueba directa, prevalece ante el indicio que se pretende hacer valer "y exonera de responsabilidad" al procesado.

4) Sobre el indicio estructurado a partir de las circunstancias de saber el procesado hacer el informe de personal y escribir a máquina, explica el casacionista que lo "evidentemente" ocurrido fue que su representado elaboró los borradores y la secretaria diligenció los formatos. Algunos los suscribió el Sargento ALAPE y otros la secretaria debido a que el primero se encontraba por esos días de permiso. Destaca la defensa que los códigos puestos al lado de los nombres de los suboficiales que se hicieron aparecer sancionados no corresponden a los suyos, "...evidenciándose que quien realizó la falsedad fue una persona que desconocía los verdaderos, y lógicamente ajeno a la oficina".

Muchas personas, de otro lado, saben escribir a máquina "...y por lo tanto no es acertado tomar este aspecto como hecho indicador so pena de incurrir en errores de apreciación con detrimento en la correcta aplicación de los principios probatorios, pero además se constituye en demasiada ligereza hacer una deducción de esta gravedad por este simple hecho".

5) "Indicio por el afán protagónico, por el anhelo a las condecoraciones y de acabar con la competencia: Al respecto es conveniente analizar -dice textualmente la demanda-que el sindicado es un suboficial de excelente conducta, que para ser nombrado jefe de personal se requieren especiales calidades personales y profesionales, máxime si se trata de un suboficial para cuyo grado no corresponde el cargo. Es un estímulo, de donde se aprecia que el sindicado lo supo aprovechar para hacerse acreedor a la condecoración 'torre de Castilla', a ser postulado para la condecoración 'José María Córdoba', a ser figura del año a nivel Ejército en 1992, además de muchas otras

felicitaciones que obtuvo por el desempeño en su trabajo asignado. Este indicio tomado en su contra, a la luz de las pruebas, debe por el contrario tenerse a su favor si se tiene en cuenta que las condecoraciones, las felicitaciones y los estímulos honoríficos son el reconocimiento de excelsas condiciones personales, profesionales y morales que las tiene el sindicado; además de no tener antecedentes, por lo tanto su buena conducta no puede ser indicio de proceder ilícito, como el que es motivo de análisis.

"Respecto a una sanción por autopostularse para una felicitación, se tiene como prueba que el señor Mayor Aponte en su calidad de ejecutivo del Batallón lo autorizó para que incluyera su nombre entre los candidatos para la felicitación semanal de la compañía, mientras el comandante estaba ausente, y quien a su regreso no escuchó la explicación por cuanto la autorización fue de carácter verbal".

6) "Indicio por el hecho de no mostrarle las nóminas al SV. JALK: De las pruebas allegadas -sigue textualmente la defensa-se desprende que evidentemente el día de la reunión el SV. JALK le pidió la nómina y al no tenerla le contestó que fueran a la contaduría donde se encontraba como ocurrió al salir de la reunión, enterándose del hecho y llevando la nómina al comando del Batallón. Pero además se ha establecido que existían rivalidades entre los dos suboficiales, específicamente porque el sindicado era un subolicial destacado y esta condición había despertado envidia en el cuerpo de suboficiales compañeros".

Para el censor, en concordancia con su análisis, los juicios del Tribunal fueron de probabilidad y a través de ellos no puede llegarse a la certeza para condenar. Se trató de indicios contingentes, no necesarios, que no fueron demostrados con medios de prueba directos.

"Se presumió el hecho -expresa-por los antecedentes y circunstancias del sindicado, con falsos juicios de existencia de la prueba, violando el principio según el cual el sentenciador debe fallar de conformidad con lo que se hubiere probado. No se falló de acuerdo con la verdad formal establecida en el proceso, pues en el proceso penal se pretende la búsqueda de la verdad verdadera, que no se aplicó".

No había prueba directa sobre la autoría del delito y el sentenciador la trata de demostrar "infructuosamente" a través de prueba indirecta. El conjunto probatorio sólo indicaba que se falsificó el documento y no quién fue el autor, que a su parecer fue objeto de suposición.

Concluye la defensa, en consecuencia, que no existe correspondencia "...entre los hechos reconocidos en la sentencia, y los procesalmente establecidos...". Por ende, al no fallarse en concordancia con lo probado se incurrió "...en error de hecho manifiesto y trascendente, con el conculcamiento de la ley sustancial surgiendo el quebrantamiento y la deformación del hecho porque la prueba fue supuesta por el fallador".

Segundo cargo.

En los siguientes términos fue resumido por el Procurador Delegado:

"Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el censor acusa la sentencia de violar directamente los artículos 247, 249 y 445 del Código de Procedimiento Penal e indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 242 del Código Penal Militar.

"A partir de la transcripción de una parte de la sentencia de segunda instancia, afirma el recurrente que en el proceso no hay plena prueba de la responsabilidad del procesado en el delito de falsedad, porque los indicios, a pesar de ser numerosos, no la demostraron, toda vez que las pruebas indiciarias se forzaron y adaptaron artificiosamente, pasando por allo las reglas de valoración.

"Considera errado pretender que sea el sindicado quien pruebe el hecho de la inseguridad de la oficina, invirtiendo así la carta de la prueba.

"De otra parte, si el indicio se fundamentó en simples sospechas, está viciada la motivación y no proporciona certeza del hecho. Como tampoco se apreciaron los indicios en conjunto y con relación a las demás pruebas que obran en el proceso, no se logra obtener certeza de la responsabilidad. En este asunto sólo se tomaron en cuenta las pruebas desfavorables al procesado, dejando de lado su excelente conducta, sus antecedentes, las condecoraciones y felicitaciones que obtuvo, así como la declaración de la secretaria de la oficina de personal, medios de convicción que, por el contrario, se valoraron en contra del acusado.

"La duda que surge de las pruebas debió resolverse a favor del incriminado en aplicación del principio de presunción de inocencia. La sentencia proferida por el Tribunal ignora esa duda razonable y manifiesta.

"Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia y se profiera una absolutoria".

Concepto del Procurador 3º Delegado en lo Penal

Luego de referirse a la forma de atacar técnicamente la prueba indiciaria en sede de casación, señala el Agente del Ministerio Público que el censor olvidó esa sistemática y que aunque es cierto que el Tribunal no realizó un extenso análisis de los que valoró como hechos indicados, también lo es que el recurrente orientó todos sus esfuerzos a presentar su propia valoración probatoria. "...sólo afirma que la prueba no es indicadora de la responsabilidad porque no se sustenta con pruebas directas, afirmación que no pasa de ser un falso axioma, sin demostración en la demanda y sin apoyo alguno en la realidad probatoria". Adicionalmente denunció la presencia de errores de hecho en el análisis de las pruebas pero en ningún momento los concretó. Lo que revela la demanda, en suma, es la pretensión del censor en cuestionar las conclusiones fundamentadas del juzgador a partir de la simple buena

conducta del acusado, como si la misma fuera suficiente para desvirtuar su interés en falsificar el documento, o para destruir la pluralidad de elementos de juicio que le permitieron al Tribunal declarar su responsabilidad penal.

Resalta el Procurador en su respuesta al primer cargo que el libelista, en lugar de demostrar el yerro que recayó sobre la prueba indiciaria, modificó el contenido del testimonio de la secretaria de la oficina de personal. Ella expresó que cuando Alape Murillo estuvo de permiso "iba y regresaba a la oficina", circunstancia que fue destacada por el Tribunal pero callada por el casacionista, quien simplemente señaló que con ocasión de dicho permiso su representado estuvo en imposibilidad material de falsificar el documento.

Que el dictamen grafológico no hubiera logrado definir la fuente mecánica con la cual se produjo la alteración, de otra parte, no obligaba al Tribunal a tomar dicha prueba como de no responsabilidad del procesado o a declarar un estado de duda irresoluble. En desarrollo de la libertad probatoria -como lo hizo-"...bien podía apreciar el peritaje sin sujeción diferente a las reglas de la sana crítica y explorar otros medios de convicción para tratar de establecer la realidad de lo investigado, aun a pesar de esa declarada imposibilidad del técnico para identificar la máquina en la cual se realizó la adulteración del documento".

En suma, el defensor no logró la demostración de ninguna equivocación y, por el contrario, se desvió a la valoración probatoria, por lo que el cargo no puede prosperar.

El concepto se refirió a la segunda censura en los siguientes términos:

"En esta el libelista se muestra desenfocado en cuanto a la técnica del recurso se refiere, pues tras presentar un yerro por violación directa de la ley, pasa a la crítica de las pruebas, esfera propia de la violación indirecta. A este respecto, sabido se tiene que cuando se escoge la vía directa, es obligación del censor respetar la valoración de las pruebas y el sentido y contenido que de ellas hizo el juzgador.

"El recurrente, al igual que lo hizo en el ataque anterior, acude a desconocer los razonamientos del sentenciador y lanza juicios sobre la moralidad del fallo, sin más argumentos de fondo que la repetición de las inconformidades plasmadas en el primer cargo.

"De esta manera, aun cuando hace mención de los indicios, como si trasladara la razón de la censura a la violación indirecta, tampoco demuestra la ocurrencia de un falso juicio de identidad o de existencia respecto de las pruebas que como hechos indicadores se demostraron en el proceso. La única referencia que a ellas se hace es para desvirtuar su capacidad demostrativa de la responsabilidad de Alape Murillo, sin un argumento nuevo como el uso del artificio que no se vislumbra, y aunque adicionalmente hace mención al incumplimiento de las reglas de la valoración, esto se queda en un pronunciamiento aislado, sin otra justificación.

"Ahora bien, en un reiterado olvido de la razón de su impugnación, se dedica a controvertir las conclusiones del fallador, desconociendo la labor de apreciación en conjunto de todos los indicios y que la declaración de responsabilidad penal no surgió de sospechas, sino de hechos ciertos que no dejaron espacio para la duda que pregona el censor". Por ser antitécnica la presentación del cargo, entonces, debe ser desestimado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica.

Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

De hecho, porque la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto; o porque pudo haberse dejado de apreciar otro medio demostrativo que la neutralizaba o disolvía; o porque se tergiversó su contenido material haciéndola decir algo que no decía; o porque el proceso de valoración que condujo a la afirmación de la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se apartó de los principios de la sana crítica.

De derecho, porque el juzgador pudo haber admitido y valorado como prueba fundante del hecho indicador alguna irregularmente aportada al proceso y por lo tanto inválida. Como en ningún caso la prueba indiciaria está dentro del proceso penal sometida a tarifa legal, es obvio que frente a ella la modalidad de error de derecho conocida como falso juicio de convicción no es susceptible de ser propuesta a través del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone -como condición lógica del cargo-aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque. Existe la posibilidad, no obstante, de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, sólo que en cargos distintos y de manera subsidiaria.

La inferencia lógica, entonces, es atacable en casación. Pero en atención a que la misma es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible para hacerlo es el error de hecho por transgresión ostensible de los principios de la sana crítica. La hipótesis supone, por lo tanto, la aceptación del hecho indicador y la demostración de que el juzgador realizó un juicio de valor en contravía de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia. Así las cosas, para que el cargo quede correctamente formulado es imprescindible concretar el error y demostrar cómo ha sido transgredida o desconocida una ley científica, un principio de la lógica (que no niegue ni desconozca la unidad del ser) o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios especializados en una determinada materia. Se precisa, además y ello es obvio, la fundamentación correspondiente a la trascendencia del error.

La Sala ha sido reiterativa en lo precedente y también ha señalado que cuando de atacar dicho medio probatorio en casación se trata, no puede desconocerse que por su naturaleza misma su valoración es de conjunto, siendo el vínculo que surge entre los diferentes indicios (su concordancia y convergencia) el que hace que la conclusión crezca desde la probabilidad hasta constituir certeza. En consecuencia, aunque el ataque a los hechos indicadores debe ser independiente, ello no significa en manera alguna que el conjunto indiciario, cuya fuerza de convicción depende de que se le estime globalmente, pueda dejar de ser enfrentado por el demandante.

Ninguno de los principios vistos fue observado por el casacionista. En el marco del primer cargo dejó de precisar si el error de hecho denunciado recayó sobre la prueba del hecho indicador o sobre la inferencia lógica. Y aunque al referirse en el enunciado a "suposición de pruebas" hace pensar que el yerro se produjo en el primer componente mencionado, lo cierto es que en el desarrollo del ataque deja claro sólo su desacuerdo con las conclusiones del juzgador. Los varios indicios derivados en la sentencia, a su juicio contingentes y no apoyados en prueba directa alguna, no demostraban inequívocamente la responsabilidad penal.

Si se tiene en cuenta que el recurso de casación no es una tercera instancia, no forma parte de su contenido el simple hecho de contraponer el punto de vista del demandante al del sentenciador, que es lo que en esencia sucede en el presente caso.

No se modifica la conclusión precedente cuando se examina el desarrollo final del cargo. En este la defensa hace referencia a cada uno de los que estima obraron como hechos indicadores en la construcción indiciaria y los analiza separadamente. En cada caso hace su propia inferencia, olvidando que si su intención era atacar los juicios de valor, su deber era demostrarle a la Sala qué regla de la ciencia, la lógica o la experiencia conculcó el juzgador en cada caso y adicionalmente quebrar la lógica de conjunto bajo la cual los distintos indicios fueron apreciados.

El Tribunal, a partir del testimonio de la secretaria Sor Viviana Gómez, consideró que la misma diligenció el documento, lo cerró con una línea doble

y lo dejó sobre el escritorio del SS. Alape Murillo. Que aunque es verdad que para cuando sucedieron los hechos éste se encontraba de permiso, lo cierto es que "iba y regresaba a la oficina", como él mismo lo admitió en versión libre y espontánea (fl. 109). Era el Jefe de personal y como tal tenía acceso al documento, cuya falsificación se produjo en la misma máquina en que la secretaria confeccionó la parte indubitada del mismo. El sindicado, además, había sido sancionado antes "por autopostularse para una felicitación sin ser autorizado para ello", lo cual fue traducido por el juzgador como afán de protagonismo. Y, por último, era la única persona a quien le convenía la falsificación, de conformidad con la siguiente reflexión plasmada en el fallo:

"Si bien gozaba de permiso, también lo es que mantenía la llave para penetrar a su oficina de donde era jefe, indicio este que por sí solo no probaría su autoría, sin embargo, si se tiene en cuenta que él y los cuatro suboficiales que aparecieron sancionados, compitieron para el logro de una medalla (como era la José María Córdoba), al parecer aquellos sancionados de por sí los descartaba de tal premio correspondiéndole por sustracción de materia, sólo a él, hecho este indicador que evidencia el interés para mutar la verdad...".

De tal conjunto de circunstancias el Tribunal Superior Militar derivó la certeza para condenar y no logra la defensa, se repite, concretar un solo error en el que se haya podido incurrir en el fallo, ya en la prueba del hecho indicador o en la inferencia lógica. Su esfuerzo estuvo exclusivamente orientado a proponer otras inferencias a partir de los mismos supuestos, sin probar la irracionalidad de aquellas en las que el juzgador basó el juicio de responsabilidad penal.

En suma, como lo anota el Procurador, el censor no demostró ninguno de los yerros que enunció, sino que se desvió a realizar su propia valoración probatoria y a descalificar el fallo con afirmaciones globales, como que se supuso la autoría, que no se falló de acuerdo a lo probado, que no se hicieron "juicios verdaderos sino probables", que con argumentos de probabilidad no podía llegarse a la certeza, que se trataba de indicios contingentes y no necesarios y que ello equivale a "sentenciar inconscientemente".

Se desestimará el cargo.

El segundo ataque corre la misma suerte. El censor insiste en generalizaciones y no atina a presentar un solo error del Tribunal. No plantea ninguno al decir que dentro del proceso no existía prueba suficiente para condenar, o que los distintos indicios no demostraban la responsabilidad penal del sindicado, o que no se apreciaron de conjunto, o que sólo se tuvieron en cuenta los de cargo dejando de lado aquellos que favorecían al sindicado, o que la sentencia ignoró "la duda razonable y manifiesta que se presenta dentro de la investigación porque falla sobre unos indicios contingentes", o que no se tuvieron en cuenta pruebas directas como el dictamen de medicina legal, el testimonio de la secretaria, la indagatoria, ni los antecedentes personales, profesionales y morales del inculpado.

En relación con la omisión probatoria aducida, aunque el censor parece referirla no a la circunstancia de que los medios demostrativos hayan sido dejados de considerar sino al hecho de que el Tribunal no les dio el alcance que él esperaba, de todas formas dejó trunco el reclamo al no enfrentar los términos del fallo como condición para demostrar la trascendencia del supuesto falso juicio de existencia propuesto.

Por lo demás, como lo advierte el Procurador, tras anunciar la defensa un yerro sustentado en violación directa de la ley, pasa a criticar las pruebas, es decir al ámbito propio de la violación indirecta de la ley, aunque de todas formas no logra en su desarrollo concretar técnicamente ningún error de hecho atribuible al Tribunal que amerite su consideración de fondo por la Sala. En conclusión, no se casará el fallo objeto del recurso.

Así las cosas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

DESESTIMAR los cargos propuestos y, en consecuencia, NO CASAR la sentencia recurrida.

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 Orlando Pérez Pinzón*, *Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RESPONSABILIDAD CIVIL-Tercero civilmente responsable/
LLAMADO EN GARANTIA-Compañías de Seguro/
CONTRATO DE SEGUROS-Naturaleza

1. La posibilidad de vincular dentro del proceso penal al tercero civilmente responsable que el legislador introdujo en el Decreto 2700 de 1991 -nuevamente pues como bien se recuerda ya había sido consagrado en los artículos 58 a 66 del Decreto 0050 de 1987, siendo declarados inexequibles por la Corte Suprema en decisión de diciembre 3 de ese mismo año-, proviene de ser este tercero civil responsable por el daño, independientemente de que el mismo haya sido inferido por el agente del delito; es decir, que aun cuando el tercero no es el autor del daño e inclusive es ajeno a su producción causal, debe por la vía de la denominada responsabilidad indirecta, responder solidariamente por él, estando compelido a cubrir el valor de la suma indemnizatoria a que eventualmente se le condene en favor de la persona natural o jurídica perjudicada.

Por tanto, y siendo que dentro del proceso penal solamente puede perseguirse el pago de aquellos daños derivados del hecho punible, esto es los que tengan un nexo con los efectos lesivos del delito, cualquier pretensión orientada a hacer valer obligaciones que provengan de una fuente distinta no podrá ejercitarse en el trámite penal, por resultar evidentemente contraria a su naturaleza especial, única y limitada.

2. De ahí que la prestación reparadora que en un momento determinado le pueda ser exigible al asegurador -cuyo ingreso como sujeto procesal en el proceso penal parece no tener reparo de lege ferenda por la doctrina nacional-, no dimana de responsabilidad directa ni indirecta, única posibilidad de aceptar la reclamación indemnizatoria como ejercicio de la acción civil activa o pasiva dentro del proceso penal, pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato.

3. El contrato de seguro, por consiguiente, cumple en un sentido jurídico y económico con una función reparadora consistente en que la compañía asume los riesgos cuando se presenta el evento por el valor convenido en

la póliza correspondiente, previo el pago de una prima, obligación que es ajena a la que compete al responsable y eventualmente al tercero civil dentro del proceso penal como efecto del hecho delictivo; mientras que la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño. Lo único que media entre éste y el tercero civil, o el propio procesado, es una obligación de naturaleza contractual o legal, en relación con la cual no sería por tanto el juez penal competente para pronunciarse.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente

Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No.163 Proceso No. 13690

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de Jorge Iván Zapata Vanegas contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 21 de mayo de 1997, confirmatoria del fallo emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito el 30 de octubre de 1996, mediante el cual lo condenó a la pena principal de 24 meses de prisión, multa de $6.000.oo y suspensión en el ejercicio de la profesión de conductor de vehículos automotores por 12 meses y a pagar en forma solidaria, junto con la Empresa Transportes Arauca S.A., como tercero civilmente responsable y la sociedad Aseguradora Colseguros S.A., llamada en garantía, la suma de $31 097.730.oo por concepto de perjuicios materiales y el equivalente a 1.000 gramos oro por los morales, disponiéndose además la compulsación de copias para ante las autoridades policivas con el fin de que se investigaran las lesiones personales culposas también inferidas, dado su carácter contravencional, con la única modificación consistente en precisar que la aseguradora debe responder hasta por $15'000.000.oo que es el valor que cubre la póliza correspondiente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Sucedieron pasadas las diez de la noche del día 9 de diciembre de 1992 en plena vía pública de la ciudad de Cali, concretamente en la intersección de la carrera 1a. con calle 34 cuando en momentos en que Gilberto Aramburo Prado se desplazaba a bordo de una motocicleta en compañía de su esposa Yolanda Roldán Bustamante, fue intempestivamente cerrado por el bus de servicio intermunicipal marca Chevrolet, de placas TKC-432 de Itagüí afiliado a la Empresa "Arauca S.A." que era conducido por Jorge Iván Zapata Vanegas, empleándose a fondo los frenos del pequeño vehículo el cual se deslizó hasta

golpear la lámina izquierda contigua al eje trasero del pesado bus, mientras que la señora Roldán Bustamante al rodar debajo del mismo era atropellada, sufriendo múltiples politraumatismos y hemoperitoneo secundario a ruptura de vísceras abdominales como hígado y bazo que determinaron su deceso cuando era trasladada al Hospital San Juan de Dios para ser atendida.

A cargo del Fiscal 114 de la Unidad Tercera de Previas y Permanentes de la ciudad de Cali estuvo la diligencia de levantamiento del cadáver, autoridad que en desarrollo de la misma escuchó igualmente las declaraciones del ayudante del bus José Uriel Echeverry Ladino y del conductor de la moto y esposo de la víctima Gilberto Aramburo Prado, dejándose la siguiente constancia en relación con el estado anímico de éste: "es dudoso, ya que se observa con flaquezas al hablar,-su rostro no es muy claro para determinar a simple vista su estado anímico, motivo por el cual se ordena practicar prueba de alcoholemia en el Instituto de Medicina Legal de Cali".

Por resolución fechada el 10 de diciembre de 1992, la Fiscalía 1-1 Seccional profirió resolución de apertura instructiva, allegándose al proceso prueba de diversa índole, principalmente testimonial, así como también el respectivo protocolo de necropsia, vinculándose además mediante diligencia de indagatoria a Jorge Iván Zapata Vanegas a quien, una vez aceptada la demanda de constitución de parte civil, como también ordenada y cumplida a solicitud de este sujeto procesal la vinculación como tercero civilmente responsable de la empresa "Transportes Arauca S.A.", mediante resolución fechada el 8 de octubre de 1993 y al momento de resolverle la situación jurídica se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos.

El 28 de octubre se llevó cabo inspección judicial en el lugar de los hechos, allegándose al proceso con posterioridad la respuesta dada por los guardas bachilleres vinculados a la Secretaría de Tránsito Municipal de Cali, a los distintos cuestionarios técnicos elaborados por la Fiscalía y por algunos de los sujetos procesales intervinientes en esta diligencia.

Mediante oficio No. 052 del 9 de febrero de 1994 el Fiscal 114 de la Unidad de Previas y Permanentes que efectuó el levantamiento del cadáver, en relación con la constancia dejada sobre el estado anímico que presentaba el señor Aramburo Prado, respondió al investigador no haberse ordenado el examen de alcoholemia "por cuanto a pesar de haber sido dispuesta su práctica inicialmente en el acta de levantamiento, al tomársele al señor Aramburo declaración juramentada en este Despacho, éste se mostraba lógico y coherente, no evidenciando señal o signo alguno de estado de alicoramiento, por lo que finalmente no se dispuso su práctica o remisión al Instituto de Medicina Legal; además las señales que inicialmente sugerían un estado anímico diferente, se debían al intenso dolor que lo embargaba por la muerte o deceso de su esposa".

El 29 de julio de ese mismo año se decretó el cierre de la investigación, calificándose el mérito de las pruebas el 29 de septiembre -proveído que cobró

ejecutoria el 3 de noviembre postrer-, mediante el poferimiento de resolución acusatoria en contra del procesado por los delitos de homicio y lesiones personales culposos.

Por auto fechado el 19 de enero de 1995, a petición del apoderado de la empresa "Transportes Arauca S.A.", como tercero civilmente responsable, el Juzgado Tercero Penal del Circuito a quien correspondió adelantar la etapa del juicio, aceptó el llamamiento en garantía de la aseguradora "Colseguros S.A.", produciéndose efectivamente su vinculación.

Dispuso igualmente a través de decisión del 6 de marzo posterior la práctica de algunas pruebas, entre ellas designó perito con miras a avaluar los perjuicios materiales ocasionados con el delito. Presentado el respectivo dictamen y como quiera que fueran hechos reparos al mismo por la defensora del procesado, mediante interlocutorio del 7 de junio de 1996 se declaró fundada la objeción, para por último y una vez celebrada la audiencia pública emitirse las sentencias de primera y segunda instancia en los términos indicados en precedencia.

La Demanda

Primer cargo

Amparado en el cuerpo segundo de la primera causal de casación del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por error de hecho manifiesto derivado de "tergiversación del contenido fáctico de una prueba", ataca la defensora del procesado el fallo impugnado, afirmando la vulneración en forma directa de los artículos 247, 248, 249, 253 y 254 ibidem e indirecta de los artículos 329 y 52 del Código Penal.

Afirma a continuación, que habría el Tribunal "tergiversado" la constancia dejada por la Fiscalía en el acta de levantamiento del cadáver sobre el estado anímico del señor Aramburo Prado al momento de los hechos, pues si bien nunca se practicó prueba de alcoholemia y el propio Fiscal "la contrarestó" con una nueva "constancia", esa circunstancia ensombrece el panorama probatorio generando "una DUDA de especial connotación", cuando lo que procedía era aclarar esa situación mediante la práctica de la respectiva "prueba científica", al no poderse sustituir "por un discernimiento más o menos probable del juzgador de turno", pues así resulta manifiesto el "falso juicio de identidad" en que se incurre.

También tergiversó el Tribunal, agrega, el cuestionario rendido por los expertos del tránsito que acudieron a la diligencia de inspección judicial, toda vez que en uno de los apartes de la experticia se lee que "el recorrido que hiciera el conductor del bus, si es permitido por el tránsito", de donde esta conclusión no podía ser soslayada por el Tribunal, según el extracto que reproduce del fallo al momento de descartar un manejo correcto del pesado vehículo, sin que esto signifique simple oposición de criterios, aclara, sino de

evidenciar que es la Duda el fenómeno que predomina en estas diligencias, acorde con el artículo 29 constitucional.

De otra parte, censura también el actor el hecho de que el Tribunal hubiera desechado la vinculación de Aramburo Prado, tal y como se solicitó, y en igual medida que no hubiera estudiado con detenimiento el fenómeno de la compensación de culpas para determinar precisamente cuál de las dos predominaba.

Solicita, en consecuencia, casar el fallo recurrido y en su lugar absolver al procesado.

Segundo cargo

Lo propone el actor como subsidiario, basándose en la misma causal de casación esgrimida frente al primer reparo, pero por falso juicio de existencia derivado, según lo afirma, del hecho de haber ignorado el juzgador "una prueba que obra en el proceso", refiriendo como tal el auto de fecha 7 de junio de 1996, mediante el cual se declaró fundada la objeción al dictamen pericial.

Es que, según su criterio, precisamente en relación con los perjuicios materiales no existe prueba alguna en el proceso, máxime cuando la occisa se desempeñaba como ama de casa y es sabido que no recibía ingreso económico alguno, aspecto reconocido inicialmente por el juzgador en el referido proveído, aun cuando "a contrapelo con esa demostración evidente en el plenario", en la sentencia impuso una cuantiosa condena por razón de perjuicios materiales ($31'097.730.oo).

A su turno, asegura, "el Tribunal Superior, hizo mutis por el foro en cuanto al fondo de ese aspecto tan trascendental" sin "tomarse la molestia de escrutar la prueba de la concreción y demostración de los perjuicios materiales", lo que es obvio entender pues brillan por su ausencia aquellos elementos que los demuestren, razón por la cual "resulta injusta la condena por ese concepto.

Pero además y como quiera que existía parte civil en el proceso, debió este sujeto aportar las pruebas conducentes a concretarlos y acreditarlos en su justo valor, pero no lo hizo, quedando el daño material sin ninguna demostración, de donde surge evidente que el Tribunal "ignoró", el "incidente sobre objeción del dictamen pericial", acudiendo para calcular tales perjuicios a lo dispuesto por el artículo 107 del Código Penal, pese a que no es dable acudir a dicho precepto cuando existe parte civil debidamente constituída, como sucede en este caso, conforme lo habría señalado la Corte en decisión del 20 de septiembre de 1982, que cita.

Concluye, finalmente, que la condena en perjuicios materiales resulta "injusta y arbitraria, porque se hizo de cara a la prueba de su inexistencia, lo que constituye el error de hecho por error de existencia", solicitando así se case el fallo y se "absuelva a mi mandante y a la Empresa Arauca S.A." de su pago solidario.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Frente a esta censura, afirma el Ministerio Público que al acusar el actor la sentencia por tergiversación probatoria, resulta "contradictoria e inaceptable" la propuesta de ataque como quiera que recae "sobre un elemento que no existe" en el proceso, pues el propio demandante sostiene no haberse establecido pericialmente si el conductor de la motocicleta se encontraba para el momento de los hechos bajo el influjo de bebidas embriagantes, resultando evidente la confusión que presenta el reproche, pues esta alegación en momento alguno traduce el falso juicio de identidad inicialmente aducido.

Ahora, respecto del concepto de peritos en tránsito al que igualmente se refiere el actor, llama la atención en el sentido de que si bien efectivamente allí se anotó que no habría existido violación de las reglas del tráfico vehicular por parte del bus, esto se hizo "referido al trayecto que el procesado en su dicho indicó haber realizado, no al que fue aceptado en sentencia (sic)", este no fue para los juzgadores el recorrido cumplido por ZAPATA VANEGAS, de donde "Los textos del pronunciamiento de segunda instancia que transcribe la censora, contienen las razones de análisis y como conclusión el rechazo a la exposición del procesado, que efectuó el juez colegiado y nó una tergiversación de la prueba pericial", motivos suficientes para rechazar el cargo.

No obstante anticipar su concepto sobre esta censura, prosigue el Delegado en el propósito de demostrar, de otra parte, que las transcripciones de las sentencias hechas por el actor no corresponden exactamente a su contenido, debiéndose descartar definitivamente la versión del conductor del bus, toda vez que los juzgadores encontraron probado que en el manejo vehicular habría incurrido en proceder imprudente.

Por último y respecto del tema de la compensación de culpas, se trata de un simple enunciado sin precisión alguna, dentro del cual ni siquiera aduce errores probatorios, por lo que tampoco esta inconformidad puede tener ninguna acogida.

Segundo cargo

En relación con este reproche, orientado como está a controvertir lo relacionado con la indemnización de perjuicios, de acuerdo con reiteradas decisiones de esta Sala, le correspondía al actor sujetarse a las disposiciones que rigen la cuantía en materia civil, de donde colige el Procurador Delegado que tendría que observarse si la suma de $31'097.730.oo alcanza la mínima exigible en casación, aun cuando también existió una condena en el equivalente a 1.000 gramos oro que podría "superar la cuantía mínima", no obstante, y como quiera que "no obra prueba del valor del gramo oro, para la época, lo que ha debido aportar el recurrente, en ejercicio de lo estatuído en el C.P.C. art.370, que impone para los casos donde no exista claridad sobr el valor económico del interés en que se base la acción, su justiprecio previo, pues al omitirlo, como acá sucedió ello impide su cuantificación precisa".

Expuesto lo anterior, enseguida explica el Delegado que:

"La suma total representantiva de la condena en perjuicios materiales, se descompone, pues de ella $15'000.000.oo, corresponden exclusivamente al tercero llamado en garantía, cuya obligación se definió y reconoció en sentencia -quien no impugna-, y decimos que exclusivamente, debido a que la figura del llamamiento en garantía -art.57 C. de P.C.-,se traduce en el derecho de exigir a un tercero 'el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia' y el resto a la parte que representa la actora, suma cuestionada que especifica denominando 'la friolera de $16'097.730.oo pesos'".

"Aunque in solidum, la condena se distribuye entre el autor del delito, la empresa transportadora y la aseguradora, resulta claro que los dos primeros escapan a la suma que corresponde al llamado en garantía, cuya responsabilidad contractual limitada hace suya y con exclusividad, una parte de la condena, de la cual quedan excentos los restantes sentenciados, e individualizado e independizado por tanto, el presunto agravio para la parte opugnadora en la suma de $16'097.730.oo más los mil gramos oros (sic) que no alcanza a la cuantía para recurrir".

En consecuencia, solicita la desestimación del cargo por no "acceder a los límites para recurrir".

Pese a lo anterior, destaca "para ilustración de la censura", la absoluta falta de técnica que en la "construcción" de este cargo ha tenido el actor, principalmente en tanto la alegación que por la causal primera en su segundo cuerpo propone por presunto error de hecho por falso juicio de existencia, desemboca realmente en la vía directa por aplicación indebida del artículo 107 del Código Penal, razón de más para desechar el reparo "a consecuencia del principio de limitación que rige la casación criminal".

Consideraciones

Primer cargo

1. En el ámbito del cuerpo segundo de la primera causal contemplada en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, esto es, por ser el fallo violatorio por vía indirecta de la ley sustancial, propone la defensora del procesado Jorge Iván Zapata Vanegas esta primera censura contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, acusándola de manifiestos errores de hecho que inicialmente enmarca dentro de una pretendida "tergiversación" del contenido de algunas pruebas.

2. Siendo ello así, lo primero que debe ser precisado es que por las particularidades y especiales características que tiene el yerro fáctico, cada una de las modalidades en que se puede presentar dentro de los denominados falsos juicios de existencia o de identidad, obedecen a presupuestos propios y exigen por lo mismo una concreta manera de ser alegados, esto es, que como reflejan variados defectos en la apreciación de las distintas pruebas, también están condicionados por un diverso desarrollo para su demostración.

3. De ahí que específicamente tratándose del denominado falso juicio de identidad, que como se sabe dice relación al contenido de la prueba que se afirma ha sido distorsionado por el sentenciador, al ampliar, restringir o negar su real y objetiva significación, esta modalidad supone, de una parte, que recaiga sobre un elemento de persuasión efectivamente allegado al proceso, esto es, que materialmente obre dentro del mismo, como también que haya sido tenido en cuenta por el fallador, es decir, que sirviera al juez para adoptar la determinación que se impugna por la vía extraordinaria, sólo que al considerarla se falseó su verdadero sentido y alcance.

4. En aparente cumplimiento de estos básicos presupuestos, la demandante afirma haber "tergiversado" el sentenciador la constancia dejada por la Fiscalía 114 de la Unidad de Previas y Permanentes dentro de la diligencia de levantamiento del cadáver de la señora Roldán Bustamante, respecto del estado anímico que según el funcionario judicial pudo observar en el conductor de la motocicleta y esposo de la víctima Gilberto Aramburo Prado.

Sin embargo, no precisa en modo alguno en qué consiste concretamente la distorsión que de dicha prueba hace el fallador y pese a reconocer que si bien en desarrollo de esa diligencia se sugirió la conveniencia de someter a Aramburo Prado a examen de alcoholemia, el mismo nunca se practicó, evidenciándose que la inconformidad de la demandante verdaderamente se expresa, de una parte, en torno a la explicación que el propio Fiscal diera con posterioridad respecto a la constancia inicialmente dejada y según la cual si bien se dispuso realizar el referido experticio, el mismo finalmente se desechó en razón a que "al tomársele al señor Aramburo declaración juramentada en este Despacho, éste se mostraba lógico y coherente, no evidenciando señal o signo alguno de estado de alicoramiento", pero además, por cuanto "las señales que inicialmente sugerían un estado anímico diferente, se debían al intenso dolor que lo embargaba por la muerte o deceso de su esposa" y de otra, por no haberse efectuado dicha "prueba científica", todo lo cual genera una "DUDA de especial connotación".

5. Así las cosas, no logra entenderse concretamente en qué radica la afirmada tergiversación probatoria, pues los argumentos esgrimidos por la censora resultan particularmente confusos y hasta contradictorios, al extremo de afirmar que siendo éste un imperativo para salvaguardar el derecho del procesado a una investigación integral en procura de establecer con certeza la realidad de los hechos, resultaba forzoso practicar la prueba de alcoholemia, cuando de ser ello cierto debía acudirse a la tercera causal de casación y no a la primera, a lo cual se agrega, por si fuera poco, la inusitada afirmación sobre la concurrencia de la duda, pero sin efectuar ningún esfuerzo dirigido a su demostración, esto es, abandonando esta última inquietud sin dotarla de ningún desarrollo y contenido.

6. También aduce como prueba tergiversada la respuesta que los guardas bachilleres de la Secretaría Municipal del Tránsito de la ciudad de Cali dieran a los distintos cuestionarios que los sujetos procesales elaboraran en

relación con aspectos de conducción vehicular y en concreto sobre algunas precisiones de orden técnico en relación con los hechos objeto de investigación.

Para ello, sin embargo, la demandante tomó entre el copioso contenido de dicha prueba practicada en desarrollo de la diligencia de inspección judicial, una aislada contestación referida a si el recorrido que expresara el procesado haber efectuado contravenía o no normas de tránsito, a lo cual, efectivamente se respondió: "El recorrido realizado por el señor Jorge Iván Zapata conductor del bus de la Empresa Arauca, hecho en esta diligencia de inspección judicial en compañía de la señora fiscal, sí está permitido por las normas de tránsito", sin que desde luego para demostrar la responsabilidad por la conducta culposa de aquél los juzgadores hubiesen "soslayado" tal aserto, que no conclusión, pues de una parte la misma únicamente refiere hipotéticamente el respeto de las señales de tránsito por parte del conductor del bus, pero dentro de la secuencia que éste afirmara tuvieron los acontecimientos, cuando la misma dista mucho de revelar el desarrollo de los hechos en los términos en que para los sentenciadores se produjeron.

Todo lo contrario, fácilmente se constata que para el Tribunal Superior la versión del procesado no es creíble, pues las afirmaciones que el conductor de la moto Gilberto Aramburo Prado hiciera en torno a la secuencia fáctica compaginan perfectamente con lo expresado por el ayudante del bus José Uriel Echeverry Ladino, de conformidad con el cual, efectivamente el pesado vehículo hizo un giro que, acorde con las características de la vía y el sector por el que se desplazaba si se encontraba prohibido, constituyéndose esta irreglamentaria manera de conducir en el hecho determinante del accidente.

7. Por último, las manifestaciones de inconformidad que expresa la casacionista referidas a que los investigadores no hubieran accedido a vincular al proceso al señor Aramburo Prado o que no se hubiesen detenido los sentenciadores en el estudio del "fenómeno de la compensación de culpas" en este caso, trátase de alegatos completamente desligados del menor respeto a la técnica casacional, que por su propia restricción argumental ni siquiera sería dable estimarlas propicias como alegatos de instancia, pero que definitivamente en esta sede extraordinaria no ameritan consideración alguna, pues el principio de limitación que rige este recurso extraordinario informa que es de la exclusiva iniciativa del censor la formulación de cada cargo y su propio desarrollo, sin que pueda la Corte en modo alguno entrar a enmendar los términos del libelo.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

8. Fijando como marco de ataque la misma causal y motivo expuesto en el precedente, afirma la censora en este subsidiario reproche, haber incurrido el sentenciador en error de hecho "por falso juicio de existencia", en razón de

ignorar algunas pruebas y suponer otras, con miras a afirmar la existencia de perjuicios materiales cuando en su criterio estos en ningún momento se demostraron dentro del proceso.

9. Es decir, que el motivo de inconformidad está claramente orientado a controvertir la condena por concepto de perjuicios materiales que en la suma de $31'097.730.oo se impusiera solidariamente en contra del procesado, el tercero civilmente responsable y la aseguradora Colseguros S.A. llamada en garantía, con la modificación introducida en la sentencia de segunda instancia, respecto a que la condena para esta última ascendía únicamente a $15'000.000.oo por ser el valor que ampara la póliza de seguro correspondiente.

10. Por tanto, dirigido el cargo a cuestionar en forma exclusiva la condena por concepto de perjuicios materiales impuesta en la sentencia, conforme se desprende de la propia solicitud que hace la recurrente para que se case el fallo y se "absuelva a mi mandante y a la Empresa Arauca S.A." de su pago, esto supone, en primer término, un evidente desatino en su formulación, como quiera que ha debido acudirse, acorde con reiterados pronunciamientos de la Corte en armónica interpretación con lo dispuesto por el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, a los motivos contemplados para este recurso extraordinario en materia procesal civil, atendiendo en primer orden a la cuantía o valor del interés exigible en esa materia para recurrir, como también obligatorio remitirse a las causales señaladas en el Código de esa materia.

11. Siendo ello así y en el entendido de que para el 5 de junio de 1997, fecha en la cual se interpuso la impugnación extraordinaria, la cuantía del interés patrimonial para recurrir en casación correspondía a $38'500.000.oo, acorde con lo previsto por el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 2 y 3 del Decreto 522 de 1.988, es evidente que la demandante carecía de interés económico para proponer esta censura, siendo consecuencia de ello su desestimación.

12. Por último, debe precisar solamente la Sala que no se toma en cuenta el valor de la condena por concepto de perjuicios morales que en el equivalente a 1.000 gramos oro impusiera la sentencia, y que erradamente sí lo hiciera el Ministerio Público, en razón a que la inconformidad de la demandante exclusivamente se ha referido a los perjuicios materiales, de donde el interés jurídico debe establecerse de acuerdo con las pretensiones del libelo en concreto y no en abstracto por la condena patrimonial total.

Este reproche también debe desecharse.

CASACIÓN OFICIOSA

No obstante la improsperidad de los cargos, encuentra la Corte que concurre una irregularidad sustancial que vulnera el debido proceso, específicamente en cuanto se refiere a la condena de la sociedad Asegurado-

ra Colseguros S.A., por razón de haberse dispuesto su llamamiento en garantía sin que de acuerdo con la estructura del proceso penal que nos rige pueda este sujeto obtener reconocimiento ni ser llamado a intervenir dentro de la actuación penal, toda vez que las pretensiones de índole patrimonial a que está obligado al tener origen en una relación contractual escapan de la competencia del juez penal, conforme lo precisara la Sala en decisión del pasado 16 de diciembre de 1998, con ponencia de quien ahora cumple igual cometido, en cuanto claramente señaló:

"9. En efecto, es claro que la realización del hecho punible generalmente apareja la producción de un daño patrimonial o extrapatrimonial, cuya concurrente presencia ha permitido conceptualizar procesalmente los efectos del delito a partir del ejercicio de las acciones penal que es de orden público y constituye su objeto principal y civil o privada, que tiene carácter subsidiario o accesorio por cuanto la fuente de ella proviene de la necesidad de indemnizar el daño causado por el delito.

Es precisamente a partir de su especial naturaleza, finalidad y objeto distintos, de donde la doctrina ha postulado los diversos sistemas procesales sobre el ejercicio de la acción penal y la civil que nace del delito, así: a) aquellos para quienes debe buscarse la realización de cada una de manera absolutamente independiente b) los que admiten con un criterio de unificación de procedimientos su conjunta actividad y por último, c)modelos mixtos como el nuestro, en donde resulta perfectamente posible su adelantamiento ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal.

10. Ahora bien, el propio Decreto 2700 de 1991 ha señalado taxativamente quienes pueden intervenir dentro de la actuación penal en calidad de sujetos procesales. Así, en su Título III, precisa como tales a la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público, el sindicado, el defensor, la parte civil, el tercero incidental y el tercero civilmente responsable.

Respecto de cada uno de estos sujetos intervinientes en el proceso penal, ha previsto la ley de procedimiento en forma particular la oportunidad y modo de su intervención, competencias, atribuciones, facultades etc. Y, si bien en aquellas materias que no se hallan expresamente reguladas en dicho estatuto puede acudirse en primer término a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil o a otros ordenamientos procesales con el propósito de llenar sus vacíos, esto sólo es viable siempre y cuando no se opongan a la naturaleza y finalidad del procedimiento penal, de donde puede colegirse que la norma rectora que posibilita la integración de institutos procesales contenidos en diversos ordenamientos, no tiene, desde luego, carácter absoluto, ya que esto exigiría la existencia de un estatuto procesal único, dentro del cual se pudiesen tramitar asuntos de distinta especialidad y rama del derecho, sin importar que como efecto de ello resultara atentándose contra la propia naturaleza y estructura de la actuación penal.

11. A su turno, el art. 43 del C. de P.P. ha previsto como sujetos activos para el ejercicio de la acción civil a "las personas naturales o jurídicas perju-

dicadas, los herederos o sucesores de aquéllas, el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos".

Así mismo, el art. 44 *ibidem*, señala que "Están solidariamente obligados a reparar el daño, resarcir los perjuicios causados por el hecho punible y a restituir el enriquecimiento ilícito, las personas que resulten responsables penalmente", como también "Quienes sean llamados a responder de acuerdo con la ley sustancial".

Es, entonces, con miras a salvaguardar los derechos de la persona que ha sido perjudicada con el delito que se ha justificado esta apertura del proceso penal para tratar en su interior asuntos civiles que emanen directamente de la realización de la conducta punible, siendo ello posible, en consecuencia, solamente a partir del reconocimiento de que la acción civil ejercida en estas condiciones tiene un carácter accesorio o secundario.

12. No es admisible, por consiguiente, que el proceso penal se utilice como recipiendario de cualquier pretensión, ni para el ejercicio de toda clase de acciones. Por antonomasia, del delito se origina la acción penal, pero puede también generarse la civil a favor del perjudicado, quien estará en plena libertad de constituirse en parte civil. Si así lo hace y además encuentra que hay lugar para responsabilizar por el hecho del agente inmediato del daño a un tercero, podrá de acuerdo con los artículos 153 y ss. solicitar la vinculación de quien "sin haber participado en la comisión de un hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil".

Esta remisión al Código Civil, debe entenderse en un sentido restringido, esto es, en cuanto referida a que la obligación de reparar el daño se impone siempre a quien deba responder por él, es decir, tanto quien directamente es su productor, como quien tiene responsabilidad por los hechos ajenos o de un tercero, o a quien corresponde la vigilancia de la cosa, o de la actividad calificada como peligrosa de la cual se deriva dicho daño.

En uno u otro caso, es claro que la fuente de la obligación civil con miras al resarcimiento de los perjuicios por responsabilidad delictual, debe fluir siempre del hecho punible, de donde el daño indemnizable deberá a su turno tener origen de manera exclusiva y excluyente en la responsabilidad aquiliana.

13. En efecto, *la posibilidad de vincular dentro del proceso penal al tercero civilmente responsable que el legislador introdujo en el Decreto 2700 de 1991 -nuevamente pues como bien se recuerda ya había sido consagrado en los artículos 58 a 66 del Decreto 0050 de 1987, siendo declarados inexequibles por la Corte Suprema en decisión de diciembre 3 de ese mismo año-, proviene de ser este tercero civil responsable por el daño, independientemente de que el mismo haya sido inferido por el agente del delito: es decir, que aun cuando el tercero no es el autor del daño e inclusive es ajeno a su producción causal, debe por la vía de la denominada responsabilidad indirecta, responder solidariamente por él, estando compelido a cubrir el valor de la suma indemnizatoria a que eventualmente se le condene en favor de la persona natural o jurídica perjudicada.*

Por tanto, y siendo que dentro del proceso penal solamente puede perseguirse el pago de aquellos daños derivados del hecho punible, esto es los que tengan un nexo con los efectos lesivos del delito, cualquier pretensión orientada a hacer valer obligaciones que provengan de una fuente distinta no podrá ejercitarse en el trámite penal, por resultar evidentemente contraria a su naturaleza especial, única y limitada.

Por ello, así como no solo desde un punto de vista estrictamente teórico se justifica que se de un tratamiento diferenciado a la responsabilidad contractual de la extracontractual, procesalmente cobra mayor fuerza dicha necesidad partiendo nada más de un criterio de especialidad, pero fundamentalmente por tener origen cada una en fuentes de responsabilidad distintas.

14. *De ahí que la prestación reparadora que en un momento determinado le pueda ser exigible al asegurador -cuyo ingreso como sujeto procesal en el proceso penal parece no tener reparo de lege ferenda por la doctrina nacional-, no dimana de responsabilidad directa ni indirecta, única posibilidad de aceptar la reclamación indemnizatoria como ejercicio de la acción civil activa o pasiva dentro del proceso penal, pues las obligaciones que surgen del seguro provienen del negocio jurídico en virtud del cual la aseguradora ha asumido la reparación prestando el equivalente pecuniario en las condiciones, límites y modalidades señaladas en las distintas cláusulas del contrato.*

15. *El contrato de seguro, por consiguiente, cumple en un sentido jurídico y económico con una función reparadora consistente en que la compañía asume los riesgos cuando se presenta el evento por el valor contenido en la póliza correspondiente, previo el pago de una prima, obligación que es ajena a la que compete al responsable y eventualmente al tercero civil dentro del proceso penal como efecto del hecho delictivo; mientras que la responsabilidad del procesado es directa y la del tercero civil colateral o indirecta frente a las consecuencias patrimoniales del delito por la producción del daño, el asegurador no es de ningún modo responsable de ese daño. Lo único que media entre éste y el tercero civil, o el propio procesado, es una obligación de naturaleza contractual o legal, en relación con la cual no sería por tanto el juez penal competente para pronunciarse.*

Cobra mayor fuerza esta posición, si se tiene en cuenta que el de seguros constituye por esencia un contrato comercial de garantía complejo que crea una obligación condicional, pero no de responsabilidad, lo que de suyo excluye cualquier competencia en cabeza del juez penal para dilucidar aspectos inherentes a las diferencias que se puedan presentar relacionadas con la vigencia de la póliza, el aviso del siniestro, la reclamación, las objeciones, las exclusiones etc., máxime cuando como es sabido dependiendo de la posición que asuma la aseguradora y las características propias de la póliza, por la vía civil la acción pertinente podría ejercerse a través de un proceso ejecutivo u ordinario según el caso.

16. Sin embargo, por lo mismo que no es factible en el proceso penal llamar en garantía a la aseguradora, esto no impide el ejercicio independiente

de las acciones correspondientes con miras a hacer valer el seguro, más aún cuando en virtud de la Ley 45 de 1990 en los seguros de responsabilidad, esto es los que de acuerdo con el art. 84 "imponen a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado", los propios damnificados tienen "acción directa contra el asegurador", conforme al art. 87 *ibidem*.".

En consecuencia, resulta para la Sala imperativo de conformidad con lo previsto por los artículos 228 y 229.1 del Código de Procedimiento Penal, casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, declarando la nulidad parcial de lo actuado en este proceso a partir del auto fechado el 19 de enero de 1995, mediante el cual se dispuso vincular como llamado en garantía a la empresa "Aseguradora Colseguros S.A.".

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda.

2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de decretar la nulidad de lo actuado a partir de la decisión que dispuso la vinculación de la empresa "Aseguradora Colseguros S.A." como llamado en garantía. En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

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

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo Narcotráfico

En las presentes diligencias se acusa a ELIAS COHEN, quien en compañía de otras personas enviaron un contenedor con cocaína a Rusia, pero gracias a la intervención de las agencias internacionales permitió retener el contenedor en San Petersburgo (Rusia), descubriéndose que entre las latas de carne remitidas desde Colombia se escondían 1.115 kilogramos de la mencionada sustancia.

Un comportamiento de tal naturaleza no puede imputársele a una sola persona, sino que estas actividades las realizan verdaderas empresas dedicadas al narcotráfico, donde su único interés es lucrarse con el dinero que por la venta o distribución de estupefacientes les representa, sin tener en cuenta los resultados nefastos que le producen a la sociedad y especialmente a la juventud que por diferentes motivos y debido a su falta de madurez y experiencia, caen en el bajo mundo de la droga, arrasando de paso con su vida y con la tranquilidad de sus familiares.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 163 Proceso No. 13255

VISTOS

El procesado Elías Cohen quien se encuentra detenido en la Cárcel Nacional "La Modelo" de esta ciudad, solicita a esta Corporación se le conceda la libertad provisional, al considerar que con su buena conducta y el tiempo físico que ha estado privado de la libertad en el mencionado centro de reclusión, satisface los requisitos exigidos en el artículo 72 del Código Penal. Con su escrito adjuntó certificados de trabajo, Actas de la Junta de evaluación de trabajo, de estudio y enseñanza, así como el certificado de calificación de su conducta.

ANTECEDENTES

Un Juzgado Regional de Cali mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 1996, condenó a Elías Cohen a la pena privativa de la libertad de trece (13)

años –156 meses de prisión–, como coautor de los delitos consagrados en los artículos 33 y 44 de la Ley 30 de 1986, bajo el agravante del art. 38 numeral 3° *ibídem*, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo del 12 de septiembre siguiente, el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Entendida la petición como de libertad provisional prevista en el artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, se tiene que Elías Cohen fue privado de su libertad el pasado 25 de febrero de 1993 (fl.54 C. O. No.2), es decir, que por detención física a la fecha contabiliza setenta y nueve (79) meses y veinticuatro (24) días, por trabajo, las Directivas de los diferentes centros de reclusión en donde ha estado detenido le certifican 9.785 horas, las que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 le representan una rebaja de pena de veinte (20) meses y once (11) días, por estudio 2872 horas, para una rebaja adicional de siete (7) meses y veintinueve (29) días, factores que sumados arrojan un total de ciento siete (107) meses y veintitrés (23) días, superiores a las 2/3 partes de la pena impuesta en los fallos de instancia, que en su caso equivale a ciento cuatro (104) meses de prisión.

Ahora bien, acreditado como está el requisito objetivo previsto en el artículo 72 del Código Penal, procede esta Sala a analizar si se reúnen los demás presupuestos que exige la norma antes mencionadas, es decir, si de igual manera en el caso de libelista concurre en su favor el elemento subjetivo, puesto que el funcionario competente para determinar si es o no procedente conceder la libertad provisional, debe examinar los antecedentes de todo orden, incluido en éstos, la modalidad del hecho que se le impute al acusado, su comportamiento intramuros, y demás elementos que en lo posible lleven a la certeza de que el incriminado no requiere de tratamiento penitenciario.

En las presentes diligencias se acusa a Elías Cohen, quien en compañía de otras personas enviaron un contenedor con cocaína a Rusia, pero gracias a la intervención de las agencias internacionales permitió retener el contenedor en San Petersburgo (Rusia), descubriéndose que entre las latas de carne remitidas desde Colombia se escondían 1.115 kilogramos de la mencionada sustancia.

Un comportamiento de tal naturaleza no puede imputársele a una sola persona, sino que estas actividades las realizan verdaderas empresas dedicadas al narcotráfico, donde su único interés es lucrarse con el dinero que por la venta o distribución de estupefacientes les representa, sin tener en cuenta los resultados nefastos que le producen a la sociedad y especialmente a la juventud que por diferentes motivos y debido a su falta de madurez y experiencia, caen en el bajo mundo de la droga, arrasando de paso con su vida y con la tranquilidad de sus familiares.

Tal actuar y las graves implicaciones de diverso orden subyacente en una conducta de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, desaconsejan el otorgamiento del beneficio impetrado.

Así las cosas, y como ya se vio, no se cumple con las exigencias que la ley prescribe para que en el caso analizado se pueda conceder la excarcelación anticipada que reclama el libelista.

En mérito de expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, NIEGA al procesado Elías Cohen la libertad provisional que reclama.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Antecedentes y personalidad del procesado/ *NON BIS IN IDEM*

Para el otorgamiento de la libertad que solicitan los recurrentes no es suficiente el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta y dedicarse durante el tiempo de reclusión a trabajar, estudiar y observar buena conducta, pues el artículo 72 del Código Penal dispone que se examinen también los antecedentes de todo orden y la personalidad.

Se alega que la Sala no debió valorar los aspectos que determinaron el hecho delictivo para la imposición de la pena por ser ello violatorio del non bis in ídem, pero dicha apreciación resulta equivocada, pues corresponde al juez verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la procedibilidad de la libertad, en estas condiciones tales consideraciones no permiten afirmar el desconocimiento de aquél principio, pues para los efectos de la excarcelación el análisis de la manera como se cometió el delito y las circunstancias que lo rodearon se hace en función a la determinación de la personalidad y con un propósito diferente a aquél que se tuvo en cuenta para la declaración de responsabilidad y tasación de la pena.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado acta No. 164 Proceso No. 16231

VISTOS

La Sala procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por Tiberio Villarreal Ramos y su apoderada contra la providencia de fecha veintisiete (27) de septiembre del año en curso, por medio de la cual se negó a aquél la libertad provisional.

LA IMPUGNACIÓN

Los argumentos con base en los cuales la providencia fue recurrida se pueden sintetizar así:

1. El procesado

1.1 Reclama el reconocimiento de la libertad provisional por cuanto que ha cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, sin que en su caso personal requiera de tratamiento penitenciario, pues no existe prueba alguna que permita fundadamente inferir lo contrario.

1.2 Para negarse la petición se acudió al análisis del hecho delictivo con base en el cual se impuso la pena aflictiva de la libertad, lo cual constituye un doble juicio de reproche.

1.3 El artículo 72 del Código Penal permite suponer la readaptación social pero bajo la condición de que ello se haga fundadamente, lo que no ocurre en el presente caso pues no existe argumento probatorio, ni siquiera bajo una convicción íntima, para señalarlo como una amenaza social, ya que no posee conductas desviadas que aconsejen la internación en un centro de reclusión, ni tampoco es argumento válido las consideraciones acerca de la moral pues éstas no tienen cabida en el ordenamiento jurídico interno.

1.4 Entiende el acriminado que los Magistrados de la Sala Penal que intervinieron en la instrucción han debido declararse impedidos.

2. La apoderada

Prohijando los planteamientos que presentó en la sustentación del recurso Tiberio Villarreal Ramos, sostiene la defensora de éste, luego de hacer un análisis de las pruebas que obran en el proceso, que aquél merece la libertad provisional, por lo que se debe reponer la providencia impugnada. De su exposición se resalta:

2.1. Explica que la persona con la que se relacionó su poderdante en lo que atañe al proceso fue con Miguel Rodríguez Orejuela pero en situaciones contractuales, con ocasión del ejercicio de la Presidencia del Club Atlético Bucaramanga y para efectos deportivos, sin que existiese una vinculación íntima, o se conociera el proceder delictuoso de aquél. Recibió sí una donación por calamidad doméstica cuando la guerrilla asesinó a su esposa, tres amigos más, en acción donde estuvo en peligro su vida.

2.2. Solicita a la Corte le señale "con precisión y concreción" las pruebas que obren en el proceso y que establezcan que el procesado conocía de las operaciones de narcotráfico a que se dedicaba Miguel Rodríguez Orejuela.

2.3. Haciendo referencia al hecho de que el procesado solicitaba fuera recibido por Rodríguez Orejuela para exponer sus "necesidades pecuniarias", señala la apoderada que ésta es una versión inventada por la Fiscalía y por la misma razón no podía tenerse en cuenta como argumento para negar la libertad.

2.4 No resulta jurídico, sin resolverse la demanda de casación, desconocer la presunción de inocencia y la veracidad de las afirmaciones, dándole validez a la sentencia, pues con ello se estaría prejuzgando.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corte no repondrá la providencia del pasado veintisiete de septiembre, por las siguientes razones:

1. En el mencionado proveído se sostuvo que el procesado no tiene derecho a la libertad provisional porque no cumple el factor subjetivo que exige el artículo 72 del Código Penal, precisándose que los antecedentes socioculturales y la personalidad del señor Villarreal Ramos impiden su liberación, pues mantuvo vínculos con personas que ejecutaron ilícitos de los cuales derivó el incremento patrimonial injustificado, participó en reuniones, aceptó prebendas económicas, a sabiendas de que el dinero provenía de personas censuradas en el campo jurídico, social, cultural y moral. La triangulación en el manejo de las cuentas resultó ser una estrategia defensiva que se desestimó al ser desvirtuadas por la justicia. De ahí que el estudio y la buena conducta en el establecimiento penitenciario fueran considerados insuficientes para dar por cimentada la readaptación social.

2. A las alegaciones puede decirse:

2.1. *Para el otorgamiento de la libertad que solicitan los recurrentes no es suficiente el cumplimiento de las dos terceras partes de la pena impuesta y dedicarse durante el tiempo de reclusión a trabajar, estudiar y observar buena conducta, pues el artículo 72 del Código Penal dispone que se examinen también los antecedentes de todo orden y la personalidad.*

2.2. El derecho a la excarcelación no puede reducirse a una simple operación matemática, la ley penal y procesal penal exigen una labor de diagnóstico y pronóstico sobre la readaptación social, la que en el *sub judice* arroja un resultado negativo, precisamente con base en los aspectos de que da cuenta la actuación procesal, los cuales fueron referidos específicamente en la providencia recurrida.

2.3. *Se alega que la Sala no debió valorar los aspectos que determinaron el hecho delictivo para la imposición de la pena por ser ello violatorio del* non bis in ídem, *pero dicha apreciación resulta equivocada, pues corresponde al juez verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la procedibilidad de la libertad, en estas condiciones tales consideraciones no permiten afirmar el desconocimiento de aquél principio, pues para los efectos de la excarcelación el análisis de la manera como se cometió el delito y las circunstancias que lo rodearon se hace en función a la determinación de la personalidad y con un propósito diferente a aquél que se tuvo en cuenta para la declaración de responsabilidad y tasación de la pena.*

2.4. La censura para demostrar la validez de su argumentación acude al criterio que se ha formado con base en la valoración personal de la prueba, mostrándose inconforme por haberse resuelto la petición de libertad acudiéndose a los hechos que las sentencias de instancia dieron por demostrados. Esta crítica no es de recibo pues con ella se desconoce la presunción

de acierto y legalidad con que cuentan los fallos de instancia en cuanto integran una unidad jurídica. Ahora bien, aquella fundamentación constituye precisamente el objeto del recurso de casación y será entonces ese aspecto el tema a dilucidar cuando llegue la oportunidad procesal para dictar la sentencia que corresponda, resultando improcedente que a través del trámite de una libertad provisional se le exija a la Corporación hacer valoraciones de los medios de convicción que deben realizarse en el momento procesal que se acaba de señalar, como lo pretende la defensora del procesado.

2.5. La resocialización como fruto del tratamiento penitenciario recibido se ha querido dar por establecida por los peticionarios desligándola de los antecedentes de todo orden (socio - culturales en este caso) y la personalidad de Tiberio Villarreal Ramos, factores éstos que según el artículo 72 del Código Penal son acumulativos con los demás requisitos que trae la norma, a tal punto que el resultado negativo de uno sólo de ellos impide la excarcelación. En el presente caso aquellos no se pueden dar por superados con el argumento de que su consideración constituye un doble juicio de reproche, o que la consulta de los fallos va contra la presunción de inocencia, pues el expediente no permite arribar a esa conclusión, según se vio en el numeral primero del presente capítulo.

2.6. Dígase igualmente que no se ha prejuzgado con las consideraciones que se hicieron en el auto de fecha septiembre 27 de 1999, pues como lo precisó la Sala en providencia del 20 de septiembre del año en curso, con ponencia de quien ahora funge en la misma condición, con ello no se está adelantando ningún criterio sobre la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad del procesado, en otras palabras, no se está haciendo pronunciamiento sobre la responsabilidad, simplemente se realiza un examen para determinar la resocialización para conceder o negar la libertad.

3. Los motivos de discrepancia con la providencia impugnada no desvirtúan las razones por las cuales se declaró la improcedencia de la excarcelación pedida, ni constituyen argumentos válidos para que la Corte cambie de criterio.

4. El señor Villarreal dice al folio 6 de su escrito que los Magistrados han debido declararse impedidos para resolver su petición de libertad. Respóndesele que la Sala ha tenido en cuenta el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal y que no ha observado ninguna causal que le imponga a uno o varios de sus integrantes el deber de separarse del conocimiento del asunto.

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

RESUELVE:

No reponer la providencia de fecha 27 de septiembre de 1999, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA-Su ejercicio debe ser garantizado en las dos etapas del proceso/**DEFENSA TECNICA**- Abandono de la gestión/**DEFENSA TECNICA** (Salvamento de voto)

Cierto es que la situación de abandono predicable de la fase instructiva no se presentó en la etapa del juicio, y que los abogados que asistieron al procesado en esta segunda etapa del proceso tuvieron oportunidad de ejercer sin limitaciones el derecho de contradicción, pero esto no convalida la ausencia de asesoría calificada que se presentó durante la instrucción. De una parte, porque por mandato constitucional él derecho a gozar de una defensa técnica debe ser garantizado en las dos etapas del proceso (investigación y juzgamiento), y de otra, porque se trata de una prerrogativa de carácter absoluto e intangible, condiciones que hacen que el procesado no pueda renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla.

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

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

Aprobado acta No.146 de sep.28/99 Proceso No. 9906

No aprobada por la Sala la ponencia presentada por el Magistrado doctor Nilson Pinilla Pinilla, resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 29 de junio de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó al procesado Luis Fernando Guerrero a la pena principal de 25 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio.

Hechos y Actuación Procesal

En las primeras horas de la madrugada del día 21 de marzo de 1993, en el barrio Meléndez parte alta de la ciudad de Cali, Luis Fernando Guerrero disparó su arma de fuego tipo revólver, marca Llama, calibre .38 largo, con salvoconducto No.IM2612C, contra un grupo de personas que departía en una fiesta muy cerca de su residencia, luego de sostener un enfrentamiento verbal con ellos, causando una herida al joven Luis Eduardo Zuluaga Ceballos en la región torácica (clavicular derecha), que minutos más tarde determinó su muerte (fls.2, 6, 142,156/1).

Iniciada la investigación correspondiente, la Fiscalía escuchó en indagatoria a Luis Fernando Guerrero (quien negó su participación en los hechos) y resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio (fls.17,50, 53/1). También se recibieron los testimonios de algunas de las personas que se encontraban en el lugar de los acontecimientos, y se estableció, a través de los estudios de balística respectivos, que el proyectil que impactó la humanidad de Luis Eduardo Zuluaga Ceballos provenía del arma de propiedad del implicado (fls.169/1).

El 21 de julio de 1993, la Fiscalía calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación por el delito de homicidio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 323 del Código Penal, agravado por concurrir la circunstancia prevista en el 324.4 *ejusdem* (haber actuado por motivo fútil. Fls.174/1). Transcurridos los términos de ejecutoria sin haber sido interpuesto recurso alguno contra dicha decisión, se dispuso la remisión del proceso al juzgado de conocimiento, para la tramitación del juicio.

Dentro de la referida fase procesal, a instancias de la defensa, fueron ordenadas y practicadas varias pruebas, entre ellas la ampliación de indagatoria del acusado, quien en esta oportunidad aceptó haber sido el autor del disparo que causó la muerte de Luis Eduardo Zuluaga Ceballos, argumentando que lo hizo porque el grupo de personas que se hallaba en la fiesta disparó inicialmente en su contra (fls.221 del cuaderno No.1).

Celebrada la audiencia Pública, el Juzgado Doce Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia de 25 de febrero de 1994, condenó al procesado a la pena principal de 25 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de tres (3) meses, como autor responsable del delito de homicidio simple, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 (subrogatorio del 323 del Código Penal), pues consideró que no se contaba con los elementos de juicio suficientes para imputar la agravante del numeral 4º del artículo 324 del Código Penal (motivo fútil), deducida en el llamamiento a juicio (fls.290, 300 y 304/1).

Apelado este fallo por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante el suyo de 29 de junio de 1994, que ahora recurre en casación la defensa, lo confirmó en los aspectos objeto de la impugnación (fls.396/1).

La demanda

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

Causal tercera

Nulidad por ausencia de defensa técnica. Sostiene que el procesado careció de asistencia profesional efectiva durante la fase de la investigación, y que ello genera nulidad del proceso por infracción de los artículos 29 de la Constitución Nacional y 1º del Código de Procedimiento Penal.

Afirma que en dicha etapa de la actuación procesal el indagado contó con dos defensores: la doctora Noralba Ruiz Cano y el doctor Fernando Gálvez Reyes, quienes no solicitaron pruebas, ni intervinieron en la práctica de las que fueron ordenadas, ni presentaron alegatos, ni interpusieron recursos. En suma, "no hicieron nada, absolutamente nada, para favorecer la situación de su representado". Solo aparece un memorial suscrito por el propio implicado, previo a la calificación del mérito del sumario, "de esos que hacen en los patios de las cárceles con desconocimiento absoluto del expediente, en los que van de la mano la ignorancia de las leyes penales y de las que rigen la gramática, la ortografía y la redacción" (fls.443/1).

La asistencia que reclama la Constitución y la ley procesal, no se suple con la posesión del abogado. Defender significa estudiar, aconsejar, participar en la producción y recolección de la prueba, presentar alegatos, formular tesis, utilizar los recursos, sustentarlos, y hacer todo lo necesario para remediar o mejorar la situación del sindicado. Es cierto que en algunos casos la inactividad del abogado puede obedecer a una estrategia defensiva, pero en este caso es claro que esa incuria no se debió a ello, pues dejar intacta la prueba de cargo, sin ni siquiera contrainterrogar a los testigos acusadores, no provocar la confesión del sindicado (como se hizo en el juicio), y no solicitar oportunamente la práctica de pruebas favorables, constituyen omisiones elementales que no pueden ser catalogadas, sin contrariar la lógica y el sentido común, de procedimientos defensivos eficaces.

Se podría argumentar, como lo hace el Tribunal en su sentencia, que el procesado contó con defensor durante el juicio, y que ello convalidó la actuación, pero lo cierto es que la Constitución vigente, a diferencia de la anterior, extendió el derecho de defensa a la investigación y calificación del sumario. Podría también decirse que la causal tercera está limitada a los juicios viciados de nulidad, dejando por fuera los sumarios, pero la verdad es que las diferentes etapas del proceso están rigurosamente ligadas entre sí, y no puede ser válido un pliego de cargos ni un juicio apoyado en una instrucción ineficaz.

Consecuente con sus planteamientos solicita a la Corte decretar la nulidad de la actuación a partir del auto que declaró cerrada la investigación, inclusive, para que el acusado pueda contar en esa etapa con una defensa efectiva.

Causal primera

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 de la Ley 40 de 1993, y falta de aplicación del artículo 323 del Código Penal.

El Tribunal Superior de Cali venía considerando que la Ley 40 de 1993 era solo aplicable a los homicidios relacionados con el delito de secuestro, pero con ocasión del proferimiento del fallo de la Corte Constitucional No.567 de 7 de diciembre de 1993, abandonaron sus argumentaciones iniciales, dándole a la referida sentencia una interpretación equivocada.

Del estudio de los antecedentes de la Ley 40 se advierte que fue dictada en respuesta al clamor ciudadano contra el delito de secuestro, un crimen atroz que venía agobiando al país y había alcanzado cifras inimaginables a partir de 1994, como puede constatarse en la exposición de motivos, cuyos apartes pertinentes transcribe, y lo corrobora el contenido de cada uno de los capítulos del referido estatuto.

En las anotadas condiciones, no resulta posible desvertebrar el estatuto, o desconocer el objetivo específico de la ley, ni negar la relación que existe entre el articulado. El Tribunal de Cali así lo entendió en un comienzo, habiendo dictado providencias en las que declaró que la pena del artículo 29 de la ley 40 solo era aplicable cuando el homicidio se cometía en concurso con el delito de secuestro, como por ejemplo la resolución de septiembre 22 de 1993, cuyo contenido también transcribe en lo esencial.

En las sentencias de la Corte Constitucional debe distinguirse entre parte resolutiva, que hace tránsito a cosa juzgada constitucional, y la jurisprudencia sobre la norma que se estudia, que no tiene fuerza de ley y no es obligatoria para el juzgador que conoce del caso, como tampoco lo es la doctrina que produce la Corte Suprema. Pretender darle a la jurisprudencia constitucional carácter obligatorio, es reconocerle al órgano facultades legislativas que no tiene.

En relación con la Ley 40, por ejemplo, la Corte declaró inexequible los artículos 12, 16 y 25; parcialmente exequibles el 26, e inexequible los artículos 18, 19, 20, 21 y 24. El Juzgador, de conformidad con este fallo, no puede aplicar las normas declaradas inexequibles ni desconocer las declaradas exequibles, pero la interpretación concreta de las que continúan vigentes, es de competencia exclusiva del juzgador. Renunciar a ello es perder la facultad jurisdiccional.

Más aún, si se estudia con cuidado el contenido de la anotada decisión constitucional se observará que en ella la Corte sostiene la tesis ya insinuada por el Tribunal de Cali en el sentido de que el artículo 29 solo puede ser aplicado a los homicidios cuando concurren con el delito de secuestro, pues al referirse al primero de ellos, no lo hace en forma independiente, sino que lo relaciona permanentemente con el segundo. Además de ello, utiliza el adjetivo atroces para calificar los delitos que merecen las más altas penas previstas en la ley, lo cual demuestra que se refiere al homicidio que guarde relación con el secuestro.

La sentencia de la Corte Constitucional ha sido malinterpretada por el Tribunal de Cali, y esta equivocación lo llevó a la inaplicación del artículo 323 del Código Penal, y la aplicación indebida de la Ley 40 de 1993, lo cual constituye violación directa de la ley sustancial, por selección indebida de la norma.

Pide, en consecuencia, casar sentencia impugnada, para que en su lugar sea proferida la que en derecho corresponda.

Causal segunda

Inconsonancia del fallo recurrido con los cargos formulados en la resolución de acusación.

Sostiene que en la resolución acusatoria la Fiscalía le imputó al procesado la comisión del delito de homicidio, conforme a lo establecido en los artículos 323 y 324.4 del Código Penal, sin hacer mención ninguna de la ley 40 de 1993, razón por la cual el debate acerca de si le es aplicable o no el estatuto antisecuestro, queda fuera de juicio.

Si la administración de justicia consideraba que Luis Fernando Guerrero era infractor de la Ley 40 de 1993, con las gravísimas consecuencias que con respecto a la pena imponible se deducían, debió hacer esta advertencia en la resolución acusatoria, y no sorprenderlo en la sentencia, como lo hizo, con la aplicación de una ley que no se mencionó por parte alguna, y que además no resulta aplicable al caso concreto por tratarse de un homicidio totalmente desconectado del delito de secuestro.

Apoyado en estas consideraciones demanda de la Corte casar el fallo impugnado y dictar, en su lugar, la decisión que corresponda, de acuerdo con los cargos formulados en la resolución de acusación, pero teniendo en cuenta que la sentencia impugnada excluyó la agravante del numeral 4º del artículo 324 del Código Penal.

ALEGATO APRECIATORIO

El Procurador No.63 para Asuntos Penales de la ciudad de Cali solicita desestimar los cargos presentados por el casacionista contra la sentencia impugnada, por considerar que carecen de fundamento. En punto al primer reparo, relativo a la violación del derecho de defensa, sostiene que si bien es cierto ninguno de los abogados que asistió al procesado en el sumario actuaron vehementemente, ello no significa que exista una violación capaz de nulitar el proceso, pues las circunstancias que rodearon el hecho no permitían, como acertadamente lo afirma el Tribunal en la sentencia, un campo de acción muy abonado para la defensa.

En cuanto a la falta de aplicación del artículo 323 del Código Penal y la aplicación indebida del 29 de la Ley 40 de 1993, afirma que esta última disposición no hace salvedad alguna, sino que se refiere de manera escueta y clara al delito de homicidio, y que en las anotadas condiciones debe entenderse que la citada ley derogó el artículo 323, elevando la pena de 25 a 40 años.

Respecto de la falta de consonancia entre la sentencia y la resolución de acusación, argumenta que el procesado fue llamado a juicio por el delito de homicidio, con indicación de las circunstancias que especificaban el hecho, y por el mismo ilícito fue posteriormente condenado, existiendo, en consecuencia, absoluta identidad entre estos dos actos procesales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal responde de la siguiente manera cada una de las propuestas de ataque presentadas por el casacionista:

Cargo primero. Nulidad por violación del derecho de defensa. Es del criterio que este cargo debe prosperar. Sostiene, después de analizar el contenido de la decisión de esta Sala de 9 de mayo de 1995 (magistrados ponentes doctores Guillermo Duque Ruiz y Carlos Eduardo Mejía Escobar), y de fijar algunos criterios de interpretación sobre su sentido y el alcance del artículo 29 de la Constitución Nacional, que la defensa técnica no logra protección por la simple designación de un abogado, sino que es necesario que el designado cumpla efectivamente su gestión a través de la realización efectiva de actuaciones encaminadas a obtener el favorecimiento de la situación jurídica del implicado. Por consiguiente, si el abogado defensor abandona el cumplimiento de sus obligaciones, se impone reconocer la violación de esta garantía fundamental.

En el caso *sub judice*, se advierte que los profesionales del derecho encargados de la representación del procesado en la fase del sumario no fueron más que "aparentes contradictores de la prueba y pasivos espectadores de situaciones que entrañan violación a los trámites procesales mismos". Para empezar, dígase que el inculpado en la indagatoria estuvo asistido de una defensora de oficio, quien se limitó a presenciar la diligencia, sin realizar durante o después de ella labor defensiva alguna, pese a que la captura del imputado se llevó a cabo sin orden de autoridad judicial, lo cual constituye un procedimiento ilegal de aprehensión que habría dado lugar a su libertad inmediata.

Desde la indagatoria hasta el 25 de marzo, cuando el procesado designó defensor contractual, se practicaron importantes diligencias, sin que hubiera intervenido en ellas su apoderada. A partir de allí, el nuevo defensor no hizo nada distinto de solicitar copias de la actuación y asistir al procesado en ampliación de indagatoria, abandonando definitivamente su gestión. La investigación, sin embargo, prosiguió, aportándose elementos de prueba fundamentales para la calificación del sumario, entre los que figuran testimonios practicados por funcionarios administrativos (Técnicos Judiciales y Asistentes Judiciales), sin que la defensa presentara actividad o hiciera manifestación alguna.

Nótese que el apoderado dejó de presentar alegaciones previas a la calificación del mérito del sumario porque había cambiado de domicilio y no fue posible hallarlo para enterarlo del contenido de la resolución mediante la cual se dispuso el cierre de la investigación, no porque dicha actitud obedeciera a una estrategia defensiva. De esta forma, resulta evidente el quebrantamiento del derecho a la defensa técnica, y por ende, la ineficacia de la actuación cumplida a partir inclusive de la clausura del sumario.

Cargo segundo. Aplicación indebida de la Ley 40 de 1993. Sostiene que el estatuto antisecuestro fue concebido no solo para adoptar medidas concer-

nientes a dicho delito, sino también para adecuar otras normas del régimen jurídico, respetando bases axiológicas, hecho verificable con la elevación proporcional de las penas para conductas punibles que, como el homicidio, no podían seguir siendo penados con una sanción de menor entidad, habiendo sido, por tanto, el deseo del legislador, sustituir los artículos 323 y 324 del Código Penal por los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993.

En este orden de ideas no existe razón para dar paso a las pretensiones del recurrente, pues los juzgadores de instancia se limitaron a plasmar en las sentencias los efectos de cosa juzgada del fallo constitucional C-565 de 1993, resultando por su contenido totalmente claro que a partir del 20 de enero de 1993, cuando entró en vigencia la Ley 40 de 1993, todos los delitos de homicidio cometidos quedaron regulados por el referido estatuto.

Cargo tercero. Inconsonancia entre la sentencia y la resolución de acusación: Afirma que este cargo debe ser desestimado porque, contrario a los planteamientos del recurrente, el juzgador cumplió con la obligación de dictar sentencia dentro de los parámetros fijados en la resolución de acusación. No se observa que el fallador hubiese agregado otro delito, o condenado por uno distinto del contenido en ella, únicos casos en los que podría verificarse la hipótesis prevista en la causal segunda de casación.

Nulidad oficiosa: Al margen del motivo de nulidad analizado en precedencia, la Delegada plantea uno nuevo, por violación de las normas reguladoras de debido proceso, derivado de la circunstancia de haber sido recibidos la mayoría de los testimonios que integran el acopio investigativo por empleados de la Secretaría Común de la Unidad de Fiscalía (Técnicos Judiciales y Asistentes Judiciales), sin la intervención del Fiscal.

Sostiene que la naturaleza judicial de la Fiscalía y su régimen diferente frente a funcionarios (investidos de autoridad judicial) y empleados (carentes de esa autoridad), le impone la obligación de respetar los principios que orientan la función judicial, y las normas que imponen criterios y principios para la distribución de las funciones públicas. En este orden de ideas, debe precisarse que la función de investigación de los delitos corresponde a funcionarios investidos de autoridad judicial (Fiscales), quienes pueden comisionar a otros funcionarios (investidos de funciones de policía judicial) para la práctica de determinadas diligencias, bajo la estricta coordinación y vigilancia del funcionario judicial competente, todo ello dentro de los límites propios que al efecto señala el estatuto procesal penal.

La instrucción del proceso, en cuanto implica el ejercicio de la función investigativa de la Fiscalía, es indelegable y requiere siempre de la intervención de los funcionarios judiciales, no siendo válido encomendar su trámite a empleados administrativos, no investidos de autoridad como ocurrió en el presente caso. Las comisiones para la práctica de pruebas o diligencias se autoriza solo con destino a otros funcionarios judiciales, según lo ordenado por el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal (artículo 12 de la Ley 81 de 1993), y lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-396/94.

Es cierto que de conformidad con el artículo 310 del Código Penal, todos los servidores públicos que integran la Unidades Fiscales, ejercen funciones permanentes de policía judicial, y que, por consiguiente, podría pensarse, en principio, que los Asistentes Judiciales y los Técnicos Judiciales adscritos a ellas tienen tales funciones, pero este entendimiento responde exclusivamente a una interpretación literal que desconoce que la función de investigación y acusación entraña el ejercicio de una autoridad judicial que solamente se reconoce a los funcionarios de la Fiscalía, no a sus empleados, quienes solamente colaboran con el Fiscal en el desarrollo de sus funciones.

Así, pues, el entendimiento que debe darse al inciso cuarto del referido artículo 82, no es que los empleados de la Secretaría Común están autorizados para evacuar diligencias que por mandato constitucional y legal corresponde a los Fiscales, práctica que además de ilegal implica el desprendimiento absoluto de la función investigadora. Considera, por tanto, que los testimonios practicados por los Técnicos y Asistentes Judiciales sin la asistencia del Fiscal nacieron afectados de nulidad, y que este vicio se comunicó a las decisiones proferidas con posterioridad a su recepción.

Apoyado en estas argumentaciones solicita a la Corte decretar oficiosamente la nulidad del proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación, y disponer la expedición de copias con el fin de que se investigue la posible falta disciplinaria o el ilícito en que hubiere podido incurrir el funcionario que propició la actuación ilegal.

SE CONSIDERA

Cargo primero. Violación del derecho de defensa.

Razón les asiste al demandante y al Procurador Delegado cuando sostienen que el procesado Luis Fernando Guerrero careció de la asistencia profesional efectiva durante toda la fase de la instrucción, y que esta irregularidad atenta contra el derecho que tiene todo sindicado de estar asistido por un abogado que lo asesore y represente durante la instrucción y el juzgamiento, consagrado en los artículos 29 de la Constitución Nacional y 1º del Código de Procedimiento Penal, y que en términos de equilibrio e idoneidad enfrente al órgano represivo.

Revisada la actuación procesal se establece que Luis Fernando Guerrero fue escuchado en indagatoria el mismo día que ocurrieron los hechos (21 de marzo de 1993), y que en este acto procesal el funcionario instructor procedió a nombrarle defensora de oficio a la doctora Noralba Ruiz Cano, quien limitó su actuación a dicha diligencia (fls.17/1). Cuatro días después (marzo 25 de 1993), el indagado otorgó poder al doctor Fernando Galvez Reyes para que asumiera su defensa en el proceso, y en la misma fecha obtuvo de la Fiscalía su reconocimiento (fls.48 y vto/1). El mismo día, el nuevo defensor solicitó copias del proceso (fls.49/1), y el día siguiente (26 de marzo) asistió a su representado en ampliación de indagatoria (fls.50/1). Desde entonces no aparece ninguna intervención suya en el proceso. Cerrada la investigación

(junio 9/93) y calificado el mérito probatorio del sumario (julio 21/93), el procesado designó defensor al doctor Húber Jurado Betancourt, quien solicitó pruebas en el juicio, asistió al sindicado en ampliación de indagatoria, e intervino en la diligencia de audiencia pública (fls.174, 187, 188, 206, 221, 290, 300/1).

Entre el 25 de marzo y el 26 de julio de 1993, período dentro del cual el doctor Fernando Gálvez Reyes aparece nominalmente oficiando como defensor del inculpado, aparecen varias constancias de Secretaría, relativas a las gestiones adelantadas con miras a obtener su comparecencia al proceso para la notificación personal de las providencias dictadas en el decurso procesal correspondiente, así: Certificación de marzo 29/93: "En la fecha cité verbal y personalmente a doctor Fernando Gálvez Reyes para que comparezca a la Secretaría Común a notificarse del auto que resuelve la situación jurídica de su procurado" (fls.66). Certificación de junio 10 de 1993, relacionada con la citación para la notificación de la resolución de clausura del sumario: "Telefónicamente se citó al defensor doctor Fernando Gálvez Reyes (l).27767 de Palmira), donde informaron que ya no residía allí y que tiene la oficina en Cali ignorando la dirección. Se libró citación personal" (fls.160 vto.). Certificación de julio 21 de 1993, atinente a la citación para la notificación personal de la resolución acusatoria: "Para que se notifique del anterior proveído se citó a la parte civil por medio de Tl.No.37. Al defensor se citó al teléfono No.27767 de Palmira donde informaron que ellos son parientes del doctor Galvez Reyes pero que él ya no vive allí, que tiene su oficina en Cali, pero cuando vaya le informarán de la citación" (fls.185).

Como puede claramente verse, durante la fase procesal comprendida entre la ampliación de indagatoria llevada a cabo el día siguiente del reconocimiento del doctor Galvez Reyes como defensor, y la calificación del mérito del sumario, no aparece actividad alguna suya orientada a ejercer el encargo de asesoría calificada que le fue encomendado, ni orientada siquiera a informarse de la suerte del proceso. Su gestión como abogado defensor se circunscribe a la solicitud de copias del proceso el día de su reconocimiento, y a la asistencia del procesado en ampliación de indagatoria el día siguiente. A partir de entonces, ninguna noticia suya volvió a tenerse en el proceso, no obstante los requerimientos y gestiones adelantadas por los funcionarios de la Secretaría Común de la Fiscalía con el fin de obtener su comparecencia.

La defensa técnica, ha sido sostenido insistentemente por la Corte, debe ser real. Ello significa que su ejercicio no puede entenderse garantizado por la sola circunstancia de contar nominalmente el imputado con un abogado defensor, sino que es necesario que se realice materialmente mediante actos positivos de gestión, o cuando menos de actitudes vigilantes de la actividad procesal, susceptibles de ser constatadas a través de actuaciones objetivas que permitan inequívocamente establecer que se trata de una estrategia defensiva.

También ha sido dicho que es de carácter permanente, lo cual implica que su ejercicio debe ser garantizado durante todo el proceso, sin ninguna clase de limitaciones, pues siendo derecho fundamental y condición esencial

de validez de la actuación, no puede estar referido a solo un estadio de ella, ni convertirse en una prerrogativa opcional del trámite procesal, ni hacerse depender de las posibilidades de éxito de su ejercicio atendida la mayor o menor contundencia de la prueba incriminatoria.

La concepción doctrinaria y jurisprudencial de acuerdo con la cual el ejercicio de la defensa técnica experimentaba tres momentos: prohibida en la fase prejudicial, permitida en la investigación y obligatoria en el juicio, dejó de tener vigencia en nuestro medio con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, al haber sido establecido en ella que el procesado debe contar con la asistencia de un profesional del derecho durante la investigación y el juzgamiento, quedando claro que dicha garantía fundamental no es exclusiva del juicio, sino también de la fase de la instrucción, y que su efectivo ejercicio en uno cualquiera de estos estadios procesales no suple su desconocimiento en el otro.

Lo anotado no significa que si en un determinado momento de estas etapas del proceso el sindicado ha carecido de asistencia profesional, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces. La Corte ha sostenido que si esto acontece, habrá de determinarse, en cada caso concreto, si el derecho de defensa resultó realmente comprometido por razón de la informalidad, puesto que si no lo ha sido porque en dicho lapso no se presentó por ejemplo actividad probatoria importante, o porque el vicio fue oportunamente corregido permitiendo una adecuada controversia al interior de la respectiva etapa procesal, ningún motivo existiría para invalidar el proceso.

En el evento que es objeto de estudio, la situación de desamparo del indagado se mantuvo durante toda la fase de la instrucción, pues, como se dejó visto, la doctora Noralba Ruiz Cano limitó su actuación a la asistencia del imputado en indagatoria, y el doctor Fernando Gálvez Reyes, designado cuatro días después por el sindicado para que asumiera su defensa, solo hizo presencia en el proceso el día siguiente a su reconocimiento, cuando asistió a su poderdante en ampliación de indagatoria, aunque nominalmente aparece oficiando como defensor suyo hasta después de la calificación del mérito del sumario.

Esta ausencia de actividad profesional suya solo puede ser concebida como un abandono irresponsable de la gestión que le fue encomendada, pues además de que en el proceso no aparece elemento de juicio alguno que permita afirmar que permanecía atento a su trámite, resulta difícil entender que su no presencia durante toda la fase de la instrucción y la calificación (cuatro meses concretamente), existiendo procesado detenido, e intensa actividad probatoria, constituya estrategia defensiva. Una tal conclusión no surge de dicho abandono, ni a ella puede llegarse si se atiende a los postulados de la lógica y racionalidad.

Lo que el proceso revela es que Luis Fernando Guerrero contó con asistencia profesional los primero seis (6) días de la fase instructiva, y carecío de

ella durante el resto de la misma, hasta después inclusive de haber sido proferida resolución de acusación, cuando el ejercicio de la función investigativa había llegado a su término, y ya no era posible ningún tipo de controversia probatoria en dicho estadio del acontecer procesal.

Cierto es que la situación de abandono predicable de la fase instructiva no se presentó en la etapa del juicio, y que los abogados que asistieron al procesado en esta segunda etapa del proceso tuvieron oportunidad de ejercer sin limitaciones el derecho de contradicción, pero esto no convalida la ausencia de asesoría calificada que se presentó durante la instrucción. De una parte, porque por mandato constitucional el derecho a gozar de una defensa técnica debe ser garantizado en las dos etapas del proceso (investigación y juzgamiento), y de otra, porque se trata de una prerrogativa de carácter absoluto e intangible, condiciones que hacen que el procesado no pueda renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla.

Visto, entonces, que se estructura el motivo de nulidad previsto en el artículo 304.3 de estatuto procesal penal, y por ende la causal tercera de casación planteada por el recurrente, se casará la sentencia impugnada y se decretará la nulidad de lo actuado a partir inclusive de la clausura del sumario, con exclusión de los actos de prueba, a fin de asegurar el ejercicio del derecho a la defensa técnica durante la fase instructiva.

La prosperidad de este cargo, torna superfluo el estudio de los restantes contenidos en la demanda.

Libertad del Procesado

La declaración de nulidad de la actuación a partir de la providencia que dispuso la clausura del ciclo instructivo, hace que se consolide la causal de libertad prevista en el numeral 4º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el 55 de la ley 81 de 1993), consistente en haber transcurrido más de 120 días de privación efectiva de la libertad sin que se hubiere calificado el mérito del sumario.

En consecuencia, la Corte dispondrá la libertad provisional del procesado Luis Fernando Guerrero, para cuyos efectos deberá prestar caución prendaria por valor de dos (2) salarios mínimos mensuales en el Banco Agrario de Colombia ($472.920.oo), a nombre del Juzgado de primera instancia, y suscribir ante el mismo despacho diligencia de compromiso en los términos señalados en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal. Cumplidas estas condiciones se librará la correspondiente boleta de libertad, con la advertencia de que solo produce efectos si el procesado no es requerido por otra autoridad en virtud de proceso diferente.

Otras Decisiones

No obstante existir motivos para investigar disciplinariamente al doctor Fernando Gálvez Reyes por abandono de sus obligaciones como defensor del

procesado, la Sala se abstendrá de expedir copias para tales efectos, teniendo en cuenta que a la fecha la acción se hallaría prescrita. Tampoco accederá a la solicitud de expedición de copias elevada por la Delegada en su concepto para investigar al funcionario que propició la práctica de pruebas por parte de Técnicos y Asistentes Judiciales de Secretaría, no solo por el motivo que viene de ser precisado, sino porque no advierte que su conducta amerite reproche penal o disciplinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia impugnada.

2. DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir inclusive de la resolución de clausura de la investigación.

3. DISPONER la libertad provisional del procesado Luis Fernando Guerrero, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. CUMPLASE.

Jorge A. Gómez Gallego, (no hay firma); *Fernando E. Arboleda Ripoll*, *Jorge Córdoba Poveda*, (Salvamento de voto); *Carlos Cálvez Argote*, *Edgar Lombana Trujillo*, *María Mantilla Nougués*, (Salvamento de voto); *Carlos E. Mejía Escobar*, (Salvamento de voto); *Alvaro O. Pérez Pinzón*, *Nilson Pinilla Pinilla*, (Salvamento de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, *Secretaria*.

SALVAMENTO DE VOTO

Los suscritos Magistrados presentamos a continuación, como salvamento de voto, el texto del proyecto original, elaborado por el inicial ponente doctor Nilson E. Pinilla Pinilla, que respetuosamente seguimos considerando acertado, a pesar de no haber sido acogido por la mayoría de la Sala para resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto en defensa de Luis Fernando Guerrero, contra el fallo mediante el cual el Tribunal Superior de Cali confirmó el proferido por el Juzgado 12 Penal del Circuito de esa ciudad, que lo condenó como autor de un delito de homicidio.

Hechos

En la carrera 94 con calle 1ª C de Cali, a muy temprana hora del domingo 21 de marzo de 1993, después de que se le reclamara por andar embriagado accionando un revólver, cuyo porte tenía autorizado, Luis Fernando Guerrero lo disparó contra un grupo de personas, causándole la muerte a Luis Eduardo Zuluaga Ceballos.

Actuación Procesal

Abierta investigación penal y escuchado en indagatoria, el 26 de marzo de 1993 fue proferida medida de aseguramiento de detención preventiva contra Luis Fernando Guerrero, por el delito de homicidio (fs. 53 y Ss.).

La Fiscal 113 Permanente de Cali, acompañada de su asistente y del Personero Delegado en lo Penal, había practicado inspección judicial con reconocimiento y levantamiento del cadáver de Luis Eduardo Zuluaga Ceballos, haciendo constar en dicha diligencia, por informe del Agente Luis Fernando Guayara Berrío, que "varias personas corroboraron que el señor que decía llamarse Luis Fernando Guerrero, le había pegado un tiro" a la víctima (f. 2 v.), reportando el mencionado policial junto con su compañero William Arenas Medina (f. 6) que le fue encontrado un revólver y un salvoconducto, a los cuales posteriormente se hará mención.

La propia Fiscal dio a conocer sus derechos a quien había sido objeto de captura en flagrancia, delatado por voces de auxilio de varios ciudadanos, mientras que algunos lo "querían linchar" (fs. 8 y19), y recibió personalmente, previo juramento, la ampliación del informe del Agente Guayara (fs. 9 y Ss.).

Asumida la instrucción por la Fiscal 14 Seccional de la Unidad Especializada en Delitos contra la Vida de Cali, ella misma recibió los testimonios de Luis Angel Zuluaga Valencia, padre de la víctima (f. 26), el cual amplió posteriormente (f. 44); José Eddier Mejía Caravalí ("... los que estábamos en la reunión reaccionamos contra el que disparó... él corrió y se metió a una casa, al parecer donde vive, entonces nosotros rodeamos la casa y llamamos a la policía... cuando la policía lo sacó nos preguntaron que si ese era... nosotros lo señalamos como el agresor...", f. 28 y v.); William Arcesio Vivas Prado ("... escuchamos otro disparo... cuando salí vi a mi compañero caído herido, el tipo estaba con el revólver en la mano... En la misma cuadra se entró, nosotros rodeamos la casa, para que cuando llegara la policía no se fuera a volar", f. 30 y v.), Tito Ordóñez Sandoval (f. 32) y Fabio Giraldo Villarnueva ("... pude ver cuando el señor disparaba, y cuando hirió al joven... es el mismo el que primero hizo los disparos... el que después hizo los otros disparos... el que se metió a esa casa y el que capturó la policía. No tengo duda, es el mismo que tienen guardado", f. 33 v.).

Allegada copia del acta de necropsia de Luis Eduardo Zuluaga Ceballos, constando que en la región escapular izquierda se encontró el proyectil fatal (fs. 76 y 77), técnicamente se estableció por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a solicitud de la Fiscal, que éste fue disparado por el revólver marca Llama, calibre .38 largo, N° serie IM 2612 C, barra móvil de fijación del tambor 612 (fs. 169 y Ss.), el cual aparece registrado en el Departamento de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos del Ministerio de Defensa Nacional, (f. 156) a nombre de Luis Fernando Guerrero, C. C. 76.284.368, la misma indicada en la indagatoria, diligencia dentro de la cual reconoció el arma que se le exhibió como encontrada en su residencia y presentó "un salvoconducto Nro IM2612C, a nombre de Luis Fernando Guerrero" (f. 18), arma que además el 25 de marzo de 1993 se estableció en el Grupo de Criminalística del DAS en Cali que "se encuentra en óptimas condiciones de funcionamiento" y que "fue utilizada en época reciente para realizar los disparos, sin poderse concretar acerca de la fecha exacta" (fs. 80 y 81).

La Fiscal 14 Seccional dispuso el 7 de abril de 1993 que, "para perfeccionar la investigación", se recibiera testimonio "por intermedio de la Secretaría Común" a cerca de 20 personas, muchas de ellas mencionadas sólo por el nombre de pila o por apodo (f. 85) y así un Técnico Judicial recibió declaración a José Lober Andrade Rengifo, Iván Ceballos Perafán, Francisco Eduardo Vaquero, María Sonia Alvarez Zúñiga, María Claudia Durán, Arbey Moreno Cárdenas, María Patricia Mera Marín y Walther Cruz Gamboa; otro Técnico Judicial escuchó a Francisco Javier López Malhecha y una Asistente Judicial recibió lo expuesto por Clara Inés Bonilla de Orozco. Algunas de estas diligencias contaron con la presencia de la Personera Delegada.

Dicha Fiscal 14 Seccional profirió, el 21 de julio del mismo año, resolución de acusación, involucrada la causal 4a. de agravación por motivo fútil de su conducta (fs. 174 y Ss.).

El enjuiciamiento no fue recurrido y la causa correspondió al Juzgado Doce Penal del Circuito de Cali, que el 25 de febrero de 1994 condenó al acusado por homicidio simple, desestimada la referida causal de agravación, imponiéndole 25 años de prisión y "tres meses" de interdicción de derechos y funciones públicas, "contados a partir del momento en que cumpla la sanción principal", al igual que la obligación de indemnizar los perjuicios morales causados al padre de la víctima, en equivalencia de 100 gramos oro (f. 336).

Interpuesta apelación por el procesado y su defensor, el Tribunal Superior de Cali confirmó tal sentencia el 29 de junio del mismo año (fs. 396 y Ss.), acudiendo entonces los mismos sujetos procesales al recurso extraordinario.

La Demanda de Casación

PRIMER CARGO: Por la causal tercera de casación, en cuanto "el procesado careció de la asistencia efectiva de un abogado durante la investigación y ello, como infracción a los artículos 29 de la Constitución Nacional y 1° del C. de P. P., genera la nulidad a que se refiere el numeral 2° del artículo 304 del mismo Código".

Argumenta que de los dos abogados que tuvo Luis Fernando Guerrero durante la investigación, "ninguno de ellos lo defendió. No pidieron pruebas, no intervinieron en ninguna de las que fueron practicadas, no presentaron alegatos, no interpusieron recursos, no hicieron nada, absolutamente nada, para favorecer la situación jurídica de su representado".

Reconoce que en algunos casos la inactividad del abogado puede obedecer a un sistema defensivo, pero en este asunto la incuria no se debió a una estrategia. "Dejar intacta la prueba de cargo, sin siquiera contrainterrogar a los testigos-acusadores, no provocar la confesión del sindicado - como se hizo posteriormente, durante el juicio - y no solicitar las pruebas favorables oportunamente, son omisiones elementales que no pueden catalogarse, sin contrariar la lógica y el sentido común, como eficaces procedimientos defensivos".

Agrega que no es suficiente argumentar, "como lo hace el Tribunal", que se haya tenido defensor durante el juicio para validar la actuación, cuando la Constitución vigente también exige que la defensa, como derecho fundamental que es, cubra también la investigación, hallándose las etapas del proceso penal rigurosamente ligadas entre sí.

Pide entonces que se decrete nulidad a partir del cierre de la instrucción, inclusive, para que el procesado tenga "la defensa efectiva que ordena la Constitución".

SEGUNDO CARGO: De manera subsidiaria, acude a la causal primera de casación aduciendo que la sentencia es directamente violatoria de una norma de derecho sustancial, por equivocación al seleccionar la Ley 40 de 1993 (artículo 29), que no correspondía, y dejar de aplicar el Decreto 100 de 1980, artículo 323.

Relata que el Tribunal Superior de Cali había considerado, en un comienzo: que la Ley 40 sólo era aplicable a los homicidios relacionados con secuestro, pero al producirse una sentencia de la Corte Constitucional, la número 565 del 7 de diciembre de 1993", los Magistrados la interpretaron equivocadamente y cambiaron sus anteriores argumentaciones, interpretación errada de donde deriva la violación directa de la norma sustancial.

Efectúa una revisión de "los antecedentes de la Ley 40", de su propio texto y de previos pronunciamientos del mencionado Tribunal, al igual que del referido fallo de la Corte Constitucional, deduciendo, entre otras opiniones, que la interpretación de la norma declarada exequible es función que le corresponde al juzgador.

Expone que pretender que la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Constitucional, que no pueden confundirse con las declaraciones específicas de exequibilidad, son de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales, equivale a reconocerle a dicha Corte facultades legislativas que no le han sido otorgadas por la Constitución, e insiste en que la interpretación concreta de las normas que no fueron declaradas inexequibles "es de la competencia esencial del juzgador; renunciar a esto es perder la facultad jurisdiccional".

La coincidencia del homicidio con el secuestro es, en la opinión del casacionista, lo que "le confiere a aquél la condición de atroz y lo que justifica la aplicación de penas cuyo mínimo es de 25 años de prisión".

Su extenso análisis le lleva a repetir que, además de que no puede amarrar el criterio interpretativo, el fallo de la Corte Constitucional fue equivocadamente interpretado por el Tribunal, error que le llevó a aplicar la Ley 40 a un homicidio que no está considerado en el estatuto antisecuestro y a omitir el precepto del artículo 323 del Decreto 100 de 1980, "lo cual constituye una violación directa, por selección equivocada, de la norma sustantiva".

Solicita entonces casar la sentencia impugnada y dictar, en su lugar, la que corresponde su argumentación.

TERCER CARGO: Por la causal segunda de casación, manifestando expresamente el carácter subsidiario de este reproche frente a los anteriores, "para el evento de que aquéllos no sean reconocid".

Al sentir del impugnante, la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, en la cual se le imputó a Luis Fernando Guerrero "un delito de homicidio según el artículo 323 del Código Penal, agravado de conformidad con el numeral 4° del artículo 324", sin mencionar la Ley 40 de 1993. No obstante, el Tribunal lo condenó, "al confirmar la sentencia dictada por el señor Juez Doce Penal del Circuito, por el homicidio que en conexión con el secuestro considera la Ley 40 de 1993".

Argumenta que el procesado quedó sin posibilidad de "defenderse contra el criterio que considera que la Ley 40 es aplicable", con las gravísimas consecuencias deducidas con respecto a la pena imponible. Sorpresivamente fue

condenado por la violación de una ley que no había sido mencionada en el pliego de cargos, resultando además violados los artículos 29 de la Constitución y 1° del Código de Procedimiento Penal, dando lugar también "a las causales de nulidad señaladas por los numerales 2 y 3 del art. 304 del C. de P. P.".

Por ello pide "casar la sentencia impugnada y dictar, en su lugar, la que corresponde", descontada la causal de agravación del numeral 4° del artículo 324 del Código Penal, que no tiene razón de ser y los juzgadores consideraron, en efecto, sin fundamentación valedera.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

PRIMER CARGO: El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal se manifestó desde su primer escrito a favor de este cargo de nulidad, interpretando en tal propósito una providencia de esta corporación (mayo 9/95, M. P. Guillermo Duque Ruiz y Carlos Eduardo Mejía Escobar), entendiendo que el defensor ha de cumplir su misión "con la realización efectiva de actuaciones dirigidas a obtener el favorecimiento de la situación jurídica de su poderdante o representado, sobrepasando los límites de lo meramente formal". No es la designación del defensor lo que satisface este derecho, sino su real participación en la evacuación de las pruebas y a través de la contradicción de ellas.

Para realzar el valor de la citada providencia, refiere el representante de la sociedad que "la sentencia de casación es una norma dirigida a los jueces encargados de la aplicación de la ley en cuanto señala los criterios interpretativos generales dentro de los cuales deben moverse"; si bien la unificación de la jurisprudencia nacional se cumple a través del análisis particular de un caso concreto, para preservar la seguridad jurídica dimanará sus efectos hacia las demás situaciones a las que haya de aplicarse la norma, "de manera que en adelante los jueces han de atender las razones del Tribunal de Casación en la resolución de todos los asuntos pendientes, deber que también fija a la Corte sus límites, sin perjuicio de que ella pueda, posteriormente, asumir una posición diversa".

Expresa, de otra parte, que la doctrina y la jurisprudencia han señalado que las disposiciones constitucionales se caracterizan por su aplicación inmediata y la preceptiva previa debe adaptarse a los preceptos superiores, dependiendo su subsistencia del respeto a los mandatos de la Constitución, sin perjuicio de que las situaciones ya consolidadas no se afecten, en cuanto "hayan respetado los lineamientos de la Carta bajo cuyos preceptos nacieron y la interpretación que en su oportunidad el Tribunal competente les hubiera dado...".

La actuación de quien tenga a cargo la defensa debe ser real, no simplemente nominal, entendiéndose que el abandono de la función por parte del apoderado significa tanto como su carencia, advirtiendo así el agente del Ministerio Público que Luis Fernando Guerrero sufrió afectación de esta garantía fundamental, pues quienes se encargaron de su representación en el suma

rio "no fueron más que aparentes contradictores de la prueba y pasivos espectadores" de situaciones violatorias de los trámites procesales.

Observa que en la indagatoria la defensora de oficio se limitó a presenciar la diligencia, "sin que con posterioridad o durante la misma injurada hubiera realizado labor defensiva alguna, pese a que durante la captura de Guerrero se utilizó un procedimiento poco ortodoxo, toda vez que ya refugiado al parecer en su domicilio" los agentes del orden penetraron a la fuerza en él, sin orden de autoridad judicial, "lo que constituye un procedimiento ilegal de aprehensión que habría dado lugar a la liberación inmediata del capturado", tanto que la Fiscal hubo de proferir la resolución de fecha 21 de marzo de 1993 para declarar "la captura en estado de flagrancia, acudiendo a la modalidad de solicitud de aprehensión cuando 'por voces de auxilio de varios ciudadanos' se solicitó la aprehensión".

Hasta el 25 de marzo, "cuando el procesado designó defensor contractual, se practicaron importantes diligencias en las que no intervino la apoderada". Tal defensor nada hizo. "diverso a solicitar copia de las diligencias y a asistir al incriminado en la ampliación de su indagatoria, abandonando definitivamente la actuación".

La instrucción prosiguió y se aportaron elementos de prueba fundamentales para su calificación, muchos practicados "por funcionarios administrativos (Asistente Judicial o Técnico Judicial), sin que la defensa hiciera manifestación o intervención alguna... Nótese que el apoderado ni siquiera presentó alegatos de conclusión previos a la calificación (de ello hubo de ocuparse, con sus propias limitaciones frente al saber del derecho, el inculpado) y no como estrategia defensiva, sino porque había cambiado de domicilio y no fue posible hallarlo para enterarlo, de la resolución que decretó el cierre...".

De esta forma, el Delegado encuentra evidente el quebrantamiento de la defensa técnica y está de acuerdo en invalidar lo actuado desde el cierre de la instrucción, inclusive.

Solicitud de casacion oficiosa: Más aún, el representante del Ministerio Público, "independientemente de la prosperidad del cargo", solicita que oficiosamente se observe otra causal de anulación de lo actuado en la fase de la investigación, por violación del debido proceso.

Refiere que la investigación de los delitos "corresponde a aquellos funcionarios investidos de autoridad judicial (fiscales), quienes pueden comisionar a otros determinados funcionarios (investidos de funciones de policía judicial) para la práctica de algunas específicas diligencias, bajo la estricta coordinación y vigilancia del funcionario judicial competente", dentro de los límites señalados por la legislación procesal. Esa función investigativa es indelegable, no pudiéndose encomendar su trámite a "empleados administrativos de la Fiscalía, no investidos de autoridad".

Según precisó la Corte Constitucional en sentencia C-396 del 8 de septiembre de 1994, los fiscales pueden comisionar a otros funcionarios judiciales,

sin que ello represente una delegación de la jurisdicción, constitucionalmente inadmisible, sino un medio eficaz de garantizar que se administre pronta y cumplida justicia, ejecutando oportunamente actos procesales que de otra forma no podría llevarse a cabo, al menos con la rapidez requerida.

Aunque de conformidad con el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal ejercen funciones permanentes de Policía Judicial "todos los servidores públicos que integran las unidades fiscales", pensar que tienen tales funciones los asistentes y técnicos judiciales adscritos a las unidades de fiscalía, constituye "una interpretación literal que desconoce abiertamente que la función de investigación y acusación entraña el ejercicio de una autoridad judicial que solamente se reconoce a los funcionarios de la fiscalía, no a sus empleados, quienes solamente colaboran con el fiscal en el desarrollo de sus funciones".

Agrega el agente del Ministerio Público que aun cuando pueda existir en el régimen jurídico interno de la Fiscalía alguna resolución que autorice este tipo de comisiones, sería un acto administrativo que no puede derogar las normas procesales que son de orden público, ni resultar incompatibles con la Carta, imperando su desconocimiento en virtud de lo normado por el artículo 4° de la Constitución.

En el asunto bajo estudio, encuentra el Procurador que mediante resolución de fecha 7 de abril de 1993 la Fiscalía ordenó recibir, por intermedio de la Secretaría Común, una serie de testimonios allí mencionados, así como las declaraciones de quienes "tengan conocimiento de los hechos y a las personas que sean citadas a través de la investigación". En desarrollo de tal orden, por parte de técnico judicial y de asistente judicial se recibieron 11 declaraciones juradas, sin la intervención de la Fiscal encargada de la investigación, tomándose incluso el juramento por esos empleados de la Fiscalía.

Tales pruebas, que estima fundamentales para la calificación, surgieron viciadas de nulidad, en opinión del representante de la sociedad, "y comunican el vicio con el que nacieron a las decisiones que sobre ellas se sustentan y que se tomaron con posterioridad dentro del proceso"; así, por la falta de jurisdicción de quien recaudó "una parte importante de las pruebas durante la investigación", reclama la anulación desde el cierre de la fase sumarial, a fin de que se pueda reponer "lo ilegalmente actuado".

De tal manera, solicita a la Corte "que declare oficiosamente la nulidad y disponga la expedición de copias a fin de que se investigue la posible falta disciplinaria o el ilícito en los que haya podido incurrir la funcionaria que propició la ilegal actuación".

Ante su inicial posición de sólo pronunciarse sobre la nulidad de lo actuado, se pidió al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal que expresara también su criterio acerca de los otros dos cargos formulados por el defensor contra la sentencia impugnada. Así lo hizo:

SEGUNDO CARGO: Como ha expresado en anteriores conceptos, el Delegado reitera sin duda que todos los delitos de homicidio cometidos a partir del 20 de enero de 1993, fecha de vigencia de la Ley 40, caen bajo esa regulación, como fehacientemente se desprende de "los efectos de cosa juzgada de sentencias como la C-565 del 7 de diciembre de 1993", concluyéndose en la proporcionalidad de las penas, en un estatuto que fue concebido no solamente para adoptar medidas concernientes al secuestro, sino también para adecuar otras normas del régimen jurídico, respetando bases axiológicas.

No fue deseo del legislador mantener la vigencia de los artículos 323 y 324 del Decreto 100 de 1980; expresamente dispuso su sustitución por los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993, con un incremento de pena para el delito contra la vida, derecho prevalente sobre el de la libertad personal.

Solicita así el agente del Ministerio Público desestimar este cargo, agregando que ni el homicidio ligado al secuestro, ni la atrocidad en su comisión sirvieron de base a la constitucionalidad de la Ley 40, descansando las expresiones del censor en una interpretación alejada de la integridad de las sentencias de exequibilidad.

TERCER CARGO: Encuentra la Procuraduría que el recurrente, ahora a través de la causal segunda de casación, insiste en su criterio sobre la imposibilidad de aplicar la Ley 40; pero la Fiscalía jamás promovió la acusación al amparo de los derogados artículos del Decreto 100, a los cuales no hizo referencia explícita, como tampoco a los de la Ley 40, sino simplemente a los del Código Penal, circunstancia que puesta bajo la luz de la adecuada interpretación de normas sólo podía remitirse a las disposiciones vigentes.

El hecho de haber sido condenado el procesado por el delito de homicidio, lejos de configurar la aducida falta de congruencia, permite aseverar que existió homogeneidad entre la acusación y el fallo, resultando incluso beneficiado al desecharse la agravación provisionalmente deducida en la formulación de cargos.

También pide entonces la desestimación de esta censura, pues no observa que el fallador, "hubiese agregado otro delito o condenado por uno distinto al contenido en la resolución respectiva"; por el contrario, cumplió con la obligación de dictar la sentencia dentro de los parámetros impuestos en la resolución de acusación.

CONSIDERACIONES (DE LA PONENCIA ORIGINAL, AHORA SALVAMENTO DE VOTO)

PRIMER CARGO: Para concluir en su petición de nulidad a partir del cierre de la investigación, inclusive, el impugnante afirma que el procesado careció de la asistencia efectiva de un abogado durante la instrucción, pues no fue realmente defendido por ninguno de los que nominalmente tuvo.

Revisada la referida etapa procesal, se observa que ante la afirmación de Luis Fernando Guerrero en la indagatoria de no tener a quien designar, la

Fiscalía le nombró de oficio a una abogada, pero el indagado le otorgó poder, el 25 de marzo de 1993, o sea 4 días después de la recepción de la injurada, a otro defensor titulado, quien en la misma fecha fue tenido como tal por la Fiscalía (f. 48 y v.) y presentó un memorial solicitando copia de todo lo actuado, que se ordenó compulsar (f. 49 y v.). Este defensor de confianza lo asistió en ampliación de indagatoria (fs. 50 y Ss.) y el 29 del mismo mes y año fue citado "verbal y personalmente... a notificarse del auto (sic) que resuelve la situación jurídica de su procurado" (f. 66).

Inmediatamente después del cierre de la investigación (f. 160 y v.), aparece la siguiente constancia suscrita por un Asistente de la Fiscalía: "Telefónicamente se citó al defensor... donde informaron que ya no residía allí y que tiene la oficina en Cali ignorando la dirección".

Proferida la resolución de acusación (julio 21/93), el Asistente dejó constancia ese mismo día de haber llamado al defensor, donde unos parientes de éste le informaron que ya no vivía allí, "que tiene su oficina en Cali, pero cuando vaya le informarán de la citación"(f. 185). A continuación, Luis Fernando Guerrero le confirió poder a otro abogado, quien acepta el mandato (julio 23/93, f. 187), cuando aún el enjuiciamiento no había sido notificado por estado, que lo fue tres días después (julio 26/93, f. 185 v.), de forma que tuvo plena oportunidad de recurrirlo, si encontrare sustento para ello. También le fueron expedidas "fotocopias de las piezas procesales más importantes" (f. 194).

Posteriormente este nuevo defensor de confianza se notificó de la resolución que le negó libertad provisional al procesado (f. 193) y oportunamente solicitó pruebas dentro del juicio, accediendo el Juzgado entre otras a la ampliación de la indagatoria, en cuyo acopio, con la asistencia del mismo defensor solicitante, el acusado expresa que desde el sitio de la fiesta "me hicieron un disparo, no supe quien porque era una multitud de gentes y entonces yo le disparé a la multitud y arranqué a correr y ellos me siguieron disparando y tirándome piedra hasta la casa y del apartamento les hice otro tiro y me dañaron las ventanas a piedra y de ahí yo me encerré y no salí más hasta que llegó la policía..." (f. 221). El juicio continúa y su desarrollo no genera reparo alguno de parte del casacionista, ni del agente del Ministerio Público.

Volviendo a la instrucción, efectivamente no consta que alguno de los abogados que Luis Fernando Guerrero tuvo sucesivamente durante esa etapa, hubiera solicitado o participado en la recepción de alguna probanza, ni presentado alegatos, ni interpuesto recursos, lo cual motiva que el casacionista lo considere desprovisto de defensa durante la instrucción y en ello sustente la solicitud de nulidad desde su cierre, inclusive, en lo cual se manifiesta de acuerdo el representante de la sociedad.

Sin embargo, no se aplican los postulantes de la anulación a "demostrar que en realidad fue una omisión lesiva de los intereses del procesado, atendiendo a lo recaudado por la investigación", según tiene determinado esta corporación de manera uniforme y reiterada (cita de la sentencia de abril 29/99, rad. 13.315, M. P. Ricardo Calvete Rangel).

Lo que se observa es que en la instrucción el Estado cumplió con su deber de proveerle oficiosamente defensora titulada a quien dijo no tener a quien nombrar, pero sólo cuatro días después, antes de que ella pudiera realizar alguna gestión adicional a la asistencia en la indagatoria, en cuya recepción estuvo sometida a las limitaciones legalmente establecidas, el procesado la desplazó, asignándole la labor a un letrado de su confianza, a quien le confirió el respectivo poder.

Encontrándose sólidamente demostrada la autoría del capturado en flagrancia y frente a la concurrida reunión social, que fue truncada por la conducta de quien empezó a hacer disparos, atrayendo la alarmada atención de cantidad de contertulios y vecinos, de donde derivarían múltiples testimonios de cargo, es entendible que el defensor se hubiera replegado a mantener una actitud meramente expectante y aguardar mejores oportunidades, que podría hallar por ejemplo en el juicio, como el nuevo apoderado utilizó, cuando el traslado a una oficina en Cali dificultó ubicar al anterior y fue sustituido.

En otras palabras, no parece atinado, desde el punto de vista defensivo, que se corra el riesgo de pedir pruebas -que, por cierto, ni el casacionista ni el Procurador detallan cuáles ni su eventual trascendencia-, o que se objete oportunamente la recepción de testimonios por servidor público que se crea que no está facultado para allegarlos, si los circunstantes habrían de comunicar y/o repetir ante el funcionario que fuere competente una verdad desfavorable a los intereses de la defensa, y los deponentes que ésta pidiese citar llegaren a desmentir la coartada que se estó tratando de acomodar.

Mejor artilugio se ha pretendido al simular negligencia o, como en ocasiones acaece, incumpliéndole al abogado, para que otros letrados provean diferente asidero a la causa perdida, verbi gratia aduciendo la inactividad como abandono de la defensa, según viene estilándose para ensayar nulidades, en un país donde desafortunadamente se intenta erigir el "derecho" a la impunidad,por encima de la garantía fundamental de la defensa, que es la realmente estatuida por la Constitución Política y las leyes.

Frente a todo lo anterior, es muy ilustrativo lo que viene expresando la Corte (sentencia de agosto 11/98, rad. 13.029, M. P. Ricardo Calvete Rangel):

> "Para el tema concreto planteado, esto es, la presunta violación del derecho a la defensa, no es suficiente extrañar que el defensor no hubiera pedido pruebas, o que no hubiera interpuesto recursos, o que no se hubiera notificado personalmente de las decisiones. Es necesario que se demuestre que con esa actitud se dejaron de allegar elementos de juicio fundamentales para la decisión, o que no obstante ser evidente que los intereses del procesado se lesionaron no hubo una oportuna impugnación.
>
> ... es precisamente la ley procesal la que autoriza las notificaciones por estado. Igual aspaviento hace con la ausencia de recursos, desde luego sin intentar siquiera una explicación sobre por qué estima que si se hubiera recurrido el auto de detención, la resolución de acusación, o la sentencia, la situación del procesado hubiera sido mejor. ¿Acaso ante la

claridad de lo sucedido era viable demostrar la no responsabilidad?. O ¿se podía esperar una pena más benigna... ? ¿Cuáles fueron las pruebas de descargo que se dejaron de practicar, y a qué aspecto tan importante conducían, de modo que el hecho de no haberlas pedido lesionó el derecho de defensa?

... hubiera sido interesante conocer qué fue lo que no hizo el defensor que afectó de manera tan grave, como para llevar a la nulidad, la garantía de la defensa técnica.

La respuesta a los anteriores interrogantes ha debido formar parte de la sustentación del recurso, pues lo que se anotó en la demanda no es otra cosa que posibilidades procesales cuya trascendencia se ignora porque el actor no la mencionó, mucho menos intentó demostrarla...

La actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad; pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y éste podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de 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..."

Acerca de la validez de suplir con posterioridad alguna intermisión en la defensa, también ha reiterado la Sala (sentencia de agosto 11/99, rad. 11.555 M. P. Fernando Arboleda Ripoll):

"El derecho a la defensa técnica, ha sido dicho por la Corte, implica que el inculpado cuente con asistencia profesional durante todo el trámite procesal, ya que sin posibilidades de contradicción no es posible concebir legítimo hoy día el proceso, pero ello no significa que si ha dejado de tenerla en un determinado momento, la actuación así cumplida, o la subsiguiente, advengan por ese solo motivo ineficaces, pues en virtud del principio de trascendencia que orienta la declaratoria de las nulidades, solo si la anomalía afecta realmente las garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, resulta inevitable su declaración.

También se ha sostenido que si la irregularidad es oportunamente corregida, de suerte que el profesional designado pueda ejercer adecuadamente los actos defensivos que pudo haber realizado durante el tiempo que el procesado careció de defensa técnica, debe entenderse que el derecho no ha sido conculcado, puesto que ningún sentido tendría invalidar el proceso para que la defensa vuelva a tener una oportunidad que ya tuvo (Cfr. Casación de 27 de mayo de 1999, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel. Casación junio 15 de 1999, M. P. Dr. Arboleda Ripoll), situación que es la que se presenta, justamente, en relación con el procesado... De allí que respecto de él, la Sala no encuentre motivo para declarar la nulidad demandada."

Así puede responderse al censor en este caso, en cuanto critica al Tribunal por estimar suficiente, para validar la actuación, que se haya contado después con defensor más visible; adicionalmente, el ad quem no se limitó a considerar que las posibles fallas hayan sido compensadas con el dinamismo defensivo posterior, pues también efectuó otros pertinentes análisis, primero acerca de las limitaciones con las cuales tropezó la inicial defensora, dado el escaso protagonismo que la ley le permite durante la indagatoria y no tener "oportunidad de controvertir la medida de aseguramiento, pues ésta se produjo después de su desvinculación procesal; y el segundo, si no se opuso a esa determinación seguramente fue porque no encontró asidero jurídico para decirle al Fiscal que todos los testigos de cargo eran falsos y que la medida cautelar debía revocarse, o que debía sustituirse por otra menor como la conminación o la caución" (f. 424). Sobre ese segundo profesional agrega que su traslado creó dificultades de localización, habiéndosele igualmente sustituido.

En apoyo de su análisis contrario a la nulidad, el Tribunal Superior de Cali cita otras providencias de esta corporación (sentencias de junio 27/91, M. P. Gustavo Gómez Velásquez y enero 21/93, M. P. Edgar Saavedra Rojas) y expone (f. 421):

> ... será necesario recordar que la estrategia profesional de quien asume un caso criminal gira en torno a su experiencia, versación y capacidad intelectiva para discernir sobre la manera más adecuada de enfrentarlo: si pidiendo pruebas o no; si ejercitando una especie de investigación privada que contribuya a la buena causa de la justicia con elementos de juicio nuevos y valiosos; si bloqueando el curso regular del proceso con peticiones intrascendentes o recursos de inoperancia fácilmente previsibles; si callando ante las torpezas de los demás sujetos procesales o del funcionario instructor o fallador, para capitalizar sus errores en la decisión postrera; o desempeñando simple papel de espectador para, finalmente, en el momento de las decisiones, extraer sus argumentos de fondo...
>
> Es subjetivo, pues, este complejo mundo de la estrategia profesional y por lo tanto de difícil encasillamiento legal o disciplinario para determinar hasta que punto hubo negligencia en la defensa".

De otra parte, carece de trascendencia la observación del señor Procurador Delegado acerca de la defensora de oficio, porque se haya limitado a presenciar la indagatoria sin que "hubiera realizado labor defensiva alguna", pues ya se advirtió la limitada posibilidad de acción en tal diligencia. Además, reprocha el representante del Ministerio Público que durante la captura de Guerrero se utilizó "un procedimiento poco ortodoxo, toda vez que ya refugiado al parecer en su dominio" los agentes del orden penetraron a la fuerza en él, sin orden de autoridad judicial, lo que constituiría una aprehensión ilegal "que habría dado lugar a la liberación inmediata del capturado".

Pero es el propio Procurador quien recuerda que la Fiscal profirió la resolución de fecha 21 de marzo de 1993, para declarar "la captura en estado de flagrancia, acudiendo a la modalidad de solicitud de aprehensión cuando 'por voces de auxilio de varios ciudadanos' se solicitó la aprehensión"; no obstante, reclama como evidente la procedencia de la petición de la defensa en aquel sentido, pero "no el éxito de ella", quedando el reproche en no haber realizado una gestión que quien la echa de menos reconoce infructífera.

En todo caso, hipotéticamente esa situación habría quebrantado la libertad, dando lugar a que en su oportunidad se hubiere acudido a las actuaciones previstas para restablecerla, como la acción pública de habeas corpus o la orden inmediata de libertad (art. 383 C. de P. P.), pero no afecta el proceso propiamente tal.

Por todo lo anteriormente expuesto, este cargo no prospera.

Solicitud de casación oficiosa, planteada por el ministerio público: Sea lo primero observar que el Ministerio Público no recurrió, a través de su representante en la instancia respectiva, como le correspondía hacerlo para solicitar un pronunciamiento como el que ahora pretende se efectúe oficiosamente, petición que, en fin, debió sustentar a través de una demanda de casación formulada oportuna y técnicamente.

Podría no obstante creerse que, atendiendo lo dispuesto por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal y dada la trascendencia del asunto, la Corte habría de asumir su análisis, en este momento pues de resultar procedente la anulación los otros cargos se quedarían sin materia.

No es posible, sin embargo, actuar así, pues la que se le está planteando a la Sala deviene mal enfocada como causal de nulidad del proceso, que es la que cabría bajo la posibilidad de casación oficiosa, prevista en la norma citada. Por el contrario, se estaría en presencia de un eventual falso juicio de legalidad, que generaría violación indirecta de la ley sustancial, por error de derecho al haber sido tomadas en consideración unas pruebas allegadas al proceso de manera probablemente irregular, que debió plantearse a través de la causal primera de casación. Así, al no ser expresamente alegada por el recurrente, la misma norma citada impide a la Corte tenerla en cuenta.

Esta Sala también se ha pronunciado sobre el tema, en situación claramente equiparable con la analizada dentro del presente asunto (sentencia de agosto 27/98, rad. 10.951, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego):

"Si lo que se pretende en este caso es realzar la violación de una condición de validez o existencia de la prueba testimonial, en el sentido de que fue practicada por un funcionario que no tiene la calidad de sujeto de la actividad probatoria, indudablemente que el ataque debió orientarse por el error de derecho como falso juicio de legalidad.

... cuando se violan las formalidades sustanciales de cada medio probatorio o éstos se practican con detrimento de los derechos fundamentales, la

sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal. Es decir, sin necesidad de invalidar todo o parte del proceso, el funcionario simplemente deja de apreciar estas pruebas irregulares en orden a fundar la decisión judicial, y el sentido de ésta queda expuesto a la solvencia del material probatorio restante..."

En este punto cabe acudir al recuento de la actuación procesal, que se sintetizó al inicio de esta providencia, para observar cómo, de llegar a efectuarse la hipotética supresión evaluativa de los testimonios que el Ministerio Público tilda de haber sido ilegalmente recibidos, por ausencia de jurisdicción de los servidores públicos comisionados para su recepción, el fallo permanecería incólume por continuar sólidamente apoyado en pruebas que sí fueron acopiadas por las fiscales a cuyo cargo estuvo la instrucción, manifestándose así que también devendría intrascendente el nuevo cargo que el Procurador Delegado propone, de su acuciosa iniciativa, distinto a los formulados por el casacionista, cuyo estudio de fondo la Sala no puede acometer.

Finalmente, acerca de la solicitud del representante de la sociedad, de compulsar copias "a fin de que se investigue la posible falta disciplinaria o el ilícito en los que haya podido incurrir la funcionaria que propició la ilegal actuación", a su conocimiento como servidor público estuvo informar a las autoridades competentes lo que encontrare bajo el deber de reportar. Esta corporación no lo hará, no sólo por hallarse prescrita una eventual acción disciplinaria, sino por no encontrar reproche de tal naturaleza, y mucho menos penal, sobre el hecho de haber recurrido la Fiscal a una práctica que se hallaba funcionalmente permitida en la estructura interna de la Fiscalía General de la Nación.

SEGUNGO CARGO: El criterio que aquí expone el impugnante, acudiendo a la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial, para reprochar subsidiariamente que los falladores seleccionaran el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 y dejaran consiguientemente sin aplicar el 323 del Decreto 100 de 1980, ha sido analizado repetidamente por esta corporación (por ejemplo, en las sentencias de fecha noviembre 21/95, rad. 9.991 y noviembre 5/96, rad. 9.575, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote; julio 25/96, rad. 10.673, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda y septiembre 17/98, rad. 10.113, ponente quien aquí cumple igual función, para referir sólo unas pocas), llegando reiterada y pacíficamente a la misma conclusión, contraria a lo argumentado por el casacionista.

Como bien expuso el representante del Ministerio Público, es ostensible que no fue deseo del legislador, al expedir la Ley 40 de 1993, mantener la vigencia parcial de los artículos 323 y 324 del Decreto 100 de 1980, para conservar bajo su previsión los homicidios que no se hubieren cometido en concurso con secuestro.

Esa hipótesis resulta contraria a lo determinado por la Corte Constitucional en el fallo C-565 de diciembre 7 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara, que no estimó inexequible la imposición de sanciones elevadas "para delitos

de semejante gravedad y atrocidad, como el secuestro y el homicidio", que lesionan los bienes supremos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la convivencia pacífica, entre otros derechos fundamentales que consagra la Constitución, dándose la debida unidad de materia.

Molesta al recurrente que el Tribunal Superior de Cali hubiese cambiado, al interpretar la citada sentencia de la Corte Constitucional, su inicial posición de aplicar la Ley 40 al delito de homicidio sólo en cuanto estuviere relacionado con el de secuestro, variación de criterio que estima errada y de la cual deriva la violación directa de la norma sustancial, "por selección equivocada". Argumenta que es al juzgador al que compete la interpretación de los preceptos declarados exequibles y que al renunciar a ello pierde tu facultad jurisdiccional, pero no sustenta de qué manera podría desconocerse lo determinado en ese punto por la Corte encargada del control constitucional.

En cuanto a esta Sala, ha considerado además que en la Ley 40 de 1993 efectivamente se preservó la unidad de materia, apreciando la estrecha relación que existe entre los bienes jurídicos de la vida y la libertad y con respeto a lo dispuesto por el artículo 158 de la Constitución. En una de las sentencias de casación anteriormente citadas, proferida en el proceso radicado bajo el número 10.113, frente a un caso equiparable al que ahora es decidido, esta corporación corroboró lo que ahora se reitera por enésima vez:

> "La proyección de un precepto no debe verificarse en forma aislada, sino teniendo en cuenta que hace parte integral del ordenamiento jurídico, lo cual fue asumido por el legislador, que además de tratar de no contrariar la Constitución Nacional, intentó mantener alguna consonancia de la nueva ley con el Código Penal. Por esto, el proyecto inicial que pretendía regular exclusivamente el secuestro, tuvo en el Senado modificaciones, como se observa en la Gaceta del Congreso del 18 de noviembre de 1992: 'En el curso de la fecunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podía tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio...'
>
> La Ley fue titulada 'por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otra disposiciones' así se respetó también lo establecido por el artículo 169 de la Carta, al no quedar limitado su contenido a la regulación contra el secuestro, resultándole indispensable regular otros asuntos para acoplarse, al menos en parte, con la preceptiva preestablecida.
>
> De esa manera, expresamente modificó los artículos 323 y 324 del Código Penal, en atención a la magnitud vital del bien jurídico protegido, aumentando la punibilidad para que cuantitativamente no resultara inferior a la que se consagraba para el secuestro.
>
> ...

En consecuencia y para el caso, no subsisten dos artículos 323 en el Código Penal, uno, el del texto original del Decreto 100 de 1980, que artificialmente se pretende revivir en su menos gravosa punibilidad para homicidios cometidos después de que expresamente quedó sin vigor, y otro, el modificado por la Ley 40 de 1993, que el recurrente plantea como aplicable sólo al homicidio perpetrado en conexión con el secuestro, pero que era y es el único en vigor desde el 21 de enero de 1993 y que, por legalidad inexcrable, aplicaron los juzgadores."

La Corte ratifica así lo que viene decidiendo frente alla aplicación normativa que se reprocha en este cargo, el cual será consecuentemente desestimado.

TERCER CARGO: Aduce finalmente el censor, ahora desde el enfoque de la causal segunda de casación y también de manera subsidiaria, que la sentencia no está en consonancia con la resolución de acusación, en cuanto en ésta "no se menciona para nada la Ley 40 de 1993", quedando el procesado sin posibilidad de defenderse "contra el criterio que considera que la Ley 40 es aplicable".

Observada la resolución de acusación, se aprecia la mención a que la conducta ejecutada por el sujeto activo del reato está descrita "en el artículo 323 del Código Penal el cual sanciona a 'el que matare a otro' " (f. 179), para luego señalar "el delito de homicidio descrito en el art. 323 del Código Penal, como quiera que resulta fútil el motivo por el cual se ejecutó esta acción deberá tenerse en cuenta el agravante señaladó en el numeral 4° del artículo 324 de la misma obra" (f. 183), remitiéndose la parte resolutiva al "Libro Segundo del Código Penal, Título XIII, Capítulo Primero del homicidio" (f. 184).

Es de recordar que este enjuiciamiento tiene fecha julio 21 de 1993, o sea que es posterior, al igual que el día de los hechos (marzo 21/93), a la vigencia de la Ley 40 de ese año (enero 21), cuyo artículo 29 expresamente señala que "el artículo 323 del decreto 100 de 1980, Código Penal, quedará así: ...", expresión que de la misma manera es usada para la norma siguiente, sobre las circunstancias de agravación del homicidio. No cabe así duda alguna que al referirse la resolución de acusación a esas normas del Código Penal, sólo podía estarse remitiendo a los textos ya reformados por la vigente Ley 40, acertadamente aplicados por los falladores y a los que la defensa debió adecuarse.

Así conceptúa atinadamente la Procuraduría Delegada, en cuanto el hecho de haberse proferido condena por homicidio mal puede generar incongruencia, pues ése fue el delito por el cual se le acusó, solo que resultó favorecido al no hallarse acreditada la agravación de la futilidad del motivo que se había incluido en el enjuiciamiento. En consecuencia, este último cargo tampoco prospera.

CASACION OFICIOSA: Finalmente, para la preservación del principio de legalidad de la pena, debe la Corte observar que el Juzgado Doce Penal del

Circuito de Cali le impuso a Luis Fernando Guerrero la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas durante tres meses, argumentando la "discrecionalidad prevista en el artículo 28 de la Ley 40 de 1993, modificatoria de su homólogo 44 del Decreto 100 de 1980, en especial la imposición de la mínima como pena principal" (f. 334), determinación que no sufrió cambio alguno en segunda instancia, al ser el fallo confirmado por el ad quem.

Habiéndose condenado a la pena principal de 25 años de prisión, estaban los juzgadores obligados por ley a imponer, "por un período igual", la mencionada interdicción, que no es discrecional, a diferencia de las otras accesorias a la prisión (art. 52 C. P.). Sin embargo, la interdicción de derechos y funciones públicas tiene 10 años como duración máxima (art. 44 ib.).

Así, efectuando una interpretación sistemática de estos preceptos, debieron los falladores apuntar al mismo período de la pena principal, pero como la interdicción no podía llegar a 25 años, debió quedar limitada a su máximo 10 años.

En consecuencia, como al procesado se le impuso una pena accesoria en período que no se encuentra previsto en la ley, debe proceder oficiosamente la Sala a declarar la nulidad del señalamiento por esa ilegal duración de la interdicción de derechos y funciones públicas, para fijarla en los 10 años que legalmente corresponde.

Como lo viene sosteniendo esta corporación, no puede entenderse que la reforma indicada implique un quebrantamiento de la proscripción de la reformatio in pejus, por ser la defensa recurrente único, pues se trata de la obligatoria corrección de un acto irregular, que debe ser efectuada para restablecer la legalidad de la pena, principio que también es de raigambre constitucional y tiene que ser respetado por los funcionarios judiciales.

De esta manera, en acatamiento de lo dispuesto por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, se casará el fallo. Como la nulidad afecta exclusivamente la sentencia, la Sala debe reemplazarla (art. 229-1 ib.), únicamente en la parte invalidada, quedando intacta en todo lo demás, para fijar en diez (10) años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

En virtud de las anteriores consideraciones, expuestas en la ponencia original, se proponía como parte resolutiva:

1. Desestimar la demanda presentada.

2. No acceder a la solicitud del representante del Ministerio Público, de casar oficiosamente la sentencia.

3. CASAR parcialmente la sentencia impugnada, de manera oficiosa, para anularla sólo en cuanto al período de tres (3) meses impuesto como pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, que en su lugar se fija en diez (10) años, quedando incólume el fallo en todo lo demás.

Con el acostumbrado respecto.

Jorge E. Córdoba Poveda, Mario Mantilla Nougués, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Fecha: *ut supra.*

ERROR DE HECHO/FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/ SANA CRITICA

el error de hecho por falso juicio de identidad se presenta cuando se distorsiona o falsea el contenido material del medio de convicción, haciéndole decir más de lo que su texto predica, menos de lo que reza o algo distinto de lo que expresa; y el error de hecho por vulneración de las reglas de la sana crítica ocurre cuando el fallador extrae las conclusiones probatorias no con fundamento en la racionalidad, la ciencia, la lógica o la experiencia, sino del capricho y la arbitrariedad.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No. 165 Proceso No. 12232

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 47 Delegado ante la Unidad Tercera de Vida, Libertad y Pudor Sexual contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, el 11 de abril de 1996, por medio de la cual absolvió al procesado Alvaro Puerto Rubiano, por el delito de homicidio culposo que le fuera imputado en la resolución de acusación.

HECHOS

Fueron sintetizados así, por el juzgador de segunda instancia:

"Estos se presentaron el día 28 de julio de 1993, a eso de las siete de la noche, cuando la señora Pureza Rico Bernal fuera arrollada por el bus de la empresa "Blanco y Negro", tipo ejecutivo, a la altura de la calle 52 con carrera 15 de esta ciudad, el cual iba conducido por el encartado Alvaro Puerto Rubiano".

ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de unas diligencias preliminares, la Fiscal 15 de la Unidad Uno de la ciudad de Cali, mediante resolución del 29 de julio de 1993, declaró la apertura de la instrucción.

Mediante providencia del 6 de septiembre siguiente, admitió la demanda de constitución de parte civil. Igualmente, vinculó como terceros civilmente responsables a la empresa de buses "Blanco y Negro" y al señor Julio César Bedoya, propietario del automotor.

Escuchado en diligencia de indagatoria Alvaro Puerto Rubiano, el instructor se abstuvo de proferirle medida de aseguramiento.

Practicadas otras probanzas, mediante resolución del 22 de marzo de 1994, profirió, en contra del procesado, medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio culposo.

Perfeccionada la instrucción, se cerró el 12 de julio de 1994 y el 22 de agosto siguiente fue calificado su mérito, con resolución de acusación en contra de Alvaro Puerto Rubiano, por el punible citado en precedencia, decisión que fue confirmada por la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, mediante providencia fechada el 2 de noviembre del mismo año.

La etapa del juicio la tramitó el Juzgado 9° Penal del Circuito de Cali que, después de celebrada la audiencia pública, dictó la sentencia de primera instancia, el 12 de enero de 1996, en la cual adoptó las siguientes determinaciones:

1.- Condenó a Alvaro Puerto Rubiano a las penas principales de 30 meses de prisión, multa de $2.000.oo y a la suspensión, por el lapso de 20 meses, del oficio de conductor, y a las accesorias de rigor, como autor del delito de homicidio culposo.

2.- Igualmente, de manera solidaria con los terceros civilmente responsables, lo condenó al pago de $12.876.650.oo, por los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente).

3.- Así mismo, ordenó el comiso del bus y le otorgó al procesado el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de Cali, al desatar el recurso, el 17 de abril de 1996, lo revocó en su integridad, absolviendo al procesado.

La Demanda de Casación

El señor Fiscal 47 Delegado ante la Unidad 3ra de Fiscalías de Vida, Libertad y Pudor Sexual, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, presenta un único cargo contra la sentencia, por cuanto considera que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, por un falso juicio de identidad, generado en la apreciación de las pruebas testimoniales.

En un acápite que llamó "el error y su demostracion", advierte inicialmente que se cuidará de no plantear diversos juicios sobre los mismos elementos

probatorios y de no mezclar el error de derecho por falso juicio de convicción, pues reconoce que tratándose de este medio de prueba, sólo opera en su valoración la persuasión racional del juzgador. Sin embargo, dice que lo que quiere demostrar es que el Tribunal rompió "los parámetros de la sana crítica en todos los elementos descritos en el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal y es así como se contraviene lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad de los sentidos de percepción, las circunstancias temporo - espacial y modales en que percibió el hecho que aquí se trata e inclusive la personalidad del testimoniante y las mismas singularidades inmersas en el dicho del testigo".

Después de reiterar lo expuesto, afirma que el Tribunal atropelló la estructura de la persuasión, "llevando su análisis a los fundos de lo irracional, al calificar los testimonios como sospechosos o desfasados o intemporales o ausentes de toda calidad y claridad perceptiva por sus generadores...".

Dice que la simple presencia de personas en el lugar del reato no les puede proporcionar el carácter de testigos de excepción, "pero es que cada uno de los asertos arroja luces al esclarecimiento de lo verdaderamente ocurrido e inclusive la misma exposición juramentada de Rosemberg López Londoño, quien manifiesta que lo único que pudo ver era que el conductor del bus 'venía mirando hacia el otro lado', pone en claro la imprudencia del motorista al tomar la curva haciendo caso omiso de la señal de 'CUIDADO' presente en dicho cruce...".

Manifiesta que es la prueba testimonial el soporte de la responsabilidad penal del conductor del automotor.

Advierte que el Tribunal sostuvo que ninguno de los testigos dan una idea clara y precisa de cómo ocurrieron los hechos y que sus afirmaciones no merecen el calificativo de testimonios. Resalta que el declarante Alfonso Solano Rodríguez "no aparece nombrado, pero este censor comprende que se trata de una omisión involuntaria dentro del fallo de absolución; aunque sí se trata acerca de su dicho".

Respecto de la declaración de Rosemberg López Londoño, quien dijo que el conductor venía mirando "hacia el otro lado y que escuchó que gritaban 'pará, pará, h. p.', y que cuando volteó a mirar la señora se encontraba debajo del bus, viéndose obligado a continuar su rumbo por cuanto el semáforo cambió", sostiene que él hacía el pare en la carrera 15 con calle 52 en el costado de sur a norte, por lo que podía percibir la conducta del motorista, esto es, su falta de atención sobre el lugar del automotor en donde se produjo la colisión y las expresiones que alertaban al conductor del bus, ya que "éste no se había percatado de ello por su misma falta de atención hacia el lado mencionado".

Por tal motivo, advierte que resulta "desrazonable" que el Tribunal reproche y diga que el mencionado testigo vio muchas cosas, "y entre otras los gritos de alguien que decía 'pará, pará..., y es que los gritos ni se observan,

los gritos son sonidos que se propalan mediante ondas que se perciben mediante el sentido de la audición y más cuando las voces son altisonantes y el receptor se halla cerca de su emisor...".

Recalca que el citado deponente por su posición pudo observar a la víctima debajo del rodante, afirmación que desechó el Tribunal, siendo, por tanto, "repulsiva esta consideración de la segunda instancia, pues, rompe drásticamente con todo principio de sana crítica".

Afirma que el declarante no tenía por qué manifestar cuál era el desplazamiento de la señora y cómo trataba de cruzar la vía, "ni fustigársele porque no da razones de ello, pues de eso se trata la prueba testimonial, de recaudar diferentes ángulos de conocimiento y es válido para el primario su señalamiento en cuanto a que el conductor 'venía mirando hacia el otro lado'".

Con referencia a Osvin Luvinxen Almario Ceballos, acepta que no aportó conocimiento acerca de cómo ocurrió el accidente, pero es "obstruso que se le flagele porque declaró en esta actuación". Posteriormente copia una porción de su testimonio y arguye que sería un gran contrasentido no colegir de ella que el bus cruzó de la calle 52 a la carrera 15, cuando el semáforo se encontraba en rojo "y por tanto requiriendo el motorista altísima prudencia, como rezaba en la señal de tránsito, de la cual no impregnó su comportamiento; consideración del ad quem en evidente rechazo a una sana crítica, a una sana apreciación".

En cuanto al testimonio de Henry Guarnizo Robledo, anota que fue "castigado" por el Tribunal, por cuanto que da su "parecer" sobre el accidente, calificándola de sospechosa "sin hacer alguna otra inferencia y además lógica que fundamente tal tacha, alejándose así la segunda instancia de toda construcción incólume y ajustada a lo palmario y manifiesto de la exposición del citado".

Luego de transcribir otra porción del fallo respecto del deponente, dice que conforme a la placa fotográfica N° 8, tomada en la diligencia de inspección judicial, se advierte que el testigo tenía plena visibilidad del sitio de la colisión, concluyendo que fue "amañada" la interpretación, "flagelando las leyes de la sana crítica".

De otro lado, dice que el deponente da una clara indicación sobre el lugar en que se hallaba con respecto al bus urbano e informa que la señora "se había ganado más de la mitad de la vía, cuando volteó el bus de la Blanco y Negro, y es aquí cuando en su natural relato de los hechos, afirma: '...a mí me parece que es imprudencia de ese señor porque cogió la curva muy rápido y además la agarra con la mitad del bus o faldón..."

En lo que atañe a Alfonso Solano Rodríguez, quien rindió su declaración cinco meses después de acaecidos los hechos y por tal motivo fue desechado, sostiene que relató que tanto el bus como la motocicleta en que se desplazaba, llevaban la misma dirección "y observa cuando el bus con la parte intermedia golpeó a la señora".

Si ese fue el criterio para desecharlo, agrega, tendrían que finiquitarse todas las investigaciones, en razón a que para el Tribunal "los testimonios y pruebas recaudados en este término y más son totalmente inidóneos".

Dice que el fallador hizo poco esfuerzo para profundizar en su contenido, "limitándose sólo a fustigarlo, chocando como se ha manifestado reiteradamente contra toda racional persuasión".

A continuación copia una parte de tal declaración y asevera:

"Qué más testimonio que éste. Es totalmente absurdo que se diga de ese dicho que no alcanza a ser un real testimonio, tal como lo expresa el fallador de segunda instancia y aún más, cumpliendo todas las exigencias de los principios de la sana crítica. Es así como en cuanto a la naturaleza del objeto percibido el testigo se hallaba muy cerca del punto de colisión impidiendo, inclusive, con su voz que el bus continuara su marcha y triturara a la infortunada con sus llantas traseras".

Por lo expuesto, acota que el deponente es completamente apto en cuanto a la sanidad de los sentidos, por los cuales tuvo la percepción "y en cuanto a la presencia en el momento y lugar que le permitieron obtener fidedigna impresión de lo acaecido". Además, que dadas sus condiciones personales, su versión se encuentra robustecida, al tratarse de un empresario, con grado de instrucción bachiller "y con 48 años de edad que abrigan de suma seriedad".

En el capítulo que denominó "la incidencia de los errores reclamados", reitera que el Tribunal cometió error de hecho por falso juicio de identidad, en razón a que en el análisis de la prueba testimonial se quebraron los principios de la sana crítica.

Finaliza solicitándole a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, confirmar la de primera instancia.

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

Dentro del término de traslado para los no recurrentes, el apoderado de la empresa de buses Blanco y Negro, como tercero civilmente responsable, presentó alegato, en el que argumenta que la valoración probatoria de los testimonios se hizo conforme a derecho y para corroborarlo transcribe apartes de la sentencia cuestionada, para concluir afirmando que no se demostró por el censor que se hubieran desconocido los principios de la sana crítica, por lo que pide no casarla.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Advierte que en el único cargo formulado contra la sentencia, aunque fue bien planteado, se quedó corto en su fundamentación, al no determinar claramente el error de hecho en que incurrió el Tribunal. "Sin embargo, del contexto de la demanda sí se desprende un planteamiento plausible que apunta, en efecto, a descubrir la violación de las reglas de la sana crítica por

parte del sentenciador de segunda instancia, reglas referidas a la ciencia, la lógica y la experiencia o sentido común".

En lo que atañe al testimonio de Rosemberg López Londoño, critica el hecho de que el Tribunal lo hubiese censurado, porque se le haya preguntado por el motivo de la diligencia, ya que era una fórmula que se usaba en la época que en nada incidía en el fondo mismo de la diligencia.

Sobre su contenido, opina que debe acogerse, por cuanto de su narración se desprende que el conductor no observó los reglamentos de tránsito y mostró gran temeridad en su comportamiento, ya que la norma de la experiencia enseña que cuando se va a virar a la derecha, con semáforo en rojo, "ha de hacerse preferentemente por la derecha y con toda la precaución que el momento requiere, esto es, despacio y con todos los sentidos, especialmente el de la visión, particularmente en centros urbanos congestionados, de intenso tráfico de vehículos y personas, como sucedió aquí".

Afirma que el fallador desvirtuó el contenido de la declaración, al sostener "'en qué momento este deponente está diciendo que de dónde viene la señora, para dónde va, cómo trata de pasar la calle'", ya que éste admitió estar ubicado en lugar contrario, pero en el mismo sitio de los hechos, cuando escuchó el llamado angustioso que alguien le hizo al conductor, "con lo cual no está manifestando que vio el atropellamiento, ni mucho menos podría saber de dónde y para dónde iba la víctima. Lo que él asegura es que observó al conductor mirando hacia el otro lado y vio posteriormente a la señora debajo del bus, ambas cosas perfectamente posibles dada su ubicación, el sentido en que se encontraba y la altura del vehículo".

En cuanto a la declaración de Almario Ceballos, dice que fue descartado por el Tribunal porque no vio nada, con lo que deja de lado aspectos fácticos sobre los cuales hace claridad el declarante, como por ejemplo el lugar iluminado y el estado perfecto del tiempo. Además, que el vehículo hace el cruce por el costado izquierdo cuando el semáforo estaba en rojo, sin que afirme que vio el momento del impacto.

Respecto a Henry Guarnizo Robledo, que según el Tribunal se encontraba a una cuadra al estar en la calle 51 con 15, y no obstante "ve cuando un bus de la Blanco y Negro....", sostiene que su testimonio fue manifiestamente tergiversado, ya que éste dijo en forma clara y concisa haber observado a la señora atravesando la vía, cuando él se dirigía de la calle 51 con 15 a la 52. Además, como estaba despejado pudo ver el momento del impacto.

No es valedero el argumento, en el sentido de que el deponente estaba muy alejado, agrega, pues conforme al croquis realizado por éste y ratificado por la diligencia de inspección judicial, "se observa que la distancia a que se encontraba era de aproximadamente 20 mts, lo que le permitía una clara visión de los hechos y la posibilidad de escuchar los llamados que se hicieran al conductor para que se detuviera".

En lo concerniente a la declaración de Alfonso Solano Rodríguez, que fue la persona que presenció los hechos, dice que el Tribunal no lo puede descartar, conforme a la ciencia, la lógica y la experiencia, "porque no hubiera visto los momentos precedentes, mas sí oído la colisión y visto los resultados del accidente".

Finaliza así:

"Por último, para el Tribunal resulta responsable única del hecho la occisa, dando al traste con todo razonamiento lógico y alejado de las leyes que rigen la sana crítica, pues si bien es cierto en este caso se puede aceptar un concurso de imprudencias, toda vez que la víctima desconoció igualmente las normas de tránsito que indican al peatón en qué momento puede cruzar una vía y el cuidado a tener, sin embargo la conducta relevante generadora del daño ilícito recae sobre el conductor del automotor pues cuando hay concurso de culpas en derecho penal, la responsabilidad recae en el comportamiento que en definitiva desencadena el resultado dañoso...".

Por lo expuesto, sugiere a la Corte casar la sentencia recurrida y en su lugar condenar a Alvaro Puerto Rubiano por homicidio culposo.

Consideraciones de la Corte

1.- El Fiscal 47 Delegado ante la Unidad Tercera de Vida, Libertad y Pudor Sexual, presenta un único cargo contra la sentencia, basado en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, en razón a que estima que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, por falso juicio de identidad, yerro que tuvo como génesis la apreciación de los testimonios, por cuanto, a su juicio, se transgredieron, en su estimación, las reglas de la sana crítica.

Por su parte, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de advertir las deficiencias argumentativas del cargo, estima que el fallo debe quebrarse y coadyuva la tesis del impugnante, en el sentido de que se violaron las reglas de la sana crítica al valorarse la prueba testimonial.

2.- Ante todo, debe recordarse que *el error de hecho por falso juicio de identidad se presenta cuando se distorsiona o falsea el contenido material del medio de convicción, haciéndole decir más de lo que su texto predica, menos de lo que reza o algo distinto de lo que expresa; y el error de hecho por vulneración de las reglas de la sana crítica ocurre cuando el fallador extrae las conclusiones probatorias no con fundamento en la racionalidad, la ciencia, la lógica o la experiencia, sino del capricho y la arbitrariedad.*

3.- En el caso que ocupa la atención de la Sala, el censor orienta el discurso hacia la segunda forma de error de hecho mencionada, al denunciar que el Tribunal al apreciar la prueba testimonial quebró las reglas de la sana crítica, al "atropellar la generosa y holgada estructura de una racional persuasión, llevando su análisis a los fundos de lo irracional, al calificar los

testimonios como sospechosos o desfasados o intemporales o ausentes de toda calidad y claridad preceptiva en lo observado por sus generadores".

4.- Al respecto la Sala se permite reiterar que este vicio surge de la comprobada y grotesca contradicción entre la valoración realizada por los falladores de instancia y las reglas de la sana crítica, no de la simple disparidad entre las conclusiones probatorias de aquellos y las del censor, 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"[1].

Además, es deber del censor indicar, en forma clara y precisa, si el principio vulnerado pertenece al campo de la lógica, de la ciencia o de la experiencia, cuál fue la regla quebrantada y de qué manera se transgredió.

5.- El libelista no cumplió con esta carga, limitándose a asegurar que en el análisis probatorio se desconocieron las reglas de la sana crítica, sin determinar cuáles, y aunque del desarrollo del discurso se infiere que lo quiso orientar, especialmente, hacia los principios de la lógica, de todos modos no señaló cuáles fueron los infringidos (de identidad, de no contradicción, de exclusión, de razón suficiente, etc.), ni porqué se violaron, reduciendo la argumentación a oponerse a la credibilidad negada por el Tribunal a algunos medios de convicción, sin evidenciar ninguna aberración en su raciocinio, procedimiento inadmisible en sede de casación, prevaleciendo el criterio del fallador, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Así, por ejemplo, con relación al testimonio de Rosemberg López Londoño, el Tribunal no le otorga credibilidad, no por capricho, sino, entre otras muchas razones, porque consideró que si, como lo dijo, se encontraba en su vehículo al otro lado del separador central, por la carrera 15, en sentido contrario al del bus (fl.126) "difícilmente podía ver cómo acontecían los hechos", ni a la señora debajo del citado automotor, mientras el censor pretende que sí podía observar. Además, quiere que la responsabilidad se soporte, particularmente, en los testimonios de Rosemberg López y Osvin Lubinxen Almario, que presenta como concordantes y, por ende, creíbles, cuando se contradicen en un aspecto básico, pues mientras el primero dice que el semáforo estaba en verde para el bus, cuando cruzó a coger la carrera 15 (pues para él sobre la carrera 15 estaba en rojo y esperaba su cambio para arrancar), el segundo sostiene que el bus cruzó en rojo, pues él estaba sobre la calle 52 esperando el cambio.

Así mismo, en una parte de la exposición acusa al Tribunal de haber infringido las reglas de la experiencia para poderle restar credibilidad al testimonio de Rosemberg López, cuando asevera que argumentó en la senten-

[1] Ver entre otras, casación 10949; mayo 6/99, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

cia que éste deponente no podía "observar" los gritos de pare, lo que es sofístico e inexacto, ya que lo que aquél expresó en tal proveído fue que no obstante el tamaño del vehículo, que dificultaba la visión, aquel " ... ante los gritos de alguien que decía 'pare h. p', voltea y observa la señora debajo del bus".

6.- Contrario sensu de lo afirmado por el demandante, y aunque la sentencia no es un modelo de lo que debe ser un proveído de esta naturaleza, el Tribunal concluyó en la ausencia de responsabilidad del procesado, expresando, razonada y lógicamente, porqué le otorgó credibilidad a su versión y se la negó a la de los testigos.

Así, en el proveído se dice:

"Veamos cómo aparece este testimoniante (se refiere a Rosemberg López). El se encarga de decirnos que al día siguiente recibió una llamada de un compañero de trabajo a quien le preguntó que por qué no había ido a trabajar y él le contestó: '... como te parece que a la cucha me la mató un bus anoche ...' y al interrogarle que dónde, le dice que en la 52 con 15 y es cuando él le comunica que él vio esos hechos. Aquí bien vale la pena decir, qué coincidencia y también que de acuerdo al croquis que él hace, difícilmente podía ver como acontecieron los hechos. Es más en la integridad del acta que da cuenta de su versión, no nos dice cómo intentó pasar la señora y ante tal interrogante mal puede tenerse este testigo como base para proferir una sentencia condenatoria en atención a que la norma que venimos analizando para proferir esta providencia, nos exige certeza sobre el hecho y certeza sobre la responsabilidad y en lo que respecta a la Sala no podemos concluir que este deponente merezca ser tenido como testimonio y valorarlo con las exigencias antes citadas.

"...

"Concretamente este testigo (se refiere a Osvin Lubinxen Almario) dice que él no vio nada y sin embargo aparece declarando. Se pregunta la Sala: ¿cómo y por qué vino o se hizo presente este declarante? El mismo nos manifiesta que fue llamado a declarar por el señor Alirio Buitrago García quien es hijo de la hoy occisa. Este deponente tampoco nos permite aclarar siquiera cómo ocurrió el hecho, pues nos está diciendo que no se da cuenta de nada, entonces cómo se puede llamar testimonio su versión y menos que nos sirva para producir la certeza que exige la norma que para proferir sentencia condenatoria venimos comentando.

"...

"Pero otra cuestión que se merece serias sospechas es que este declarante (se refiere a Henry Guarnizo) diga que al oír noticias en la radio llamó a la emisora y ofreció sus servicios para declarar lo que había visto, cuando la práctica enseña que si algo cuesta trabajo es que los ciudadanos colombianos acepten comparecer ante los estrados judiciales a rendir declaraciones.

"...

"Por último, ha querido la Sala comentarlo, en atención a que este declarante aparece citado desde un principio, pero que al igual que los anteriores deponentes se le pregunta que si conoce el motivo por el cual ha sido citado, y no obstante que está deponiendo 5 meses después, comienza a narrar que tanto el bus como él llevaban la misma dirección y observa cuando el bus con la '... parte intermedia golpeó a la señora ...', y más adelante nos dice que en su concepto el motorista no vio a la peatona. Según este testigo, tanto el bus como la moto estaban volteando, con la diferencia que el bus requiere de un gran espacio y lo está haciendo en forma correcta y tan evidente es ello que no la golpea con la parte delantera, situación ésta que colocaría al conductor del vehículo en persona imprudente, sino que debió ser tocada con el resto de chasis y más concretamente con la parte media del automotor, que el peatón fue imprudente al avanzar no obstante que el vehículo estaba tomando esta ruta. Se argumenta que iba muy rápido, un bus de las características que conducía el encartado Alvaro Puerto Rublano no puede virar a altas velocidades, pues de lo contrario, sale dominado el motorista que pretende hacerlo, y aquí nadie nos dice que ello ocurrió, pues de lo contrario no para de inmediato, lo cual significa que no lo hacía a excesiva velocidad.

"Así las cosas planteadas, sinceramente llama la atención a la Sala que se diga que existe prueba que conduzca a la certeza de la responsabilidad del procesado.

"...

"Precisamente cuando analizamos los testigos, ninguno de los deponentes sostienen que el conductor del bus arrolló a la peatón, sino que fue con la parte trasera que fue golpeada, y además, se tiene que los planos o croquis elaborados por los declarantes, en ningún momento permiten aseverar con certeza que el conductor del vehículo necesariamente vio a la peatón.

"No podemos decir que el declarante Solano Rodríguez vio a la peatón antes del insuceso, por cuanto él mismo nos está diciendo que al comenzar el viraje él iba adelante y ya sobre la carrera quince lo empareja, es de suponer que lo empareja con la parte delantera del vehículo y si es golpeada con la trasera sólo se percata por el golpe y es cuando le grita al conductor que detenga la marcha y tan cierto es lo aseverado antes, cuando a folio 144 del cuaderno principal dice textualmente dicho deponente: '... Yo me percaté del bus cuando veo que atropella la señora, antes no la había visto ...'.

"Así las cosas tenemos, que de acuerdo al análisis que ha hecho la Sala no existe prueba de ninguna naturaleza que permita producir la certeza de la responsabilidad y por ende a hacer divisible su injurada, y como consecuencia no se da el segundo elemento exigido por el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, para condenar a una persona, y de ahí que como lo depreca el señor representante de la defensa técnica, le asiste razón jurídica y por ello habrá de revocarse la sentencia condenatoria materia de apelación, para en su lugar absolver al procesado.

"...

"La Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior al analizar los hechos sostiene que el hecho no requiere de mucho análisis por cuanto analizando el material probatorio allegado se puede manifestar su plena coincidencia con el de primera instancia y acto seguido sostiene que su fundamento lo hace con base en el testigo presencial Alfonso Solano y luego se dice que la imprudencia es atribuible única y exclusivamente al conductor del vehículo.

"Al respecto se pregunta la Sala: ¿Con base en qué se llega a dicha conclusión? Y más cuando a folio 243 del cuaderno principal que corresponde al 5 de la providencia en comento, se dice que la occisa estaba culminando la calzada.

"Fuera de uno suponer no existen fundamentos jurídicos para decir o sostener la anterior aseveración que igualmente está consignada al final del folio 243 o cinco respectivamente, por cuanto sí existen evidencias que deben ser analizadas y que la Sala no encuentra en la pobre providencia de segunda instancia hecha por la Fiscalía, en razón de que si miramos la diligencia de reconstrucción tanto en fotografía como en el plano, ello no resulta evidente, pues de haber sido así, como lo sostiene la resolución acusatoria, muy diferentes hubiesen sido las consecuencias, entre otras la hoy occisa no hubiese sido golpeada por la parte media o trasera del bus, sino con la parte delantera, pero obsérvese que la hoy occisa apenas iba en un recorrido menor a la mitad del ancho de la vía de la carrera 15, como puede verse en las fotos contenidas en los folios 183, 184, 185, 186, 187 y en los propios planos anexados a folios 188 a 191; dicha vía sólo permite escasamente el tránsito de dos vehículos en cuanto a su ancho se refiere y más concretamente en las placas fotográficas números 6 y 7, que corresponden a la versión dada por el testigo Alfonso Solano.

"Entonces tenemos que es muy fácil sostener que no se requiere de análisis dar por cierto que los requisitos sustanciales para sostener la acusación de un sindicado y en fundamento a un testigo, sin ninguna crítica al mismo y sin tener en cuenta alegaciones de los sujetos procesales bien traídas y concluir que el viraje que hizo el sindicado en el caso materia de análisis fue imprudente.

"Se pregunta nuevamente la Sala: ¿Por qué es imprudente? Acaso, también no la está dando el testigo Solano Rodríguez; es más, supongamos que el semáforo no estaba en verde, sino en rojo, igualmente hay señal oficial, esto es, colocada por las autoridades de tránsito donde se autoriza cruzar con cuidado, lo cual nos indica que por estos aspectos no se le puede atribuir imprudencia al conductor, como erróneamente lo hace la Fiscalía, porque en los diferentes aspectos aludidos podía cruzar a la derecha.

"Otra cuestión que no se analizó ni por la Fiscalía ni por el *a quo* es que el peatón también tiene que observar ciertas normas de tránsito y no hacerlo por sitios de gran riesgo como es tratar de avanzar en la esquina de intersección de la calle 52 con carrera 15, por cuanto es un sitio donde convergen

a todo momento vehículos automotores debidamente autorizados, en atención a que se permite el cruce en rojo y ahí está plenamente demostrado que la imprudencia por negligencia sólo es atribuible al peatón, debido a que se lanzó a la vía observando ahí sí vale suposición tal vez que no vinieran carros por la carrera 15, pero olvidando que podían aparecer por la calle 52, como efectivamente sucedió y a falta de un automotor son dos, una moto y el bus y fíjese que el deponente que va en la moto nos habla de la presencia de la hoy occisa, porque él da primero la vuelta y que ya en la 15 es que el bus le empareja, y por tanto el momento culminante en que colisionan peatón y bus no debió ser visto por el testigo Solano Rodríguez.

"Así las cosas planteadas tenemos entonces que no puede hablarse en el caso subexámine que se trate de un delito imprudente como se denomina un delito culposo en Alemania, pues según Reinhart Maurach, en su Tratado de Derecho Penal, Tomo II, comete un delito culposo quien en los casos tipificados por la ley, causa un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero atribuible como consecuencia de una descuido por él evitado.

"En el caso en comento tenemos que la peatón trata de cruzar la calzada doble de la carrera 15, en forma imprudente, pues sólo tuvo en cuenta los vehículos que transitaban por dicha calzada sin tener que percatarse que a la carrera 15 también ingresan carros provenientes de la calle 52".

"...

"Precisamente en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala tenemos que para el conductor del vehículo sujeto procesal sentenciado como autor responsable de una conducta imprudente, en sentir de la Sala para él y de acuerdo con las consideraciones antes descritas actuó bajo típico caso fortuito y, por ende, habrá de revocarse la sentencia condenatoria proferida en su contra para en su lugar dictar una absolutoria".

Como se observa, el Tribunal ajustó su razonamiento a los postulados de la sana crítica.

El cargo se desestima.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia objeto de impugnación.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INVESTIGACION INTEGRAL-Concepto/ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación/PRUEBA-Aducción/FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Se estructura al modificar el contenido de la prueba

1. La investigación integral no puede ser entendida ni lo ha sido, como la necesidad de allegar y practicar todas las pruebas que puedan surgir en las mentes de los jueces o los sujetos procesales, sino aquellas que son conducentes y pertinentes a los objetivos de la acción penal, siempre y cuando se encuentren al alcance de los medios que están a disposición del instructor

2. El error en la denominación jurídica de la infracción cometido en la providencia calificatoria (auto de proceder) era una situación que estaba contemplada como causal de nulidad en el Decreto 409 de 1971 y aun cuando en la legislación vigente ha desaparecido como causal específica de casación, es indudable que mantiene esa capacidad de viciar la actuación por alterar la estructura del proceso. Por ello, su discusión a nivel de esta sede, procede por la causal tercera de casación.

3. Por limitaciones puramente prácticas en cuanto a infraestructura investigativa y el tiempo del que disponen los instructores para cumplir con el cúmulo de funciones a su cargo, no es arriesgado afirmar que casi ningún proceso llega a recaudar todos los elementos de convicción relacionados con todos los detalles que conforman los objetivos de la acción penal. Tampoco constituye objeto de la instrucción el agotamiento de la prueba, sino el recaudo de la suficiente para tomar la decisión que corresponde. Por ello, la exigencia de la investigación integral no llega a rebasar los linderos de las posibilidades reales de investigación, de conformidad con los datos que ella misma vaya arrojando.

4. El falso juicio de identidad se estructura al modificar el contenido de la prueba; si es un testimonio, ocurre cuando se atribuye al declarante una afirmación que él no emitió o un sentido diverso al de la verdadera manifestación expresada

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.165 Proceso No. 11127

Vistos

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 15 de junio de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la condena que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza le impuso a Pablo Antonio Bohórquez como autor de los delitos de homicidio en la persona de Orlando Pérez y de porte ilegal de armas de defensa personal.

Hechos

Al atardecer del 15 de mayo de 1994, en el interior de la tienda La Perla, ubicada en la inspección de Santa Cecilia del municipio de Paratebueno, jurisdicción de Cundinamarca, se encontraban reunidos ingiriendo licor, Eduardo López Vaca, Juan Santos Martínez, José Antonio González y Luis Alberto Cruz. En la misma actividad, pero en la parte exterior del establecimiento se encontraban Miguel Ruiz y Orlando Pérez, cuando hizo presencia Pablo Antonio Bohórquez quien después de haber aceptado tomarse una cerveza con estos dos últimos, trabajadores suyos en el Fondo Ganadero de Cundinamarca, se alteró porque Pérez le reclamó el pago de cuatro jornales; por ello les lanzó palabras soeces y desenfundó un arma de fuego; sin embargo, se retiró del lugar a petición de José González.

Unos quince minutos después Pablo Antonio Bohórquez regresó en un campero acompañado de otras personas, empuñando su revólver. Entonces, sostuvo un altercado con Eduardo López Vaca, que no tuvo mayores consecuencias porque éste fue llevado al interior de la tienda por José Antonio González, mientras Juan Santos Martínez y Luis Alberto Cruz trataron infructuosamente de desarmar a Bohórquez, pues al lograr zafarse, accionó el arma contra Pérez ocasionándole la muerte.

La Policía capturó al agresor y le decomisó el arma utilizada en el hecho, un revólver Smith & Wesson, calibre 32 largo.

Antecedentes

El Inspector de Policía de Paratebueno efectuó la inspección del cadáver de Orlando Pérez y recibió la denuncia que de los hechos formuló Eduardo López Vaca, diligencias que conjuntamente con el informe de la policía que puso a disposición al capturado, le sirvieron de fundamento al Juzgado Promiscuo Municipal de Paratebueno para disponer, en auto del 17 de mayo de 1994, la apertura de la investigación.

Pablo Antonio Bohórquez fue escuchado en indagatoria, diligencia en la cual estuvo asistido por un abogado titulado. A pesar del alegato introducido por el profesional en donde planteaba un caso fortuito y pedía la práctica de pruebas, la situación jurídica del sindicado se resolvió el 24 de mayo del año

citado, ordenando su sometimiento a medida de aseguramiento de detención preventiva (fl. 63). Decisión que fue impugnada con los recursos de reposición y apelación, el primero de los cuales fue denegado el 9 de junio siguiente. El segundo se resolvió en proveído del 11 de julio por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, en el sentido de confirmar la medida de aseguramiento, pero adicionada con el cargo por infracción al artículo 1º del Decreto 3664 de 1986.

Las diligencias fueron remitidas a la Fiscalía Unica de Cáqueza, despacho que el 6 de julio de 1994, el mismo día de recibo del expediente-, ordenó remitir al sindicado al Instituto de Medicina Legal, para que le practicaran examen siquiátrico. El dictamen se emitió en la seccional de Santa Fe de Bogotá, el 9 de agosto siguiente conceptuando que en el momento de los hechos Aguirre no presentaba trastorno mental ni inmadurez sicológica que le impidieran comprender la ilicitud de sus actuaciones y autodeterminarse con esa comprensión (folios 215 a 219).

Concluida la instrucción, mediante Resolución del 15 de septiembre de 1994, la Fiscalía Unica de Cáqueza calificó el mérito del sumario, procediendo a acusar a Pablo Antonio Bohórquez como presunto responsable del homicidio de Orlando Pérez y porte ilegal de arma de fuego. (Folios 302 a 321).

El defensor apeló la anterior determinación, pero el *ad quem* le impartió confirmación en su integridad, según pronunciamiento del 31 de octubre.

Ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cáqueza se surtió el conocimiento de la causa, y allí en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, la defensa solicitó la práctica de pruebas, unas de las cuales fueron decretadas por auto de 17 de enero de 1995 y otras denegadas, momento a partir del cual cambió el inculpado a su defensor de confianza.

La audiencia pública se realizó entre el 13 y el 17 de marzo, y el 31 de ese mes se profirió la sentencia de primera instancia, condenando a Pablo Antonio Bohórquez como autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego, a la pena principal de trescientos seis (306) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años y al pago de parte de los perjuicios materiales, (otra parte del resarcimiento quedó para ser cobrado por la vía civil), y al equivalente a 120 gramos oro por perjuicios morales.

La defensa apeló de la sentencia planteando ante el superior la existencia de nulidades estructuradas por error en la calificación jurídica de la conducta, por cuanto el homicidio cometido era culposo y no doloso; por la falsificación de la prueba testimonial y documental; la negativa de una prueba de alcoholemia antes del examen siquiátrico; el no traslado a las partes del dictamen pericial; la falsa motivación de la resolución de acusación; la falta de defensa técnica; atipicidad de la conducta, inimputabilidad del procesado y desatención del caso fortuito como causal de inculpabilidad, planteando un error proveniente de la culpa.

Ninguna de las tesis de la defensa fue acogida por el *ad quem*, quien, en pronunciamiento del 15 de junio de 1995, confirmó la condena y dispuso compulsar copias para que se investigara la conducta de los declarantes Nelson Prieto, Rafael Robayo Sierra y Alquimedes Pabón, por lo que el mismo sujeto procesal acudió a la vía extraordinaria de impugnación.

LA DEMANDA

El casacionista ataca la sentencia emitida en este proceso por el Tribunal Superior de Cundinamarca, formulando seis (6) cargos al amparo de la causal tercera de casación y uno por la causal primera, según planteamientos que a continuación se sintetizan.

Primer cargo de nulidad.

La alegación se inicia aduciendo una "nulidad por falsa motivación" y una "escalada de nulidades" cometidas durante todo el proceso, cuyo fundamento legal es el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal por cuanto se vulneraron el debido proceso y el derecho de defensa.

En el acápite que denomina "concepto de la violación" cita una decisión del 17 de abril de 1995, de esta Sala, para hacer sus comentarios sobre lo que significa "vicios sustanciales e insubsanables".

Pasa al capítulo intitulado demostración del cargo, y en él enuncia temas, a los cuales dice que no se quiere referir, como el prevaricato del juez que omite la motivación de sus decisiones o guarda silencio sobre el alcance de las pruebas; o sobre los efectos que produce la falta de motivación de las providencias. Aclara que quiere magnificar la "Falsa motivación como causal de nulidad", al tergiversar, distorsionar, adulterar, falsificar o acomodar inexplicablemente el contenido de la prueba, y en este punto asegura que las pruebas testimoniales y la injurada fueron adulteradas, desembocando en falsa motivación, iniciando aquí toda una crítica genérica e incomprensible sobre la prueba testimonial.

Reprocha al Tribunal que a los testigos Prieto, Pabón y Robayo se les compulsaran copias por falso testimonio y que ni siquiera mencionó a José Miguel Ruiz y Luis Alberto Cruz Untiago "que dieron por existente la figura del forcejeo", por ello considera que distorsiona, tergiversa, adultera, falsifica o acomoda ilegalmente la prueba para hacerle producir efectos delictivos a unas deponencias que se habían efectuado bajo la gravedad del juramento no ensayadas ni prefabricadas por terceros y mucho menos por el mismo cautivo.

Lanza expresiones inconclusas como que el sentenciador de segunda instancia sabía que el *a quo* "habilidosamente" había colocado a Luis Alberto Cruz del lado de Eduardo López Vacca y de Juan Santos Martínez, y de ello deduce que nadie podía dudar de la deponencia de Cruz.

Afirma que Ruiz y Cruz estaban diciendo la verdad sobre la existencia del forcejeo, y sin embargo, la sentencia de segunda instancia, calló sobre sus efectos en el contenido de la sentencia.

Sosteniendo que se acomodó ilegalmente la prueba al dejar de confrontar la deponencia de Luis Alberto Cruz con las de Eduardo López Vacca y de Santos Martínez.

Asegura que Cruz desenmascaró a Eduardo López y para ello cita apartes de la declaración de aquél, en donde relata su intervención y la de Juan Martínez en los hechos, pero para nada cita a Eduardo López.

Insiste en decir que el contenido de la declaración de Cruz no se podía separar de la de Eduardo López porque inicialmente fue vinculada al lado de este individuo.

Igual procedimiento asume respecto del testimonio rendido por José Miguel Ruiz, respecto de quien afirma, también desenmascara la fraudulenta deponencia de Eduardo López, porque excluye que Pablo Bohórquez hubiera disparado directamente sobre el cuerpo de Orlando Pérez, en cuanto manifestó que cuando Pablo iba a entrar a la tienda se lo impidieron, lo agarraron y luego se oyó el disparo.

En el acápite relacionado con la incidencia de la falsa motivación en el fallo, vuelve sobre el mismo tema, insistiendo que las irregularidades que afectan el debido proceso consistieron en no confrontar las deponencias de Miguel Ruiz y Luis Cruz con las de Juan Santos Martínez, Eduardo López e Inocencia Pérez, quien, al decir del recurrente, no estuvo en el lugar de los hechos. Así mismo censura que las versiones de los últimos tres testigos mencionados, no hubieran sido confrontadas con las de Nelson Prieto, Rafael Robayo y Arquímedes Pabón.

El actor toma como base esta supuesta irregularidad para asegurar que "solo se pretendía un efecto: producir injusta sentencia de condena" y un "deliberado propósito de buscar sentencia de condena por parte del Tribunal" (folio 18 de la demanda).

Asegura que Juan Santos Martínez y Eduardo López Vacca están comprometidos en el momento del disparo, como que según dicen las sumarias, todos tenían el revólver en la mano. Lamenta que no hubieran sido enviados a la División de Balística de Medicina Legal porque en su criterio la prueba de deflagración atómica habría salido positiva.

Como prueba de la distorsión de la prueba el demandante transcribe apartes de la sentencia impugnada que contienen la valoración probatoria referida, que tilda de sospechosos los testimonios de Prieto, Robayo y Pabón, en cuanto afirman que el forcejeo fue concomitante al disparo y que a aquel concurrió Orlando Pérez y en donde concluye que el disparo no fue consecuencia del forzamiento del revólver, sino a la inequívoca acción de Bohórquez de dirigirla y accionarla hacia Pérez. De allí que dispusiera la compulsación de copias en contra de esos testigos.

Protesta el casacionista y toma partido por la versión de los testigos Prieto, Robayo y Pabón, defendiendo la versión que expusieron.

En consecuencia, solicita a la Corte que decrete la nulidad de la actuación desde el cierre de la investigación, ordene la libertad del procesado y devuelva el proceso al funcionario competente. Para señalar las causales de nulidad cita los artículos 304.1.2.3 ; 305; 306 del Código de Procedimiento Penal.

Y agrega que "Para nadie es un secreto que callando sobre algunas circunstancias y exaltando otras la sentencia atacada necesariamente incurría en falsa motivación de su contenido ... para incrementar la pena o justificar los efectos del atropello: si desde un principio se hubiera adecuado la dirección de conducta o comportamiento hacia el terreno del homicidio culposo ... a la postre el detenido hubiera podido buscar efectos de condena anticipada".

El cargo remata con este comentario: que la mera cuantificación de la pena acredita la existencia de la causal.

Segundo cargo de nulidad.

Aquí se aduce una nulidad por violación del artículo 29 de la Constitución Nacional, porque algunas pruebas fueron "deficiente o inidóneamente practicadas".

Manifiesta que a Pablo Antonio Bohórquez jamás se le quiso enviar a Medicina Legal, "inmediatamente se dice se disparó el proceso" (sic) , solo meses después, contra toda técnica procesal, para simular garantías procesales.

Para desarrollar el tema del concepto de la violación el actor regresa a la tesis jurisprudencial relacionada con la existencia de nulidades legales y supralegales para ajustarla a la normatividad reciente.

En lo que atañe con la demostración del cargo, parte del precepto constitucional conforme al cual "Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", situación en la cual el libelista ubica la circunstancia de enviar tardíamente a Medicina Legal a una persona que meses atrás se encontraba con evidentes signos de "embriaguez o trastorno mental transitorio".

Cita una sentencia del 31 de julio de 1991 en donde la Sala se refiere al principio de la investigación integral, respecto a la práctica de un dictamen siquiátrico sin suficientes elementos de juicio, porque se realizó sin el resultado de alcoholemia que se encontraba adosado al expediente. Entonces se pregunta si en esa situación hay un vicio de actividad, ¿por qué en el caso de Pablo Antonio Bohórquez no produce los mismos efectos?.

En su síntesis del cargo, comenta que la sentencia atacada admite la embriaguez de Pablo Antonio Bohórquez para el momento de los hechos y que éste fue remitido "en forma irresponsable" al Departamento de Neurosiquiatría de Medicina Legal, sin los suficientes elementos de juicio, ante la ausencia de la prueba de alcoholemia. Por ello cree que no hay duda sobre la seriedad de los cargos en casación.

Cuando dice referirse a la incidencia del cargo en la sentencia, el censor reitera que la irregularidad que afecta el debido proceso consistió en no enviar a Pablo Antonio Bohórquez a Medicina Legal, al día siguiente de su captura para que examinaran el grado de alcohol. Por ello acusa a la sentencia de "engañar a la Justicia", engaño que trata de probar, transcribiendo los párrafos que el Tribunal dedicó al análisis de la imputabilidad del acusado.

En conclusión estima que sin examen de alcoholemia, el instructor no podía simular garantías al procesado al enviarlo tardíamente a Medicina Legal, y añade que la misma sentencia reconoce la nulidad, porque admite el avanzado estado de embriaguez del inculpado, pero que para el momento de su envío era imposible detectar el grado de alcohol en sus venas y después se emite el dictamen de siquiatría hablando del avanzado estado de embriaguez en que se encontraba. Luego, pregunta si un siquiatra podrá hacer tal afirmación después de tantos meses de ocurridos los hechos.

Como remate formula petición para que la Corte declare "que se ha enviado extemporáneamente al detenido al Departamento de Neurosiquiatría del Instituto de Medicina Legal a sabiendas de que con anterioridad se debía haber enviado al examen de Alcoholemia" y en consecuencia que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de cierre de la investigación. A la par expresa que como se trata de una sentencia injusta se acoge a lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Tercer cargo de nulidad.

Esta vez el censor acusa la violación del principio de favorabilidad. Este es su planteamiento: "La calificación o denominación jurídica de la infracción (homicidio culposo) fue desechado o excluido para darle paso al homicidio intencional o doloso a sabiendas de que el primero es de mayor riqueza descriptiva".

Como fundamento legal, el actor cita el artículo 29 de la Constitución y adiciona criterios doctrinales sobre la forma como se consuma la violación al principio de favorabilidad.

En la demostración del cargo argumenta que la división entre nulidades legales y supralegales se mantiene en el ordenamiento procedimental colombiano y que las últimas se presentan cuando se quebranta cualquiera de las garantías del artículo 29 de la Carta no incorporadas en el estatuto ritual. En seguida invoca la legalidad de los delitos y de las penas y el principio de favorabilidad.

Expresa que si la Corte reexamina la sentencia advertirá la obstinación del sentenciador para excluir el homicidio culposo y darle paso al homicidio intencional o doloso, en cuanto afirma que el procesado le disparó directamente a Orlando Pérez, cuando los integrantes del grupo de Eduardo López aceptan que hubo un forcejeo, que la sentencia excluye aduciendo que no quedaron residuos en las manos del occiso, en tanto que calla sobre el hecho de no haber enviado a Medicina Legal a quienes se quedaron con el revólver en la mano.

Inadmite que su defendido haya actuado en el más alto grado de dolo, el cual supone frialdad de cálculo, resolución perseverante, voluntad tranquila de cometer el delito, preparación sistemática y ponderada del hecho, acecho doloso. En este punto y con apoyo en diversos doctrinantes empieza una disertación sobre el dolo de propósito y sus elementos, para descartar su concurrencia en la conducta de Pablo Antonio Bohórquez, quien, según lo admite la propia sentencia impugnada, se encontraba embriagado; situación que para el impugnante hace imposible atribuir un delito doloso porque ello significaría "falsear la verdad".

En sus conclusiones el casacionista, aclarando que la embriaguez de Pablo Antonio Bohórquez no fue preordenada, asegura que la acción ejecutada está inmersa en la hipótesis del homicidio culposo, ante una culpa sin previsión, por ello, dedica otros párrafos a esa especie de culpa, al concepto de "previsión", que concluyen con la afirmación de que la conducta del procesado se adecua a ese esquema, por ello estima arbitrario que se hubiera escogido la figura del homicidio doloso que carece de pruebas que lo sustenten y se pregunta por qué se escogió la norma de menor riqueza descriptiva o desfavorable en contra de su cliente.

En el acápite que denomina síntesis del cargo el demandante dedica varias páginas a efectuar su propio análisis de la prueba, especialmente la relacionada con los testimonios de Rafael Robayo, Nelson Prieto y Arquímedes Pabón, que fueron descartadas por los juzgadores; por tanto, las conclusiones, son diversas de las contenidas en las sentencias de las instancias, en el sentido de pregonar el fenómeno de la culpa y eliminar el dolo de propósito.

Cuando se supone que va a demostrar la incidencia de la nulidad en el fallo, el actor formula la petición para que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que cerró la investigación y vuelve a censurar al juez plural por no haber analizado las declaraciones a las cuales él se refiere y hasta lo acusa de "injuriar al detenido".

Así mismo solicita que la Corte declare que "...el proveído de 15 de junio de 1995 ... lejos de tener autoridad para escoger caprichosamente los elementos de tipo ... debe adecuarse a la prueba que legalmente se aporta: abundante material probatorio se ha allegado al proceso sobre los presupuestos básicos que unitariamente integran el criterio o concepto de Homicidio culposo (culpa sin previsión)" y como consecuencia de esa declaratoria se decrete la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, se ordene la libertad del procesado y el envío del expediente al funcionario competente.

También invoca que sean tenidos en cuenta los artículos 225, 228, 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la permisión de formular cargos excluyentes y en forma subsidiaria.

Cuarto cargo de nulidad.

En este cargo, el demandante impugna la decisión de segundo grado proferida en este proceso, a la sombra de la causal tercera de casación, en

concordancia con lo dispuesto por el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso, consistentes en un error en la denominación jurídica de la infracción, por cuanto la prueba apuntaba a la demostración de un homicidio culposo y "arbitrariamente" se escogió el homicidio doloso o intencional.

El actor menciona como fundamento legal el artículo 304 del estatuto procedimental y luego aduce que el objeto de la relación jurídico procesal queda delimitado definitivamente en los hechos que se incorporan en la resolución de acusación, que son inmutables en el juzgamiento; y que, por el contrario, la calificación jurídica provisional sí es susceptible de ser atacada con el contenido de las sentencias de las instancias.

Para demostrar el cargo, el demandante se apoya en la jurisprudencia, según varias sentencias que cita, para afirmar que el error en la denominación jurídica de la infracción, dentro del proceso de adecuación típica al momento de calificar el sumario, se corrige en casación por la vía de la causal tercera. Que bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal anterior, la nulidad surgía por el error en la denominación genérica del hecho punible, pero que, con la providencia del 11 de marzo de 1986, de la cual fue ponente el doctor Luis Enrique Aldana Rozo, se produjo un viraje jurisprudencial de trascendental importancia, en cuanto "la Corte confirmó que la equivocación en la parte motiva del pliego de cargos sobre los tipos básicos o especiales ... constituía nulidad supralegal ... aunque la calificación genérica fuera correcta".

Alega que se atacó el debido proceso, porque había certeza sobre la existencia de un homicidio culposo que excluía el intencional, y todo el proceso apuntaba a la figura de la culpa sin previsión. Se interroga por qué se habló de fuerza mayor o caso fortuito si concurrían todos los elementos que estructuran la culpa sin previsión.

Con la intención de hacer una síntesis del cargo, acusa conjuntamente la resolución de acusación y las sentencias de las dos instancias porque no podían hablar del suficiente grado de certeza de un homicidio doloso, pues el culposo estaba probado por la embriaguez, el forcejeo y la riña casual.

Inesperadamente, se dedica a confrontar la declaración de Eduardo López Vacca con otros elementos de convicción.

Aspirando a señalar la incidencia del error de calificación del hecho en el contenido del fallo, el inconforme asume la crítica a la descalificación que hizo el Tribunal de las declaraciones rendidas por Robayo, Prieto y Pabón refiriéndose a ella como simples apreciaciones subjetivas. También censuró la conclusión sobre la no coincidencia del forcejeo con la producción del disparo que mató a Orlando Pérez al eliminar cualquier otra posibilidad que no fuera el caso fortuito.

Como efecto de sus postulados, el impugnante formula las siguientes peticiones: que se decrete la nulidad de lo actuado desde el cierre de la

investigación; se conceda al procesado la libertad provisional; se remita el expediente al funcionario competente; se tengan en cuenta las disposiciones de los artículos 219, 225 y 228 del Código de Procedimiento Penal y el criterio de la Corte expuesto en la providencia del 17 de abril de 1995, M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda. Además, aclara que si ha hecho referencias tangenciales a aspectos probatorios, ello no significa que esté impugnando la prueba o reabriendo el debate probatorio.

Quinto cargo de nulidad.

Con la advertencia de que se trata de un cargo subsidiario, el actor acusa la sentencia de segundo grado proferida en este asunto por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad por la deliberada omisión de pruebas; cuales son: no haber enviado un "verdadero" cuestionario sobre el estado de embriaguez del encausado; no haber enviado al capturado al Instituto de Medicina Lega' para que se estableciera el grado de alcohol; no haber ordenado la práctica del guantelete a Pablo Antonio Bohórquez, Orlando Pérez, Juan Santos Martínez y Luis Alberto Cruz.

Protesta diciendo que no se quiso practicar esas pruebas porque se sabía que cambiarían el rumbo del proceso.

Partiendo del principio de que el derecho de defensa se ejerce probando, el censor acusa la concurrencia de la nulidad legal causada por la inercia y la desidia de los funcionarios al omitir la práctica de pruebas relevantes, definitivas y determinantes para el ejercicio de la defensa y, además, con capacidad de modificar sustancialmente la situación jurídica del inculpado Bohórquez "como quiera que se ha probado hasta la saciedad la fundamental influencia de las pruebas omitidas", pues si se hubiera practicado el juicio de responsabilidad habría variado.

Como síntesis del cargo, el demandante lanza argumentos de distinta índole, tales como que no se podía cerrar la investigación cuando las evidencias del proceso decían lo contrario: "que en forma deliberada el instructor no había querido practicar las pruebas inherentes al proceso y en la etapa del juzgamiento por desidia se había denegado dicha práctica: el envío del cautivo a Medicina legal..." y alega que no se podía denegar por qué declarantes como José Antonio González Ladino y Nubia Esther Flórez dieron noticia del avanzado estado de embriaguez en que se encontraba Pablo Antonio Bohórquez el día de los hechos, quien ni siquiera fue remitido al médico legista del lugar ni al de Bogotá. Agrega que la sentencia acusada tampoco niega el estado de embriaguez.

De igual forma, manifiesta que no se podía denegar el envío de Juan Santos Martínez, Luis Alberto Cruz, Pablo Antonio Bohórquez y Eduardo López para que se les practicara examen de deflagración atómica, porque los declarantes que menciona hablaron del forcejeo y de las personas que tenían el revólver en la mano cuando fue disparado.

También censura a la Policía Judicial del lugar por no haberle practicado la prueba de guantelete al occiso.

La omisión probatoria, en sentir del libelista, tiene incidencia en el fallo porque afirma que el disparo que acabó con la vida de Orlando Pérez fue una acción voluntaria de Pablo Antonio Bohórquez. En ese aspecto encuentra una contradicción de la sentencia porque deduce que después de quedar libre de la intervención de Martínez y de Ruiz el implicado accionó el arma contra Pérez, aseveraciones que según el recurrente no se podían proferir después de oír a Luis Alberto Cruz, Miguel Ruiz, José Antonio González, a Prieto, Robayo y Pabón.

Las peticiones que el demandante formula en este cargo no son diversas de las presentadas en los cargos precedentes. Que mediante auto o sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, se declare que "la omisión deliberada de las pruebas señaladas -por pereza o por desidia (desidia instructiva deficiencia investigativa) - lejos de constituir una mera irregularidad constituye un grave motivo de nulidad". Como consecuencia solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado desde el cierre de la investigación, la libertad del inculpado y la remisión del expediente al funcionario competente y se remite a lo dispuesto por los artículos 219, 225, 228, 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal.

Sexto cargo de nulidad.

También en este reproche, el inconforme acusa la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca dentro del marco de la causal tercera de casación, por falta de defensa técnica para el procesado, por cuanto, el abogado titulado que se posesionó, nunca formuló una petición ante la segunda instancia, no protestó por la omisión de pruebas, a sabiendas de la precariedad del acervo probatorio y nunca orientó la defensa hacia el terreno de la nulidad. Tampoco quiso salir a la defensa de Pablo Antonio Bohórquez porque habiendo pruebas por practicar, no las solicitó en la instrucción ni en la etapa del juzgamiento.

En lo que considera que es el "fundamento legal" de su pretensión, el reclamante se remite a la jurisprudencia que sobre el tema de las nulidades ha emitido esta Sala, de las cuales aporta una lista con el número del expediente, en algunas la fecha y en una sola, los ponentes.

Para demostrar el cargo y con fundamento en la doctrina y en la jurisprudencia, el impugnante teoriza sobre la viabilidad de decretar nulidades parciales, la composición del ejercicio de la defensa que parte tanto del propio procesado como de su defensor, y las opciones sobre la posibilidad de quebrantar ese derecho no solo por la ausencia de defensa técnica, sino por eventualidades como la negligencia del abogado de confianza.

En la síntesis del cargo censura a su antecesor por haber permanecido inerte, sin haber verificado citas; es así como el diciamen neurosiquiátrico de Medicina Legal se practicó en forma antitécnica y de él no se corrió tras-

lado; sin embargo, el apoderado no impugnó su contenido ni aprovechó la oportunidad que tenía en el juicio hasta antes de concluir la audiencia pública para objetarlo, para pedir su ampliación y aclaración. Por otra parte estima que, conforme lo dispone el artículo 268 del estatuto procedimental, el defensor debió presentar el cuestionario para la experticia. Le endilga no haber impugnado el auto que cerró la investigación, ni pedido pruebas en la etapa probatoria del juzgamiento, ni querido "acreditar" nulidades, ni presentado "tardíos recursos que jamás quiso apelar" (sic). Por todo ello le atribuye desdén, desidia, pereza que se tradujeron en los 306 meses de prisión a los cuales se condenó al procesado.

Por lo demás, estima inaceptable que esa inactividad pueda calificarse como estrategia defensiva, porque el derecho de defensa no se agota con la presencia del profesional en los estrados judiciales, sino que se materializa en hechos concretos, en actos de profesionalidad, y la orfandad de presencia profesional de defensa técnica se convierte en irrevocable causal de nulidad. Reitera que su mandante careció en forma absoluta de defensa durante el sumario y la instrucción, como lo demuestra su condena.

Para explicar la incidencia que la falta de defensa produjo en el fallo atacado, el actor manifiesta que ante la inexistencia de la prueba de absorción atómica y de alcoholemia, el examen siquiátrico adulteró la verdad al colegir que se trató de una embriaguez simple propia de una persona habituada al consumo de alcohol que no mermó su capacidad de comprensión y autodeterminación. Y, entonces se pregunta si la justicia podía producir semejante sentencia de condena.

Después de otros comentarios sobre la no demostración de tatuaje en ninguno de los que presenciaron el hecho, formula las mismas peticiones expresadas en los cargos precedentes. Que mediante "auto" que haga tránsito a cosa juzgada material se declare que la sentencia de condena es nula de nulidad absoluta al haberse fundamentado en un proceso cargado de nulidades; que se declare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, se decrete la libertad del sentenciado y se remita el expediente al funcionario competente. También invoca la aplicación de los artículos 218, 219, 225, 305 y 306 del Código de Procedimiento Penal.

Séptimo cargo.

Esta censura se postula al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, esto es, porque la sentencia acusada viola indirectamente la ley sustancial por la comisión de errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia.

Asegura el impugnante que la sentencia objetada tergiversó inexplicablemente el contenido de los testimonios de José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino, Nelson Prieto, Rafael Robayo Sanabria, Alquimedes Pabón Sierra y Nubia Esther Flórez, porque cuanto los hizo decir cosas "que nunca le dijeron a las sumarias". Explica que tales declarantes nunca excluyeron el

forcejeo ni la riña imprevista, ni el estado de embriaguez y a pesar de ello, inexplicablemente "el proveído que se acusa le dice a la justicia que dolosa e intencionalmente Bohórquez en forma directa había accionado el arma contra el occiso: O mejor: les hace decir que Bohórquez había disparado directamente contra Orlando Pérez...".

El acápite del concepto de la violación incluye las opiniones del actor sobre las situaciones que configuran errores de hecho sea por suposición, por preterm isión o por interpretación contraria de su contenido. Entre las hipótesis de error de hecho por suposición, ejemplifica:

- "Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba en el proceso tanto del elemento volitivo como del elemento intelectivo que unitariamente integran el concepto de dolo malo o de propósito inexplicablemente aducido...". Luego se refiere a la diferencia que existe entre el dolo y la culpa.

-"Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba en el proceso del conocimiento anticipado del resultado del comportamiento y que forma parte de la descripción legislativa...".

-"Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba del conocimiento de la relación causal...".

-"Cuando el fallador tiene por probado el homicidio doloso sin que materialmente exista la prueba del conocimiento anticipado de la antijuridicidad de la conducta o comportamiento..."

Como yerro por preterición, el casacionista menciona como hipótesis "cuando se niega la presencia del homicidio culposo reclamado justamente por el cautivo -porque el fallador no ve- y por lo tanto no aprecia en el contenido de la sentencia la prueba idónea de los hechos- que lo estructuran: o altera la existente para restringirle ... ampliarle o cambiarle su contenido o alcance real".

Resume que el error manifiesto de hecho "consiste en que el fallador haya tenido como probado un hecho (homicidio doloso) por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos (prueba testimonial y pericial) y que demuestra evidentemente que tal hecho dolosamente prefabricado... no existió: O bien, en que no haya tenido en cuenta la existencia en el proceso - de un medio de prueba que demuestre - evidentemente que ese hecho existió (homicidio culposo)".

Precisa que la prueba testimonial fue objeto del falso juicio de identidad porque las declaraciones aparecen certificando la existencia de un homicidio doloso cuando su contexto lo excluyen. En este punto, el libelista por enésima vez repite lo que en su criterio logran demostrar y desvirtuar las declaraciones de José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino, Nubia Esther Flórez, Prieto, Robayo y Pabón y el dictamen neurosiquiátrico; elementos de convic-

ción que desde su óptica consolidan el homicidio culposo. Entonces reitera su ataque diciendo que

> "la providencia que se ataca le dice a la justicia que la mencionada prueba proveniente o emanada del Departamento de Neurosiquiatría de Medicina Legal acreditaba la existencia del homicidio doloso: A sabiendas de que el contenido de la prueba documental se refería al homicidio culposo... el proveído que se acusa le hace decir cosas que no traía en su contenido: Por el hecho de presentar dizque una conducta coherente el día de la entrevista... dizque el cautivo debe responder por un homicidio doloso: o mejor dizque por tratarse de una embriaguez simple... propia de una persona habituada al consumo del alcohol... Bohórquez Aguirre dizque debe ser penalmente castigado o responder por el homicidio a título de dolo malo o dolo deliberado".

El inconforme denuncia como errores de hecho por falsos juicios de existencia el hecho de que la sentencia recurrida calla sobre el contenido de la declaración de Luis Alberto Cruz y calla sobre el texto de la inspección judicial, los cuales excluyen el homicidio doloso. A ello agrega sus conclusiones, que no son diferentes al discurso que ha repetido a través de toda la demanda, las que extrae de una valoración probatoria muy personal que siempre concluye en la existencia de un homicidio culposo y no intencional.

Prosigue la censura al *ad quem* porque sin prueba sobre los elementos del dolo deliberado, sin la prueba del guantelete y sin compulsar copias contra Cruz, Aguirre, González, o Nubia Flórez, encuentra razonable la experticia, de acuerdo con la cual Bohórquez se muestra como una persona que sabía lo que hacía. También critica que se minimizaran los efectos de la prueba de alcoholemia. De lo anterior concluye:

> "Podría quedar alguna duda razonable en relación al error manifiesto de hecho por falsos juicios de identidad o falsos juicios de existencia...? si el examen se debía de haber practicado en las horas que siguen a la ingesta... por qué no se hizo...? ¿tendrá la culpa el detenido...? ¿Sin la prueba de la frialdad en el cálculo... sin la prueba de la resolución tranquila y perseverante... sin la prueba de la voluntad evidente de cometer el delito... o sin la prueba de la preparación sistemática del hecho... sin la prueba del conocimiento anticipado de los efectos nocivos de los actos cometidos... se podían excluir los efectos del homicidio culposo en contra del cautivo...?".

Para terminar, el casacionista pide que se hagan estas declaraciones: "que la prueba de los elementos de la culpa sin previsión por aflorar en el proceso...deben excluir los efectos del homicidio doloso inexplicablemente traídos por el fallador de segunda instancia". En consecuencia impetra la liberación inmediata e incondicional del sentenciado, que se despachen favorablemente las pretensiones básicas de la demanda y se case la sentencia impugnada.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo.

Lo primero que advierte el agente del Ministerio Público en el contenido de la demanda es el desconocimiento del principio de la autonomía de las causales, por cuanto, el primer cargo de nulidad, planteado por falsa motivación, es igual al cargo por violación indirecta por error de hecho por falso juicio de identidad. Situación que también exhiben los cargos tercero y cuarto. De esa manera, al ser presentada una causal y desarrollada otra, el cargo se torna impróspero, por antitécnico.

En opinión del Delegado, en el primer reproche el impugnante plantea errores de procedimiento cuando solamente podrían tener cabida en los errores de juicio, por cuanto lo que el actor demuestra es su inconformidad con el análisis y valoración de los elementos de convicción considerados por los juzgadores para proferir la sentencia condenatoria contra Pablo Antonio Bohórquez, al centrar su crítica en la desvaloración de los testimonios incriminadores.

El conceptuante recuerda el principio probatorio de la apreciación racional que rige el sistema procedimental penal, como libertad del juez para otorgar un determinado valor probatorio a cada elemento de convicción dentro del contexto general del acervo probatorio. Y sobre el mismo tema cita un pronunciamiento del Tribunal Supremo de Alemania.

Así mismo, comenta que la prueba que sirve de base a la sentencia no es una o varias sino el resultado del examen de las pruebas en particular y en conjunto, advirtiendo que, en casación, no basta la censura parcial de un sector de pruebas, sino desvirtuar en toda su extensión el raciocinio judicial porque de subsistir un segmento válido que apoye la conclusión axiológica judicial, no es posible invalidar la sentencia.

Bajo los anteriores parámetros prosigue expresando que en casación no es dable alegar error de valoración en relación con el análisis de la prueba testimonial, porque pertenece a la íntima convicción del juez darle mayor credibilidad a una o varias pruebas y rechazar otras por ser carentes de veracidad. Agrega que, no prospera la censura por violación indirecta de la ley sustancial cuando el actor no demuestra un error ostensible en la apreciación de los medios de convicción y acude únicamente a su personal estimación de la prueba testimonial, pericial e indiciaria, enfrentándola a la del Tribunal, el cual, en este caso, abundó en referencias sumarias e inferencias lógicas atendibles.

Después de esas alusiones a la técnica casacional, el representante de la sociedad, retoma los hechos juzgados y patrocina las consideraciones del Tribunal, las cuales estima que consultan la realidad jurídica procesal. Rebate al recurrente cuando afirma que al sonar el disparo todos tenían el revólver en la mano. Concluye que en casación es improcedente proponer una valoración diversa.

Segundo cargo.

En cuanto a este reproche, el Procurador conceptúa que a pesar de que no se practicó el examén de alcoholemia, que es el reclamo del actor, eso no invalida el dictamen siquiátrico, porque para su emisión, el experto analizó la prueba recaudada, las intervenciones del procesado y el examen personal de éste; de ahí dictaminó su capacidad para determinarse y comprender la ilicitud de su conducta.

Agrega que el estado de embriaguez por sí solo no ocasiona inimputabilidad, salvo trastornos patológicos, de los cuales aquí, no hay evidencia alguna.

Comenta que el censor construye el estado de inimputabilidad de su defendido partiendo de que se omitió valorar su embriaguez y de la ausencia de examen de alcoholemia, porque supuestamente de haberse practicado se habrían obtenido resultados favorables; sin embargo el Ministerio Público advierte que ese es solo un supuesto, en razón de que los resultados también podrían haber sido desfavorables a tales aspiraciones.

Puntualiza que después de un tiempo de ocurridos los hechos, el examen médico clínico solo puede determinar el grado de alcoholimetría para establecer el estado de ebriedad, según tablas predeterminadas; por tanto la prueba de alcoholemia no afirma la embriaguez, sino el nivel de alcohol en la sangre. Aquella se establece a través de las tablas experimentales.

Para el colaborador de la Sala no hubo tergiversación de la prueba pericial, y como el grado de embriaguez no señala otros factores individualizantes como la tolerancia personal al alcohol, concluye que aún con la alcoholemia, la situación del procesado no hubiera cambiado. Prosigue comentando que el cuerpo elimina el alcohol ingerido en un lapso de 15 a 24 horas; por ello, rechaza la crítica formulada al instructor por no haber querido practicar esas pruebas, puesto que recibió las diligencias, dos días después de ocurridos los hechos y el examen ya resultaba extemporáneo.

En sentir del Delegado, no hubo omisión de los sentenciadores al no ordenar las pruebas sobre embriaguez y alcoholemia porque la evidencia procesal no las hacía exigibles.

Observa que las críticas que el impugnante formula en contra de las conclusiones del Tribunal y del dictamen pericial, estaban dirigidas a obtener que se le reconociera al procesado una inimputabilidad transitoria; no obstante, para el Procurador ese es un problema de criterio jurídico y no probatorio.

Insiste en decir que no existían presupuestos que impusieran allegar las pruebas que el demandante reclama porque el grado de alicoramiento de Pablo Antonio Bohórquez no fue determinante para obnubilar su conciencia y voluntad hasta el punto de no tener capacidad para comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión.

En estas condiciones estima inaceptable tanto este cargo como aquel en el cual se reprocha que no se hubiera querido oficiar a Medicina Legal para establecer el grado de alcohol en el cuerpo de Pablo Antonio Bohórquez .

Tercer y Cuarto cargos.

La nulidad que el libelista plantea por el desconocimiento del principio de favorabilidad, basada en el hecho de que la conducta hubiera sido calificada como homicidio doloso y no como homicidio culposo, es un planteamiento que para el Procurador, además de antitécnico es desacertado, por cuanto no se puede alegar una errónea calificación a través del principio de favorabilidad, el cual, opera cuando resultan aplicables al caso concreto dos o más leyes que se suceden en el tiempo.

Después de plasmar una serie de criterios respecto de la aplicabilidad de este principio y referirse a la forma en que puede demostrarse el elemento subjetivo en los delitos contra la vida y la integridad personal, el Procurador explica cuáles son los elementos que lo conducen a la convicción de que el homicidio fue voluntario y no culposo. Pero dilucida que este es un problema de valoración probatoria y no una cuestión de derecho, de selección de la norma, como lo afirma el demandante, quien enruta sus argumentos hacia la valoración de la prueba relacionada con el dolo que al error directo de derecho.

Resalta los aspectos que los juzgadores tomaron en consideración para adecuar la conducta del acusado al homicidio simple y como se trata de hechos indicadores debidamente probados que apreciaron razonablemente para inferir la existencia del tipo de homicidio imputado a Pablo Antonio Bohórquez, el Delegado solicita a la sala que no case la sentencia atacada, ni por el cargo cuarto que el actor formula por error en la denominación jurídica de la infracción.

Quinto Cargo.

Advierte el representante del Ministerio Público que con anterioridad ya había dado respuesta, en buena parte, a la acusación de nulidad basada en la omisión deliberada de pruebas, referida al envío de un cuestionario sobre la embriaguez del encartado y su no remisión para que se le practicara un examen de alcoholemia.

En cuanto al cargo de negligencia imputado a los funcionarios judiciales por no haber ordenado la prueba de guantelete o de absorción atómica a todas las personas que intentaron desarmar al acusado, incluyendo al occiso, el Procurador no le halla razón al recurrente, porque desde el comienzo de la investigación el hecho se presentó como doloso y por tanto, no resultaba pertinente y conducente esa prueba; pero, si hubiera sido tan importante, pregunta por qué la defensa no la solicitó.

Respecto a otros medios de convicción supuestamente omitidos, el conceptuante expresa que no se trata en sí de medios probatorios, sino de

las conclusiones, hipótesis y supuestos del censor, como ocurre sobre la apreciación que él da respecto a los testimonios de Prieto, Robayo y Pabón, afirmando que todos, absolutamente todos tenían las manos en el revólver cuando fue disparado.

No vislumbra que las pruebas a que se refiere el demandante tengan la capacidad de modificar la situación jurídica del sentenciado por cuanto existen otros medios probatorios que sostienen la condena.

Sexto cargo.

Es el reproche que se formula por la supuesta falta de defensa técnica, a la cual no le hace eco el Delegado, porque encuentra que los defensores que asistieron a Bohórquez, no solo ejercieron un defensa material sino además, técnica, dentro de las posibilidades de la realidad procesal. Relaciona esas intervenciones, tales como la petición de pruebas, el escrito introducido a la actuación antes de que se resolviera la situación jurídica del sindicado, los recursos interpuestos contra la medida de aseguramiento, la intervención en la inspección judicial, los alegatos precalificatorios, la apelación contra la resolución acusatoria, la solicitud de pruebas en la etapa del juicio, la intervención en la audiencia pública y la apelación del fallo de primera instancia.

Séptimo cargo.

El representante de la sociedad estima que el falso juicio de identidad que se atribuye a la prueba testimonial constituida por las declaraciones de José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino y Nubia Esther Flórez, ya tiene respuesta en el cargo por la nulidad por "falsa motivación de la sentencia".

Pone de relieve que el actor formula un error de hecho pero critica el análisis y la valoración del acervo probatorio contraponiendo sus propias argumentaciones y deducciones, sin que con ello logre demostrar yerros de ninguna naturaleza, además porque se trata de simples hipótesis carentes de respaldo probatorio.

En cuanto a los falsos juicios de existencia que el actor pregona acusando el desconocimiento de pruebas monumentales sobre el homicidio culposo como la declaración de Luis Alberto Cruz y la inspección judicial, el Delegado lo contradice advirtiendo que esas pruebas sí fueron tenidas en cuenta, solo que los juzgadores les otorgaron significado con un criterio diverso. Al efecto trae el fragmento de la sentencia en donde se refiere a la inspección judicial y las versiones de diferentes testigos.

Luego recuerda que cuando se invoca un error de hecho manifiesto por falta de apreciación de determinadas pruebas, al actor le corresponde hacer un estudio completo del recaudo probatorio para examinar las probanzas que sí fueron apreciadas y que son el sustento de la sentencia, demostrando su ineficiencia en relación con el fallo. Deber que el impugnante desatendió en este caso, llegando inclusive a formular reparos parciales a la cadena indiciaria de cargo, como ocurrió con la declaración de Luis Alberto Cruz.

En definitiva el agente del Ministerio Público conceptúa que la apreciación probatoria que contiene el fallo impugnado es coherente y concordante para el tema de la sentencia condenatoria, pues fue el conjunto de la prueba indiciaria, entre otras pruebas -los testimonios recepcionados, los documentos, inspección judicial y prueba pericial- en que se apoyaron los juzgadores para formar el convencimiento y no en hechos aislados que impedían la armonía y concordancia probatoria exigible en tratándose de indicios.

Finalmente, el Delegado considera que las censuras resultan inadmisibles y por ello solicita que no se case la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La demanda que se examina merece y de sobra las críticas que por su errátil invocación de causales y deficiente desarrollo le endilga la Procuraduría Delegada, según pormenorizadamente pasa a verse:

Primer cargo de nulidad.

Distante de las más elementales nociones del recurso de casación, el actor en este caso decidió atacar el fallo de segundo grado inventando una causal de nulidad: la de la falsa motivación por la tergiversación, distorsión, adulteración, falsificación o acomodamiento inexplicable de la prueba testimonial conformada por la versión del implicado y las declaraciones de Eduardo López Vacá, Juan Santos Martínez, José Antonio González, Luis Alberto Cruz, Nelson Prieto, Rafael Robayo Sierra y Alquimedes Pabón, con lo que en realidad pretende trasladar razones de la causal primera de casación, sin precaver que una y otra tienen distinto origen y estructura y aún conducen a soluciones diferentes.

Para sustentar esta censura, el recurrente rebate las conclusiones fácticas que los jueces elaboraron en las dos instancias después de cumplir con el análisis del acervo probatorio, porque aspira a que se le dé credibilidad a la versión de los testigos a quienes les fue negada esa veracidad y se le retire a los que la obtuvieron.

De esta manera, lo que el impugnante prescnta como reproche es una inconformidad con el análisis probatorio testimonial, totalmente ajena a algún error de actividad, irregularidad sustancial que oscurezca el debido proceso. Por ello, no hay lugar a un pronunciamiento de fondo y el cargo será desestimado, pues resulta totalmente ilógico que la Corte entre a suplir la función evaluadora de las instancias para dilucidar si hubo vicios de procedimiento.

Segundo cargo de nulidad.

El vicio que aquí denuncia el censor se habría consolidado por violación del artículo 29 de la Constitución Nacional por la deficiencia o inidoneidad de algunas de las pruebas recaudadas.

Del marasmo de argumentos que reúne el impugnante, se logra vislumbrar que acusa una violación al principio de la investigación integral porque el procesado fue enviado a Medicina Legal a que le practicaran un examen

siquiátrico, sin que previamente se le hubiera tomado una prueba de alcoholemia, a pesar de que los jueces reconocieron que en el momento de los hechos se encontraba embriagado. Y por su parte, el experto, después de meses de ocurridos los hechos se atreve a decir que el implicado se encontraba embriagado.

Como lo advierte el Procurador, el cargo está basado en el supuesto de que el examen de alcoholemia habría demostrado un estado de inimputabilidad transitoria del procesado en el momento de ejecutar el hecho: sin embargo esa es una hipótesis absolutamente incierta, porque aún conociéndose el grado de embriaguez, no es posible deducir con carácter de necesidad la inimputabilidad. Por otra parte, se observa que el demandante confunde conceptos como el de embriaguez con el de trastorno mental y con el de inimputabilidad, todos los cuales, bien pueden concurrir, como bien puede suceder que no. Es lo que sucedió en este caso, en el cual se estableció testimonialmente la embriaguez y con base en ese tipo de prueba, que contenía referencias al proceder que asumió el examinado, más la entrevista personal con éste, el perito dictaminó que no se produjo un trastorno mental que hubiera producido un estado de inimputabilidad.

De otra parte, *la investigación integral no puede ser entendida ni lo ha sido, como la necesidad de allegar y practicar todas las pruebas que puedan surgir en las mentes de los jueces o los sujetos procesales, sino aquellas que son conducentes y pertinentes a los objetivos de la acción penal, siempre y cuando se encuentren al alcance de los medios que están a disposición del instructor.* Lo que parece haber olvidado el demandante, pues en su crítica no toma en cuenta que los hechos ocurrieron en la Inspección de Policía de Santa Cecilia, del municipio de Paratebueno, en donde la instrucción la ejerce, las más de las veces desde su escritorio, un juez promiscuo municipal y no una oficina de la fiscalía con mayores recursos e infraestructura investigativa o con la colaboración de otras entidades especializadas. Por tanto no fue el capricho, ni la desidia ni la negligencia de los funcionarios la causa de que a Pablo Antonio Bohórquez no se le hubiera practicado un examen de alcoholemia. Pero, por lo demás, esa omisión tampoco llegó a conculcar el debido proceso, porque no era la única vía para dilucidar si el homicida se encontraba en estado de inimputabilidad; se acudió a otros elementos probatorios y con ellos se logró establecer que nunca perdió su capacidad de comprensión de la ilicitud cometida y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Conviene dejar en claro que en la jurisprudencia citada por el libelista, la situación que se garantizó fue distinta, pues en ella se produjo un dictamen sin tener en cuenta la prueba de alcoholemia que ya se había recaudado, luego, tampoco le es aplicable una solución igual.

En estas condiciones, el cargo no prospera.

Este reproche se exhibe mal encuadrado dentro de la causal 3ª. De nulidad, pues como el mismo se sustenta en que la sentencia ha debido dictarse por homicidio culposo, y no doloso, era obligatorio para el censor acudir a la

causal primera de casación (art.220-1 C.P.P.) concretamente por violación indirecta: indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal y falta de aplicación del artículo 329 ibídem, dadas las consideraciones probatorias efectuadas por el demandante.

No es entonces acertado, reitérase, la referencia que aquél realiza al principio de favorabilidad , el cual, como se sabe, se remite es a una sucesión de leyes, que es del todo ajena a este caso.

Tercer cargo de nulidad.

Se demanda la no aplicación del principio de favorabilidad, referido a la nominación jurídica asignada a la conducta desplegada por el implicado, calificada como homicidio doloso en lugar de la modalidad culposa.

El principio de favorabilidad atañe al fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo y supone la alternativa de aplicar una u otra. Sin embargo no es esta la pretensión que el actor esgrime a través de este cargo, pues su aspiración es la de modificar la adecuación típica de la conducta, en su aspecto subjetivo, a través de la discusión del mérito probatorio declarado por los sentenciadores. Esto traduce el antitecnicismo en la formulación del cargo, por cuanto el enunciado de la censura es totalmente ajeno a los argumentos que se esbozan para demostrarlo.

Cuarto cargo de nulidad.

Por la vía de la nulidad legal, el casacionista atribuye al sentenciador de segundo grado un error en la denominación jurídica de la infracción, habida cuenta que fue calificada como homicidio doloso cuando debió serlo como homicidio culposo, pues todo el proceso apuntaba a demostrar la presencia de una culpa sin previsión o culpa inconsciente; hipótesis que excluye la fuerza mayor o el caso fortuito.

El error en la denominación jurídica de la infracción cometido en la providencia calificatoria (auto de proceder) era una situación que estaba contemplada como causal de nulidad en el Decreto 409 de 1971 y aun cuando en la legislación vigente ha desaparecido como causal específica de casación, es indudable que mantiene esa capacidad de viciar la actuación por alterar la estructura del proceso. Por ello, su discusión a nivel de esta sede, procede por la causal tercera de casación.

Pero como para demarcar el alcance de este fenómeno procesal no basta con invocar cualquier equivocación de quien acusa, conviene memorar la definición que a través del tiempo ha mantenido la Sala respecto a este fenómeno procesal. Es así como en Sentencia del 17 de octubre de 1977, se dijo:

> La nulidad a que se refiere el numeral 5o. del art. 210 del C. de P.P. consistente en haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, se hace patente en la no coincidencia del caso concreto con la situación de hecho condicionante de la norma sustancial que describe el delito, en su forma general y abs-

tracta. De suerte que el error debe expresar un nomen iuris que no corresponde a la forma delictiva que conforman los hechos probados en el sumario. Nombre jurídico que de acuerdo con el art. 483 del C. de P.P., en la parte resolutiva del auto, "...se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título, cuando este no se divida en capítulos como homicidio, lesiones personales, robo, estafa; sin determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable...". Esto significa que el llamado error de calificación a que se contrae esta nulidad, tiene que recaer sobre la denominación genérica de la infracción, según la ley. Y, a contrario sensu, que no existe nulidad cuando la equivocación versa sobre la especie particular que, dentro del género delictivo, se le señala al ilícito".

Esta interpretación ha sido corroborada en múltiples oportunidades según puede confrontarse en sentencias como las proferidas por esta Sala el 6 de mayo de 1980 (M.P. Dr. Serrano Abadía); 7 de mayo de 1980 (M.P. Dr. Reyes Echandía); 29 de julio de 1982 (M.P. Dr. Fiorillo Porras); 6 de diciembre de 1983 (M.P. Dr. Reyes Echandía); 6 y 22 de noviembre de 1984 (M.P. Dr. Reyes Echandía); 20 de junio de 1989 (M.P. Dr. Martínez Zúñiga).

Y no es cierto, como lo afirma el recurrente, que la sentencia del 11 de marzo de 1986, en la cual intervino como ponente el Honorable Magistrado Aldana Rozo, el criterio jurisprudencial hubiera cambiado, por cuanto la sentencia que él cita decidió sobre la inconsonancia entre la sentencia y el auto de proceder. Y muy al contrario de lo afirmado por el demandante se dejó a salvo la tesis jurisprudencial, cuando en tal oportunidad expresó:

"En este orden de ideas la primera petición formulada en la demanda de casación estaría llamada a prosperar; no obstante, advierte la Sala que en el auto de proceder se incurrió en causal de nulidad que, oficiosamente, debe ser declarada por esta Corporación. No se trata de nulidad legal consagrada en el numeral 5o. del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por error relacionado con la denominación jurídica de la infracción, sino de nulidad de carácter constitucional por violación de formas sustanciales del proceso, originadas en la ausencia de precisión de cargos en el auto de proceder". (Se subraya).

En estas condiciones, el casacionista no podía atacar la forma de culpabilidad que seleccionaron los juzgadores para el delito de homicidio para que se cambiara por otra, por cuanto se trataba de la misma conducta delictiva, caso en el cual no se configura un error en la denominación jurídica de la infracción, susceptible de estructurar una nulidad. Luego, tampoco en este caso la Sala se pronunciará de fondo, y el cargo será desestimado.

Quinto cargo de nulidad.

Esta censura se basa en el reproche por la omisión en la práctica de estas pruebas: un cuestionario sobre el estado de embriaguez de Pablo Antonio Bohórquez, la remisión de éste a medicina Legal para que dictaminara el

grado de alcoholemia, y el sometimiento a la prueba de absorción atómica del procesado, de Orlando Pérez (occiso), Juan Santos Martínez y Luis Alberto Cruz.

Por limitaciones puramente prácticas en cuanto a infraestructura investigativa y el tiempo del que disponen los instructores para cumplir con el cúmulo de funciones a su cargo, no es arriesgado afirmar que casi ningún proceso llega a recaudar todos los elementos de convicción relacionados con todos los detalles que conforman los objetivos de la acción penal. Tampoco constituye objeto de la instrucción el agotamiento de la prueba, sino el recaudo de la suficiente para tomar la decisión que corresponde. Por ello, la exigencia de la investigación integral no llega a rebasar los linderos de las posibilidades reales de investigación, de conformidad con los datos que ella misma vaya arrojando. De ahí que no cualquier omisión probatoria estructure causal de nulidad, sino aquella que se traduzca en la conculcación de una garantía para un sujeto procesal. Esto ha llevado a la Sala a afirmar que:

> "los jueces no están en la obligación de practicar todas las pruebas que pudieran surgir de la investigación, y tampoco ordenar todas las que le sean solicitadas. El recaudo de cada elemento de convicción, depende fundamentalmente de su conducencia y pertinencia; por ello, en ocasiones, se puede perfectamente omitir la práctica de una prueba si se considera que el hecho cuya demostración se pretende, ya se encuentra suficientemente probado, siendo por tanto superfluo su ordenamiento". (Sent. agosto 2 de 1995).

De otra parte, es necesario reiterar lo expuesto en el cargo segundo, respecto a las condiciones de precariedad en que se encontraban los investigadores que asumieron las primeras diligencias, dado el lugar en que se cometieron los hechos, lo que impide aceptar las acusaciones que hace el demandante sobre la no voluntariedad de tales funcionarios para recaudar pruebas como la de deflagración atómica o la de alcoholemia; afirmaciones lanzadas a la ligera desconociendo los recursos criminalísticos que pudieran existir en el instante de los hechos y en los momentos subsiguientes y la presencia de peritos que auxiliaran oportunamente a los funcionarios judiciales.

Ahora bien, entre los datos que fueron llegando a la investigación se encuentra el de la embriaguez del implicado; elemento que hizo pensar a los instructores en la posibilidad de un estado de inimputabilidad, por lo que al efecto, la Fiscalía de Cáqueza, tan pronto recibió el diligenciamiento ordenó el examen siquiátrico de Pablo Antonio Bohórquez, el cual efectivamente cumplió el Instituto de Medicina Legal en Santa Fe de Bogotá, agregando el concepto solicitado, sin que se pueda calificar de deficiente solo porque no se envió un cuestionario sobre la embriaguez del procesado, ya que el objetivo era establecer su estado de imputabilidad.

En criterio del censor la práctica de la prueba de deflagración atómica era indispensable, por cuanto los datos procesales indicaban que varias personas tenían la mano en el arma cuando se eliminó a Orlando Pérez. No obstante,

olvidó el impugnante que esa circunstancia se conoció a medida que se fueron recaudando las versiones de los testigos presenciales, las cuales no fueron recibidas inmediatamente sino varios días después, pues el homicidio ocurrió al atardecer del 15 de mayo y las primeras declaraciones se tomaron a partir del día 18; luego, si es verdad que la prueba del guantelete hubiera podido contribuir en algo a establecer cómo ocurrieron los hechos, lo cierto es que ya era tarde para practicarla, sin descontar que se trata de una experticia orientadora pero no concluyente, por lo que su resultado no revela hechos indiscutibles.

Así las cosas, el demandante protesta porque no se allegaron pruebas que no era posible recaudar o que aún si se hubieran allegado no habrían modificado las conclusiones de los sentenciadores; punto que el demandante omitió desarrollar. Es de concluir, entonces, que no se observa ni la conculcación del derecho de defensa, ni el desconocimiento del debido proceso, porque el cargo será desestimado.

Sexto cargo de nulidad.

Esta vez, el libelista acude a la causal tercera de casación para denunciar la falta de defensa técnica, pero bien en esta oportunidad no yerra respecto de la vía apropiada para postular el cargo, tampoco logra demostrar la supuesta situación provocante de nulidad.

La argumentación del recurrente apunta a censurar a sus colegas de defensa por no haberla asumido en la forma en que ahora considera acertado, en lugar de puntualizar aquella inactividad que supuestamente dejó al procesado desprotegido ante la acción del Estado.

Tales críticas no llegan a poner de manifiesto violación alguna al derecho de asistencia jurídica del inculpado, pues cuando no carecen de fundamento, les falta la trascendencia que el inconforme les asigna. Es así como se queja porque quien ejercía la defensa nunca formuló una petición ante la segunda instancia, afirmación que resulta totalmente inadecuada, pues ante el *adquem* se surten recursos, pero no se despliega una acción investigativa que exija otra clase de actividad, y es obvio que si se surtieron los recursos de apelación de las resoluciones que resolvieron la situación jurídica del sindicado y la calificación del sumario, fue porque estuvieron debida y oportunamente sustentados. El defensor anterior, también sustentó la apelación de la sentencia condenatoria.

Igualmente acusa el censor a sus antecesores porque existiendo pruebas por practicar, no se solicitó en la instrucción ni en la etapa del juzgamiento. Esta imputación es totalmente inexacta, pues desde el alegato previo a la decisión de la situación jurídica del acusado, la defensa sí instó a la práctica de pruebas, aún en la etapa enjuiciatoria, en donde el juez de conocimiento ordenó unas y denegó otras. En estas condiciones no es pertinente ni exacto protestar por la omisión de pruebas, porque con sus pedimentos la defensa venía colaborando con la investigación, y si no reclamó la práctica de los otros medios, es de entender que no los estimaba necesarios.

En cuanto la defensa permaneció inerte y sin haber verificado citas, el actor ni siquiera precisa cuáles eran las que debían ser corroboradas. por tanto, tampoco explica la importancia de lo que esos elementos no allegados hubieran demostrado, ni la trascendencia que hubiera tenido sobre la decisión impugnada.

El demandante señala como falta de defensa no haber impugnado el auto que cerró la investigación, ni orientado la actividad profesional hacia el terreno de la nulidad, cuando es deber ético del abogado el de lealtad con la administración de justicia, por lo que le está vedado a un profesional del derecho utilizar infundadamente o con ánimo dilatorio las vías legales como los recursos y los incidentes. De más está decir que el libelista no explicó por qué el titular de la defensa debió acudir a esos procedimientos y por qué al no hacerlo se violó el derecho de defensa del encausado.

Otra de las fallas que el impugnante atribuye a sus predecesores menciona que, conforme lo estatuye el art. 268 del C.P.P., pretender que el defensor ha debido presentar el cuestionario para el dictamen neurosiquiátrico de Medicina Legal, por lo que éste se practicó en forma antitécnica y que de su contenido no se corrió traslado, a pesar de lo cual el apoderado tampoco impugnó su contenido ni aprovechó la oportunidad que tenía en el juicio hasta antes de concluir la audiencia pública para objetarlo, pedir su ampliación y aclaración.

Al respecto conviene tener presente que la formulación de un cuestionario, previo a una experticia, es un punto que depende del criterio del defensor, quien analizará si lo requiere o no. Por tanto, si el ahora impugnante tiene un criterio distinto de quien fungía como defensor cuando se realizaba la experticia, ello no significa ni que el último abandonara sus deberes profesionales ni que por ello se conculcaron los derechos del procesado. Igual argumento debe esgrimirse frente a la tesis de que el examen siquiátrico se practicó en forma antitécnica, porque si el casacionista basa esa deficiencia en la ausencia del examen de alcoholemia que tanto ha reclamado, pero esa no era la opinión del anterior apoderado, no se vislumbra una transgresión al derecho de defensa del implicado. Simplemente se trata de tácticas defensivas diferentes, pero jamás de ausencia de defensa.

Ninguna solución distinta le cabe al reparo por la ausencia de traslado del dictamen, pues, además de no constituir una irregularidad que produzca vicio de nulidad, se trata de una actividad ejercida a discreción de quien esté apoderando los intereses del procesado; perjuicio que en este caso no se vislumbra por parte alguna.

Así las cosas, tampoco este cargo está llamado a prosperar.

Séptimo cargo.

El casacionista demanda la sentencia que en este proceso profirió el Tribunal Superior de Cundinamarca por la causal primera, esto es por la violación

indirecta de la ley sustancial, mediante la comisión de errores de hecho por falsos juicio de identidad y de existencia.

Los primeros los deduce de la tergiversación de la prueba testimonial, en cuanto, supuestamente a algunos declarantes se les hizo decir lo que no afirmaron en el proceso. Sin embargo, cuando entra a explicar la hipótesis de error, el actor no desentraña una traición cometida por el sentenciador con respecto al contenido de cada una de las versiones que cita, sino que él mismo las interpreta y luego las confronta con las conclusiones del sentenciador.

Obsérvese cómo afirma que José Miguel Ruiz, José Antonio González Ladino, Nelson Prieto, Rafael Robayo, Alquimedes Pabón y Nubia Esther Flórez nunca excluyeron el forcejeo, la riña imprevista, ni el estado de embriaguez y que a pesar de ello, el juzgador les hace decir que Bohórquez disparó directamente contra Orlando Pérez.

Evidentemente es un argumento que no corresponde al tipo de error que se pregona por cuanto, *el falso juicio de identidad se estructura al modificar el contenido de la prueba; si es un testimonio, ocurre cuando se atribuye al declarante una afirmación que él no emitió o un sentido diverso al de la verdadera manifestación expresada*. No es lo que manifiesta el casacionista, quien ve distorsión entre la deducción que él mismo extrae de varias versiones sobre la concurrencia de ciertas incidencias que rodearon la ejecución del hecho y la conclusión judicial según la cual el procesado disparó directamente hacia la víctima.

En consecuencia, es manifiesto que la inconformidad se centra en el análisis probatorio cumplido en las instancias, porque las conclusiones de los funcionarios no concuerdan con sus propias hipótesis; método inhábil para formular un cargo en esta sede, por cuanto el resultado de la valoración de los elementos de convicción, no es forzado; por el contrario, surge de apreciación racional, pero personal que construye el administrador de justicia, sin que de esa decantación mental se derive una transgresión a la normatividad. Por lo demás, si existiera una base normativa susceptible de ser transgredida, que no es el caso de nuestra legislación, esa disonancia correspondería a un error de derecho por falso juicio de convicción.

La misma falla técnica comete el recurrente cuando pretende presentar el falso juicio de identidad cometido con el dictamen siquiátrico, porque intenta demostrarlo censurando las conclusiones que de él obtuvo el juez, en contra de lo que la defensa hubiera querido que se concluyera, esto es que el delito cometido fue un homicidio culposo y no doloso.

Finalmente, el censor acusa al sentenciador de segundo grado por el error de hecho por falso juicio de existencia que para él se estructuró porque calló sobre la declaración de Luis Alberto Cruz y el texto de la inspección judicial que excluyen el homicidio doloso. Y también porque encontró razonable la experticia de Medicina Legal que señaló a Pablo Antonio Bohórquez como

persona que sabía lo que hacía, a pesar de que no había prueba de los elementos del dolo, ni prueba de guantelete y que no se ordenó compulsar copias contra los testigos Cruz, Aguirre, González, o Nubia Flórez.

La sola presentación del reproche, deja al descubierto que el demandante volvió a incurrir en la equivocación de intentar la demostración de falsos juicios de existencia con base en criterios personales de valoración probatoria, pues en ningún momento llegó a establecer que el sentenciador ignoró alguna prueba obrante en el proceso que, de haber sido evaluada, habría cambiado la fundamentación de la condena, como era deber del casacionista.

Antes de concluir este pronunciamiento la Sala considera necesario advertir que una demanda de casación, verdaderamente jurídica, no contiene más que lo que se requiere para demostrar la causal que se alega. Todos los comentarios marginales, los sarcasmos, las glosas a jurisprudencias impertinentes al caso planteado, la transcripción de piezas procesales no objetadas, las censuras a providencias no involucradas en la incursión del error denunciado, son un remanente inútil. Una demanda seria debe referirse, concreta, estricta y fundadamente a la causal que se invoca y se trata de demostrar, porque así lo exige la ley en el artículo 225 del C.P.P..

Lejos de concretarse a la causal y el motivo demandados, aquí el censor se pierde en afirmaciones cuando no indefinidas, muy alejado del contenido del proceso, y como en ello abandona lo que constituía su deber de censurar, es claro que, los cargos no prosperan.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, (no hay firma); *Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION-Resolución de situación jurídica/
DEFENSA TECNICA-Criterios de valoración

1. La ausencia de notificación personal de la providencia de situación jurídica al defensor del procesado Hernández Velásquez, no constituye ningún agravio a la defensa, pues, de conformidad con los artículos 188 y 190 del C. de P. P., tal forma de comunicación sólo era inexorable respecto del Ministerio Público y el sindicado privado de la libertad, y así se cumplió, siendo procedente la notificación por estado respecto de los demás sujetos procesales que no pudieron integrarse personalmente en el contenido de la resolución (fs. 115 y 116).

2. Dado que la labor defensiva de asistencia al procesado, idiomática y jurídicamente, significa un despliegue de medios o esfuerzos encaminados a mejorar la situación de aquél, la jurisprudencia de esta sala ha repudiado la pasividad del defensor, de tal manera que no basta la designación o reconocimiento de un profesional del derecho en el proceso, sino que se exigen de su parte actos para que la defensa sea real y efectiva y no se quede en el plano de lo nominal e ilusorio, pues sólo así se satisface la dialéctica propia del proceso. Por ello, la Corte también ha estimado que la dinámica de la defensa técnica debe cubrir funciones tales como la comunicación permanente con el sindicado, la asistencia a los actos de defensa material (indagatoria, reconocimiento en fila de personas, declaraciones con reconstrucción de hechos, sentencia anticipada), examen de las actuaciones y control de las mismas, reclamo de la libertad cuando sea procedente, petición y ofrecimiento de pruebas, proposición de diligencias, presentación de alegatos de defensa e interposición de recursos (sentencias de 23 de noviembre de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel; 18 de septiembre de 1997, M. P. Fernando Arboleda Ripoll; y 3 de junio de 1998, M. P. Dídimo Páez Velandia).

También ha precisado la jurisprudencia que es difícilmente mensurable la actividad defensiva, máxime si la valoración se ensaya desde la perspectiva del juez como tercero imparcial, porque aquella siempre es parcial, y entonces resulta arriesgado tratar de enmarcar la defensa al gusto del juzgador. No es fácil detectar si algunos silencios y expectativas del defensor obedecen a una "estrategia defensiva"; pero, de todas maneras, objetivamente sí puede afirmarse que no siempre la mejor defensa es

aquella que atiborra el proceso de peticiones y recursos, sin cuidarse de la pertinencia, que insinúan más un propósito dilatorio que defensivo, pero igualmente tampoco puede reputarse como estratégico el marcado abandono de la causa encomendada.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 165 Proceso No. 11040

VISTOS

En virtud del recurso extraordinario de casación, la Sala revisa la sentencia de segunda instancia fechada el 30 de marzo de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la condena impuesta a los procesados Walter Hernández Velásquez, Anselmo Reyes, Luis Enrique Molano Ospina y Jorge Piedrahíta Pacheco, quienes fueron acusados por el delito de acceso carnal violento cometido en contra de la libertad y el pudor sexuales del señor José Vásquez Alarcón.

Se cuenta con el concepto previo del Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

José Vásquez Alarcón había sido confinado en el patio 3, celda 1 de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué, sindicado del delito de hurto, lugar en el cual fue sorprendido por algunos de sus compañeros de reclusión a la una de la mañana del día 7 de julio de 1993, quienes procedieron a amarrarlo y después lo accedieron carnalmente por vía anal. Aproximadamente a las 4 y 30 horas del mismo día, todavía maniatado el ofendido, los violadores lo sometieron al acceso por vía oral, obligándole a que consumiera el semen desprendido en ilícita cópula.

Fueron señalados como coautores de estos hechos los internos Walter Hernández Velásquez, Anselmo Reyes, Luis Enrique Molano Ospina y Jorge Piedrahíta Pachecho.

En razón de la denuncia escrita presentada por el ofendido José Vásquez Alarcón, se abrió formalmente la investigación por una fiscal delegada ante los jueces penales del circuito del lugar, funcionaria que vinculó por medio de indagatoria a los imputados Anselmo Reyes, Jorge Piedrahíta Pacheco, Luis Enrique Molano Ospina (a. Chilgua) y Walter Hernández Velásquez o "Jorge Niño" (fs. 4, 70, 82, 85 y 87).

El día 2 de agosto de 1993, la funcionaria instructora decidió la situación jurídica de los cuatro vinculados, a quienes les profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como coautores del delito de acceso carnal violento, agravado por el concurso de personas en el hecho, de conformidad con los artículos 298 y 306-1 del Código Penal (fs. 105).

Cerrada la investigación y agotado el traslado legal, la fiscal calificó el mérito del sumario en providencia del 22 de octubre de 1993, según la cual los cuatro sindicados recibieron acusación por el delito antes indicado, con la circunstancia de agravación expresada, pero en concurso de hechos punibles surgido por la repetición del acto carnal violento en la misma víctima (fs. 186 y 202). Esta decisión quedó ejecutoriada el 25 de noviembre de 1993 (fs. 221v.).

Para la fase del juicio asumió el conocimiento el Juzgado Décimo Penal del Circuito de la misma ciudad, despacho que abrió el plenario a pruebas el 3 de diciembre de 1993 y ordenó algunas diligencias por medio de auto del 11 de febrero de 1994 (fs. 224f. y 258v.). Realizada la audiencia pública, el juzgado de instancia dictó sentencia el 19 de agosto de 1994, en razón de la cual condenó a los procesados Anselmo Reyes, Luis Enrique Molano Ospina, Walter Hernández Velásquez y Jorge Piedrahita Pacheco, como coautores de un concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, los tres primeros a la pena principal de 46 meses de prisión, y el último a la de 44 meses de prisión; igualmente, les impuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual a la respectiva pena privativa de la libertad y, solidariamente, los declaró responsables de la obligación civil resarcitoria en cuantía equivalente a 60 gramos oro; por último, negó a todos los condenados el subrogado de la condena de ejecución condicional (fs. 363 y 375).

Por obra del recurso de apelación, el Tribunal Superior de Ibagué dictó la sentencia de segundo grado que ahora es objeto de impugnación extraordinaria, según la cual se confirmó todo lo decidido en primera instancia (cuaderno del Tribunal, fs. 58).

Interpusieron el recurso de casación los procesados Anselmo Reyes y Walter Hernández Velásquez, pero sólo el defensor del último presentó la respectiva demanda de sustentación.

Reseña de la Demanda

El actor aduce tres cargos en contra de la sentencia:

1. El primero lo presenta como violación indirecta de la ley por error de hecho en la valoración de la prueba, que, según lo indica, es la tercera modalidad de esta clase de yerro. Explica que, en relación con el dictamen proferido por el médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Tribunal ha distorsionado su sentido, porque le ha hecho producir efectos probatorios no derivados de su contexto y, correlativamente, ha desestimado su verdadero valor y alcance para demostrar la inocencia de su defendido.

Cita textualmente una parte del dictamen médico legal y también lo pertinente del texto de la sentencia, con el fin de concluir que el fallador ha tergiversado el sentido de la prueba, que a las claras muestra la ausencia de violencia y, por ende, también la existencia de consentimiento del denun-

ciante José Vásquez Alarcón para que lo accediera carnalmente Luis Enrique Molano Ospina, su compañero de celda. Explica que de dicha prueba científica se infiere que la víctima es una persona dada a ofrecer la satisfacción homosexual, conclusión bien distinta a la que enseña el fallador, porque no se habla en aquélla del desgarramiento que debía resultar por la penetración múltiple de varios órganos viriles, ni siquiera de cambios en el color natural de la cavidad anal, tampoco de señales de trastorno psicológico, sino de dos microscópicos desgarros.

Agrega que se han violado los artículos 247 y 273 del Código de Procedimiento Penal, el primero porque se dictó sentencia condenatoria a sabiendas de que la prueba pericial distorsionada no brindaba la certeza para hacerlo; y el segundo, en razón de que la apreciación del dictamen le exige al sentenciador tener en cuenta su firmeza, precisión y la calidad de sus fundamentos.

2. El segundo cargo se expone al amparo de la causal primera, de manera subsidiaria, como violación directa de la ley sustancial, ya que el Tribunal no aplicó el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 247 del mismo ordenamiento, según el cual en las actuaciones judiciales toda duda debe resolverse en favor del procesado.

El fundamento del ataque consiste en que el escaso acervo probatorio, aunado a una peritación que descarta la violencia y la pluralidad de autores en el acceso carnal, era suficiente para generar duda, máxime que la manifestación de la presunta víctima es insular y cobran fuerza de convicción las versiones de los sindicados. Es que no es posible obtener la certeza de la sola versión del denunciante, la cual debió ser comprobada y, por el contrario, resultó infirmada tanto por el dictamen como por la explicación de los procesados.

3. La tercera censura se presenta como nulidad por violación de la garantía de defensa técnica, dado que desde los comienzos de la actuación el procesado Hernández Velásquez ha carecido de una defensa profesional que hubiera podido mejorar su posición procesal. Aunque se le designó un abogado para la indagatoria, y solamente para dicha diligencia, diez días después se nombró al doctor José Raúl Porras Morales para que lo asistiera en todo el proceso, pero, posteriormente se dio posesión para el mismo menester a un tercero, el doctor Carlos Julio Forero Oviedo, actitudes que han sembrado confusión sobre quién ejercía legítimamente la defensa de Hernández Velásquez.

Mas, cualquiera fuere el abogado habilitado para ejercer la defensa de su pupilo, lo cierto es que a ninguno de los dos reconocidos en el proceso se le notificó la medida de aseguramiento proferida en contra de su defendido, ni tampoco la resolución de cierre de investigación, y solamente se vino a notificar la resolución de acusación al doctor Porras Morales, hecho que indicaba entonces que éste era el que continuaba con el encargo de oficio.

Con todo, la presencia del defensor en el proceso fue pasiva, porque se limitó a estampar su firma en dos o tres oportunidades, pero no solicitó ni

criticó la prueba, ni interpuso recursos contra decisiones tan graves y fundamentales como la resolución de acusación y la sentencia condenatoria, ni llevó alegaciones defensivas a la actuación procesal. Es decir, se trata de una total ausencia de defensa técnica, algo meramente formal o una "hipócrita fachada defensiva". Toda la carga defensiva, agrega, corrió por cuenta del procesado, quien, como es obvio, no podía proveerse de los recursos técnico-jurídicos para la demostración de su inocencia.

Así las cosas, el proceso se reveló como la actividad de un solo sujeto procesal, el fiscal, quien para acusar actuó con toda la libertad y sin la menor crítica defensiva.

Como concepto de violación, el censor expone que se han desconocido los artículos 29 de la Constitución Política y 1° del Código de Procedimiento Penal, a cuyo tenor la jurisprudencia ha dicho que no basta a los fines de la defensa la designación de un abogado que sólo comparece al proceso a avalar una decisión, sino que debe hacerlo para ejercer una defensa real, material y técnica.

Solicita, en consecuencia, que se declare la nulidad de lo actuado, a partir de la resolución de situación jurídica, por haberse violado el derecho de defensa consagrado constitucionalmente como de carácter fundamental.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado dice que por razones de prioridad se ocupará en primer lugar del cargo de nulidad y pasa a ofrecer el siguiente parecer:

1. En cuanto a la resolución que impuso medida de aseguramiento, por ser interlocutoria, sólo era imperativa su notificación personal al sindicado Hernández Velásquez, que estaba privado de la libertad, de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Penal, mas no era obligatoria tal forma de comunicación a su defensor.

Ahora bien, en caso de existir alguna omisión, ella no tendría trascendencia dañina en el campo de las garantías procesales, en razón de que la situación jurídica no tiene carácter definitivo y sería removible o modificable en cualquier tiempo por petición del defensor.

Respecto de la notificación del cierre de investigación, dice el Procurador, se trata de una falsa referencia del actor, porque, según el acta de folios 186, ella se hizo personalmente al abogado Carlos Forero Oviedo, quien fue designado como defensor de oficio del procesado en la creencia errónea de que carecía de él, cuando en verdad oficiaba como tal el doctor José Raúl Porras Morales.

Tampoco es suficiente la confusión aludida respecto del defensor, porque el primero de ellos sólo se notificó del acto de cierre de investigación, pues las demás actuaciones relevantes se comunicaron al profesional que venía ejerciendo en la fase sumarial, máxime que todo se debió al sano propósito de enmendar una eventual infracción al derecho de defensa.

Sin embargo, agrega el Delegado, lamentablemente para la actuación procesal asiste razón al impugnante en cuanto a que la defensa del profesional Porras Morales fue paupérrima, pues no se preocupó por ejercitar el derecho de contradicción, ni de controvertir las decisiones judiciales, y apenas sí se limitó a una intervención vaga en la audiencia pública, ya porque su participación era obligatoria.

Aunque entiende que no existe una medida o rasero para sopesar la actividad de los defensores, porque definitivamente el juicio debe ser objetivo y particularizado, no puede ocultar que en este caso el campo probatorio ni siquiera se exploró, la prueba quedó limitada a las versiones de los compañeros de celda, la del propio ofendido y a las pruebas periciales practicadas al último, que tampoco fueron objetadas. De igual manera, se vislumbra la carencia absoluta de alegaciones procesales por parte del abogado de oficio y también se echa de menos la interposición de recursos en contra de las decisiones judiciales adoptadas, lo cual hace notoria la negligencia en el ejercicio de la función encomendada.

Admite que es absoluta la importancia de la prueba que condujo a la condena, sobre todo el dictamen pericial y la declaración del ofendido, pero advierte que ello se debió fundamentalmente a que nada se hizo defensivamente para rebatirla, o ampliarla en el caso de la técnica, pues, sugerida la homosexualidad de la víctima, el defensor pudo solicitar las declaraciones de los anteriores compañeros de celda o de patio de Vásquez Alarcón, o pedir ampliación del primer dictamen aportado sobre un supuesto acto consentido, aspectos que por no haberse tocado dieron al traste con una mejor labor defensiva.

Pero la apatía del titular de la defensa llegó al extremo de no impugnar la sentencia condenatoria, ni tampoco acudir a la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación en el Tribunal de Ibagué, programada a instancias de otro colega en la causa, diligencia a la que sí asistieron los demás defensores para coadyuvar la petición del recurrente.

Cita en aval de propuesta la decisión del 23 de noviembre de 1995, con ponencia del magistrado Ricardo Calvete Rangel, por medio de la cual la Sala advierte que no puede calificarse como "estrategia defensiva" la absoluta inactividad del abogado y el abandono de sus deberes profesionales.

Agrega que en el caso analizado no puede argüirse que la función defensiva se haya salvado por la intervención de audiencia pública, pues, además de haber sido brevísima y superficial, termina por pedir la absolución con base en vacíos de interrogatorio que se debieron en buena parte a su propia inercia en el curso de la actuación procesal.

Solicita entonces la estimación del cargo para que se decrete la nulidad parcial de la actuación, en relación con la situación del procesado Walter Hernández Velásquez, a partir de la resolución que definió su situación jurídica, sin incluirla.

2. Sobre el primer cargo, referido a la violación indirecta de la ley sustancial, aduce deficiencias técnicas porque todo lo que hace el censor es anteponer su criterio personal en cuanto a la valoración de la prueba pericial, cuando el examen de las instancias viene provisto de la doble presunción de legalidad y acierto.

Por lo demás, llegar a concluir que de dicha prueba pericial puede concluirse que no hubo violencia, o que de suyo demuestra una tendencia homosexual del ofendido, es algo que riñe con toda objetividad en su análisis. El censor se aplica a lo que debió decir el dictamen, solamente con el parcelado propósito de obtener una decisión favorable, pero la estrangulación de la prueba en realidad la hace él y no la sentencia atacada.

Sostiene que en el error de hecho por falso juicio de identidad debe señalarse objetivamente de qué manera el sentenciador le puso a decir a la prueba algo que no emerge de su contexto, o porqué se cercenó su contenido y además señalar la trascendencia del equívoco en la sentencia definitiva.

De otra parte, el actor no ha señalado si el supuesto error de hecho condujo a la falta de aplicación de algún precepto, o a su indebida aplicación, lo que de bulto imposibilita conocer adecuadamente la propuesta.

3. En cuanto al segundo cargo, propuesto como violación directa de la ley sustancial, el Procurador señala errores garrafales que hacen improcedente la objeción. En efecto, la sustentación pone en evidencia una entremezcla de las dos modalidades de la violación a la ley sustancial, pues se refiere concatenadamente a la censura probatoria que le sirvió de base al primer cargo, cuando por la vía de la transgresión directa no se admiten reproches alusivos a la prueba, precisamente porque la conculcación a la ley es directa o inmediata.

Más, otro presupuesto impide de facto la fructificación del cargo, porque la falta de aplicación del artículo 445 del C. de P. P., que consagra el instituto del in dubio pro reo, sólo ha de reconocerse como violación directa en la exclusiva eventualidad de que el Tribunal, pese a determinar un estado de duda probatoria en la sentencia, termina apartándose del precepto y produce una condena. Así lo ha definido la Corte en varias decisiones, particularmente en la sentencia del 10 de julio de 1991, con ponencia del magistrado Guillermo Duque Ruiz.

El Ministerio Público propone a la Corte que desestime los dos primeros cargos, pero recomienda que, en relación con el tercero, se case la sentencia en el sentido de decretar la nulidad aludida.

Consideraciones de la Corte

En razón de la regla práctica de la prioridad que rige en materia de casación, la Sala atenderá en primer lugar el cargo relacionado con la supuesta nulidad por violación del derecho de defensa técnica, censura que aparece como tercera en el escrito de demanda.

A. De la nulidad:

Es cierto que en la diligencia de indagatoria el sindicado Walter Hernández Velásquez estuvo asistido de oficio por el abogado Silvino Bermúdez Botero, quien después fue sustituido por el profesional José Raúl Porras Morales, designado éste por la Fiscalía en la misma calidad (fs. 87 y 138). También es verdad que la instructora se confundió cuando, tras no advertir que el cargo de defensor de Hernández Velásquez ya estaba provisto, hizo una nueva designación de oficio en la persona del abogado Carlos Julio Forero Oviedo.

Sin embargo, la doble provisión de defensa técnica, aunque equivocada, fue una situación transitoria, además no generó conflicto alguno entre los dos profesionales reconocidos en el proceso y tampoco le produjo ningún perjuicio a los intereses del sindicado. En efecto, la resolución de cierre de investigación sólo se notificó personalmente al doctor Forero Oviedo, en calidad de defensor del procesado Hernández Velásquez (fs. 186); en cambio, el resto de las actuaciones relevantes en el proceso, tales como las providencias de acusación, de apertura del juicio a pruebas y de fijación de fecha para audiencia pública y la sentencia de primer grado, se notificaron personalmente al doctor Porras Morales (fs. 219, 224v., 318 y 390).

Ahora bien, como lo repara el Procurador Delegado, *la ausencia de notificación personal de la providencia de situación jurídica al defensor del procesado Hernández Velásquez, no constituye ningún agravio a la defensa, pues, de conformidad con los artículos 188 y 190 del C. de P. P., tal forma de comunicación sólo era inexorable respecto del Ministerio Público y el sindicado privado de la libertad, y así se cumplió, siendo procedente la notificación por estado respecto de los demás sujetos procesales que no pudieron integrarse personalmente en el contenido de la resolución (fs. 115 y 116).*

Desde luego que el mayor énfasis de la alegada irregularidad se ha puesto en que la actitud pasiva del defensor técnico en el curso de proceso, pues, según se observa, no solicitó pruebas, ni criticó sus resultados, tampoco interpuso recurso alguno contra las decisiones fundamentales y adversas al procesado. La defensa técnica, en resumen, fue meramente formal y todo recurso defensivo corrió por cuenta del procesado.

En orden a proveer una solución dogmáticamente correcta y materialmente justa, es necesario partir de las siguientes premisas teóricas:

a) El derecho del sindicado a un defensor técnico libremente escogido por él, o subsidiariamente provisto por el Estado, es una garantía prevista tanto en el artículo 29 de la Constitución Política como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968, artículo 14.3.d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.d.e).

b) El carácter unilateral del ejercicio del poder punitivo del Estado exige, en aras de preservar el la igualdad de oportunidades dentro del proceso, que el sindicado tenga como defensor a una persona con un nivel básico de formación jurídica para compensar en algo la inferioridad en la que quedaría,

porque las más de las veces los imputados carecen de los recursos forenses que se demandan para defender una causa penal. Por tan elevada consideración del anhelado equilibrio entre las partes, la defensa técnica se ha establecido como un presupuesto de validez del proceso, y la falta constituye causal de nulidad, sin posibilidad de saneamiento, tal como lo prevén los artículos 304-3 y 308-3 del Código de Procedimiento Penal.

c) Aunque el defensor técnico cumple funciones de asistencia y representación de los intereses del procesado, no por ello deja de ser un sujeto procesal autónomo. Así entonces, los vacíos o las omisiones relevantes en el ejercicio de la defensa técnica no pueden colmarse con el pretexto de que hubo defensa material cumplida por el procesado, pues la Carta Política claramente prevé la concurrencia de los dos elementos: defensa y asistencia de un letrado. Con razón, el Código de Procedimiento Penal, en el título de los sujetos procesales, regula separadamente lo concerniente al procesado y el defensor (título III, capítulos III y IV).

d) En el mismo sentido constitucional, la defensa técnica (igual que la material) es ininterrumpida, porque obliga durante la investigación y el juzgamiento, de tal manera que las precariedades ostensibles y dañinas de la primera fase no podrían compensarse con la actividad de la segunda etapa, por más meritoria que ésta sea.

e) *Dado que la labor defensiva de asistencia al procesado, idiomática y jurídicamente, significa un despliegue de medios o esfuerzos encaminados a mejorar la situación de aquél, la jurisprudencia de esta sala ha repudiado la pasividad del defensor, de tal manera que no basta la designación o reconocimiento de un profesional del derecho en el proceso, sino que se exigen de su parte actos para que la defensa sea real y efectiva y no se quede en el plano de lo nominal e ilusorio, pues sólo así se satisface la dialéctica propia del proceso. Por ello, la Corte también ha estimado que la dinámica de la defensa técnica debe cubrir funciones tales como la comunicación permanente con el sindicado, la asistencia a los actos de defensa material (indagatoria, reconocimiento en fila de personas, declaraciones con reconstrucción de hechos, sentencia anticipada), examen de las actuaciones y control de las mismas, reclamo de la libertad cuando sea procedente, petición y ofrecimiento de pruebas, proposición de diligencias, presentación de alegatos de defensa e interposición de recursos (sentencias de 23 de noviembre de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel; 18 de septiembre de 1997, M. P. Fernando Arboleda Ripoll; y 3 de junio de 1998, M. P. Dídimo Páez Velandia).*

También ha precisado la jurisprudencia que es difícilmente mensurable la actividad defensiva, máxime si la valoración se ensaya desde la perspectiva del juez como tercero imparcial, porque aquella siempre es parcial, y entonces resulta arriesgado tratar de enmarcar la defensa al gusto del juzgador. No es fácil detectar si algunos silencios y expectativas del defensor obedecen a una "estrategia defensiva"; pero, de todas maneras, objetivamente sí puede afirmarse que no siempre la mejor defensa es aquella que atiborra el proceso de peticiones y

recursos, sin cuidarse de la pertinencia, que instruían más un propósito dilatorio que defensivo, pero igualmente tampoco puede reputarse como estratégico el marcado abandono de la causa encomendada.

Por ello, a partir de estas disquisiciones teóricas, en cada caso es preciso hacer un balance de la actividad del defensor profesional, no tanto por la contundencia de los resultados probatorios que llevaron a la sentencia condenatoria, pues, desde ese equivocado perfil a posteriori, cualquier defensa técnica (y aún la ausencia de la misma) estaría justificada y para nada contarían las posibilidades defensivas que se desperdiciaron en el curso de la formación de las pruebas, o de las decisiones y de todo el proceso en general. Sin embargo, en dicha ponderación sí cuenta el desarrollo y materialización del principio de investigación integral, conforme con el cual la búsqueda judicial debe ocuparse tanto de lo inculpatorio como de lo exculpatorio, no porque de esa manera pueda llegar a sustituirse la defensa en cualquiera de sus dos matices, sino porque la cumplida vigencia de dicho postulado en manos de los funcionarios judiciales sí puede explicar razonablemente cierta inactividad del defensor técnico.

El balance de la defensa técnica del procesado Walter Hernández Velásquez es el siguiente:

Fue asistido por un defensor letrado en las diligencias de indagatoria y reconocimiento en fila de personas (fs. 17 y87). El abogado de oficio fue notificado personalmente de las providencias de cierre de investigación, de acusación, de apertura del juicio a pruebas, de la que fijó fecha para audiencia y de la sentencia de primera instancia (fs. 186, 219, 224v., 318 y 390).

En la audiencia pública fue oído el testigo Héctor Rodrigo Angarita Rodríguez, uno de los reclusos que supuestamente sabía de las tendencias homosexuales de la víctima, y después del interrogatorio del juez, solamente intervino el defensor del procesado Hernández Velásquez para hacer dos preguntas exploratorias sobre el conocimiento anterior del ofendido y el tema de homosexualidad antes indicado (fs. 366).

Ahora bien, no obstante que al Procurador Delegado le parece que la intervención del defensor en la audiencia pública fue "brevísima y superficial", lo cierto es que allí, aunque sin el detalle y la extensión que se acostumbra en participaciones de mejor factura, aparecen manifestaciones defensivas pertinentes y precisas: aduce que la acusación sólo se ha edificado en el testimonio del ofendido, quien, por haber sido señalado como homosexual, ofrecería serios motivos de duda frente a la sana crítica; que era deber del Estado-jurisdicción averiguar por esa señalada debilidad homosexual que algunos imputados le atribuyeron al ofendido en el curso del proceso, mas, como así no se hizo, imperaría la aplicación del principio de in dubio pro reo en favor de su asistido, máxime que éste desde la indagatoria siempre negó cualquier contacto sexual violento con la víctima y sólo uno de los sindicados admitió una relación consentida de tal naturaleza, lo cual a su vez justifica

la presencia de semen y rastros de una cópula anal como resultado del examen realizado por el Instituto de Medicina Legal (fs. 368 y 369).

De otra parte, desde la óptica del desarrollo material del principio de investigación integral, se tiene que la funcionaria instructora ordenó un examen médico-legal del afectado, con el fin de establecer "si había sido accedido carnalmente, en caso positivo si dicho acceso es reciente o antiguo" (fs. 6). La prueba indicada en sí es potencial, porque puede arrojar resultados que eventualmente favorecerían o perjudicarían al imputado, pero lo que sí se advierte es que el instructor actuó con imparcialidad en su mente, pues quiso constatar la queja del ofendido pero también se cuidó de averiguar otros datos que descartaran una posible impostura de su parte. Y en verdad, el dictamen, también de manera objetiva, refiere que el examinado "presenta excoriación oblicua de 0.9 x 0.2 cm en el límite entre tercios medio y distal externos de antebrazo izquierdo"...; en el examen anal exhibe "dos pequeños desgarros superficiales de aproximadamente 0.2 y 0.3 cm cada uno a nivel de la 1 del meridiano", hallazgos físicos que eran sugestivos de acceso carnal anal; pero de todas maneras la valoración de la prueba quedaba deferida al funcionario judicial (fs. 38).

También se incorporaron a la investigación las diligencias internas practicadas por la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué, entre las que cuentan las declaraciones rendidas por los reclusos Luis Humberto Salcedo y Héctor Rodrigo Angarita, ajenos a cualquier imputación en los hechos investigados, y, por ende, garantía de una averiguación integral de lo ocurrido (fs. 8 y 9).

En el mismo tono de búsqueda imparcial, ya en la fase del juzgamiento, el juez de primera instancia ordenó los testimonios de los entonces internos Carlos Oviedo, Geovany Sánchez, Luis Humberto Salcedo y Héctor Rodrigo Angarita, pero sólo el último compareció a la audiencia pública para rendir una declaración que en nada favorece los intereses de los acusados (fs. 258v. y 259).

Así las cosas, es cierto que el defensor del procesado Walter Hernández Velásquez no solicitó pruebas, tampoco interpuso recursos en contra de las más importantes decisiones en este proceso, pero aceptablemente desarrolló la defensa técnica encomendada, porque, en primer lugar, cumplió una relevante función de control por medio del conocimiento personal de esas mismas determinaciones, y entonces no puede asegurarse que descuidó los intereses del procesado si no interpuso recursos, pues también los defensores, en medio de su ética y profesionalismo, pueden conformarse sensatamente con las providencias judiciales por la fuerza irrebatible de su contenido; en segundo lugar, de cara a la cumplida vigencia del principio de investigación integral, no puede afirmarse que el defensor abandonó la obligación de requerir pruebas de descargo; y, en tercer lugar, en la intervención de audiencia pública el profesional hizo tanto valoración probatoria como jurídica, cortas pero pertinentes y precisas.

Ahora bien, el casacionista y el Procurador Delegado están de acuerdo en que la labor defensiva pudo afinar recursos para que se estableciera en el proceso la referenciada presunta homosexualidad del ofendido, pero no advierten de qué manera la ausencia de una concreción de esa índole pudo haber perjudicado los intereses del procesado. Es que hipotéticamente, si tal referencia la hace el procesado en sus descargos y no existe prueba más contundente sobre los hechos, que la haga ver como un mero pretexto defensivo, la ausencia probatoria sobre esa supuesta debilidad de la víctima no podría sino favorecer al procesado, pues en nuestro sistema de administración de justicia rigen los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

En fin, de acuerdo con lo que dibujaba la investigación y lo que ya se había alcanzado a plasmar en el proceso, el recurrente y el Ministerio Público no atinan a decir cuáles eran esas otras declaraciones posibles y pertinentes que debió buscar la defensa técnica, y cuál su trascendencia para enrutar favorablemente el sentido de las decisiones a la situación del sindicado. No se sabe, por la precariedad de las objeciones, cuáles fueron los espacios que se dejaron en las pericias como para que el defensor pudiera cuestionar su integridad. No indican ellos cuál era el resquicio o la arista que hacían vulnerable la prueba pericial, ni cuáles eran las demás hipótesis válidas que podría haber cosechado el defensor en beneficio del sindicado.

Si mediante un esfuerzo ingente del defensor se hubiera llegado a demostrar la supuesta homosexualidad de la víctima, queda la inquietud de cuál sería la trascendencia de ese hecho en la desvertebración del hecho punible investigado o en la fuerza demostrativa de la prueba de cargo. Porque, si se tiene en cuenta el intento de desvirtuar que se hizo por medio del testimonio del interno Héctor Rodrigo Angarita Rodríguez (a. "Beto"), así no se haya producido a instancias de cualquiera de los defensores, el testigo, contrario a lo pretendido como defensivo, afirma que sí escuchó las voces de clemencia de la víctima, pero no pensó en algo serio sino que creyó en una "recocha" como las que se acostumbran en el centro carcelario (fs. 9).

El defensor no tiene poderes mágicos frente a la producción de la prueba, pues, así como lo hace el investigador oficial, él no puede inventarse mundos sino tratar de reconstruir hechos pasados a partir de razonables hipótesis explicativas, aunque con la diferencia de que, como su tarea es la de defender los intereses del procesado, siempre abrazará con mayor esmero las que favorezcan la causa que se le ha encomendado.

Se insiste entonces, en esta clase de investigaciones, que conducen a una prueba de cargo de manera relativamente fácil, por las evidencias inmediatas o la coruscante objetividad o mesura que se advierten en la notitia criminis o en la queja del ofendido, la inactividad del defensor hay que interpretarla a la luz de la realidad del principio de investigación integral, sin que ello signifique confundir los deberes del funcionario judicial con la actividad que le corresponde al defensor técnico, pues, en tales condiciones de regu-

laridad del procedimiento averiguatorio, resulta asaz arriesgado aseverar que la prueba de incriminación se consolidó por la ausencia de contradicción defensiva y no por el vigor de su nacimiento o formación.

No significa lo dicho que la garantía del contradictorio vaya a ser relevada por una investigación integral, pues, se repite, la realización y los resultados paulatinos de la última, simplemente explican la estrategia del defensor.

Se desestimará el cargo.

B. De la violación indirecta:

Tras advertir que el juzgador no ha ignorado la existencia de la prueba pericial, el censor sí afirma que se ha distorsionado su sentido, "se le ha reducido su alcance probatorio, se le ha hecho producir efectos probatorios no derivados de su contexto y, se ha desestimado su verdadero valor y alcance para demostrar la inocencia de mi patrocinado" (fs. 103 y 104, cuaderno de 2ª instancia). Más adelante agrega: "... postulo como fundamento de la violación indirecta por error de hecho en la modalidad de la indebida valoración de la prueba pericial por habérsele hecho producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto .." (fs. 104). Y refuerza: "Vemos entonces que el fallador ha distorsionado el sentido de la prueba, que a las claras, está evidenciando la ausencia de violencia, refleja el consentimiento dado por el denunciante José Vásquez Alarcón, para que su compañero de celda Luis Enrique Molano Ospina, alias 'La Chilgua', le accediera analmente, en la madrugada del día 7 de julio de 1993" (fs. 105).

Claramente el actor confunde dos operaciones diferentes de la actividad probatoria, pues una es la estimación material de la prueba y otra su sometimiento como pieza integral a los juicios de valor del juez para hacer inferencias respecto de lo desconocido. Aunque ambas falencias podrían encaminarse eventualmente por la estructura denominada "error de hecho como falso juicio de identidad", lo cierto es que el demandante no demuestra, si fuera la primera modalidad, el cercenamiento judicial del dictamen pericial al momento de apreciarlo, porque no indica cuál es la parte de la experticia que "evidencia la ausencia de violencia" o que "refleja el consentimiento" de la víctima para brindar la cópula anal a uno de los reclusos, pues, todo lo contrario, dicho medio de convicción se refiere a una leve escoriación en el límite entre los tercios medio y distal externos del antebrazo izquierdo y también dos pequeños desgarros superficiales en la cavidad anal.

Lo demás, como lo dice acertadamente el Ministerio Público, sería tratar de hacer eco de las manifestaciones subjetivas de desagrado del impugnante frente a las determinaciones valorativo-probatorias que soberana y racionalmente incumben al juzgador, aspecto que no está expuesto a discusión en sede del recurso extraordinario de casación, pues habría que demostrar previamente los ostensibles errores de hecho que hicieron del examen probatorio una mera apariencia o el encubrimiento de una arbitrariedad. En esta mate-

ria, se reitera, si el impugnante no hace tal esfuerzo demostrativo de tan lamentables vacíos, las decisiones de instancia están asistidas de la doble presunción de acierto y legalidad.

De otra parte, la censura además de equívoca contiene una razón insuficiente, porque, como con precisión lo sostiene el Procurador Delegado, se echa de menos en la demanda la indicación de las normas sustanciales presuntamente violadas, después de determinar el supuesto error de hecho, al igual que el sentido de dicha violación.

Tampoco prospera la censura.

C. De la violación directa:

En esta objeción se dice que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la duda debe resolverse en favor del procesado.

Cuando se invoca la causal primera de casación, en el sentido de violación directa de la ley sustancial, por lógica elemental la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que tal es un error de mera relevancia, porque en tal hipótesis el caso está indiscutiblemente individualizado por pruebas que tampoco se objetan, mas la duda sí existe en relación con la norma aplicable.

Es verdad que dejar de aplicar el artículo 445 señalado, que es norma evidentemente sustancial, comportaría una violación directa siempre que en la sentencia se hubieran sentado claramente las bases fácticas y valorativas para llegar a tal inferencia de duda, pero que, contrariando abiertamente las premisas, paradójicamente se concluye en un fallo de sentido condenatorio.

Por lo demás, la sustentación de este cargo es completamente dilógica, en la medida que el actor anunció la subsidiariedad y formulación separada del mismo, pero después lo ató a la "violación de hecho" alegada en el cargo anterior de violación indirecta. Después, el demandante profundiza la confusión y el contrasentido, cuando se empeña en discusiones probatorias del siguiente tenor: "... tenemos que del escaso acervo probatorio militante, por lo menos habría lugar al reconocimiento de la dubitación generada por la peritación médico legal que descarta una violencia y pluralidad de autores en el acceso carnal. A idéntica conclusión conduce el hecho de que la manifestación del presunto victimado aparece insular en el proceso y cobren fuerza de convicción las versiones indagatoriales de los sindicados" (fls. 107, cuaderno 2ª instancia).

Como se ve, en el curso de esta censura el censor repite los argumentos probatorios de la anterior y se empecina en una distinta valoración, aunque ahora sí señala la inaplicación del artículo 445 del C. de P. P. o apotegma del in dubio pro reo (como norma sustancial violada), pero igualmente se desentiende de la demostración de los errores de hecho o de derecho que pudo haber cometido el juzgador como medio para haber caído en la falta de aplicación del mencionado dispositivo fundamental.

Es obvia entonces la razón para negar esta última 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.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO-Falta de motivación de la sentencia/
FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA-Hipótesis

Cuando se plantea violación del debido proceso por defectos de motivación, ha sostenido la Sala, constituye carga para el censor demostrar que el fallo carece total o parcialmente de motivación, o que acusa una motivación dilógica o ambivalente.

La primera hipótesis -carencia absoluta de motivación-, se presenta cuando no se precisan las verdades fácticas y jurídicas que sirven de soporte a la decisión; cuando la motivación no alcanza a traslucir el fundamento del fallo, aquella se considera precaria o incompleta; y cuando la sentencia se cimienta en razones contradictorias y excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido, la motivación se considera anfibológica (cfr. entre otras, sentencia de 28 de abril de 1993, Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, y 5 de noviembre de 1997, Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 165 Proceso No. 11430

1. Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Luis Fernando Vélez Cardona, Armando Antonio Agudelo Restrepo y Nestor Jairo Cardona, a la pena principal privativa de la libertad de veinte (20) meses de prisión, como coautores del delito de hurto calificado y agravado.

2. Hechos y Actuación Procesal

Aproximadamente a las 7:45 de la noche del 13 de julio de 1989, por el sector de la calle Caracas con carrera Junín, de la ciudad de Medellín, Luis Fernando Vélez Cardona, Néstor Jairo Cardona y Armando Antonio Agudelo

Restrepo abordaron el vehículo taxi de placas TA-9331, conducido por Fernando Mesa Hernández, a quien solicitaron que los transportara a la fábrica de papeles Scott, localizada en la vía que conduce al vecino municipio de Itagüí. Al llegar al sitio acordado intimidaron con armas de fuego y cortopunzante al conductor, asumiendo ellos el control del vehículo. Como por fallas mecánicas no pudieron encenderlo, exigieron a la víctima su colaboración, logrando emprender la marcha. Poco después el vehículo presentó una falla similar, y cuando los agresores trataban de ponerlo en funcionamiento empujándolo, fueron sorprendidos y capturados por los miembros de una patrulla de la Policía que pasaba por el lugar.

Abierta la investigación por parte del Juzgado 58 de Instrucción Criminal de Itagüí, con fundamento en la denuncia formulada por Gildardo Mesa Hernández y el informe policial, los aprehendidos Luis Fernando Vélez Cardona, Néstor Jairo Cardona y Armando Antonio Agudelo Restrepo fueron vinculados mediante diligencia de indagatoria, y el 25 de julio de 1989 les fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el concurso de hechos punibles de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas, concediéndoles la libertad provisional (fs. 40-47).

Cerrada la investigación, el Fiscal Sexto Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Itagüí calificó el mérito probatorio del sumario el 12 de mayo de 1994, profiriendo resolución de acusación contra los prenombrados, como presuntos coautores de los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 62-71).

Los recursos de reposición y apelación interpuestos contra el proveído calificatorio por el defensor de los procesados, fueron resueltos en sentido negativo el primero, y confirmatorio el segundo, este último por un Fiscal Delegado ante los Tribunales de los Distritos Judiciales de Antioquia y Medellín, mediante providencia de 27 de octubre de 1994 (fs. 110-117).

El trámite de la causa correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito de Medellín, que, surtido el traslado para preparar la audiencia, celebró el debate oral, y el 3 de mayo de 1995 profirió sentencia condenando a Luis Fernando Vélez Cardona, Armando Antonio Agudelo Restrepo y Néstor Jairo Cardona, a la pena principal de veintiún (21) meses de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por período igual al de la sanción principal, al declararlos responsables del delito de hurto calificado y agravado, a la vez que los absolvió de los cargos formulados por el delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 192-204).

Contra el fallo anterior el defensor de los procesados interpuso el recurso ordinario de apelación. Una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín lo confirmó, reduciendo a 20 meses de prisión la pena inicialmente impuesta (fs. 215-226).

3. La demanda

El defensor de los tres procesados formuló sendas demandas, amparadas todas en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, al considerar viciada de nulidad la sentencia de segundo grado, "porque el *ad quem* no motivó en su fallo, la confirmación de la denegación del sustituto punitivo de la condena de ejecución condicional, incurriendo con ello en comprobada existencia de irregularidad sustancial que afecta el debido proceso".

En sustento de este único cargo, el actor destaca que en su momento oportuno, el defensor de los procesados interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, exponiendo su inconformidad con el juicio de reproche que por hurto se le hiciera a sus pupilos, y por el que se les condenó a la pena principal de veintiún (21) meses de prisión, con la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, beneficio deprecado de manera subsidiaria, por el recurrente en sus alegaciones de instancia.

El ad-quem al desatar la alzada confirmó en su integridad la sentencia objeto del recurso -agregó-, "pero limitándose únicamente a motivar la confirmatoria del juicio responsabilizante por el hurto; ya que no fundamentó de ninguna manera, la denegación del subrogado atrás aludido, siendo precisamente ese aspecto, uno de los causantes de la apelación".

De lo anterior concluyó que el Tribunal quebrantó el debido proceso, puesto que no revisó, en estricto rigor procesal, todos los aspectos impugnados, como lo ordena el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993). También atribuye a la sentencia el desconocimiento del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo ordinal noveno se establece que la concesión o negación de la suspensión de la sentencia debe motivarse con consideraciones serias, lógicas y objetivas, que muestren la posición conceptual del fallador al respecto (f. 265).

Al considerar que la nulidad alegada sólo afecta a la sentencia de segundo grado, solicita revocarla parcialmente para otorgar a sus prohijados el subrogado de la condena de ejecución condicional, "pues de acuerdo a las constancias procesales, se cumplen cabalmente, tanto los requisitos objetivos como subjetivos para concederle a éstos dicho sustituto punitivo reglamentado por el artículo 68 del C.P.".

4. El Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

El agente del Ministerio Público no consideró evidente que el recurrente en apelación del fallo de primera instancia hubiera sustentado la alegada disconformidad con la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional. En su sentir, sustentar debidamente un recurso, no comporta el mero enunciado de la disconformidad sobre un punto de derecho, sino

también, la exposición de las razones de hecho y de derecho por las cuales se aparta de la decisión del fallador.

Seguidamente destacó "las motivaciones lógicas y jurídicas" con las que el juzgador de primer grado denegó la concesión del subrogado, para, con cotejación de la providencia con la apelación interpuesta, deducir que los aspectos discutidos fueron resueltos en su totalidad por el fallador de segunda instancia, de tal forma que sobre ellos no se presenta discrepancia alguna en sede de casación.

Sobre la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional en el fallo de primer grado -reiteró el Procurador Delegado-, no aportó el recurrente las razones que motivaban su inconformidad, pues se limitó a sostener que podría hacer reparos al modo de razonar del juez en este punto concreto, pero finalmente omitió formular reproche alguno, y con ello, equivocadamente creyó dejar cumplida la sustentación del recurso interpuesto, cuando evidentemente no es así.

Con apoyo en varios extractos jurisprudenciales donde se establece el alcance de una adecuada sustentación y se descarta que con tal exigencia se niegue el acceso a la administración de justicia, el Procurador recuerda que la competencia del superior, tratándose del recurso de apelación, es limitada, pues el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal establece que "la apelación le permite revisar únicamente los aspectos impugnados...".

Y si el defensor de confianza no sustentó debidamente el recurso de apelación en el específico aspecto de la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, no puede admitirse que el Tribunal, al dejar de considerar este punto, haya lesionado el derecho constitucional al debido proceso, pues ese aspecto de la apelación no reunió los requisitos elementales de sustentación como para que el juzgador de segundo grado se ocupara de él. Además, el juez de primera instancia expuso argumentos para imponer la negativa del subrogado penal, siendo deber del impugnante, sustentar la apelación con bases objetivas de controversia tendientes a acreditar que efectivamente se daban los factores objetivo y subjetivos establecidos en el artículo 68 del Código Penal.

Al amparo de esas premisas, sugiere a la Sala no casar el fallo recurrido.

5. Consideraciones de la Corte

Procede en primer término advertir, que si bien han sido tres las demandas formuladas a nombre de igual número de procesados, en todas ellas, con idéntica argumentación, se denuncia el mismo desacierto, consistente en la existencia de una irregularidad sustancial en el fallo de segundo grado, por la omisión de fundamentar la confirmación de la denegación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional. Su estudio, dada la identidad del reproche, se emprende en forma conjunta.

Principio en la determinación del objeto del recurso extraordinario de casación, que la jurisprudencia no deja en destacar, ha sido el que las sentencias de primera y segunda instancia, proferidas con arreglo al debido proceso, conformen una unidad jurídica, en aquellos aspectos que no hayan sido materia de modificación. En el presente caso la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional por la primera instancia se mantuvo incólume, al no haberse suscitado en debida forma la controversia al respecto, pues en su oportunidad el defensor lo enunció como objeto del recurso, pero dejó de exponer las razones de su inconformidad, quedando el Tribunal relevado de reexaminar el punto.

El único tema que fue objeto de modificación en la sentencia de segunda instancia, lo fue la reducción de la pena impuesta, de 21 a 20 meses de prisión, habiéndose acogido, en consecuencia, la decisión del a-quo sobre la declaratoria de la responsabilidad de los procesados, la calificación jurídica de los hechos, la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, etc., es decir, en todos los restantes aspectos integrantes del fallo.

Al confirmarlo el de segunda instancia, se reitera, se integra una unidad inescindible con aquel, de tal forma que, la ausencia de motivación alegada por el casacionista, se excluye cuando el juzgador de primera instancia fundamentó racional y suficientemente la negación del aludido subrogado penal, quedando sin sustento, por ende, la presunta irregularidad en que apoya la solicitud de invalidación de lo actuado, y de proferimiento del fallo de sustitución otorgando a los condenados la suspensión de la ejecución de la sentencia, pretensión esta última inconsecuente con la causal tercera de casación invocada.

Cuando se plantea violación del debido proceso por defectos de motivación, ha sostenido la Sala, constituye carga para el censor demostrar que el fallo carece total o parcialmente de motivación, o que acusa una motivación dilógica o ambivalente.

La primera hipótesis -carencia absoluta de motivación-, se presenta cuando no se precisan las verdades fácticas y jurídicas que sirven de soporte a la decisión; cuando la motivación no alcanza a traslucir el fundamento del fallo, aquella se considera precaria o incompleta; y cuando la sentencia se cimienta en razones contradictorias y excluyentes que impiden conocer su verdadero sentido, la motivación se considera anfibológica (cfr. entre otras, sentencia de 28 de abril de 1993, Mag. Pon. Dr. Gustavo Gómez Velásquez, y 5 de noviembre de 1997, Mag. Pon. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Basta examinar las razones aducidas por el juzgador de primer grado -las que, se reitera, hizo suyas el ad quem-, para concluir que la negación del instituto cuya aplicación ahora se invoca en sede de casación, sí fue suficientemente motivada al considerarse insatisfechos los presupuestos subjetivos establecidos por el artículo 68 del Código Penal, deducción efectuada a partir de la gravedad y modalidades de la conducta criminal, que en criterio del juzgador de instancia, los hacen merecedores de tratamiento penitenciario:

"Dadas las especiales circunstancias que rodearon el ilícito por que se condenan: amenaza de muerte a la víctima, a quien amarran y vendan, amén de la pluralidad de sujetos, que causan alarma e inseguridad social, por política criminal cree esta judicatura que no son merecedores de la condena de ejecución condicional, por carencia de las exigencias subjetivas que para ello demanda el artículo 68 del Código Penal" (f. 203).

La omisión de estudiar ese tópico concreto por parte del juzgador de segunda instancia, que el casacionista expone como la irregularidad sustancial en que sustenta la impugnación extraordinaria, carece de fundamento, por cuanto el defensor de los procesados sólo enunció la inconformidad con esa concreta decisión, pero no expuso las razones de hecho y de derecho que desvirtuaran la conclusión del juez de la causa, quedando sin piso jurídico la exigencia de un pronunciamiento concreto por parte del ad-quem, sobre una decisión que el impugnante no controvirtió.

Los esfuerzos del defensor, como él mismo lo admite en el escrito de impugnación presentado en las instancias, y lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, estuvieron dirigidos a refutar la deducción de la responsabilidad de sus prohijados, limitándose, al final de su escrito, a "recordar -y no a controvertir- las razones dadas por el fallador" para negar el anhelado subrogado penal.

Y si no fue adecuadamente sustentada la inconformidad con la denegación de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, mal podía el Tribunal, sin desconocer la limitación que para desatar la apelación establece el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, emprender el estudio de un punto sobre el cual, por no haberse sustentado la impugnación, no se había trabado conflicto alguno que hiciera imperiosa su consideración.

Contrario a la realidad procesal, y por ende carente de fundamento se dibuja el reproche del censor, quien, sin tener en cuenta la omisión de la defensa letrada que en su momento interpuso el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, al enunciar sin exponer las razones de disenso, ahora, en sede extraordinaria pretende reprochar un aspecto de la sentencia que en estricto sentido no fue objeto de apelación.

La segunda pretensión del impugnante, cual es el proferimiento del fallo de sustitución en el que, una vez declarada la nulidad de la sentencia, se estudie por la Corte la procedencia del subrogado de la condena de ejecución condicional, traduce la fusión indiscriminada por parte del casacionista, de argumentos tendientes a demostrar un error *in iudicando* o de juicio, como lo sería la negación infundada del subrogado penal por falta de aplicación, aplicación indebida o errónea interpretación del artículo 68 del Código Penal, o por la preterición, suposición, tergiversación, o exclusión de prueba legalmente aportada o valoración de la ilegalmente aducida al proceso, con un error in procedendo o de actividad, configurado por la falta de sustentación de la confirmación de la negación del aludido subrogado penal.

Al respecto conviene reiterar que al decretarse en casación la nulidad por ausencia de motivación de la sentencia, la regla general es el reenvío de la actuación al funcionario de origen para que profiera la decisión de fondo que corresponda, preservando así el derecho que tienen todos los sujetos procesales de conocer la motivación del fallo, y, de ser adverso, controvertirlo a través de los recursos, pues si la Corte supliere la ausencia de motivación dictando el de sustitución correspondiente, se pretermitiría una instancia, como quiera que la motivación que hiciera la Corporación, en la que por ejemplo se podría incurrir en un error *in iudicando*, por razones obvias, jamás podría ser controvertida (cfr. sentencias de 7 de febrero de 1994, Mag. Pon. Dr. Guillermo Duque Ruiz, y 27 de agosto de 1998, Mag. Pon. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

La hipótesis prevista en el ordinal 1° del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal, cual es, en tratándose de la causal tercera de casación, quebrar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, como allí se establece, procede excepcionalmente, cuando la nulidad "afecte exclusivamente la sentencia impugnada". Y ha de entenderse, en aras de prohijar el equilibrio procesal y las garantías de las partes, que tal solución sólo resulta aplicable cuando la sentencia de sustitución no desfavorezca los intereses de alguno de los sujetos procesales, pues en tal caso, se reitera, no podría desconocerse a la parte afectada la oportunidad de controvertir la decisión adversa.

A la luz de las precisiones anteriores, la simultánea anulación de la sentencia por falta de motivación de la negación del subrogado, y el proferimiento del fallo de sustitución, sólo devendría procedente en el evento de concederse, en el fallo de casación, el instituto denegado en las instancias, pues tal determinación no resultaría adversa a ninguno de los sujetos procesales.

En conclusión, como las sentencias de primera y segunda instancia conforman una unidad en cuanto las razones del juzgador de primer grado para considerar insatisfechos los presupuestos subjetivos del artículo 68 del Código Penal, fueron compartidas por el ad-quem; y al no haber sido objeto de legal impugnación la negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, por la limitación de la competencia establecida en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, el superior no estaba obligado a revisar el punto, se descarta la irregularidad con que el actor pretende deducir la vulneración del debido proceso, y a partir de ella justificar la invalidación de la sentencia objeto de impugnación.

En consecuencia, 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 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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA-Procesado ausente

Se ha sostenido por la Corte que lo más óptimo en materia de defensa técnica es que el profesional solicite pruebas exculpatorias, controvierta las de cargo, se integre en el conocimiento de las decisiones judiciales y también las impugne, si es del caso; también, que la omisión persistente de tales deberes puede significar la frustración de la garantía constitucional. Mas, igualmente, se ha matizado que la ausencia de conductas activas del defensor en favor de los intereses del procesado, en la fase de la investigación, no siempre se concilia con la negación deliberada de la defensa técnica sino que es posible entender la actitud como de aceptación estratégica o sensata de la actividad probatoria realizada por el fiscal y del innegable estado de compromiso que revela la instrucción.

Dicho comportamiento defensivo, que se contenta con actitudes de expectativa y control, con frecuencia se detecta en los sumarios que han realizado el principio de investigación integral, conforme con el cual el funcionario judicial instructor, sin depender de peticiones de las partes o de manifestaciones defensivas, por iniciativa propia o a ruego debe investigar no sólo lo desfavorable sino también lo favorable a los intereses del procesado.

Es obvio que el procesado ausente tendrá mayores dificultades en su defensa material, pues puede ocurrir que la investigación integral no cubra datos que solamente él puede suministrar, como realizador de la conducta supuestamente delictiva.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 165 Proceso No. 12785

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de los procesados Tito Enrique Velásquez Sierra, Eparquio y Andrés Velasco Sierra, contra la sentencia de segundo grado fe-

chada el 24 de mayo de 1996, por medio de la cual el Tribunal Superior de esta ciudad condenó a los primeros a la pena de 41 años de prisión, como coautores del concurso de homicidio agravado y porte ilegal de armas, mientras que al último le impuso la de 40 años y 6 meses de prisión, por su compartida responsabilidad sólo en el delito contra la vida.

ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que dieron origen a esta investigación ocurrieron en la calle 189 con la carrera 24, barrio "Buenavista" de esta ciudad, el día 13 de junio de 1993, aproximadamente a las 9 de la noche, cuando algunos vecinos y amigos del suburbio se desplazaban por el lugar con el ánimo de llegar a la residencia de Juan Leyton para celebrarle su cumpleaños, pero en el camino fueron sorprendidos por tres (3) individuos que portaban armas de fuego cortas y abordaron agresivamente a Carlos Alberto Bejarano, Justo Pastor Villamarín Sánchez y Alberto Triana Morales, tres (3) de los participantes del grupo de viandantes, que además contaba con la presencia de Diana Lizeth Mahecha, Flor María Cárdenas Chitiva y Luis Eduardo Castellanos Ovalle, entre otros.

Pues bien, los atacantes intimidaron al primero de los interceptados para que hiciera flexiones de pecho, lo golpeaban con puntapiés y, al instante en que él reconoció a "Tito", le propinaron seis (6) impactos de arma de fuego que rápidamente acabaron con su vida por heridas de corazón y pulmón. Al segundo, los agresores le pusieron un revólver en la boca, después le ordenaron que corriera en compañía de la tercera víctima, y entonces descerrajaron varios disparos, uno de los cuales alcanzó a lacerar el dedo índice de su mano derecha.

A partir de la diligencia de levantamiento del cadáver, la misma noche de los hechos, se informó que los ofensores habían sido los hermanos Tito Enrique Velásquez Sierra (también mencionado como "Tito Velásco Sierra o Velasco Fierro"), Andrés y Eparquio Velasco Sierra.

Identificados los victimarios, la Fiscal Once Delegada abrió formalmente la investigación, al día siguiente de los hechos, y ordenó la captura de los imputados; pero, fallida la búsqueda, le correspondió a la Fiscal 95 Delegada disponer el emplazamiento y declararlos personas ausentes (fs. 17 y 65 a 69).

La señora Ana María Bejarano Bejarano, en su condición de madre del desaparecido Carlos Alberto Bejarano, fue admitida como parte civil dentro del proceso penal (fs. 63).

A finales del mes de octubre del mismo año, la instructora verificó que por las mismas calendas, el requerido Eparquio Velasco Sierra se hallaba privado de la libertad por la imputación de un delito de hurto calificado, a disposición del Fiscal 198 de la Unidad Octava de Patrimonio, razón por la cual se aprovechó la oportunidad para recibirle indagatoria dentro de este proceso y, conforme con la resolución del 23 de febrero de 1994, se ordenó la detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como coautor de dos (2) delitos de homicidio agravado, uno de ellos en el grado de tentativa (fs. 77, 92, 109 y 140).

Igual determinación detentiva se adoptó en relación con los otros sindicados, quienes continuaban en contumacia, de acuerdo con resolución del 25 de mayo de 1994 (fs. 284).

Dispuesta y tramitada la providencia de cierre de investigación, la fiscal instructora calificó el mérito sumarial el 5 de septiembre de 1994, por medio de resolución acusatoria emitida en contra de los tres (3) vinculados, como coautores de los dos hechos punibles señalados en la situación jurídica (fs. 334 y 392).

Al despachar el recurso de apelación interpuesto por uno de los defensores contra la resolución de acusación, la Unidad de Fiscalía ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca confirmó la decisión en la providencia del 25 de octubre de 1994, pero con la adición de que los acusados, además de los dos delitos contra la vida, debían responder en juicio igualmente por el injusto de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (cuaderno 2ª instancia Fiscalía, fs. 15).

La ejecutoria regular de la resolución de acusación -25 de octubre de 1994-, permitió al Juzgado 61 Penal del Circuito adelantar la etapa del juicio, tramo procesal en cuyo curso se cumplió la audiencia pública en varias sesiones y fue puesto a disposición el capturado Andrés Velasco Sierra (fs. 446, 531, 575, 635, 656, 678, 703 y 729).

De acuerdo con el fallo de primera instancia, proferido el 20 de noviembre de 1995, los acusados fueron declarados responsables de las tres (3) infracciones señaladas en la acusación de segundo grado, presupuesto a partir del cual se les impuso individualmente la pena principal de cincuenta y dos (52) años y seis (6) meses de prisión, además de la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años y la obligación económica de resarcir los daños ocasionados (fs. 744).

Por obra del recurso de apelación, el Tribunal revisó el fallo de primera instancia, según la sentencia de segundo grado que ya fue reseñada en el introito, oportunidad en la cual absolvió a los procesados por el delito de homicidio, en el grado de tentativa, que supuestamente había afectado la vida de Justo Pastor Villamarín Sánchez, y también exoneró a Andrés Velasco Sierra del cargo por porte ilegal de armas, razón por la cual se hicieron las detracciones proporcionales en la pena y la obligación económica impuestas. En lo demás, el revisor dejó incólume la decisión del a quo (cuaderno Tribunal, fs. 79).

Las Demandas de Casación

1. En favor de "Tito Velasco Pierro".

Cargo único: Causal de nulidad

El censor alega la invalidez de la actuación procesal, por cuanto el juez de primera instancia ordenó en el curso de la audiencia pública unas pruebas

solicitadas allí mismo por la representante del Ministerio Público, a sabiendas de que ellas no surgieron de las que se practicaron antecedentemente en dicha oportunidad procesal, ni tampoco tenían relación con los hechos investigados. De esta manera, dice el actor, se violó lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, en detrimento del debido proceso y del principio del sometimiento del juez al imperio de la ley, garantías que están previstas en los artículos 29 de la Constitución Política y 1° del Código de Procedimiento Penal.

Desde esta perspectiva, el actor recalca la "preeminencia jurídica" y la realización de la justicia basada en el principio de legalidad, de tal manera que si en los actos procesales no se observare lo dispuesto en las normas legales, se iría en contra del Estado de derecho.

En efecto, la Procuradora Judicial solicitó oficiar a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a las Alcaldías Municipales y Parroquias de las poblaciones de Briceño y Pauna en el departamento de Boyacá, con el fin de obtener documentos y registros relacionados con los nombres de "Tito Velásquez Sierra", "Tito Velasco Sierra", "Tito Velasquez Fierro" y "Tito Velasco Fierro". Mas, como estas pruebas no se derivaron necesariamente de otras practicadas en el mismo acto, ni eran tendientes al esclarecimiento de los hechos, la orden del juez en ese sentido era abiertamente ilegal.

Sostiene que si el hecho investigado era el de homicidio, la solicitud de informes a las mencionadas instituciones no tenía ninguna relación con él.

Después de reproducir las razones por las cuales en las instancias los funcionarios negaron la revocatoria del decreto de las mencionadas pruebas, asegura que existe una irregularidad que afecta la estructura del proceso, sin que sea menester referencia alguna al derecho de defensa, pues éste no fundamenta la causal invocada.

Impugna los dos fallos y depreca la nulidad de todo lo actuado en relación con el "condenado Tito Enrique Velásquez Sierra, quien no fuera emplazado".

Ahora bien, el defensor de los procesados Andrés y Eparquio Velasco Sierra presentó una sola demanda, pero se cuidó de hacer las respectivas discriminaciones en cuanto a circunstancias y cargos. Así:

2. En nombre de Andrés Velasco Sierra.

Cargo único: Causal de nulidad.

El censor propone el rompimiento del fallo aferrado a la idea de que la defensa técnica del procesado fue inverosímil durante la casi totalidad del trámite, aunque con mayor énfasis en el curso de la investigación, por cuanto el encargo se le hizo sucesivamente a dos abogados inexpertos, dotados solamente de una "licencia provisional o temporal", y que, cuando el acusado hubo de tomar partido para ejercerla, se vio frente a una suerte de "proceso breve y sumario diferente al que por ley correspondía", porque entonces to-

dos los actos defensivos se concentraron en la audiencia pública donde se interrogó al procesado, se decretaron la pruebas pedidas por el nuevo defensor contractual y después se dictó el fallo correspondiente.

En relación con la primera aseveración, destaca la inidoneidad de los profesionales que fueron nombrados como defensores, habida cuenta de su calidad de egresados recientes sin experiencia en el ejercicio profesional, lo que no ofrecía garantía alguna al inculpado, quien no obstante el perjuicio por la inactividad de los anteriores, finalmente nombró un defensor de confianza en las postrimerías del proceso, sin poder hacer efectiva su defensa; amén de que, una vez interrogado en la audiencia, las personas de las que solicitó testimonio no acudieron al acto, motivo por el cual debió soportar la acusación sin contradicción y el rápido proferimiento de una sentencia condenatoria, dentro de un procedimiento completamente alejado del ordinario que concernía al caso.

Agrega que desde el comienzo de la investigación o de la vinculación de Andrés Velasco Sierra, los defensores de oficio no ejercieron defensa alguna; no controvirtieron las pruebas durante la instrucción, ni siquiera hicieron actos de presencia, lo cual indica que el procesado estuvo privado absolutamente de la garantía, porque jamás puede apreciarse dicha inactividad como estrategia defensiva en quienes precisamente carecen de experiencia.

Los hechos resaltados, según opinión del censor, transgreden los artículos 1°, 7° y 22 del C.P.P., preceptos que permiten fundamentar el cargo en la causal de nulidad, con el fin de reponer lo actuado a partir del emplazamiento por medio del cual se vinculó al procesado al rito penal.

3. En beneficio de Eparquio Velasco Sierra

Cargo único: Violación indirecta de la ley sustancial.

En esta oportunidad, el censor se valc de la causal primera de casación para atribuir al Tribunal errores en la apreciación de las pruebas, lo cual supuestamente condujo a una injusta condena del procesado.

Al efecto, sostiene cómo no es cierto que el testimonio de Luis Eduardo Castellanos Ovalle, en lo concerniente a la participación en los hechos de Eparquio Velasco Sierra, haya sido corroborado por los dichos de Alberto Triana Morales y de Justo Pastor Villamarín Sánchez, pues, según las expresiones literales del censor, mientras el primero de los que supuestamente lo confirman adujo que uno de los autores era Jesús Velásquez -padre de Tito-, el otro ni siquiera identificó al procesado como partícipe, lo cual evidencia la manipulación interesada de dichas versiones por el joven Castellanos Ovalle, quien sí tenía motivos para querer perjudicar al procesado.

Plantea el actor un error en la apreciación conjunta de las pruebas, verificable a través del ejercicio consistente en que si eran tres los agresores -Tito, Andrés y Eparquio-, resulta inexplicable y fuera de contexto la referen-

cia histórica sobre la presencia de una persona mayor de 60 años de edad, como era el progenitor de Tito.

A partir de tal planteamiento, el censor advierte un estado de duda en favor del procesado, ignorado a pesar de haberse acrecentado con la declaración de Flor María Cárdenas Chitiva, cuando ésta afirmó que el tercer hombre llevaba puesta una cachucha, mientras que el testigo Villamarín Sánchez dijo que dicho individuo usaba un sombrero grande.

No es cierto entonces que la versión de Luis Eduardo Castellanos Ovalle haya sido corroborada por los dos testimonios mencionados, respecto de los cuales el sentenciador ni siquiera expone razonadamente su mérito, motivo por el cual no es certero situar autoría del delito de homicidio en Eparquio Velasco Sierra, ante la evidencia de que hubo apreciación errónea de los medios de convicción.

De la prueba surgida en el reconocimiento en fila de personas y del dictamen de balística forense, el demandante infiere igual denuncia en el sentido de que la descripción física dada por los dos testigos no coincide con las características corporales del procesado, el cual fue reconocido sin duda en razón de la previa información recibida por Villamarín Sánchez en el establecimiento carcelario donde se llevó a cabo la diligencia, falencia que aunada a las conclusiones de la prueba técnica -utilización de dos armas de fuego-, rechaza de plano la intervención armada de tres personas.

Con lo expuesto, el recurrente aduce la violación de los artículos 6°, 22, 247, 254 y 445 del Código de Procedimiento Penal y 21 del Código Penal, para reclamar a la Corte la casación del fallo y que profiera de inmediato otro de carácter absolutorio.

La Procuradora 16 en lo Judicial Penal intervino para hacer un análisis formal de las demandas presentadas y, en consecuencia, le sugirió a la Corte que admitiera las relacionadas con los hermanos Eparquio y Andrés Velasco Sierra, por satisfacer las exigencias formales; además que, ante falta de técnica, proponía el rechazo in limine del libelo exhibido en favor del procesado Tito Enrique Velásquez Sierra (fs. 180).

El concepto del Procurador

El Señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere que no son loables los argumentos de las demandas para casar el fallo, pero que sí es posible declarar de oficio la invalidez del proceso por la que en su opinión constituye la puesta en evidencia de que al procesado Andrés Velasco Sierra le fue violado el derecho a la defensa. Como sustento de su postura expone:

1. De la causal de nulidad planteada como fundamento de la demanda presentada en favor de "Tilo Velasco Fierro", encuentra el Procurador que está fuera de los límites impuestos por la técnica, ya que los ataques referidos a la aducción de las pruebas deben encauzarse por la violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de falso juicio de legalidad.

Por lo demás, el Juez en ningún momento desbordó el contenido del artículo 448 del C.P.P., si se tiene en cuenta que la práctica de las pruebas solicitadas por el Ministerio Público tenían como fin adquirir certeza sobre los verdaderos apellidos del procesado, petición por cierto hecha después de la intervención en audiencia de la señora Aleira Velasco Sierra o Velásquez Sierra, dentro de la declaración que se recibía a Modesto Pedraza Castro.

2. De la demanda formulada con la pretensión de que se invalide el proceso a partir del emplazamiento de Andrés Velasco Sierra, considera afectada la técnica en la medida en que no es correcto apuntar la nulidad desde el citado momento procesal, cuando existen ulteriores pruebas legalmente practicadas que sirven de soporte al trámite.

Aduce que tampoco es acertado entremezclar en este cargo por nulidad cuestiones relacionadas con otras causales, tal como se hace al afirmar que se dictó sentencia con base en "testimonios no controvertidos" y presunciones personales de deducción lógica mas no real, pues ello constituye tema de la causal primera, cuerpo segundo de casación y no de la tercera.

Frente al reparo sobre la falta de defensa, fundado en la inexperiencia de los abogados, considera que no es argumento de suficiente peso, habida cuenta de que, conforme con el artículo 31 del Decreto 196 de 1971, las personas con licencia temporal pueden actuar como defensores.

3. Sobre el falso juicio de identidad planteado en el libelo en favor del procesado Eparquio Velasco Sierra, lo califica de inepto para los fines propuestos, debido a que el censor, antes que demostrar error alguno, se limita a controvertir las inferencias probatorias del fallador, amén de que en su tarea evaluadora el juez de primera instancia sí tuvo en cuenta las posibles dicordancias existentes entre el testigo Castellanos Sánchez y los procesados, sin embargo ello no fue óbice para afirmar la responsabilidad de éstos.

Tal equivocación permaneció a lo largo de la exposición, en tanto que cuando el censor aborda la prueba de reconocimiento en fila ni siquiera asoma a la demostración de error alguno, solamente expone su propia apreciación de los hechos y los testigos; y tampoco corre mejor suerte en cuanto se refiere al dictamen de balística, en la medida que de su contenido se desprende que los proyectiles examinados fueron disparados por dos tipos de arma, pero de allí no se induce irrefutablemente que sólo dos de los implicados estuviesen armados, pues no dice la pericia que cada grupo de proyectiles correspondan al mismo instrumento, "sino que da opciones de armas de diferentes marcas con las mismas características". Por manera que, sin haber incurrido en errónea apreciación de la prueba de balística, la sentencia declaró que todos los sujetos que participaron en el hecho investigado portaban armas de fuego.

4. La nulidad oficiosa. Argumenta el Delegado que el procesado careció de defensa material y técnica durante la etapa de la instrucción, porque él se hallaba ausente y, a pesar de que estaba representado formalmente por un

defensor de oficio, éste no desplegó actividad jurídica alguna orientada al mejoramiento de la situación jurídica de su prohijado.

Después de un vistazo a la secuela del proceso, el Ministerio Público advierte que el abandono de la actuación por parte de la defensa de oficio asignada a Andrés Velasco Sierra, es la razón ofrecida para que se declare la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, pues el letrado ni siquiera se enteró de las providencias más importantes, hasta el punto que no fue posible hallarlo para notificarle la resolución acusatoria, motivo por el cual fue necesario designar otro defensor oficioso.

Como es evidente el desconocimiento del proceso por parte del defensor, la inactividad no puede ser atribuida entonces a una estrategia defensiva que excuse la nulidad, por lo que la garantía fundamental ha sido afectada y requiere su restablecimiento.

Consideraciones de la Corte

1. La demanda presentada en favor de "Tito Velasco Fierro".

El escrito contiene la petición de nulidad como único cargo. A partir de la consideración de que el juzgado de primera instancia decretó indebidamente unas pruebas solicitadas por el Ministerio Público en el acto de audiencia pública, el demandante pretende la invalidación de "todo lo actuado en relación al (sic) condenado Tito Enrique Velásquez Sierra, quien no fuera emplazado". Se dice que la decisión del juzgado violó el contenido del inciso 2° del artículo 448 del C. de P. P., según el cual podrán solicitarse y practicarse otras pruebas que emerjan de las que anteriormente se hayan evacuado en la misma diligencia, siempre que tengan relación con los hechos.

Con razón, el Procurador Delegado resalta una confusión del censor respecto de la vía escogida, porque si lo reclamado es la ilegalidad de la prueba, merced a que el juzgador haya admitido y conferido valor probatorio a ciertos medios de convicción que no podían aducirse, era necesario acudir a la causal primera de casación, como violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, en la modalidad de falso juicio de legalidad.

Ha reiterado la jurisprudencia que los yerros in procedendo en la composición de la prueba, no dan lugar a la nulidad del proceso, pues, por regla general (salvo la confesión en indagatoria), ellos solamente generan la desestimación del medio afectado, dado que, conforme con el artículo 29 de la Constitución Política, tales pruebas son "nulas de pleno derecho" o inexistentes.

Ahora bien, si en gracia de discusión se tolerara ese trastorno conceptual entre los grados probatorios y el desarrollo procesal, el cargo aún queda deficiente porque el censor no señala cuáles serían las repercusiones negativas de la prueba ilegalmente aportada en la situación jurídica de su defendido; es decir, el actor no precisa cuál sería el estado de la convicción judicial sobre la responsabilidad del procesado Tito Velásquez Sierra, si se hiciera abstracción de tales medios de convicción supuestamente ilegales.

Por otra parte, si los únicos medios probatorios afectados con irregularidad serían los que se aportaron en un momento preciso de la audiencia pública, a instancias del Ministerio Público, entonces tampoco explica el demandante cuál es la razón para pretender la invalidez de la actuación procesal desde el acto jurídico de vinculación del sindicado.

No es clara la solicitud del actor, aparte de que, cuando el Ministerio Público de la instancia pidió los registros e informes adicionales sobre la verdadera identidad del sindicado Tito Enrique Velásquez Sierra, se proponía dejar sin piso la confusión que en ese momento de la audiencia pretendía introducir la dama Alcira Velasco o Velásquez Sierra, pariente del procesado, quien intervino incidentalmente dentro de la declaración que en ese momento rendía el señor Modesto Pedraza Castro, exguardián de la Cárcel Nacional Modelo (fls. 580 y 581).

Y para abundar en razones, es obvio que el hecho investigado ha sido el delito de homicidio, pero en él se comprende no sólo el injusto como tal sino también la identidad o individualización del sujeto responsable, por la obvia razón de que éste es el protagonista de la acción delictiva (C.P.P., art. 334-2).

Por lo expuesto, hay suficiente claridad de que jamás podía despacharse negativamente la solicitud de pruebas elevada por el Ministerio Público, la que no sólo fue aprovechada dentro de la oportunidad prevista por la ley (audiencia pública), sino que así no quiera aceptarlo el censor, derivó como necesaria de una de aquellas cuya práctica se evacuaba dentro de la diligencia y con la potencialidad de concretar uno de los cometidos de la investigación penal, cual es el de identificar los autores o partícipes.

El cargo no prospera.

2. *La demanda presentada en favor de Andrés Velasco Sierra.*

Es única la censura que se plantea en el libelo, también con fundamento en la causal de nulidad. Importa precisar que el actor se ha referido no sólo a la presunta inexperiencia de los defensores de oficio asignados al procesado Andrés Velasco Sierra, en el sentido de que apenas eran portadores de una licencia temporal para el ejercicio de la profesión de abogado, sino también a cuestiones puntuales sobre la falta de ejercicio de la defensa técnica. En efecto, el demandante señala que el defensor "no ejerció defensa alguna" o que el procesado "careció en absoluto de defensa" y que no puede apreciarse la inactividad como estrategia defensiva "en quienes carecen de experiencia al ser poseedores de licencias" (fls. 171 y 172). Agrega que el sindicado no tuvo asistencia durante la investigación, pues el defensor no concurrió al desarrollo de acto procesal alguno, ni activó el derecho a controvertir las pruebas (fls. 174).

Así pues, aunque el Procurador Delegado hace una relación más concreta y ordenada de los actos procesales en los cuales se nota la ausencia del defensor de oficio, lo cierto es que coincide con el actor en la esencia del reproche,

esto es, que hubo un supuesto abandono injustificado de la defensa del procesado. En este sentido, como es claro aunque parco el mensaje de inactividad de la defensa técnica, la Corte estima que debe procederse al examen del cargo, sin necesidad de acudir a la disposición *ex officio* que sugiere la Procuraduría.

Pues bien, en relación con la supuesta inexperiencia del abogado con licencia provisional, como con precisión lo responde el Procurador Delegado, no es argumento válido para descalificar la defensa técnica, en contravía de la autorización que para esos menesteres concede el artículo 31 del Decreto 196 de 1971 (Estatuto de la profesión de abogado). Es que la concesión de la licencia temporal supone algún grado de experiencia en el egresado de Derecho, porque a ella sólo pueden optar quienes hayan cumplido las exigencias reglamentarias, entre las que cuentan con trascendencia las prácticas de consultorio jurídico u otras equivalentes, conforme con el artículo 30 del ordenamiento citado.

Se ha planteado, en segundo lugar, la ausencia del defensor de oficio en los actos más importantes del decurso procesal y la falta de actividad técnica en beneficio de los intereses del procesado ausente.

La Corte ha sostenido que la defensa técnica, más allá de la material, es una garantía que hace parte del equilibrio que debe regir el desarrollo procesal, atendido el carácter unilateral del ejercicio del poder punitivo del Estado. Así entonces, por el rigor de la oficialidad en los instrumentos de persecución penal, es necesario balancearlos con la realidad de los medios defensivos, razón por la cual se hace inexcusable la asistencia del sindicado por un defensor letrado, con el fin de darle cumplida vigencia al principio de igualdad.

Así se ha previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968 (art. 14.2.d), y en la Convención Americana de Derechos Humanos, aceptada por la Ley 16 de 1972 (art. 8.2.d.e). Mas, la garantía se ha dispuesto de manera más categórica en el artículo 29 de la Constitución Política, texto según el cual la defensa (material y técnica) es integral y permanente, porque debe facilitarse tanto durante la investigación como en el juzgamiento.

De modo que lo actuado en materia defensiva en la fase del juicio, por más loable y comprensivo que sea, no alcanza a cubrir el abandono que se haya producido en la etapa de la investigación. Sin embargo, el examen de la eficiencia de la defensa (no eficacia), si bien circunscrito a cada uno de los dos grandes estadios del proceso (investigación y juzgamiento), también debe racionalizarse para comprender que basta declarar cumplido el objetivo de la defensa en cada etapa, y no que absurdamente se exija una presencia ubicua del defensor en cada paso procesal, aún en los que legalmente no es imperativa su concurrencia.

Por otra parte, *se ha sostenido por la Corte que lo más óptimo en materia de defensa técnica es que el profesional solicite pruebas exculpatorias, controvierta*

las de cargo, se integre en el conocimiento de las decisiones judiciales y también las impugne, si es del caso; también, que la omisión persistente de tales deberes puede significar la frustración de la garantía constitucional. Mas, igualmente, se ha matizado que la ausencia de conductas activas del defensor en favor de los intereses del procesado, en la fase de la investigación, no siempre se concilia con la negación deliberada de la defensa técnica sino que es posible entender la actitud como de aceptación estratégica o sensata de la actividad probatoria realizada por el fiscal y del innegable estado de compromiso que revela la instrucción.

Dicho comportamiento defensivo, que se contenta con actitudes de expectativa y control, con frecuencia se detecta en los sumarios que han realizado el principio de investigación integral, conforme con el cual el funcionario judicial instructor, sin depender de peticiones de las partes o de manifestaciones defensivas, por iniciativa propia o a ruego debe investigar no sólo lo desfavorable sino también lo favorable a los intereses del procesado.

Es un hecho procesal que, al no haberse logrado la comparecencia de Andrés Velasco Sierra, fue necesario vincularlo en calidad de ausente y se le nombró un defensor de oficio, profesional que en verdad no desarrolló actividad visible. Además, es cierto que al defensor inicial no se le pudo notificar la resolución de acusación proferida en contra del sindicado, pero de inmediato el instructor lo relevó del cargo y reconoció a otro profesional que sí se integró personalmente de la providencia (fls. 409v. y 414), quien después de haberlo representado en varias sesiones de la audiencia pública, fue sustituido por el que designó el propio encausado, una vez fue capturado. Este último abogado cumplió con ahínco la tarea - véase folio 678 -.

Sin embargo, como también lo ha explicado la Sala, "no basta alegar en sede de casación la falta de defensa, sino que es necesario señalar, qué hubiera podido hacerse y no se hizo; es decir, demostrar que una asesoría habría logrado la declaración de inocencia del inculpado o una condenación más benigna" (sentencia 7 de abril de 1994, M.P. Jorge Carreño Luengas).

En este caso, ni el impugnante ni el Procurador Delegado precisan qué es lo que pudo hacer la defensa técnica para mejorar la situación jurídica del procesado, pues no basta acudir en abstracto a las posibilidades de contradicción de prueba o de impugnación de las providencias, sino que es necesario resaltar en la actuación procesal vacíos concretos y perjudiciales al sindicado, que bien se pudieron evitar con una dinámica racional del defensor.

Además, la realidad procesal enseña que en este evento se cumplió racionalmente el principio de investigación integral, porque durante la instrucción se recibió indagatoria al sindicado Eparquio Velasco Sierra, hermano de Andrés, quien se pronunció de manera ampliamente explicativa y protectora no sólo de sus intereses sino también de los de su carnal (fls. 101). De igual manera, se recibió declaración a la señora Marina Castellanos Rodríguez, esposa de Andrés, quien alegó empecinadamente que el día de los hechos ella, junto con su cónyuge y sus hijos, estaban de visita en la población de El Peñón (Cundinamarca), por invitación que le habían extendido sus inquili-

nos Anita Moreno y Jaime Orlando Cuesta Mahecha, quienes desde entonces también se perfilaron como testigos en favor del procesado ausente, y a fe de que así se comportaron en la audiencia pública (fls. 328 y 660-666).

De este modo, aunque obviamente la labor de investigación integral del fiscal no puede suplir la defensa técnica, lo cierto es que el cumplimiento razonable de la primera impide calificar de abiertamente negligente la segunda, porque se entiende que la actitud del defensor en tal caso obedece más a un grado de sensatez frente a la marcha y los resultados de la sumaria.

Ahora bien, *es obvio que el procesado ausente tendrá mayores dificultades en su defensa material, pues puede ocurrir que la investigación integral no cubra datos que solamente él puede suministrar, como realizador de la conducta supuestamente delictiva.* Con todo, en esta oportunidad el sindicado conocía la imputación que existía en su contra y se ausentó deliberadamente para eludir la acción de la justicia, razón por la cual él asume los riesgos que comporta una precaria defensa material en tales condiciones, por lo menos en lo que estaría atado a un mejor ejercicio si él hiciera presencia en el proceso, pues la regla de equilibrio entre el interés general y el individual, propia de un Estado Social y Democrático de Derecho, es la que justifica el curso y la culminación de procesos en contumacia, obviamente con la garantía inexorable de la defensa técnica y la investigación integral.

Como el planteamiento de nulidad no asume completamente lo ocurrido en este proceso, de cara a eventuales vacíos trascendentes en el ejercicio de la defensa material y técnica (salvo el nombramiento de un defensor profesional legalmente idóneo, que es inexcusable), tampoco puede prosperar la censura.

3. La demanda presentada en favor de Eparquio Velasco Sierra.

Se plantea un solo cargo por supuestos yerros en la apreciación probatoria. Sin embargo, la libre apreciación de las pruebas dentro del contexto de la sana crítica, facultad del juzgador cuyo desarrollo adquiere perfil al realizar la valoración de los medios probatorios, es el presupuesto que deben considerar los censores cuando se arriesgan a proyectar sus demandas enderezadas a la casación del fallo, por medio de la causal primera en la forma de violación indirecta de la ley sustancial, en razón de errores de hecho por falso juicio de identidad, máxime si lo cuestionado son los juicios empíricos o racionales ordenados por el juzgador en el desarrollo de dicha tarea de ponderación de los medios de convicción.

En verdad, la reflexión anterior permite entender el porqué cuando la censura se centra en los medios probatorios y el estudio que sobre ellos hizo el juzgador, no son viables las exposiciones dirigidas a que la Corte revalore las unidades de información, como si se tratara de una tercera instancia, ya que el planteamiento desconoce que la sentencia ingresa a esta sede extraordinaria precedida de las notas de acierto y legalidad, quedándole al recurrente,

como única alternativa, la construcción del juicio técnico suficiente y apropiado de cara al propósito de quebrantar un fallo ilegal.

Es por lo mismo que el éxito o fracaso de la demanda dependerá de la forma como el censor plantee y desarrolle el cargo.

En el presente libelo, la Sala advierte dos incorrecciones mayúsculas: la primera, que si bien el demandante cuenta con argumentos lógicos para mostrar que, a partir de los testimonios de Alberto Triana Morales y Justo Pastor Villamarín Sánchez, es posible destacar su falta de homogeneidad sobre la descripción física del procesado Epárquio, tal ejercicio per se no autoriza la casación de un fallo sobre la base de que el sujeto fue ajeno a los hechos, pues como existían otras pruebas de responsabilidad -producto de la investigación integral-, era menester su referencia, o la demostración del porqué ellas no consolidaban la certeza exigida para condenar o porqué también acusaban errores. La segunda equivocación radica en la posición unilateral acerca de la valoración de los elementos de convicción, actitud que es aceptable en el debate de las instancias, dado que las partes intentan someter a consideración del juez su verdad, pero en casación no se repite el procedimiento de persuasión sino que deben atacarse los métodos o soportes aducidos por el tribunal para la verdad que declara en la sentencia, si es que se estiman completamente erróneos.

De lo precedente deriva entonces la contundente explicación del porqué, cuando el casacionista propone error en la apreciación de la diligencia de reconocimiento en fila de personas y en la prueba técnica de balística, no le bastaba decir que, en el caso de la primera, al testigo "le señalaron a Eparquio al momento de ingresar al establecimiento no sólo su cara sino la forma como venía vestido..."; y, en relación con la segunda, que de la experticia "se coligen dos armas y no tres... fueron disparadas a una distancia mayor de 1.20 mts, o sea, larga distancia, lo cual predica que las posiciones con la afirma (sic) Castellanos entre la víctima y victimario no pudieron ser ciertas" (cuaderno tribunal, fls. 167). Estos comentarios, además de meramente especulativos, aparecen sin un definido norte en la censura que se hace a la sentencia, ya que si lo reprochado era un supuesto falso juicio de identidad -tergiversación sobre el contenido material de la prueba-, no se entiende cómo en el ámbito de tal hipótesis tenga cabida una situación referida a la validez de la prueba de reconocimiento en fila de personas.

En este orden de ideas, le falta precisión a la censura en cuanto al objeto de la misma, que no es directamente la prueba sino la apreciación errónea que de ellas hizo el fallador, sin que la Corte pueda reconducir el libelo a su talante, pues la tarea de creación adecuada, frente a los postulados de la técnica, corresponde a su autor, dada la naturaleza rogada del recurso.

Adicionalmente, sólo para evidenciar la confusión del recurrente, debe decirse que la lectura del dictamen enseña que en el atentado criminal se utilizaron dos clases de arma de fuego, pero de ello no se sigue

ineluctablemente que sólo dos de los agresores estaban armados, pues el Tribunal simplemente infirió de la pericia que los tres procesados portaban dicha clase de instrumentos letales, como dato agregado que corroboraba lo que en tal sentido ya había revelado la prueba testimonial. En efecto, el *ad quem* concluyó: "Con esta prueba pericial se corrobora que los tres sindicados portaban armas de fuego (revólver) la noche del homicidio del joven Carlos Alberto Bejarano." (cuaderno tribunal, fs. 91).

Se observa entonces que el libelista equivocó el camino de la casación, tras persistir en una actitud de instancia e intentar la ruptura del fallo a través de alegatos desconocedores de la investigación integral adelantada, cuyo resultado tributó suficientes elementos de convicción a la judicatura acerca de la responsabilidad penal del procesado Eparquio Velasco Sierra, compartida con sus hermanos Andrés y Tito Enrique.

Habrá de desestimarse el cargo.

En mérito con 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.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRUEBA-Convicción racional

Como la cuestión fáctica en el proceso penal se refiere a un hecho pasado, cuyo instrumento de determinación es la razón que penetra una inferencia inductiva basada en las bondades de hechos conocidos que muestran las pruebas, es posible que existan distintas hipótesis explicativas, mas lo importante es que la explicación provista por el juez sea el fruto de su convicción racional y no del capricho, motivo por el cual, una vez expuesta la verdad con fundamentos en la sentencia, ésta queda ungida de la doble presunción de acierto y legalidad y, por ende, aparece inobjetable en casación por la vía del mero concurso de razones que se estiman igualmente loables.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 167 Proceso No. 14433

VISTOS

Examina la Corte la admisibilidad de las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados William Iván Echeverri Hurtado y Jesús Cardona Alvarez, en contra de la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Antioquia, fechada el 30 de septiembre de 1997, por medio de la cual los acusados recibieron condena como coautores del delito de homicidio cometido en la persona del joven Yeison Julián Hoyos Ospina, injusto que se hace concursar con el de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, sólo en relación con el primero de los sentenciados, para finalmente imponerles una pena de prisión tasada en veintiséis (26) años y veinticinco (25) años y tres (3) meses, respectivamente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con las referencias de los actores, aunque no son aceptadas por ellos en su integridad, el episodio sangriento ocurrió en el municipio de El Carmen de Viboral, situado en el cercano oriente del departamento de Antioquia, aproximadamente a la una de la mañana del día 15 de enero del año 1996, fecha y hora en las cuales el señor William Iván Echeverri Hurtado

llegó a la citada población al mando de su vehículo marca mazda 626, color blanco, de placas KCA 774, acompañado de otras cuatro (4) personas, para estacionarse a inmediaciones de la calle 32 con la carrera 30. De pronto, a igual tiempo, el joven Yeison Julián Hoyos Ospina llegó presuroso en su bicicleta hasta la entrada a la discoteca "Valenty's", ubicada en el mismo sector, y comenzó a tocar desesperadamente la puerta, pero rápidamente se apearon dos (2) de los ocupantes del automóvil y, mientras uno de ellos lo acometió con golpes de machete, el otro le propinó un disparo en la región occipital, agresión ésta que produjo la muerte instantánea de la víctima en el lugar, como consecuencia de graves lesiones cerebrales.

Se hizo la imputación de los hechos violentos a los individuos William Iván Echeverri Hurtado, quien conducía el automotor e hizo uso de un revólver en contra del agredido, y a Jesús Cardona Alvarez, el cual accionó el arma cortocontundente con la que le infirió seis (6) lesiones en distintas partes del cuerpo. A la hora indicada, los agresores acababan de arribar procedentes de la vecina localidad de Rionegro, pero también se estableció que, por lo menos el conductor, en el curso de la noche había estado antes en la misma población donde ocurrieron los hechos.

La investigación fue iniciada por la fiscal delegada ante los jueces penales del Circuito, funcionaria que en distintas fechas vinculó por medio de indagatoria a los dos imputados, a quienes también separadamente les impuso medida de aseguramiento que se tradujo en detención preventiva (fls. 70 y 98). Posteriormente, según resolución del 24 de octubre de 1996, la instructora acusó a los sindicados como coautores del delito de homicidio, conforme con las previsiones del artículo 323 del Código Penal, pero, adicionalmente, al primero le atribuyó el hecho punible consistente en violación del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991 (fls. 230).

El Juez Primero Penal del Circuito de Rionegro, por medio de sentencia fechada el 4 de junio de 1997, condenó al acusado Echeverri Hurtado a la pena principal de veintiséis (26) años de prisión, como coautor del delito de homicidio y a la vez responsable del injusto de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal; mientras que al enjuiciado Cardona Alvarez le impuso la sanción de veinticinco (25) años de prisión, solamente por su intervención en el hecho punible contra la vida. Ambos procesados recibieron la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de diez (10) años, y solidariamente fueron condenados al pago de una suma determinada por concepto de daños materiales y morales (fls. 338).

La decisión de condena fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Antioquia, por medio de la sentencia reseñada en la introducción, como respuesta al recurso de apelación intentado por los procesados y sus defensores (fs. 429).

Síntesis de las Demandas

1. En favor de William Iván Echeverri Hurtado. El demandante escoge como vía de impugnación la causal primera de casación, consagrada en el numeral

1°, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, ya que el Tribunal supuestamente cometió ostensibles errores de hecho en la apreciación de las pruebas.

Para demostrar el cargo único, el actor parte de la afirmación de que el sentenciador *ad quem* apoyó sustancialmente el fallo en la declaración del ciudadano Walter Iván Hurtado Castaño, quien intervino en varias ocasiones durante la actuación procesal, prueba de lo cual es que sus contenidos se hallan citados en distintos apartes de la sentencia, cuyo texto pertinente transcribe a continuación (fls. 446, 452 y 448).

De las citas copiadas en la demanda, estima el censor, puede inferirse que el señalamiento hecho por el testigo Walter Iván Hurtado Castaño fue el fundamento para el fallo de condena, sin embargo de lo cual el Tribunal distorsionó el dicho del deponente y le dio una credibilidad que no merecía.

En efecto:

a) No es creíble la versión testimonial inculpatoria porque proviene de un testigo único, figura que la doctrina estima subjetivamente insuficiente, pues ella no tolera el control propio de la prueba testimonial plural, medio en el cual las afirmaciones de los distintos testigos sí pueden confrontarse mutuamente y a la vez con la explicación del imputado.

b) Además de único, el testimonio indicado es sospechoso, porque el deponente hacía parte del grupo de personas que viajaban en el automóvil desde Rionegro a El Carmen de Viboral, de pronto desapareció de la escena del crimen y después se presentó misteriosamente ante el cuerpo policivo. En atención a las oscuras y complejas circunstancias que rodearon el episodio sangriento, dice el impugnante, la actitud del testigo genera desconfianza.

c) La declaración testimonial también exhibe manifiestas contradicciones que la autodestruyen. Así, ante el Inspector de Policía no menciona para nada al imputado William Iván Echeverri Hurtado, a la par que admite el desconocimiento del nombre de sus amigos de viaje (fls. 2fte.); después, señala a "Wilson Cárdenas", como el autor del homicidio y aduce que no sabe cuál de sus demás acompañantes andaba armado (fls. 5fte. y vto.); pero, en versión posterior, señala que el procesado Echeverri Hurtado le disparó a la víctima y otro individuo le asestó golpes de machete (fls. 54fte.); y, para mayor desconcierto, a folio 97 arguye que "Wilson Cárdenas" ha hecho llamadas amenazantes a su casa, en el sentido de que debe comprometer en el caso a William y Jesús.

Concluye que el sentenciador incurrió en ostensible error de hecho por falso juicio de identidad, en relación con el testimonio indicado, pues si aquél lo hubiese apreciado correctamente, entonces no le habría dado credibilidad alguna y profiere en consecuencia una sentencia absolutoria en favor del sindicado Echeverri Hurtado. Por otra parte, el juzgador no valoró en profundidad el señalamiento que el mismo testimoniante hizo de Wilson Cárdenas, como el autor del homicidio; así como también es equívoco por antinómico un

trozo del fallo en el cual se expresa que sí existía un móvil en la acción homicida, aunque el mismo no pudo revelarse en la investigación, pues ¿cómo sería posible declarar la existencia de una motivación que la instrucción no puso al descubierto?.

Como el fallador ha aplicado indebidamente los artículos 323 del Código Penal y.1° del Decreto 3664 de 1986, el actor solicita a la Corte que case la sentencia recurrida y la sustituya por otra de carácter absolutorio.

2. En nombre de Jesús Cardona Alvarez, conforme con el numeral 1°, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el defensor del segundo procesado propone como cargo único la violación indirecta de la ley sustancial, por error manifiesto de hecho en la valoración de los medios de prueba, yerro que en este caso se presentó por falso juicio de identidad.

El error de la sentencia condenatoria parte del hecho de que se fundamenta principalmente en el testimonio rendido por el señor Walter Iván Hurtado Castaño, quien intervino en sendas oportunidades durante el decurso procesal y fue citado recurrentemente en el fallo impugnado. Trae a colación los párrafos pertinentes de la decisión que aparecen a folios 445, 446, 447, 448 y 452.

De los apartes citados en la sentencia, el censor infiere que el fallador deformó los dichos del testigo y le otorgó a sus atestaciones un grado de confiabilidad que no tenían. Pretende la demostración de los errores en los siguientes términos:

2.1 El testimonio debe valorarse desde el punto de vista objetivo y, en el caso, no podía perderse de vista que el testigo estaba alicorado, pues él hacía parte del mismo grupo de personas que ingería copas desde el atardecer del 14 de enero de 1996 hasta los comienzos del día 15 de enero siguiente; que esa fatídica noche el exponente viajó en el mismo automóvil desde el municipio de Rionegro hasta El Carmen de Viboral, en compañía de los cosindicados Jesús y William; y que huyó precipitadamente del lugar de los hechos y después apareció en el comando de policía de la última población, precisamente dentro de un vehículo de la misma institución. Todo esto le enseña al actor que el testigo es sospechoso.

2.2 Porque la definición del caso ha dependido de un testigo único, figura que ha sido mirada con recelo por la doctrina y la jurisprudencia, pues, como ha dicho la Corte, para que éste sea suficiente ha de ser razonado, coherente y no contradictorio. Además, si el medio de prueba es insular, ello impide no sólo la confrontación con otros elementos de convicción sino también la mirada de conjunto que exige el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

2.3 Por otra parte, el testimonio también debe analizarse desde el punto de vista subjetivo y moral, con el fin de establecer la forma como el testigo percibió, su interés en mentir, su capacidad nemotécnica, la facilidad de evocación de los hechos y el modo como los narra al funcionario judicial.

Sobre el particular, dentro de las seis exposiciones que hizo, el testigo incurrió en innumerables contradicciones, a tal punto que el cargo de ayer lo rectifica hoy y viceversa.

Es así como, ante la Inspectora Municipal de Policía dijo que fue "El Perrín" quien sacó el machete, individuo que vive cerca a María Auxiliadora (fls. 2fte.); pero, al exponer frente al comandante de policía, le expresó que el homicida había sido "Wilson Cárdenas", quien utilizó un machete y había actuado solo (fls. 5fte. y vto.); en la primera declaración ante la Fiscalía, sigue la incriminación a "Wilson Cárdenas", cuyo apodo no conoce, y agrega que era el único que portaba arma (fls. 11 y 12); mas, en la atestación del 3 de junio de 1996, ya señala a dos personas como autores del hecho: William Echeverri Hurtado, como el que disparó, y alias "el perro" cuyo nombre es Wilson y desconoce el apellido, quien le ocasionó las heridas con machete a la víctima (fls. 54fte. y 55vto.); en el testimonio del 8 de julio de 1996, en cambio, el declarante hace una relación de seis (6) personas que viajaban en el carro de William, entre las que por primera vez incluye a Jesús Cardona y, preguntado sobre la razón de omitirlo en anteriores versiones, explica que se debía a las amenazas del individuo Wilson Cárdenas, quien lo coaccionó para que inculpara a William Echeverri Hurtado y Jesús Cardona Alvarez; por último, en la versión del 26 de septiembre del mismo año, se muestra evasivo, vuelve sobre las amenazas que ha recibido de Wilson y responde que William y Jesús fueron comprometidos por error, y "entonces hay que sacarlos".

Estima que si el Tribunal hubiese valorado correctamente el testimonio de Walter Iván Hurtado Castaño, sin duda le hubiera restado crédito y ello lo habría conducido a un fallo absolutorio.

Entiende que el sentenciador no evaluó con profundidad la imputación que, desde los albores de la investigación, se hizo a "Wilson Cárdenas", como presunto autor del homicidio, ni tampoco le dio trascendencia al hecho de que no se hubiera probado el motivo determinante de la acción homicida.

Aduce que también existe una errónea apreciación probatoria, en razón de que si a través de la investigación no pudo conocerse el móvil del hecho, ¿cómo sería posible afirmar que el mismo existió?.

Para el demandante es clara la transgresión del artículo 323 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, razón por la cual solicita que se case totalmente el fallo impugnado y, en lugar, que se absuelva al procesado Jesús Cardona Alvarez.

Examen Formal de las Demandas

El análisis de los requisitos formales de ambas demandas se hará en conjunto, sin perjuicio de la decisión separada, pues las objeciones son idénticas y los errores en su presentación son igualmente comunes.

Cuando los demandantes anuncian patentes errores de hecho, como falso juicio de identidad, se queda a la expectativa del señalamiento de las presuntas tergiversaciones hechas por el Tribunal en el contenido fáctico del testimonio rendido por Walter Iván Hurtado Castaño. Pero no, lo que a continuación se desarrolla es una objeción por la falta de idoneidad subjetiva del testigo, en la medida que por ser único no tiene referentes de confrontación y, además, porque sus condiciones de percepción pudieron quedar mermadas por el estado de alicoramiento, ora que su imparcialidad pudo afectarse por el interés de encubrir su propia culpa o la de otros en el oscuro y complejo episodio de sangre: también se critica la aptitud objetiva del testimonio de cara a las múltiples contradicciones observadas en las diversas versiones que el deponente entregó en el curso de las distintas intervenciones procesales.

Así pues, el esmero de los impugnantes no se sitúa en el propósito de mostrar de manera inequívoca distorsiones materiales cometidas directamente por el sentenciador en la presentación de la prueba, sino que se orienta a señalar las discordancias del testimonio y la presunta precariedad de las condiciones subjetivas para darle credibilidad.

Aunque es posible que el juzgador llegue a equivocarse manifiestamente al aceptar de manera irreflexiva cualquier prueba, sin parar mientes en sus relevantes defectos orgánicos o sustantivos, lo cierto es que en casación resulta imperativo mostrar prevalentemente los errores cometidos en los juicios de valor adoptados en el fallo, pues en esta sede no es propiamente la supuesta inconsistencia de la prueba o la cuestionada fiabilidad de la misma lo que genera el agravio a la ley, sino el reconocimiento que el fallador hizo en la decisión de medios probatorios en tan precarias condiciones. Al fin y al cabo, lo que se demanda directamente en casación es la sentencia de segundo grado, en lo que concierne a sus juicios de valor probatorio o jurídico, no un replanteamiento del examen de prueba que se hizo en las instancias (art. 218 C. P. P.).

De modo que, si en gracia de discusión se admite que el testigo Walter Iván Hurtado Castaño incurrió en contradicciones, como lo señalan los demandantes, lo correcto sería que éstos indicaran y objetaran lo que la sentencia evaluó y concluyó sobre tales discordancias, pues, por la vía del método de la sana crítica, sería posible llegar a establecer las razones de las contrariedades o de las retractaciones, si las hubo, o caer en el reconocimiento de un ingobernable estado de incertidumbre, para determinar consecuentemente en qué momento el deponente dijo la verdad o cuándo faltó a ella o si la perplejidad es de tal magnitud que sería absolutamente imposible concretar lo uno o lo otro.

Ahora bien, si lo ocurrido es que el fallo carece del mínimo razonamiento que conduzca a la exploración antes indicada sobre el mérito de la prueba, así debe señalarlo el recurrente, tras la demostración clara de que el juzgador desatendió absurdamente las reglas de la lógica o de la experiencia común o científica (art. 254 C. P. Penal).

De igual manera, en relación con las condiciones sensoriales del testigo Hurtado Castaño al momento de los hechos, o de la existencia de un presunto interés para distorsionar lo percibido a la hora de su declaración, tampoco se sabe qué análisis se hizo en la sentencia sobre el tema o si él se omitió completamente, lo cual pone en evidencia una vez más que los libelos carecen de razón suficiente para abrir el debate extraordinario.

Asimismo, los actores señalan el testimonio de Walter Iván Hurtado Castaño como prueba única dentro del proceso, con todas las reservas que un medio de convicción de tal jaez puede suscitar, pero se abstienen de señalar si el Tribunal en la sentencia, al igual que ellos, solamente advirtió y estimó ese sustento unitario o si lo relacionó con otros medios probatorios que directa o indirectamente lo reforzaran; o, en caso de que el ad quem haya acogido positivamente dicho testimonio único de incriminación, tampoco se sabe en qué condiciones lo hizo y cuál sería el entuerto lógico o la actitud insólita en esa admisión.

En fin, no obstante que los censores arrancan las demandas con el anuncio de supuestos errores de hecho por falso juicio de identidad, lo cierto es que desarrollan impropiamente otra alternativa que ellos estiman racional en la explicación de los hechos, pero no señalan con precisión los dislates en la apreciación probatoria del Tribunal, lo cual constituye una petición de principio, pues dicha estimación apenas se menciona por ellos como equivocada, sin ocuparse siquiera de su contenido.

Como la cuestión fáctica en el proceso penal se refiere a un hecho pasado, cuyo instrumento de determinación es la razón que penetra una inferencia inductiva basada en las bondades de hechos conocidos que muestran las pruebas, es posible que existan distintas hipótesis explicativas, mas lo importante es que la explicación provista por el juez sea el fruto de su convicción racional y no del capricho, motivo por el cual, una vez expuesta la verdad con fundamentos en la sentencia, ésta queda ungida de la doble presunción de acierto y legalidad y, por ende, aparece inobjetable en casación por la vía del mero concurso de razones que se estiman igualmente loables.

Por manera que las demandas carecen de la fundamentación clara y precisa de los motivos invocados, razón por la cual, de conformidad con los artículos 220 y 225 del Código de Procedimiento Penal, se inadmitirán de plano. Como el recurso de casación había sido concedido por el Tribunal, en esta oportunidad se declarará desierto.

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

RESUELVE:

Rechazar in limine las demandas de casación presentadas por cada uno de los defensores de los procesados William Iván Echeverri Hurtado y Jesús Cardona Alvarez. En consecuencia, se declaran desiertos los respectivos recursos.

Por disposición de los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, en relación con esta decisión no procede recurso alguno.

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, Yesid Ramírez Bastidas

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION OFICIOSA-Presupone una demanda en forma

El artículo 228 del ordenamiento procesal penal sí dispone que, en tratándose de la causal de nulidad, la Corte deberá declararla de oficio; pero no puede perderse de vista que tal precepto supone que el recurso ha sido admitido por la existencia de una demanda en forma. Es decir, como la demanda formalmente estructurada abre el debate propio de la impugnación extraordinaria, es posible que la Corte en la decisión declare una nulidad procesal no pedida por el recurrente, así haya sido otro el motivo de casación elaborado por éste.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 167 Proceso No. 14375

VISTOS

En relación con la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Cali, el 10 de noviembre de 1997, el defensor del procesado Jhon Mario Ramírez Huila, condenado por el delito de homicidio agravado, interpuso y sustentó en su oportunidad el recurso extraordinario de casación, motivo por el cual la Corte se pronunciará sobre la admisibilidad de la respectiva demanda, en atención a los requerimientos formales dispuestos en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 220 del mismo ordenamiento.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 25 de diciembre del año de 1995, aproximadamente a las 5 de la mañana, los jóvenes William Muñoz Mosquera, Milton Bonilla Taborda, Claudia Yaneth y Jhon Freddy Burgos Muñoz caminaban por el barrio Gran Colombia de la ciudad de Cali (carrera 34 con diagonal 30), después de compartir desde la noche anterior en una fiesta de navidad, cuando fueron abordados por dos individuos que se desplazaban en una motocicleta DT-125, cuyo conductor fue individualizado por algunos de los circunstantes como Jhon Mario Ramírez Huila, patrullero de la policía nacional en la men-

cionada capital, y quienes además exhibieron un arma de fuego y manifestaron a los requeridos el propósito de despojarlos de sus pertenencias.

Como quiera que Jhon Fredy Burgos Muñoz no portaba dinero, los asaltantes amenazaron con propinarle un disparo, pero, de inmediato, sus compañeros William Muñoz Mosquera y Milton Bonilla Taborda se abalanzaron sobre los agresores, los derribaron del vehículo y se apoderaron del revólver que antes había logrado disparar el parrillero, trance en el cual el joven Muñoz Mosquera recibió un impacto de bala que penetró por el tercio superior de la cara anterior del brazo derecho y salió por el tercio medio de la región escapular del mismo lado.

Por la reacción de las víctimas, los ofensores huyeron del lugar, no sin antes advertir que regresarían por el arma. Mientras el grupo de amigos buscaba auxilio en la casa del vecino Edison de Jesús Molina Serrano, el herido sufrió un desmayo al frente de dicha residencia, pero al lugar volvieron efectivamente los primeros, la emprendieron a puntapiés contra el lesionado que estaba sin fuerzas en el piso, y también le irrogaron un tiro de revólver a quemarropa sobre la región temporal izquierda, en línea media anterior.

El herido fue trasladado al hospital Carmona de la ciudad de Cali, centro en el cual dejó de existir por laceración encefálica producida por proyectil de arma de fuego, sin dejar de advertir que el primer disparo había penetrado a la cavidad torácica y también ocasionó una hemorragia subendocárdica ventricular izquierda.

Desde la institución hospitalaria mencionada, la señora Claudia Yaneth Burgos Muñoz, compañera permanente de la víctima, se trasladó al lugar de los hechos en compañía de algunos miembros de la policía judicial, con el ánimo de señalarles al agresor que había sido identificado, y efectivamente allí regresaron los victimarios para reclamar una vez más el revólver que les habían arrebatado, momento en el cual entraron en acción los policiales, mas sólo pudieron capturar al patrullero Jhon Mario Ramírez Huila. El otro victimario logró huir de la operación policiva y, en el curso de la investigación, se le menciona como Carlos Alberto Garzón, conocido con el alias de "galatea".

En razón de los hechos narrados, la Fiscalía de la Dirección Seccional de Cali ordenó la apertura de instrucción, le recibió indagatoria al imputado Ramírez Huila y, por medio de resolución fechada el 25 de junio de 1996, ordenó la detención preventiva por el delito de homicidio (fs. 22, 40 y 82).

El 25 de noviembre de 1996, la Fiscalía dictó resolución acusatoria en contra del procesado, como coautor del delito de homicidio agravado, en razón de que había puesto a la víctima en condiciones de indefensión y sucesivamente se aprovechó de ellas, conforme con los artículos 323 y 324, numeral 7 del Código Penal (fls. 175).

En consonancia con el cargo formulado en la resolución de acusación, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito dictó sentencia condenatoria en contra del acusado Jhon Mario Ramírez Huila, para imponerle la pena principal de

cuarenta (40) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años (fls. 277).

El fallo de primer grado fue revisado por el Tribunal Superior de Cali, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el defensor, por medio de decisión que confirmó íntegralmente la determinación del juez (fls. 352).

La Demanda

El recurrente invoca como causal de casación la prevista en el numeral 3 del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dado que se ha dictado sentencia con violación del derecho de defensa, conforme con el numeral 3 del artículo 304 del mismo ordenamiento.

Explica que la violación del derecho fundamental consistió en que, antes de la audiencia pública, se solicitaron por la defensa y se ordenaron por el juez algunas pruebas, pero a la postre no fueron practicadas. Se trataba de realizar una inspección judicial a los libros de la SIJIN, de la Estación de Policía del barrio San Carlos (sobre todo los de minuta de servicio y de población), y del hospital Carmona; igualmente de recibir testimonio a los agentes Héctor Fabio Mondragón, Solman Balbuena Castro y Edison Ortiz Caicedo.

Expone el actor que si se hubiera llevado a cabo la ampliación del testimonio del agente Edison Ortiz Caicedo, se habría demostrado que su dicho no era veraz, pues el mismo se pone en contravía de lo que realmente ocurrió, inconsistencia que se infiere no solo de lo manifestado antes por el testigo, sino también por otros deponentes, en especial, la versión del policía Carlos García. A tal punto llega la contradicción, que el mismo juez determinó de oficio la ampliación de la declaración del último testigo citado, mas tampoco se pudo llevar a cabo.

Con el testimonio de los policiales Héctor Fabio Mondragón y Solman Balbuena Castro, se proponía demostrar la inocencia del procesado y por ello es flagrante la transgresión al derecho de defensa.

Así mismo, afirma el defensor, de haberse practicado la inspección judicial a los libros de las dependencias mencionadas, se habría llegado a la conclusión de que los hechos acaecieron a las 4 y 30 minutos de la madrugada, no a las 5 y 30, dato que entonces permitía probar que no hubo interregno alguno entre el momento de la ocurrencia de los episodios investigados y el del retiro de su defendido de una fiesta navideña, hecho que ocurrió a las 5 de la mañana.

Por otra parte, el testimonio del agente Carlos García en realidad acredita que el policial Edison Ortiz Caicedo retuvo y condujo al imputado, pero igualmente demuestra que el captor no hizo entrega del retenido a otra patrulla, como sin duda lo hubieran aseverado también los otros dos policías que no declararon.

Concluye que la práctica de las pruebas señaladas habría incidido en la decisión que se adoptó, razón por la cual queda en evidencia la violación al

derecho de defensa. Solicita, en consecuencia, que se case la sentencia para retrotraer la actuación al momento de la audiencia pública, con el fin de ordenar y practicar los medios probatorios que aclaren las circunstancias de tiempo, modo y espacio en que se desarrollaron los hechos.

ANÁLISIS FORMAL DE LA DEMANDA

Cuando se invoca la causal tercera de casación, en razón de supuestos vicios de nulidad que afectan la relación jurídico-procesal, el actor no está eximido de presentar una demanda que contenga la demostración clara y precisa de los fundamentos de la misma, conforme con el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, pues es lo que corresponde al carácter rogado de los recursos, máxime si el que se analiza es extraordinario.

Ahora bien, *el artículo 228 del ordenamiento procesal penal sí dispone que, en tratándose de la causal de nulidad, la Corte deberá declararla de oficio; pero no puede perderse de vista que tal precepto supone que el recurso ha sido admitido por la existencia de una demanda en forma. Es decir, como la demanda formalmente estructurada abre el debate propio de la impugnación extraordinaria, es posible que la Corte en la decisión declare una nulidad procesal no pedida por el recurrente, así haya sido otro el motivo de casación elaborado por éste.*

Además, dicho requerimiento de sustentación es aún más clamoroso, si se tiene en cuenta que el sistema de las nulidades en materia penal está gobernado por ciertas reglas previstas en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, una de las cuales, la de trascendencia, consiste en que quien alegue el vicio deberá demostrar que se trata de una irregularidad sustancial que afecta las garantías de los sujetos procesales o trastorna las bases fundamentales del proceso (numeral 2).

Así pues, en vista de que el actor invoca una violación de la garantía de defensa, por cuanto no se practicaron algunas pruebas favorables en la fase del juzgamiento, la afirmación merecía una demostración de que el derecho fundamental fue desconocido por obra del juez. En efecto, la demanda no ilustra sobre cuáles fueron las conductas activas u omisivas del juzgador que dieron al traste con la práctica de los elementos de convicción que echa de menos, porque él mismo reconoce que las pruebas "fueron debidamente ordenadas tal y como aparece a folios 211 al 213..." (fs. 382). ¿Sería que el juez o la secretaría del despacho no expidieron las órdenes de citación de testigos, o no lo hicieron oportunamente?. ¿O los testimoniantes no acudieron a la audiencia pública, a pesar de la cita?.

No revela el escrito si la inspección judicial fue ordenada o negada y, en el último caso, el demandante no expone si el juzgador actuó de manera arbitraria o razonada.

En suma, la demanda no alcanza a precisar de qué manera los juzgadores obstaculizaron el ejercicio de la defensa material o técnica.

Por otra parte, aunque las pruebas pretendidas por la defensa tuviesen todas vocación de favor al procesado, queda la inquietud de saber si los funcionarios judiciales dejaron de ordenar y practicar otros medios probatorios en beneficio de la coartada del sindicado; es decir, en busca de la trascendencia de la omisión, el actor debería explicar si la judicatura cumplió o desconoció el principio de investigación integral (Const. Pol, art. 250 y C. P. P., art. 333).

Si era tal la probable incidencia de los medios de convicción no practicados, de igual manera el recurrente debió demostrar, en aras de completar el juicio de trascendencia, que el maderamen probatorio estimado no alcanzaba para sostener el fallo condenatorio.

Como se ve, el libelo carece de las razones suficientes, claras y precisas para provocar la apertura del debate en casación, razón por la cual se rechazará de plano y, consecuentemente, se declarará desierto el recurso extraordinario.

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 Jhon Mario Ramírez Huila, condenado por el delito de homicidio agravado, en relación con el fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Cali. En consecuencia, se declara desierto el recurso antes concedido.

Por disposición de los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, en relación con este auto no procede recurso alguno.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica

De tal manera, cuando el reparo se formula a través de la causal 1a. de casación por considerarse que el fallador incurrió en errores de apreciación de la prueba sobre la cual edificó la decisión impugnada, es deber del demandante indicar de manera clara y precisa los fundamentos de esta aducida causal (numeral 3o. artículo 225 cit.), citando las normas legales que estime infringidas.

Vale decir, debe individualizar las pruebas en cuya evaluación recayó el error, especificar la clase de error y su especie, y acreditar su trascendencia en el fallo; además es menester atacar todas las pruebas en que se cimentó la decisión cuestionada para que la objeción tenga la virtualidad de removerla. Son estas, exigencias legales de forma de la demanda que dan la claridad y precisión a su fundamentación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.167 Proceso No. 16083

Decide la Corte sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 1o. de marzo de 1999 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, en la cual se condena a Blanca Cecilia Carvajal Díaz por el delito de tentativa de Peculado por apropiación en cuantía inferior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales. Al efecto examina si la demanda cumple las exigencias legales de forma.

ANTECEDENTES

1. Refieren los autos que el 15 de octubre de 1996 aproximadamente a la una de la tarde, dos individuos armados ingresaron a las instalaciones de la Caja Agraria en el municipio de Paujil y se apoderaron de gran cantidad de dinero, por lo que cinco horas después se practicó una inspección judicial al lugar, encontrándose en una de las gavetas del escritorio ocupado por Blanca Cecilia Carvajal Díaz, debajo de varios papeles, dos fajos de billetes por valor

total de dos millones ($2.000.000) de pesos, ante lo cual ésta manifestó que se los había dado a guardar el señor Justo Rojas.

2. Por el delito de Peculado en grado de tentativa, la mencionada empleada fue comprometida en juicio mediante resolución de acusación que la Fiscalía de segunda instancia confirmó el 26 de junio de 1997 (fls. 127 y ss. cd. ppl. y cd. de 2ª inst.).

3. Por el mismo hecho punible el Juzgado 1º Promiscuo del Circuito de Puerto Rico dictó sentencia de condena (fls. 265 y ss.), que al ser apelada por la defensa el Tribunal Superior del Distrito confirmó con modificación sobre la pena en el fallo contra el cual el mismo sujeto procesal interpuso el recurso extraordinario, que sustenta con la demanda que, como lo ordena el artículo 226 del C. de P.P., ahora examina la Corte.

La Demanda

En el único cargo que la constituye, sostiene el censor que la sentencia es violatoria en forma indirecta, por aplicación indebida, del artículo 133 del C.P.

En la etapa instructiva se allegó el testimonio de la persona -no precisa el nombre- que manifestó que el dinero encontrado en el sitio de trabajo de la procesada era sùyo y que se lo había dejado para una consignación; posteriormente, teniendo en cuenta las amenazas recibidas por la procesada y ante el temor de que los guerrilleros atentaran contra el referido deponente, éste se vio avocado a cambiar su versión inicial y manifestar que la procesada lo fue a buscar a su residencia para pedirle que testificara como lo hizo. Añade que "igualmente aparece demostrado" que la suma en mención no salió "de la esfera de la Caja Agraria, o sea, en ningún momento hubo un aprovechamiento para sí o para otra persona, dado que ... se quedó en la cajilla o sitio de trabajo de la procesada", quien se desempeñaba como cajera de la entidad bancaria.

Asevera que este hecho no fue tenido en cuenta por el fallador cuando concluyó que la procesada "se iba a apropiar de esa cantidad ... hecho... que nunca tuvo la más remota idea de suceder". El Tribunal radicó la responsabilidad del delito en cabeza de la acusada con base en los indicios existentes en su contra y no en prueba contundente que la demostrara. El hecho no se tipificó y por tanto debe otorgarse credibilidad a la señora Carvajal en su afirmación de que nunca tomó el dinero.

Incurrió el fallador en falso juicio de existencia "al no tener en cuenta... lo expresado en la inspección judicial y en el arqueo..., lo mismo que en los testimonios". Finalizando la alegación considera que la Corte "debe casar la sentencia demandada o decretar la nulidad de la actuación".

Consideraciones de la Corte

Establece el artículo 225 del C. de P. P. que la demanda de casación debe reunir determinados supuestos de orden formal, ello para abrir la posibili-

dad de su estudio de fondo en el trámite del recurso, a voces del artículo 226 *ibid.*

De tal manera, cuando el reparo se formula a través de la causal 1a. de casación por considerarse que el fallador incurrió en errores de apreciación de la prueba sobre la cual edificó la decisión impugnada, es deber del demandante indicar de manera clara y precisa los fundamentos de esta aducida causal (numeral 3 artículo 225 cit.), citando las normas legales que estime infringidas.

Vale decir, debe individualizar las pruebas en cuya evaluación recayó el error, especificar la clase de error y su especie, y acreditar su trascendencia en el fallo; además es menester atacar todas las pruebas en que se cimentó la decisión cuestionada para que la objeción tenga la virtualidad de removerla. Son estas, exigencias legales de forma de la demanda que dan la claridad y precisión a su fundamentación.

En el caso que es materia de estudio, el demandante abre la demostración del planteamiento acusatorio afirmando que se allegó una prueba testimonial -sin individualizar al deponente- con determinado contenido y que posteriormente el declarante tuvo que cambiar su versión. Luego asevera que "igualmente aparece demostrado" que el dinero nunca salió de la entidad bancaria y por consiguiente el delito no se tipificó, y que su poderdante no se lo apropió, porque fue hallado en su escritorio después del atraco a las cajas de la entidad, donde era cajera, reclamando como corolario, credibilidad a su dicho en la inspección judicial y en la diligencia de arqueo, pruebas respecto de las cuales asegura que el Tribunal en su análisis incurrió en falso juicio de existencia, y a causa de ello, en aplicación indebida del artículo 133 del C.P..

Como se observa, en primer término, no se señala con precisión la prueba testimonial a la que hace inicialmente alusión; tampoco indica cuál fue el error del fallador al examinarla; no asume con propiedad la crítica del fallo, pues afirma, sin demostrar el error probatorio del Tribunal, que el delito no se tipificó; y de contera, cita como única norma sustancial transgredida el artículo 133 del C.P., olvidando que el delito por el cual se procedió es en la modalidad de tentativa, lo que le imponía incluir el artículo 22 de la misma normatividad. La censura es en estos aspectos, incompleta.

Además, al objetar el criterio del Tribunal en relación con el dicho de la procesada, se limita el actor a reclamar credibilidad a esta prueba, sin cuestionar la de indicios, sobre la cual reconoce expresamente que también se edificó el fallo, incurre en otros desaciertos de técnica en materia casacional, porque, de un lado, el crédito otorgado o negado a una prueba en el fallo de instancias solo puede ser materia de reclamo extraordinario cuando se demuestra que las conclusiones judiciales surgieron del desconocimiento de la crítica racional de la prueba gracias al error de hecho y/o de derecho en su estudio; y del otro lado, porque como se advirtió, las pruebas de soporte de la decisión tienen que ser atacadas debidamente por el casacionista, ya que la prevalencia con fuerza incriminatoria, de una sola, deja incompleta la demanda.

Por otra parte, tampoco tiene claridad la petición casacional en la medida en que, pese a proclamar el censor con base en la causal 1ª de casación la violación indirecta de la ley sustancial -artículo 133 C.P.- por indebida aplicación, lo que de prosperar significa absolución, alternativamente y sin antecedente expuesto en el escrito, depreca la nulidad de la actuación, con olvido de que esta clase de efecto solo puede obtenerse a través de la causal 3ª de casación.

Las varias inconsistencias de orden formal que caractertzan la demanda, imponen su rechazo y la declaratoria de deserción del recurso.

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 Blanca Cecilia Carvajal Díaz contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, que la condena por tentativa de peculado por apropiación. DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nouqués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Claridad y precisión

Es criterio uniforme que cualquiera 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, la indicación clara, precisa y completa de los fundamentos, en armonía con la naturaleza del quebranto aducido, además de demostrar la trascendencia del yerro en la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Sustanciador: *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 167 Proceso No. 14214

VISTOS

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en defensa de Diego Aristizábal Calderón, contra la sentencia del Tribunal Nacional que le confirmó la condena por infracción a la Ley 30 de 1986.

HECHOS

En la primera hora del 8 de julio de 1993, en Guadalupe (Huila), miembros de la sijin capturaron a Orlando de Jesús Castañeda, conductor del carrotanque, marca Ford, placa FA 7719, Edgardo de Jesús Colorado Zapata y Diego Aristizábal Calderón, ocupantes del campero Daihatsu, placa JH 0666. Al ser requisados los automotores, en un compartimiento de aquél encontraron 20.336 gramos de cocaína y en el purificador de aire del otro, hallaron 769,5 gramos de la misma clase de sustancia.

ANTECEDENTES PROCESALES

Una Fiscalía Regional de Neiva abrió investigación y oyó en indagatoria a los capturados y otra de Santa Fe de Bogotá decretó su detención preventiva (fs. 39 y Ss., cd.1). El 29 de diciembre de 1993 se celebró la audiencia consagrada en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, en donde Orlando de Jesús Castañeda aceptó el cargo imputado y se rompió la unidad procesal.

Cerrada la instrucción, el 23 de mayo de 1994 les fue proferida a los otros dos resolución de acusación por infracción a la ley 30 de 1986 (fs. 466 Ss. ib.), providencia que apelada el 22 de noviembre siguiente fué confirmada por el *ad quem*.

Correspondió a un Juzgado Regional de esta ciudad adelantar el juicio y el 4 de marzo de 1997 impartió condena a los inculpados como responsables de esa ilicitud, de 8 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, y al pago de 20 salarios mínimos legales mensuales de multa (fs. 28 y Ss. cd. 2), sentencia que recurrida por el defensor de uno de los sindicados fue avalada el 23 septiembre de 1997 por el Tribunal Nacional, decisión que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, es formulado el reproche a la sentencia impugnada por errores de hecho que tergiversaron la prueba y llevaron a la aplicación indebida del artículo 247 y falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, cargo que se fundamenta con la afirmación que los medios de convicción fueron distorsionados en su apreciación porque frente a ellos existen otros que al analizarse los contrarrestan, de lo cual surge la duda razonable, existiendo así la alternativa indicada en las sentencias de primer y segundo grado sobre la responsabilidad de un defendido frente a la opción de dar crédito a la exculpación de Aristizábal Calderón.

No hay conexión entre el conductor del carrotanque y los ocupantes del campero, a quienes no le hallaron armas ni dinero ni a su defendido le encontraron sustancia ilícita alguna, y fue fácil que el teniente acomodara la realidad del operativo en su informe, el que por esas razones no puede tenerse como un todo de verdad y certeza.

Por esa carretera transitan numerosos camperos y que el conducido por su representado sea blanco, no significa que exista nexo con el carrotanque. Ese automotor con la bolsa de cocaína en el carburador no podía recorrer más de tres cuadras, como lo explica el dictamen médico, y fue examinado en el lugar de los hechos y al llegar a Neiva, pero sólo al día siguiente se le encontró el alucinógeno.

Finalmente afirma que su cliente explicó las razones por las cuales se dirigía a esa ciudad, pues iba acompañado del mecánico a comprar o cambiar de carro, sin llevar dinero al existir medios automáticos y viajaba de noche para ganar tiempo.

Por todo lo anterior solicita casar el fallo impugnado y se dicte sentencia absolutoria.

Consideraciones de la Corte

Es criterio uniforme que cualquiera 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, la indicación clara, precisa y completa de los fundamentos, en armonía con la naturaleza del quebranto aludido, además de demostrar la trascendencia del yerro en la sentencia.

El impugnante dice endilgar varios errores de hecho, al parecer consistentes en falsos juicios de identidad, porque el juzgador incurrió en tergiversación de los medios de convicción. Pero claramente se observa que lo que denomina distorsión no corresponde a la noción de falso juicio de identidad. Es así como dice: "tales pruebas fueron distorsionadas en su apreciación, dado que frente a las mismas, existen otras que al analizarse cuidadosamente las contrarrestan, las debilita". Confunde la oposición de una probanza con relación a otra, con dicha modalidad de yerro, que como se sabe consiste en una mutación o un recorte o extensión de su alcance para hacerle decir algo que no aparece en su contenido fáctico.

En realidad el recurrente no hace un desarrollo acorde con el cargo que endilga, pues no especifica las pruebas sobre las cuales recayeron los alegados yerros del juzgador ni en qué consistió la tergiversación, sino que al inicio de la argumentación en forma general dijo que se habían distorsionado pruebas.

En vez de fundamentar el reproche según el anuncio, entra a señalar cómo debieron ser analizados algunos medios de convicción según su particular punto de vista, al que desea se dé prevalencia frente a lo considerado por el fallador. Se trata, pues, de una alegación propia de las instancias de manera que sus pretensiones no se avienen con el recurso extraordinario, que no persigue dirimir una confrontación de criterios sino corregir verdaderos yerros trascendentes en que hubiere incurrido el juzgador y que lleven a quebrar la sentencia.

Como la Corte no puede entrar a llenar los vacíos ni superar las deficiencias en que incurre el casacionista, y ante la ausencia de claridad y precisión, de conformidad con los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, se impone el rechazo de la demanda que conduce por contera a declarar desierta la impugnación mediante decisión irrecurrible al adquirir ejecutoria en la fecha en que es suscrita (art. 197 *ibidem*).

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

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en favor del procesado Diego Aristizábal Calderón 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 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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Técnica en casación

Repetidamente la jurisprudencia ha dado en sostener que cuando en casación con apoyo en la causal tercera se aduce violación del debido proceso, se debe comprobar la existencia de irregularidad sustancial que afecte la estructura del sistema que lo inspira. Por ejemplo: falta de apertura de investigación, no vinculación del procesado, no definición de la situación jurídica o ausencia de la decisión de cierre de la investigación; desconocimiento de la etapa de investigación y/o de juzgamiento: dentro del juicio: de la fase probatoria y/o de debate oral: de formulación de cargos o sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia.

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

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

Aprobado Acta No. 167 Proceso No. 13215

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Pastor Naffar Díaz.

ANTECEDENTES

Aproximadamente a las dos y treinta de la madrugada del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres, después de haber departido con algunos de sus amigos a quienes dejó en sus casas, el abogado Eusebio Rincón Quintero transitaba en el vehículo campero rojo marca Mitsubishi de placas FTK 415 por el sector de la denominada "calle del cartucho" de Santa Fe de Bogotá, cuando en frente del número 11-42 de la carrera 6ª le explotó la llanta delantera izquierda por lo cual detuvo la marcha, circunstancia aprovechada por varios individuos quienes desvalijaron el automotor y despojaron de sus pertenencias al conductor, al que agredieron con arma cortopunzante ocasionándole graves heridas que determinaron su muerte.

Abierta la investigación por la Fiscalía Veintinueve Delegada de la Unidad Segunda de Investigación Previa y Permanente (fl. 245), se vinculó mediante indagatoria a Pastor Naffar Díaz (fls. 391 y ss.) a quien la Fiscalía Octava de

la Unidad Primera de Vida a donde fueron reasignadas las diligencias, le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva (fls. 487 ss.-1).

Previa clausura del ciclo instructivo (fl. 60-2), el doce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco, se calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo en su contra resolución acusatoria por el concurso de delitos de homicidio agravado y hurto calificado-agravado (fls. 86 y ss.-2), en determinación que cobró ejecutoria en esa instancia por no haber sido impugnada (fls. 104 y ss.-2).

El juicio lo tramitó el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito, en donde, previa realización de la vista pública (fls. 185 y ss.-2), culminó la instancia condenando al procesado a la pena principal de cuarenta y dos (42) años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez (10) años, al encontrarlo penalmente responsable del concurso de delitos imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 255 y ss.-2), mediante decisión que el Tribunal Superior confirmó íntegramente (fls. 65 y ss.-3), al conocer en segunda instancia por vía de la apelación interpuesta por el procesado y su defensor.

Contra el fallo de segundo grado estos mismos sujetos procesales oportunamente interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem* (fls. 98-3), presentándose por el Defensor Público, en el término legal, el respectivo escrito con el cual persigue sustentar la impugnación (fls. 114 y ss.-3), y sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte.

La Demanda

Comenzando por identificar los sujetos procesales y la sentencia objeto de impugnación, hacer una síntesis de los hechos materia de juzgamiento y resumir la actuación procesal, al amparo de las causales tercera y primera de casación, tres cargos se formulan al fallo del Tribunal.

En el primer cargo, postulado con apoyo en la causal tercera, se denuncia por el actor que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad, por la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso.

Lo fundamenta en que la Fiscalía 93 de la Unidad Primera de Vida, en dos ocasiones asumió el conocimiento de la actuación: inicialmente el 23 de marzo de 1994 cuando se había dispuesto la apertura de la investigación y ordenado la captura de las personas sindicadas por José Danilo Duque Flórez como responsables del homicidio; y, la segunda ocasión, el 23 de octubre siguiente "cuando tuvo como fundamento para la resolución los reconocimientos fotográficos que se realizaron en forma ilegal (folios 361-363-364) donde no concurrieron ni el defensor, ni el Ministerio Público, ni firmó quien dijo haber reconocido, ni el testigo, ni la apoderada de la parte civil, de quien se afirmó, sí había comparecido a la diligencia".

Sostiene, además, que no se efectuó una investigación integral a que se refiere el artículo 333 del C. de P. P., ni se respetó el principio de imparcialidad en la búsqueda de la prueba que menciona el artículo 249 *ejusdem*. En ese sentido indica que el testimonio de José Danilo Duque Flórez, es mentiroso, fantástico y contradictorio, pues "perteneció al grupo de quienes atentan contra la propiedad y fue quien estuvo pretendiendo de los familiares del occiso una recompensa pecuniaria, además se nota el ánimo de vengarse de quienes lo obligaron a alejarse del sector y a pesar de existir otros hechos indicadores e indicantes el señor Fiscal enrutó la instrucción después de haberse equivocado inicialmente pretendiendo que era un crimen pasional por el camino que le trazó este testigo".

En el acápite que el casacionista dedica a la "trascendencia de la nulidad", argumenta que con el vicio que se denuncia se privó al procesado de la garantía constitucional al debido proceso y el derecho de ser investigado y juzgado conforme a las disposiciones legales vigentes, y porque, pretendiéndose inocente, ve venir como condena prácticamente la cadena perpetua.

Con base en esto, solicita de la Corte casar la sentencia ameritada, y declarar la nulidad de lo actuado "a partir de la resolución que avocó el conocimiento y ordenó la captura de quien no había sido identificado aún, de fecha marzo 3 de 1994, ordenando a la Fiscalía Delegada de la Unidad Primera de Vida, rehacer la actuación, adecuando el procedimiento al imperio de la ley".

Con apoyo en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, denuncia que el sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación probatoria.

El primero de ellos lo hace consistir en falso juicio de identidad, en el proceso de inferencia lógica en la apreciación de los indicios tenidos en cuenta para el proferimiento del fallo y edificados a partir de la declaración del testigo de oídas José Danilo Duque Flórez, los reconocimientos (fotográfico y en fila de personas) practicados con la intervención de ese mismo testigo y la diligencia de indagatoria del procesado, "para deducir que éste fue el coautor responsable del homicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado, lo que lo condujo a la aplicación indebida del artículo 324 del C.P. y a la falta de aplicación del art. 445 del C. P. P.".

Sostiene el libelista que en el fallo se habla de la existencia de soporte real y jurídico para afirmar que Naffar Díaz estuvo en el sitio de los acontecimientos y en el momento en que tuvieron lugar, que portaba un arma, y aunque quiera atribuírle responsabilidad penal a un sujeto que apoda el mono de ojos verdes quien sólo le dio una puñalada a la víctima, de todas maneras acompañaba a aquél y mantenía interés en apoderarse del automotor.

Estos indicios, en opinión del casacionista "encuentran dentro del proceso sus contraindicios" toda vez que de las declaraciones de Roberto Almonacid

y José Danilo Duque Flórez se puede colegir "que otra era la apreciación que podía darse a las pruebas indiciarias recaudadas o construidas dentro del proceso, para hacer la inferencia que resultara contraria a la que es motivo de la inconformidad".

En ese sentido refiere que si bien Roberto Almonacid dijo haber estado consumiendo droga cuando escuchó que en la calle estalló la llanta de un vehículo y que en ese momento "Necar" adujo salir a verificar de qué se trataba y que sin demorarse regresó diciendo que Alberto le había pegado una puñalada al conductor, por el contrario José Danilo Duque sin haber presenciado el hecho, expuso haberse enterado por comentarios que acababan de atracar a un sujeto de un jeep, y también que habían sido Necar, Charlie, Enrique, Carlos y "el mono de ojos verdes" y que cuando fue a mirar Enrique tenía un cuchillo en la mano.

En cuanto al dictamen sobre las heridas ocasionadas a la víctima y el arma que se utilizó para ello, se sostiene por el casacionista que "el experto afirma que pudo ser que se utilizaran dos armas distintas, pero no es una afirmación categórica, sólo es un indicio".

Y, respecto de la acusación que obra en contra del "mono de ojos verdes" de haber sido el autor del homicidio, que para el juzgador no dejó de ser una simple afirmación sin respaldo probatorio, quedó sin comprobación o infirmación ya que sólo bastó la apreciación del juzgador para hacer la inferencia, culminar el silogismo y determinar que NAFFAR fue coautor del homicidio "porque esa fue su determinación".

Al referirse a la "trascendencia del cargo", se sostiene en el libelo que para proferir sentencia de condena con fundamento en sola prueba circunstancial, se "exige el mayor rigorismo en la apreciación del acervo probatorio para realizar la inferencia lógica que conducirá a la determinación que razonadamente deba adoptarse", pues de lo contrario "conduciría a la más flagrante violación de la ley sustancial".

Con fundamento en esta censura, solicita casar el fallo impugnado y absolver al procesado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, "toda vez que la incertidumbre que campea dentro del proceso, hace aplicable el artículo 445 del C. de P. P.".

El segundo reproche, formulado al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, lo hace consistir en error de derecho por falso juicio de legalidad "por haber apreciado el reconocimiento fotográfico obrante al folio 361 -363- y 364 recaudado en forma ilegal, para adoptar la resolución de ordenar el reconocimiento en fila de personas, también recaudado en forma ilegal, y con dicha prueba ordenar la vinculación del procesado".

Agrega que "tales reconocimientos no fueron suscritos por quien reconocía al por reconocer, y a dicha diligencia no compareció ni el Defensor ni el Ministerio Público como lo ordena la Ley" y se hizo figurar en ellos a la Parte

Civil a pesar de no haber concurrido a la diligencia por no aparecer las respectivas firmas. "La trascendencia es tal -prosigue-, que se vulneraron los derechos y garantías procesales", por la violación de los artículos 368 y 369 del C. de P. P. y con ello el art. 304-2 del C. P. P., lo cual dio lugar a la aplicación indebida del artículo 324 del C.P. y a la falta de aplicación del artículo 445 del C. de P. P.

Con fundamento en lo anterior solicita la absolución del procesado "por favorecerlo la duda, al tenor de lo dispuesto en el Art. 445 del C.P.P.".

Se Considera

Por incumplir los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 225 del C. de P. P., habrá la Corte de rechazar la demanda de casación presentada a nombre del procesado Pastor Naffar Díaz y tener, en consecuencia, que declarar desierto el recurso, en obedecimiento a las previsiones del artículo 226 *ejusdem*.

Si bien en su formulación se acierta a identificar los sujetos procesales y la sentencia objeto de impugnación, sintetizar los hechos materia del juicio y resumir la actuación llevada a cabo durante el proceso; como también en señalar la causal de casación que se aduce para demandar el desquiciamiento del fallo y citar las disposiciones que se estiman transgredidas, no acontece igual con la carga de indicar clara y precisamente los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya la postulación de cada una de las censuras que se presentan.

En la demanda se afirma que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad por la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso. Sin embargo, la censura no trasciende su enunciado pues en lo que debería corresponder al desarrollo de la premisa, nada se informa en concreto sobre la actuación con la cual resultaron desconocidas las bases fundamentales de la investigación o el juzgamiento.

Y si bien en apoyo de la pretensión se aduce que la Fiscalía 93 de la Unidad Primera de Vida en dos ocasiones asumió el conocimiento del asunto, no se indica cómo esta actuación comportó un vicio *in procedendo*, ni cuáles específicamente fueron las disposiciones procesales que con ella resultaron transgredidas, condiciones en las cuales menos podría acreditarse la definitiva incidencia del yerro en la invalidez del fallo.

En este sentido, *repetidamente la jurisprudencia ha dado en sostener que cuando en casación con apoyo en la causal tercera se aduce violación del debido proceso, se debe comprobar la existencia de irregularidad sustancial que afecte la estructura del sistema que lo inspira. Por ejemplo; falta de apertura de investigación, no vinculación del procesado, no definición de la situación jurídica o ausencia de la decisión de cierre de la investigación; desconocimiento de la etapa de investigación y/o de juzgamiento; dentro del juicio: de la fase probatoria*

y/o de debate oral; de formulación de cargos o sentencia, o la posibilidad de recurrir en segunda instancia, nada de lo cual se advierte por el demandante.

Contrariando esta directriz, también el casacionista hace depender la censura de las presuntas irregularidades cometidas en el proceso de formación probatoria en cuanto hace a las diligencias de reconocimiento fotográfico, con lo cual resultan confundidas las formas propias del juicio alegables con apoyo en la causal tercera, con los errores que dicen relación a los grados probatorios, denunciables al amparo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, lo cual hace inestudiable un cargo en tales condiciones propuesto, pues no tendría sentido que la Corte decretara la nulidad de lo actuado con fundamento en pruebas ilegalmente recaudadas y no vinculadas en relación causativa con los restantes actos procesales no afectados de ilegalidad, ya que en las circunstancias vistas estaría en facultad de proferir el fallo de reemplazo omitiendo considerar la prueba o pruebas respecto de las cuales se presenta el vicio.

Y, siguiendo con la misma tónica, se denuncia no haberse efectuado por los funcionarios una investigación integral, ni haberse respetado el principio de imparcialidad en la actividad de recaudo probatorio, sin embargo de lo cual seguidamente se abandona la propuesta impugnatoria para ubicar la censura en el campo de la violación indirecta de la ley, por considerar que el dicho de José Danilo Duque Flórez no debió merecer acogimiento en los Juzgadores por mentiroso, fantástico y contradictorio, en postura que correspondería al ámbito del error de hecho por violación de las reglas de la sana crítica que tampoco se culmina, pues no logra demostrarse por qué en su apreciación resultaron transgredidos los postulados de la ciencia, la lógica, la experiencia o el sentido común.

Y los defectos técnicos de que adolecen los cargos presentados al amparo de la causal primera no resultan menos evidentes en la demanda: Al aducir que los sentenciadores incurrieron en errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, en realidad lo que el casacionista está planteando es su particular posición respecto de la prueba indiciaria para anteponerla al mérito persuasivo otorgado por los sentenciadores, lo cual constituye posición inadmisible en sede de casación por la relativa libertad de que gozan los jueces en la apreciación probatoria y la asignación de su fuerza de convicción, limitada solo por las reglas de la sana crítica cuya transgresión no se denuncia y, por supuesto, no se demuestra en el libelo sustentatorio de la impugnación.

En lugar de acreditar que al contemplar el contenido fáctico del medio probatorio se lo puso a decir algo que no se desprende de su contexto objetivo, y que esta distorsión, adición o cercenamiento dio lugar a la adopción de una decisión equivocada, como correspondería hacerse cuando se invocan falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el actor propone una revaloración de las pruebas a partir de sus propias y personales consideraciones: no de otra manera se entiende la afirmación en el sentido de que a los indicios de responsabilidad estructurados por los sentenciadores, se enfren-

tan otros que denomina "contraindicios" pero edificados sobre la base de un mérito persuasivo distinto al otorgado por los juzgadores.

Cuando el casacionista se refiere al dictamen pericial en donde se da cuenta de las heridas que presentaba la víctima, no se indica cuál fue el error cometido por los juzgadores al apreciar dicho medio, como tampoco la trascendencia de un eventual desacierto en la parte dispositiva del fallo, con lo cual el reparo queda a medio camino.

Y cuando menciona la referencia al "mono de ojos verdes" como el presunto autor del homicidio, nada se informa sobre la manera como el juzgador "hizo la inferencia y cerró el silogismo", a qué conduce éste, y cuál el error probatorio que cometió.

Finalmente, al referir la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho en falso juicio de legalidad en la apreciación de las pruebas de reconocimiento fotográfico y en fila de personas, por transgresión de las normas establecidas para la aducción de estos medios, es de decirse que el enunciado se ofrece completo, lo que no sucede con el desarrollo y demostración tanto del yerro como de su trascendencia en la parte resolutiva.

Aunque se sostiene que dichas diligencias no fueron suscritas por quien hizo tales reconocimientos, y que a ellas no compareció el Defensor y el Representante del Ministerio Público como lo establece la ley, como tampoco lo hizo la parte civil no obstante anunciarse su concurrencia al acto, se guarda silencio sobre el mérito otorgado por los falladores a dichas pruebas, y no se indica por qué de haberse prescindido de considerarlas por ostentar vicios en el proceso de formación probatoria, la evaluación de las otras recaudadas habrían conducido a adoptar una solución de distinto contenido a la ameritada.

Entonces, como la demanda no cumple las exigencias mínimas de técnica y fundamentación requeridas para su estudio, y dado que por virtud del principio de limitación que preside el recurso a la Corte no se le faculta para corregir la demanda y ajustarla a los presupuestos que la hagan admisible, la decisión correspondiente es su rechazo y, en consecuencia, tener que declarar desierto el recurso en obedecimiento a lo previsto por el artículo 226 del C. de P. P.

Contra esta decisión no procede recurso alguno acorde con los parámetros establecidos por el artículo 197 del C. de P. P., por lo cual 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 Pastor Naffar Díaz 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 Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FAVORABILIDAD-Ley de alternatividad penal

Según viene de explicarse la norma en comento no es reemplazo ni sucesión de ningún otro precepto, por lo cual no es factible estructurar en su entorno, un conflicto de leyes en el tiempo, para acudir de manera subsiguiente al principio de favorabilidad.

El principio de favorabilidad, rector del derecho penal, puede invocarse cuando una norma íntegramente considerada, aun cuando fuere posterior a la fecha de comisión de las conductas ilícitas, resultare más permisiva o benéfica a los intereses del procesado o condenado, en comparación con la otra, que debe estar referida a idéntica materia. Implica la existencia de un aparente conflicto entre dos normas sobre el mismo tema, una de las cuales reemplaza o sucede a la otra en el tiempo.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 164 (Oct. 21/99) Proceso No. 16483

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, contra el auto del 6 de septiembre de 1999, mediante el cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, le negó la libertad condicional.

ANTECEDENTES

1. Los acontecimientos que originaron la acción penal fueron relatados de la siguiente manera por el Tribunal Superior de Villavicencio, al calificar el mérito del sumario, en auto del 6 de mayo de 1991:

"Refieren los autos de Juan de la Cruz Melo Ibáñez se encontraba vinculado a la Rama Jurisdiccional, ocupando diferentes cargos desde el 7 de noviembre de 1985 en el Juzgado 21 de Instrucción Criminal de Saravena, Arauca. Por faltas transitorias de titular en el Despacho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio encargó como Juez a Melo Ibáñez

en tres oportunidades, quien tomó posesión los días 18 de febrero, 6 de mayo y primero de agosto de 1988, respectivamente, designando éste a la vez en la Secretaría al señor Guillermo Silva Castañeda en todos los casos".

"Casi promediando el año de 1989, el nuevo titular del Juzgado 21 de Instrucción, advirtió serias irregularidades en la entrega de varios títulos judiciales, y al solicitar información a la Caja Agraria pudo establecer que efectivamente algunos habían sido cobrados por personas íntimamente vinculadas con los anteriores Juez y Secretario encargados. Posteriormente, antes de iniciada la investigación, Melo Ibáñez depositó dinero correspondiente a parte de los títulos cobrados en forma irregular".

2. Mediante Sentencia del 16 de diciembre de 1993, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, condenó, en calidad de reo ausente, al señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, a la pena principal de setenta y cuatro (74) meses de prisión "como autor responsable de los delitos de falsedad y peculado", le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y expidió orden de captura en su contra.

De igual manera, condenó al señor Guillermo Silva Castañeda, a la pena principal de treinta y dos (32) meses de prisión por haber sido encontrado cómplice en aquellos ilícitos, y le concedió el subrogado de la ejecución condicional de la condena. (folio 49 cdno. 3)

El fallo de primera instancia hizo tránsito a cosa juzgada puesto que no fue impugnado por los sujetos procesales.

3. El primero (1°) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997), se produjo la captura del señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, en la ciudad de Bogotá; fue conducido a la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota", y desde entonces purga su condena en dicho establecimiento. (folio 113 cdno. 3).

4. Más adelante, con escrito del 9 de agosto de 1999, el señor Melo Ibáñez, solicitó se le concediera libertad condicional, en los términos del artículo 72A del Código Penal, introducido por la Ley 415 de 1997, explicando que ya ha descontado las tres quintas (3/5) partes de la condena y que si bien es cierto el delito de peculado fue excluido de este beneficio por la misma norma, en su caso particular, por favorabilidad, no se debe aplicar esta exclusión, ya que en 1989, cuando ocurrieron los hechos, no existía el precepto invocado.

5. El Tribunal Superior de Villavicencio, no accedió a la pretensión libertaria, y en contra de esta negativa el condenado interpuso el recurso de apelación que ahora ocupa la atención de la Sala.

La Providencia Impugnada

Se trata del auto del 6 de septiembre de 1999, por el cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, negó la libertad condicional

al señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, tras estimar que sus planteamientos no resultan adecuados a una correcta hermenéutica, pues no es viable solicitar la aplicación del artículo 72A del Código Penal, únicamente en lo favorable y que no se tenga en cuenta en lo que le perjudica, como en efecto se pretende; es decir que se acepte en su caso como requisito objetivo para obtener libertad condicional el descuento de las tres quintas (3/5) partes de la pena, pero que se ignore la excepción que esta misma norma contiene en tratándose del hecho punible consiste en peculado por apropiación.

El Tribunal refuerza sus planteamientos transcribiendo los apartes pertinentes del auto del 29 de enero de 1998, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que al decidir un asunto similar, con ponencia del Honorable Magistrado *Carlos E. Mejía Escobar*, señaló:

"No puede hablarse aquí de infracción a la favorabilidad, como advierte *a priori* el procesado, en cuanto principio rector del Código Penal Colombiano, pues no se trata de un conflicto de leyes sino de la simple aplicación de la que crea un beneficio en concreto al que se pretende acceder, que no solo genera el instituto benéfico, sino que establece las condiciones específicas para su utilización, una de las cuales es señalar de forma enunciativa cuales son los tipos penales que se excluyen de su aplicación".

"No resulta entonces violatoria de ningún principio rector del ordenamiento nacional, la aplicación inmediata de la Ley 415 de 1997 en cuanto señala para este caso en concreto, que no permite su extensión a 'los delitos previstos en la Ley 190 de 1995', pues tal forma, meramente enunciativa, es una orden perentoria que no plantea ningún conflicto de leyes en el tiempo, ya que el tipo penal del Peculado por Apropiación está previsto en la Ley 190 de 1995 que como estatuto especial regula todas aquellas conductas relacionadas con la defraudación al tesoro público en general contra la administración pública".

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Sostiene el señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, que el auto que le negó la libertad carece de motivación suficiente, ya que sólo analizó el delito de peculado y guardó silencio con relación al de falsedad, en cuanto a las posibilidades para obtener su libertad condicional en atención a la naturaleza de cada uno de ellos; y, de otra parte, que desconoce el principio de favorabilidad.

Recuerda que fue condenado por los delitos de falsedad ideológica en documento público agravada por el uso, en concurso con peculado por apropiación, por hechos ocurridos en 1988, cuando la falsedad se consideraba más grave. De este modo, dice, la falsedad implicó el 84% de la pena que se le impuso, en tanto que el peculado únicamente el 16%.

Como por la falsedad ahora sí tendría derecho a libertad condicional, en aplicación del artículo 72A del Código Penal, es preciso que por favorabilidad

se le reconozca este derecho, ya que la exclusión recae únicamente sobre el peculado, delito que tuvo menor importancia ponderada en la sentencia, que debe estudiarse con la óptica permitida al tiempo de comisión de los hechos.

Para terminar, también invocando el principio de favorabilidad, recuerda que con el Código Penal vigente en 1988, "el peculado accedía a libertad condicional", circunstancia que obliga a la aplicación ultractiva del texto original, por resultar en su caso más favorable que la Ley 190 de 1995, que definió nuevamente este delito aumentando ostensiblemente la sanción.

Con base en los anteriores planteamientos solicita a la Sala revocar el auto cuestionado "y en su lugar se pronuncie sobre la petición inicial que habla de mi libertad condicional".

Consideraciones de la Sala

1. De conformidad con el numeral 4 del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, resolver los recursos de apelación en los procesos que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, máxime si, como en este caso, fue interpuesto, sustentado y concedido con arreglo a las normas que rigen la materia.

2. El señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, condenado por los delitos de falsedad y peculado por apropiación, por hechos ocurridos en 1989, aspira a que en su caso se aplique parcialmente el artículo 72A del Código Penal, introducido por la Ley 415 de 1997, sobre alternatividad penal.

Aquella disposición prevé como regla general que el Juez "concederá libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (03) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) partes de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario."

De igual manera, la norma en comento contiene un listado de excepciones a aquella regla general, de suerte que para los delitos contemplados en el conjunto de excepciones no se aplica el artículo 72A del Código Penal, sino el artículo 72 ibídem. Es decir que los condenados por alguno de los ilícitos excluidos de la regla general podrían obtener su libertad condicional si acreditaren como requisito objetivo el descuento de las dos terceras (2/3) partes de la pena.

Los siguientes delitos tipificados en la Ley 190 de 1995, o "Estatuto Anticorrupción", forman parte de los tipos exceptuados en el artículo 72A del Código Penal. En consecuencia, quienes hubieren sido condenados por alguno de ellos, podrían acceder a libertad condicional, siempre y cuando demostraren el cumplimiento de los requisitos que consagra el artículo 72 ibídem, entre ellos haber purgado las dos terceras (2/3) partes de la condena:

–Peculado por apropiación: art. 133 C.P.

Peculado por extensión: art. 138 C.P.

–Concusión: art. 140 C.P.

–Cohecho propio: art. 141 C.P.

Cohecho impropio: art. 142 C.P.

–Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público: art. 147 C.P.

–Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales: art. 177 C.P.

3. Ocurre que el señor Melo Ibáñez, insiste en que en su caso se aplique "por favorabilidad" el artículo 72A del Código Penal, única y exclusivamente en cuanto le beneficia, vale decir que se acepte como requisito para su libertad condicional el descuento de las tres quintas partes de la pena, pero que, a la vez, no se tenga en cuenta que el delito de peculado por apropiación que le deparó la condena, fue expresamente excluido por el legislador de esta prerrogativa, surgida a la vida jurídica con la Ley 415 de 1997, cuando se consagraron algunas medidas tendientes a descongestionar las cárceles.

4. En orden a dilucidar la viabilidad jurídica de aquellas pretensiones es preciso definir inicialmente si el artículo 72A del Código Penal es aplicable en la situación del señor Melo Ibáñez, en atención a que los acontecimientos punibles tuvieron lugar en 1988, y dicho artículo proviene de la Ley 415 de 1997.

La Ley 415 de 1997, "por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país.", determinó que el Código Penal tendría "un nuevo artículo 72A."

Luego, esta norma nacida como otra opción para contribuir a la descongestión de las cárceles, es "nueva", como literalmente lo dijo la Ley, y por tanto debe aplicarse a partir de su entrada en vigencia, para todos los casos abarcados en las hipótesis que contiene, aun si los hechos punibles se hubieren cometido con anterioridad, pues en desarrollo de la política criminal del Estado, el legislador creó un beneficio adicional, al permitir que en ciertos eventos los reclusos puedan recuperar su libertad condicionalmente, después de haber descontado las tres quintas (3/5) partes de la condena.

Significa lo anterior que el señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, en igualdad de condiciones como todos los internos del país, podría aspirar a libertad condicional en los términos del artículo 72A, siempre que demuestre a cabalidad los requisitos que exige esta norma para acceder al beneficio.

5. Corresponde ahora analizar si por "favorabilidad" es procedente que en el caso del señor Melo Ibáñez, se deje de tener en cuenta que el artículo 72A del Código Penal, excluyó el delito de peculado por apropiación, del beneficio de libertad condicional con el descuento de las tres quintas partes de la pena.

Según viene de explicarse la norma en comento no es reemplazo ni sucesión de ningún otro precepto, por lo cual no es factible estructurar en su entorno, un conflicto de leyes en el tiempo, para acudir de manera subsiguiente al principio de favorabilidad.

El principio de favorabilidad, rector del derecho penal, puede invocarse cuando una norma íntegramente considerada, aún cuando fuere posterior a la fecha de comisión de las conductas ilícitas, resultare más permisiva o benéfica a los intereses del procesado o condenado, en comparación con la otra, que debe estar referida a idéntica materia. Implica la existencia de un aparente conflicto entre dos normas sobre el mismo tema, una de las cuales reemplaza o sucede a la otra en el tiempo.

Apartándose del correcto entendimiento del concepto de favorabilidad el recurrente reclama en forma equívoca la aplicación de dicho principio, pues contrapone dos normas en plena vigencia, de distinta naturaleza y que no versan sobre la misma materia. En efecto, pretende que se escojan las frases convenientes del artículo 72A del Código Penal, relativas a libertad condicional, en comparación con el artículo 133 ibídem, que tipifica el delito de peculado, y en el segundo caso vacila entre el texto original y el modificado según la Ley 190 de 1995.

Esta falencia fue claramente advertida por el Tribunal Superior de Villavicencio, cuando, a través de la cita jurisprudencial de esta Sala, resumida en precedencia, concluyó que en el caso del señor Melo Ibáñez, no existía sucesión de normas sobre una misma materia, sino que el artículo 72A del Código Penal, era una norma nueva, distinta, generada para introducir un beneficio adicional relacionado con libertad condicional y que estableció autónomamente los presupuestos para alcanzarlo.

6-. En este orden de ideas, es claro que los raciocinios que sirven de fundamento al recurrente para invocar aplicación en su caso de solo la parte favorable de la misma norma, se han construido a partir de cimientos no ajustados a la legalidad. A *contrario sensu*, la providencia impugnada refleja la correcta interpretación de las normas pertinentes al problema jurídico planteado, por lo cual será confirmada en su integridad.

Acorde con la decisión a adoptar, el señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, será dejado, a partir de esta fecha, a disposición de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota".

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto del seis (6) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), mediante el cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Supe-

rior de Villavicencio, negó la libertad condicional al señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez.

En consecuencia, dejar a partir de esta fecha, al señor Juan de la Cruz Melo Ibáñez, a disposición de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota".

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir/**NORMAS DE ESTADO DE SITIO**-Incorporación como legislación permanente/**SECUESTRO DE AERONAVES, NAVES O MEDIOS DE TRANSORTE COLECTIVO**-Derogatoria de los artículos 281 y 282 del C.P./**CONCURSO**-/**PERJUICIOS**-La condena debe ser clara y expresa

1. Tiene definido la Corte que la limitación del objeto de la apelación en contra de la sentencia anticipada a los aspectos relacionados en el numeral 4 del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, opera también frente al recurso extraordinario de casación.

Fuera de tales eventos -límite "y del desconocimiento de las garantías fundamentales"-, la defensa carece de interés para el planteamiento de cualquier otra inconformidad. El no respeto de derechos fundamentales para acceder al recurso, sin embargo, no traduce que baste la invocación y demostración de una causal de nulidad por parte del defensor demandante, para que el presupuesto del interés quede satisfecho. Si el planteamiento de nulidad obra como pretexto de retractación de un cargo libremente aceptado por el procesado o acordado con la Fiscalía, la ausencia de interés para recurrir es manifiesta.

2. La conclusión del Ministerio Público, entonces, atinente a que las normas del decreto 180 de 1988 adoptadas como legislación permanente, son aplicables "a los comportamientos ejecutados por bandas delincuenciales de narcotraficantes o guerrilleros", no es admisible a juicio de la Sala. Es verdad que las causas materiales que originaron en 1984 la declaratoria del estado de sitio se mantenían al momento de la expedición de la nueva Constitución y siguen siendo parte de la realidad nacional, pero no lo es que el marco de aplicabilidad de las normas excepcionales, a partir de su incorporación a la legislación permanente, siga conectado con los motivos que condujeron al Ejecutivo a dicha declaratoria de perturbación del orden público.

En tal dimensión, aún aceptando que las normas del decreto 180 tenían como orientación exclusiva la de contrarrestar a la delincuencia organizada (narcotráfico y guerrilla), las circunstancias de análisis han

variado, por efecto del cambio de la fuente formal de validez de las que fueron adoptadas como legislación permanente por virtud del decreto 2266 de 1991. Por ende, sustituida la causa de su origen, varían los contenidos de la interpretación.

3. Frente al delito de secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo (art. 28 del decreto 180), las consideraciones son similares. En su redacción no fue incluido ningún propósito específico del agente como elemento configurador del tipo penal, pero no por ello es sostenible que el legislador extraordinario hizo depender la configuración de la conducta de la existencia de un nexo con actividades de una especial delincuencia organizada, en particular del narcotráfico o de la guerrilla. La trascendencia que en materia de seguridad pública y colectiva contenía la acción, sin embargo, quedaba implícita en la norma, en la medida de la correspondencia entre la naturaleza de la conducta descrita y el ámbito de la prohibición. Usar violencia, amenazas o maniobras engañosas para apoderarse, alterar el itinerario o ejercer el control, de una nave, de una aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, es una conducta que necesariamente perturba la tranquilidad y la paz sociales y lleva a todos, gente del común y funcionarios, a un estado de zozobra y gran tensión, que naturalmente sumen a la población en el terror. Una conducta como la descrita por la norma, es innegable, perturba significativamente el orden público, resquebraja la confianza de la ciudadanía en sus medios de transporte colectivos y siembra en el consciente colectivo la virtualidad del miedo como una asechanza permanente, que la afecta hondamente en tanto la perturba.

Quién niega la trascendencia social del secuestro de un avión con fines económicos. O el de un bus de servicio público que es desviado de su ruta, mientras sus ocupantes son sometidos mediante la violencia, independientemente de los fines buscados por los agresores. Esas conductas afectan la sensibilidad social y son altamente perturbadoras del orden público. Bajo esta óptica hacer la diferenciación entre delincuencia común y delincuencia organizada, para concluir que sólo a ésta le es imputable el delito del artículo 28 del decreto 180, es seguir planteando que sólo el narcotráfico y la guerrilla producen daño de esta dimensión. El disvalor de la conducta de uno de estos últimos grupos que se apodera de una nave o aeronave o de cualquier otro medio de transporte colectivo, para el desarrollo de sus actividades (puede ser simplemente la consecución de dinero para financiarse), en especial bajo una confusión como la del país, donde en no pocas oportunidades el origen y las finalidades de los actos delincuenciales se presentan ocultos, no deja de asemejarse a la de otro grupo de personas que se conciertan para efectuar la misma acción. En uno y otro caso se genera zozobra social y terror general en la población.

Este fue el resultado que dentro del sistema produjo la consideración del legislador extraordinario al elaborar la descripción típica del artículo 28

del decreto 180. Por sí misma la conducta representaba un grave ataque a la seguridad y a la tranquilidad públicas y en tal medida resultaba inclusive desafortunado limitar su alcance a un fin determinado buscado por el autor. Antes de la vigencia de la nueva Constitución, entonces, para que se configurara dicho tipo penal bastaba que el agente, con independencia del fin perseguido, realizara alguna de las conductas relacionadas en la norma. E idéntica es la solución frente a la vigencia del decreto 2266 de 1991, por el cual se adoptó como norma permanente el comentado artículo 28 del decreto 180, especialmente en atención al cambio de la fuente de validez de la norma que, como se dijo, desliga su análisis de los motivos originales que condujeron a la declaratoria del estado de sitio en 1984, como de los sobrevinientes que llevaron a la expedición del denominado estatuto antiterrorista.

Como corolario de lo dicho debe sostenerse que el artículo 28 del decreto 180 de 1988 suspendió en su momento la vigencia de los artículos 281 y 282 del Código Penal y posteriormente los derogó, al ser acogido dentro de la legislación permanente, en desarrollo del artículo 8º transitorio de la Constitución Nacional.

4. En el fallo de primera instancia se dispusieron 1.000 gramos oro por concepto de daños morales, sin señalar a favor de quién o quiénes exactamente y en cuál proporción. Igual aconteció en relación con los $10.000.000.oo tasados como perjuicios materiales, los que fueron determinados "...teniendo en cuenta el dinero y bienes sustraídos a los secuestrados, así como lo dejado de percibir por los propietarios de la aeronave por su secuestro, los gastos de reparación de la misma y los gastos de traslado a su sitio de origen". En uno y otro caso, ello es evidente, no se precisaron los perjudicados con las infracciones y los valores concretos a que cada uno de ellos se hacía beneficiario por efecto de la declaración judicial. Tal fue la indecisión del juzgador que ordenó el pago de las sumas mencionadas "...en favor de quien demuestre derecho a ello".

En las circunstancias anotadas la sentencia no contiene una obligación del procesado clara y expresa que pueda ser exigible a través del proceso ejecutivo pertinente.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 155 (octubre 8/99) Proceso No. 10245

VISTOS

Un Juez Regional de Santa Fe de Bogotá, mediante providencia de junio 14 de 1994 y luego de impartir aprobación al acuerdo a que llegó la Fiscalía

Regional con el procesado William Alfredo Rojas Riera, condenó a éste a la pena de 170 meses de prisión, multa equivalente a 15 salarios mínimos, a la pena accesoria de expulsión del territorio nacional una vez cumplida la sanción impuesta y al pago de los daños y perjuicios causados, por los siguientes cargos: apoderamiento y desvío de aeronave (art. 28 del decreto 180/88, adoptado como legislación permanente por el art. 4o. del decreto 2266/91), secuestro simple agravado en concurso homogéneo y sucesivo (arts. 2o. y 3o.-1 de la ley 40 de 1993), hurto agravado y calificado (arts. 350-1 y 2, 351-5 y 10 y 372-1 del C.P.) y porte ilegal de armas de defensa personal (art. 1o. del decreto 3664 de 1986, convertido en legislación permanente por el art. 1o. del decreto 2266/91).

El Tribunal Nacional, mediante sentencia de septiembre 19 de 1994, sustentado en la circunstancia de que para el momento de los hechos no estaba vigente la ley 40 de 1993, dio aplicación al artículo 269 del código Penal y modificó la pena principal impuesta, dejándola en 12 años de prisión y multa de 9 salarios mínimos mensuales.

Contra la determinación precedente el defensor interpuso el recurso de casación, el cual es objeto del presente pronunciamiento.

Hechos y Actuación Procesal

El 15 de junio de 1992 el avión de la empresa venezolana Rutaca, distinguido con la matrícula YV 245C, cubría la ruta Araco - Caracas. Cinco de las 14 personas que viajaban en él, utilizando armas de fuego y cortopunzantes, sometieron a la tripulación y a los pasajeros, desviaron el rumbo de la aeronave y luego de 2 aterrizajes de emergencia, finalmente arribaron a la finca La Barqueña, ubicada en el municipio de Puerto Gaitán (Meta). Allí permanecieron secuestrados durante 14 días el piloto Carlos Justiniano Núñez, el Copiloto Walid Nasser Nasser y los pasajeros María Nela Teresa Villafañe, Orlando José Gordon Reyes, Ludwid Gabriel Narváez Francis, Blanca Elena Machado Roca, Inés Eloisa Yaguaramay, Carmelo Oscar Santana y el menor José Ismael Barrios Yaguaramay, quienes fueron rescatados por personal del Das y del Ejército Nacional.

Los pasajeros fueron despojados de dinero y otras pertenencias en una suma aproximada a los 200 mil bolívares.

Por razón de tales hechos fueron capturados y vinculados a la investigación, iniciada el 30 de junio de 1992 por el Juzgado 47 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá, Blanca Amelia Medina Torres, Rocío Elizabeth Acosta Rincón, Justiniano Edison Zambrano Escalona, Raúl Medina Torres, Humberto Gómez Quintero, Rafael Isaac Fernández de Soto Salazar, José Ignacio Arévalo Perdomo y William Alfredo Rojas Riera.

El 13 de julio de 1992 los mencionados, salvo Raúl Medina Torres, fueron detenidos preventivamente por la Fiscal 134 Seccional de Bogotá, por los cargos de secuestro simple, apoderamiento y desvío de aeronave y hurto calificado.

El 16 de septiembre de 1992 el agente del Ministerio Público solicitó la remisión del proceso, por competencia, a la Fiscalía Regional. Estimó que la conducta de apoderamiento y desvío de aeronave, dada su gravedad, estaba descrita en el artículo 28 del decreto 180 de 1988 (adoptado como legislación permanente por el artículo 4o. del decreto 2266 de 1991) y su conocimiento atribuido a los Jueces Regionales.

La Fiscalía Seccional accedió a la petición y esa fue la razón para que el proceso resultara asignado a la Unidad de Antiterrorismo de la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá, a la cual el procesado William Alfredo Rojas Riera, de nacionalidad venezolana, le solicitó la celebración de audiencia especial (art. 37A del C. de P.P.).

Tal diligencia tuvo lugar el 14 de abril de 1994. El acuerdo a que llegaron el imputado y la Fiscalía fue sometido a consideración de un Juez Regional, quien formuló observaciones el 18 de mayo siguiente y procedió a la realización de la correspondiente audiencia el 31 del mismo mes. El procesado admitió los siguientes cargos: apoderamiento y desvío de aeronave (art. 28 del decreto 180/88, adoptado como legislación permanente por el artículo 4o. del decreto 2266 de 1991), secuestro (art. 2o. de la Ley 40 de 1993, agravado por la circunstancia del numeral 1o., artículo 3o.), en concurso homogéneo y sucesivo, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas. Acordó igualmente con la Fiscalía una pena de 220 meses de prisión, menos la rebaja que le concediera el Juez por acogerse a la terminación anticipada del proceso, y multa equivalente a 20 salarios mínimos.

El Juez Regional aprobó dicho acuerdo y dictó la respectiva sentencia condenatoria, la cual fue modificada en cuanto a la pena por el Tribunal Nacional, como quedó referido al comienzo de la presente decisión.

La Demanda

Dos son los cargos formulados por el recurrente en contra de la sentencia de segunda instancia, aunque en esencia los funda en los mismos argumentos.

Primero:

Lo apoya en la causal 3a. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, es decir haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad. Concreta el ataque en la consideración de que el apoderamiento y desvío del avión no estuvo mediado de un fin terrorista, pues sus autores buscaban era uno económico, y en tales circunstancias no le era imputable a su defendido el delito descrito en el artículo 28 del decreto 180 de 1988 (4o. del decreto 2266 de 1991), sino en el 281 del Código Penal, el cual considera vigente. En consecuencia, la competencia para conocer del asunto era de la "jurisdicción ordinaria" y no de los Jueces Regionales, por lo que se incurrió en la causal 1a. de nulidad del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo:

Lo propone como subsidiario y lo sustenta en la causal 1a. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, esto es que la sentencia violó una norma de derecho sustancial, por falta de aplicación del artículo 281 del Código Penal y naturalmente indebida aplicación del 28 del decreto 180 de 1988. Insiste el censor en el paralelismo de las normas mencionadas, en la ausencia del propósito terrorista y por lo tanto en el hecho de que a su representado se le debió imputar la conducta descrita en el artículo 281 del Código Penal, para cuya demostración acudió a apartes de la providencia de la Sala de agosto 22 de 1990, en la que supuestamente se examinó el tema específico del apoderamiento y desvío de aeronaves.

CONCEPTO DEL PROCURADOR 3o. DELEGADO

La solicitud del señor representante del Ministerio Público es que se case la sentencia, se declare la nulidad de lo actuado a partir de la resolución del 27 de noviembre de 1992 por falta de competencia del funcionario judicial y se remita el proceso al Fiscal 134 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito.

En primer lugar, para lograr la conclusión señalada, planteó la necesidad de determinar "...si el decreto 2266 de 1991 derogó las normas penales ordinarias o si, por el contrario, las dejó vigentes para incriminar con fundamento en ellas comportamientos desligados de una intención terrorista..." Es decir, para el caso del apoderamiento y desvío de aeronaves, establecer si está vigente el artículo 281 del Código Penal.

Consideró la Procuraduría que el artículo 28 del decreto 180 de 1988, atendido el contexto de su surgimiento, era sólo imputable a condición de la existencia en el agente de un propósito terrorista. Por lo tanto, cuando la intención no fuera esa, la norma aplicable era el artículo 281 del Código Penal.

El tránsito constitucional y la adopción como legislación permanente de varios tipos penales descritos en el decreto 180 no modificó el paralelismo de normas. Las condiciones que originaron el estado de sitio y la expedición del "estatuto antiterrorista" no desaparecieron por el hecho de integrarlo en parte a la normatividad ordinaria y por lo tanto la exigencia del ánimo terrorista sigue siendo una condición para que se estructure la hipótesis del artículo 28 de dicho decreto.

La Corte Constitucional, además, contribuyó a dilucidar el tema de la vigencia del artículo 281 del Código Penal. En la sentencia C-127/93, mediante la cual se resolvió sobre la constitucionalidad del decreto 2266 de 1991, mencionó los fines terroristas implícitos en el artículo 28 del decreto 180/88.

"Así, si quien se apodera de una aeronave en vuelo lo hace asistido de un ánimo de lucro, no terrorista, la norma que a él es aplicable es la contenida en el artículo 281 del decreto 100 de 1980; al contrario, si la finalidad es

terrorista, tal propósito implícito en la descripción del tipo impone la aplicación del artículo 28 del decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4o. del decreto 2266 de 1991", es la conclusión del Procurador Delegado. Y fue con sustento en ella, toda vez que en el caso examinado el fin perseguido por los realizadores de la conducta no era terrorista sino económico, que elevó a la Sala la solicitud de casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El proceso adelantado en contra de William Alfredo Rojas Riera terminó con sustento en la figura de la audiencia especial prevista en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal. Parte del acuerdo con la Fiscalía fue la admisión de responsabilidad penal, a título de autor, por el delito de "apoderamiento y desvío de aeronaves" consagrado en el artículo 28 del decreto 180 de 1988, asumido como norma permanente por el artículo 4º del decreto 2266 de 1991.

Si se tiene en cuenta que la defensa a través del recurso de casación sostiene, en un caso por vía de nulidad y en el otro de violación directa de la ley sustancial, que el precepto imputable no era el anotado sino el artículo 281 del Código Penal, resulta imperativo examinar si le asistía interés para el planteamiento de los puntos a través del recurso de casación.

Tiene definido la Corte que la limitación del objeto de la apelación en contra de la sentencia anticipada a los aspectos relacionados en el numeral 4º del artículo 37 B del Código de Procedimiento Penal, opera también frente al recurso extraordinario de casación.

Fuera de tales eventos -límite "y del desconocimiento de las garantías fundamentales"[1], la defensa carece de interés para el planteamiento de cualquier otra inconformidad. El no respeto de derechos fundamentales para acceder al recurso, sin embargo, no traduce que baste la invocación y demostración de una causal de nulidad por parte del defensor demandante, para que el presupuesto del interés quede satisfecho. Si el planteamiento de nulidad obra como pretexto de retractación de un cargo libremente aceptado por el procesado o acordado con la Fiscalía, la ausencia de interés para recurrir es manifiesta.

"Podrá reconocerse e insistirse, entonces -precisó la Corte en el sentido indicado-[2], en que le asiste facultad e interés a la defensa para interponer en casación y bajo la causal tercera un cargo de nulidad de la actuación, cuando ésta ha culminado bajo la aplicación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal (o 37 A, agrega la Sala), mas, siempre y cuando que bajo el mismo no se pretenda apenas disimular un vedado propósito de rectificar o recoger la aceptación libre y válida de cargos, bajo la cual llegó a proferirse el fallo anticipado de condena".

---

[1] Así lo precisó la Sala en providencia del 8 de marzo de 1996. M.P. Jorge Córdoba Poveda.

[2] Providencia del 2 de diciembre de 1998. M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

El interés para recurrir una sentencia de terminación anticipada del proceso, entonces, no puede derivarse de la causal invocada o simplemente del énfasis de la defensa alusivo a que se conculcó una garantía fundamental. Será siempre necesario escudriñar la orientación o propósito perseguido con el cargo y si se establece que el mismo es la retractación de la aceptación o del acuerdo, la ausencia de interés será la consecuencia.

Sobre el particular dijo en reciente pronunciamiento la Sala:

"...necesario se torna precisar, que la especificidad en la causal o en el motivo invocado en casación no puede determinarse simplemente por la literalidad de la expresión utilizada en su formulación, sino principalmente, por su contenido y demostración, que es lo que constituye la base argumental de la censura, la que debe confrontar la Corte para determinar su prosperidad o rechazo frente al fallo recurrido, pues de ser lo contrario, ello equivaldría a desconocer o cuando menos, a confundir la enunciación del ataque con su demostración, tornándose de manera inusitada en innecesaria Esta última, cuando, tanto filosófica como jurídicamente, es lo opuesto. Así, no resulta suficiente para legitimar un cargo en eventos como el presente, es decir, de sentencia anticipada, el afirmarse que se formula por la vía de la nulidad, cuando su argumentación tiende es a demostrar la retractación de la aceptación de cargos que previa y oportunamente ha hecho el procesado, ya que el interés para recurrir que inicialmente podría amparar la solicitud de invalidez, sucumbe ante la realidad de lo propuesto y pretendido. Es que, el referido interés no puede surgir de la habilidad en mimetizarlo frente al texto de la demanda, sino de la permisión legal que ampare la pretensión"[3].

Si se tiene en cuenta que la imputación que acepta o acuerda con la Fiscalía el procesado debe entenderse tanto en su aspecto fáctico como jurídico, resulta inadmisible en casación la discusión de cualquiera de los mencionados extremos por parte del defensor, independientemente de la causal que le sirva de apoyo para el ataque.

Los cargos hechos por el demandante en el caso examinado, de nulidad y violación directa de la ley, revelan un propósito de retractación de la imputación de apoderamiento y desvío de aeronaves que fue acordada con la Fiscalía en los términos del artículo 4° del decreto 2266 de 1991, por lo que de conformidad con lo anotado en precedencia resulta manifiesta la falta de interés del libelista para su planteamiento.

Aunque por tal razón los mismos serán desestimados, la Corte no quiere desaprovechar la oportunidad para referirse al supuesto paralelismo normativo existente entre el mencionado artículo 4º del decreto 2266 de 1991 y el artículo 281 del Código Penal, en desarrollo y cumplimiento del alto fin que le concierne como máximo Tribunal de la justicia penal a nivel de la unificación de la jurisprudencia nacional.

---

[3] Providencia del 11 de agosto de 1999. M.P. Dr. Carlos Gálvez Argote.

Es cierto que el decreto 180 de 1988, dictado por el Presidente de la República en desarrollo del decreto 1038 de 1984, mediante el cual se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, tuvo como propósito enfrentar la situación de violencia generalizada que atravesaba el país y de ataques premeditados a las instituciones democráticas a través del auge de acciones terroristas de la delincuencia organizada.

Y resulta claro en tal medida que la viabilidad de adecuar una conducta a uno de los tipos descritos en el decreto 180, cuando también cabía en un tipo ordinario del Código Penal, surgía de la relación directa o indirecta con los propósitos para los cuales fue expedida la legislación excepcional. Fue esta la consideración que llevó a concluir, en varios casos, que coexistían normas ordinarias y excepcionales referidas en principio a la misma conducta y que la aplicación de una u otra, con las consecuencias obvias a nivel de competencia y procedimiento, dependía de si afectaba o no el orden público que se buscaba restablecer.

"Es entonces el decreto 180 y en general todos los que se han dictado bajo las facultades que confiere el artículo 121 de la Carta a partir de entonces -señaló la Sala en otra oportunidad[4]-, el remedio extraordinario que el Ejecutivo ha buscado ante el fracaso de las previsiones de la legislación ordinaria; y siendo ésta la motivación política y social que justificó la declaratoria del estado de sitio es de absoluta necesidad concluir que existiendo normas paralelas sólo podrán ser aplicadas las de estado de sitio cuando las conductas efectivamente afecten el orden público que se pretende proteger de manera extraordinaria, porque cuando se trata de violaciones normales al orden jurídico, como consecuencia de lo que podría denominarse criminalidad convencional, es apenas natural que se recurra a la legislación ordinaria, porque proceder de otra manera sería desconocer el querer del legislador, que concibió tal legislación excepcional sólo en razón de las consideraciones antecedentemente transcritas y se desconocería también de contera la jurisprudencia constitucional de la Corte de manera indirecta, en cuanto se le estaría dando viabilidad jurídica a normas extraordinarias para solucionar o sancionar casos y conductas que nada tienen que ver con los motivos de perturbación y que no afectan en mayor grado el orden público, debiéndose entender éste, dentro de la concepción política que de él tuvo el Ejecutivo para justificar la expedición del decreto 1038 de 1984".

Si era natural, entonces, que la aplicabilidad de la normatividad contenida en el decreto 180 de 1988 estaba sujeta a la relación directa o indirecta con las causas que originaron el estado de sitio, la misma quedó rota al cambiar la fuente formal de validez de las normas de ese estatuto que se adoptaron como legislación permanente mediante la expedición del decreto 2266 de 1991, proferido en desarrollo del artículo 8º transitorio de la Constitución Nacional vigente. Tal fue la óptica de análisis de la Corte Constitucional al determinar su competencia para realizar el juicio de

[4] Sentencia de agosto 22 de 1990. M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

constitucionalidad al artículo 1º del decreto 1895 de 1989 (declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de octubre 3 de 1989), acogido como permanente por el artículo 10º del decreto 2266 de 1991. Señaló esa Corporación:

"Es de anotar que aunque la redacción de los artículos 1º del decreto 1895 y 10 del decreto 2266 de 1991 es, por razón de la subrogación, idéntica, y de que fue el mismo texto transitorio el que se incorporó a la legislación permanente, sin embargo, en razón de las fuentes formales de validez, las normas son diferentes, como enseguida se explica.

"En efecto, cuando el decreto 1895 de 1989 fue examinado por la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control automático previsto en el artículo 121 de la Constitución de 1986, entonces vigente, esa Corporación lo declaró constitucional, mediante sentencia del 3 de octubre de 1989, pero bajo el entendido de que las 'actividades delictivas' allí mencionadas eran únicamente el narcotráfico y delitos conexos, pues la articulación existente entre el decreto y los motivos que llevaron a la declaratoria del estado de sitio así lo exigían. Posteriormente, al haber sido demandado ante la Corte Constitucional, entre otros, el artículo 10º del decreto 2266 de 1991, esta Corporación lo declaró exequible (sentencia C-127/93, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero), e hizo la aclaración de que la expresión 'de una u otra forma', debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas'. Es decir, que ya no se limitaría al delito de narcotráfico y conexos sino a cualquier otro"[5].

La conclusión del Ministerio Público, entonces, atinente a que las normas del decreto 180 de 1988 adoptadas como legislación permanente, son aplicables "a los comportamientos ejecutados por bandas delincuenciales de narcotraficantes o guerrilleros", no es admisible a juicio de la Sala. Es verdad que las causas materiales que originaron en 1984 la declaratoria del estado de sitio se mantenían al momento de la expedición de la nueva Constitución y siguen siendo parte de la realidad nacional, pero no lo es que el marco de aplicabilidad de las normas excepcionales, a partir de su incorporación a la legislación permanente, siga conectado con los motivos que condujeron al Ejecutivo a dicha declaratoria de perturbación del orden público.

En tal dimensión, aún aceptando que las normas del decreto 180 tenían como orientación exclusiva la de contrarrestar a la delincuencia organizada (narcotráfico y guerrilla), las circunstancias de análisis han variado, por efecto del cambio de la fuente formal de validez de las que fueron adoptadas como legislación permanente por virtud del decreto 2266 de 1991. Por ende, sustituida la causa de su origen, varían los contenidos de la interpretación.

No obsta lo precedente para señalar que aún en vigencia del estado de sitio, a partir de las causas originales que lo fundamentaron y de las sobrevinientes que motivaron la expedición del decreto 180, la jurisprudencia

[5] Corte Constitucional. Sentencia C-319/96. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

cia de la Corte no condicionó la aplicación de esta normatividad a que las conductas estuvieran ligadas de manera directa o indirecta a las actividades del narcotráfico o de la guerrilla. Bastaba que el comportamiento, como específicamente sucedía frente a las conductas que no incluían el ánimo terrorista como elemento de la descripción típica, tuviera trascendencia en el orden público. Así fue la conclusión, por ejemplo, frente al delito de amenazas personales o familiares (art. 26 D. 180/88), en relación con el cual se sostuvo y se sostiene como presupuesto de aplicabilidad, la circunstancia de que trasciendan la esfera meramente individual o privada y se afecten intereses colectivos.

"El estatuto 180 que contiene ese artículo 26 -dijo la Sala-[6], fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica socio-política hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí sí aparece explicable y acertado sostener, como lo ha hecho esta Sala (autos de 6 de diciembre de 1988 y 29 de marzo de 1989, entre otros) que únicamente encajan en el citado artículo 26 las amenazas que trasciendan de algún modo la esfera meramente personal o privada, y, en ese desbordamiento, alcancen a afectar intereses sociales o de más amplitud, que pongan en peligro o perturben la vida en común o social de los coasociados (pocos o muchos), y no de individualidades aisladas. En otras palabras, es con base en sus efectos, y no sólo en consideración a la persona o personas objeto de la amenaza, como se debe dilucidar la naturaleza de la misma, aunque obviamente la calidad o carácter que tenga el amenazado en ocasiones influye en los efectos de ésta".

De otra parte, en lo atinente al delito de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares (art. 13 del decreto 180), y de otras conductas relacionadas en ese estatuto, según lo admitió la Sala en otra oportunidad[7], por sí mismas "entrañan un ataque más directo, más inmediato, más fuerte a las instituciones", ... "un especial ataque a la seguridad o a la tranquilidad públicas", y fue ello "lo que llevó al legislador a tipificarlas con más estricta penalidad independientemente de los fines que se buscaran con ellas".

Frente al delito de secuestro de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo (art. 28 del decreto 180), las consideraciones son similares. En su redacción no fue incluido ningún propósito específico del agente como elemento configurador del tipo penal, pero no por ello es sostenible que el legislador extraordinario hizo depender la configuración de la conducta de la existencia de un nexo con actividades de una especial delincuencia organizada, en particular del narcotráfico o de la guerrilla. La trascendencia que en materia de seguridad pública y colectiva contenía la acción, sin embargo, quedaba implícita en la norma, en la medida de la correspondencia entre la naturaleza de la conducta descrita y el ámbito de la prohibición. Usar violencia, amenazas o maniobras engañosas

[6] Sentencia de mayo 18 de 1989. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz.

[7] Sentencia de julio 9 de 1990. M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

para apoderarse, alterar el itinerario o ejercer el control, de una nave, de una aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, es una conducta que necesariamente perturba la tranquilidad y la paz sociales y lleva a todos, gente del común y funcionarios, a un estado de zozobra y gran tensión, que naturalmente sumen a la población en el terror. Una conducta como la descrita por la norma, es innegable, perturba significativamente el orden público, resquebraja la confianza de la ciudadanía en sus medios de transporte colectivos y siembra en el consciente colectivo la virtualidad del miedo como una asechanza permanente, que la afecta horrlamente en tanto la perturba.

Quién niega la trascendencia social del secuestro de un avión con fines económicos. O el de un bus de servicio público que es desviado de su ruta, mientras sus ocupantes son sometidos mediante la violencia, independientemente de los fines buscados por los agresores. Esas conductas afectan la sensibilidad social y son altamente perturbadoras del orden público. Bajo esta óptica hacer la diferenciación entre delincuencia común y delincuencia organizada, para concluir que sólo a ésta le es imputable el delito del artículo 28 del decreto 180, es seguir planteando que sólo el narcotráfico y la guerrilla producen daño de esta dimensión. El disvalor de la conducta de uno de estos últimos grupos que se apodera de una nave o aeronave o de cualquier otro medio de transporte colectivo, para el desarrollo de sus actividades (puede ser simplemente la consecución de dinero para financiarse), en especial bajo una confusión como la del país, donde en no pocas oportunidades el origen y las finalidades de los actos delincuenciales se presentan ocultos, no deja de asemejarse a la de otro grupo de personas que se conciertan para efectuar la misma acción. En uno y otro caso se genera zozobra social y terror general en la población.

Este fue el resultado que dentro del sistema produjo la consideración del legislador extraordinario al elaborar la descripción típica del artículo 28 del decreto 180. Por sí misma la conducta representaba un grave ataque a la seguridad y a la tranquilidad públicas y en tal medida resultaba inclusive desafortunado limitar su alcance a un fin determinado buscado por el autor. Antes de la vigencia de la nueva Constitución, entonces, para que se configurara dicho tipo penal bastaba que el agente, con independencia del fin perseguido, realizara alguna de las conductas relacionadas en la norma. E idéntica es la solución frente a la vigencia del decreto 2266 de 1991, por el cual se adoptó como norma permanente el comentado artículo 28 del decreto 180, especialmente en atención al cambio de la fuente de validez de la norma que, como se dijo, desliga su análisis de los motivos originales que condujeron a la declaratoria del estado de sitio en 1984, como de los sobrevinientes que llevaron a la expedición del denominado estatuto antiterrorista.

Como corolario de lo dicho debe sostenerse que el artículo 28 del decreto 180 de 1988 suspendió en su momento la vigencia de los artículos 281 y 282 del Código Penal y posteriormente los derogó, al ser acogido dentro de la legislación permanente, en desarrollo del artículo 8º transitorio de la Constitución Nacional.

CUESTIONES FINALES

1. A pesar de la falta de interés para recurrir del defensor, no puede pasar por alto la Corte la circunstancia de que para demostrar su punto de vista no

tuvo ningún recato en presentar como apartes de la providencia de la Sala de agosto 22 de 1990, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas, unas "transcripciones" absolutamente acomodadas para su caso, que corresponden a unas formulaciones que en ningún momento hizo esta Corporación. Se dijo en tal oportunidad, por ejemplo:

"Similar duplicación de tipos se presenta en las dos compilaciones legislativas en relación con el secuestro, pero con mayores complejidades de interpretación, que justifican el que esta Corporación con anterioridad haya hecho una determinada exégesis del fenómeno y ahora insista en una nueva versión hermenéutica del mismo problema, cuyas bases se sentaron en providencia del seis de junio del año en curso, a la cual se hará referencia en su oportunidad.

"Efectivamente en el artículo 268 del Código Penal aparece la descripción del secuestro extorsivo que no está tipificado bajo ese nomen juris en el artículo 22 del decreto 180 de 1988 en donde se define la conducta, allí denominada simplemente 'secuestro' y que no coincide con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo común en los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple), este último, en la medida en que en él no aparece la expresión 'con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior', lo que precisa, para determinar su adecuación, hacer el juicio correspondiente sobre los fines del agente, descartando los ya relacionados en el artículo que consagra el secuestro extorsivo, operación mental que por tanto no resultaría necesaria frente al tipo del artículo 22 del Estatuto para la Defensa de la Democracia".

Así presentó el demandante la supuesta jurisprudencia de la Sala, naturalmente entre comillas:

"Similar duplicación de tipos se presenta en las dos compilaciones legislativas en relación con el desvío y apoderamiento de aeronave que no está tipificado bajo ese nomen juris en el artículo 28 del decreto 180 de 1988 en donde se define la conducta, allí denominada simplemente secuestro de aeronave y que coincide con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo común en el artículo 281 (desvío y apoderamiento de aeronave) en la medida en que en él no aparece la expresión 'secuestro', lo que precisa para determinar su adecuación, hacer el juicio correspondiente sobre los fines del agente, descartando las ya relacionadas con el artículo que consagra el desvío y apoderamiento de aeronave, operación que no resultaría frente al tipo del artículo 28 del estatuto para la defensa de la democracia".

El resto de la demanda se enmarca dentro de la misma lógica, haciendo decir a la Sala cosas que jamás dijo. Tal actitud de la defensa es abiertamente desleal y traduce una forma de manipulación y de ejercicio de la profesión de abogado irregulares, por lo que se estima pertinente ordenar la expedición de las copias correspondientes, para la investigación disciplinaria respectiva.

2. Si se tiene en cuenta que los cargos formulados en la diligencia de audiencia especial son asimilables a la resolución acusatoria y que la misma

tuvo ocurrencia el 31 de mayo de 1994, resulta claro que en relación con el delito de porte ilegal de armas, el cual tiene prevista pena de prisión entre uno y 4 años, la acción penal prescribió el 30 de mayo de 1999.

Antes de la ley 40 de 1993 el secuestro simple agravado tenía prevista como pena máxima 4 años y medio de prisión, lo cual quiere decir que aún en el caso de haberse proferido resolución acusatoria el término prescriptivo de la acción penal para este delito es de 5 años. En el presente caso, sin embargo, tal lapso debe incrementarse en la mitad para la determinación del término de prescripción, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 del Código Penal. En efecto, es claro que la conducta contra la libertad individual se inició en Venezuela y esa sola circunstancia es suficiente para la aplicación de la mencionada disposición. Así las cosas, los 7 años y medio necesarios para que se opere el fenómeno de la prescripción en relación con el secuestro simple no han transcurrido.

Como consecuencia de la prescripción del hecho punible de porte ilegal de armas se cesará el procedimiento y se le restarán 3 meses a la sanción de 12 años impuesta por el juzgador al procesado Rojas Riera. La pena de multa, fijada respecto del delito de apoderamiento y desvío de aeronave permanece inmodificable, lo mismo que la orden de expulsión del país una vez se cumpla la pena principal.

Aunque la prescripción a decretarse no afecta el tema de los daños y perjuicios causados con los delitos, no puede dejar la Sala de referirse al punto para criticar la manera como ellos fueron deducidos en las instancias. Es cierto que el hecho de que no hubieran sido establecidos pericialmente dentro del proceso, le permitía al Juez fijarlos prudencialmente de acuerdo con los artículos 106 y 107 del Código Penal. Pero el punto es que dicha fijación, y aquí es donde radica el cuestionamiento, no podía ser de ninguna manera global e indeterminada.

En el fallo de primera instancia se dispusieron 1.000 gramos oro por concepto de daños morales, sin señalar a favor de quién o quiénes exactamente y en cuál proporción. Igual aconteció en relación con los $10.000.000.oo tasados como perjuicios materiales, los que fueron determinados "...teniendo en cuenta el dinero y bienes sustraídos a los secuestrados, así como lo dejado de percibir por los propietarios de la aeronave por su secuestro, los gastos de reparación de la misma y los gastos de traslado a su sitio de origen". En uno y otro caso, ello es evidente, no se precisaron los perjudicados con las infracciones y los valores concretos a que cada uno de ellos se hacía beneficiario por efecto de la declaración judicial. Tal fue la indecisión del juzgador que ordenó el pago de las sumas mencionadas "...en favor de quien demuestre derecho a ello".

En las circunstancias anotadas la sentencia no contiene una obligación del procesado clara y expresa que pueda ser exigible a través del proceso ejecutivo pertinente. Pero a pesar de esto la Corte no puede corregir la irregularidad, pues hacerlo significaría el desbordamiento de los límites del recurso ya que el punto no fue materia de la demanda de casación.

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

RESUELVE:

1ª. DECLARAR prescrita la acción penal en relación con el delito de porte ilegal de armas. En consecuencia, CESAR EL PROCEDIMIENTO respecto del mismo al inculpado William Alfredo Rojas Riera.

2°. IMPONERLE al mencionado, como consecuencia de la declaración de prescripción, 11 años y 9 meses de prisión, en lugar de los 12 años a que resultó condenado por el Tribunal Nacional

En lo demás, permanecen inmodificables las demás decisiones adoptadas en las instancias.

3ª. DESESTIMAR los cargos realizados en contra de la sentencia, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

4ª. Expedir copias de la demanda de casación, de la providencia de la Sala de agosto 22 de 1990 y de esta determinación, con destino a la autoridad disciplinaria respectiva para que se investigue la conducta del defensor a que se hizo alusión en las consideraciones.

Notifíquese 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 Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Subrogado de la libertad condicional

Presupuesto del subrogado de la libertad condicional es que el juez realice una evaluación acerca de la necesidad o no de proseguir el tratamiento penitenciario, de acuerdo con las pautas señaladas por el mencionado artículo 72, dentro de las cuales se encuentra un análisis favorable de readaptación social fundado en la personalidad, la conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden.

Tales presupuestos deben servir de norte para verificar la tan anhelada "readaptación social", por lo que el incumplimiento de uno de ellos o su no satisfacción desvirtúa de plano la viabilidad para la concesión del subrogado.

En cuanto a la personalidad, es necesario valorar las manifestaciones y exteriorizaciones que la reflejan.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 168 Proceso No. 15306

VISTOS

Resuelve la Sala la petición de libertad provisional que nuevamente formula el procesado Christian Paulo Carrillo Vanegas quien se encuentra recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Bucaramanga.

LA CORTE CONSIDERA

1.- Demanda el libelista su libertad provisional, con fundamento en el numeral segundo del artículo 415 del C. de P.P., en la medida que estima que reúne los presupuestos señalados para ese efecto.

2.- Ante la nueva insistencia del procesado a fin de que se le conceda la libertad, volverá la Sala a efectuar los cómputos respectivos y el estudio de los factores para proceder en tal sentido.

Previo a cualquier consideración, debe decirse que el peticionario fue condenado en primera instancia por el Juzgado 10° Penal del Circuito de Bucaramanga, en decisión del 8 de junio de 1998, a la pena de prisión de 40 meses, fallo confirmado por el Tribunal Superior de esa ciudad, el 5 de agosto siguiente, luego de haberlo hallado responsable de la comisión del delito de hurto calificado y agravado, por hechos ocurridos el 17 de mayo de 1997 en horas de la madrugada en un almacén de pinturas en zona céntrica de la ciudad de Bucaramanga, del que se sustrajo mercancía y bienes muebles de considerable valor.

En estas condiciones, se estudiará la posibilidad de dicha liberación anticipada, al tenor del artículo 72 del Código Penal, bajo los presupuestos señalados en la misma disposición.

Ellos son dos: el objetivo, contar hasta el momento de la solicitud con, por lo menos, las dos terceras partes de la pena; y el subjetivo, atinente a que de un estudio de la personalidad del sentenciado, de su comportamiento en prisión y de los antecedentes de todo orden, pueda concluirse que se ha readaptado socialmente.

Con relación al factor objetivo debe advertirse lo siguiente:

Por cumplimiento físico, debe hacerse claridad en que la fecha inicial de su captura fue el 27 de mayo de 1997 (folio 3 c.o. 1), la cual se contabiliza hasta el día 1° de octubre del mismo año, fecha en la que suscribe diligencia de compromiso ante la Fiscalía Cuarta de Patrimonio de Bucaramanga, luego de que en la Resolución de acusación proferida en su contra por ese despacho se le sustituyera la detención preventiva por la domiciliaria.

En estas condiciones sería del caso proseguir con los cómputos de detención preventiva ininterrumpidamente, pero se observa que mediante decisión del 23 de enero de 1998 (folio 293 c.o. 1) proferida por el Juzgado 10° Penal del Circuito, se revocó la detención domiciliaria y se ordenó nuevamente la captura del procesado ante el incumplimiento de la obligación de permanecer en su residencia.

Por esta razón, no se tendrá en cuenta el supuesto lapso en que estuvo detenido domiciliariamente, pues como se advierte en la determinación que la revoca, el procesado no permaneció sometido a dicha detención como para efectuar el cómputo por ese término.

Así las cosas, el 15 de mayo de 1998, la Fiscal 7ª Local de Bucaramanga, dejó a disposición de este proceso a Carrillo Vanegas, luego de que le concediera su libertad provisional (folio 344).

Quiere decir lo anterior, que por el primer término cumplió 4 meses y 4 días. En el segundo lleva hasta el momento 17 meses y 11 días, es decir, que por reclusión física cuenta con 21 meses y 15 días.

Con relación a los descuentos de conformidad con la Ley 65 de 1993, acreditó 1.352 horas de trabajo y 498 horas de estudio, lo que arroja un total de 4 meses y 5 días de eventual rebaja de pena.

Así, pues, el cumplimiento total de pena asciende a 25 meses y 20 días, monto inferior a las dos terceras partes de la pena, que ascienden a 26 meses y 20 días.

No obstante lo anterior, por la cercanía al cumplimiento de este monto y la insistencia del procesado en que reúne los requisitos para la obtención de la libertad condicional, estima la Sala que se debe proceder al estudio del factor subjetivo en los siguientes términos:

Presupuesto del subrogado de la libertad condicional es que el juez realice una evaluación acerca de la necesidad o no de proseguir el tratamiento penitenciario, de acuerdo con las pautas señaladas por el mencionado artículo 72, dentro de las cuales se encuentra un análisis favorable de readaptación social fundado en la personalidad, la conducta en el establecimiento carcelario y los antecedentes de todo orden.

Tales presupuestos deben servir de norte para verificar la tan anhelada "re adaptación social", por lo que el incumplimiento de uno de ellos o su no satisfacción desvirtúa de plano la viabilidad para la concesión del subrogado.

En cuanto a la personalidad, es necesario valorar las manifestaciones y exteriorizaciones que la reflejan.

En el caso concreto, si bien es cierto que la entidad y circunstancias por las que se sentencia al procesado no del todo podrían arrojar un saldo negativo frente al pronóstico que debe efectuar el juez acerca de la futura readaptación social, definitivamente los datos que figuran en el expediente y el comportamiento del procesado, reflejo de los antecedentes de todo orden, lleva a colegir que la personalidad del peticionario no es favorable para concluir que merece su reincorporación al núcleo social.

En efecto, brindada la confianza por el Estado al momento de concedérsele la detención domiciliaria, simplemente el procesado la traiciona y procede a sustraerse a su principal obligación cual era la de permanecer en su domicilio. No compareció tan siquiera a brindar las explicaciones del caso, siendo mayor la sorpresa, cuando fue puesto a disposición por otra Fiscalía Seccional, al serle concedida la libertad provisional, en investigación similar a la que motivó este juzgamiento.

Lo anterior, no es sino la manifestación de la personalidad de quien debe continuar con el tratamiento penitenciario.

Y es que el buen comportamiento que se acredita con las actas del consejo de disciplina que reposan en el expediente, no logra desvirtuar la necesidad de dicho tratamiento, ni puede impedir que se colija que quien así actuó debe completar, en principio, la totalidad del mismo.

Así pues, al no darse las exigencias que la ley determina para que pueda concederse la libertad provisional demandada, su petición será resuelta adversamente.

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

RESUELVE:

Negar la libertad provisional solicitada por el procesado Christian Paulo Carrillo Vanegas, por razón de las anteriores consideraciones.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, (no hay firma); *Carlos E. Mejía Escobar,* (no hay firma); *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Concepto/**EXTRADICION**-No privación de la libertad/**EXTRADICION**-Objeto del concepto/**EXTRADICION**-Favorabilidad/**EXTRADICION**-Prescripción

1..En el presente caso, es evidente que cuando la Sala dio inicio al trámite previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, había certeza sobre la presencia del reclamado en el territorio Colombiano, comoquiera que habiendo sido ubicado fue capturado con fines de extradición por disposición de la Fiscalía General de la Nación, permaneciendo en esas condiciones hasta después de registrarse el proyecto de concepto por parte del Magistrado Ponente, lapso dentro del cual logró evadirse del lugar en donde permanecía privado de su libertad. Circunstancias, que con arreglo al criterio que viene sosteniendo la Corporación, y hoy reitera, no solo la legitimaba para adelantar el procedimiento, sino que hoy le permite conceptuar sobre la demanda de extradición, tarea que no sería posible sólo en el evento de encontrarse comprobado dentro del expediente, que el solicitado no se encuentra en suelo Colombiano, cosa que aquí no ocurre, ya que por el contrario, su presencia comprobada en nuestro territorio de tiempo atrás a la demanda de extradición, su permanencia luego de la reclamación, y la inexistencia de prueba que acredite lo contrario, denotan a la Sala que aun se encuentra en nuestra patria.

2. De conformidad con lo normado por el artículo 538 del Código Procesal Penal, el concepto que emitirá la Sala debe fundarse en: la demostración de la validez formal de la documentación presentada por el Estado requirente en apoyo a la petición de extradición, de la identidad del reclamado, del principio de doble incriminación de los hechos por los cuales se eleva la reclamación, de la equivalencia de la decisión proferida en el exterior por lo menos con la resolución de acusación de nuestro régimen interno, y cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

3. Tanto el Ministerio Público como el defensor del reclamado se apoyan para solicitar de la Sala concepto desfavorable, estimando que con sujeción a los principios superiores de legalidad y favorabilidad, imperativo resulta tener en cuenta las normas sustantivas que tipificaban en ese

momento las conductas reprochadas, esto es, el decreto 1188 de 1.974 y el art. 260 del Código de 1936, y que castigaban a sus infractores, en su extremo mínimo, con prisión inferior a 4 años.

Tesis que no es de recibo para la Corte, pues de antaño ha venido sosteniendo, que en virtud a que el instituto de la extradición es un dispositivo legal de asistencia o cooperación judicial entre los diversos Estados, su trámite no reviste el carácter de juicio criminal, por no trascender al conocimiento del fondo del proceso, ni incumbirle establecer si el imputado es o no responsable del delito que se le acusa; por consiguiente, su objeto se restringe a verificar objetivamente si los presupuestos literalmente previstos en los tratados o convenios internacionales, o en su defecto en la ley penal adjetiva, se reúnen o no para según el caso conceptuar favorable o desfavorablemente a la extradición.

4. El orden de prelación de las fuentes de la extradición aceptada por la doctrina internacional conlleva a atender en primer lugar los tratados de extradición, luego a las leyes internas especiales o las preceptivas de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal que la reglamenten, y en su defecto a la costumbre y la reciprocidad internacional. En consecuencia, la prescripción puede ser regulada específicamente por el tratado, o remitir su tratamiento a la ley interna de alguno de los dos Estados, o en su defecto, el ordenamiento interno puede reglamentar este fenómeno o abstenerse de hacerlo.

Así pues, como no existe tratado aplicable de extradición entre los Estados Unidos de América y Colombia, el curso de la reclamación se ha regido por las preceptivas del Código de Procedimiento Penal, las cuales no reglamentan la prescripción de la acción penal ni de la pena, como sí ocurre en algunos de los tratados de extradición suscritos por el Gobierno Nacional con otros países. Por consiguiente, al ocuparse la Corte del análisis correspondiente para verificar si la acción penal se encuentra prescrita en cualquiera de los dos Estados, rebasaría el fundamento del concepto que por imperativo legal debe emitir, lesionando de paso el principio de legalidad que cubre este instituto.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 165 (Oct. 22/99) Proceso No. 14022

Decide la Sala sobre la petición de extradición elevada por el Gobierno de los Estados Unidos de América del ciudadano cubano Sergio Braulio González, quien recientemente se fugó del lugar en donde permanecía privado de la libertad por razón de este trámite.

ANTECEDENTES

1. A través del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Embajada de los Estados Unidos de América con nota verbal 774 del 19 de septiembre de 1997, solicitó la detención provisional con fines de extradición del extranjero Sergio Braulio González también conocido como Sergio Bravilo González, Manuel Antonio Rivas Hernández, Sergio Bencomo Bien, Antonio Rivas, o Antonio Hernández.

Demanda acatada por la Fiscalía General de la Nación al proferir la resolución del 30 de septiembre del mismo año que dispuso la captura con fines de extradición del señor Sergio Braulio González, que fue materializada por miembros del DAS en Barranquilla el 3 de octubre siguiente.

Dicho Departamento Administrativo sometió a peritaje dactiloscópico las impresiones dactilares estampadas en la tarjeta decadactilar Master Chief Police Department Miami Beach a nombre de Sergio Braulio González, las tomadas al capturado, y la que obra en la c. de c. No.17.818.231 de Maicao -La Guajira- con la que se identificó como Manuel Antonio Rivas Hernández, concluyendo que existe correspondencia en morfología y topográfica entre ellas, determinando, en consecuencia, que todas pertenecen a Sergio Braulio González.

2. Mediante la nota verbal No. 941 del 28 de noviembre de 1997 cursada a través del Ministerio de Relaciones Exteriores la Embajada de los Estados Unidos de América formalizó la petición de extradición del extranjero Sergio Braulio González, a objeto de que se le dictara en su contra sentencia, habida cuenta que fue condenado por los delitos de posesión con la intención de distribuir cocaína y porte de arma de fuego durante la comisión de un delito mayor.

Acompañó a la solicitud los siguientes documentos:

2.1. Copia de la resolución de acusación No. 77-378 CR-JE de fecha 4 de agosto de 1977 proferida por un gran jurado en el Tribunal Federal del Distrito Meridional de Florida, y de la resolución de acusación substitutiva No. 77-378 CR- JE (s) del 28 de septiembre de 1977 a través de la cual se acusa de dos de cinco cargos que ella contiene a Sergio Braulio González así:

"Primer cargo. El 22 de julio de 1977, o alrededor de esa fecha, en el condado de Dade, Distrito Meridional de Florida, los acusados José Raúl Pedrón y Sergio Braulio González, a sabiendas e intencionalmente tuvieron en su poder, con intención de distribuir, una sustancia controlada, a saber: aproxdmadamente 511 gramos de cocaína, sustancia narcótica controlada de la lista II, en contravención de la sección 841 a) 1), título 21, del Código de los Estados Unidos.

"Cuarto Cargo. El 22 de julio de 1977, o alrededor de esa fecha, en el condado de Dade, Distrito Meridional de Florida, el acusado, Sergio Braulio González, en forma ilícita portaba un arma de fuego, es decir una pistola

automática Browing de 6 mm, número de serie 287497, durante la comisión del delito de poseer a sabiendas e intencionalmente, con intención de distribuir, aproximadamente 511 gramos de cocaína, sustancia narcótica controlada de la lista II, que es un delito mayor enjuiciable en un tribunal de los Estados Unidos; todo ello, en contravención de la sección 924 c) 2), título 18, Código de los Estados Unidos."

2.3. Copia del cuerpo normativo que describe y sanciona los delitos de posesión con intención de distribuir cocaína y el porte ilegal de arma de fuego en la comisión de un delito mayor (fl.7 anexo y 18 C. Corte).

2.4. Testimonio en apoyo de la solicitud de extradición de la fiscal federal adjunto para el Distrito Meridional de Florida Ivette Rhodes Prescott, en donde refiere detalladamente el trámite judicial seguido en contra del pedido en extradición, particularizando en lo que interesa, que el 4 de agosto de 1997 un gran jurado reunido en Miami, Florida, expidió una acusación penal en contra de Sergio Braulio González; empero, que el 28 de septiembre de 1977 tras una investigación ulterior, un gran jurado federal, reunido en Miami, Florida, profirió una acusación penal sustitutiva, que incluía nuevos cargos en contra del cómplice José Pedrón en la acusación del 4 de agosto de 1997, y en la que se imputa a Sergio Braulio González la posesión de cocaína con intención de distribuirla, y portar un arma de fuego durante la comisión de un delito relacionado con drogas.

Además, advierte que la acción penal no ha prescrito debido a que la acusación fue dictada dentro del término legal.

2.5.También con el ánimo de apoyar la solicitud de extradición rindió declaración el agente especial de la DEA, Barry Carew, quien en ella ratifica que a Sergio Braulio González se le acusa en un documento inculpatorio del 28 de septiembre de 1977 de los delitos referidos, en cuyo propósito hace una relación pormenorizada de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que tuvieron ocurrencia los hechos atribuidos como delictuales al reclamado, de las que dice tuvo conocimiento por haber participado en la captura y el decomiso de la droga y la pistola.

En ampliación posterior adjuntó cartilla de las huellas digitales del pedido en extradición y fotografías más recientes con que cuenta la Agencia para el control de las drogas.

2.6. A fin de aclarar las inquietudes planteadas por esta Sala de la Corte, declaró el Procurador Federal adjunto para el Distrito Sur del Estado de Florida Jhon Roth, acotando que al revisar el registro de actos procesales del Tribunal, verificó que Sergio Braulio González fue hallado culpable de todos los cargos imputados luego de un juicio celebrado el 16 de enero de 1978, que el Juez de Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América firmó una orden de fallo y reclusión luego de pronunciar sentencia contra el acusado, en la que invidualiza los cargos de la condena y la sentencia impuesta, advirtiendo que en razón a que Sergio Braulio González huyó de la justicia antes

de que se dictara sentencia, el Tribunal aún no ha emitido una orden de fallo y reclusión, y que por lo tanto, el único documento que refleja el fallo de culpabilidad del acusado es el mencionado registro de actos procesales.

Declaración que fue acompañada con copia del registro aludido y del Estatuto de prescripción, Título 18, Código de Estados Unidos, sección 3282.

Documentación traducida y autenticada en debida forma.

3. Rindiendo tributo a lo preceptuado por el art. 552 del Código Procesal Penal el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a su homólogo de Justicia y del Derecho la documentación recibida, conceptuando que en razón a que no existe convenio aplicable al presente caso es procedente resolverlo conforme con las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

4. Atendiendo al perfeccionamiento del expediente y acorde con lo preceptuado por el art. 555 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia y del Derecho lo envió a la Corte para que rindiera el concepto de ley.

5. Observado por la Corporación el rito previsto en el art. 556 del Código de Procedimiento Penal, luego de reconocer como defensor al abogado designado por el solicitado en extradición, la Sala denegó la adjunción y práctica de pruebas postuladas por la defensa y de oficio dispuso allegar del Estado requirente las normas positivas relativas a la prescripción de la acción penal, y obtener aclaración sobre la real situación jurídica del reclamado, anhelo satisfecho con la declaración rendida por el procurador federal John Roth, quien como ya se vio no solo aclaró la situación jurídica del pedido en extradición sino que además incorporó copia de la preceptiva que en el país requirente regula el fenómeno jurídico de la prescripción, amén de que la Sala dispuso y trasladó dicha normatividad de otro trámite de extradición adelantado a la sazón por la Sala.

6. Descorrido el traslado para alegar previsto en el art. 556 del Código Procesal Penal, se pronunciaron tanto el representante del Ministerio Público como el defensor del reclamado.

6.1. El agente del Ministerio Público depreca a la Colegiatura emita concepto desfavorable a la extradición del señor Sergio Braulio González, en razón a que según su criterio el principio de la doble incriminación no concurre en este caso, comoquiera que pese a que los hechos que se le imputan son típicos en ambos países, la medida de la sanción que exige el Código Procesal Patrio, no menor de cuatro años de prisión, en su extremo inferior, no se presenta; conclusión a la que arriba luego de adecuar los delitos de posesión de cocaína con la intención de distribuirla y porte de arma de fuego en el art. 38 del Decreto 1188 de 1974 y artículo 260 del Código Penal (Ley 95 de 1936), los cuales son castigados con prisión de 3 y 1 año en su orden, preceptivas que estima deben ser aplicadas por regir al instante de la ejecución de los hechos y en aplicación del principio de legalidad.

6.2. A su turno la defensa también postula a la Sala que su concepto sea desfavorable, dado que a su juicio la facultad punitiva del Estado Colombiano desapareció al operar el fenómeno de la prescripción, y además por no presentarse el presupuesto del mínimo punitivo en relación con las dos conductas imputadas a su poderdante exigido por el numeral 1o del art. 549 del Código de Procedimiento Penal.

En lo que toca con el primer argumento asevera que pese a que en el tratado público suscrito entre Colombia y Estados Unidos se convino que el fenómeno de la prescripción sería regulado con arreglo a las normas del país requirente, dicho instrumento legal no puede ser aplicado en razón a que su ley aprobatoria fue declarada inexequible por vicios de forma; circunstancia de donde deduce que al igual que el trámite de la extradición pasiva, las normas que regulan la prescripción en nuestro país son las que deben regir este caso, tal como en su momento lo conceptuó el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Dentro de esta perspectiva estima la defensa, que los presupuestos requeridos por el Código Procesal Penal para conceder la extradición no pueden ser valorados desde un ángulo meramente formal sino desde un punto de vista material o sustancial; hermenéutica de donde deriva que el principio de doble incriminación no puede reducirse a la labor de simple comparación y demostración de que las conductas imputadas están tipificadas en ambas legislaciones, sino que además es imprescindible que las dos naciones conserven la potestad sancionadora, poder que precisamente desapareció en nuestro país por prescripción de la acción penal.

Postura que asume, según el profesional del derecho, atendiendo de las distintas tesis conocidas la que prefiere la legislación sobre prescripción que más convenga al requerido en extradición.

En relación con el segundo aspecto, explica que el concepto debe ser desfavorable además por cuanto debiéndose aplicar las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos por mandato del principio de legalidad, es claro que en el Estado requirente la sanción a imponer en su mínimo podía ser inferior a los 4 años exigidos por el art. 549 del Código de Procedimiento Penal, hasta el extremo de eventualmente ser sancionados con multa.

Además, porque en Colombia las normas que regulaban las conductas atribuidas al reclamado en extradición para la época de su ejecución eran el Decreto 1188 de 1974 y el Código Penal de 1936, y las castigaban con prisión en quantum inferior a cuatro años de prisión, por lo que dicha exigencia no se presenta.

Consideraciones de la Sala

Dado que entre nuestro país y los Estados Unidos de América no existe tratado de extradición aplicable a este asunto, la Sala rituó la demanda de extradición conforme al procedimiento previsto en el Código de Procedimiento

Penal, a la luz de lo dispuesto por el artículo 17 del Código Penal, y acorde con el concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sin embargo, como se comprobó que el reclamado en extradición se fugó el pasado 17 de julio de la Clínica del Instituto de Seguros Sociales de la vía 40 de la ciudad de Barranquilla, en donde se encontraba privado de la libertad por cuenta de este procedimiento, corresponde a la Sala hacer las siguientes manifestaciones.

Tradicionalmente la Colegiatura ha concebido el instituto de la extradición, a tono con el concepto mayoritario de la doctrina ecuménica, como aquel acto de derecho internacional, mediante el cual un Estado entrega el delincuente que se ha refugiado en su territorio, para evadir la acción de la justicia, al Estado en donde cometió el injusto penal, a objeto de que lo enjuicie o le aplique la pena impuesta. Considerando la esencia de este dispositivo legal, la Corte viene exigiendo como requisito esencial para dar curso al rito previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, la demostración de la permanencia del reclamado en extradición en nuestro territorio, de no ser así, se inhibe de proceder y devuelve el expediente al Ministerio de Justicia.

Criterio que a no dudarlo encuentra aval no solo en la naturaleza del instituto, por ser un mecanismo de recíproca colaboración entre los países para combatir la delincuencia, sino con el tenor de los distintos instrumentos internacionales suscritos por Colombia, y en las preceptivas que reglamentan la extradición en el Código de Procedimiento Penal (artículos 547, 548, 550 y 560), observables cuando no existan o no sean aplicables aquellos dispositivos, con arreglo a lo previsto por el artículo 17 del Código Penal.

Importa evocar lo expresado, en este sentido, por la Sala el 6 de mayo de 1997, con ponencia del Mg. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda:

"La intervención de la Corte Suprema de Justicia dentro del trámite de la extradición pasiva tiene como punto de partida la reunión de tres supuestos que claramente indica el Capítulo III del Título I°, Libro Quinto del Código de Procedimiento Penal a saber:

1. Que la solicitud se haya tramitado por vía diplomática (excepcionalmente la consular o de gobierno a gobierno), allegando la documentación que indica el artículo 551 del Código Procesal Penal y emitiendo por el Ministerio de Relaciones Exteriores el concepto que exprese si el caso se sujeta a convenciones o usos internacionales, o si procede obrar de acuerdo con la legislación procesal penal colombiana.

2. Que el requerido en extradición se halle en el territorio nacional, posibilitándose su entrega al Estado que lo solicita, como en tal sentido lo hace expreso el Tratado de recíproca extradición de reos que para este caso se aplica, y de manera reiterada lo requiere esta Sala de la Corte en providencias de octubre 21 de 1986, junio 16 de 1987 y diciembre 12 de 1995, y".

3. Que no se trate de un colombiano por nacimiento, pues el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal la veda, en concordancia con el artícu-

lo 35 Constitucional para esta clase de personas, en cuyo caso y cuando ella apunte a infracciones cometidas en el exterior, consideradas tales en la legislación nacional, serán juzgados en Colombia".

Requisito, que ahora añade la Corte, desapareció con la reforma Constitucional de 1997 mediante la cual se revivió la posibilidad de extraditar nacionales colombianos.

Y en auto del 12 de diciembre de 1.995, con ponencia del Mg. Dr. Carlos A. Gálvez Argote, en un caso en donde pese a existir tratado de extradición vigente, su tenor dispone que el trámite debe sujetarse a la legislación del país requerido:

"Es entonces, imprescindible determinar, cuáles son los requisitos que la ley interna establece para que le sea viable a la Corte conceptuar en estos eventos, - pues como ya se dijo este tramite se rige por el Código de Procedimiento Penal Colombiano -, y si ellos se cumplen, ya que de no ser así, se impondría su abstención.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 552, 553, 554 y 555 del Código de Procedimiento Penal, la exigencia inicial de procedibilidad para la emisión del concepto tratándose de la extradición pasiva, es literalmente la de constatar que la documentación requerida por el art. 551 ibidem esté completa, esto es: copia o transcripción auténtica de la sentencia, de la resolución de acusación o su equivalente; indicación exacta de los actos que determinaron la solicitud de extradición y del lugar y la fecha en que fueron ejecutados; todos los datos que se poseen y que sirven para establecer la plena identidad de la persona reclamada y copia auténtica de las disposiciones penales aplicables al caso.

Empero, esta general exigencia no puede llevar a que se tenga como única o excluyente, toda vez que necesario resulta advertir cómo la extradición está lejos de ser considerada como una institución eminentemente formal. Por el contrario su contenido material es el que le da razón de ser a la argumentación jurídica y política que lo conceptualiza y materializa y por ende, si se da por sentado que por definición ésta se ha entendido como el instituto mediante el cual puede lograrse que un Estado haga entrega a otro de una persona acusada de la comisión de un delito para que se le pueda juzgar o cumpla la pena impuesta por el Estado requirente, lo cual hace que colinde entre el derecho internacional y el penal, es evidente en criterio de la Corte, que un imprescindible supuesto surge para que la extradición se pueda concretizar: la exigencia de que el procesado cuya extradición se impetra deba encontrarse en el territorio del país requerido para que sea posible su entrega.".

Más adelante dijo el proveído:

"Como se ve el criterio inicial de la Sala se modificó, en el sentido de exigir como supuesto infranqueable para que sea posible la emisión del concepto sobre extradición, que el extraditado se encuentre en territorio nacional,

ya que la tesis de conformidad con la cual sí es posible el trámite de extradición en condiciones opuestas - como afirmó la CORTE en la primera mitad de este siglo -, por cuanto no es a esta Corporación "a la que le compete la función de entregar al sujeto cuya extradición se solicita, sino al Gobierno", realmente no resulta convincente.

Si bien la afirmación como resultado argumentativo es cierta, también lo es que, el concepto previo de la Corte debe fundamentarse en supuestos no desnaturalizadores del instituto, pues como se afirmó en la decisión del 21 de octubre de 1.986, "No tendría sentido alguno poner en marcha todo el aparato estatal, para terminar ordenando la entrega teórica de quien se ignora si se halla en territorio nacional", o diríamos ahora, de quien se sabe no se encuentra en territorio nacional.".

En el presente caso, es evidente que cuando la Sala dio inicio al trámite previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, había certeza sobre la presencia del reclamado en el territorio Colombiano, comoquiera que habiendo sido ubicado fue capturado con fines de extradición por disposición de la Fiscalía General de la Nación, permaneciendo en esas condiciones hasta después de registrarse el proyecto de concepto por parte del Magistrado Ponente, lapso dentro del cual logró evadirse del lugar en donde permanecía privado de su libertad. Circunstancias, que con arreglo al criterio que viene sosteniendo la Corporación, y hoy reitera, no solo la legitimaba para adelantar el procedimiento, sino que hoy le permite conceptuar sobre la demanda de extradición, tarea que no sería posible sólo en el evento de encontrarse comprobado dentro del expediente, que el solicitado no se encuentra en suelo Colombiano, cosa que aquí no ocurre, ya que por el contrario, su presencia comprobada en nuestro territorio de tiempo atrás a la demanda de extradición, su permanencia luego de la reclamación, y la inexistencia de prueba que acredite lo contrario, denotan a la Sala que aun se encuentra en nuestra patria.

Ahora, el hecho que el reclamado no se encuentre privado de la libertad en este momento, tampoco le impide a la Sala rendir el concepto sobre la extradición, habida cuenta que la Ley Procesal Penal dentro de este trámite, permite la captura del extraditable antes del procedimiento, discurriendo el mismo, y después de concedida la extradición por parte del Gobierno Nacional, así lo previenen los artículos 566 y 562 del Código de Procedimiento Penal, cuando disponen que el Fiscal General de la Nación deberá ordenar la captura del reclamado tan pronto conozca la solicitud formal de extradición, o antes, si así lo pide el Estado requirente, mediante nota en que exprese la plena identidad de la persona, la circunstancia de haberse proferido en su contra sentencia condenatoria, acusación o su equivalente y la urgencia de tal medida: actitud que también debe observar una vez concedida la extradición, si el solicitado goza de la libertad.

Ahora bien, *de conformidad con lo normado por el artículo 558 del Código Procesal Penal, el concepto que emitirá la Sala debe fundarse en: la demostración de la validez formal de la documentación presentada por el Estado requirente*

en apoyo a la petición de extradición, de la identidad del reclamado, del principio de doble incriminación de los hechos por los cuales se eleva la reclamación, de la equivalencia de la decisión proferida en el exterior por lo menos con la resolución de acusación de nuestro régimen interno, y cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos.

1. Validez formal de la documentación:

Este requisito fue cumplido cabalmente por el Estado requirente ya que la demanda de extradición fue cursada por vía diplomática. Efectivamente, en primer término la Embajada de los Estados Unidos de América a través del Ministerio de Relaciones Exteriores solicitó y obtuvo la detención provisional con fines de extradición del ciudadano cubano Sergio Braulio González, la cual formalizó con nota verbal No. 941 del 28 de noviembre de 1.997 proveniente de la Embajada de Estados Unidos en nuestro territorio, y que acompañó con los siguientes documentos: Transcripción auténtica de la resolución de acusación No. 77-378 CR-JE del 4 de agosto de 1.977 y de la resolución substitutiva No. 77-378 CR-JE (s) del 28 de septiembre del mismo año, proferidas por un gran jurado en el Tribunal Federal del Distrito Meridional de Florida, en donde se acusa al reclamado de los delitos de posesión de cocaína con intención de distribuirla y porte de un arma de fuego mientras cometía un delito mayor; de las actas que contienen los testimonios de la Fiscal Federal Ivette Rhodes Prescott, del Agente de la DEA, Barry Carew y del Procurador Federal John Roth rendidos en apoyo de la reclamación; copia de las preceptivas que describen y reprimen los ilícitos imputados, como de las que regulan la prescripción en ese país, y del registro de los actos procesales penales del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América contra Sergio Braulio González; conjunto de medios de prueba que amén de haber sido traducidos al castellano y certificados y autenticados conforme con las prescripciones del Gobierno reclamante, patentizan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fueron ejecutados los hechos, la captura del implicado y el decomiso del alcaloide y la pistola.

2. Plena identidad del reclamado:

Dentro del expediente y con base en los medios de prueba se ha evidenciado que la persona requerida en extradición por los Estados Unidos de América es idéntica a la que fue capturada en Colombia y puesta a disposición de la Fiscalía General de la Nación en razón de este trámite; ciudadano cubano que responde al nombre de Sergio Braulio González, conocido como Sergio Bravilo González, Manuel Antonio Rivas Hernández, Sergio Bencomo Bien, Antonio Rivas, Antonio Hernández.

En efecto, a la nota verbal que demanda la extradición fueron adosados los testimonios de la Fiscal Federal adjunto para el Distrito Meridional de Florida Ivette Rhodes Prescott y del agente especial de la Administración de los Estados Unidos para el Control de Estupefacientes Barry Carew, quienes coinciden con la relación de las características morfológicas del requerido,

aportando el último copia de la tarjeta dactilar y las fotografías más recientes con que cuenta la DEA.

Documentos que al ser comparados técnicamente por miembros del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- con las impresiones dactilares tomadas al capturado y con la estampada en la cédula que lo identificaba como Manuel Antonio Rivas Hernández, comprueban que la totalidad de impresiones dactilares corresponden al requerido en extradición.

Pero si aún subsistiera alguna hesitación sobre esta exigencia, es la misma defensa quien se encarga de despejarla al aceptar expresa y abiertamente dentro del discurrir del trámite, la plena correspondencia entre su poderdante y la persona reclamada en extradición.

3. Principio de doble incriminación:

Según la resolución substitutiva No.77-378 CR-JE (s), un gran jurado en el Tribunal Federal de Distrito Meridional de Florida literalmente acusó a Sergio Braulio González, de poseer a sabiendas y con la intención de distribuir 511 gramos de cocaína, en hechos ocurridos en el condado de Dade Distrito Meridional de Florida el 22 de julio de 1.977 o alrededor de esa fecha, en contravención de la sección 841 a) 1) título 21 del Código de los Estados Unidos, y de portar, al instante de ejecutar ese delito mayor, una pistola automática Bowning de 6 mm, contraviniendo la sección 924 c)2) título 18 del Código de los Estados Unidos.

Importa ahora establecer si los hechos así delimitados se hallan descritos como ilícitos en la Ley Penal Sustantiva patria y si su represión cumple el límite inferior de cuatro años de prisión exigido por el numeral 1º del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este tema tanto el Ministerio Público como el defensor del reclamado se apoyan para solicitar de la Sala concepto desfavorable, estimando que con sujeción a los principios superiores de legalidad y favorabilidad, imperativo resulta tener en cuenta las normas sustantivas que tipificaban en ese momento las conductas reprochadas, esto es, el Decreto 1188 de 1974 y el art. 260 del Código de 1936, y que castigaban a sus infractores, en su extremo mínimo, con prisión inferior a 4 años.

Tesis que no es de recibo para la Corte, pues de antaño ha venido sosteniendo, que en virtud a que el instituto de la extradición es un dispositivo legal de asistencia o cooperación judicial entre los diversos Estados, su trámite no reviste el carácter de juicio criminal, por no trascender al conocimiento del fondo del proceso, ni incumbirle establecer si el imputado es o no responsable del delito que se le acusa; por consiguiente, su objeto se restringe a verificar objetivamente si los presupuestos literalmente previstos en los tratados o convenios internacionales, o en su defecto en la ley penal adjetiva, se reúnen o no para según el caso conceptuar favorable o desfavorablemente a la extradición.

Naturaleza jurídica del instituto que obviamente excluye la posibilidad de que la Corte en el momento de rendir el concepto entre a discernir qué ley de nuestro país le favorece al reclamado, porque de hacerlo no solo excedería su objeto -art. 558 del Código Procesal Penal-, sino que además actuaría como juez de instancia arrebatándole a los funcionarios judiciales que adelantaron el juicio su función natural de dispensar justicia de manera autónoma e independiente. Propósito que le está vedado satisfacer a la Sala (como lo pide la defensa) debido a la intangibilidad de la Soberanía del Estado requirente, con mayor razón si lo que importa para los fines de este trámite, en lo pertinente, es establecer si en este instante los delitos imputados al reclamado se encuentran tipificados y reprimidos en Colombia por lo menos con cuatro años de prisión, de donde se infiere que la exigencia del quantum de la sanción solo opera como un requisito de procedibilidad para nuestra legislación.

Esta forma de concebir y aplicar la extradición, contrario al sentir del defensor, no sólo cumple con la reglamentación interna, sino que consulta su naturaleza jurídica, su origen y su teleología, ya que dirigida a combatir la delincuencia y evitar la impunidad se reserva al País requirente el poder de aplicar justicia a las personas que habiendo delinquido en su territorio se han refugiado en el nuestro para sustraerse al castigo; quienes, a su vez, conservan la posibilidad de hacer uso del plexo de derechos y garantías que tanto la Constitución y la Ley prescriben a fin de hacer valer sus derechos entre ellos lógicamente el de legalidad y favorabilidad, en el interior del proceso fuente de la postulación.

Materia acerca de la cual la Sala ya se había pronunciado en providencias del 15 de febrero de 1995 y del 22 de mayo de 1.996 con ponencia de los H. Magistrados Edgar Saavedra Rojas y Juan Manuel Torres Fresneda.

Así entonces, corresponde ahora a la Sala ocuparse de estudiar si los comportamientos delictivos atribuidos al reclamado en extradición encuentran adecuación en nuestro Código Penal, sancionados con prisión cuyo mínimo sea o supere los cuatro años de prisión.

Ahora bien, el primer delito imputado al extraditable se contrae a que en su poder, a sabiendas y con la intención de distribuir, se hallaron 511 gramos de cocaína, en contravención de la sección 841 a) 1), título 21 del Código de los Estados Unidos, sustancia controlada de la lista II; tipificación que encuentra correspondencia en nuestra Legislación en el modelo comportamental descrito en el artículo 33 de la ley 30 de 1.986 modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, por actualizar el verbo conservar (este tipo de alcaloides) que constituye una de las acciones alternativas allí descritas, y que reprime a su autor con prisión que oscila entre 4 y 12 años. En suma, este requisito se halla agotado en lo que a este delito concierne.

No sucede lo mismo con el segundo cargo referido al porte de una pistola automática browning de 6 mm. cuando ejecutaba el delito anterior, descrito en la sección 924 c) 2), título 18 del Código de los Estados Unidos, puesto

que encontrando ubicación en el artículo 202 del Código Penal modificado por el artículo 2 del decreto 3664, y convertido en legislación permanente por el Decreto extraordinario 2266 de 1991 art. 2º., por tratarse de una pistola automática, que le da la calidad de arma de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, a despecho de su calibre de acuerdo con lo normado por el art. 8 del decreto 2535 de 1993; comoquiera que la pena allí prevista es de 3 años de prisión, en su mínimo, inferior al tope exigido por el numeral 1º del artículo 549 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que no concurren causales de agravación.

Ahora, considerando los argumentos precedentes sobre la naturaleza y fines perseguidos por la extradición, es evidente que la defensa no tiene razón al exigir que en el país requirente, los delitos también sean sancionados en su mínimo con prisión por lo menos igual a cuatro años, por cuanto además ese presupuesto está dirigido exclusivamente a nuestra Legislación por el numeral 1º del art. 549 del Código de Procedimiento Penal.

Como tampoco le asiste en lo que toca con la prescripción de la acción penal en nuestro país, puesto que el estudio de esta materia en el caso particular desborda el objeto del concepto, pero que por haber sido invocada por la defensa específicamente, compele a la Sala a pronunciarse sobre ella.

En efecto, *el orden de prelación de las fuentes de la extradición aceptada por la doctrina internacional conlleva a atender en primer lugar los tratados de extradición, luego a las leyes internas especiales o las preceptivas de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal que la reglamenten, y en su defecto a la costumbre y la reciprocidad internacional. En consecuencia, la prescripción puede ser regulada específicamente por el tratado, o remitir su tratamiento a la ley interna de alguno de los dos Estados, o en su defecto, el ordenamiento interno puede reglamentar este fenómeno o abstenerse de hacerlo.*

En el caso Colombiano con arreglo a lo estipulado por el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal patrio la extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos, y a falta de ellos el gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición con arreglo a lo establecido por el Código de Procedimiento Penal. Significa lo anterior, que la prioridad en las fuentes de aplicación de cualquier clase de extradición, la tendrá en su orden, los tratados internacionales suscritos por el Gobierno Nacional y en su defecto la legislación interna.

Así pues, como no existe tratado aplicable de extradición entre los Estados Unidos de América y Colombia, el curso de la reclamación se ha regido por las preceptivas del Código de Procedimiento Penal, las cuales no reglamentan la prescripción de la acción penal ni de la pena, como sí ocurre en algunos de los tratados de extradición suscritos por el Gobierno Nacional con otros países. Por consiguiente, al ocuparse la Corte del análisis correspondiente para verificar si la acción penal se encuentra prescrita en cualquiera de los dos Estados, rebasaría el fundamento del concepto que por imperativo legal debe emitir, lesionando de paso el principio de legalidad que cubre este instituto.

Tampoco puede fundarse el pretendido análisis de la prescripción como parte del objeto del concepto, en el principio de la doble incriminación, en virtud a que éste se agota en la constatación de que los hechos atribuidos al reclamado se hallen tipificados en los dos Estados como delitos, y castigados en Colombia con privación de la libertad no inferior a cuatro años, sin que sea necesario averiguar si la facultad punitiva de ellos se mantiene. Y ello es lógico, en razón a que lo que prescribe es la acción penal, o la pena, y no el delito, por tanto, ello no incide en la doble incriminación, pues de presentarse este fenómeno jurídico, el carácter delictual de las conductas pervive en las dos potencias; siendo esa la razón por la cual en los tratados internacionales sobre extradición que reglamentan la prescripción, lo hacen de manera autónoma e independiente a la doble tipicidad.

Ni es procedente acudir en su apoyo a la reciprocidad internacional, ya que siendo ella una fuente supletoria de la extradición admitida por la doctrina internacional, no puede ser operada dado que por mandamiento legal el marco normativo aplicable en los eventos en que no exista tratado de extradición vigente, es el previsto en el Código de Procedimiento Penal, amen de que dicho carácter no se lo dispensa el contenido del artículo 17 del Código Penal ni la ley instrumental penal, como sí lo hace el artículo 534 de la Ley de Procedimiento Penal, para la figura jurídica del exequatur.

Tópicos estos que la Sala tuvo en cuenta para proferir el auto 10 de diciembre de 1.997 con ponencia del H. Mg. Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*, que denegó pedir copia de los textos legales relativos a la prescripción de la acción penal en el país requirente, al señalar:

"Ahora bien, pretender los datos legales sobre prescripción de las respectivas conductas delictivas en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, también es discordante con los objetivos del trámite judicial de la extradición, pues la intervención de la Corte no se orienta a una revisión del proceso penal que con toda autoridad y soberanía adelantan los jueces extranjeros, sino que se trata de realizar confrontaciones objetivas para hacer expedita la asistencia y cooperación jurídica entre los distintos Estados, máxima razón de ser de la figura en cuestión. De tal manera que, si alguna duda asiste al peticionario sobre la vigencia de la acción penal por cualquiera de los delitos atribuidos, es cuestión que debe hacer valer en el respectivo proceso y ante la autoridad extranjera competente.".

Como corolario de lo expuesto arriba, la Sala conceptuará en favor de la extradición del reclamado en lo que concierne al delito de narcotráfico, además de las razones anteriores por no ser un delito político ni de opinión, y negativamente referente al porte ilegal de armas.

4. Equivalencia de las decisiones:

Igualmente concurre, a juicio de la Sala, la equivalencia de la decisión proferida por el gran jurado del Tribunal Federal del Distrito Meridional de Florida de resolución de acusación sustitutiva, adosada, autenticada y traducida al trámite con los avales del Ministerio de Relaciones Exteriores, con

la resolución de acusación regulada por el art. 441 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que en ella se individualizan los delitos atribuidos a Sergio Braulio González; las conductas que los configuran, la fecha en que fueron ejecutados, el marco normativo que los describe y sanciona; y complementariamente con los testimonios de Ivette Rhodes Prescott, Barry Carew y John Roth, vertidos para apoyo de la solicitud de extradición, y el registro de la actuación con que cuenta el Tribunal, se especifican los medios de convicción que obran en su contra, y el procedimiento hasta este momento cumplido, evidenciando que el solicitado fue hallado culpable por los delitos a él atribuidos en un juicio sin jurado celebrado el 16 de enero de 1.978, habiendo proferido un Juez de Tribunal de Distrito de los Estados Unidos de América una orden de fallo y reclusión, sin que hasta ahora se haya emitido orden de fallo y reclusión por parte del Tribunal, en virtud a que el solicitado huyó de la justicia.

En suma, de lo analizado se infiere el lleno de los requisitos previstos en el capítulo III del Título 1ª, libro V del C. de P.P., lo cual conduce a la Corte a emitir concepto favorable a la solicitud de extradición, en lo que tiene que ver con el delito de tráfico de estupefacientes, y de manera adversa en lo atinente con el porte ilegal de armas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano cubano Sergio Braulio González, también conocido como Sergio Bravilo González, Manuel Antonio Rivas Hernández, Sergio Bencomo Bien, Antonio Rivas, o Antonio Hernández, quien es solicitado por el Gobierno de los Estados Unidos de América por un delito de narcotráfico.

SEGUNDO: CONCEPTUAR DESFAVORABLEMENTE a la extradición del mismo individuo, por el delito de porte ilegal de armas, por el cual también es requerido por el Gobierno de los Estados Unidos de América.

Remítase el concepto al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA-
Está excluida para el secuestro

El artículo 15 de la ley 40 de 1993, precepto declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia de 28 de abril de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, excepto la última parte que disponía: "La libertad provisional sólo podrá concederse por pena cumplida", excluyó del derecho reclamado al delito de secuestro.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 168 Proceso No. 16239

El procesado Romain Campos Lara detenido en la Penitenciaría Nacional de Ibagué, pide a la Corte suspensión de la detención preventiva. Examinado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Tolima, se dictaminó que no padece grave enfermedad.

Consideraciones de la Corte

El 4 de diciembre de 1997, uno de los entonces Juzgados Regionales de Santa Fe de Bogotá, entre otras determinaciones, condenó a Romain Campos Lara a la pena de 25 años de prisión por el delito de secuestro extorsivo de que trata el artículo 1º de la Ley 40 de 1993 (fs. 161 a 182 cd. 3), sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo de 30 de abril de 1998 (fls. 3 a 48 cd. segunda instancia), providencia que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por el coprocesado Jacobo Lara Cardozo.

La petición no está llamada a prosperar, toda vez que *el artículo 15 de la Ley 40 de 1993, precepto declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia de 28 de abril de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía, excepto la última parte que disponía: "La libertad provisional sólo podrá concederse por pena cumplida", excluyó del derecho reclamado al delito de secuestro* por el que fue condenado el acusado Campos Lara.

En efecto, la mencionada disposición determina: "Exclusión de beneficios y subrogados. Salvo lo dispuesto en el artículo 17 de este estatuto, en el artículo 37 y la rebaja por confesión previstos en el Código de Procedimiento Penal, los sindicados o condenados por los delitos de que trata esta ley, no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, libertad condicional ni a los subrogados administrativos. En los casos del delito de secuestro, no podrán otorgarse la suspensión de la detención preventiva ni de la condena" (subraya fuera del texto).

Frente a la claridad del precepto que se acaba de citar, que fue modificado por el artículo 1º de la Ley 415 de 1997 en relación con la libertad condicional y con la excarcelación por esta vía, pero no en cuanto al asunto que aquí se resuelve, la petición será denegada, además porque el apoyo científico conceptúa que el peticionario no padece grave enfermedad, sin que ello constituya obstáculo para que el médico del establecimiento de reclusión le preste el tratamiento ambulatorio que pueda requerir, fines para los cuales le será remitido el concepto del Instituto de Medicina Legal, Regional Tolima.

RESUELVE:

1. NEGAR al procesado Romaín Campos Lara la suspensión de la detención preventiva por él solicitada.

2. Copia de esta providencia y del dictamen de estado de salud No. 44-1999, vaya al director de la Penitenciaría Nacional de Ibagué para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica/INDICIO-Técnica para atacarlo en casación/JURAMENTO-Al imputado, cargos a un tercero

1. Cuando en sede de casación se acude a la causal primera, cuerpo segundo, es decir, a la violación indirecta de la ley sustancial, es menester demostrar que en la sentencia el Juez ha incurrido en falso juicio de existencia, por omisión o por suposición o imaginación de hechos que constituyen pruebas: o en falso juicio de identidad, porque ha tergiversado o distorsionado el hecho que conforma la prueba; o en error de valoración por equívoca apreciación de los elementos que componen la sana crítica. Esta exigencia formal no ha sido cumplida por el casacionista y su desarrollo, que bien dirigido podría facilitar la comprensión de sus pretensiones, tampoco ayuda en claridad pues, a la postre, de una parte, olvida que su tarea consiste en probar los yerros y, de otra, se reduce a enfrentar su parecer probatorio a las afirmaciones que de la misma índole ha hecho el Tribunal.

2. Si se quiere problematizar la prueba de indicios, le compete al casacionista dar varios pasos, con exactitud, así, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala.

a) Establecer con nitidez si su inconformidad tiene que ver con el hecho indicador o con la inferencia, es decir, con el indicio en estricto sentido, o con la articulación de los varios indicios, o de estos con las restantes pruebas.

b) Si se trata de cuestionamiento al hecho indicador, debe especificar si lo vuelca sobre error de hecho o de derecho. De hecho, en cuanto la circunstancia conocida pudo haber sido supuesta; o porque se ha dejado de apreciar otro medio que niega la circunstancia; o porque se ha distorsionado el contenido material de la misma haciéndola decir algo que no dice, o porque la apreciación de la premisa que permite la posterior inferencia se aleja de las reglas de la sana crítica. Y de derecho, si el Juez ha admitido y apreciado como sustento del hecho indicador una prueba irregularmente aportada al proceso y, por tanto, carente de validez.

c) Si se trata de error con relación a la inferencia lógica, es obvio que se acepta la validez de la prueba del hecho indicador.

d) No obstante, si se refuta tal medio de prueba tanto desde el punto de vista del hecho indicador como desde el ángulo de la inferencia lógica, se tiene que hacer en cargos distintos y, desde luego, de manera subsidiaria.

e) Como la inferencia lógica es el resultado de un proceso intelectual valorativo, el único ataque posible es a través del error de hecho, por transgresión de los principios de la sana crítica.

f) En esta última hipótesis, para formular el cargo, al censor le corresponde concretar el error y demostrar que el Juez ha realizado, y cómo ha realizado, un juicio que desconoce una ley científica, un principio de la lógica (que no niegue ni desconozca la unidad del ser) o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios específicos en una determinada materia (Cfr. Casación del 15 de septiembre de 1999, M. P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

3. El artículo 357 del C. de P. P. dice, sobre el tema, en su parte final: "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo".

En estricto sentido, la imposición de tal normatividad a un indagado sólo es viable cuando intencionalmente, a conciencia, hace cargos a otra persona y no cuando se limita a narrar, por ejemplo, lo visto o lo escuchado, sin hacer acusaciones concretas.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 170 Proceso No. 11206

VISTOS

El 3 de abril de 1995, el Juzgado 8°. Penal del Circuito de Cali condenó a doña Rosana Soscué de López por homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal. Le impuso como pena principal 27 años y 6 meses de prisión y como accesoria la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por 10 años.

Ante la apelación interpuesta por la señora afectada con el fallo y por su defensor, el 21 de julio del mismo año el Tribunal Superior de Cali lo confirmó, redosificando la pena para fijarla en 25 años y 6 meses.

La señora de López y su defensor interpusieron recurso de casación. La Corte, ahora, se pronuncia sobre el fondo del asunto, consecuencia de la impugnación extraordinaria.

HECHOS

La noche del 10 de julio de 1994, Orlando Burbano Bueno departía con su compañera, Rosana Soscué y con su cuñado, Hilarión Ortiz. Burbano resultó

muerto por disparo de arma de fuego que le interesó el occipital. Rosana salió de su residencia, y con otra persona sacó del sitio a Orlando, un hijo de ésta solicitó los servicios de un taxi y como no fue posible, dejaron el cadáver en el andén. Rosana, además, entregó un revólver al vigilante Tobías Henao Giraldo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Iniciada la investigación, fueron vinculados Rosana Soscué, su hermano Hilarión Ortiz Andújar y su hijo Pablo López Soscué. Resuelta la situación jurídica, Rosana fue detenida y la Fiscalía se abstuvo de proferir medida de aseguramiento respecto de Hilarión y Pablo, a quienes les otorgó la libertad inmediata.

Cerrada la investigación, el 20 de octubre de 1994 fue calificado el mérito del sumario, con acusación para Rosana por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas. En la misma resolución se decidió precluir la investigación con relación a Ortiz Andújar y López Soscué.

El Juzgado 8º. Penal del Circuito de Cali y el Tribunal Superior de Cali profirieron las sentencias ya conocidas.

LA DEMANDA

El casacionista propone dos cargos: El primero, violación indirecta de la ley, por errores de hecho y de derecho. Por ello, pide revocar la sentencia "...y dictar la de existencia de duda razonable...". El segundo, subsidiario, violación directa de la ley, "...al no aplicar el fallador en la sentencia condenatoria, el atenuante de la culpabilidad de la ira e intenso..." (sic). Por esto, solicita se modifique la sentencia y "...se aplique el atenuante de la ira".

Para sustentar el primer cargo, afirma: (1) La sentencia se refiere a los testimonios de Tobías Henao, Pablo Emilio López, Carlos Loaiza Muñoz, Adalberto Molina y John J. Vélez Giraldo, de los cuales resulta que con base en las manifestaciones posteriores al hecho, se infiere indicio grave de autoría. (2) Del testimonio del primero emana para el Tribunal que Rosana entregó el revólver a Tobías para no dejar huella de su responsabilidad, mientras la lógica y la experiencia refutan la inferencia pues lo que suele ocurrir es que las personas entierren las armas, "...los boten lejos, los hechen a un río, los destruyan, los quemen, pero nunca buscarían testigos innecesarios y que sobran". (3) Para el Tribunal, también son indicios el hecho que Rosana hubiera abandonado el cuerpo sin vida en la vía pública, el que hubiera sido encontrado en pijama, es decir, dando a entender que dormía, y el que hubiera aseado el recinto del suceso con un trapeador, así como el lavamanos. El casacionista hace otras inferencias: Orlando fue sacado del sitio por Rosana y otra persona, con el ánimo de conducirlo a un centro asistencial pero no fue socorrida por ningún conductor; al fallecer, lo dejó en la calle como correspondía, pues el levantamiento del cadáver se debe hacer en el lugar donde muere la persona; fue hallada en pijama, lo que significa que no pensaba

huir: y el aseo del piso y la huella en el lavamanos indican que ello obedeció al "...shock y descontrol psíquico en que se sumergió Rosana..." (4) El Tribunal incurrió en error de derecho cuando tomó como prueba las palabras de Pablo Emilio López, hijo de Rosana, quien expuso sobre la versión que ésta le transmitió: golpeó en la puerta, Orlando abrió, le dio un puño por haber salido a la calle, ella sintió rabia y le disparó. La Fiscalía, cuando escuchó estas frases a Pablo Emilio, no lo requirió para que lo ratificara bajo la gravedad del juramento, como lo dispone el artículo 358 del C. de. P. P., omisión que en la sentencia constituye "...error de derecho por falso juicio de legitimidad al recepcionar la prueba". (5) También incurre en error de derecho el Tribunal cuando en su sentencia acepta la agresión física (trompada) de Burbano Bueno contra Rosana Soscué, fundamentándose para ello en el testimonio irregular de Pablo Emilio López.

Para desarrollar el segundo cargo, expresa: Como partiendo de las palabras de Pablo Emilio López el Tribunal admitió que hubo forcejeo entre Orlando y Rosana y que la fuerza física desplegada por aquél motivó la retaliación de ésta y el uso del revólver, ha debido igualmente aceptar que se estaba ante una agresión grave e injusta que dio lugar a un "estallido de ira" y, por tanto, que concurrían los presupuestos para reconocer la aplicación del artículo 60 del C. P.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada, por considerar que los cargos formulados en la demanda no pueden prosperar. Entrega las siguientes razones:

Sobre el primer cargo: (1) El recurrente no indica de manera concreta en qué consisten los desaciertos atribuidos al sentenciador. Acusa de errores de hecho en la apreciación del caudal probatorio, pero no precisa si las falencias se han originado en falso juicio de existencia -por omisión o suposición de las pruebas- o de identidad. (2) En el desarrollo del cargo trata de desvirtuar la prueba indiciaria que fundamenta la condena, para lo cual expone su propio criterio valorativo, opuesto al expresado por el fallador, sin que logre demostrar el desconocimiento por parte de éste de los parámetros de la crítica racional de la prueba, "único argumento válido cuando se acusa un falso juicio de convicción". (3) Pretende justificar el comportamiento de su representada, luego de cometer el homicidio, con argumentos que riñen con el sentido común y con el normal devenir de las cosas. (4) Las probanzas no dan noticias de una situación de grave alteración emocional. Informan, sí, de la reacción de quien acaba de cometer un crimen y qué, consciente de ello, busca de manera coordinada y racional, romper todo ligamen que lo vincule con el ilícito. (5) El actor pretende derrumbar el acertado proceso de inferencia lógica aplicado por el Tribunal, esgrimiendo explicaciones carentes de sustento lógico, que en modo alguno logran demostrar la inocencia de la procesada en el homicidio investigado y que tampoco permiten la aplicación de la duda en favor de ella. (6) Sobre el falso juicio de legalidad que menciona

el censor, no existe duda sobre la irregularidad. No obstante, la circunstancia de que el instructor, en la diligencia de indagatoria, hubiera omitido tomar juramento al sindicado en relación con los cargos que éste le hiciera a su madre de ser la autora del homicidio, "constituye anormalidad que no vulnera el derecho de defensa del indagatoriado ni de la ahora condenada, ni tampoco atenta contra las formas propias del juicio en sus aspectos sustanciales; aspectos que si bien no los alega el censor no sobra ponerlos de presente". Ante la supremacía del derecho material frente al procesal, imperativo universal de derecho contemporáneo, resulta inadmisible desconocer el valor sustancial de una prueba, so pretexto de considerarla inexistente por no reunir un requisito meramente formal; exigencia que de haberse satisfecho, en nada habría variado su aptitud demostrativa frente al hecho investigado. En ningún momento procesal se desvirtuó la afirmación de Pablo Emilio López Soscué, a pesar de haberse puesto de presente en el auto calificatorio y en la audiencia pública. (7) No se puede desconocer que a lo largo del proceso la defensa contó con todas las posibilidades para controvertir la prueba que ahora se pretende sea desconocida por presentar una falencia en la formalidad que debió observarse en su producción. Anormalidad atribuible al funcionario que la practicó y no al deponente, quien limitó su intervención a realizar un relato desprevenido, preciso y veraz de todo lo que le constaba acerca de la muerte de Burbano Bueno, probanza eficaz para los fines procesales en el esclarecimiento de uno de los aspectos circunstanciales del punible investigado.

Sobre el segundo cargo, el Procurador apunta: (1) El plenario carece de pruebas suficientes que demuestren de manera satisfactoria los elementos estructurales de la atenuante alegada. Si bien en principio puede considerarse que con la declaración de Pablo Emilio López Soscué, se acredita parcialmente el comportamiento grave e injusto desplegado por Burbano Bueno al propinarle un puñetazo en la cara a Rosana Soscué, tal demostración es parcial, porque se desconocen los pormenores de lo realmente sucedido, si la acción de aquel fue la que originó el hecho o fue, a su vez, una reacción frente a algún comportamiento ofensivo de su mujer, que llegaba embriagada a la casa. (2) En lo que tiene que ver con la calidad del estado emocional de ira, entendida ésta como un sentimiento de profundo desagrado por un hecho que se considera lesivo a la personalidad, no se encuentra demostrado ni siquiera en menor medida, toda vez que quien podía dar cuenta de ello, en ningún momento argumentó que dicha circunstancia la hubiera afectado en forma tal que ella fuera determinante en la realización de su comportamiento ilícito. La procesada en sus diferentes intervenciones, omitió manifestación alguna respecto de la eventual realización de su conducta determinada por un estado emocional de ira, lo cual nos evidencia su inexistencia en el plano circunstancial del delito. Siempre sostuvo que al llegar a su casa, su compañero, luego de abrirle la puerta, la insultó y con revólver en mano amenazó con matarla, lo que originó su reacción de tratar de despojarlo del arma, en cuyo desarrollo se produjo el disparo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Los cargos hechos en la demanda a la sentencia no tienen suficiencia para demeritar su fuerza y, por ende, no puede ser casada. Estas las razones.

Respecto de la primera impulación.

1. Cuando en sede de casación se acude a la causal primera, cuerpo segundo, es decir, a la violación indirecta de la ley sustancial, es menester demostrar que en la sentencia el Juez ha incurrido en falso juicio de existencia, por omisión o por suposición o imaginación de hechos que constituyen pruebas; o en falso juicio de identidad, porque ha tergiversado o distorsionado el hecho que conforma la prueba; o en error de valoración por equívoca apreciación de los elementos que componen la sana crítica. Esta exigencia formal no ha sido cumplida por el casacionista y su desarrollo, que bien dirigido podría facilitar la comprensión de sus pretensiones, tampoco ayuda en claridad pues, a la postre, de una parte, olvida que su tarea consiste en probar los yerros y, de otra, se reduce a enfrentar su parecer probatorio a las afirmaciones que de la misma índole ha hecho el Tribunal.

2. Si se quiere problematizar la prueba de indicios, le compete al casacionista dar varios pasos, con exactitud, así, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala.

a) Establecer con nitidez si su inconformidad tiene que ver con el hecho indicador o con la inferencia, es decir, con el indicio en estricto sentido, o con la articulación de los varios indicios, o de estos con las restantes pruebas.

b) Si se trata de cuestionamiento al hecho indicador, debe especificar si lo vuelca sobre error de hecho o de derecho. De hecho, en cuanto la circunstancia conocida pudo haber sido supuesta; o porque se ha dejado de apreciar otro medio que niega la circunstancia; o porque se ha distorsionado el contenido material de la misma haciéndola decir algo que no dice, o porque la apreciación de la premisa que permite la posterior inferencia se aleja de las reglas de la sana crítica. Y de derecho, si el Juez ha admitido y apreciado como sustento del hecho indicador una prueba irregularmente aportada al proceso y, por tanto, carente de validez.

c) Si se trata de error con relación a la inferencia lógica, es obvio que se acepta la validez de la prueba del hecho indicador.

d) No obstante, si se refuta tal medio de prueba tanto desde el punto de vista del hecho indicador como desde el ángulo de la inferencia lógica, se tiene que hacer en cargos distintos y, desde luego, de manera subsidiaria.

e) Como la inferencia lógica es el resultado de un proceso intelectual valorativo, el único ataque posible es a través del error de hecho, por transgresión de los principios de la sana crítica.

f) En esta última hipótesis, para formular el cargo, al censor le corresponde concretar el error y demostrar que el Juez ha realizado, y cómo ha realizado, un

juicio que desconoce una ley científica, un principio de la lógica (que no niegue ni desconozca la unidad del ser) o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios específicos en una determinada materia (Cfr. Casación del 15 de septiembre de 1999, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

El estudio de la demanda permite concluir que el casacionista reprocha el análisis de la prueba indiciaria hecho por los señores Jueces. Sin embargo:

(a) No precisa estrictamente si su descontento dirige al hecho indicador o a la inferencia, a partir de aquel. Nótese cómo una vez otorga el título de hecho indiciante al revólver (Fl. 5 de la demanda); en otra ocasión, afirma que según la sentencia, "...la intención de ocultar las pruebas se manifiesta igualmente en el hecho de dejar abandonado el cuerpo de la víctima sobre la vía pública" (Fl. 7); en otra oportunidad, aludiendo a la entrega del revólver por parte de Rosana, a la dejación del cuerpo en la vía pública, al aseo del lugar del suceso y al hallazgo de Rosana en pijama, dice que la sentencia incurrió en error "...al considerar que este conjunto de hechos configuraban un indicio grave de manifestación posterior..." (Fl. 8).

El tema de los indicios, entonces, no es presentado ni desarrollado como debe ser, pues con nitidez y exactitud el censor no enseña la diferencia que íntimamente haya podido establecer entre el o los hechos indicadores y la o las inferencias.

Y caído en este yerro, le era imposible al demandante desarrollar con rigidez lo señalado en los literales b), c) y d) del punto 2. de las "Consideraciones" que viene haciendo la Corte.

(b) En el literal c) de 2. de las mismas, se han indicado los pasos que se deben transitar cuándo en materia de indicios se cuestiona lo referente a la lógica, la experiencia y la ciencia. Sobre este punto, el censor se restringe a afirmar que el *ad quem* ha dejado de lado el análisis correcto de los componentes de la sana crítica, pero, sin embargo, en primer lugar, no dice cuáles principios, reglas o leyes han sido transgredidas por el Tribunal, como tampoco expresa cómo ha ocurrido esa transgresión; y, en segundo lugar, para refutar las operaciones intelectivas del Tribunal, sencillamente se ciñe a contrastarlas con las suyas. Esa manera de afrontar el asunto, a través de un parangón carente de la demostración de los yerros que se anuncian en uno de los dos extremos de la comparación, es decir, en el Tribunal, no corresponde al estudio que se espera en casación. Se sabe, de mucho tiempo, que no basta confrontar un criterio, el del censor, con otro, el del Juez. Esta manera de actuar no es bienvenida en sede de casación pues en manera alguna puede conducir a la infirmación de una sentencia con fundamento en que se sale de la legalidad y del derecho.

(c) Dígase, finalmente, que el casacionista tampoco explicó qué ley científica, qué principio de la lógica o qué regla de la experiencia fue desatendida por el Tribunal y al no precisarlo, obviamente menos podía decir cómo incurrió en la infracción el sentenciador.

Los reparos a la prueba indiciaria que incorpora la sentencia no tienen solidez.

3. Fruto de lo anterior es lo que plantea el proponente, al principio y al final de su escrito: dictar una sentencia "...de existencia de duda razonable..." (Fl. 4) y revocar la condena y aplicar el "... principio de la *pro indubio reo*, dictando la sentencia por duda probatoria" (Fl. 14), solicitudes completamente desligadas, es decir, sin relación de fundamento a consecuencia, de aquello expuesto a lo largo de la demanda por el actor. En efecto, alude a errores de hecho, de derecho y a indebida asunción de los elementos de la sana crítica por parte del Juzgador, yerros que conducirían a decisiones extremas, pero no se empeña en demostrar la "duda". Aquello que pide, entonces, no es resultado lógico de aquello que desarrolla en el libelo.

4. El casacionista también ha hecho alusión a un error de derecho originado en un falso juicio de legalidad, con base en que Pablo Emilio López Soscué, en el curso de su indagatoria, hizo afirmaciones que comprometían la responsabilidad de su madre, doña Rosana, sin que el funcionario judicial lo hubiera requerido para que ratificara sus aseveraciones bajo la gravedad del juramento, violando así el contenido del artículo 358 del C. de P. P. Sobre esto, interesa afirmar:

a) Basta leer el acta de injurada de Pablo Emilio (Fls. 25 a 27 vto) para constatar que allí se dejó expresa constancia de que se le expuso y se le explicó el contenido de los artículos 358, 299, 37 y 37 A del C. de P. P. Tal acta es firmada por el Fiscal, el Ministerio Público (personería), el Indagado, su Defensor y el Técnico Judicial. Enterado entonces del alcance de dichas disposiciones, especialmente del artículo 358, mal hace el casacionista al afirmar que ello no fue observado.

b) El hecho supuesto de que no se hubiese interrogado nuevamente a Pablo Emilio sobre las referencias que hace de las palabras que le transmitió su madre, y de que no se le hubiera juramentado como lo pide el artículo 357 del C. de. P. P., no es motivo suficiente para concluir en el acabose de una actuación pues para que esto ocurra no basta mencionar un presunto error sino que es necesario demostrar su trascendencia y su influjo de fondo en la decisión tomada. Mientras tanto, como se lee en la sentencia, las palabras de Pablo Emilio no fueron la única prueba atendida para proferir la sentencia condenatoria; por lo tanto, su importancia no fue definitiva.

c) La Sala, de otra parte, encuentra que la Fiscalía actuó bien al no afectar con juramento las palabras de Pablo Emilio, por las siguientes razones:

c.1) *El artículo 357 del C. de. P. P. dice, sobre el tema, en su parte final: "Pero si el imputado declarare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo".*

c.2) *En estricto sentido, la imposición de tal normatividad a un indagado sólo es viable cuando intencionalmente, a conciencia, hace cargos a otra persona y no cuando se limita a narrar, por ejemplo, lo visto o lo escuchado, sin hacer acusaciones concretas.*

c.3) Pablo Emilio en ningún momento declaró contra su madre. Se redujo a contar aquello de que ella lo había enterado momentos después de lo sucedido.

c.4) La lectura del acta correspondiente, más bien, enseña que Pablo Emilio, aparte de relatar lo oído a su mamá, trata de liberarla de cualquier responsabilidad, por ejemplo cuando dice que Orlando le había roto el labio y que la regañaba. Esto es más palpable al terminar su indagatoria pues cuando se le interroga por el arma que, recibida de una persona, él había colocado debajo de un colchón, responde: "...Yo digo que si yo tengo algún delito es haber guardado el arma, pero es por una causa, era mi cucha. Por ella, cualquier sacrificio. Cualquier persona lo haría, lo hace por instinto. No más" (Fl. 27).

Es nítido, así, que Pablo Emilio no declaró contra su madre y, por lo tanto, que no había por qué hacer que repitiera la narración bajo la gravedad del juramento. Seguramente por ello ninguno de los intervinientes en la diligencia solicitó a la Fiscalía la aplicación del artículo procesal.

Suficientes las anteriores consideraciones para concluir que la primera imputación a la sentencia no prospera.

Respecto de la segunda imputación.

El casacionista acude a la violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 60 del C. P., tras considerar que se encuentran demostrados los presupuestos que consagra dicha norma para la concesión de la atenuante de la ira e intenso dolor.

SE CONTESTA

1. Para que la ruta escogida sea procedente, es requisito indispensable que el Juez, al examinar el material probatorio, admita como demostrado un comportamiento grave e injusto, capaz de producir el estado de ira o de intenso dolor en una persona, en este caso, en la señora Soscué.

En el asunto que nos ocupa, los falladores de instancia no se pronunciaron expresamente sobre el reconocimiento de la diminuente que ahora se reclama. El Tribunal, al negar la inocencia esgrimida, plasmó unas consideraciones probatorias que descartan por completo la aplicación del artículo 60 del C. P., al decir que la acusada fue agredida físicamente (trompada), "lo que motivara en ella una retaliación utilizando al efecto el revólver", y no una "reacción iracunda", como lo afirma el actor. El hecho de que el Tribunal haya aceptado como probado que la procesada recibió una "trompada" de parte de la víctima, no significa que haya reconocido que "es grave e injusta la agresión". El libelista se apoya en sus personales consideraciones (ajenas por completo a las del Tribunal), pretendiendo hacer creer que el sentenciador reconoció que estaban demostrados los presupuestos de la atenuante consagrada en el artículo 60 del C. P. y que, pese a ello, no le dio aplicación a la norma, planteamiento que no coincide con la realidad procesal.

2. Con mucha inteligencia, el censor plantea algo que no es admisible respecto de la violación directa de la ley sustancial: hace análisis probatorio, pero no lo expone partiendo de su cerebro y de su pluma, sino de los términos que utiliza el Juzgador. Con otras palabras: él no hace análisis de la prueba, pero sí aprovecha el realizado por el Tribunal, y le da la vuelta, para ponerlo a decir cosas que no ha dicho. Como ni por un lado ni por otro es aceptable ocuparse de la prueba frente a la causal aducida, aunque hábilmente quisiera hacerlo el casacionista, el cargo tampoco prospera.

3. Es cierto que, en general, lo sustancial prima sobre lo formal y por ello la Sala ha redactado en este cargo los dos numerales anteriores. Pero no deja de observar la falta de claridad y de precisión del censor, cuando en veces apunta a la atenuante o disminuente de la ira, así, sin cualificación alguna (Fl. 15), y en otra ocasión a la "atenuante de la culpabilidad de la ira e intenso...". Como es elemental, una cosa es la culpabilidad y otra la punibilidad y, como también es obvio, una es la estructura de la violación directa con relación a la culpabilidad y otra respecto de la punibilidad, como son también diferentes tanto el planteamiento, como el desarrollo y las consecuencias del estudio que se debe hacer. Y la oscuridad en el cargo se entregrece totalmente cuando el casacionista "pide" se aplique a Rosana Soscué, así, nada más, "...el atenuante de la ira e intenso dolor del art. 60 del C. P.".

El segundo cargo, por supuesto, tampoco prospera.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués. (no hay firma); *Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-Garantías fundamentales

Las garantías en general son los mecanismos que permiten disfrutar o ejercer el derecho respectivo. De ahí que cuando se escoja esa vía es indispensable especificar no solo el derecho fundamental violado, sino especialmente el medio que lo garantiza y la irregularidad o forma como fue desconocida, atropellada o vulnerada. O sea, indicar sucintamente en qué consistió la violación y su incidencia negativa en la garantía que lleva a la mengua, destrucción o imposibilidad de gozar o ejercer el derecho fundamental.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Sustanciador: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 170 Proceso No. 14542

VISTOS

Se procede a resolver sobre la aceptación del recurso de casación excepcional formulado por el representante judicial de Muriel del Socorro Artuz Alvear contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena.

HECHOS

La Alcaldesa de Soplaviento (Bolívar) dictó la Resoluciones 158, 162, 163 de 15, 16, 23 de diciembre de 1991, mediante las cuales otorgó auxilios o donaciones a favor de personas naturales.

ANTECEDENTES PROCESALES

Agotado el rito correspondiente, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cartagena, el 19 de diciembre de 1996, absolvió a Zamir Enrique Sarmiento Jinete de peculado por aplicación oficial diferente y prevaricato por omisión, y a Muriel del Socorro Artuz Alvear de ese peculado, pero la condenó a 12 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas por el prevaricato tipificado en el artículo 149 del Código Penal de 1980 (fs. 26 y ss

del cd. 3°), pronunciamiento apelado por el defensor y el 30 de marzo de 1998 confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena (fs. 6° y ss del Cd. 4°), sentencia de segunda instancia, impugnada extraordinariamente por el abogado de la procesada basado en que infringe el derecho a la libertad de su representada al ser limitada y el derecho al trabajo, el cual no puede ejercer por ser servidora pública, persona que ha debido ser absuelta, como lo fue, por la Corte Suprema de Justicia, un senador que realizó la misma clase de conducta cuando era alcalde de Cartagena.

El expediente, entonces, fue remitido a la Corte para que se pronuncie sobre la concesión del recurso de casación discrecional.

Consideraciones de la Corte

1. La casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados por los tribunales superiores de distrito judicial, Tribunal Superior Militar y los juzgados penales del circuito, por delitos que tengan señalada multa o pena privativa de la libertad inferior a seis años, o por estos últimos así la pena sea o exceda de 6 años.

Dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia, se debe presentar el recurso y sustentar el motivo que determine la viabilidad de la admisión, por perseguir el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de un derecho fundamental violado en las instancias.

2. *Las garantías en general son los mecanismos que permiten disfrutar o ejercer el derecho respectivo. De ahí que cuando se escoja esa vía es indispensable especificar no solo el derecho fundamental violado, sino especialmente el medio que lo garantiza y la irregularidad o forma como fue desconocida, atropellada o vulnerada. O sea, indicar sucintamente en qué consistió la violación y su incidencia negativa en la garantía que lleva a la merma, destrucción o imposibilidad de gozar o ejercer el derecho fundamental.*

3. El defensor hace referencia al segundo motivo en mención al señalar que la sentencia ataca la libertad y el derecho al trabajo de su representada. Se limita a señalar dos derechos fundamentales, pero no precisa la manera como fueron desconocidos los mecanismos establecidos por la Constitución o la ley que permiten su ejercicio o disfrute.

4. En realidad las menciones del derecho al trabajo y a la restricción de la libertad, las realiza el abogado no como consecuencia de un acto arbitrario o un error judicial, sino como los efectos del fallo condenatorio y la concesión de la condena de ejecución condicional. Restricción que obedece al ejercicio legítimo del poder soberano del Estado consagrado por la Carta y a la facultad de administrar justicia, como forma de control social de aquellos comportamientos que la ley ha considerado vulneradores de bienes jurídicos protegidos penalmente.

5. En la última parte de su escrito trata de concretar un yerro del juzgador, pero no logra siquiera esbozarlo, porque señala que la Corte en un caso

similar absolvió al sindicado, sin especificar el asunto, las semejanzas, el proceso, el delito, la fecha, el tema, la tesis jurídica, las normas aplicadas ni la interpretación que hizo la Sala de Casación. Da a entender que hubo un error; sin embargo, no se sabe en que consiste ni su incidencia en las citadas garantías.

6. En conclusión, hay inconformidad del apoderado judicial con la sentencia condenatoria proferida contra su representada pero la exigua sustentación no satisface la obligación de justificar la necesidad de un pronunciamiento de la Corte que garantice algún derecho fundamental, razón por la cual se impone la no concesión de la impugnación realizada.

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

RESUELVE:

NO ACEPTAR el recurso de casación excepcional interpuesto por el defensor dentro de este proceso.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable/
HOMICIDIO-Ley 40 de 1993

1. Para los días de la indagatoria, 19 y 24 de mayo de 1994, regía en su integridad el inciso 1o. del artículo 148 del C. de. P. P., que disponía: "De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público".

Si la norma regía en su integridad, perfectamente podía ser aplicada y, por tanto, ningún reproche se puede hacer a la actuación pues que, además, la ley se presume conforme con el Texto Superior mientras el competente no declare lo contrario, es decir; hasta tanto no sea objeto de inexequibilidad o inconstitucionalidad, a menos que un servidor público se abstenga de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad. Y cuando la Fiscalía oyó en indagatoria a Juan Pablo, la Corte Constitucional no había declarado contrario a la Carta el inciso citado y en ese momento, y después, ninguna persona con capacidad para ello planteó la posibilidad de acudir a la excepción mencionada.

2. Cuando la Corte Constitucional se ocupó del estudio de constitucionalidad de los artículos 1, 28, 29, 30 y 31 de la Ley 40 de 1993, expresamente dijo que tal norma no se refería exclusivamente al secuestro sino que comprendía otras hipótesis delictivas, entre ellas el homicidio.

La Ley 40 de 1993, en su "nombre" o enunciado, alude al secuestro y a la expedición de "otras disposiciones". Si bien su objeto primordial era el delito contra la libertad individual, no era el único. Y en su texto se refiere en pluralidad de ocasiones al delito de homicidio.

De manera expresa, con las palabras "quedará así", la Ley 40 de 1993 alude a varias disposiciones del C. P., actitud legislativa que mirada contextual y sistemáticamente, implica la subrogación, entre otros, de los artículos 323, 324 y 355 del estatuto mencionado.

Del trámite del proyecto de ley en el Congreso de la República se desprende que si bien inicialmente se pensaba en el secuestro, durante el

decurso del mismo se amplió su alcance y se incluyó agravación de penas también para el delito de homicidio.

De lo anterior resulta que no coexisten "dos homicidios básicos" en la legislación penal colombiana. Solamente existe uno, el del artículo 323 del C. P., con las modificaciones punitivas introducidas por la Ley 40 de 1993. No hay, pues, paralelismo legislativo sobre el mismo punto.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 170 Proceso No. 11044

El 5 de abril de 1995, el Juzgado 21 Penal del Circuito de Medellín condenó al joven Juan Pablo Giraldo Vallejo por los delitos de homicidio y violación al Decreto 3664 de 1986, en concurso. Le impuso la pena principal de 26 años y 8 meses de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas durante 10 años, el pago de los daños y perjuicios y le negó la condena de ejecución condicional.

Juan Pablo y su defensor apelaron y el 14 de junio de 1995 el Tribunal de la misma ciudad confirmó la sentencia.

El primero de ellos "apeló", el Tribunal entendió que interponía recurso de casación, lo concedió, y Juan Pablo otorgó poder a una profesional del derecho que sustentó la impugnación presentando la demanda correspondiente.

Por lo anterior, ahora la Corte se pronuncia sobre el fondo del asunto sometido a su consideración.

Hechos

El 16 de mayo de 1994, aproximadamente a las 12:30 del día, una persona tocó a la puerta de la residencia de Carlos Augusto Gutiérrez Gallego, identificada con el número 50-40 de la carrera 91, barrio Aranjuez, de Medellín. Cuando Carlos Augusto salió, luego de que lo llamara su hermano, sorpresivamente recibió dos disparos de arma de fuego que le quitaron la vida en forma inmediata. El agresor emprendió la huida pero pronto fue alcanzado por la policía, que le dio captura mientras corría con un revólver 38 largo. Juan Pablo Giraldo Vallejo, además, ofreció dinero a los agentes de la policía para que no lo denunciaran.

Actuación Procesal

Luego de oírlo en indagatoria y de practicar varias diligencias, el 24 de mayo de 1994 la Fiscalía resolvió la situación jurídica de Juan Pablo. Le impuso detención preventiva por homicidio en concurso con porte ilegal de armas de defensa personal.

El 4 de agosto de 1994, el instructor cerró la investigación y el 14 de septiembre del mismo año acusó a Juan Pablo de homicidio y de porte de armas, calificación que, apelada por éste, fue confirmada el día 31 de octubre de 1994.

El juicio correspondió al Juzgado 21 Penal del Circuito, que produjo la sentencia ya reseñada y que fuera ratificada por el Tribunal.

LA DEMANDA

La actora formula dos cargos, así:

Primer cargo. Causal 3a. de casación, es decir, nulidad, por grave violación al derecho de defensa.

Segundo cargo. Subsidiariamente, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 de la Ley 40 de 1993 e inaplicación del artículo 323 del C. P.

Desarrolla las dos imputaciones de la siguiente manera.

Primer cargo.

1. En la diligencia de indagatoria, realizada el 19 de mayo de 1994, Juan Pablo estuvo asistido por el señor Iván Emilio Paredes, ciudadano que no es abogado y que con su firma denota ser poco ilustrado. 2. En ampliación de indagatoria se le designó como defensora a la señora María Lucía Monsalve Cadavid, quien tampoco es profesional de la abogacía y quien, a diferencia de la defensa en la indagatoria inicial, prestó juramento sobre reserva sumarial. 3. La medida detentiva no fue notificada a ningún defensor, sencillamente porque, aun cuando Juan Pablo había dicho desde su injurada que no tenía a quién nombrar, la fiscalía no le había designado un profesional que lo representara, con lo cual se le negó el derecho a ejercer la contradicción. 4. Posteriormente, el procesado dio poder a un abogado, pero no fue reconocido ni se le posesionó. No obstante, actuó a lo largo del proceso sin "...percatarse de que su defendido fue objeto de una grave vulneración de sus derechos y garantías constitucionales". 5. Medellín es la tercera ciudad del país y cuenta con gran cantidad de abogados titulados. Por tanto, no es una aldea lejana que impida la consecución de un profesional del derecho para la práctica de una indagatoria. 6. Finalmente, tras recordar pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional y de hacer hincapié en el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, estima que la nulidad se ha producido desde la diligencia de indagatoria.

Segundo cargo.

1. El artículo 29 de la Ley 40 de 1993 debe ser mirado dentro del contexto de la misma y esta, por su origen, tiene que ver con el delito de secuestro y con los delitos que se relacionen con este hecho punible. Por tanto, aplicar sus normas al homicidio en general, implica salirse de su propio marco. 2. El artículo 31 de la Ley 40 de 1993 limita los incrementos punitivos a los casos

contemplados en ella misma y, por tanto, deja intacta la estructura normativa del artículo 323 del C. P., que continúa vigente como legislación ordinaria y aplicable a los casos de homicidio desvinculados del secuestro extorsivo y del secuestro simple. 3. Para terminar, solicita que subsidiariamente sea casada la sentencia de 2a. instancia para que se modifique "...el punto que confirma en todas sus partes el fallo de primera instancia, por indebida aplicación de la Ley 40 de 1193 (sic)".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa en favor de la declaración de nulidad y de manera adversa respecto del cargo planteado como subsidiario. Así se expresa.

Sobre el primer cargo.

1. Si se compara la actuación desde la indagatoria con el contenido del artículo 29 de la Constitución, con las normas suscritas por Colombia relativas a las garantías constitucionales, con la jurisprudencia de la Sala y con la de la Corte Constitucional, se concluye que se ha obrado en contra del debido proceso legítimo pues se ha pretermitido la asistencia de un profesional del derecho en la injurada. 2. La vulneración de la defensa técnica no es permisible en un estado de derecho y cuando se incurre en ella deviene como consecuencia obligada la invalidación de la actuación surtida. 3. Aun presumiendo la correcta actuación de las autoridades judiciales, la intervención del defensor letrado durante la indagatoria se hace exigible con el carácter de indispensable para la validez del acto, en tanto que requiere de un recto entendimiento de los cargos que se harán al interrogado, el conocimiento pleno de las garantías judiciales y las posibilidades que tiene el incriminado para establecer su defensa en la diligencia y en el curso del proceso, además de una serie de condiciones que no pueden ser adecuadamente evaluadas por el sindicado, sino que han de ser estudiadas por este en compañía de su defensor, conocedor del derecho y de las diferentes oportunidades que se ofrecen para estructurar la defensa de los intereses del imputado. 4. No se puede admitir que lo sucedido se presente en una ciudad como Medellín, sede de dos Tribunales de Distrito Judicial, de múltiples facultades de derecho e innumerables abogados que ejercen su profesión de manera permanente y que cuenta con una oficina regional de la defensoría del Pueblo encargada de la defensoría pública. 5. La designación de abogado de confianza que ocurrió a instancia del procesado, no convalida la viciada actuación que precedió su intervención, porque una de las características esenciales del derecho de defensa es que gobierna de manera independiente cada una de las actuaciones y etapas del proceso y en el caso de la indagatoria, la invalidez es absoluta cuando se ha prescindido de la defensa técnica. 6. La absoluta falta de defensa técnica durante la indagatoria y su ampliación, afecta de nulidad el proceso al desconocerse el contenido del artículo 29 inciso cuarto de la Carta política, nulidad señalada en el artículo 304 numeral tercero del C. de P. P. 7. Culmina este punto solicitando casar la sentencia impugnada y de-

clarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la indagatoria que rindió el procesado el 19 de mayo de 1994, dejando a salvo las pruebas recaudadas legalmente.

El segundo cargo es desestimado por el Procurador, con base en que de acuerdo con un pronunciamiento de la Corte Constitucional (7 de diciembre de 1993), el título final de la ley 40 de 1993 y la postura de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 21 de noviembre de 1995, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), tal norma sí incluye, y ello formaba parte del propósito del legislador, lo atinente a la modificación del artículo 323 del C. P.

Consideraciones de la Corte

La sentencia objeto del recurso de casación no puede ser casada, por las siguientes razones.

En cuanto al primer cargo.

1. La indagatoria de Juan Pablo Giraldo Vallejo se inició el 19 de mayo de 1994, a las 4:20 P.M (Fl. 19). Fue suspendida "...ya que la remisión llegó por el detenido..." (Fl. 22), y se dispuso "...continuarla el día lunes..." (Fl. 22). El 24 de mayo de 1994 prosiguió la diligencia, así el acta aparezca bautizada como "ampliación de la diligencia de indagatoria del procesado Juan Pablo Giraldo Vallejo" (Fl. 41). Y Juan Pablo no volvió a hablar ante las autoridades judiciales hasta el día 24 de marzo de 1995, en diligencia de audiencia pública (Fls. 204 s.s.). Así las cosas, no es cierto que Juan Pablo hubiera rendido indagatoria y luego la hubiera ampliado. Se expresó en una misma diligencia, dividida en dos sesiones. De modo que si la defensa y el Ministerio Público tuvieran razón en la quiebra del derecho de defensa, habría sido una y no dos pues que, repítese, sólo hubo una diligencia de indagatoria.

2. El día 19 de mayo de 1994, primera parte de la injurada, Juan Pablo dijo que no tenía a quien nombrar como defensor y por ello la Fiscalía le nombró de oficio al señor Iván Emilio Paredes, quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 3.348.966 de Medellín, aceptó el cargo (Fl. 19) y firmó la diligencia.

El 24 de mayo de 1994 prosiguió la injurada, a las 10:00 horas. Se le designó como defensora a la señora Marta Lucía Monsalve Cadavid, identificada con la cédula de ciudadanía número 43.443.249 de Medellín, quien juró sobre la reserva sumarial, prometió cumplir bien con los deberes del cargo y firmó el acta correspondiente (Fls. 41 y 41 vto).

Para los días de la indagatoria, 19 y 24 de mayo de 1994, regía en su integridad el inciso 1o. del artículo 148 del C. de. P. P., que disponía: "De conformidad a lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971, el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable siempre que no sea servidor público".

Si la norma regía en su integridad, perfectamente podía ser aplicada y, por tanto, ningún reproche se puede hacer a la actuación pues que, además, la ley se presume conforme con el Texto Superior mientras el competente no declare lo contrario, es decir, hasta tanto no sea objeto de inexequibilidad o inconstitucionalidad, a menos que un servidor público se abstenga de aplicarla con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad. Y cuando la Fiscalía oyó en indagatoria a Juan Pablo, la Corte Constitucional no había declarado contrario a la Carta el inciso citado y en ese momento, y después, ninguna persona con capacidad para ello planteó la posibilidad de acudir a la excepción mencionada.

El artículo 148-1 del C. de. P. P. fue declarado inconstitucional mediante sentencia C 049, del 8 de febrero de 1996 (M.P. Dr. Fabio Morón Díaz) y, por tanto, como quiera que los efectos de tal decisión sólo rigen hacia el futuro, las actuaciones adelantadas antes de tal fecha con base en el contenido del inciso comentado, no quiebran la ley ni la Constitución. Así lo ha reconocido la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en sentencias del 26 de junio de 1996 (M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel) y del 25 de julio del mismo año (M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

De otra parte, ante la afirmación de la actora sobre el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional del 9 de febrero de 1995, dígase que, como ya lo ha expuesto la Sala en otra oportunidad (2 de febrero de 1999, M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), la diligencia de indagatoria de Juan Pablo, en sus dos sesiones, fue anterior a la sentencia de unificación 044 de la fecha indicada.

3. Ciertamente Medellín es una importante ciudad capital, posee dos Tribunales, tiene varias facultades de derecho, cuenta con oficina de la defensoría pública y alberga a muchos abogados en ejercicio liberal de la profesión. Pero esta afirmación en abstracto no permite concluir que, en concreto, los días 19 de mayo de 1994, a las 4:20 P.M., y 24 de mayo del mismo año, a las 10:00 horas, las dos Colegiaturas, las varias facultades, las dependencias de la defensoría pública y los varios abogados en ejercicio, estuvieran pendientes de lo que ocurría en la Fiscalía 10 de la Unidad No. 2 como para que, expectantes, desocupados o disponibles, estuvieran a la espera de colaborar con el servicio de defensa de Juan Pablo. Aquí la Fiscalía hizo lo que tenía que hacer, y se parte, desde luego, de que no tuvo a la mano un abogado inscrito que asistiera al joven imputado, como también de la honorabilidad de don Iván Emilio y de doña Marta Lucía.

Agréguese, de otra parte, que cuando el artículo 148-1 del C. de. P. P. alude a la ausencia de abogado inscrito que asista en la diligencia de indagatoria al imputado, no se refiere a la carencia de profesionales del derecho en la ciudad, en el pueblo, en el municipio o en circunscripción semejante, sino a la falta de presencia de un letrado en el sitio y en el momento de la diligencia, lo que no obsta para que cuando se prevea que el sindicado no pueda contar con defensor técnico en la injurada, la Fiscalía tome las medidas pertinentes para su consecución.

4. A partir del 26 de mayo de 1994, dos días después de que fuera proferida la resolución que decretó la medida detentiva, actuó como defensor un letrado designado por Juan Pablo (Fl. 57) y, como se desprende del expediente y lo admiten la dama casacionista y el Ministerio Público, su gestión, de allí en adelante, fue aceptable, aunque la proponente en casación le reprocha el no haberse percatado que su defendido había sido materia de grave vulneración de sus derechos y garantías constitucionales.

Lo anterior es suficiente para desestimar el cargo pues no hubo violación del derecho de defensa.

Segundo cargo.

La objeción se sustenta en aplicación indebida del artículo 29 de la Ley 40 de 1993 y, por consiguiente, en inaplicación del artículo 323 del C. P. Respóndese.

1. Cuando la Corte Constitucional se ocupó del estudio de constitucionalidad de los artículos 1, 28, 29, 30 y 31 de la Ley 40 de 1993, expresamente dijo que tal norma no se refería exclusivamente al secuestro sino que comprendía otras hipótesis delictivas, entre ellas el homicidio.

2. La Ley 40 de 1993, en su "nombre" o enunciado, alude al secuestro y a la expedición de "otras disposiciones". Si bien su objeto primordial era el delito contra la libertad individual, no era el único. Y en su texto se refiere en pluralidad de ocasiones al delito de homicidio.

3. De manera expresa, con las palabras "quedará así", la Ley 40 de 1993 alude a varias disposiciones del C. P., actitud legislativa que mirada contextual y sistemáticamente, implica la subrogación, entre otros, de los artículos 323, 324 y 355 del estatuto mencionado.

4. Del trámite del proyecto de ley en el Congreso de la República se desprende que si bien inicialmente se pensaba en el secuestro, durante el decurso del mismo se amplió su alcance y se incluyó agravación de penas también para el delito de homicidio.

De lo anterior resulta que no coexisten "dos homicidios básicos" en la legislación penal colombiana. Solamente existe uno, el del artículo 323 del C. P., con las modificaciones punitivas introducidas por la Ley 40 de 1993. No hay, pues, paralelismo legislativo sobre el mismo punto.

Este es el pensamiento de la Sala, que se lee fácilmente en varias de sus decisiones, por ejemplo en las del 21 de noviembre de 1995 (M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), 25 de julio de 1996 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda), 5 de noviembre de 1996 (M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote), 17 de febrero de 1999 (M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo) y 25 de febrero de 1999 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll).

Surge de lo dicho, entonces, que si el Tribunal de Medellín confirmó la condena por el delito de homicidio previsto en el artículo 323 del C. P., "modi-

ficado por la Ley 40/93, art. 29" (Fl. 237), no violó directamente la ley sustancial por aplicar indebidamente el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 e inaplicar el artículo 323 del C. P., Decreto-ley 100 de 1980. Este cargo, así, tampoco prospera.

El Ministerio Público observa que la señora María Lucía Monsalve Cadavid, quien acompañó a Juan Pablo en la indagatoria a título de defensora, aparece cumpliendo la misma tarea por lo menos en dos procesos que ha conocido y teme que se trate de una persona que actúa irregularmente, que representa judicialmente pese a no tener título profesional, o de alguien que presta sus servicios como servidora del Estado en el edificio donde funcionan las fiscalías y es utilizada para tales menesteres. Por ello, pide se compulsen copias, con el fin de que se adelante la averiguación pertinente. La Sala accede a ello.

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

RESUELVE:

1. No casar la sentencia recurrida.

2. Compulsar las copias a que se hace referencia en la parte final de las motivaciones.

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, (no hay firma); *Carlos E. Mejía Escobar*, (no hay firma); *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RECURSO DE APELACION-Competencia limitada del superior/
CONSULTA-Competencia ilimitada del superior/
REFORMATIO IN PEJUS

La consulta no es un recurso, se apoya en el interés general, es de carácter imperativo y la competencia es plena e ilimitada. Se trata de un mecanismo que permite al superior funcional de quien ha proferido ciertas providencias judiciales, revisar su legalidad, control que no queda al arbitrio del juez ni a la voluntad de las partes pues opera por mandato legal.

En cambio, los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés particular y la competencia por el factor funcional es limitada. De acuerdo con su libre albedrío, las partes pueden recurrir y el ad quem sólo revisa los aspectos que son materia de impugnación.

Es el recurso el que le otorga la competencia al superior por el factor funcional, mientras que en la consulta se adquiere por ministerio de la ley; en la impugnación el juez tiene la limitante de no poder referirse a aspectos no recurridos y el grado jurisdiccional es ilimitado facultando la ley al funcionario para revocar o modificar la providencia en cualquier sentido, aún en perjuicio del sindicado.

Se trata de dos institutos distintos que no deben combinarse para crear un tercer mecanismo de revisión de la legalidad de las sentencias, por fuera de la Constitución y la ley. Tampoco la alzada se estableció para que las partes impidieran la aplicación de las normas que consagran la consulta, y ésta opera con o sin apelación.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Sustanciador: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 170 Proceso No. 12720

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en favor del procesado Luis Fernando Gómez, contra la sentencia del Tribunal Nacional que

le aumentó la condena impuesta por tentativa de secuestro extorsivo y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Hechos

La mañana del 23 de abril de 1993, Raúl Góngora Sánchez y Luis Fernando Gómez irrumpieron con arma de fuego en el inmueble de la carrera 60 N° 37-36 sur de Bogotá, intimidaron a los moradores Pedro Alfonso Guevara, María Julieta Aponte, Blanca Cecilia Martínez y amenazaron con llevarse a la menor Alexandra Vergara Aponte sino les entregaban dinero. Uno de ellos le estaba colocando una chaqueta a la joven y la tenía cogida de la mano, cuando llegó la policía, que dio muerte al primero de los nombrados y capturó al otro.

Antecedentes Procesales

La Fiscalía 13 Seccional de Bogotá abrió investigación, oyó en indagatoria a Luis Fernando Gómez y el 29 de abril de 1993 su homóloga 241 ordenó su detención preventiva (fs. 46 y Ss., cd. 1°). Cerrada la investigación, el 3 de junio de 1994 una Fiscalía Regional le dictó resolución de acusación por tentativa de secuestro y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 282 y Ss. ib.), providencia que apelada adquirió firmeza el 2 de noviembre siguiente cuando fue confirmada por el *ad quem*.

Y, correspondió a un Juzgado Regional de esta ciudad adelantar el juicio y el 22 de diciembre de 1995 condenó al procesado por dichos delitos a 13 años y dos meses de prisión, multa de 50.5 salarios mínimos legales mensuales, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas y ordenó el comiso del revólver incautado (fs. 50 y Ss. cd. 2), sentencia recurrida por el defensor y que el Tribunal Nacional modificó aumentando aumentó la prisión a 14 años y 6 meses y la multa a 55 salarios mínimos legales mensuales, y además condenó al sindicado a pagar los respectivos perjuicios, decisión que ahora es objeto del recurso extraordinario.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación es formulado el reproche por violación directa de la ley sustancial consistente en falta de aplicación de los arts. 31 de la Constitución, 17 y 227 del Código de Procedimiento Penal, que consagran el principio de la no *reformatio in pejus*.

La recurrente considera que el *ad quem* al aumentar la pena, vulneró dicho principio, porque se cumplen los requisitos que exige, como son una sentencia condenatoria, un apelante único y un superior competente para decidir la apelación.

Añade que se ha aceptado que si fue desconocido el principio de legalidad de la pena, el superior puede corregir, pero no agravar. Igualmente tampoco existe esa prohibición cuando la sentencia sea de aquellas que de no haber sido apelada, iba a ser consultada.

Finaliza diciendo que el art. 17 en cita reproduce en su integridad el referido principio constitucional que garantiza al condenado que al apelar no será agravada su situación, como ocurrió en el caso estudio al aumentarse la pena en un año y cuatros meses causándole perjuicio a su representado, con infracción de la mentada preceptiva.

Entonces, pide casar el fallo impugnado y que se produzca sentencia favorable en el sentido de reconocer la falta de aplicación del añorado principio.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal estima que se debe casar parcialmente la sentencia impugnada por los motivos que se resumen a continuación:

La condena impuesta por el a quo no viola el principio de legalidad de la pena, entonces el ad quem no tenía nada que corregir y es perfectamente viable la prohibición de la *reformatio in pejus*. De conformidad con el art. 206 del Código de Procedimiento Penal, para que opere la consulta es indispensable la ausencia de recurso y, en este caso, la sentencia fue apelada únicamente por el defensor, lo cual impide aquella revisión.

Por las razones siguientes se aparta del criterio de esta Corte sobre dicho tema:

1° Con ese criterio se negaría la aplicación del principio de la igualdad a todos los procesados por la justicia regional, cuando la sentencia no sea anticipada, a quienes se les puede reformar en perjuicio, al contrario de lo que sucede con la justicia ordinaria y con los que se acogen al fallo anticipado.

2° La consulta, en un Estado social y democrático de derecho, está consagrada en favor del procesado y no del interés general, pues éste se halla representado por el fiscal y el Ministerio Público.

3° Dicho grado jurisdiccional es un desarrollo de principio de la doble instancia y, según el artículo 29 de la Ley 81 de 1993, tiene naturaleza residual, pues solo procede cuando no se interpone recurso alguno. Una vez formulado, debe dársele trámite a éste y no a aquélla. Y,

4° La expresión en "caso alguno" contenida en el art. 217 del Código de Procedimiento Penal, no admite excepciones y es el fortalecimiento de la prohibición de la reforma en perjuicio.

Consideraciones de la Corte

Tanto la recurrente como el Representante del Ministerio Público sostienen que el Tribunal al aumentar la pena impuesta por el *a quo* al sindicado, quien fue el único apelante, vulneró el principio de la no reformatio in pejus, consagrado en los arts. 31 de la Constitución, 17 y 217 del Código de Procedimiento Penal.

El tema ha sido ampliamente debatido y delimido tanto por la Corte Constitucional como por esta corporación, que en múltiples oportunidades ha reiterado que la consulta y la apelación son el desarrollo del postulado de las dos instancias, pero tienen diferencias y alcances distintos.

La consulta no es un recurso, se apoya en el interés general, es de carácter imperativo y la competencia es plena e ilimitada. Se trata de un mecanismo que permite al superior funcional de quien ha proferido ciertas providencias judiciales, revisar su legalidad, control que no queda al arbitrio del juez ni a la voluntad de las partes pues opera por mandato legal.

En cambio, los recursos son potestativos de los sujetos procesales, están basados en el interés particular y la competencia por el factor funcional es limitada. De acuerdo con su libre albedrío, las partes pueden recurrir y el ad quem sólo revisa los aspectos que son materia de impugnación.

Es el recurso el que le otorga la competencia al superior, por el factor funcional, mientras que en la consulta se adquiere por ministerio de la ley; en la impugnación el juez tiene la limitante de no poder referirse a aspectos no recurridos y el grado jurisdiccional es ilimitado facultando la ley al funcionario para revocar o modificar la providencia en cualquier sentido, aún en perjuicio del sindicado.

Se trata de dos institutos distintos que no deben combinarse para crear un tercer mecanismo de revisión de la legalidad de las sentencias, por fuera de la Constitución y la ley. Tampoco la alzada se estableció para que las partes impidieran la aplicación de las normas que consagran la consulta, y ésta opera con o sin apelación.

Una interpretación exegética del art. 206 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el art. 29 de la Ley 81 de 1993, lleva a la conclusión de que la interposición de algún recurso contra la providencia consultable, permite su examen oficioso por el superior. Al respecto la Corte indicó:

"La expresión 'son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación", utilizada en normatividades anteriores (Ley 17 de 1975, art. 1° y Decreto 050 de 1987, art. 210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la Ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al ad quem para conocer sin limitaciones de la providencia impugnada (Ley 17 de 1975, art. 3° y Decreto 050 de 1987, art. 538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario.

Frente a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación.

La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación y sin que la

interposición del recurso comprometa la potestad del *ad quem*, derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aún en los aspectos impugnados y en perjuicio del procesado[1]".

Al contrario de lo expuesto por el Representante del Ministerio Público, el carácter imperativo y no residual de la consulta no viola el principio de la igualdad, previsto en el art. 13 de la Carta, pues es la norma *normarum*, en el inciso primero del artículo 31, la que consagra ese mecanismo de revisión y faculta a la ley para que establezca los eventos en que procede, en atención a las características y modalidades de la acción punible. La misma Constitución no establece el grado jurisdiccional como generalidad sino como excepción y aún con esa argumentación los pares deben ser comparados con iguales y no con los desiguales para darles el trato que corresponde.

Que la consulta se base en el interés general no significa que marche en contravía de la Carta, en oposición a lo que da a entender el Procurador Delegado, pues la primacía de ese interés general es uno de los principios fundantes del Estado Social y Democrático del Derecho colombiano según su art. primero, y ningún reproche amerita que en la interpretación del articulado que consagra este instituto se efectúe de acuerdo con la parte dogmática de la Constitución para hacer operante esa prevalencia, hermenéutica que tampoco hace que la figura jurídica deje de ser una garantía para el procesado como ocurre en el caso de ser condenado y el *ad quem* absuelve.

En consecuencia, el cargo no está llamado a prosperar.

A mérito de lo expuesto y oído 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, comúnique y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, (no hay firma); *Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón*, (Salvamento de Voto); *Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

[1] Corte Suprema de Justicia, Prov. 2ª Oct./98, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

SALVAMENTO DE VOTO

(Casación 12.720)

Señores Magistrados:

Como anuncié en la Sala respectiva, permítanme salvar parcialmente el voto, porque no estoy de acuerdo con las afirmaciones que se hacen sobre la prohibición de la *reformatio in pejus* y sobre la prevalencia de la consulta sobre el recurso interpuesto por el procesado como apelante único. Las razones son las siguientes:

1. Cuando el procesado es recurrente único en materia de apelación y de casación, por ningún motivo es posible empeorar su situación jurídica, por esto:

1.1. El artículo 31-2 de la Constitución Política establece la prohibición de la *reformatio in pejus*, como uno de los derechos fundamentales, reconocido a título de principio. Expresamente dice: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

El C. de P.P. en una de sus normas rectoras, el artículo 17, dispone: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

En materia de casación, el artículo 227 del C.de P.P., adhiere al importante principio y acude a la rúbrica o rótulo de principio de no agravación, que describe así: "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el ministerio público o la parte civil, cuando tuvieren interés, la hubiera recurrido".

Es claro, entonces, que la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando el condenado es recurrente único con miras al debate en segunda instancia o en sede de casación, es derecho -principio fundamental- constitucional, norma superior legal que rige el procedimiento y -regla que reitera el principio- derecho constitucional. Desde este punto, por donde o desde donde sea vista, la prohibición limita cualquier actuación en su contra.

1.2. Es cierto que la Corte Suprema de Justicia debe velar por la legalidad, por las garantías, por los derechos, etc. Pero también lo es que no todo se puede corresponder a Ella, pues igualmente la fiscalía y el ministerio público, por ejemplo, poseen vocación para buscar otra instancia, otra sede.

1.3. En el asunto que convoca la atención de la Sala, el Tribunal Nacional aumentó la pena impuesta en 1ª instancia, desacomodando la constitucionalidad porque ello está expresa y genéricamente vetado por la Carta.

1.4. El principio constitucional con rango de derecho fundamental conocido como prohibición de la *reformatio in pejus* (artículo 31-2), no permite excepciones, como se desprende de su simple literalidad. Y si no las permite, porque ni las expresa ni las insinúa, se revitaliza la máxima antiquísima: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: cuando la ley no distingue, tampoco debemos distinguir.

1.5. En esta, y muchas otras decisiones, la Sala mayoritaria da preferencia al principio de legalidad cuando lo parangona con el de la prohibición de la *reformatio in pejus*. El pensamiento del suscrito es que los principios constitucionales no se encuentran jerarquizados ni se repelen por opuestos antagónicos.

Al contrario de lo que se acaba de exponer al inicio del párrafo anterior, los principios se pueden complementar y robustecer, vgr., como ocurre con presunción de inocencia, defensa, cosa juzgada, debido proceso concreto etc., que se auxilian y, entre todos ellos, y otros, conforman el amplio principio conocido como debido proceso amplio.

Salvo muy contadas hipótesis, una característica general de los principios es que admiten excepciones. Así se dice de la cosa juzgada, del non bis in idem, de la defensa letrada, del proceso público, etc. Bien puede afirmarse, entonces, que una excepción a la legalidad como principio es la prohibición de la reformatio in pejus, excepción tan alta que ha recibido la categoría de derecho y principio constitucional. Esto no es extraño a nuestra normatividad pues, por ejemplo, el principio de favorabilidad -retroactividad, ley intermedia, lex tertia- es una excepción al principio de legalidad en su forma de ley preexistente.

2. También se afirma que cuando la sentencia admite el grado de consulta, el ad-quem puede conocer limitadamente, no obstante la interposición del recurso de apelación por el procesado, como único impugnante. A ello, dígase:

2.1. El artículo 31 de la Constitución Política dispone:

"Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley".

"El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

De aquí resulta:

a) Por la "O", son fenómenos diferentes y oponibles. Por tanto, si se apela, no procede la consulta; y si se acude a la consulta es porque no se apela.

b) Cuando el inciso 2°. Hace la afirmación transcrita, tajantemente, está diciendo que el recurso de apelación desplaza toda posibilidad de consulta.

Ese es el mensaje lógico si se mira el origen y la historia del principio de la doble instancia, regido por el interés de quien se siente afectado y no por el ánimo o "interés general". Bastaría preguntarse, siendo realistas, a quien le interesa, salvo -y en veces- a los protagonistas del conflicto, que abstractamente, en nombre suyo y de todos sus semejantes, el estado-legislativo quiera la protección general. Si ello fuera así, si prevaleciera el interés general sobre el particular, como dice la decisión mayoritaria, le correspondería a la Constitución y a la Ley sencillamente abolir la apelación y disponer, en todo caso, la consulta.

2.2. Se dice que la "primacía del interés general", sustento de la consulta, es uno de los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho. Ello no es tan cierto si se repara el nacimiento de tal filosofía y si se tiene en cuenta que, conforme con su historia, el Estado Social y Democrático sigue siendo "individualista", en el sentido de que implica e impone un orden de preferencia: el hombre, la sociedad y el Estado. La fórmula Estado Social y Democrático de Derecho no coloca al hombre en el 2°. ni el 3er. sitio. Lo ubica en el primero, y por consiguiente, el "interés general", en este tema, tiene que ceder ante el interés particular, sobre todo cuando ese "interés particular", que engendra un recurso, ha sido reconocido como de rango constitucional, integrante del debido proceso y, por supuesto, con categoría de derecho fundamental. No es pensable, entonces, que un derecho con tales características, sea inferior a un "grado" en pro de un interés general, abstracto, es decir, en aras de un supuesto derecho que es "común" y que aparte, separa al hombre.

2.3. Se afirma en la decisión mayoritaria: "Se trata de dos institutos distintos que no deben combinarse para crear un tercer mecanismo de revisión de la legalidad de las sentencias, por fuera de la Constitución y la Ley. Tampoco la alzada se estableció para que las partes impidieran la aplicación de las normas que consagran la consulta, y ésta opera con o sin apelación".

Con tales términos, la Corte, de un lado, parte de la mala fe de las personas, y, del otro, alude a un tercer mecanismo que no se percibe en parte alguna. Si en contra de la Constitución se parte de la mala fe, sería suficiente afirmar que los demás protagonistas del proceso, también con mala fe, deberían evitar el juego del proceso e interponer, para evitar la burla de áquel, el recurso de apelación o el de casación, con lo cual de daría vía libre al juzgador.

En suma, la impugnación que lleva el proceso a la 2ª. Instancia y a la Corte, fija una barrera infranqueable al poder del Poder Judicial: no puede desmejorar la situación del hombre que impugna sólo.

Y la consecuencia de las palabras anteriores es obvia: la sentencia objeto de la casación ha debido ser casada.

De los señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Magistrado.

REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO- Vigencia del certificado de evaluación de la conducta

En el presente caso no es posible autorizar la redención de pena solicitada con base en dichos documentos, por cuanto que el artículo 532 del C.P.P. exige para ello la evaluación de la conducta por el Consejo de Disciplina o por el Director de Cárcel, la cual no puede tener una vigencia superior a tres meses, requisito éste que no se cumple en el sub judice pues la última calificación corresponde al certificado 490 de Junio 30 de 1999.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 170 Proceso N° 12172

VISTOS

La Corte resuelve la solicitud de libertad que ha presentado Nariño Jesús Rodríguez Rodríguez, la cual reclama bajo la afirmación de haber cumplido la pena impuesta en los fallos de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El peticionario Nariño Jesús Rodríguez fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá a la pena principal de setenta y dos (72) meses de prisión, como autor responsable de los delitos de acto sexual violento en Julie Elizabeth Rodríguez, acceso carnal abusivo con incapaz de resistir en Yesid Alfredo y Fredy Antonio Rodríguez, e incesto en los mencionados infantes.

2. El sentenciado lleva en detención física 56 meses y 21 días, pues se encuentra privado de su libertad desde el 8 de febrero de 1995.

3. La Sala con auto de fecha 30 de agosto del presente año le reconoció al procesado una redención de pena de 15 meses y 8 días.

Reclama el peticionario el reconocimiento de redención de pena con base en las actividades realizadas entre el 16 de julio y el 14 de octubre del presente año, apoyándose en los certificados 344, 391, 445 y el acta 012 de la junta de evaluación de trabajo, estudio y enseñanza. *En el presente caso no es posible autorizar la redención de pena solicitada con base en dichos documentos, por cuanto que el artículo 532 del C.P.P. exige para ello la evaluación de la conducta por el Consejo de Disciplina o por el Director de Cárcel, la cual no puede tener una vigencia superior a tres meses, requisito éste que no se cumple en el sub judice pues la última calificación corresponde al certificado 490 de junio 30 de 1999.*

6. Sumado el tiempo que el procesado Rodríguez Rodríguez lleva en detención física con el que le corresponde por redención de pena, se obtiene un total de 71 meses y 29 días.

Como al procesado le falta un día para satisfacer la totalidad de la pena impuesta, la que se cumple el 29 de octubre de 1999, considera la Corte pertinente acceder a la excarcelación pretendida a partir de esa fecha.

En consecuencia, para poder disfrutar del derecho que se concede deberá prestar caución juratoria y suscribir diligencia de compromiso al tenor de lo previsto en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

1ª Otorgar al procesado Nariño de Jesús Rodríguez Rodríguez la libertad provisional, a partir del 29 de octubre de 1999, previa caución juratoria, debiendo suscribir diligencia de compromiso con las obligaciones contenidas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

2º Satisfechos los anteriores requisitos se librará la correspondiente orden de libertad, con la advertencia de que solo procederá en el caso de no hallarse solicitado por otra autoridad en razón de asunto diferente y a partir del 29 de octubre de 1999.

3ª Para el cumplimiento de esta providencia se comisiona al Juez Penal Municipal de Calarcá a quien se librará la correspondiente comunicación.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, (no hay firma); *Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA-En el trámite del recurso de casación/**DETENCION DOMICILIARIA**-Improcedencia cuando se niega la suspensión de la condena

1. Ha sido unánime y reiterada la postura de la Sala en cuanto a abstenerse de emitir pronunciamientos cuando de solicitudes de detención domiciliaria se trata, estando en trámite el recurso extraordinario, toda vez que la Corporación no puede extender su competencia para alcanzar institutos jurídicos por fuera de las previsiones legales.

2. Con relación a la obligatoriedad de revocar la detención domiciliaria al proferirse el fallo de condena que niega la ejecución condicional de la misma, de expedir orden de captura contra el procesado y sobre la posibilidad de hacerla efectiva de inmediato, sin necesidad de que el fallo haya hecho tránsito a cosa juzgada, la Sala ha definido su postura en reiteradas ocasiones.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 169 (Oct. 27/99) Proceso No. 15589

VISTOS

La Sala resuelve la solicitud de detención domiciliaria elevada por el recurrente Germán Alfredo Mancipe Barrera, con fundamento en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES

1. El 26 de agosto de 1996, el abogado adscrito a la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, denunció penalmente por el delito de concusión al señor Germán Alfredo Mancipe Barrera, empleado de la Sección de Prestaciones Sociales y Nómina de la misma entidad, por haber solicitado a una funcionaria la suma de un millón de pesos, con el fin de agilizar los trámites pertinentes a su solicitud de cesantías parciales.

2. Correspondió la instrucción a la Fiscalía Seccional Ciento Noventa y Seis de Bogotá, adscrita a la Unidad Tercera de Delitos contra la Administración Pública, autoridad que ordenó capturar al implicado. Esta determinación se hizo efectiva el día 15 de octubre de 1996, cuando el Cuerpo Técnico de Investigación aprehendió y puso a disposición al señor Germán Alfredo Mancipe Barrera. (folio 78 cdno. 1).

3. Al definir la situación jurídica provisionalmente, mediante resolución del 17 de octubre de 1996, la Fiscalía Ciento Noventa y Seis, afectó al señor Mancipe Barrera, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin excarcelación, por el ilícito de concusión. (folio 152 cdno. 1).

4. Más adelante, con resolución del 8 de noviembre de 1996, la misma autoridad sustituyó en favor del sindicado la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por detención domiciliaria, hecho que se materializó a partir del día trece (13) de los mismos mes y año, una vez constituyó caución prendaria y suscribió el acta de compromiso. (folios 206 y 213 cdno. 1).

5. En los términos del numeral 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, le fue concedida libertad provisional por la Fiscalía Ciento Noventa y Seis Delegada, a través de resolución del 19 de febrero de 1997, beneficio que se hizo efectivo al día siguiente. (folios 284 y 288 cdno. 1)

6. Al calificar el mérito del sumario en providencia del 22 de julio de 1997, la Fiscalía instructora, al tiempo que profirió resolución de acusación por el delito de concusión, revocó la libertad provisional, "quedando de esta manera el sindicado Mancipe Barrera, bajo detención domiciliaria" nuevamente. (folio 383 cdno. 1).

Esta resolución fue apelada y a su turno confirmada íntegramente por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, en decisión del 11 de septiembre de 1997. (folio 15 cdno 2ª. Instancia Fiscalía).

7. Desarrollada la fase del juzgamiento, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de mayo de 1998, absolvió a Germán Alfredo Mancipe Barrera, de los cargos por concusión, revocó su detención domiciliaria y le concedió libertad provisional, con efectos a partir del primero (01) de junio de mismo año. (folios 237 y 257 cdno. 2).

8. Inconforme con la sentencia absolutoria el apoderado de la parte civil interpuso el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, Corporación que en fallo del primero (01) de septiembre de 1988, la revocó íntegramente, para, en su lugar, condenar al señor Germán Alfredo Mancipe Barrera, a la pena principal de cuatro (04) años de prisión "como autor responsable del delito de Concusión", y ordenó expedir boletas de captura ante las autoridades competentes. (folio 4 cdno Tribunal).

9. El defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, la demanda se declaró ajustada a derecho y actualmente surte los trámites de rigor.

10. El primero (01) de octubre de 1999, se produjo la captura del señor Germán Alfredo Mancipe Barrera, en la ciudad de Barranquilla, quien desde entonces permanece a disposición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Retenidos de la SIJIN, Policía Metropolitana de dicha ciudad, a pesar de que se solicitó de inmediato la asignación de un centro de reclusión adecuado al cumplimiento de una condena, (folios 23 y ss. cdno Corte).

De la Petición

En tales condiciones, el señor Germán Alfredo Mancipe Barrera, solicita se le conceda detención domiciliaria, puesto que se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal, para acceder a esta prerrogativa, como lo demostró a lo largo del proceso cumpliendo plenamente todas y cada una de las obligaciones que se le impuso, colaborando con las autoridades y acatando con prontitud su llamado.

Agrega que el Tribunal Superior de Bogotá, le negó la posibilidad de continuar en detención domiciliaria, como lo venía haciendo, sin darle la oportunidad que merece y a pesar de que la sentencia condenatoria no se encuentra ejecutoriada.

Finalmente, sienta su protesta por cuanto aún se encuentra retenido en los calabozos de la Policía Metropolitana SIJIN, de Barranquilla, prácticamente en estado de incomunicación, aunque su captura ocurrió el primero (01) de octubre de este año.

Consideraciones de la Sala

1. Es preciso recordar que la competencia que asiste a la Sala para conocer de un asunto en virtud del recurso extraordinario se define y regula por los artículos 235 de la Constitución Política, 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y 68 y 218 del Código de Procedimiento Penal, de los cuales se deduce que el único incidente que puede conocer la Sala en sede de casación, adjunto a lo que constituye el objeto de la impugnación extraordinaria, es exclusivamente el relativo a la libertad provisional del procesado, según trasciende de los artículos 231 y 415 numeral 2° ibídem.

2. Por ello, *ha sido unánime y reiterada la postura de la Sala en cuanto a abstenerse de emitir pronunciamientos cuando de solicitudes de detención domiciliaria se trata, estando en trámite el recurso extraordinario, toda vez que la Corporación no puede extender su competencia para alcanzar institutos jurídicos por fuera de las previsiones legales.*

3. Además, como quiera que la detención domiciliaria es una especie autónoma dentro del género de las medidas de aseguramiento, el funcionario judicial debe analizar el acopio probatorio para descubrir la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad y estudiar varios factores subjetivos inherentes a las condiciones personales del procesado, antes de

tomar una decisión sobre su viabilidad, como lo estipulan los artículos 388 y 396 del Código de Procedimiento Penal.

Mediando, como en el caso presente, un recurso extraordinario, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no está autorizada para realizar valoraciones probatorias anticipadas, pues dicha labor se difiere al momento de proferir la sentencia a que haya lugar, cuando las causales invocadas en la demanda así lo requieran.

En consecuencia, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto de la sustitución de medida de aseguramiento formulada por el peticionario.

4. *Con relación a la obligatoriedad de revocar la detención domiciliaria al proferirse el fallo de condena que niega la ejecución condicional de la misma, de expedir orden de captura contra el procesado y sobre la posibilidad de hacerla efectiva de inmediato, sin necesidad de que el fallo haya hecho tránsito a cosa juzgada, la Sala ha definido su postura en reiteradas ocasiones.* Cabe rememorar lo expresado en auto del 14 de octubre de 1997, con ponencia del Honorable Magistrado, Doctor Carlos Augusto Gálvez Argote:

"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 la privación de la libertad, sin excarcelación, que se cumple en el domicilio del procesado, al proferirse la 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.)"

5-. Adicionalmente, el señor Germán Alfredo Manrique Barrera, solicitó la intervención de la Corte, con el fin de que las autoridades penitenciarias le asignen un centro de reclusión adecuado para el pago de su condena, puesto que desde el primero (01) de octubre de 1999, está privado de la libertad en un calabozo de la Policía Judicial de Barranquilla.

En este aspecto le asiste razón al procesado, puesto que no es correcto que un condenado permanezca por tiempo cercano a un mes en una sala de retenidos, que por naturaleza está destinada a detenciones transitorias, que

generalmente no superan el tiempo de treinta y seis horas, mientras el aprehendido es puesto a disposición de la autoridad competente.

Se observa que mediante oficio No. 86-39 del 5 de octubre de 1999, la Secretaría de la Sala, cumpliendo orden perentoria impartida por el ponente de este auto, solicitó al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, asignar en el término de la distancia, sitio de reclusión al peticionario.

Como quiera que el Director del INPEC, al parecer no ha atendido el requerimiento de la Sala, nuevamente, por Secretaría, se le solicitará que en el improrrogable término de la distancia, asigne un centro de reclusión el señor Germán Alfredo Mancipe Barrera, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.286.413 de Bogotá, quien permanece, a disposición de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, privado de la libertad en la Sala de Retenidos de la SIJIN, Departamento de Policía del Atlántico, con sede en Barranquilla. De esta gestión deberá suministrar noticia en forma inmediata.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ABSTENERSE de emitir pronunciamiento sobre la detención domiciliaria solicitada por el procesado Germán Alfredo Mancipe Barrera, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.286.413 de Bogotá, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Por Secretaría envíense las comunicaciones a que se refiere el punto 5° de la parte motiva de este auto.

TERCERO: Enviar copia de este auto al Comandante de la Policía Judicial SIJIN, Departamento de Policía Atlántico, con sede en la ciudad de Barranquilla, para lo de su competencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Omisión de juramentar al procesado acerca de cargos a terceros/INDICIO-Técnica para atacarlo en casación

1. Una situación como la que se analiza jamás puede llegar a constituirse en grave falla del procedimiento pues con ella lo que se busca es formalizar la declaración del indagado, y ningún obstáculo se genera al disponer la práctica de una nueva diligencia para en ella proceder a dar cumplimiento al rito del juramento.

2. Debido a la naturaleza misma de este medio de convicción, varios son los aspectos que se deben tener en cuenta al momento de incursionar en su ataque. De allí que sea necesario recordar que de cara a sus elementos estructurales el demandante debe tener claridad si lo que va a ser objeto de ataque es el hecho indicador o la inferencia lógica, resultando inadmisible postular yerros de manera indiscriminada hacia uno y otro elemento. El hecho indicador, que se configura a través de los distintos medios probatorios, admite que se objete por cualquiera de las modalidades del error de hecho o de derecho. La inferencia lógica, como lo tiene precisado la jurisprudencia hace viable la censura por vía de error de hecho por falso juicio de identidad.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.-Santa Fe de Bogotá D. C., dos (2) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 171 Proceso No. 11945

El Juzgado Sesenta y dos Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, condenó a Jesús Aníbal Carrillo Rojas a la pena principal de trescientos treinta meses de prisión como autor responsable de los delitos de Homicidio, Porte ilegal de Arma y hurto calificado y agravado, mediante providencia del veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

El Tribunal Superior de Bogotá la confirmó, con algunas modificaciones referidas al pago de perjuicios, mediante providencia del veintinueve de enero de mil novecientos noventa y seis, contra la cual el defensor del procesado Jorge Aníbal Carrillo Rojas interpuso el recurso de casación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 21 de julio de mil novecientos noventa y cuatro en horas de la madrugada se hicieron presentes en la transversal 47 No 1B 39 Barrio La Ponderosa, de esta ciudad, Jesús Aníbal Carrillo Rojas, Luis Fernando Carrillo y José de la Cruz Gutiérrez, con el fin de cobrarle una deuda al señor Campo Elías Avila Vallejo, quien resultó muerto luego de que sus familiares escucharon varios disparos. Jesús Aníbal Carrillo Rojas fue localizado por una patrulla de la policía, aduciendo que momentos antes había sido atracado. Se encontró en su poder un revólver Smith Wesson 38 largo.

Con base en las diligencias preliminares realizadas con ocasión de estos hechos delictivos, la Fiscalía 324 de la Unidad Primera de Investigación Previa y Permanente ordenó la apertura de instrucción el día 21 de julio de 1994, fecha en la cual escuchó en indagatoria a Jesús Aníbal Carrillo Rojas.

Las diligencias pasaron al conocimiento de la Fiscalía 95 de la Unidad Primera de Delitos contra la Vida, despacho que mediante providencia del 26 de julio de 1994 definió la situación jurídica del encartado con medida de aseguramiento de detención preventiva.

El 25 de agosto de ese mismo año se admitió la demanda de constitución de parte civil, teniendo como titular de la acción al señor William Johan Avila Rivera, hijo del occiso Campo Elías Avila Vallejo.

La investigación se declaró cerrada el 3 de octubre de 1994 y luego de resolverse de manera desfavorable un recurso de reposición interpuesto contra esa decisión por el defensor del procesado, se calificó el mérito del sumario el 8 de noviembre siguiente con resolución de acusación como presunto autor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas. Respecto de este último le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito de esta ciudad adelantar la etapa del juicio y en el transcurso de la misma el Juzgado Sesenta y dos Penal del Circuito decretó la acumulación del proceso que por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas venía adelantando su homólogo, al que cursaba en ese despacho contra el mismo Jesús Aníbal Carrillo Rojas por los delitos de concierto para delinquir y Hurto Calificado y agravado, mediante providencia del 31 de marzo de 1995.

Realizada la diligencia de audiencia pública, el Juzgado de conocimiento dictó el fallo de primer grado el 20 de octubre de 1995 mediante el cual condenó, entre otros, a Jesús Aníbal Carrillo Rojas a la pena de 330 meses de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio, porte ilegal de arma y hurto calificado y agravado, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de los perjuicios materiales y morales causados con el delito de homicidio a la suma equivalente a mil ochocientos y quinientos gramos oro, respectivamente.

Allí mismo declaró la prescripción de la acción respecto del delito de concierto para delinquir y en consecuencia ordenó la cesación de procedimiento en favor del aquí procesado Carrillo Rojas, Hugo Henry Niño Guevara y Fernando Bossa Socha. A estos últimos también les impuso la pena de 15 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado y todos fueron condenados al pago solidario de la suma equivalente a tres mil gramos oro por concepto de daños y perjuicios causados a la señora Judith Peña de Tapias con el delito de hurto.

El Tribunal Superior de Bogotá al desatar la apelación interpuesta contra el fallo del *a quo*, lo modificó en el sentido de que los condenados debían pagar en forma solidaria a la señora Peña de Tapias la suma de dos mil gramos oro. Lo adicionó en el sentido de que debían pagar al señor Crecencio Morales Roa, en forma solidaria, la suma de mil cien gramos oro por los perjuicios materiales (mil) y morales (cien) que le causaron con el delito de hurto calificado y agravado e igualmente al pago, en forma solidaria, de la suma equivalente a cien gramos oro a cada uno de los ciudadanos Pedro Garrido González, Jairo Jaramillo y Hernán Gómez por causa de los perjuicios morales causados con los diversos delitos contra el patrimonio económico. La decisión fue confirmada en todo lo demás.

Esta Corporación, mediante providencia del 6 de abril de los cursantes, declaró prescrita la acción penal en relación con los delitos de hurto calificado y agravado y en consecuencia ordenó la cesación de procedimiento en favor de Jesús Aníbal Carrillo Rojas, Hugo Henry Guevara y Fernando Bossa Socha por este hecho delictivo y ordenó continuar con la actuación respecto de los delitos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego.

Síntesis de la Sentencia del Tribunal

El Tribunal Superior de Bogotá señaló inicialmente que respecto del delito de homicidio en la persona de Campo Elías Avila Vallejo no existe prueba directa sobre la responsabilidad de Jesús Aníbal Avila Carrillo Rojas, pero sí los siguientes indicios:

Indicio grave de las manifestaciones anteriores al delito.

Es el comportamiento que el autor del delito despliega con anterioridad a la comisión del hecho. Los hechos indicadores los encontró en los testimonios de Heberto Avila Rivera, hijo del occiso, quien manifestó que su papá le debía unos ocho millones de pesos a Carrillo Rojas de negocios de ganado de quien su padre había recibido amenazas de muerte y un día le dijo que se cuidara y le sacó el revolver. Jorge Avila Rivera, también hijo del occiso, quien indicó que Aníbal Carrillo había amenazado de muerte a su padre si no le pagaba. El dicho de este lo corrobora el señor Gelver Morera Rodríguez al señalar que hacía como un mes el procesado le había cobrado el dinero a "Don Campos" quien le pidió un plazo de ocho días, y Aníbal se lo dio advirtiéndole que no le volvía a cobrar más.

El hecho indicado, es que Aníbal Carrillo Rojas el 21 de julio de 1994 le quitó la vida a Campo Elías Avila Vallejo de un disparo con arma de fuego.

La relación lógica entre el hecho indicador y el hecho indicado y con base en la experiencia es que de acuerdo con la personalidad del encartado, las amenazas eran serias y era capaz de llevarlas a cabo, pues es una persona experta en el manejo de las armas de fuego -ex agente de la Policía Nacional- de mala conducta anterior y acusado de cometer delitos contra el patrimonio económico valiéndose del uso de armas de fuego.

Indicio grave de presencia en el lugar del homicidio el día y hora en que sucedió.

Los hechos indicadores los encontró en el testimonio de la señora María Adelina Rivera, esposa del señor Avila Rivera, quien señaló que el día de los hechos su esposo se encontraba hablando con el señor Hugo Arenas y ella y sus hijos Alberto y Lina Mildret se subieron al tercer piso de la casa, se asomaron a la ventana y vieron llegar a Jesús Aníbal Carrillo con su hermano y otro sujeto al que había visto varias veces acompañando al procesado cuando le cobraba la deuda a su esposo. El día del homicidio vio por una ventana que Carrillo se escondía a la sombra de una columna de la reja de la casa, con la mano debajo de la chaqueta. Sonó un disparo de arma de fuego, todos corrieron hacia el segundo piso y escucharon cuatro disparos más y al llegar al primer piso encontró a su esposo agonizante. Trató de ayudarlo mientras Lina Mildret pedía auxilio para capturar a Jesús Aníbal quien fue el último en emprender la huida. Hizo mención de las amenazas de muerte por parte de Carillo hacia su marido. Lina Mildret Avila Rivera corrobora lo dicho por su señora madre, aclarando que momentos antes el señor Hugo Arenas había estado hablando con su padre y estaba en la esquina cuando ella gritaba que cogieran a Aníbal Carrillo. El mismo señor Arenas corrobora que cuando estaba con el señor Campo Elías Avila, llegaron tres personas y en ese momento se despidió.

El hecho indicado es que Jesús Aníbal Carrillo mediante uso de arma de fuego mató a Campo Elías Avila, el día 21 de julio de 1994.

La relación lógica entre los dos anteriores, con base en la experiencia, es porque de los tres sujetos que llegaron a la casa de Avila Vallejo el único enemigo y que tenía motivo para actuar era Jesús Aníbal Carrillo a causa del dinero que el interfecto le debía y por la forma de actuar con la mano metida debajo de la chaqueta donde daba la impresión de tener un arma de fuego.

Indicio grave de las huellas materiales del delito por haberle sido incautado el revólver con el cual cometió el homicidio.

El hecho indicador se encontró en el informe del Agente de Policía Yimy Alexander Cárdenas Rodríguez de la Décima Sexta Estación, poniendo a órdenes de la Fiscalía al imputado Carrillo Rojas y al revólver marca Smith Wesson, pavonado, cachas de nácar, número C895074 con cinco vainillas disparadas y un cartucho. Que el individuo fue capturado cuando en la ca-

rrera 50 con calle 3ª abordó la patrulla manifestando que había sido víctima de un atraco; momentos después la central de radio les informó de la muerte de un ciudadano baleado en la transversal 47B No 1B - 41, por lo que entraron en sospechas y al requisarlo le encontraron el mencionado revólver. El examen de balística en el que se dictamina que los proyectiles calibre 38 especial, remitidos con el acta de levantamiento y recuperados en la necropsia fueron disparados con el precitado revólver - calibre 38 serial C895074.

El hecho indicado es que Jesús Aníbal Carrillo Rojas, el día 21 de julio de 1994, con el revólver que portaba y que le fue incautado por la policía, le quitó la vida a Campo Elías Avila Vallejo.

La relación lógica entre los dos elementos anteriores y con base en la experiencia es porque el procesado fue capturado momentos después de que cometiera el delito de homicidio y el arma que portaba, según el examen de balística fue utilizada para matar al mencionado ciudadano.

Indicio grave de las manifestaciones posteriores al delito. El imputado confesó extrajudicialmente haber cometido el homicidio.

El hecho indicador que lo sustenta, es el referido a que dada la sospecha de los integrantes de la patrulla, agentes Misael Burgos Pineda, Flavio de Jesús Arismendi, Yimy Alexander Cárdenas y Luz Dolly González, de que el aprehendido Carrillo Rojas era el homicida por el arma que le encontraron lo interrogaron y este les confesó haber sido el autor de la muerte de Campo Elías Avila.

El hecho indicado es que Jesús Aníbal Carrillo segó la vida a Campo Elías Avila Vallejo, el día 24 de julio de 1994.

La relación lógica y con base en la experiencia es porque es muy probable que cuando la persona es sorprendida momentos después de cometer un delito, admita por lo menos ser el autor aunque trate de justificar.

Para la colegiatura, los indicios inferidos son graves, anteriores, concomitantes y subsiguientes; existe ilación entre ellos; los hechos indicadores son únicos y legalmente comprobados y todos señalan con razonable certeza la responsabilidad penal del procesado en la comisión del punible de homicidio.

El Tribunal descartó la existencia de la duda sobre la responsabilidad del encausado, pues esta implica incertidumbre y en este caso no la hay. Señaló, así mismo que el no haberse vinculado al proceso a José de la Cruz Gutiérrez no constituye nulidad, porque desde el comienzo de la investigación existía la certeza de que el único autor del homicidio era Jesús Aníbal Carrillo Rojas.

La Demanda de Casación

Primer Cargo

Con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, aduce el censor que la sentencia adolece de legalidad porque

en la etapa instructiva se incurrió en graves fallas de procedimiento que socavan las formas propias del juicio.

El ente investigativo, Fiscalía 95 de Vida, no cumplió con lo dispuesto en la suprema ley ni en la legislación procesal penal. En la diligencia de injurada de acuerdo con el artículo 172 del Código Penal, cuando una persona sindica a otra debe hacerse bajo la gravedad del juramento. El hoy condenado manifestó desde un primer momento que el homicida era José de la Cruz Gutiérrez y el instructor, al ver el error cometido amplió *"a motu proprio"* la injurada preguntándole acerca del autor del homicidio a lo que su representado le contestó José de la Cruz Gutiérrez: luego le informó si quería declarar bajo juramento, a lo que este contesta 'No me juramento doctora'.

El señor Fiscal 324 debió juramentar a su representado en la primera injurada y no esperar hasta la ampliación donde le pregunta si quiere juramentarse sin explicarle de qué se trata dicho rito, ni mucho menos intimidarlo leyéndole el artículo citado, porque con ello una persona casi analfabeta no tiene la capacidad de comprender. Por ello fue que posiblemente no se juramentó.

Destaca el libelista la ampliación de indagatoria que el Juzgado Octavo Penal del Circuito le recibió al procesado, para señalar que allí sindicó directa y claramente a Juan de la Cruz Gutiérrez del delito de homicidio informando cómo ocurrieron los hechos los cuales, según él, concuerdan con su injurada y primera ampliación.

Así mismo, en la diligencia de audiencia pública efectuada por el Juez Sesenta y dos Penal del Circuito el hoy condenado Carrillo Rojas ratifica que el homicida de Campo Elías Avila Vallejo es el señor José de la Cruz Gutiérrez.

Destaca apartes de algunos testimonios como el de la esposa y la hija de la víctima, la declaración del señor José Omar González y la del hermano del mismo procesado Carrillo Rojas para demostrar la real existencia de José de la Cruz Gutiérrez.

Señala el libelista que los juzgadores de instancia no se pronunciaron acerca de José de la Cruz Gutiérrez, a quien por ignorancia el aquí procesado no sindicó bajo la gravedad del juramento a quien sería injusto que lo condenaran por un hecho que no cometió. Que dicho señor existe y está comprobada su presencia el día de los hechos en que perdió la vida el señor Avila Vallejo y en su contra aparecen las sindicaciones del hoy condenado, la de su hermano quien bajo la gravedad del juramento así lo manifestó y la del testigo Omar González.

Considera el libelista, entre otros aspectos, que la presente actuación está viciada de nulidad desde el auto del 8 de noviembre de 1994, por medio del cual se calificó el mérito del sumario, al haberse endilgado cargos respecto de los cuales jamás se probó realmente la participación de su representado y menos puede ser condenado cuando no ha sido escuchado en injurada el señor José de la Cruz Gutiérrez, quien se encuentra señalado por varias personas como el autor material del homicidio del señor Campo Elías Avila Vallejo.

Solicita, en consecuencia, anular la sentencia condenatoria por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y por desconocimiento del derecho a la defensa, a partir del momento de la indagatoria, ordenando la devolución del proceso a la Fiscalía "para que realice la acusación en debida forma".

Segundo Cargo

Este lo formula al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial por errada apreciación probatoria, "por cuanto se da a unos indicios un valor de plena prueba que no tienen".

El error en que incurrió el Tribunal, con respecto al delito de homicidio y el porte ilegal de arma de fuego, es que a los indicios de presencia en el lugar de los hechos y de manifestaciones anteriores al delito se les da el valor de plena prueba de la responsabilidad del procesado, sin que exista un testigo de cargo.

Luego de transcribir los párrafos del fallo en los que se explican los indicios existentes en contra del procesado, indica el libelista que si bien es cierto Jorge Avila Riveros manifiesta que el hoy condenado le sacó el revólver y amenazó a su progenitor, también dice que estaba presente el día de esos hechos el ciudadano Helbert Morera Rodríguez quien manifestó: 'le dio un plazo de ocho (8) días y si no que le volvía a cobrar, se retiraron como a discutir pero luego se dieron la mano y se fueron'. También estaba Walter Gemmer Avila Riveros quien señaló 'que él se hacía pagar la plata de cualquier forma o que si no le pagaba lo mataba'; pero en cuanto a si Aníbal estaba armado el día que amenazó a su progenitor contestó que no y también dijo 'quiero agregar que el señor Omar en una ocasión que yo estaba en la tiendita con Helbert Morera y el señor de la tienda que se llama José no sé el apellido, amenazó a mi papá que de alguna forma se hacía pagar la plata así fuera matándolo'. Entonces cuestiona, de acuerdo con lo transcrito, si el que amenazó al occiso fue Jesús Aníbal Carrillo o fue Omar (al parecer, agregamos, se refiere al testigo Omar González) y por lo tanto, tales testimonios no conllevan a la existencia de un indicio grave.

Para el libelista, si bien el indicio de presencia está claro, no se puede considerar con certeza que Campo Elías Avila Vallejo fue ultimado por Carrillo Rojas, porque en la declaración de María Adelina Riveros manifestó que el día de los hechos el procesado se encontraba 'con el hermano y un muchacho que no le sé el nombre, pero lo he visto varias veces, porque había ido con él mismo a la casa a amenazar a mi esposo'. Para el defensor, si esta tercera persona es José de la Cruz Gutiérrez "queda probado que éste en alguna oportunidad amenazó al hoy obitado". Y en cuanto a quien le abrió la puerta a Aníbal y a sus amigos y si estos penetraron a la casa contestó '...no los alcanzamos a ver porque en el tercer piso hay una saliente que cubre la puerta del garaje, pero de la reja para dentro no dentró nadien (sic) más que ellos' Y si alguno de los tres llevaba arma, 'no a nadien (sic) ví porque no

puedo decir que los vi'. A esta misma pregunta, la testigo Lina Avila Riveros contestó 'yo creo que don Aníbal porque él se metía la mano en la chaqueta escondiéndose en el muro de la casa'. En cuanto a si había oído frases amenazantes de parte de Aníbal Carrillo en contra de su padre, contestó 'pues la tercera vez que él fue con el amigo armado el amigo de Aníbal y la vez que don Omar también amenazó a mi papá en la tienda. Aníbal le dijo a mi papá que solo le daba plazo a mi papá de dos (2) a tres (3) días y fue ahí cuando el señor que iba al lado de Aníbal le mostró el arma'. En cuanto al motivo del porqué gritaba que cogieran a Aníbal si se suponía que nadie sabía quién había disparado dijo 'como no sabía quién había disparado,...'...'...cómo íbamos a ver si estábamos en el tercer piso y éramos los únicos tres que estabámos con mi papá'.

Agrega que el testimonio del señor Hugo Alberto Arenas no reviste ninguna importancia pues lo único que aporta es que vio a tres personas entrar a la casa del occiso "Con lo que se confirma la presencia del homicida José de la Cruz Gutiérrez".

Según el casacionista, si se analiza el testimonio de la hija del occiso, cuando relata que la última persona que salió corriendo luego de oir los disparos fue Jesús Aníbal Carrillo Rojas, lo más lógico es que cuando una persona comete un delito, es la primera que sale corriendo y no la última, "porque está premeditado a la ejecución del hecho".

Por la sola presencia del procesado en la casa del obitado Avila Vallejo y por deberle éste un dinero, no se justifica que el Tribunal considere que el procesado tenga que ser obligatoriamente el homicida. No es cierto, como lo afirma la Colegiatura, que el único enemigo que tenía la víctima era el aquí procesado quien no lo consideraba así y en las diligencias quedó probado que estuvo pendiente de que le devolviera el dinero, "en forma hasta sumisa". El Tribunal lo que no vio fue la declaración de Carrillo Rojas a folio 350 del cuaderno original N° 3. "Eso sí se puede decir que es un motivo grave e indicio que puede conllevar a que un ser humano actúe con ira y poder repelar la ofensa esgrimida...".

El fallador otorgó un alcance que no tiene al hecho de encontrarse el condenado en el lugar de los acontecimientos y se desborda toda la lógica probatoria al pretender que de dicha presencia se infiera la culpabilidad, cuando no existe ninguna constancia procesal sobre la autoría material.

Señala además que para que el indicio de presencia sea comprometedor, debe darse en el lugar de los hechos y el mismo se contaría en los denominados indicios de oportunidad. Si bien la presencia en el lugar del homicidio puede ser indiciaria la relación del sujeto con el hecho investigado se haría más difusa colocándola en el terreno de los llamados indicios remotos por que, según la doctrina, no apunta a demostrar directamente la participación del condenado en los hechos investigados sino que dicha relación se hace mediante una inferencia intermedia que en este caso no ha existido, ya que a Jesús Aníbal Carrillo Rojas nunca se le vio un arma y la única amenaza

comprobada fue cuando le manifestó al ubilado que le daba ocho días para que le pagara su dinero. Tampoco se encuentra legalmente probado que los testigos de los hechos, la esposa y los dos hijos del señor Avila Vallejo, hubieran podido ver a las tres personas que entraron a la casa donde sucedieron los hechos.

En cuanto al indicio de las huellas materiales del delito, señala el censor que por habérsele incautado a Jesús Aníbal Carrillo Rojas el revólver con el que se cometió el homicidio, no quiere decir que haya disparado porque de ello no existe plena prueba dentro del plenario, pero sí existe la plena prueba de que José de la Cruz Gutiérrez disparó contra Campo Elías Avila Vallejo.

Sobre el indicio de manifestaciones posteriores al delito, señala que no se pueden tener en cuenta los testimonios de los policías que integraban la patrulla a donde voluntariamente se subió el procesado, porque no se llenaron los requisitos como lo ordena la ley. Al respecto, el encausado manifestó en su injurada que les había informado a los agentes que había cometido el ilícito por miedo a que lo violentaran y esperando a que le colaboraran, pues así se lo ofrecieron con el fin de no implicar más personas en el hecho y que esto es coacción sicológica que está prohibida por la ley.

Señaló como normas violadas por falta de aplicación los artículos 247 y 248 del Código de Procedimiento Penal y 2° del Código Penal.

Aparte de indicar que el delito de homicidio no fue objeto de una adecuada y oportuna investigación, lo que hubiera permitido dotar de mejores elementos de juicio al fallador, afirma el libelista que el Tribunal debió darle a los indicios el valor probatorio que en realidad tenían y a partir de allí ponderar de manera adecuada las pruebas obrantes en el proceso.

Con meridiana claridad se concluye que en la sentencia condenatoria no se procedió de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El error fue fundamental pues recae sobre el único medio probatorio que sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria.

Solicita casar la sentencia, reconociendo la existencia de una violación indirecta de la ley sustancial por errónea apreciación de los indicios.

Tercer Cargo

Ataca la sentencia del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial "al apreciar de manera errada una norma violando el principio del *in dubio pro reo*" como quiera que no se logró demostrar plena e indiscutiblemente la responsabilidad de su defendido en los hechos que se le atribuyen y, por el contrario, al proceso concurrieron pruebas que tienden a demostrar su inocencia y que no fueron debidamente apreciadas.

El error del fallador *ad quem* consistió en confirmar una sentencia condenatoria sin que existiera certeza para ello, en desconocimiento de los requisitos contenidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal,

con lo que el Tribunal violó de manera indirecta la ley sustancial por errónea aplicación de los artículos 2° y 323 del Código Penal.

Fundamenta lo anterior, en que el hecho de que el inculpado estuviera en el lugar de los acontecimientos o que Campo Elías Avila le debiera dinero, o que el condenado en compañía de sus amigos hubieran amenazado al obitado no resulta suficiente para despejar las duda que surgen respecto de la real vinculación del mismo a los hechos y más aún de su responsabilidad en el grado de autor, cuando hay testigos de cargo que sindican directamente a José de la Cruz Gutiérrez. Lo que pretende deducir el Tribunal no corresponde con lo realmente probado y la decisión se basa en sus propias deducciones y las del *a quo*, y no en un verdadero análisis y confrontación del acervo probatorio. La prueba que obra contra el procesado es tan débil que no logra quebrantar el principio de presunción de inocencia y hace forzosa una absolución por la existencia de la duda razonable respecto de su participación en los hechos.

La decisión que objeta se fundamentó en indicios y ello obligaba a ponderar de acuerdo con la sana crítica los que consideraba elementos incriminadores a fin de que sus deducciones no resultaran lesivas a la legalidad o contrarias a las garantías procesales del inculpado. Lo que se echa de menos, es la íntima convicción fundamentada en juicios razonables que excluyan la duda respecto de la responsabilidad del procesado.

El Tribunal, ante la ausencia de plena prueba para condenar, debió decretar la absolución de Carrillo Rojas en relación con el homicidio.

El casacionista, tras comentar el significado del principio de presunción de inocencia y el contenido del artículo 230 de la Carta Política, señala que el fallador debió recabar en todas las posibles dudas que surgen del informativo, pues si en principio las circunstancias evidenciaban una posible vinculación de su representado con los hechos, al ser analizadas y sopesadas, ponen de presente multiplicidad de incertidumbres que aún subsisten y que solo pueden ser eliminadas con la aplicación del *in dubio pro reo*. El mismo juzgador de segunda instancia expresa la credibilidad de las versiones de Carrillo Rojas respecto del motivo por el cual se encontraba en el lugar, lo mismo que la "existencia plena del homicida" José de la Cruz Gutiérrez. Hechos indicativos que desvirtúan la precaria fuerza incriminatoria de los indicios.

Solicita casar la sentencia y se disponga la absolución del procesado.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Para esa representación del Ministerio Público la demanda que se estudia no está llamada a prosperar.

En cuanto al primer cargo, indica que no le asiste razón al impugnante y que la responsabilidad de su representado no depende de que haya acusado a otro del hecho que se le imputa, ni que haya juramentado o no el cargo, sino del acopio probatorio que aquí lo compromete.

En cuanto a las referencias probatorias efectuadas por el censor tendientes a demostrar la verdadera existencia de José de la Cruz Gutiérrez, su presencia en el lugar de los hechos y el supuesto compromiso suyo en estos, no lastiman la legitimidad del proceso contra Jesús Aníbal Carrillo, pues la investigación y el juzgamiento contaron con un acopio probatorio regularmente aducido a la actuación, cuya valoración racional y sana crítica permitieron llegar a la conclusión de su responsabilidad sobre el homicidio.

La falta de pronunciamiento de los falladores acerca de José de la Cruz Gutiérrez no afecta el debido proceso de éste, pues la responsabilidad penal es individual y no depende de la culpabilidad o inocencia de otro, que pudo o no haber participado.

Agrega que no ha habido desconocimiento del derecho a la defensa y que el casacionista parte de su personal apreciación sobre el valor de las pruebas y de su constante afirmación acerca de la responsabilidad de José de la Cruz Gutiérrez. Con ello busca, que la causal de nulidad se maneje a partir de su juicio frente a la prueba, cuando en este caso hay que acudir primero a la demostración del error sobre la valoración de ella y cambiar de perspectiva hacia la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial.

La no vinculación al proceso del individuo José de la Cruz Gutiérrez no viola los principios de igualdad y debido proceso, pues en el proceso penal el primero implica que a cada procesado se le apliquen las mismas reglas de juego en orden a demostrar su responsabilidad o inocencia. Y tampoco el debido proceso porque la actuación separada no constituye causal de nulidad.

Respecto del segundo cargo recuerda el Procurador, que en tratándose de la apreciación errada de los indicios, su manejo no consiste en contraponer la valoración y criterio del impugnante a la apreciación del fallador sobre estos mismos, algo vedado en casación, pues no se trata de sacar avante una opinión personal sino el juicio técnico sobre los elementos que integran el indicio.

En este caso el libelista no se refiere a los hechos indicadores de los varios indicios, los cuales ingresan al proceso a través de otros medios probatorios, sino que apunta hacia la inferencia lógica. Pero antes que determinar la clase de error cometido en ella, se centra a presentar su personal apreciación en la que se aparta de la valoración hecha por el fallador.

El censor, agrega, no se ocupó de desvirtuar los indicios que los sentenciadores tuvieron en cuenta y se encaminó hacia una labor de valoración.

Ocurre lo mismo frente al indicio de amenazas o manifestaciones anteriores y el de huellas materiales del delito, pues nuevamente cae en el campo de la valoración sin acreditar cuál pudo ser el error del juzgador el cual tiene que contrariar las reglas de la sana crítica y violar la ciencia o la experiencia, pues cuando el valor otorgado por el juez tiene fundamento racional, la casación no lo puede remover.

En cuanto a la confesión extraprocesal hecha por los captores de Carrillo Rojas el recurrente parece que insinúa un error de derecho por falso juicio de legalidad, o sea, por un vicio en la aducción de la prueba, pero esto no pasa de ser una afirmación suya, carente de respaldo procesal.

Finalmente, acerca del tercer cargo, indica que la invocación de la duda, fundada en la falta de prueba, obedece a la misma estrategia sustentada en su personal apreciación sobre el acopio probatorio lo cual es ajeno a este recurso extraordinario; que frente a ello procedería que acudiera a la violación directa o a la indirecta de la ley sustancial, ninguna de las cuales se presenta en este caso.

Solicita no casar la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer Cargo.

La causal tercera de casación, al igual que las demás, está sujeta a las exigencias técnicas establecidas en la ley y ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia, siendo necesario para ello que la irregularidad que se anuncia sea tan ostensible que sea fácil advertir que la misma lesiona las garantías de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales del proceso.

Debe señalarse inicialmente, que la norma que dispone juramentar al inculpado cuando este hace cargos contra terceros, es el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal.

En el presente caso, aparte del enunciado consistente en que el respectivo fiscal omitió cumplir con la formalidad contemplada en la citada norma, no se encuentra en el desarrollo del cargo ningún argumento que permita conocer la razón por la cual esa supuesta falta trae como consecuencia un motivo invalidante del proceso y dejó sin explicar su trascendencia y alcance.

Ahora bien; pese a la deficiencia técnica en la presentación y demostración del reproche, observa la Sala, de la revisión de las diligencias, que en la injurada rendida por Jesús Aníbal Carrillo Rojas ante la Fiscalía 324 Delegada (cfr. fls. 23 y ss.) éste señaló a José de la Cruz Gutiérrez como la persona que le había disparado a Campo Elías Avila Vallejo. El funcionario instructor, con el fin de aclarar algunos aspectos, en el auto que resolvió la situación jurídica del encartado, ordenó escucharlo nuevamente en ampliación de indagatoria, ocasión en la cual al reiterar que el autor del homicidio José de la Cruz Gutiérrez, le informó acerca del derecho que tenía de juramentarse de los cargos formulados y después de imponerle el contenido del artículo 172 del Código Penal Carrillo Rojas manifestó que no se juramentaba (fl. 80 cdno 1).

De lo anterior se desprende que el instructor sí cumplió con el rito de juramentar al encausado acerca de los cargos que le estaba haciendo al sujeto José de la Cruz Gutiérrez y que si bien no procedió así en la primera oportunidad en que rindió indagatoria (21 de julio de 1994) sí lo realizó en el

momento de su ampliación la cual se llevó a cabo el 18 de agosto de 1994 con lo que se subsanó esa omisión, la que ni siquiera alcanza a constituirse en irregularidad ni mucho menos genera nulidad pues en tal caso, solo incidiría en la imposibilidad de utilizar su dicho como prueba de una informal incriminación lo que en manera alguna afecta el derecho de defensa ni la estructura del proceso.

Una situación como la que se analiza jamás puede llegar a constituirse en grave falla del procedimiento pues con ella lo que se busca es formalizar la declaración del indagado, y ningún obstáculo se genera al disponer la práctica de una nueva diligencia para en ella proceder a dar cumplimiento al rito del juramento

Ahora bien, de los posteriores argumentos que sustentan el cargo se desprende que en el fondo lo que objeta el libelista es que no se hubiera vinculado a la investigación al sujeto José de la Cruz Gutiérrez pues varios de sus párrafos los dedica a demostrar que en su contra existen otras sindicaciones aparte de la del propio encartado. No obstante, haciendo caso omiso de la incorrecta formulación del cargo, esta circunstancia tampoco se constituiría en motivo para anular la actuación porque la responsabilidad es individual y el funcionario instructor no está en la obligación de vincular a cuanto individuo sea señalado por el acusado como partícipe del hecho delictivo.

Si a juicio del funcionario judicial se trata de una incriminación seria, este dispondrá de la vinculación de la persona que se acusa. Pero bien puede hacer caso omiso si considera que se trata de una acusación que no es creíble por falta de fundamento y respaldo probatorio.

En el caso que nos ocupa ocurrió que por orden del Juez de conocimiento se adelantaron las diligencias tendientes a la captura de José de la Cruz Gutiérrez, pero las mismas fueron infructuosas tal como lo informaron el Comandante de la Estación de Policía de Chaparral y del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. (cfr. fls. 377 y 409 c.o N° 3).

El cargo no prospera.

Segundo Cargo.

La censura que por la violación indirecta de la ley sustancial formula el casacionista, consistente en la errada apreciación probatoria por haberle otorgado a los indicios "un valor de plena prueba que no tienen", desconoce de plano que en casación no es admisible censurar el mérito probatorio otorgado a los elementos de convicción que sirvieron de fundamento para estructurar la sentencia condenatoria, ante la ausencia de valores tarifados en materia de pruebas.

De otra parte, *debido a la naturaleza misma de este medio de convicción, varios son los aspectos que se deben tener en cuenta al momento de incursionar en su ataque. De allí que sea necesario recordar que de cara a sus elementos estructurales el demandante debe tener claridad si lo que va a ser objeto de*

ataque es el hecho indicador o la inferencia lógica, resultando inadmisible postular yerros de manera indiscriminada hacia uno y otro elemento. El hecho indicador, que se configura a través de los distintos medios probatorios, admite que se objete por cualquiera de las modalidades del error de hecho o de derecho. La inferencia lógica, como lo tiene precisado la jurisprudencia hace viable la censura por vía de error de hecho por falso juicio de identidad.

Lo dicho hasta aquí sería suficiente para desestimar el cargo propuesto pues el libelista no distingue entre uno y otro elemento sino que parte de la errada postura de atacar el mérito probatorio otorgado a los indicios que encontró estructurados el fallador de instancia. Con ese propósito escoge varias de las pruebas que se señalaron en el fallo como estructurantes de los hechos indicadores para luego postular, respecto de ellos, sus propias apreciaciones con la pretensión de que la Corte las prefiera sobre las del fallador como si se tratara de una tercera instancia en la que se pueda postular libremente las inconformidades que se tengan acerca de los fundamentos del fallo de instancia.

Además, los indicios se valoran en conjunto y por esa misma razón no es dable que su estructura se pretenda desvirtuar mediante el análisis fragmentario de la prueba, como lo hace el libelista, para de allí sacar, a conveniencia suya sus propias deducciones cuando, se reitera, es su apreciación en conjunto lo que conduce a una determinada conclusión.

Esta es precisamente la situación que se vislumbra en el asunto en examen pues el libelista pretende socavar la estructura del fallo de segundo grado mediante el análisis parcializado de la prueba indiciaria en aras de demostrar la total ajenidad de su representado en la ejecución del homicidio del señor Campo Elías Avila Vallejo, lo que no se aproxima en lo más mínimo al procedimiento técnico jurídico que se requiere para demostrar un yerro atacable en casación.

Mucho menos ortodoxa resulta la forma como emprende la demostración de los supuestos errores en que ocurrió el fallador, pues asegura que a los indicios no se les puede dar el valor de plena prueba sin que exista un testigo de cargo. Basado en esa errada creencia como requisito de validez de la prueba indiciaria, es que dedica sus posteriores argumentos a demostrar que no existe ninguna constancia procesal sobre la autoría de su representado.

Igualmente antitécnica es la forma como se dedica a objetar los indicios de huellas materiales del delito y de manifestaciones posteriores, en tanto que sus argumentos los dedica exclusivamente a oponerse a las conclusiones del fallador, como cuando asegura que el habérsele encontrado a Jesús Aníbal Carrillo Rojas el revólver con el que se cometió el homicidio, no quiere decir que lo haya disparado.

Pero aparte de que el libelista no se aproxima a demostrar yerro alguno en la conformación de la prueba indiciaria, el censor involucra en esa alegación reproches propios de ser alegados en ámbito de otras causales. Si a su modo de ver los testimonios de los integrantes de la patrulla que retuvieron a su prohijado Carrillo Rojas no pueden tenerse en cuenta por no llenar los

requisitos, es claro que aquí se está refiriendo al aspecto legal de la prueba, cuyo ámbito de debate en esta sede es por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad. Y si su queja era la falta de una adecuada y oportuna investigación, acorde a los requerimientos técnicos, debió acudir a la causal tercera de casación, para obtener la invalidez de la actuación desde el momento procesal en que considera se configuró dicha irregularidad.

El cargo no prospera.

Tercer Cargo.

Esta censura a la sentencia del Tribunal también por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial está indebidamente formulada, pues no resulta atinado afirmar en este concreto ámbito de ataque que se apreció "de manera errada una norma violando el principio del *in dubio pro reo*". Si lo que pretendía el casacionista era demostrar la existencia de la duda bajo los lineamientos de la violación indirecta, era su deber señalar la prueba o pruebas omitidas, imaginadas o tergiversadas por parte del fallador que lo llevaron a no reconocer tal fenómeno en el fallo condenatorio. Pero no. En un total desconocimiento del aspecto técnico y formal del recurso de casación, reprocha al fallador no haber reconocido la duda en favor del procesado aduciendo para ello afirmaciones genéricas sin respaldo distinto al de su propia convicción, y la constante crítica a la falta de ponderación por parte del fallador de los elementos de convicción.

El cargo en estas condiciones no puede prosperar.

En suma, y esto es común a todo el libelo, el casacionista omitió la aducción de los fundamentos técnico jurídicos que, al amparo de cada una de las causales invocadas, le demostrara a la Corte la supuesta ilegalidad del fallo.

Finalmente, en virtud de la declaratoria de prescripción del delito de hurto calificado y agravado por el cual también fue condenado el procesado Jesús Aníbal Carrillo Rojas, la Corte debe proceder a la redosificación de la pena que le fue impuesta en las instancias, decisión que en lo pertinente es interlocutoria. Al respecto se tiene que el fallador partió de la pena más grave que es la del homicidio, esto es 25 años o 300 meses de prisión a los cuales les incrementó 30 meses por los delitos de porte ilegal de armas y los hurtos agravados y calificados, para un total de 330 meses de prisión, de los cuales se le restarán 24 meses.

Como consecuencia de lo anterior, la condena al pago de perjuicios se verá reducida a la suma equivalente a mil ochocientos (1.800) y quinientos (500) gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente, a que fue condenado Jesús Aníbal Carrillo Rojas por la comisión del delito de homicidio, tal como se declaró en los fallos de instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO. NO CASAR la sentencia ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

SEGUNDO. Imponer al procesado Jesús Aníbal Carrillo Rojas la pena de 306 meses de prisión, a consecuencia de la declaración de prescripción de los delitos de hurto calificado y agravado, en lugar de los 330 meses a los que resultó condenado por el Tribunal Superior de Bogotá.

TERCERO. Como consecuencia declarar que la condena al pago de daños y perjuicios materiales y morales se reduce al monto de la suma equivalente a mil ochocientos (1.800) y quinientos (500) gramos oro, respectivamente, que se le fijaron por la comisión del delito de homicidio.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Oportunidad para solicitarla/ **CAPTURA**-Cuando se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional/ **APELACION**-Sustentación/ **PECULADO**-Objeto de protección/ **PECULADO POR APROPIACION**-Alcance del término "apropiación"/ **CONGRUENCIA**-Fundamentos y alcance del principio/ **INCONGRUENCIA**-Vademécum de posibilidades/ **INCONGRUENCIA** (Aclaración de voto)

1. La Sala abordará en primer lugar el examen de las nulidades propuestas por la impugnante, aún de aquellas referidas a la etapa de instrucción, puesto que en esta clase de procesos no hay lugar a Casación como que la Corte actúa en ellos como Juez ad quem *y por tanto el desplazamiento de la oportunidad para invocar dichas nulidades, previsto en el art. 306 del C.P.P. para el recurso extraordinario, no sería razonable.*

Aunque no puede desconocerse que el precepto fue declarado exequible con todo y reconocer el Tribunal Constitucional su falta de rigor técnico (C-394/94 y C-541/92), es deber del fallador examinar, ante todo, la legalidad de la actuación como presupuesto para emprender el análisis de fondo de la cuestión que se debate en el proceso. tanto así que siempre y en cualquiera de las instancias, procede la declaratoria de oficio de las nulidades.

2. El inciso final del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, arriba transcrito, dispone que si en el curso del proceso se ha dictado medida de aseguramiento de detención sin beneficio de excarcelación, la captura se ordenará de inmediato, pues ello implica que el juzgador en el momento de analizar el subrogado de la condena de ejecución condicional estimó que no era posible su concesión, habida cuenta que la pena a imponerse en caso de condena superaría los tres años de prisión por la gravedad de los comportamientos.

3. En múltiples ocasiones la Corte ha puntualizado cómo opera la obligación de sustentar el recurso y cuáles son las consecuencias de dicha omisión; y lo sostenido frente al todo es también predicable respecto de sus partes y de las diferentes pretensiones a que se aspira por el

impugnante pues que de ser así las partes podrían proponer de manera alternativa y general, con su simple enunciado o proposición, la revisión integral de una decisión, haciendo de la exigencia de ley un mero formalismo vacío de contenidos y colocando a la instancia superior a suponer el contradictorio.

4. Aunque en principio habría de estimarse que, en el peculado el objeto de protección se proyecta sobre la función administrativa aplicada a los bienes y caudales públicos, esto es, a los que conforman propiamente el patrimonio del Estado, poco a poco la ley penal ha ido extendiendo la cobertura de protección a otra clase de bienes. Es por ello que no solamente quedan ahí cobijados los de propiedad de particulares que han sido confiados en su administración o custodia a servidores públicos, por razón de sus funciones, sino los llamados bienes o fondos parafiscales, e incluso aquellos pertenecientes a asociaciones cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales que ni siquiera son administrados por servidores del Estado (Ley 190 de 1995 arts. 19 y 20).

5. El delito de Peculado, descontado del análisis de la clase de bienes sobre los cuales recae la acción, consiste en una apropiación que en provecho propio o de un tercero realiza el empleado oficial al que se le ha encomendado su administración o custodia. La apropiación consiste en el ejercicio de actos de dominio sobre los bienes, en tanto ellos resulten siendo incompatibles con los ámbitos de comportamiento admisibles según el título que justifique su posesión o tenencia (Antolisei). Por eso la Corte señaló en laguna oportunidad con palabras que exactamente se adecuan acá que la apropiación "se cumple, en muchos casos, mediante una actividad sicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia", (Auto de octubre 2 de 1975 M.P. Dr. Estrada Vélez) para reiterar que el tipo penal definidor del peculado no circunstancia una determinada manera de llevarse a cabo, sino que se constata con la adquisición de evidencia de que se dispuso de los bienes y se desposeyó de ellos a la Administración, sin fundamento legítimo alguno.

6. Ha tenido oportunidad la Sala de señalar en múltiples ocasiones cuáles son los fundamentos y el alcance del principio procesal de la congruencia. Ello a partir de que la resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (art. 438), sus requisitos sustanciales (art. 441) y su estructura formal (art. 442). Por eso también la ley, al regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado (art. 180 # 1,3,5,7) y señala como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia (art. 220 #2).

Pero es el propio legislador el que puede, al diseñar el modelo de proceso, definir los alcances de la congruencia. Y esa opción se ha ejercido con las siguientes características...

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal - Santa Fe de Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 161 (15-10-99) Proceso No. 13588

Resuelve la Corte la apelación interpuesta por la sentenciada contra el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Superior de Buga el 23 de julio de 1997, por medio de la cual le impuso a la Dra. Rubiela Marín de Rayo la pena de sesenta y nueve (69) meses de prisión, multa de quinientos mil pesos ($500.000.oo) e interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo de treinta (30) meses, al hallarla responsable de los delitos de peculado y falsedad en documentos. En la misma sentencia dispuso la absolución en favor de Carmen Lucía Porras, decisión ésta que no fue recurrida.

No impuso el Tribunal condena en perjuicios por estimar que no se causaron.

Hechos y Actuación Procesal

Lo ocurrido se originó en un proceso penal que le correspondió adelantar a la Dra. Rubiela Marín de Rayo en calidad de Juez 15 de Instrucción Criminal de Cartago, despacho en el cual laboraba Carmen Lucía Porras Victoria como Secretaria.

Allí habían llegado unas diligencias iniciadas a raíz de la interceptación de unas llamadas y otras averiguaciones, lo cual condujo a que en un allanamiento realizado en dos inmuebles contiguos (una residencia y un aparcadero) se incautarán armas (9 en total, una de ellas una subametralladora), numerosa munición, baterías eléctricas para helicópteros, un lanzabengalas, una bengala, 40 y 18 gramos de sustancia, vegetal y pulvurente -respectivamente-, un vehículo Toyota, una motocicleta, 3'605.000, pesos y US 259.300 dólares. Por los hechos fueron capturados Jhon Jairo Ortiz y Héctor Fabio Meneses, en el parqueadero; y Oliverio Esguerra Muriel, Gilberto Barajas Cordero, Guillermo Pérez Monsalve (oficiales de la Policía Nacional) Jesús Orlando Soto (ex Sub oficial de la Policía) y Yorlady Morales Esguerra (sobrina de Esguerra y la cual vivía en la residencia). Se les imputaba hacer parte de una organización dedicada al narcotráfico y, obviamente, el porte ilegal de las armas encontradas y la tenencia de la droga. El dispositivo, a su vez, se desprendía de exigencias económicas que habían sido hechas tras el descubrimiento de una pista clandestina por miembros de la Policía en el Cairo (Valle).

El allanamiento se produjo el 12 de julio de 1989, por parte de unidades del Ejército Nacional, Batallón San Mateo, con sede en Pereira. El Juzgado

4º. De Orden Público de Cali, por un lado, y el 53 Penal Militar, por otro, habían asumido el conocimiento del asunto (el último por razón del posible fuero de los oficiales) pero muy pronto las diligencias se reunieron en el Juzgado 15 de Instrucción Criminal, por competencia, donde se produjeron las siguientes decisiones:

1. El 25 de julio de 1989 dispuso la detención preventiva de Oliverio Esguerra, Gilberto Barajas, Jesús Orlando Soto y Yordaly Morales Esguerra por violación al Decreto 180 de 1988 (art. 13) y a la ley 30 de 1986 y se abstuvo de decretar medida de aseguramiento en favor de Jhon Jairo Ortíz y Héctor Fabio Meneses. (fl 125 c.1).

2. El 28 de septiembre de 1989 revocó a petición de parte la medida de aseguramiento dictada contra la joven (18 años de edad) Yordaly Morales Esguerra. (fl. 133 ib).

3. El 11 de octubre del mismo año (fl. 140 ib) revocó a petición de parte la medida de aseguramiento proferida contra Oliverio Esguerra Muriel, Jesús Orlando Soto y Gilberto Barajas.

4. El 6 de octubre del mismo año había revocado el auto de detención proferido contra Guillermo Pérez Monsalve, negando de paso la cesación de procedimiento en su favor (así consta en la fotocopia del libro radicador del Juzgado, fl 226 ib).

5. El 26 de octubre de 1989 dispuso la cesación de procedimiento en favor de todos los implicados, a excepción de los dos individuos aprehendidos en el aparcadero pues según la misma decisión, se estaba investigando por cuenta separada el "allanamiento del garaje donde fueron capturados los sujetos Ortiz y Meneses". (fls. 153 ib).

Como desde el 4 de agosto de ese año el Juzgado Penal Militar había dado aviso a la Superintendencia de Control de Cambios sobre el hallazgo de las divisas, a fin de que iniciara la correspondiente actuación con fundamento en el art. 217 lit. C del Decreto 444 de 1967, un funcionario de esa entidad ofició al Juzgado de Orden Público anunciando que se impartiría comisión a otro de sus servidores, y demandando se dispusiera lo pertinente para obtener las copias del caso. El despacho judicial respondió con oficio 799 de octubre 26 que había corrido traslado de tal solicitud al 15 de Instrucción Criminal de Cartago, donde se adelantaba el proceso, pero apenas hasta el 27 de abril del año siguiente (1990) concurrió el visitador a practicar la diligencia. Allí se encontró con que del proceso, ya archivado, quedaban 9 cuadernos, ninguno de los cuales correspondía a la actividad desplegada por el Juzgado 15 de Inscriminal (ni en original, ni en copia). Allegó del legajador de providencias que se llevaba en el Juzgado, fotocopia del interlocutorio que resolvía situación jurídica (número 398) y del que revocaba el auto de detención de varios procesados (número 613) y agregó en el acta:

"... Acerca de las divisas objeto del interés de la Superintendencia no se tomó decisión en las dos providencias anteriores, por lo cual y en vista de

que no se ha podido encontrar en el día de hoy el cuaderno tramitado en este Juzgado, la señora Juez ha ofrecido buscarlo y en caso de encontrarse remitir oportunamente a la Seccional de Cali ...las providencias pertinentes, aunque la decisión de entrega de artículos vinculados al proceso o elementos, no se hace por auto interlocutorio sino por sustanciación del cual no queda copia en el archivo, lo cual parece dificultar que se encuentren las providencias que ordenaron presuntamente la entrega de las divisas a las personas a las que le fueron halladas que son, se corrige, que se desconoce al momento quienes son" (fl. 23 cd. De la Superintendencia).

Para ese momento la Dra. Marín de Rayo ya no era titular del Juzgado. Había entregado el mismo a su Secretaria desde el 2 de enero de 1990, y ésta a su vez había hecho entrega a otra funcionaria designada como Juez.

El 18 de abril de 1991 la Superintendencia ordenó otra visita al expediente. Practicada al día siguiente con resultados similares y llevadas a cabo otras actuaciones, el Jefe Seccional Cali de la Superintendencia presentó denuncia penal contra la Dra. Marín de Rayo con base en que ésta había reclamado personalmente en el Banco de la República de Pereira, el 2 de noviembre de 1989, los depósitos judiciales correspondientes al dinero y a las divisas incautadas, procediendo a cancelar los respectivos títulos. Y en que se desconocían "las causas que lo originaron y el destino final de las divisas por cuanto la entrega de las mismas no era de competencia de un Juez de la República sino de esta Superintendencia.." Así mismo se denunció "que el cuaderno original y de copias que se tramitara por el Juzgado 15 de Instrucción Criminal de la ciudad de Cartago en esta época se encuentran extraviadas" para lo cual anexó "fotocopia del oficio No. 385 de abril 19 de 1991 suscrito por Carmen Lucía Porras Victoria Secretaria del Juzgado 15 de Instrucción Criminal, donde se deja constancia de la denuncia de la pérdida de este expediente por dos ocasiones". (Fls. 7, 72 y ss, 94 y ss cd. de la Superintendencia).

Siguiendo la pauta trazada por las decisiones de la Dra. Marín de Rayo en el proceso que ocupa la atención de la Sala, allí se dieron por establecidas las siguientes circunstancias.

1. Que los individuos capturados en el parqueadero (Jhon Jairo Ortíz y Héctor Fabio Meneses) eran ajenos a lo hallado en la residencia: no se les encontró arma en su poder y las dos armas encontradas en dicho parqueadero lo fueron dentro de una nevera ubicada en el garaje donde alegaban ser trabajadores; además no existía testimonio que los señalase como administradores o propietarios del parqueadero, ni menos como tenedores de las dos armas allí encontradas. Su situación, según el auto que resolvió situación jurídica, era completamente distinta a la de los demás indagatoriados.

2. que Yordaly Morales Esguerra había sido vinculada con fundamento en el testimonio del Coronel Gustavo Mantilla, en cuanto había afirmado que el Sargento Cabezas vió una joven que introdujo una bolsa blanca en el cielo raso de la casa, lugar donde habían sido hallados el dinero colombiano y las

divisas. Sin embargo, el propio Sargento Cabezas había declarado que la moneda extranjera la encontró "en el techo, cerca a una perrera construida en el garaje contiguo a la casa de la familia Esguerra".

El mismo sargento Cabezas, además, había declarado que Yordaly Morales le confió (una vez aprehendida), que la sub ametralladora hallada envuelta y dentro de una lavadora, pertenecía a un pretendiente suyo (Disney Cortés), con quien le había prohibido tener amistad el capitán Esguerra, su tío. Y como en alguna oportunidad Cortés se encontraba en casa y debió salir rápido ante la presencia de Esguerra, dejó olvidado el paquete, que resultó ser el arma.

Se agrega en la decisión revocatoria del detentivo de la Morales, que esta versión del Sargento fue corroborada por Yordaly Morales en ampliación de indagatoria, y además por los abuelos de Disney Cortés quienes la oyeron de su nieto; amén de que presenciaron cuando alguna vez limaba el número de la mencionada arma, dato éste efectivamente constatado por el Juzgado en diligencia de Inspección. (Cortés falleceria 12 días después de iniciado el sumario, según otra de las decisiones) (fl. 165 c.1).

3. Que la presencia de Jesús Orlando Soto, Gilberto Barajas Cordero Guillermo Pérez Monsalve y Oliverio Esguerra Muriel - ninguno de los cuales era residente en Cartago - era casual. Esguerra, incapacitado, había ido a visitar a su familia; los demás habían sido invitados por éste (Barajas se hallaba en vacaciones. Pérez también y además sufría problemas mentales que lo llevaron a pelear con su esposa y a aceptar la invitación de Esguerra. Soto había sido convidado por Esguerra el día anterior en que se encontraron coincidencialmente; había ido a Cartago a buscar y adquirir para un tercero - Nicolás Molina - una finca, razón por la cual llevaba consigo 10 millones de pesos en efectivo y se desplazaba en el vehículo Toyota que fue incautado en el parqueadero contiguo a la residencia).

De Pérez Monsalve (capturado en el Hospital de Cartago cuando fue herido por un celador a las 4 de la madrugada al verlo transitando por los tejados de algunas casas del sector, "Los Angeles", lugar a donde llegó de huida de extraños que pretendían atracarlo.) se sostiene su ajenidad a los hechos investigados porque no fue capturado en la residencia y, en cambio, estaba establecido por Inspección que desde el interior de ésta no había acceso a los tejados; además, como padecía de "neurosis traumática" (según su historia clínica) no era de extrañar "la conducta por él asumida al subirse al techo de una casa enfermo de pánico, amén de su estado de embriaguez que presentaba según los testimonios de las personas que lo acompañaban esa noche...".

Sobre Esguerra Muriel se consideró que él se hizo cargo de cuatro de las armas incautadas, respecto de las que tenía salvoconducto, dos de las cuales mantenía en Cartago y dos más que "siempre" llevaba consigo. Que era ajeno a cualquier pormenor sobre la subametralladora. Que el dinero incautado no solamente no era ilícito portarlo sino que según el Sargento Cabezas "no estaba en la techumbre del domicilio de Esguerra Muriel, sino cerca a

una perrera y en la mitad de los muros que dividen esa vivienda con el garaje de en seguida", e igualmente que dicho testigo no encontró comunicación entre el cielo raso de la morada y "el lugar donde se halló la talega con el dinero en dólares".

Y respecto de Barajas y Soto "solo existía el hecho de haber sido retenido junto con el capitán Esguerra" además de que el testigo Nicolás Molina había confirmado la propiedad del dinero que dijo Soto que portaba consigo y del carro que le había dado en préstamo, acreditándose así que dijo la verdad y que ello "tampoco constituye violación a la ley penal".

La cesación de procedimiento se remata con el siguiente razonamiento:

"En este orden de ideas estamos plenamente convencidos de que las actuaciones de los indagados, tienen pleno respaldo en el proceso, en cuanto a la carencia de un señalamiento claro de que estaban cometiendo delitos en forma conjunta y con un acuerdo previo de voluntades, igualmente lo tienen en el sentido de que las armas incautadas tenían los respectivos salvoconductos y acreditadas en cabeza de Esguerra Muriel y que si bien es cierto que la subametralladora no tenía documentos legales, también lo es que las disculpas ofrecidas por Yordalys Morales, tienen respaldo en el plenario y a la fecha de este proveído no tienen prueba en contrario, lo mismo sucede con el dinero encontrado, el cual no estaba en la residencia de los procesados, de donde llegamos a la conclusión inequívoca de que no existe en este plenario mérito para dictar resolución de acusación en contra de los indagados, ya que los presupuestos del artículo 470 del C.P.P no aparecen demostrados. Aunque con relación a la violación del Dto. 180/89 art. 13 se diera la tipicidad, no ocurre igual con el "Concierto para Delinquir" descrito en el artículo 186 del Código sustantivo, mientras que en relación con la ley 30 de 1986, observamos como el dictamen del laboratorio del DAS arrojó resultados negativos, dejando bien claro que las sustancias analizadas no corresponden a ningún alucinógeno, de donde se deduce que este delito no ha existido, de manera pues, que una serie de suposiciones que han venido conformando este proceso, no pueden jamás de los jamases, servir como pilar para endilgarles cargos a los procesados donde algunos de ellos estuvieron detenidos por este negocio (sic) más de 90 días y el capitán Esguerra Muriel, estando preso por este proceso, estuvo en peligro de muerte, ya que lo enviaron a envenenar y también contra su vida e integridad personal, según testimonios que aquí obran, tuvo varios atentados, por lo que al parecer, aprovechó la inseguridad de la cárcel donde se encontraba y se fugó de aquél lugar". (fl. 171 y 172 c. 1).

Ahora bien:

Frente al asunto de los dólares expresó la Dra. Rubiela Marín de Rayo en las aludidas decisiones:

1. En el auto detentivo:

"También todos se muestran ajenos al dinero encontrado, tan solo el indagado Soto Hernández aseguró llevar en efectivo la suma de diez millones

de pesos y no dos millones seiscientos cinco mil pesos decomisados (129 y 130 c. 1).

2. El revocatorio de la medida de aseguramiento de la sobrina del Capitán Esguerra:

"De las piezas procesales existentes se observa que si en un principio se dijo que ella había participado en el ocultamiento de una bolsa contentiva de cierta cantidad de dinero en dólares, en el techo de su casa, este cargo fue despejado cuando el Sargento Abraham Cabezas González, manifiesta: "en ningún momento ví a ninguna mujer en esa actitud, por la que se me pregunta..." Manifestando que él encontró el dinero en dólares en un techo que linda con el de la familia Esguerra muy cerca a una perrera que pertenece a un garaje, el cual queda enseguida de la casa de la procesada y que en ningún momento a (sic) visto subida en un asiento a Yordaly, ya que era imposible, teniendo en cuenta que él se ocupó de la seguridad del grupo e inicialmente no penetró a la casa allanada y que inclusive desentechó completamente dicha residencia, sin que se encontrara ninguna comunicación o hueco entre el cielo raso de la casa de los Esguerra y el techo de la misma". (Fl.136 c. 1).

3. En el que revocó la detención de Esguerra Soto y Barajas:

"En este orden de cosas, tenemos que la única persona vinculada a esta actuación procesal como implicada en los hechos, que conocía de la existencia de la sub ametralladora, es la señorita Yordalys Morales Esguerra, pues, en ampliación de injurada así lo hizo saber, lo cual fue debidamente corroborado por el señor sargento del ejército Abraham Cabezas González quien bajo la gravedad del juramento expuso que en ningún momento vió, como lo han dicho algunos informantes, a la mencionada indagada subida en asiento alguno tratando de ocultar algo en el techo, igualmente dejó en claro que él tomó parte activa y directa en el allanamiento y la bolsa con el dinero la halló en el tejado encima de una perrera que hay en el garaje de en seguida a la casa allanada, el cual es muy independiente del domicilio de marras, o sea que si no la vió queriendo ocultar el mentado dinero, mucho menos la iba a sorprender metiendo la mentada arma dentro de la lavadora, de allí emana el desconocimiento que todos tienen acerca de la existencia de la miniuzi" (fl. 149 c. 1).

4. En el que resuelve la petición de cesación de procedimiento, decretándola y disponiendo el archivo.

A) Refiriéndose al testimonio del Sargento Cabezas:

"...Dice que él se metió a un garaje ubicado en seguida del domicilio allanado, el cual es independiente de la citada edificación y estando allí se subió al techo de aquél inmueble y por encima de unas perreras que existen en el garaje, caminando en el techo encontró un paquete el que cogió y corriendo lo llevó al Teniente Duque, el cual resultó contener dinero en dólares".

"... Manifiesta que el allanamiento fué hecho en forma indiscriminada, o sea, cogiendo lo que encontraran, tanto en la casa del Capitán Esguerra como lo hallado en el garaje citado y que al encontrar el paquete con los dólares él desconocía que la residencia como el parqueadero o garaje fueran independientes el uno del otro, puesto que se pensaba que el garaje hacía parte del domicilio allanado. Aclara que solamente encontró dinero en dólares y que dinero colombiano no vió, pero que luego se enteró que dentro de la casa revisada habían encontrado plata en pesos colombianos ignorando la cantidad" (fl. 161 c.1).

B) En el capítulo de los "fundamentos legales".

"Así las cosas, vemos que los hechos se verticalizaban (sic) en el incautamiento de las armas, concretamente de la sub ametralladora "Miniuzi", lo mismo que en la suma de dinero en pesos colombianos y dólares..."

"En cuanto al dinero incautado...vemos que quien lo encontró fue el mismo Sargento Abraham Cabezas González, quien fue muy claro en manifestar que no estaba en la techumbre del domicilio de Esguerra Muriel, sino cerca a una perrera y en la mitad de los muros que dividen esa vivienda con el garaje de en seguida, e igualmente observamos que éste testigo no encontró ninguna comunicación entre el cielo raso de la morada y el lugar donde halló la talega con el dinero en dólares, lo cual tiene asidero jurídico en la diligencia de Inspección..... de suerte que la propiedad del dinero citado resulta ser una enigma en cuanto a la moneda extranjera, porque en cuanto al dinero colombiano, según la prueba recaudada es del procesado Soto Hernández, de otro lado, resulta claro que si esa suma de dólares hubiese estado destinada para pagar el soborno de que se habla en autos, por el día del allanamiento no podía estar en la casa de Esguerra Muriel, puesto que el oficial de la policía cuya identidad se desconoce, que exigía tal cantidad, estaba dando como plazo para la entrega hasta las seis de la tarde, además la llamada rastreada hablaba del hallazgo de una pista clandestina y vemos que el vínculo de los procesados de autos con el aterrizaje de los helicópteros es algo muy ajeno a este hecho, pues tales aparatos cayeron en una cancha de fútbol, de donde se infiere que no podemos legalmente vincular a Esguerra y demás indagados bien como intermediarios en la operación de soborno, o como los directores sobornadores, pues en parte alguna de este proceso aparece siquiera un indicio que los señale como tales, además debemos tener en cuenta que la tenencia de los dólares convertidos en pesos colombianos representa una fortuna" (fls 166 y 167 c.1).

Puesta la denuncia por el funcionario de la Superintendencia ante el Tribunal Superior de Buga, se dispuso la apertura de investigación preliminar el 27 de junio de 1990. El 8 de agosto siguiente se dictó auto de iniciación del sumario, etapa en la que además de haberse escuchado en indagatoria a la acusada se recopilaron numerosas pruebas. Su cierre se produjo el 15 de mayo de 1991 y la calificación del mérito del sumario el 4 de febrero de 1992 con resolución acusatoria contra Rubiela Marín de Rayo y Carmen Lucía

Porras Victoria, quien se desempeñaba como secretaria del juzgado, la primera como autora y la segunda como cómplice de los delitos de peculado y falsedad en documentos, por ocultamiento, sustracción o destrucción.

Apelada la decisión por el defensor de la Dra Marín de Rayo y por el Fiscal 1º del Tribunal, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, luego de obtener el respectivo concepto del Ministerio Público y por virtud de la entrada en vigencia del Decreto 2700 de 1991, remitió la actuación a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia donde se impartió confirmación a la decisión del *a quo* en providencia del 2 de diciembre de 1992.

Ejecutoriada la resolución de acusación, la secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal. La acusada Marín de Rayo, quien había sido capturada el 28 de enero de 1993 y recluida en la Cárcel Distrital de Buga, solicitó la terminación anticipada del proceso el día 1º de febrero siguiente, motivo por el cual el respectivo magistrado sustanciador ordenó la celebración de audiencia especial, en los términos de la ley entonces vigente. Vencido el término para la preparación de dicha diligencia, se dispuso la práctica de algunas pruebas y se rechazaron varias de las solicitadas por la procesada. Luego de tramitarse diversos pedimentos elevados por ésta, la diligencia de audiencia especial se pudo llevar a cabo, finalmente, el 27 de septiembre de 1993. Como no se llegó a ningún acuerdo, dicha sala se declaró impedida y avocó el conocimiento del asunto la presidida por el Magistrado que seguía en turno.

En la etapa del juicio, se llevó a cabo la diligencia de audiencia pública que se inició el 19 de enero de 1994 y culminó el 10 de abril de 1997 con la sentencia que ahora es motivo de impugnación. Tan amplio término se debió a las permanentes interrupciones ocasionadas por los pedimentos de la encausada, dentro de las cuales se destacan sus proposiciones de impedimento y recusación por causas que finalmente no prosperan aunque contribuyeron de manera singular a la dilatación del trámite.

Así, el 9 de febrero de 1993 presentó solicitud que el 17 del mismo mes y año fue resuelta por el Tribunal Superior no aceptando la recusación y disponiendo la remisión de los autos a la Corte Suprema de Justicia, Corporación que el 16 de marzo se abstuvo de resolver por cuanto no había existido formalmente propuesta de recusación (fls. 903 y 907).

Posteriormente, el 26 de marzo, la Dra. Marín de Rayo de manera explícita recusó a la Sala de Decisión del Tribunal Superior con fundamento en los numerales 4 y 7 del artículo 103 del C.P.P, negándose la Sala a aceptar la recusación y manifestando su impedimento por otra causal (numera 6º *ibidem*) el día 26 de abril, el que en decisión de mayo 6 se aceptara por la Sala a la que correspondió el asunto (fls. 938 y 952).

El 7 de junio nuevamente la Dra. Marín formuló "invitación - recusación" (fl. 1077) (art. 103 numeral 7º C.P.P.) contra la nueva Sala de decisión la que

no se aceptó por el Tribunal Superior el 16 de junio (fl. 1107) y que la Corte Suprema de Justicia no resolvió por falta de competencia. Este nuevo incidente se desató negativamente a las pretensiones de la procesada en decisión de agosto 18 (fl. 1378), incluida una "adición" a dicha recusación de fecha 3 de agosto del mismo año (fl. 1350).

En total, 4 meses y 24 días trajinó el proceso como consecuencia de esta clase de incidentes.

La Decisión Impugnada

El Tribunal Superior de Buga se ocupó en primer lugar de varias nulidades planteadas por la procesada, advirtiendo que de acuerdo al artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 39 de la ley 81 de 1993, las nulidades ocurridas en la etapa de la investigación que no se invocaron en el término de traslado común para la preparación de la audiencia pública, no podían ser debatidas sino en el recurso de casación. Con fundamento en ello, observó que solo una de las nulidades aducidas podía ser estudiada por sustentarse en motivos suscitados en la etapa del juicio. No obstante de entrada desechó su procedencia puesto que ella se refería a que tres Magistrados componentes de la Sala de Casación Penal de la Corte no tenían la calidad de jueces por falta de nombramiento y posesión conforme a la actual Carta Política y por ende, las actuaciones en las que habían intervenido eran inexistentes.

Sobre las demás nulidades invocadas apreció que ocurrieron en la etapa de investigación y sobre la mayoría de ellas existió pronunciamiento oportuno, de manera adversa.

Se ocupó luego de los presupuestos contenidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria.

Para ello destacó, inicialmente, que en la resolución acusatoria se aceptó la existencia del delito de peculado por apropiación, derivado de la ausencia de entrega de las divisas, dentro del proceso penal que se adelantó en el Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Cartago radicado con el No 3084. Desconoció la veracidad de los dichos de las acusadas y de Luis Alberto Reyes e hizo un análisis del auto interlocutorio 633 que trataba sobre el mismo tópico. Con base en indicios edificó la autoría del delito de falsedad "por destrucción, supresión y ocultamiento de documentos" por la pérdida de dos cuadernos del referido proceso.

Dijo También que aparecía comprobado de manera cierta que el Juzgado 15 de Instrucción Criminal, radicado en Cartago, cuya titular para los meses de julio a diciembre de 1989 era la Doctora Rubiela Marín de Rayo, conoció del proceso que por los delitos de violación de la Ley 30 de 1986 y del Decreto 180 de 1988, se adelantó contra Oliverio Esguerra y Otros. Que la acusada solicitó el dinero que decomisado por el Juzgado 53 de Instrucción Penal Militar durante el allanamiento a los inmuebles ubicados en la ciudad de

Cartago había dejado en custodia en el Banco de la República, sucursal Pereira, y, que el 2 de noviembre del mismo año canceló las custodias en el Banco de la República.

Recordó, igualmente, que este proceso surge cuando un funcionario de la Superintendencia de Control de Cambios se presentó al Juzgado 15 de Instrucción Criminal en abril de 1990, para establecer lo relacionado con el destino de las divisas sin poder aclarar nada en su actuación administrativa, pues el día de su visita no aparecieron el cuaderno original ni el de copias de la actuación del juzgado referido, lo que originó la presentación de la respectiva denuncia penal.

Está probado, apuntó el *a quo*, que tales cuadernos contenían la actuación que en aquel proceso efectuó dicho juzgado entre el 24 de julio y el 7 de noviembre de 1989. Con esa pérdida desapareció la prueba requerida para comprobar si en efecto fueron entregados los dólares y por qué, o si por el contrario ello no ocurrió. No obstante, agregó, en las diligencias investigativas se lograron obtener duplicados de interlocutorios producidos en esa actuación penal (reposaban en los archivos de copias de las providencias del juzgado) por medio de los cuales se resolvió la situación jurídica a los encartados, se revocaron las detenciones y se produjo una cesación de procedimiento en favor de los mismos, ordenándose la devolución de dineros y de otros bienes decomisados. Agregó que especialmente en el interlocutorio No 633 de octubre 27 de 1989 se afirma la existencia de una incógnita respecto de la procedencia de las divisas. De allí deduce el funcionario acusador que en tal decisión no se ordenó la entrega de los dólares y que Rubiela Marín de Rayo se apropió de ellos. A ello contribuyeron las contradicciones entre las acusadas y el oficial mayor del juzgado.

De otro lado, señaló que en la etapa del juicio se aportaron las declaraciones de José Eduardo Hoyos Delgado, James Cedil Rivera, Oscar Giraldo Montoya y del abogado Julio César Chávez Osorio con las que se buscó desvirtuar la ausencia de acto de entrega de los dólares. Que como el profesional del derecho admitió de haberle sido entregado el dinero que se había decomisado a su defendido y que cuando salió pudo ver que se continuaba con una diligencia para la entrega de los dólares, ello, en realidad debió ocurrir tal cual lo señalaron las acusadas y el oficial mayor del Juzgado 15 de Instrucción Criminal; pero, agregó, lo que no queda claro es que en realidad quienes recibieron las divisas hayan sido sus dueños, máxime si no se cuenta con la más mínima prueba indicativa de la identidad de las personas que llegaron a ese despacho, ni de que en el proceso existiera prueba de que fueran sus propietarios.

Frente a ese panorama, consideró el Tribunal, no había lugar a discutir que la procesada Marín de Rayo hubiera o no hubiera hecho entrega de los dólares y de la moneda nacional objeto de del delito a alguna persona. Dentro del contexto del delito previsto en el artículo 133 del Código Penal, este se configura cuando la conducta se agota en provecho propio o de un tercero,

por lo que en algunas ocasiones el funcionario o empleado oficial se presta para llevar a cabo la malversación y posteriormente obtiene las utilidades ilícitas. Y los plurales hechos indicantes soportaban la existencia de los hechos por los que se elevó la acusación, así como de la responsabilidad penal de Rubiela Marín de Rayo, así:

En primer término la actitud inconsecuente, inverosímil e inconveniente con que la justiciable ha enfrentado la acusación. Si bien no se advierte de manera abierta y definitiva que la presunta entrega de los dineros se llevó a cabo por presión ajena, tal aspecto trata de hacerlo notar como nodal para llevar a cabo dicho comportamiento. El argumento de que recibió presuntas amenazas por parte de los carteles de Cali y Medellín, reiteradamente aludido por la procesada, no puede aceptarse porque, si bien era objeto de ellas, éstas venían ocurriendo desde febrero de 1989, mucho antes del mes de noviembre en el cual se presentan las conductas delictivas atinentes al plenario. Así lo dio a conocer el comandante de la Policía de Cartago, al exponer que esos posibles apremios provenían, al parecer, del ex- empleado Rigoberto López o de un sindicado en alguno de los procesos por lo que ese pretexto de las amenazas surge como tal y de manera tardía, siendo que éstas ya se venían dando en forma anticipada.

En segundo lugar, que tal como se dejó ver en el pliego de cargos, resulta difícil creer la versión de la procesada según la cual, en virtud de las amenazas, fue secuestrada junto con un familiar, trasladada por todo el centro de la ciudad de Cali, llevada a un sitio cercano al Hotel Intercontinental, donde se le torturó física y síquicamente, de lo que no quedó ninguna constancia; igual ausencia de credibilidad, que se le deje pedir auxilio y se le advierta que va a morir si no hace entrega de la suma de veinte millones de pesos. Resalta el *a quo* en este punto, cómo en el calificatorio, se adujo que de todos es conocido el poder económico de esos grupos delincuenciales, por lo que resulta inconcebible e inaceptable que el cartel de Cali o similares le estuvieren pidiendo a la juez que entregase tan irrisoria suma.

Además, si quienes presuntamente la coaccionaban pretendían pasarle una cuenta de cobro por haber liberado a personas que habían llegado a zanjar deudas con sus rivales de Medellín, resulta más inconsecuente pensar que la hubiesen dejado con vida cuando estaba advertida de manera anticipada cuál debía ser su proceder; que era más lógico que atentaran contra su integridad o lo obligaran a dar una suma de dinero que compensara el monto que presuntamente había entregado, pues tal era el *modus operandi* de ese tipo de organizaciones.

En cuanto a la manera como se hizo la entrega de dólares, observa el Tribunal que en el interlocutorio de fecha 27 de octubre de 1989 mediante el cual la ex- juez de instrucción dispuso la cesación de procedimiento en favor de los vinculados al proceso 3084, se extraña la identidad de quiénes pudieran ser los dueños de tales dineros, no obstante lo cual a los tres días hábiles, aparecen unos presuntos propietarios que nadie había insinuado como posibles dueños.

A esa extraña situación, debe agregarse lo incomprensible que resulta, frente a un proceso tan delicado, que la ex- funcionaria Marín de Rayo no hubiese retenido ningún dato para lograr la identificación de las personas que reclamaron los dólares, ni rememorado el nombre de una presunta casa de cambio de la cual supuestamente eran propietarios quienes concurrieron a reclamar la moneda extranjera y que servía de fachada según las explicaciones de la misma procesada. Aspecto desatendible si se tiene en cuenta que la citada doctora se ha distinguido en el proceso por su proverbial memoria, por un ciclo en el que la meticulosidad, el pormenor, el detalle y el cuidado son factores que emergen de su personalidad.

Advierte el Tribunal que si en el proceso hay testimonios que hagan pensar en la efectiva entrega del dinero, se trata de personas que de alguna manera o bien estaban comprometidas con los resultados del proceso (abogados que se cuidaban de dar datos ciertos sobre la identificación de los presuntos propietarios de los dólares) o que tenían lazos de unión con la justiciable y no les era dable conocer el meollo del asunto, pues su gestión se limitaba a prestar la protección que de manera anticipada a los hechos había reclamado la ex- juez.

Tampoco acepta la ignorancia a que acude la procesada frente a que el destino de esas divisas debía ser la Superintendencia de Control de Cambios: de un lado, no le era dable aducir que desconocía la ley por su condición y calidad personal, lo que tampoco le permitía que actuara de manera ligera, fácil e imprevisiva. Además aunque expresó que hizo varias consultas sobre la entrega de divisas, para lo cual recurrió supuestamente al Banco de la República, la mendacidad de dicha afirmación se evidencia en que tales consultas estaban dirigidas a obtener información acerca de la forma en que se debía tramitar la entrega de los títulos, lo cual es distinto a averiguar el destino que debía dársele a la moneda americana. Además está acreditado que ella le indicó al funcionario bancario Manuel Barreto Fierro que los dólares los iba a depositar en Cartago. Por todos los medios trató de hacer creer que iban a correr un destino lícito cuando era su cometido que fue aprovechados por terceros y por ende, por sí misma.

Estas consideraciones se configuran en un indicio grave en contra de la procesada, que al unirlas con otros más forman una cadena de pruebas circunstanciales que la comprometen seriamente.

El *a quo* también se apoya en la declaración del Dr Carlos E. Guzmán Guerrero, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Juez 53 de Instrucción Penal Militar e inicialmente se había encargado del manejo de las divisas y del dinero de origen nacional; éste evidenció una serie de comportamientos de la procesada demostrativos de un exacerbado afán de que los dólares fueran puestos a su disposición, según algunas expresiones que se destacan de su testimonio.

Según el Tribunal, lo anterior lleva a denotar una 'actitud sospechosa', pues las expresiones del Juez Penal Militar no son de talante inocuo o sin

ples suposiciones sino que revelan un comportamiento que llamaba la atención, porque era diciente en grado sumo que no teniendo competencia se hiciera presente a reclamar la entrega del proceso; tanta insistencia se debía a que había nacido en la procesada un desmedido interés por la suma de dinero y muestra además que el tema ya había sido tratado con anticipación. Y si a ello se suma que los dineros se esfumaron porque se entregaron a desconocidos acerca de los cuales la procesada no ha podido dar explicación mínima suficiente, esta actitud se convierte en un indicio más en su contra.

El indicio de oportunidad para delinquir también le fue deducido a la procesada pues a ninguna otra persona le quedaba más expedito hacerse a los dólares o prestarse para que otros lo lograran. No necesitaba de ninguna persona, pues le bastaba acudir al banco para reclamarlos, tal como lo hizo, sin ninguna otra gestión ni autorización de por medio. Era tan amplio el radio de acción sobre esos dineros que se puede decir quedaron a entero dominio y señorío de la procesada y de tal facilidad su disposición que ninguna equivocidad traza el indicio. Los actos de sus empleados eran innecesarios, inanes, insustanciales y carentes de toda finalidad colaboradora. Sencillamente dispuso a su antojo de los bienes con entera libertad y clara conciencia.

Otro hecho que se constituyó en indicio de incriminación para la acusada fue el desaparecimiento deliberado del proceso en el que se plasmaba o debieron plasmarse los diversos actos relacionados con la entrega de los dólares. Con ese comportamiento se ocultó toda una parafernalia criminal que inculpaba a la procesada, donde seguramente reposaban las identidades de quienes habiendo obtenido el dinero, no eran sus propietarios. A nadie más que a la procesada le favorecía ese acontecer, por lo que a más de ser indicio de 'manifestaciones posteriores al delito' ese evento por sí mismo categoriza el otro delito por el cual ha sido acusada y sometida a juzgamiento.

Con fundamento en tales consideraciones fue que el fallador de primera instancia impuso la condena a la Dra Marín de Rayo. Así mismo absolvió de todos los cargos que le habían sido formulados en la resolución acusatoria, a la señora Carmen Lucía Porras Victoria.

La Impugnación

Como quiera que los motivos de inconformidad de la recurrente hacen referencia a aspectos de diversa naturaleza, se hará una síntesis que incorpora los razonamientos contenidos tanto en su inicial escrito como en el presentado como complemento de este. En ellos puso de presente que los motivos de su desacuerdo están orientados a solicitar una sentencia absolutoria y a que se declare la nulidad "supralegal" de todo el proceso.

1. Manifiesta que durante la actuación procesal se cometieron las siguientes irregularidades que, en su sentir, afectan el derecho de defensa y el debido proceso:

1. El Tribunal Superior de Buga, con base en la denuncia formulada por el Superintendente de Control de Cambios de Cali, abrió investigación en su contra sin tener competencia para ello; le dio el tratamiento de ex - fiscal, cuando jamás ha ocupado ese cargo.

2. Una vez rindió su indagatoria, los investigadores omitieron definirle su situación jurídica; le dictaron resolución acusatoria y con ella medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, cuando la ley procedimental ordena que no se debe cerrar la investigación, sin antes haber definido la situación jurídica, so pena de nulidad.

3. Proferida la Resolución de Acusación en el momento en que entró en vigencia el Decreto 2700 de 1991, se omitió enviar las diligencias a la Fiscalía Delegada y de allí en adelante el proceso transitó por las vías de hecho, pues remitió el proceso a la Corte Suprema de Justicia. El Juez de primera instancia se convirtió en juez de la causa y autor de la resolución acusatoria, con lo que no se garantiza imparcialidad y se genera nulidad supralegal.

4. La Sala Penal de la Corte Suprema le otorgó el beneficio de la detención domiciliaria por considerar que estaban acreditados los presupuestos para ello. Por su parte, el Tribunal Superior de Buga, determinó que no tenía derecho a la libertad por pena cumplida y ahora en la sentencia proclama que no tiene derecho a la libertad condicional y ordena su captura, sin aclarar si debe cumplirla antes o después de quedar ejecutoriada la sentencia y sin tener en cuenta el beneficio de la detención domiciliaria.

5. En escrito que presentó con posterioridad, agregó a lo anterior que el proceso era nulo porque estimaba que los hechos que se le atribuyen en la sentencia podrían corresponder a un presunto prevaricato y no a un peculado, como se dijo en la acusación; también que su conducta es atípica. Que como en la sentencia de primera instancia se ha admitido que no existió la apropiación que se le imputó ni su participación en la pérdida o extravío del expediente, lo que procede es la revocatoria de la sentencia impugnada o en caso contrario, en subsidio, la libertad condicional.

De no acceder a la concesión del beneficio impetrado, le restarían ocho meses para el pago total de la pena impuesta, con lo que no se estaría justificando una teoría de necesidad de tratamiento penitenciario, el cual no le hace falta. Además, estima que su personalidad ya fue cuestionada en el proceso al otorgársele la detención domiciliaria por la Sala de Casación Penal de esta Corporación, y por el *a quo* al momento de ordenar su libertad provisional antes de la audiencia de juzgamiento.

II. De otra parte, recuerda la decisión absolutoria proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, (Seccional Valle del Cauca) que adelantó investigación disciplinaria por los mismos hechos que fueron objeto de este proceso, para manifestar que existe una divergencia entre lo allí afirmado y la sentencia de primera instancia objeto de censura, consistente en que ésta se inclinó por presumir un dolo con base

en subjetivismos por su conducta procesal, pero sin ningún soporte probatorio concreto de que hizo entrega de las divisas a terceros respecto de los cuales, imagina el sentenciador, se trata de personas no identificadas. No obstante en esta oportunidad aporta prueba documental de que el Tribunal Superior de Buga sí tenía identificada a una de las personas que recibió las divisas y pese a ello omitió mencionarla:

Según ella, se trata de un oficio dirigido por el señor Ovidio Ramos Pinzón al señor Secretario del Tribunal Superior Sala Penal de Buga, mediante el cual le solicita localizar el expediente 3084, indicando que : *'En tal juzgado a la señora Piedad Burgos y al suscrito nos entregaron cierta cantidad de dólares los cuales la suma por mi recibida correspondía al capitán Oliverio Esguerra Muriel habiéndose hecho con ella una inversión a mi nombre que solo yo puedo resoatar habiendo ya fallecido el capitán Esguerra; para todo lo cual me urge su colaboración para saber la cuantía exacta, ya que en esa fecha firmé los documentos para recibir, pero no me dió copia. Yo necesito una copia de ese expediente para poder conocer el nombre de la otra persona que conmigo también firmó recibiendo a la cual yo le firmé documentos para hacer una sociedad haciendo el aporte de la suma recibida, con este dato deberé localizar las inversiones que en realidad eran del señor capitán Esguerra a nombre de nosotros y que solamente yo puedo reclamar hoy en día*'.

Menciona igualmente una comunicación firmada por el secretario de la Sala Penal del Tribunal dirigido al señor Ovidio Ramos Pinzón, donde acusa recibo del descuento aludido y en la que responde que el respectivo Magistrado José Alirio Cruz Perdomo dio oportuna respuesta a su solicitud; que se le informó que dicho expediente no fue encontrado, pero que por denuncia formulada por el Superintendente de Control de Cambios se inició la respectiva investigación en contra de la ex-juez 15 de Instrucción Criminal, sin que en dicha investigación se encuentre acreditada entrega alguna de dólares.

Con fundamento en lo anterior, asegura la recurrente que el Tribunal tenía identificado a uno de los que recibieron las divisas: Ovidio Ramos Pinzón, se refirió a una dama de nombre Piedad Burgos. Por lo tanto, es contraria a la realidad procesal la afirmación relativa a que no existe dato cierto que permita identificar a los presuntos propietarios de los dólares. Y aduce que, estando identificados los propietarios, y habiendo estos aportado documentos como los que menciona en su indagatoria, en su ampliación y en diversos escritos, existió soporte probatorio para ordenar la entrega.

En cuanto al cargo referente a la destrucción, supresión u ocultamiento del cuaderno original y de su copia, del proceso radicado bajo el No 3084, manifiesta que en la sentencia de primera instancia se omitió mencionar las pruebas que indicaran que era la mafia la interesada en apropiarse del expediente, pues no se adujo allá que los Procuradores sabían que ese expediente se había perdido por apropiación que del mismo realizó la mafia y que por ello consideraban que era peligroso investigar. Que el juzgador sin soporte probatorio alguno concluye que ella era la única interesada en que se perdie-

ra, razonamiento que considera contrario a la lógica, porque como entregó las divisas sin malicia alguna, no podía tener interés en la desaparición del expediente.

Añade que lo grave de la conclusión del fallador de primer grado es haber omitido reseñar que el Juez Penal Militar indicó que la mafia estaba interesada en el proceso, y que por eso había utilizado un estafeta especial para custodiarlo y trasladarlo hasta el Juzgado de Instrucción Criminal, y que no señala a Rubiela Marín como interesada en la desaparición del expediente.

Que el declarante Hernán Rincón Cuellar, ex-juez 4º de Orden Público, manifestó que en Cali existía un General de apellido Torrado, muy interesado en el expediente 'porque dicho General me impidió terminar las diligencias injuradas ante eso opte por tomar algunas precauciones en relación con el expediente y regresarme a esta ciudad...'.

Menciona también al declarante Gerardo Grajales Torres, Juez primero Especializado de Buga, quien recibió el expediente y lo remitió al reparto; dentro de la diligencia de inspección judicial practicada a ese despacho, dicho Juez manifestó que por tratarse de un negocio tan delicado que no era de competencia de la oficina a su cargo, optó por enviarlo con un empleado de confianza del juzgado y se hizo un recibo a máquina.

El Dr Ricardo Corso Acevedo, Procurador de Buga, admitió en su declaración que él y el Dr Enerio Arturo Delgado, Procurador Provincial de Cartago, sabían que era la mafia la interesada en el expediente. Además corrobora la presencia del brazo jurídico del cartel de Cali, el mismo Cartel que la sometió a las torturas que se pretenden desconocer en la sentencia de primera instancia.

Según la impugnante, si el juzgador no hubiese omitido analizar este testimonio, jamás habría afirmado que no existía persona interesada en el expediente distinta a ella. Insiste en que esas amenazas ocurrieron cuando se encontraba lejos de Cartago, en junio 12 de 1990. Y en que los policías que la secuestraron y la torturaron le pedían 20 millones de pesos argumentando que seguramente esos disidentes le habían dado dinero.

Asegura que el brazo jurídico del cartel de Cali sí existió y para ello aporta copia de una página de El Tiempo de la edición del 20 de julio de 1997. Este fue el que la presionó para que no le devolviera a ellos los elementos decomisados. Pero como se daban los requisitos tanto para la cesación de procedimiento, como para la entrega de las divisas a quienes en el proceso aparecían como terceros con el carácter de legítimos tenedores, la presionaban con amenazas. Al desobedecer las sugerencias del brazo jurídico la hicieron torturar con los policías al servicio del cartel, argumentando que había devuelto las divisas seguramente porque le habían pagado 20 millones, suma que la presionaron a entregarles, pues era lo que calculaban que los disidentes mafiosos le habían dado.

También se refiere a las declaraciones de Armando de Jesús Calvo Díaz, secretario de la Procuraduría Provincial quien corrobora haber oído cuando

su jefe el Dr Ricardo Corso le dijo al Dr Enerio Delgado que no se formularía denuncia, que dejaran eso así, que ese negocio era peligroso. Que igualmente, el citado Dr. Enerio Arturo Delgado lo confirma y, que Luis Alberto Reyes, ex- funcionario del Juzgado de Instrucción, informó que se enteró de la pérdida de parte del expediente en junio de 1990, que eran unos siete cuadernos.

Asegura que fue indispensable para el fallador omitir las pruebas acabadas de relacionar para poder edificar la tesis de que ella era la única persona interesada en que se perdiera el expediente.

III. Manifiesta también la procesada que existe incongruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia por los siguientes motivos:

1. En la acusación se le atribuyó haberse apropiado de las divisas, en tanto que en la sentencia se indica que no se apropió sino que dio lugar a que terceros se apropiaran de ellas.

2. En lo que respecta al presunto delito de falsedad, en la acusación el verbo rector utilizado es el de apropiación del expediente, en tanto que en la sentencia se sugiere haber dado lugar a su pérdida o extravío.

3. También encuentra incongruencia entre la sentencia y la realidad probatoria al no aceptarse el argumento de haber sido secuestrada y torturada. En el expediente se encuentra copia de la denuncia que formuló por los delitos de tortura, extorsión y amenazas de muerte a ella y a su hermana María Aleyda Marín Orozco, el 12 de julio de 1990, manifestando qué los autores materiales eran policías del F2 al servicio del cartel de Cali. Además se encuentran copias de los oficios mediante los cuales se les remite como víctimas de las torturas a los médicos legistas y se afirma que fueron lesionadas y/o agredidas con armas y aparatos de tortura.

4. Igualmente encuentra incongruencia entre las razones consignadas en la sentencia para no concederle libertad provisional y los presupuestos contenidos en el artículo 72 del Código Penal.

Estima, frente a las circunstancias arriba consignadas, que el juzgador de primer grado ha sido inconsecuente con la realidad fáctica, y que se apartó de lo verdadero, lo real y lo útil para proferir sentencia condenatoria basándose en sospechas que no resisten confrontación con la realidad procesal.

Además, que en la sentencia se omite hacer pronunciamiento sobre la condena de ejecución condicional; y en lo que respecta a la libertad condicional se le tilda de traidora del deber para con el Estado, sin que sea necesario en este momento censurar la conducta por la cual fue condenada porque ésta no tiene expresamente prohibida la libertad condicional. No encuentra que el argumento concerniente a que trató de evadir la acción penal, llegándose a las puertas de la prescripción esté acorde con lo estipulado por el artículo 72 del Código Penal, como para que se pueda tener como fundamento para negar el beneficio, ni acorde a la realidad procesal, pues pese a su crítico estado de salud trató de hacer presencia en el proceso, físicamente y

a través de memoriales, lo que debe constituir para el juzgador una conducta deseable pues con ella se propicia a la revisión sistemática de los hechos y las actuaciones para evitar daños irreparables.

Las siguientes líneas de su escrito las dedica a enumerar una serie de pruebas que, según ella, no fueron tenidas en cuenta por el juzgador. Tales son:

1. La certificación expedida por el Doctor Guillermo Díaz Llano, médico del Centro de Atención Básica Paiba, en la que hacía constar que se encontraba sometida a tratamiento siquiátrico. Y la declaración del Dr Jaime Romero Hernández quien luego de examinarla la encontró con una crisis hipertensiva y síndrome de angustia. El no haberlos tenido en cuenta, influyó decisivamente para que se predicara en la sentencia que por su personalidad requiere tratamiento penitenciario.

2. Los documentos correspondientes a las visitas que durante su detención domiciliaria practicó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, donde se deja constancia de la precariedad de su estado de salud, situación económica y familiar. De haber sido tenidos en cuenta no se habría predicado que no era merecedora de la libertad condicional.

3. La circunstancia de que el Capitán Oliverio Esguerra Muriel, principal sindicado del proceso 3084, se hizo presente en el Juzgado 15 de Instrucción Criminal el 24 de noviembre de 1989 preocupado por el expediente y temeroso de que con base en el mismo se le iniciara otra investigación por fuga de presos. Esta circunstancia, así como la pluralidad de declaraciones que indican que desde cuando el expediente estaba en el Juzgado Penal Militar era materia de preocupación, deben conducir a la conclusión de que no era Rubiela Marín Orozco la interesada en que desapareciera el proceso, sino personas como el mencionado capitán y sus amigos.

4. La declaración de la señora María Carmenza Restrepo Pérez, empleada del Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Cartago; en efecto afirma que el mencionado proceso era 'tan delicado para nosotros, la Doctora no lo dejaba en cualquier parte'.. '...cada rato llegaban los abogados a mirar por qué se archivó...'. Que de haberse valorado esta última frase y otra en la cual la declarante indica que el 4 de julio de 1990 fue cuando evidenció la pérdida o extravío del expediente que estaba archivado, no se habría predicado que estaba interesada en el expediente, ni se hubiera omitido tener en cuenta el factor de las amenazas, ni la circunstancia de que todo el mundo sabía que ese expediente era muy delicado, porque hubo "más de una muerto en relación con el mismo".

5. La declaración de la señora María Oliva Moreno Pino, quien empezó a laborar en el Juzgado 15 de Instrucción Criminal y narra que a partir del 27 de abril de 1990 se sabía del extravío de parte del expediente; que había renuencia en que se investigara. Que a pesar de que Carmen Lucía Porras Victoria presentó la denuncia por pérdida, hubo un funcionario interesado

en no someterla a reparto y hubo procuradores interesados en que no se investigara el asunto. Lo que indica que había personas extrañas a ella, interesadas en tal sentido.

6. La circunstancia de que los diferentes funcionarios que ocuparon su cargo, con posterioridad, Carmen Lucía Porras Victoria, Luz Angela Acevedo y Germán Gutiérrez Molina, manifestaron que en el lapso de enero de 1990 a julio 4 de 1990, cuando ya estaba archivado el expediente, aparecieran los abogados preguntando por qué se archivó; surge la renuencia a denunciar para que no se investigue su pérdida, los procuradores aconsejando que no se denunciara, las amenazas al Dr. Delgado por haber estado indagando sobre el paradero del proceso, el empleado Efraín Bonilla (que posteriormente fue asesinado) sacándole copias al proceso. De no haberse omitido lo anterior, no se habría predicado su interés en que desapareciera el proceso.

7. La denuncia penal que instauró contra el Dr. Enrique Guzmán Guerrero, Juez 53 de Instrucción Penal Militar, quien declaró dos veces de manera contradictoria. Ocultó que había dos o tres procesos paralelos que lo dejaron desconcertado, creyendo que la entonces Juez 15 de Instrucción Criminal se estaba preocupando por el proceso que él llevaba, por medios no procedimentales. Y, de otra parte, reconoció que desde el primer momento la mafia procedió a hacer amenazas y a interesarse por la suerte del expediente.

Por virtud de tal omisión, el *a quo* se apoya en tal testimonio para atribuirle su interés en el proceso por medios no procedimentales y negar que existieron amenazas.

Reitera su solicitud de que se declare la nulidad de todo el proceso a partir de la providencia que decretó el cierre de investigación. De manera subsidiaria que se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de los cargos que se le imputan y en subsidio de todo lo anterior, se le otorgue el beneficio de la libertad condicional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Las nulidades

La Sala abordará en primer lugar el examen de las nulidades propuestas por la impugnante, aún de aquellas referidas a la etapa de instrucción, puesto que en esta clase de procesos no hay lugar a Casación como que la Corte actúa en ellos como Juez ad quem y por tanto el desplazamiento de la oportunidad para invocar dichas nulidades, previsto en el art.306 del C.P.P. para el recurso extraordinario, no sería razonable.

Aunque no puede desconocerse que el precepto fue declarado exequible con todo y reconocer el Tribunal Constitucional su falta de rigor técnico (C-394/94 y C-541/92), es deber del fallador examinar, ante todo, la legalidad de la actuación como presupuesto para emprender el análisis de fondo de la cuestión que se debate en el proceso, tanto así que siempre y en cualquiera de las instancias, procede la declaratoria de oficio de las nulidades.

De otro lado es conveniente recordar que aunque la pretensión del legislador es introducir al proceso un orden lógico en la resolución de los distintos asuntos que dentro del mismo se suscitan, muchas veces ello no resulta siendo posible dada la amplia gama de vicios e irregularidades que se plantean como constitutivas de nulidad y, para precaver dilaciones innecesarias, reenvíos perniciosos a los fines mismos del procedimiento, e incluso comportamientos procesales desleales y sorpresivos o consecuencias jurídicas indeseables generadoras de impunidad, es oportuno que a la decisión de fondo la preceda un análisis riguroso de su validez, obviamente dentro del contexto limitante de la competencia funcional y sin perder de vista que aunque el artículo 454 de Código de Procedimiento Penal, permite diferir para el momento del fallo únicamente aquellas pretensiones qué no afecten sustancialmente el trámite, (que no es el caso de las nulidades en el evento en que ellas no se hubiesen resuelto de manera previa -como debe ser-, deben definirse en la sentencia en el momento procesal de proferir sentencia.

Las alegaciones relativas a la ausencia de competencia para investigar a la procesada por parte del Tribunal Superior de Buga, y a la violación de la estructura del proceso por no haberse resuelto situación jurídica previamente al cierre de la investigación, no tienen en verdad mayor fundamento dado que pasan por encima de la consideración del tránsito legislativo y de que las disposiciones procedimentales rigen para el futuro, por lo que no podría alegarse su puesta en vigencia para pretender efectos invalidantes frente a situaciones que en el rito se habían cumplido y consolidado conforme a las regulaciones pertinentes.

En cuanto a que el proceso transitara por las vías de hecho porque a partir de la vigencia del nuevo C.P.P. se omitiera su envío a una Fiscalía Delegada, es de notar que la actuación se desenvolvió en los términos de ley, pues fue precisamente la Fiscalía Delegada ante ésta Corporación la que desató la segunda instancia en cumplimiento del art. 12 transitorio del Código puesto que la resolución acusatoria estaba recurrida y había sido dictada por el Tribunal Superior. No hay pues allí irregularidad alguna como que lo único por resolver para el momento era el recurso.

Ahora bien, frente a la irregularidad referente a que en la sentencia de primer grado se determinó que la procesada no tenía derecho a la libertad por pena cumplida, a que se ordeno su captura y a que no se aclaro si debía cumplir la pena antes o después de ejecutoriada la sentencia, ha de manifestarse que ello en manera alguna podría originar la invalidez de la actuación porque no correspondía a ningún vicio de estructura o de garantía, de carácter sustancial, o no susceptible de corrección por otra vía. Además, este análisis ya lo afrontó la Sala en examen anterior que concluyó adversamente la pretensión liberatoria de la acusada y en dicha oportunidad señaló:

"La expedición de la orden de captura en contra de la procesada tiene como propósito el cumplimiento del saldo que le resta de la pena de 69 meses de prisión que le fuera impuesta por sentencia del 23 de julio de

1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga (Valle) y en tal consideración ha de mantenerse, pues el fallo que es su fundamento, se encuentra amparado por las presunciones de legalidad y acierto que la propia sindicada intenta derrumbar con la formulación del recurso de apelación, que aunque haya sido concedido en el efecto suspensivo, como corresponde, no inhibía al juez a quo a emitir la orden de captura, por cuanto el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal señala que '(...) las providencias relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas se cumplirán de inmediato.

"Aunque sí se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia, salvo que durante el proceso se hubiera proferido medida de aseguramiento o detención sin excarcelación.

"El expediente da cuenta de la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación desde el 4 de febrero de 1992 (folio 738, cuaderno original No. 1) fecha en la que se calificó el mérito del sumario por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga dictando en contra de la procesada RUBIELA MARÍN OROZCO DE RAYO resolución de acusación, providencia dentro de la que simultáneamente se definió su situación jurídica, como era perfectamente realizable bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal -Decreto 050 de 1987- vigente para la época de 1987.

"Específicamente sobre el punto se dijo, dentro de un apartado señalado con el título de 'Medida de Aseguramiento':

'A Rubiela Marín de Rayo se le imputan los delitos de falsedad por 'destrucción, supresión y ocultación de documentos' (art. 223 del Código Penal), que tiene una pena de prisión de dos (2) a diez (10) años, y 'Peculado por Apropiación' (art. 133 del Código Penal), el que por pasar el valor de lo apropiado de quinientos mil pesos, daría lugar a una pena de prisión de cuatro a quince años. Resulta claro entonces que la medida de aseguramiento pertinente para esta procesada, por ambos punibles es la detención preventiva, de acuerdo con el artículo 421 del estatuto procedimental, y así se dispondrá'.

"No hay entonces duda alguna de la imposición de medida de aseguramiento de detención durante el proceso.

"En lo que tiene que ver con el asunto de la excarcelación, el Tribunal dentro del acápite titulado 'De la Libertad Provisional', (...) señaló respecto de Marín Orozco:

'En cuanto a Rubiela Marín de Rayo, dado que en caso de sentencia condenatoria, por la pena a imponérsele (más de tres años de prisión) y por la gravedad de sus comportamientos, no tendría derecho a la condena de ejecución condicional tampoco es acreedora al beneficio de la libertad provisional'.

"Se demuestra entonces que a Rubiela Marín Orozco de Rayo, se le impuso medida de aseguramiento de detención sin excarcelación durante el proceso..." (fls. 36 al 38 C Corte).

Es que *el inciso final del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, arriba transcrito, dispone que si en el curso del proceso se ha dictado medida de aseguramiento de detención sin beneficio de excarcelación, la captura se ordenará de inmediato, pues ello implica que el juzgador en el momento de analizar el subrogado de la condena de ejecución condicional estimó que no era posible su concesión, habida cuenta que la pena a imponerse en caso de condena superaría los tres años de prisión por la gravedad de los comportamientos.* Esta circunstancia no hacía a la Dra. Marín de Rayo acreedora a dicho subrogado, y por ende tampoco al beneficio de la libertad provisional.

Además en la sentencia se analizaron manifestaciones conductuales de la procesada respecto de la actitud asumida más allá de la acción peculadora, tales como la búsqueda de la incapacidad con el desaparecimiento del proceso y la conducta procesal dilatoria que por poco logra la prescripción de la acción penal. Tales aspectos fueron considerados para rechazar el beneficio de la libertad condicional, y a ello se sumó la valoración específica de su calidad de funcionaria judicial al momento de la comisión de los hechos, y, consecuentemente, el mayor grado de compromiso funcional y social dentro de la amplísima gama de los servidores del Estado.

Otra objeción que propone la recurrente a título de nulidad consiste en que, a su modo de ver, los hechos que se le atribuyeron en la sentencia correspondían al delito de prevaricato y no al de peculado. Sin embargo, este planteamiento no está en parte alguna desarrollado sino meramente enunciado en su memorial petitorio, como en seguida se pone de presente:

> "... A lo sumo podría investigarse un prevaricato que tampoco se configuraría porque la Juez en medio de tantos funcionarios judiciales, asesinados a finales de 1989 y amenazada como estaba, se limitó a razonar en el sentido de que no era indebido portar y reclamar las divisas cuando se acreditaba, como se acreditó, su lícita procedencia, a pesar de que inicialmente esto aparecía como enigmático".

No cumple, a este propósito entonces, con la carga de sustentación del recurso y, consecuencialmente, no habilita el pronunciamiento de la Sala sobre el particular. En efecto, ello únicamente es posible si el recurrente se atiene a las exigencias de la ley y delimita de manera clara y acabado no solo sus peticiones sino, y principalmente, las razones de su inconformidad. Ya *en múltiples ocasiones la Corte ha puntualizado cómo opera la obligación de sustentar el recurso y cuáles son las consecuencias de dicha omisión; y lo sostenido frente al todo es también predicable respecto de sus partes y de las diferentes pretensiones a que se aspira por el impugnante pues que de ser así las partes podrían proponer de manera alternativa y general, con su simple enunciado o proposición, la revisión integral de una decisión, haciendo de la exigencia de ley un mero formalismo vacío de contenidos y colocando a la*

instancia superior a suponer el contradictorio. El punto, en consecuencia, no será particularmente analizado.

II. La existencia de los hechos, su adecuación y la responsabilidad

Es el delito de peculado un atentado contra la Administración Pública. Las conductas que lo constituyen tienen de común que con ellas se altera de manera grave el funcionamiento del sistema, en tanto afectan el desenvolvimiento normal de las actividades del Estado, bien sea porque éste las asuma de manera directa a través de sus funcionarios, bien porque delegue o autorice que los particulares en casos específicos las realicen.

Aunque en principio habría de estimarse que, en el peculado el objeto de protección se proyecta sobre la función administrativa aplicada a los bienes y caudales públicos, esto es, a los que conforman propiamente el patrimonio del Estado, poco a poco la ley penal ha ido extendiendo la cobertura de protección a otra clase de bienes. Es por ello que no solamente quedan ahí cobijados los de propiedad de particulares que han sido confiados en su administración o custodia a servidores públicos, por razón de sus funciones, sino los llamados bienes o fondos parafiscales, e incluso aquellos pertenecientes a asociaciones cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales que ni siquiera son administrados por servidores del Estado (Ley 190 de 1995 arts. 19 y 20).

Es el componente SOCIAL del modelo de Estado, aquel que explica esa mayor cobertura. Y explica, en el momento de hoy, que el concepto de corrupción tenga como punto de partida la contraposición de intereses y de fines, para evaluar los constitucionalmente declarados y los que se propone el realizador de la conducta objeto de enjuiciamiento. La confrontación entre lo que la norma regula, permite o prohíbe y la conducta que se valora ha de regirse entonces por contenidos teleológicos en cuanto ellos nutren de significado la literalidad de los textos e impiden alterar el sentido de las normas con el pretexto del respeto a ellas.

Estas consideraciones previas se ve llamada la Sala a hacerlas precisamente por la índole de las argumentaciones a que acude la apelante para buscar la revocatoria de la sentencia. Para este caso concreto a la procesada se le imputó la realización del tipo penal de peculado por apropiación, dado que en su carácter de Juez de la República tuvo la disponibilidad jurídica y material sobre una cuantiosa suma de dólares americanos, y estos desaparecieron. No existía, en la actuación que ella adelantaba en condición de funcionaria de instrucción, causa jurídica y prueba cierta que justificara la entrega. Y además desapareció el expediente que documentaba la actuación procesal, precisamente la fase de la actividad jurisdiccional que contenía aquello por ella realizado; aquello donde se constataban esa ausencia de causa jurídica para justificar el destino de las divisas y la desposesión que respecto de ellas sufrió la Administración Pública.

La desaparición del dinero en divisas y la del expediente fueron completamente acreditadas hasta el punto que ni la procesada las discute. Lo que

ocurre es que quiere que la Corte avale su tesis de que por haber sido entregados los dólares a terceras personas (que primero no individualizó, luego refirió por apellidos) no se cometió por su parte delito de peculado. La ley regulaba de distintas maneras cuál debía ser el destino de esas divisas, en qué hipótesis y quién o quiénes podrían entregarlas a particulares y bajo qué condiciones probatorias. Nada de esto acreditó la acusada sino que concretó su energía a demostrar que un grupo de personas fue visto por distintos testigos recibiendo los valores que en términos de hoy ascenderían alrededor de quinientos millones de pesos colombianos.

El delito de Peculado, descontado del análisis de la clase de bienes sobre los cuales recae la acción, consiste en una apropiación que en provecho propio o de un tercero realiza el empleado oficial al que se le ha encomendado su administración o custodia. La apropiación consiste en el ejercicio de actos de dominio sobre los bienes, en tanto ellos resulten siendo incompatibles con los ámbitos de comportamiento admisibles según el título que justifique su posesión o tenencia (Antolisei). Por eso la Corte señaló en alguna oportunidad con palabras que exactamente se adecúan acá que la apropiación "se cumple, en muchos casos, mediante una actividad sicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia", (Auto de octubre 2 de 1975 M.P. Dr. Estrada Vélez) para reiterar que el tipo penal definidor del peculado no circunstancia una determinada manera de llevarse a cabo, sino que se constata con la adquisición de evidencia de que se dispuso de los bienes y se desposeyó de ellos a la Administración, sin fundamento legítimo alguno.

De esta manera, haber derivado beneficios directos de los dólares, haberlos disfrutado o gastado, o ingresado al propio patrimonio, o haberlo hecho en beneficio de otras personas, para nada incide en cuanto al juicio de tipicidad. La intención lucrativa, incluso, bien podría no haberse agotado o realizado plenamente y, aún, se repite, es posible que ningún enriquecimiento haya derivado el autor o que se desconozca quién fue finalmente el enriquecido.

Lo que verdaderamente pesa, en este proceso, es que la Dra. Rubiela Marín de Rayo sostuvo a lo largo de la investigación que ella adelantaba, que la propiedad de las divisas constituía un "misterio" (p. 15 del interlocutorio 633) y que esa categórica aseveración ni era gratuita, ni era intrascendente:

Lo primero, porque resultaba necesaria para justificar argumentativamente la desvinculación de los procesados de la investigación que por hechos tan comprometedores le habían correspondido adelantar y que, por lo menos en lo que revelan las decisiones rescatadas en los libros archivadores del juzgado, venía descontextualizando y fraccionado sin consideración alguna para con los vínculos que internamente tenían entre sí los datos indiciarios allegados al proceso, lo cual no siendo objeto acá de juzgamiento como imputación independiente, se hace manifiesto e indiscutible. Lo segundo, porque se trataba de la decisión por medio de la cual terminaba el proceso. Era la pieza que cesaba todo procedimiento y disponía

el archivo de las diligencias, concluía y precluía el caso; clausurada la actividad jurisdiccional probatoria y decisoriamente.

El destino de los 259.300 dólares, dadas esas condiciones, no podía ser sino la Superintendencia Cambiaria. Ni podía ser objeto de prueba, cuál era su origen, ni su pertenencia, ni la razón por la cual había aparecido en el lugar donde se practicó el allanamiento, ni podía prolongarse el proceso, y consecuencialmente no podía entregarse a persona alguna porque hasta ese entonces, el momento de la definición procesal, lo referente a esa suma era un "enigma". Todo acto de disposición de esos valores, a partir de allí, modificaba ilícitamente el título que justificaba o legitimaba su posesión o tenencia en cabeza del Estado y resultaba claro acto de apropiación de acuerdo con lo puntualizado previamente por la Sala.

Como es este el marco concreto en el que se centra el contenido antijurídico de la conducta de la ex juez Marín de Rayo, las protestas que formula contra la sentencia pierden toda consistencia, principalmente en cuanto pretenden insistir en la posibilidad de identificar o acreditar la existencia real de los terceros que recibieron las divisas. El asunto es que no había fundamento alguno para despojar a la Administración Pública de esos valores, y que la procesada lo llevó a cabo sin razón, sin prueba, sin justificación alguna, y que estas ausencias habían sido por ella declaradas en la decisión que finiquitó el proceso.

En cuanto a la desaparición del expediente se enfrenta la Corte con otro sesgo argumentativo igualmente inidóneo para desvertebrar la imputación y subsiguiente condena.

Acá la procesada se ha atrincherado en la multiplicidad de intereses oscuros y siniestros que rodearon el episodio. De ahí deriva que muchas personas podría beneficiarse de la desaparición de la actuación, e incluso sugiere algunas. Habla de los carteles de la droga, de los Procuradores y sus omisiones, de otros funcionarios, del peligro que en general era investigar sobre el caso. Y critica al Tribunal por radicar en su cabeza la responsabilidad, siendo que había hecho "devolución" de las divisas sin malicia alguna y, por tanto, ningún interés tenía en la desaparición del expediente. Todos los elementos de la argumentación giran en torno a esto y a la prueba que acredita las conductas irregulares de funcionarios, las precauciones y manifestaciones de temor de otros tantos, los sufrimientos y alteraciones anímicas que ella tuvo que padecer, las torturas y sugerencias intimidativas que soportó respectivamente a manos de "policía" y del "brazo jurídico" del cartel de Cali.

La construcción de un razonamiento así supone dejar de lado las consideraciones que de manera particular distinguen su "interés" del de los demás, y que sustentan la deducción de responsabilidad en cabeza suya, así ésta hubiese podido contar con otras coparticipaciones, intervenciones, intereses o beneficios concurrentes hasta los cuales no llegó en la indagación el proceso, pero cuya existencia no se presenta en términos de mutuas exclusiones.

El punto de partida radica en que las divisas no se destinaron, ni se devolvieron, sin "malicia alguna". La base de la imputación está en que la Dra. Marín de Rayo dispuso de los dólares y despojó al Estado de toda posibilidad material de ejercer sobre los mismos la actividad funcional que las disposiciones vigentes y principalmente el Decreto 444 de 1967, ordenaban, así como de la posibilidad jurídica de hacerlo ante la ausencia de objeto material sobre el cual cumplir los mandatos de la legalidad. Entonces frente al panorama de la confluencia de tantos, tan variados y tan aciagos intereses, era en torno suyo al rededor de lo cual necesariamente culminaba girando ese conjunto de beneficiarios por la pérdida o extravío de los cuadernos que conformaban el proceso.

Pero no es solo eso. Ocurre que la actuación que se echa de menos no es todo lo que conformaba el expediente contra el Capitán Oliverio Esguerra Muriel y otros porque lo que desapareció fueron dos cuadernos (original y su copia), y fueron exactamente los dos cuadernos que recogían la actividad jurisdiccional probatoria adelantada por la Dra. Marín de Rayo: Eran los cuadernos que contenía y revelaban los vericuetos por donde se filtró una organización criminal al servicio del narcotráfico, y eran los cuadernos que permitían verificar cómo esa inmensa fortuna a cargo, de la Sra. Juez, había ido a parar a manos totalmente ajenas a las de las entidades oficiales encargadas de decidir sobre ella.

Ocurre además que desde agosto de 1989 el Juzgado de Instrucción Penal Militar había comunicado sobre la existencia de las divisas a la Superintendencia (fl. 2 Cdo. Que contiene la actuación de la entidad) y que en octubre 26 de 1989 el Juzgado 4 de Orden Público había respondido una solicitud de información a la misma Superintendencia, señalándole que había corrido traslado de su oficio 2067 al Juzgado 15 de Instrucción Criminal, que era el despacho donde se adelantaba proceso en que estaban comprometidos los dólares.

También, que si en abril de 1990 la Supercambiaria detecta la pérdida del expediente, ello no indica que hubiese sido en esa época cuando se produjo su desaparición, como para concluir de ese dato cronológico que ya para ese momento la Dra. Marín de Rayo estaba imposibilitada para participar como protagonista de ello, dada su desvinculación del Despacho desde comienzos de ese año. Y que el padecimiento de amenazas o presiones sufridas por ella no es posible identificarlo de manera exclusiva ni excluyente ni probable con los hechos aquí juzgados, ni con los que ella investigaba, dado que el proceso aporta documentos que ubican en febrero de ese año las primeras comunicaciones en que la Dra. Marín de Rayo hacía conocer sus temores (fls. 49 y sgles cdo 1. vgr.), es decir, 4 meses antes de empezar a actuar como instructora del proceso en cuestión.

El centro de gravedad de los intereses que podrían derivarse de lo que ocurrió con la investigación contra Oliverio Esguerra y otros, era entonces la Dra. Rubiela Marín de Rayo.Y era ella la más inmediata y directa responsa-

ble por la actuación y por las decisiones allí tomadas. Era la que en primer término tendría que rendir explicaciones y era la que tenía acceso a la información que pudiese develar toda la urdimbre que se entretejió no sólo frente al destino de la fortuna decomisada en dólares, sino en general respecto de los hechos que originaron esa actuación. La otra fuente de información era el proceso. Y lo que se perdió fue el proceso, o más concretamente la parte del proceso que contenía aquello en que había sido protagonista de primer orden la Dra. Marín de Rayo.

Entonces no se puede atribuir a suposiciones del Tribunal Superior, ni a falta de consideración de prueba, ni a fallas en la apreciación de los hechos o en la deducción de inferencias, la conclusión de condena. Ciertamente el proceso arroja elementos de juicio suficientes para la adquisición de certeza sobre la responsabilidad de la acusada, y no contiene, en cambio, datos ciertos ni probables que razonablemente conduzca a mostrarla ajena a las dos cuestiones medulares y tan íntimamente vinculadas entre sí: la apropiación de las divisas y la desaparición parcial del expediente en tanto develaba su destino final.

III. La incongruencia

Ha tenido oportunidad la Sala de señalar en múltiples ocasiones cuáles son los fundamentos y el alcance del principio procesal de la congruencia. Ello a partir de que la resolución de acusación es acto fundamental del proceso dado que tiene por finalidad garantizar la unidad jurídica y conceptual del mismo, delimitar el ámbito en que va a desenvolverse el juicio y, en consecuencia, fijar las pautas del proceso como contradictorio. Por eso la ley regula los presupuestos procesales de la acusación (art. 438), sus requisitos sustanciales (art. 441) y su estructura formal (art. 442). Por eso también la ley, al regular la estructura de la sentencia recoge el concepto de acusación como punto de referencia obligado (art. 180 # 1,3,5,7) y señala como vicio de la misma, demandable en casación, su falta de correspondencia (art. 220 #2).

Pero es el propio legislador el que puede, al diseñar el modelo de proceso, definir los alcances de la congruencia. Y esa opción se ha ejercido con las siguientes características:

1. La unidad conceptual exige correspondencia entre los hechos (causa petendi).

2. La unidad jurídica exige correspondencia entre la calificación jurídica genérica (nomen iuris) *del delito o delitos tipificados por esos hechos.*

3. La armonía o desarmonía se advierte con la confrontación entre los apartes que en uno y otro acto procesal precisan el cargo o los cargos.

4. No basta, por tanto, comparar las partes resolutivas de las referidas actuaciones.

5. Tampoco consiste en la consonancia que deba existir entre la motivación de la sentencia y su resolutiva, aunque pudiese atacarse por defecto de motivación o anfibología una sentencia así concebida.

6. Ni consiste en una correspondencia que deba haber entre el fallo de primera instancia y el de segunda.

7. No hay incongruencia cuando la sentencia se apoya en argumentos o razonamientos distintos de los de la acusación.

8. Ni hay en ella una exigencia de identidad entre la apreciación probatoria del acusador y del juzgador.

9. El origen del vicio puede estar en una equivocada interpretación del acto acusatorio o en un acto racional y expreso del fallador en tanto estima errónea la formulación del cargo y, en su afán correctivo, va más allá de los límites que le marcan la ley y la acusación.

10. Hay incongruencia cuando la sentencia incorpora nuevos hechos a la imputación.

11. O cuando se condena por delito que no corresponde a ninguno de los previstos en el título (cuando no se dividen capítulos) o capítulo correspondiente al de la denominación jurídica deducida en el calificatorio.

12. O cuando se incluyen circunstancias de agravación modificadoras (o específicas) dosimétricas valorativas no deducidas en la acusación.

13. O cuando se desconocen circunstancias atenuantes reconocidas en la acusación.

14. O cuando se agravan las modalidades de participación o la forma de culpabilidad.

15. O cuando se varían los hechos que constituyen la imputación, mutándolos en su esencia.

16. No existe incongruencia cuando imputada la comisión de una figura típica concreta y determinada en la acusación, se condena por la misma aunque sea otra la modalidad de afectación del bien jurídico, de entre las varias prevista de manera alternativa en la misma disposición penal.

17. Tampoco cuando la conducta por la que se condena está prevista como conducta subordinada o especial dentro del mismo capítulo, siempre que con ello no se agrave la situación del sentenciado.

18. Tampoco cuando se condena por concurso homogéneo (aplicando el artículo 26 del C.P.), siempre que los hechos configuradores del concurso hayan sido derivados en la resolución acusatoria.

19. Tampoco cuando jurídicamente la sentencia estima como unidad (por subsunción o delito unitario) los varios hechos deducidos en la acusación siempre que en el fallo no se incorporen a la unidad nuevos hechos o conductas.

20. Ni cuando la sentencia deduce concurso en el evento en que se acusó por conducta unitaria desde que ello no suponga incorporar nuevos hechos

ni incida agravatoriamente en la pena, lo que implica, entonces, un juicio comparativo de los que procederían en uno y otro evento.

21. En los delitos permanentes el límite cronológico máximo de la imputación es el de la acusación y por tanto la sentencia debe atenerse al mismo.

22. A los delitos progresivos y complejos se aplica la misma regla acá prevista para los casos de unidad y concurso con las limitantes referidas a la imposibilidad de agravar la pena o deducir nuevos hechos, o cambiar la denominación jurídica genérica de la o las infracciones.

23. Es de la esencia de la causal que quien la alega acepte, sin cuestionamientos, el cargo o los cargos formulados, porque a lo que apunta la denuncia de incongruencia es a que el Juzgador ad quem *o el de casación, respeten el marco de la acusación regresando la imputación al ámbito por el que se formuló. Ni la calificación jurídica, ni la prueba, son objeto de impugnación cuando se acude a ella.*

Las críticas de la apelante, por esta vía, no pueden entonces prosperar. Son varias las glosas que deber hacer la Sala a su propuesta y por ello la conducen al fracaso.

Veámos:

La acusación le atribuyó a la acusada haberse apropiado, en provecho suyo o de terceros, de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia le habían sido confiados por razón de sus funciones. Jurídicamente, la acusación calificó la conducta como de peculado por apropiación (art. 133 del C.P.) y genéricamente se ubicó como conducta genérica de peculado prevista y sancionada en el capítulo I del título III del Libro 2 del C.P., delito este contra la Administración Pública.

Dentro de ese marco de adecuación típica no solamente se formuló este cargo, sino que se desarrolló el juicio y versó el contradictorio. Y dentro de ese marco se profirió la sentencia de condena. No se desbordó pues, por parte del Tribunal, ni la unidad conceptual (fáctica) de la imputación, ni su unidad jurídica (el *nomen iuris* que opera como eje del juicio). Tampoco se varió su grado de participación, ni la forma de culpabilidad, para agravarlas. Se le acusó como autora de conducta dolosa y por ello se le condenó.

Igual sucedió por el cargo de falsedad. El tipo previsto en la ley, y deducido así en la resolución acusatoria, fue el del artículo 223 del Código Penal que consiste en destruir, suprimir u ocultar, total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, conducta realizada por servidor público en ejercicio de sus funciones. Dentro de ese preciso contorno fáctico se dictó la sentencia, sin haber variado la calificación jurídica genérica, ni la calificación jurídica específica previstas para esa clase de comportamientos. Menos aún se varió el título de participación (autoría) ni la forma de culpabilidad (dolosa) impuesta.

No cabe, en el concepto de incongruencia, la crítica a la decisión impugnada en cuanto se encuentra falta de correspondencia del fallo con la realidad

probatoria y frente a aspectos que la procesada considera suficientemente probados y, a consecuencia de ello, fundamentos necesarios para una absolución. El reproche tiene que ver con la estimación de circunstancia que en concepto de la apelante debían desvirtuar los cargos, porque acreditan que fue secuestrada y torturada. Sin embargo, ya se ha visto cómo lo que el Tribunal sostuvo básicamente, y lo reitera la Corte porque le asiste en ello toda la razón al *a quo*, es que las presiones o amenazas que quiso probar la Dra. Marín de Rayo no incidían como datos indiciarios en favor suyo no solo porque las prementadas amenazas (consideradas en conjunto) se habían comenzado a presentar mucho tiempo antes de avocar el trámite del proceso que originó los cargos, sino que además los términos en que circunstanció lo sucedido eran al primer examen inverosímil en la relación que de ellos se querían acreditar con los delitos de peculado y falsedad aquí investigados. De modo que no es ninguna incongruencia, lo que desarrolla como tal en su recurso, ni su protesta sobre las torturas, amenazas y presiones, es de mínima capacidad para encontrar en la construcción del fallo un vicio que conduzca a modificarlo o revocarlo.

IV. La crítica a la negación de subrogados.

También muestra su inconformidad por no habérsele otorgado el beneficio de la libertad provisional y agrega que en la sentencia se omitió hacer alusión a la condena de ejecución condicional. Debe aclararse sobre esto último, que el artículo 68 del Código Penal establece para concesión de este beneficio un requisito verificable objetivamente, cual es que la pena sea de arresto o no exceda de tres años de prisión, circunstancia que por no acreditarse en este caso, hace que se descarte de plano la posibilidad de beneficiar a la procesada con este subrogado.

En cuanto a la libertad condicional, a juicio de la Sala, la procesada Rubiela Marín de Rayo no satisface los requisitos de orden subjetivo que contempla el artículo 72 del Código Penal, conforme a los datos que sobre su personalidad y antecedentes de todo orden, aporta el proceso. En efecto, no cabe duda que la actitud asumida por la Dra. Marín de Rayo al paso que se adelantaba la investigación no consulta los parámetros buscados por la citada norma. Si bien es cierto, en alguna oportunidad estuvo favorecida con este beneficio, ello fue en consideración al tiempo que llevaba en detención, su conducta anterior y comportamiento en el centro carcelario y su estado de salud. Pero dichos factores no hacen eco en este momento, pues la forma cómo ha respondido a la administración de justicia, no es precisamente la más adecuada y menos de quien ha desempeñado actividades de funcionaria judicial. Su labor entorpecedora por los numerosos memoriales tendientes a buscar la prescripción del proceso y su actitud soberbia y despectiva frente a los funcionarios judiciales, es lo que ha predominado en todo el tiempo que lleva esta actuación judicial. Y que no decir de la modalidad de los delitos de peculado y falsedad por los cuales se le condenó. Fue su condición de Juez de la República por la cual mostró su decidido compromiso con las divisas puestas a disposición, al punto que llegó a cancelar los títulos de custodia

personalmente y la manipulación que tal calidad le facilitaba en el manejo de los procesos. Estas circunstancias impiden de lleno la posibilidad de otorgarle el beneficio analizado y por lo tanto se reitera las órdenes de captura impartidas contra la procesada Rubiela Marín de Rayo a efectos de que cumpla con la totalidad de la pena de sesenta y nueve (69) meses que le fue impuesta por el *a quo*, cuya dosificación comparte a plenitud la Sala.

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:

CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Buga, contra la Dra Rubiela Marín de Rayo, ex Juez 15 de Instrucción Criminal.

Notifíquese 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 Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas, (Aclaración de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

De manera respetuosa presento algunas notas sencillas con respecto a la providencia que se suscribe, sobre la *incongruencia* en lo atinente a su tema cosustancial de la *acusación* (art. 250 Const. Pol.[1]):

1. Desde los primeros intentos históricos del *hombre* por darle reglamento institucional a la solución de disputas reflejando la concepción política que simultáneamente regía el *Estado*, han prevalecido los sistemas procesales *acusatorio*, correspondiente a un modelo de Estado *democrático*

La Hélade y tiempos del "Iluminismo", el "demoliberalismo penal", la Revolución Francesa, el formidable movimiento hacia la reforma procesal del siglo XIX, el "garantismo" del mundo globalizado de hoy heredero magnífico del fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal madurada en el siglo XVIII[2], e inquisitivo, emparentado con una forma de Estado *autárquico, dictatorial* o *absolutista que surgió con el* Imperio Romano *al morir la* República *cuando Octavio, prevalido del éxito de las armas en la batalla de Actio -año 31 a.C.- sobre las fuerzas de Cleopatra y Marco Antonio, se abroga poderes absolutos que se reflejan en la administración de justicia con aumento de poderes al Magistrado, entre ellos, investigación absolutamente secreta*[3], *y se extiende por todas las Edades* Media, Moderna y Contemporánea, *de pleno apogeo de la Monarquía Absoluta y del* Tribunal de la Inquisición,

surgiendo el "monstruo" del mixto, fruto de la unión de los otros dos sistemas, con los códigos termidoriano de 1795 y el napoleónico de 1808[4].

2. Quiso la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el legislador coyuntural[5], dotar al país de un *Código de Procedimiento Penal* afín con una

---

[1] *"Corresponde a la Fiscalía General de la Nación... acusar a los presuntos infractores..."*.

[2] LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Madrid, Edit. Trotta, 1995, pág. 565; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Abril 18/88, M. P. Doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS.

[3] TERESA ARMENTA DEU, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1995, pág. 14; HORST SCHÖNBOHM y NORBERT LOSING, *Sistema Acusatorio y Proceso Penal*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995, pág. 43; JOSE ALMAGRO NOSETE, Derecho Procesal, T. II, Madrid, Edit. Trivium, 1995, pág. 29; y, MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa Edit. 1995, págs. 37 y Ss.

[4] LUIG FERRAJOLI, *Derecho...*, ob. cit., pág. 568

[5] Gaceta *Constitucional* números 38, 51, 87 y 93, y *Comunicación* de agosto 27 de 1991 a través de la cual el Gobierno Nacional (Ministros de Justicia y Gobierno) presenta el proyecto de Código de Procedimiento Penal a los presidentes de la Comisión Especial Legislativa o *"Congresito"*.

sistemática garantista, que a la vez de propiciar la *celeridad y eficacia* del proceso penal, fuera *respetuosa* de los derechos humanos, como lo exigía perentoriamente el modelo de *Estado (Social y Democrático de Derecho)* que se acogía en la parte dogmática de la Carta, y que ha dado lugar al "*diseño constitucional del proceso penal colombiano*" o "*jurisdicción constitucional procesal*"[6], que integra la siguiente constelación de normas superiores: 1, 2, 11, 12, 13, 14, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 83, 86, 93, 95-7, 116, 174, 175, 178, 213, 214, 221, 228, 230, 235, 243, 248, 250, 251, 252, 277 y 282, entre otras.

Y constituye evidentemente este vértice superior de la *Pirámide* ("*norma de normas*", artículo 4°), la fuente primordial de donde debe nutrirse el *legislador* en cuyo trabajo, cuando se desatiende semejante directriz y para corregir rumbos, se designan "comisiones de ajuste", como ocurrió en el trámite del proyecto de *Estatuto Procesal Penal* de Colombia en 1991[7].

3. Sin que preocupe demasiado la "*matrícula*", pero buscando estructuras comunes para un orden básico del proceso penal derivadas de las metas y de la función de él, de los ordenamientos constitucionales comunes y de los derechos fundamentales mundialmente reconocidos, un tal sistema de corte *garantista* se integra por estos ineludibles elementos:

– Su *idea básica* es la fragmentación del procedimiento en las *dos etapas* de investigación y acusación, y juicio;

– La *tripartición* clara de funciones de *acusación, defensa y juzgamiento*; y,

– Su *núcleo esencial* consiste en que, al contrario del sistema inquisitivo, la parte principal del proceso es el *plenario o juicio público*, en donde se realiza el *debate oral* y tienen cabal vigencia los *principios* que le otorgan identidad filosófica al sistema: *oralidad, publicidad, contradicción, celeridad, inmediación, concentración, identidad del juzgador, presunción de inocencia y de oportunidad o conveniencia*[8].

4. La Asamblea Nacional Constituyente precisó que "*el monopolio de funciones en cabeza de la Fiscalía, entraña la separación total de las etapas de*

---

[6] "*El sistema acusatorio plasmado en nuestra Constitución... Es la misma Constitución la que consagra tanto el sistema acusatorio con las características antes descritas (art. 250 C.P.)... y seguido, porque en el sistema acusatorio lo que prevalece no es el interés punitivo del Estado sino la búsqueda de la verdad*". CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-563/97, M.P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ. "*Lo preceptivo del art. 250 Superior indica, muy a las claras, que el constituyente plasmó las bases de un sistema... Es evidente que la Carta consagra las bases de un sistema procesal penal que los expertos han denominado acusatorio mixto...*". CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C 395/94. M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ. En el mismo sentido, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, auto agosto 28/98, M. P. Doctor FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL; y, sept. 7/99, M. P. Doctor JORGE A. GÓMEZ GALLEGO.

[7] CUERVO PONTÓN, ESPITIA GARZON y PEREZ ORTIZ.

[8] Se ha de anotar que en Alemania, Italia y España no rige pleno el principio de la "inconveniencia" o "discrecionalidad", al contrario de lo que ocurre en Inglaterra y E. U., no obstante lo cual ningún iniciado en la materia ha descalificado al uno o al otro por pretendidas "*impurezas*".

acusación y juzgamiento"[9]. El Gobierno Nacional en la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal que presentó a la Comisión Legislativa Especial adujo que "*es fundamental que a través de esta reforma, se separen definitivamente las funciones de acusación y juzgamiento*"[10]. Y, la Corte Constitucional, en providencia muy próxima a la entrada en vigencia del estatuto procesal, planteó que "*la implantación del sistema acusatorio escinde definitivamente ambas funciones...*"[11], argumentos que no pueden significar simples muletillas o frases huecas alejadas de las correspondientes consecuencias sistemáticas conectadas a los *valores superiores* de una administración de justicia *eficaz, eficiente y garantista*, y dirigida prevalentemente a *lo material-sustancial* para "*dentro de un marco jurídico y participativo*" garantizar "*un orden justo*":

"*Téngase en cuenta, adicionalmente que si esta Corte accediera a declarar inexequible el vocablo acusado, propiciando así que se hiciera definitivamente la calificación del Fiscal en la resolución acusatoria, cualquier inexactitud en que incurriera la Fiscalía al proferir dicha providencia llevaría a la nulidad del proceso penal, dando paso a la impunidad, ya que, con arreglo al principio non bis in idem (artículo 29 C.P.), no cabría nueva actuación procesal por los mismos hechos.*

Basta sugerir, a título de ejemplo, lo que acontecería si –en el supuesto de una norma legal como la quiere la demandante-, calificado el hecho punible bajo un determinado tipo legal en la resolución de acusación y hallado en el curso del proceso que el sindicado no cometió ese delito, sino otro, plenamente probado, fuera imposible para el juez proferir el fallo de condena en cuanto le estuviera vedado modificar la calificación jurídica inicial. El delito, entonces, por mal calificado, quedaría impune, frustrándose el postulado constitucional que obliga al Estado a realizar un orden justo".[12]

5. La Carta Política –se reitera– consagró al abrir su parte dogmática o "Carta Ideológica", el modelo de Estado que rige en Colombia, SOCIAL y DEMOCRÁTICO de DERECHO (cláusulas similares a las consagradas en la Constitución *española, alemana, italiana*, entre otras, sin que necesariamente coincidan las realidades de esos países pero que no significa que unos modelos sean "*más puros*" que otros); en el artículo 2° se destaca como fin esencial del Estado "*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan*", como se logra a través del mentado sistema procesal garantista, y los

---

[9] *Gaceta Constitucional* N° 51, proyecto de CARLOS ABELLO ROCA.

[10] Comunicación agosto 27 de 1991, Ministros de Gobierno y Justicia de Colombia.

[11] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-474, Mgs. Ptes. Doctores EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Este planteamiento es matizado con razón: "*Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por la inobservancia de sus requisitos legales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el fiscal subsane la irregularidad advertida.*" CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Agosto 2/95, M. P. Doctor RICARDO CALVETE RANGEL.

[12] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-491/96, M. P. Doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

arts. 29 y 228, asumen como prerrogativa fundamental del sindicado el derecho "a un debido proceso público"[13] y a través del bloque de constitucionalidad (art. 93) tienen decidida trascendencia en Colombia las *"Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal"* o *"Reglas de Mallorca"*, que en su regla 25 prescriben el derecho del imputado *"a un juicio oral"*, en cuya sede debe haber *"debate probatorio público"*.

6. Esas razones *históricas*, *políticas* y *sistemáticas* son las que obligan a leer con esa precisa óptica el sistema procesal penal colombiano, pero además comprometiéndose el intérprete con las respectivas consecuencias que sólo atienden al *valor* supremo incrustado en el preámbulo de la Carta, de un *orden justo* apuntalado en el prodigamiento de una *justicia sustancial material* (art. 228 Const. Pol.) y a la que tengan *acceso* (art. 2° Const. Pol.) por *igual* (art. 13 Const. Pol.) todos los ciudadanos de este país.

Así lo ha entendido un grueso sector de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, algunos de manera amplia y cabal, y otros con las reticencias propias de un juicio comparativo con los sistemas especialmente europeos y norteamericanos, atinando a calificarlo apenas como *"mixto con tendencia acusatoria"* por no existir una coincidencia milimétrica:

"Resulta problemático atribuirle implicaciones plenamente justificadas en el contexto de sistemas prohijados en otras latitudes, cuya transposición mecánica al estudio del ordenamiento jurídico colombiano podría desconocer justamente los pilares que sirven de soporte a la construcción de nuestro especial y "sui generis" sistema; un mimetismo acrítico alimentado en la preocupación de acomodar la ley o su correcta interpretación a modelos foráneos de presunta pureza, más que a soluciones claras fundadas en el derecho tal como se estableció, conduciría a fomentar un sinnúmero de dudas, y sobre la deleznable base de la incertidumbre no es correcto fundar juicios acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma"[14].

7. En claro desarrollo de esas *pautas superiores*, el nuevo *Estatuto Procesal Penal de 1991* introdujo *modificaciones* importantes para otorgarle realce a la *etapa del juicio* especialmente con el fin de garantizar los derechos tanto -y primordialmente- del procesado como de los restantes sujetos procesales:

---

[13] *"No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"*. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-406/92, M.P. Doctor CIRO ANGARITA BARÓN. *"...la Carta consagra fines, principios y valores que impregnan su propio contenido e informan el ordenamiento jurídico entero, constituyéndose en guías para su interpretación y desarrollo"*. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

[14] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ. En nuestro sistema procesal penal, *"copia desfigurada de esquemas foráneos... algo podemos tener de autóctonos"*. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, salv. Voto a prov. marzo 3/94, Magistrado GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ. *Por eso se insiste en un sistema procesal penal de corte garantista pero en lo material* (art. 228 Const. Pol.) no en meras *formalidades* (art. 442 C. de P. Penal); que se interese de veras en la vigencia de un *orden justo* de panorámica *igual* para procesado, víctima-perjudicado y sociedad.

7.1. En el art. 438 (conc. 441) no se demanda ya para la procedencia del cierre de investigación, su *perfeccionamiento*, como antes de entrar en vigencia la nueva Constitución y el nuevo C. P. Penal, sino del recaudo de "prueba necesaria" ("*o vencido el término de la instrucción*").

7.2. La *calificación jurídica* contenida en la *resolución acusatoria* (art. 442-3), es meramente *provisional*. Al demandarse en *acción pública de inconstitucionalidad* esta expresión, con el argumento que a su alero podría la fiscalía variar la *calificación jurídica del hecho* por el cual un ciudadano había sido convocado a responder en juicio criminal, "*cuando una prueba sobreviniente o un error en la adecuación típica así lo aconseje*", con infracción a los derechos esenciales al *debido proceso, derecho de defensa* y *seguridad jurídica*, la Corte Constitucional resolvió:

"*Lo que la Constitución exige es la observancia de la normatividad en el curso de los procesos y en modo alguno la petrificación de ella... el objetivo de todo proceso, en especial los que se inicien en materia criminal, es el de esclarecer lo acontecido, para administrar justicia con apoyo en la verdad real y la convicción razonada de quien resuelve. De lo cual se desprende que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final, debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso.*

Las declaraciones y alegatos de las partes, las manifestaciones de los intervinientes, la práctica, la contradicción y evaluación de pruebas y los demás elementos procesales están encaminados a configurar, ante el fallador, el panorama integral y, hasta donde sea posible, completo y exacto, en torno a los hechos materia de examen y en cuanto a su ubicación frente al derecho aplicable"[15].

7.3. El *período probatorio* de la *causa* se amplió de manera generosa de 3 a 30 días (art. 446), precisamente para facilitar en esa fase la *concentración probatoria* para que desfilen frente al juez, y no por interpuesta mano, los principales elementos de juicio que le permitan la más adecuada decisión del proceso.

7.4. Se consagran *facultades* al juez para decretar *pruebas de oficio* (art. 448) en natural *desarrollo* del principio rector consagrado en los arts. 228 de la Constitución Política[16] y 9 del C. de P. Penal, y de la finalidad de todo proceso que es establecer la *verdad real*, práctica que se utiliza en sistemas como el de Puerto Rico, calificado por los más rigurosos como *puro* pues es el mismo de los E. U. La Corte precisó:

---

[15] CORTE CONSTITUCIONAL. Sent. C-491/96, M. P. Doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

[16] "*La Carta confiere prevalencia al derecho sustancial (art. 228)*" CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

"Tanto en la etapa de investigación y acusación como en la de juzgamiento, las autoridades a quienes corresponde tramitarlas deben establecer la verdad en el proceso, respetando todos los derechos y garantías de los procesados"[17].

7.5. Se dispuso *concentración* probatoria en la audiencia, *oral* y *pública*, con la posibilidad de practicar allí mismo las que *"surgieren"* de las anteriores y *"necesarias para el esclarecimiento de los hechos"* (arts. 448 y 449), todo bajo la *dirección* del juez (art. 453), supremo controlador de la legalidad y de la constitucionalidad del proceso.

7.6. Previó también el nuevo C. de P. Penal la intervención en tan vital etapa procesal (de la *causa*), de sujetos procesales como el *Ministerio Público* (en cumplimiento de su misión de defender los intereses de la sociedad, el *orden jurídico*, el *patrimonio público* y los *derechos y garantías fundamentales*, art. 131); de la *parte civil*, titular de los derechos e intereses de la víctima y/o ofendidos (art. 149), siendo apenas natural que la condena por perjuicios sea proporcional al grado de culpabilidad, por ejemplo: del *Fiscal*, a quien *"durante el juzgamiento"* le corresponde *"la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado"* (art. 249), y está *obligado* a intervenir en la audiencia pública ya solicitando (art. 448), ora contradiciendo pruebas (art. 449) y, finalmente, haciendo planteamientos de fondo (arts. 451 y 452); el *procesado* y su *defensor*, atentos, como escribe CARNELUTTI, a *"una decisión favorable"* (arts. 136-38 y 446-452); y, por supuesto, del *juez* con facultades de ordenar *pruebas de oficio* en busca de elementos de juicio trascendentes que le permitan formarse una concepción real de los hechos en procura de una *decisión justa* (arts. 248 y 448).

A todos ellos se da *"traslado para la preparación de la audiencia pública"*, conocida en los denominados *"sistemas acusatorios puros"* como etapa de *"preaudiencia"* (en España se le llama *etapa intermedia del proceso*), con los importantes fines de preparar la audiencia pública, solicitar nulidades presentadas en la instrucción *"y las pruebas que sean conducentes"* (art. 446) para *absolver* o *condenar* por la ilicitud *realmente* cometida.

8. Antes de la vigencia de la Constitución de 1991, tiempos en los que regía cerrero un *sistema mixto* de inocultable *tendencia inquisitiva*, era derecho positivo el art. 501 del Decreto 050 de 1997:

"Cuando de las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, varíe la adecuación típica del hecho punible, dentro del correspondiente Título del Código Penal, el juez dictará el fallo con base en dicha variación.

En este caso la audiencia se suspenderá por término de dos (2) días para que las partes soliciten las pruebas que tengan relación con la nueva adecuación.

La anterior determinación se tomará por auto de sustanciación motivado, una vez que se hayan practicado las pruebas".

---

[17] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C 583/97. M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Plena libertad para solicitar la práctica de pruebas conducentes a la protección del interés defendido. Y por supuesto, que la modificación permitida era *contra* el procesado, pues las atenuantes fácilmente se podían reconocer a través del apotegma *"si el juez puede absolver, más podrá decidir sobre dimimuentes de responsabilidad"* sin complicaciones de dogmática procesal.

9. "El *proceso penal no se agota en la etapa de instrucción*", ha sentenciado la Corte Constitucional, porque la resolución acusatoria *"no es definitiva"*.

"los jueces o corporaciones que deben tomar la decisión final en materia penal, tienen la facultad de modificar, total o parcialmente, la calificación que se haya establecido en la resolución acusatoria. Luego del juicio y análisis de las declaraciones, alegatos de conclusión, confesiones, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad o peritazgos y en fin, de todas las intervenciones que fueran allegadas por los sujetos procesales, se podrá concluir, en la fase del juzgamiento, que el delito establecido en la resolución acusatoria no correspondía a la conducta delictual calificada por el fiscal y, en consecuencia, podrá dictarse la decisión de mérito, condenando o absolviendo, al sujeto vinculado al proceso criminal (art. 445 del C. P.P.). ... La carta le ha otorgado facultades al juez penal para dictar la sentencia definitiva. La razón de esto, es procurar que, tanto en la investigación como en el juzgamiento, florezca la verdad en razón de garantizarle la dignidad y los derechos fundamentales del presunto sindicado y una cumplida administración de justicia"[18].

10. La Fiscalía General de la Nación presentó hace pocos días al Parlamento el *"Proyecto de Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*, que en la parte correspondiente de la *"Exposición de Motivos"*, reza:

"Se introduce la variación de la calificación jurídica provisional dada en la resolución de acusación, dentro de la misma etapa, con fundamento en las decisiones de la Corte Constitucional, entre ellas, la contenida en la Sentencia C-394 de septiembre 8 de 1994, siendo magistrado ponente el Dr. Antonio Barrera Carbonell, donde se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 37A del actual Código de Procedimiento Penal. Con fundamento en ella, la modificación podrá formularla el Fiscal, como sujeto acusador, pues siendo la acusación un acto complejo que va desde el llamamiento a juicio, contenido en la resolución de acusación, hasta la intervención del mismo dentro de la audiencia pública incluyendo el acto de variación"[19].

---

[18] CORTE CONSTITUCIONAL. Sent. T-439/97. M. P. Doctor VLADIMIRO NARANJO MESA.

[19] FISCALIA GENERAL DE LA NACION, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, pág. 23. Los *acuerdos* entre Fiscal y procesado, y el control posterior del juez, *"constituyen un procedimiento complejo"*, y por eso no puede admitirse que ese acuerdo, equivalente a la resolución acusatoria (art. 37B-2 C.P.P.), *"pueda ser definitivo o intangible"* porque violaría el *"debido proceso que exige que el juzgamiento se haga por el juez natural competente... pues quien en definitiva juzgaría sobre la base del acuerdo sería el Fiscal y no el juez, convirtiéndose de este modo la sentencia en una simple refrendación formal de dicho acuerdo"*, revisión que *"es una garantía de los derechos de los procesados"*, control que además refrenda la división de funciones de acusación y juzgamiento. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-394/943, M. P. Doctor ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Y así lo registró en el art. 400, correspondiente al Título I "*Juzgamiento*" – del Libro III - "*Juicio*"–, con el epígrafe de "*Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible*", complementado con el art. 401 sobre "*prórroga de la competencia*" a que una tal decisión pudiera dar lugar, aspectos que venía pregonando la *doctrina:*

"*Causales que fundamentan el recurso de casación:.. b) cuando no exista consonancia entre la sentencia y la resolución acusatoria. Se explicó anteriormente que la sentencia debe corresponder exactamente a los cargos elevados en la resolución acusatoria teniendo en cuenta el capítulo del Código Penal citado en aquella. No obstante, sigue vigente la necesaria concordancia entre la parte resolutoria de la resolución acusatoria, las pruebas de la segunda etapa, las alegaciones de las audiencias y la sentencia*".[20]

11. Es deber *primordial* del juez rectorizar su actuación por el "*garantismo*" de *todos* los intereses y derechos que resulten comprometidos en el ejercicio del *ius puniendi*, particularmente el *derecho a la defensa* (art. 29 Const. Pol.) y el *restablecimiento del derecho* (arts. 14 C. de P. Penal y 250-1 Const. Pol.) en un plano imperturbable de *igualdad* (art. 20 C. P. Penal y 13 Const. pol.)[21].

"*Ocurre que ningún derecho, aunque sea de naturaleza fundamental, ostenta el carácter de absoluto. De ser así, sería imposible la coexistencia y convergencia de derechos, que inclusive a veces pueden llegar a ser contradictorios o antagónicos en las mismas circunstancias... De modo que la presunción de inocencia tampoco es un derecho absoluto, y mal podría serlo en el Estado Social y Democrático de Derecho, en el que todos los miembros debemos ceder parte de nuestras atribuciones con el fin único de contribuir al mantenimiento de condiciones mínimas para hacer factible la vida en sociedad, en relativa paz y armonía*"[22].

12. Los *principios* sobre los que se funda el modelo *garantista* clásico del derecho penal son la *estricta legalidad*, la *materialidad* y *lesividad* de los delitos, la *responsabilidad personal*, el *juicio* oral y *contradictorio entre partes y la presunción de inocencia*,[23] para cuya efectividad se está diseñando la infraestructura: "*Sala de audiencias*", a que se refiere el art. 6° del Convenio Europeo y equivalente a la voz procesal "*juicio*" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 93 Const. Pol.), oyendo conclusiones de "*Congresos Colombianos de Derecho Procesal*" como el XVIII, donde se propuso un "*proce-*

---

[20] GILBERTO MARTINEZ RAVE, *Procedimiento Penal Colombiano*, Santafé de Bogotá. Edit. Temis, 1994, pág. 499.

[21] "*Sistema de garantías constitucionales de la víctima en el proceso penal. Lectura Constitucional del proceso penal*". JAIME SOLE RIERA, *en La tutela de la víctima en el proceso penal*. Barcelona. Edit. Bosch. 1997, págs. 9 y ss.

[22] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. abril 20/99. M. P. Doctor EDGAR LÓMBANA TRUJILLO.

[23] LUIGI FERRAJOLI, Derecho.... ob. cit., págs. 33 y 34 "*Justamente, los sistemas acusatorios o cotendencia acusatoria son los que exhiben mayor afinidad con la Constitución Democrática*". CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C- 395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

so por audiencias"[24] y el XX en cuya sede con elocuencia resaltable se acreditaron *"los principios fundamentales del proceso penal oral"*, así:

"Dentro de un Estado social y democrático de derecho, signante de tratados sobre derechos humanos, y con estos constitucionalizados, el sistema procesal penal debe ser, como adelantábamos hace un rato, acusatorio pero, para ser también realistas, digamos que debe ser cualquiera con marcada tendencia acusatoria ...[25].

Y, "El ejercicio del derecho de defensa lo consagra la Carta Política y lo desarrolla la ley procesal penal dentro de toda la amplitud que le imponen los límites propios del Estado de Derecho, es decir, que puede ejercerse plenamente sin desconocer la misma Constitución y los marcos legales, tanto procesales como éticos; de ahí que su quebrantamiento no pueda corresponder a la búsqueda de medios que finalmente terminen con la negación del propio deber del Estado de ejercitar su poder punitivo para cumplir los fines sociales para los cuales ha sido creado, o dicho en otros términos, que de lege ferenda se niegue a sí mismo".[26] *Se realiza "a través de actos positivos de contradicción, impugnación, alegación, o cuando menos de control del proceso, que permitan afirmar el planteamiento de la estrategia defensiva por parte del abogado..."*[27].

13. Así, pues, es mi apreciación respetuosa que debe *redefinirse* el concepto de *incongruencia*:

13.1. Porque ya la Corte, dándole *prevalencia* a lo material-sustancial (art. 228 Const. Pol.) sobre previsiones netamente formales (art. 442-3 C. de P. Penal), y a la imputación *fáctica* sobre la *jurídica*, que además debe ser amplia, se refirió así a la incidencia de las circunstancias de agravación punitiva en la acusación:

"Aunque lo ideal es que en la parte motiva del llamamiento a juicio se indiquen las normas en las que están tipificadas las circunstancias agravantes que se imputan, el hecho de no hacerlo no significa que no hayan sido deducidas, pues ello depende de los términos en que se hubiere concretado la acusación, o lo que es lo mismo, no es el señalamiento del artículo lo que permite que la agravante pueda imponerse en el fallo, ya que ella puede ser

---

[24] ULISES CANOSA SUAREZ, *XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Neiva, sept. /97.

[25] ALVARO O. PEREZ PINZON, *XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Paipa, sept. 199, págs. 227 y ss. También, JAIME GRANADOS PEÑA, *El sistema acusatorio, en Garantismo, eficiencia y reforma procesal en Colombia*, Corporación Excelencia en la Justicia. Santafé de Bogotá. Tercer Mundo Editores. 1999, págs. 173 y ss.

[26] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Oct. 8/99, M.P. Doctor CARLOS A. GALVEZ ARGOTE.

[27] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. Oct/99. M.P., Doctor JORGE E. CORDOBA POVEDA.

atribuida precisando todas sus características, de modo que quede claro para el acusado y no sea sorprendido por la sentencia.

En el caso de circunstancias objetivas como el valor, el lugar, el peso, la edad, etc., la situación es más sencilla, pues basta que queden comprendidas dentro de las circunstancias que especifican los hechos que se imputan para que puedan aplicarse en la sentencia, y en ese caso no tiene cabida la alegación de que no se sabía que ese aspecto formaba parte del cargo."[28].

13.2. Porque el concepto de acusación (art. 250 Const. Pol.) debe sacarse de los estrechos marcos de la resolución de acusación y concebirse como un "acto jurídico complejo", para que no se termine prácticamente el proceso a sujetos procesales como la parte civil, el fiscal e inclusive el Ministerio Público, con la resolución acusatoria, al limitárseles la posibilidad de solicitar pruebas de incriminación y de agravación en ejercicio del derecho de defensa de los intereses que válidamente representan, guareciéndose con efectividad por supuesto las prerrogativas esenciales del procesado con el ejercicio pleno, cabal y oportuno de la defensa material y técnica, que ya se anotó en qué consisten.

Súmese a lo anterior que la *garantía* del derecho de defensa del procesado no se protege maniatando a los restantes sujetos procesales en la procuración de los intereses legítimos que también defienden, terminándoles su iniciativa probatoria con la calificación sumarial, sino permitiéndole el ejercicio del *contradictorio* a través de la *concentración* de los elementos basilares de conocimiento judicial en la audiencia *oral* y *pública*, y de la *impugnación*, aristas más notables de la susodicha prerrogativa. Así lo señalan, por lo demás, los dictados de una jurisprudencia *axiológica*[29] y no de corte meramente positivista:

"¿Consagró la Constitución Política de 1991, nuevos principios, valores y acciones que originen otra concepción en la función de administrar justicia, más próxima a la justicia material? ¿Esa axiología, esos derechos, acciones y principios, permitirán hacer un replanteo hermenéutico en comparación con las concepciones que acerca del Estado y de la administración de justicia señalaba el programa constitucional de 1886?...

"La verificación de la existencia de esos nuevos principios, su análisis y estudio, nos permitirá plantear un cambio de modelo interpretativo en el derecho procesal, donde el proceso judicial se entienda como un instrumento para el hallazgo de la verdad y la dispensación de justicia material a través de decisiones en derecho que a la vez sean justas y realicen los valores y principios esenciales del ordenamiento"[30].

Atentamente,

Yesid Ramírez Bastidas,

Magistrado

Fecha *ut supra*.

---

[28] *"La congruencia de la sentencia. Circunstancias de agravación punitiva"*. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. junio 22/99. M. P. Doctor RICARDO CALVETE RANGEL.

[29] Valores Superiores: *orden justo, justicia material-sustancial*; derechos fundamentales a un *juicio oral y público, acceso a la justicia, igualdad...*; fines del Estado: *facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan*...

[30] JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, *Principios constitucionales del Derecho Procesal Colombiano*, Medellín, Señal editora, 1999, págs. 19 y 23.

UNIDAD PROCESAL-Delito y contravención

Como quiera que el artículo 32 de la Ley 228 de 1995, según el cual, "en caso de conexidad entre un delito y algunas de las contravenciones de que trata la presente ley, no se consentirá la unidad procesal", fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-357 del 19 de mayo de 1999, el motivo de invalidez desapareció, razón por la cual la Sala, competente por razón de la conexidad, procederá a pronunciarse sobre la prescripción.

Empero, lo anterior no significa que si se rompe la unidad procesal, en el caso de conexidad entre delito y contravención, se incurra en nulidad, ya que según el artículo 87 del C. de P. P, aunque los hechos punibles conexos se deben investigar y juzgar conjuntamente, sin embargo, "la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales"

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 172 Proceso Nº 10480

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la defensora de Julio César Pineda y Carlos Albeiro Correa contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 23 de noviembre de 1994, en la que al confirmar la del Juzgado 20 Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 9 de septiembre del mismo año, los condenó como coautores de los punibles de homicidio agravado, cometido en Mirtam de Jesús Jiménez de Gómez, lesiones personales, en Yurany Marcela Gómez y Nelson Enrique Jiménez, y porte ilegal de armas de defensa personal, en concurso, al primero a la pena principal de 20 años de prisión y al segundo, a 18 años. Así mismo, los condenó a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y al pago de los perjuicios civiles.

Contra la anterior decisión se interpuso el recurso de casación que fue concedido. Presentada la respectiva demanda se declaró ajustada a las exi-

gencias legales. Corrido traslado al agente del Ministerio Público, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita no casar la sentencia.

Hechos

El 5 de junio de 1991, más o menos a las cuatro de la tarde, varias personas irrumpieron en la calle 103 B con carrera 84 C de Medellín. Se ubicaron en diversos sitios y ordenaron a los transeúntes entrar a sus casas, porque no querían ver a nadie.

El jefe del grupo, un hombre de aproximadamente 40 años, dispuso que dos de ellos penetraran a la casa demarcada con el número 84C-42 y dispararan sobre todos los que estuvieran adentro, resultando muerta Miriam de Jesús Jiménez de Gómez y lesionados Yurany Marcela Gómez, Nelson Enrique Jiménez Ferraro y Noralba Cano.

Posteriormente, el 14 del mismo mes, fueron capturados varios individuos que se enfrentaron con los tenderos del sector Pichachito, por negarse a cumplir con sus exigencias extorsivas, habiéndose establecido que los aprehendidos habían participado en los hechos de que trata este proceso y cuyos nombres son Julio César Pineda Barrera y Carlos Albeiro Correa, jefe de la banda y su guardaespalda, respectivamente.

Actuación Procesal

El 12 de junio de 1991 se ordenaron diligencias de indagación preliminar y el 15 de agosto siguiente se abrió proceso penal, por el Juzgado 44 de Instrucción Criminal de Medellín.

El 21 de noviembre de 1991 fueron indagados Julio César Pineda Barrera y Carlos Albeiro Correa, a quienes se les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, el 18 de agosto de 1992.

Perfeccionada la investigación, la Fiscalía Segunda Delegada de la Unidad Especializada Tercera de Vida, a la que había pasado el diligenciamiento, el 29 de marzo de 1993 dictó resolución acusatoria contra los procesados, por los delitos de homicidio agravado, lesiones personales y porte ilegal de armas, la que quedó ejecutoriada el 1° de abril siguiente.

La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín que, después de celebrada la diligencia de audiencia pública, dictó sentencia de primera instancia el 9 de septiembre de 1994.

Apelado el fallo por los procesados y uno de los defensores, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó en su integridad, el 23 de noviembre del mismo año.

Argumentos de la Demanda

Un sólo cargo se aduce contra la sentencia, al amparo de la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, por la existencia de errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, lo que llevó al quebrantamiento de los artículos 247, sobre la prueba para condenar, y el

445, presunción de inocencia, del C. de P. P; y de los artículos 323 y 324, numerales 4° y 7°, y 332 y 333 del Código Penal.

En la demostración del reproche la censora afirma que el sentenciador impulsado por la peligrosidad de los procesados y por el comportamiento irrespetuoso que tuvieron desde los inicios del proceso, "con el complemento de algunos detalles de la descripción física que coincidían, configuró un falso juicio de existencia bajo el convencimiento de que esos datos físicos referidos se acomodaban a los detalles físicos de los privados de la libertad a causa de una infracción diferente; pero esa acomodación de detalles físicos ha sido de tanto riesgo a equivocarnos que aún apreciando a dos personas muy parecidas nos podemos equivocar. Recordemos cómo parientes de desaparecidos han hecho honras fúnebres a cadáveres de personas que no es realmente su pariente y que en plenos funerales el ser querido que se tenía la certeza que ya había fallecido, aparece en la sala".

Prosigue la demandante asegurando que "Con ese juicio de certeza basado en vagas declaraciones complementadas por genéricos indicios no se alcanzó a valorar siquiera la circunstancia de que los testigos que intervinieron en la captura podían exagerar y hasta falsear la verdad. Se dice que la carnicería Cebú Rojo había sido objeto de un atraco; pero a folios 62 y 76 se comprueba que eso no ha ocurrido. Se dice que cuando la captura estaban atracando un granero donde lesionaron a su dueño; y la investigación que adelantaron los jueces regionales sólo quedó en extorsión y en porte ilegal de armas de defensa personal".

Enseguida se refiere a un aparte de la sentencia donde se expresa que se debe descartar lo manifestado por los implicados en sus indagatorias porque se trata de avezados malhechores que sistemáticamente niegan su participación, por lo que "no se creyó en la presencia de Julio César Pineda Barrera en el entierro de su hermano Miguel, siendo una realidad que sí murió violentamente dos días antes a los hechos que se investigan".

Considera que no hay certeza sobre la identificación de los procesados como los autores de los hechos investigados y que al no haberse realizado el reconocimiento en fila de personas en debida oportunidad, no se puede tener la certeza necesaria para dictar sentencia condenatoria y que por ello se debe absolver.

Criterio del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Después de transcribir apartes de la demanda, el Ministerio Público expresa que de los argumentos con los que pretende demostrar el error de hecho, se deduce que "la defensora desconoce los principios básicos que rigen el recurso extraordinario de casación, como quiera que termina por confundir indistintamente sus diversas modalidades, falso juicio de identidad y existencia, con planteamientos propios del error de derecho por falso juicio de convicción, sin que en últimas concrete siquiera el señalamiento de los medios de persuasión en los que supuestamente se ve reflejado el vicio in iudicando. Nada más desacertado".

Hace una serie de consideraciones para demostrar que a pesar de que inicialmente enuncia un falso juicio de identidad en cuanto a que el sentenciador presuntamente incurrió en errores en la apreciación de las pruebas, termina afirmando que tales desaciertos corresponden a un falso juicio de existencia, "cuya invocación implica la consecuente demostración de la omisión en la consideración de pruebas obrantes en el proceso, o la apreciación de las materialmente inexistentes, esto es, supuestos totalmente contrarios al anterior".

Sumado a lo anterior la censora se dedica a discrepar de la valoración de los testimonios de quienes intervinieron en la captura, así como del análisis conjunto que el *ad quem* hizo del acervo probatorio, "expresiones que obviamente corresponden al error de derecho por falso juicio de convicción, de suyo improcedente en tanto en nuestro sistema procesal penal, la prueba no esta sometida a la tarifa legal y, por consiguiente, el Juez está facultado para apreciarla racionalmente atendiendo a los dictados de la sana crítica".

En definitiva, para el Delegado lo propuesto es la inconformidad con la valoración que las instancias dieron a los medios de convicción, pretendiendo "única y exclusivamente porque se acojan sus personales e ilógicas deducciones, las que antepone a dicho criterio, desconociendo que éste prevalece en razón de la doble presunción de acierto y legalidad que lo ampara y que de todos modos no logra desvirtuar, en tanto no comprueba el supuesto yerro planteado."

Solicita se rechace el cargo formulado.

Consideraciones de la Sala

Dado el tiempo transcurrido desde cuando quedó en firme la resolución de acusación (1° de abril de 1993), es necesario, ante todo, establecer si la acción penal se encuentra o no vigente frente a los punibles que fueron materia de juzgamiento.

Con relación al porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y las lesiones personales cometidas en Nelson Enrique Jiménez, la Sala declara que la acción penal se extinguió por prescripción y, en consecuencia, dispondrá la cesación de toda actuación procesal con respecto a tales punibles.

En efecto, en el primero el máximo de pena fijado en el artículo 1° del decreto 3664 de 1986 es de 4 años de prisión, y en el segundo es de 2 años de arresto (art. 332, inciso 1° del C. P.), lo que significa que el lapso de prescripción de la acción penal es de 5 años, al tenor del inciso 2° del artículo 84 del C. P, que ya transcurrieron.

Así mismo, con relación a las lesiones personales mencionadas, estamos en presencia de una contravención especial, al tenor del numeral 9° del artículo 1° de la Ley 23 de 1991, conexa con los delitos de homicidio, lesiones personales y porte de armas.

En situaciones como esta, la Sala había sostenido, mayoritariamente, que en aplicación del artículo 18, numeral 1°, del Decreto Reglamentario 800

de 1991 y luego el 32 de la Ley 228 de 1995, no se conservaba la unidad procesal, debiendo ser la contravención investigada y juzgada, bajo la vigencia de la primera norma, por las autoridades de policía y bajo la vigencia de la segunda, por los jueces penales municipales. Por lo tanto, si se investigaba y juzgaba conjuntamente con el delito con el cual concurría, por el funcionario facultado para conocer de éste, se generaba nulidad parcial por falta de competencia.

Como quiera que el artículo 32 de la Ley 228 de 1995, según el cual, "en caso de conexidad entre un delito y algunas de las contravenciones de que trata la presente ley, no se conservará la unidad procesal", fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-357 del 19 de mayo de 1999, el motivo de invalidez desapareció, razón por la cual la Sala, competente por razón de la conexidad, procederá a pronunciarse sobre la prescripción.

Empero, lo anterior no significa que si se rompe la unidad procesal, en el caso de conexidad entre delito y contravención, se incurra en nulidad, ya que según el artículo 87 del C. de P. P, aunque los hechos punibles conexos se deben investigar y juzgar conjuntamente, sin embargo, "la ruptura de la unidad procesal no genera nulidad siempre que no afecte las garantías constitucionales".

Hecha la anterior precisión, la Sala procederá a pronunciarse sobre la demanda, en lo atinente a los punibles de homicidio agravado, cometido en Miriam de Jesús Jiménez de Gómez, y lesiones personales con deformidad y agravadas (art. 333, inciso 2°, y 339, *ibidem*), de que fue víctima Yurani Marcela Gómez Jiménez.

Razón le asiste al Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando destaca las evidentes falencias técnicas que se aprecian en la demanda. Es así como al aducir el cargo la impugnante sostiene que se incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas, que en el desarrollo estima fue generado por un falso juicio de existencia. Pero cuando se esperaba que indicara cuáles fueron los elementos de convicción supuestos por las instancias o cuáles los omitidos y su trascendencia, dedica todo el discurso, por lo demás de difícil inteligencia, a cuestionar el mérito otorgado o negado a los medios de prueba y de los cuales, apreciados conjuntamente y de manera razonada y crítica, el sentenciador coligió que Julio César Pineda y Carlos Albeiro Correa estaban perfectamente individualizados e identificados como los autores responsables de los hechos punibles a los que se refiere el proceso.

Desconoció la demandante que cuando se trata de pruebas no sometidas en cuanto a su justiprecio al método de la tarifa legal sino al de la sana crítica, como aquí ocurre, el juzgador goza de libertad para determinar su mérito, solo limitada por la ciencia, la lógica y la experiencia, y sin que, por lo tanto, la simple disparidad entre el fallador y el censor, sobre su fuerza persuasiva, configure vicio demandable en casación, prevaleciendo el criterio de aquel, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

La libelista se limitó a aseverar que los rasgos físicos de los procesados aunque fueran "muy parecidos" a los indicados por los testigos pudieron llevar a equivocaciones y que éstos pudieron exagerar y hasta falsear la verdad, sin percatarse que la casación no es ámbito adecuado para plantear hipótesis, sino para demostrar los yerros cometidos por el fallador y su incidencia en el fallo.

Es necesario que la Sala insista que la casación no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario y rogado que busca restaurar la legalidad del fallo y en el que, por lo mismo, se deben acusar los desatinos cometidos en el mismo, pero no de manera libre, sino de conformidad con los motivos expresa y taxativamente señalados en la ley, demostrarlos y evidenciar su incidencia en la parte dispositiva del fallo.

Pero no paran ahí las equivocaciones de la demanda, sino que vulnerando el principio de autonomía, que es uno de los que rigen el recurso, y según el cual, no es permitido entremezclar dentro de un mismo cargo ataques correspondientes a causales distintas, si se considera que su configuración, reglas técnicas y consecuencias jurídicas son distintas, se desvía hacia la causal tercera, al afirmar que se quebrantó el principio de investigación integral al no haberse practicado una diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Por las razones expuestas, se debe desestimar la censura, tal como lo solicita el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

Como consecuencia de la declaratoria de prescripción es preciso señalar la pena que por los delitos de homicidio agravado y lesiones personales le corresponde a los procesados.

A Julio César Pineda Barrera se le impusieron 18 años de prisión por el homicidio y 2 por el concurso homogéneo y heterogéneo de lesiones y porte de armas de fuego de defensa personal; y a Carlos Albeiro Correa, 17 años por el homicidio y 1 por el citado concurso, razón por la cual al primero se le reducirá la pena en cuatro (4) meses y al segundo en dos (2). No hay motivo para modificar la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Así mismo, como a los procesados se les condenó a pagar, en forma solidaria, el equivalente en moneda nacional a 30 gramos oro, por los perjuicios materiales y morales causados con las lesiones inferidas a Nelson Enrique Jiménez, en esa cuantía se les reducirá el monto de lo que deben pagar por razón de los perjuicios materiales y morales ocasionados.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVA:

1. Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto de los punibles de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y de

lesiones personales cometidas en Nelson Enrique Jiménez, por lo que en lo concerniente a tales infracciones se dispone la cesación de toda actuación procesal en contra de los procesados Julio César Pineda Barrera y Carlos Albeiro Correa.

2. Reducir la pena principal que deben pagar los procesados, imponiendo, en definitiva, a Julio César Pineda Barrera la de 19 años y 8 meses de prisión; y a Carlos Albeiro Correa 17 años y 10 meses de prisión, como coautores de los punibles de homicidio agravado en Miriam de Jesús Jiménez de Gómez y lesiones personales en Yurani Marcela Gómez Jiménez.

3. Reducir en 30 gramos oro el monto de lo que deben pagar solidariamente los procesados por concepto de los perjuicios materiales y morales causados con los punibles.

4. Desestimar la demanda de casación y, por lo tanto, no casar el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego. Fernando Arboleda Ripoll. Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Arturo Cano Jaramillo (Conjuez); *Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación/ **EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES**-Presupuestos típicos para su configuración/ **DOSIFICACION PUNITIVA**-Incremento punitivo del artículo 372 del Código Penal/ **PENA ACCESORIA**-Prohibición de ejercer una profesión

1. Ha precisado la Corte que cuando en casación se discute la ubicación de la conducta en otro tipo penal de diferente capítulo de aquel por el que se profirió sentencia, se presenta un error in iudicando *o de mérito, pero en cuanto su corrección impone tener que volver a estructurar el proceso, debe proponerse como error* in procedendo *aduciendo la invalidación del trámite y solicitando su reposición con la debida calificación.*

El reproche, en tal caso, debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, pues su solución implicaría la invalidación parcial de lo actuado por violación del debido proceso, para, en la resolución de acusación adecuar correctamente el cargo a los hechos demostrados, y permitir así el proferimiento de una sentencia congruente.

La demostración en sede casacional del error en la denominación jurídica de la conducta imputada debe emprenderse, sin embargo, con arreglo a la técnica que gobierna la causal primera, invocando ya la violación directa de la ley sustancial, ora la indirecta, demostrando, en el primer caso, si el yerro se debió a la indebida selección o aplicación de la ley, y, en tratándose de la violación mediata o indirecta, identificando los medios de prueba y los vicios de apreciación que generaron error en la selección de la norma aplicada al individualizar la imputación.

2. Descontada la correspondencia entre los supuestos fácticos que el Tribunal declaró probados en la sentencia y los elementos típicos del hurto calificado, para ahondar en razones se destaca, además, que de la connotación dada en el fallo a la conducta juzgada no se establecen los presupuestos típicos necesarios para afirmar la configuración del ejercicio arbitrario de las propias razones, injusto que, como se sabe, exige la presencia de un elemento subjetivo específico, cual es el fin de ejercer un derecho, y de una concreta circunstancia de realización de la

conducta -"hacerse justicia arbitrariamente por sí mismo"-, la que en tales condiciones sólo puede ser ejecutada por un sujeto activo cualificado, cual es el titular del derecho cuyo ejercicio emprende en forma violenta, obviando las vías legales establecidas para el efecto.

3. El hurto calificado sancionado en el artículo 350 del Código Penal es un tipo especial, identificable por ende como uno de "los delitos descritos en los artículos anteriores" a que se refiere el artículo 372 ejusdem. No sucede igual con el hurto agravado, pues el artículo 351 no define una especie dentro de los delitos contra el patrimonio económico, sino describe unas específicas circunstancias de agravación, predicables tanto del hurto simple como del hurto calificado. De ahí que en tratándose de un hurto agravado (simple o calificado), el incremento del artículo 372 del Código Penal se efectúe sobre la pena fijada para el tipo básico, conforme a los artículos 349 o 350, según el caso, pero no sobre la deducida luego de considerar las circunstancias de agravación.

4. Sin cuestionar los fundamentos expuestos en la sentencia para imponer al condenado, en aplicación del artículo 58 del Código Penal, además de la interdicción de derechos y funciones públicas, la pena accesoria consistente en la prohibición de ejercer la profesión de abogado, por un período igual al de la pena principal, el actor pretende demostrar la violación directa de la ley sustancial denunciada respecto al punto, limitándose a afirmar que según el criterio de los falladores de instancia, "cualquier delito está en relación con la profesión de abogado, lo que resulta no solo una exageración, pues ninguna relación tiene con la pena accesoria en comento, sino un irrespeto para nuestra profesión" (f. 77).

Inadvirtió el actor, en tan lacónico reproche, que de conformidad con la norma cuya aplicación critica, la prohibición del ejercicio de una industria, comercio, arte, profesión u oficio hasta por un término de cinco (5) años se impone siempre que de la condición del sujeto activo y de las circunstancias temporo-espaciales y modales que enmarcaron la comisión de la conducta punible, se evidencie el abuso de la actividad, profesión u oficio, o el desbordamiento de los parámetros éticos que la rigen.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., tres de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

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

Aprobado acta No. 172 Proceso No. 12064

1. Vistos

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá

condenó a Pedro Manuel Fernández González como autor del delito de hurto calificado, a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta (40) meses de prisión, y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, al igual que la prohibición de ejercer la profesión de abogado, así como al pago de $113'993.484.72 por perjuicios materiales, y $19'833.320,oo por perjuicios morales.

2. Hechos y Actuación Procesal

En el proceso ejecutivo de Antonio Rojas Roldán contra la Sociedad Transportes de Líquidos Colombianos "Transilicol Ltda.", el Juzgado 30 Civil del Circuito comisionó a la Inspección Quince D Distrital de Policía, para que practicara el embargo y secuestro de una máquina dobladora automática para metales, modelo T7 40/45, la que se hallaría en la carrera 24 No. 20-74 sur, o en la calle 22 No. 19A-64 de Santa Fe de Bogotá.

El 15 de noviembre de 1990 el inspector se trasladó a la segunda de las direcciones anotadas, donde funciona la "Sociedad Productora Industrial Ltda.", y practicó la medida cautelar solicitada por la parte actora, en la cual la secuestre designada, Felicitas Amórtegui, dejó el bien afectado en depósito a Jaime Plata Ramos (socio de la empresa), y Jesús Pompeyo Fernández.

Finalizada la diligencia, el abogado de la parte actora, doctor Pedro Manuel Fernández González, aduciendo que "esa gente no paga ni dándoles con qué", insistió en sacar del lugar la máquina, negándose la secuestre a ello. En un descuido desmontó algunas piezas vitales, las que, con la ayuda de varios operarios que lo acompañaban, trasladó en un montacargas a otra bodega de la ciudad, pese a la oposición de la secuestre-denunciante, a quien el procesado expidió una autorización escrita para que se retirara "en razón a que la diligencia se prolonga, debido a mi posición de sacar la máquina secuestrada objeto de la diligencia" (f. 12 c.o.).

La secuestre insistió sin éxito en la devolución de las piezas retiradas por el sindicado, hasta cuando prosperó un incidente de desembargo, y se liquidaron los perjuicios ocasionados al propietario de la máquina, incluyendo las partes de la misma, que fueron trasladadas a sitio diferente de aquel donde se practicó la diligencia.

Abierta la investigación por parte del entonces Juzgado Cuarenta y Tres de Instrucción Criminal, con fundamento en la denuncia formulada por la secuestre contra el apoderado de la parte actora, doctor Pedro Manuel Fernández González, este fue vinculado mediante diligencia de indagatoria (fs. 66 y ss.), resolviéndosele luego la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto calificado, y concediéndosele la excarcelación (fs. 25 y ss. c. Fiscalía de Segunda Instancia).

Cerrada la investigación, el Fiscal 135 Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá calificó el mérito probatorio del sumario el 14 de septiembre de 1993, profiriendo resolución de acusación como presun-

to autor del delito de hurto calificado (f. 267). El defensor del procesado interpuso el recurso de apelación, y una Fiscal Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá D. C. y Cundinamarca, el 22 de noviembre del mismo año, confirmó el pliego enjuiciatorio (fs. 77 y ss. c. de la Fiscalía de Segunda Instancia).

Surtido el traslado para preparar la audiencia, el Juzgado 54 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá evacuó la vista pública y el 13 de diciembre de 1995 condenó a Pedro Manuel Fernández González a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta (40) meses de prisión, como autor del delito de hurto calificado, con la agravación del artículo 372 del Código Penal, en razón a la cuantía (fs. 529 y ss.). El Tribunal Superior de la misma ciudad, en segunda instancia confirmó integralmente el fallo objeto de impugnación al desatar la alzada interpuesta por el defensor (fs.35 y ss. c. del Tribunal).

3. La Demanda

La demostración de la ilegalidad que de la sentencia acusa el censor la emprendió formulando cinco cargos. El primero fundamentado en la causal tercera de casación; el segundo, tercero y cuarto, como cargos subsidiarios, al amparo de la causal primera cuerpo primero, por aplicación indebida del artículo 350.2 del Código Penal, y correlativamente la inaplicación del que correspondía, el artículo 349 del Código Penal; interpretación errónea del artículo 372 del Código Penal respecto de la dosificación punitiva; e indebida aplicación del artículo 58 del Código Penal en lo que respecta con la pena accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado. Y el quinto cargo, con fundamento en la causal primera cuerpo segundo, por error de hecho que acarreó la aplicación indebida de la pena accesoria de indemnización de perjuicios.

Primer cargo:

Al amparo de la causal tercera de casación, el actor afirmó que la sentencia inaplicó el artículo 183 del Código Penal, al condenar al procesado por los punibles de hurto calificado previsto en el artículo 350.2 del Código Penal, en concordancia con los artículos 349 y 372 del Código Penal, siendo que la conducta desplegada se adecua a la contravención del citado artículo 183 *ejusdem*, modificado por el artículo 17 de la Ley 23 de 1991.

La inaplicación de la norma correspondiente al calificar los hechos generó una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y conlleva la nulidad de la actuación.

El actor consideró que la conducta inicialmente desplegada por su cliente se ajustó a derecho, pues sacó las piezas de la máquina con la aquiescencia de la secuestre, tal como ello lo aceptara bajo la gravedad del juramento en la denuncia, cuando le sugirió "que procedieran a paralizarla únicamente" (f. 2). Sin embargo, con posterioridad el sindicado ejerció arbitrariamente sus propias razones, cuando en vez de recurrir al Juzgado 30 Civil del Circuito a

solicitar ordenara el traslado de la totalidad de la máquina a una bodega, se negó a restituir las piezas hasta tanto no le cumplieran con el derecho al pago de la obligación, que ejercía a nombre de su mandante (f. 70 c. del Tribunal).

Fundamentó el reproche en la declaración de Jesús Pompeyo Hernández (f. 102), quien en dos oportunidades acompañó a la secuestre a hablar con el procesado, y este les respondió que a cambio de las piezas pagaran los seis millones de pesos del embargo; lo que llevó igualmente al *a quo* a predicar a folio 540, que el implicado lo que perseguía era perjudicar a la otra parte hasta tanto no le fuera cancelada la deuda, sin tener en cuenta que eso era objeto de un proceso civil; lo que le permite concluir que la conducta es propia del ejercicio arbitrario de las propias razones y no del hurto.

Descartó el atentado patrimonial ante la inexistencia del "*animus lucrandi*" en el proceder de su defendido, quien perseguía la cancelación de la obligación que se le había encomendado ejecutar. Advirtió que la secuestre, cuando entró en tenencia de la máquina consintió que la misma quedara paralizada (fs. 2 y 25), aunque con posterioridad, ella y los otros testigos trataran de reversar la situación.

Consideró de importancia destacar que el acusado en principio estuvo dispuesto a que la secuestre se llevara las piezas de la máquina, dándole la orden al encargado de la bodega, que le permitiera retirarlas, lo que finalmente no fue posible, porque la auxiliar de la justicia se negó a cancelar el valor del bodegaje y los daños ocasionados a unos vehículos cuando pretendían sacarlas.

Por considerar evidente la afectación del debido proceso, invocó la invalidación de lo actuado a partir de la resolución de acusación inclusive.

Segundo cargo:

Propuesto como subsidiario y basado en la indebida aplicación del artículo 350.2 del Código Penal, al condenar al acusado por el punible de hurto calificado por colocar a la víctima en situación de indefensión, debiendo en cambio aplicar el tipo básico previsto en el artículo 349 *ejusdem*.

Hizo consistir la censura en el hecho de omitir precisar en la sentencia si el agente había colocado a las víctimas en estado de indefensión o inferioridad, pues se limitó a sostener que prevalido de su condición de actor en el proceso civil, y ayudado por la presencia de las autoridades que practicaban la diligencia, logró apoderarse de las partes de la máquina ante los ojos de quienes hubieran podido, en otras circunstancias, oponerse a tal ilicitud.

Según el actor, el Tribunal olvidó que la calificante aducida implica el ejercicio de la violencia, y que es la misma consagrada para el homicidio agravado conforme al artículo 324.7 del Código Penal, enmarcada por la doctrina dentro del término genérico de alevosía.

Agregó que el Tribunal, en lugar de recurrir al artículo 350.2 del Código Penal, debió aplicar el artículo 349 en concordancia con el artículo 372 de la

misma obra, y en vez de los cuarenta meses de prisión finalmente impuestos a su defendido, debió condenársele a la pena de un año de prisión, aumentada hasta en la mitad, para una pena definitiva de 18 meses de prisión, pues sólo concurren circunstancias de atenuación, y el móvil no era otro que tratar de proteger los intereses de su poderdante.

Tercer cargo:

Adujo violación directa de la ley sustancial por errónea interpretación del artículo 372 del Código Penal, ya que al momento de dosificar la pena el fallador aplicó el incremento punitivo respecto del artículo 350 *ejusdem*, partiendo de 30 meses, que al ser incrementados en la tercera parte, arrojó un total de cuarenta meses; cuando lo correcto era que a los 30 meses se incrementara una tercera parte respecto del tipo básico del artículo 349 que parte de doce (12) meses, para obtener así un total de treinta y cuatro (34) y no cuarenta meses.

Solicitó que al casarse el fallo, la Corte profiera el de reemplazo, en el que determine que la pena a imponer a su prohijado es la de 34 meses de prisión, y como consecuencia obvia, se le otorgue el subrogado de la condena de ejecución condicional del artículo 68 del Código Penal, lo que aparejaría dejar en suspenso la accesoria de la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado.

Cuarto cargo:

Fundamentado en "error de derecho" por indebida aplicación del artículo 58 del Código Penal, al imponer al condenado la pena accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado, por el mismo término de la pena principal predicable para el delito de hurto.

Alega el actor que la aplicación del artículo 58 del Código Penal está supeditada a la comisión de un delito con abuso del ejercicio de una industria, arte, profesión u oficio, contraviniendo las obligaciones que de ese ejercicio se deriven, no resultando viable, por ende, predicar que independientemente del delito cometido, el profesional del derecho debe sufrir la suspensión en el ejercicio de su profesión, pues ello equivale a aceptar que cualquier delito está en relación con la profesión de abogado, lo que además de una exageración -pues no existe ninguna relación con la pena accesoria en comento-, constituye un irrespeto para la profesión.

Solicitó que se case parcialmente el fallo impugnado, y se deje sin efecto lo relacionado con la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado del condenado.

Quinto cargo:

Como error de hecho por falso juicio de existencia, enunció el actor este último reproche que hizo consistir en que, basado únicamente en el dictamen del perito, condenó a su representado a pagar como indemnización de perjuicios la suma de $113'993.484,72 por perjuicios morales y

$19'833.320,oo por los morales; en ese ejercicio, dejó de tener en cuenta que la máquina apropiada había sido importada en enero 17 de 1979 por US$35.000,oo (fs. 146/147), que la sociedad afectada se formó el 6 de febrero de 1980, y que para el momento de la diligencia de embargo y secuestro se hallaba en proceso de liquidación (fs. 115 y ss.), lo que hacía imperioso deducir que por la depreciación de diez años, el valor de la máquina no superaría los US$10.000,oo.

Tampoco tuvo en cuenta el juzgador, que de conformidad con el documento visible a folios 57 y 59, y las fotografías del folio 125, sólo fueron ocho las piezas retenidas por el procesado; que de conformidad con los testimonios de los propietarios, la máquina se encontraba en buen estado, pero inoperante; y el valor de las piezas apropiadas tendría que haber sido el fijado por el perjudicado bajo la gravedad del juramento.

Adujo que de haber tenido los jueces de instancia en cuenta las pruebas anteriores, y la condena por indemnización que el 6 de octubre de 1992 le impuso la Justicia Civil al acreedor Rojas Roldán, se habrían abstenido de condenar a su patrocinado al pago de suma alguna por concepto de perjuicios, pues la indemnización había sido cubierta con creces en el proceso civil por cuenta de quien fuera su mandatario, y la justicia penal no puede patrocinar ese tipo de enriquecimiento sin causa.

Si las personas jurídicas no pueden cometer delitos -agregó-, habría que reconocerse que, por ausencia de sentimientos, tampoco puede disponerse en su favor la condena al pago de perjuicios morales, como se hizo en la sentencia.

Solicitó que en tal sentido, se case el fallo en relación con la indemnización de perjuicios.

4. EL CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

El Procurador Delegado considera que el cargo de nulidad propuesto sale avante, ya que la conducta endilgada al acusado se adecua al ilícito contravencional de ejercicio arbitrario de las propias razones y no al delito de hurto calificado, como se enjuició y condenó en las instancias.

Basa su afirmación en la falta de concurrencia para el presente caso, del "ánimo especial" de atentar contra el patrimonio económico por parte del agente que realizó el comportamiento, pues como componente subjetivo adicional del dolo, la existencia del hurto debe inferirse del contexto de los hechos; de la motivación del apoderamiento; del destino dado a los bienes; de las manifestaciones del autor, etc. Agregó que con la retención de las piezas, el autor sólo buscaba "ejercer un derecho, que le sirviera de garantía para lograr la efectivización del crédito existente a favor de Rojas Roldán...".

Concluyó entonces que se genera una nulidad parcial por violación del debido proceso, al incurrirse en error en la denominación jurídica, que conlleva la invalidación del proceso a partir del auto calificatorio inclusive.

Sin embargo, precisó que la corrección del *"nomen juris"* no sería posible, si se tiene en cuenta que el artículo 183 del Código Penal fue derogado por mandato del artículo 1-1 de la Ley 23 de 1991, pasando a ser contravención especial (artículo 17), de conocimiento de los jueces penales municipales por mandato del artículo 16 de la Ley 228 de 1995. Y de conformidad con el artículo 10 de la Ley 23 de 1991, la acción penal se encuentra prescrita, porque a la fecha han transcurrido más de dos años desde la comisión de los hechos (15 de noviembre de 1990).

En punto al requisito de la querella frente al Ejercicio Arbitrario de las Propias Razones -ilícito contra la administración de justicia-, corresponde al Estado como titular del bien jurídico tutelado y por ende sujeto pasivo de la infracción.

Solicitó a la Corte declarar la prescripción de la acción penal, y en consecuencia, ordenar la cesación del procedimiento adelantado contra el acusado.

Con relación a la violación directa por aplicación indebida del artículo 350.2 del Código Penal, dejándose de aplicar el artículo 349 *ejusdem*, la Delegada consideró inadmisible el cargo, por cuanto "si la conducta no se adecua como hurto simple -como lo considera el censor- menos la podríamos encuadrar como hurto calificado (tipo agravado) de que trata el artículo 350-2 del Código Penal".

El cargo por la errónea interpretación del artículo 372 del Código Penal, consistente en aplicar el incremento punitivo respecto del artículo 350 *ejusdem*, y no sobre el tipo básico del artículo 349, considera el Procurador que debe prosperar, por lo que, en subsidio de la nulidad y declaratoria de prescripción de la acción penal, solicitó modificar en tal sentido la dosificación punitiva.

Descartó la indebida aplicación del artículo 58 del Código Penal, al disponer contra Fernández González la suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por el término de la pena principal. Califica de equivocado el criterio según el cual el abogado tiene que defender "a todo trance y a cualquier precio, sin detenerse ante la ética y el derecho, los intereses del cliente, habida cuenta que el deber profesional de atender con celosa diligencia los encargos profesionales (artículo 47 numeral 6° del Decreto 196 de 1971) debe ser entendido, comprendido y realizado dentro de la Constitución y Leyes, so pena de abusar del derecho o incurrir en actos fraudulentos".

En punto a la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia por omisión de las pruebas que permitían excluir o por lo menos reducir la tasación de daños y perjuicios a los que resultó condenado el abogado procesado, la Delegada consideró improcedente que al acusado se le haya condenado a la indemnización de perjuicios morales de orden subjetivo y objetivo con base en un dictamen pericial, por un delito contra el patrimonio económico y a favor de una persona jurídica, pues "de antaño jurisprudencia y doctrina han sido concordantes en el sentido de que a favor

de las personas jurídicas no es dable el reconocimiento de perjuicios morales objetivados o subjetivados", pues esta clase de perjuicios lesionan los sentimientos, propios de las personas naturales, no jurídicas.

Solicitó, en el marco de la subsidiariedad de esta segunda parte del concepto, modificar la condena por daños, reduciendo del monto de lucro cesante, la suma de $37'454.972,30, que corresponde a la condena impuesta por el Tribunal Superior -Sala Civil el 26 de abril de 1994- en contra de Antonio Rojas Roldán (f. 14 c. de incidentes); y que se le exonere del resarcimiento por daño moral.

5. Consideraciones de la Corte

Por atender el principio lógico de prioridad en la casación, el estudio de los cargos formulados en la demanda será abordado por la Corte en el orden utilizado por el casacionista, pues de prosperar la nulidad invocada, por sustracción de materia, carecería de objeto el análisis de las restantes censuras.

5.1. Primer cargo: Nulidad de la actuación por error en la denominación jurídica de los hechos imputados.

La formulación del cargo al amparo de la causal tercera de casación se acomoda a los requerimientos técnicos establecidos por la jurisprudencia, cuando se pretende la nulidad de la actuación teniendo como fundamento la presunta equivocación en el género y no en la especie de la calificación jurídica.

Ha precisado la Corte que cuando en casación se discute la ubicación de la conducta en otro tipo penal de diferente capítulo de aquel por el que se profirió sentencia, se presenta un error in iudicando o de mérito, pero en cuanto su corrección impone tener que volver a estructurar el proceso, debe proponerse como error in procedendo aduciendo la invalidación del trámite y solicitando su reposición con la debida calificación.

El reproche, en tal caso, debe formularse al amparo de la causal tercera de casación, pues su solución implicaría la invalidación parcial de lo actuado por violación del debido proceso, para, en la resolución de acusación adecuar correctamente el cargo a los hechos demostrados, y permitir así el proferimiento de una sentencia congruente.

La demostración en sede casacional del error en la denominación jurídica de la conducta imputada debe emprenderse, sin embargo, con arreglo a la técnica que gobierna la causal primera, invocando ya la violación directa de la ley sustancial, ora la indirecta, demostrando, en el primer caso, si el yerro se debió a la indebida selección o aplicación de la ley, y, en tratándose de la violación mediata o indirecta, identificando los medios de prueba y los vicios de apreciación que generaron error en la selección de la norma aplicada al individualizar la imputación.

El censor establece el error en el *nomen juris* a partir de la violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 349 y 350.2

del Código Penal -que tipifican el delito de hurto calificado-, y por falta de aplicación del artículo 183 de la misma obra, que describe el ejercicio arbitrario de las propias razones, conducta punible esta convertida en contravención, a partir del 21 de marzo de 1991, por la Ley 23.

Pretendiendo ser consecuente con el enfoque dado a la censura, anuncia que comparte el recuento fáctico en que se sustenta la imputación, y la apreciación que de las pruebas se hizo en las instancias; sin embargo, en la demostración del yerro cuestiona el valor declarativo de los medios de convicción ponderados por el Tribunal, y la falta de credibilidad en las exculpaciones del procesado, contraponiendo su personal criterio sobre la valoración de las pruebas al criterio del fallador, apartándose así de la técnica que en sede de casación gobierna la demostración de la violación directa de la ley sustancial, con evidente contravención, cuando menos, al principio lógico de no contradicción.

En ese inapropiado discurrir afirma, por ejemplo, que "la secuestre, quien había entrado en posesión de la máquina, admitió fueran retiradas las piezas para que en esa forma la misma quedara paralizada", aunque en su versión, ella y los otros testigos, "pretendieran hacer creer lo contrario" (f. 71).

Invocar la violación directa de la ley sustancial -en la que, como es sabido por principio hay que aceptar la realidad fáctica deducida por el fallador- y simultáneamente criticar la apreciación de las pruebas, pretendiendo otorgar credibilidad al dicho del acusado, y cuestionar, por interesada y sospechosa, la versión de la denunciante y varios testigos, necesariamente es ejercicio en el que la técnica para la demostración del cargo propuesto -error en la denominación jurídica del hecho- se incumple, pues en el cuestionamiento a las probanzas cuya fuerza declarativa anuncia compartir, fusiona indiscriminadamente la violación directa con la violación mediata de la norma sustancial, sin que sea posible, más allá de la perplejidad que tal propuesta entraña, establecer si el error se originó en el proceso de selección de la norma, o en la actividad probatoria.

Prescindiendo de estas deficiencias, la aducción de la violación del debido proceso como causal de la nulidad invocada, tampoco adviene consecuente con el fundamento del reproche; pues si el punible que según su alegación se configura, es de rango contravencional, más allá de la errónea calificación, el yerro denunciado se extendería a la incompetencia de los juzgadores de instancia para conocer de una conducta que no ostenta carácter delictivo, constituyendo entonces esta la repercusión extrema del vicio, por lo que hasta ella ha debido elevarse la proposición y desarrollo de la censura.

A estas falencias técnicas -las que de por sí revistirían idoneidad suficiente para declarar la improsperidad del cargo-, se suma la carencia de fundamento en la alegación de fondo con que pretende demostrar la errónea calificación de la conducta endilgada a su poderdante.

Según el actor, si se descarta en la conducta del abogado acusado el ánimo de aprovechamiento de las piezas de la máquina dobladora de meta-

les por él retiradas, con el consentimiento de la secuestre, del lugar donde se estaba practicando la medida cautelar, y en cambio se establece que la finalidad perseguida con tal proceder era obtener el pago de la obligación insoluta eludiendo el procedimiento judicial establecido al efecto, la conclusión a que necesariamente habría de arribarse sería la configuración de ejercicio arbitrario de las propias razones, que excluye el atentado patrimonial por el que se profirió condena.

El artículo 349 del Código Penal describe el hurto como el apoderamiento de una cosa mueble ajena, con un específico propósito, cual es obtener provecho para sí o para otro *animus lucrandi*. Esta específica finalidad la dedujo el Tribunal de la actitud asumida antes, durante y con posterioridad a la ejecución de la conducta, como la manifestación de su intención plasmada en la "autorización" que en letra manuscrita le expidió a la secuestre para que se retirara del lugar y poder así transportar la máquina secuestrada, el ocultamiento de las piezas objeto de apoderamiento, y la negación a restituirlas, a pesar de los requerimientos efectuados por la auxiliar de la justicia, el propietario de la máquina, y la autoridad judicial cuando ordenó el levantamiento de la medida cautelar.

En el fallo se concluyó que la máquina dobladora de metales, objeto de la medida cautelar, fue desmantelada de sus componentes esenciales, de los que se apoderó el procurador judicial del acreedor.

Del examen de la sentencia se establece que el juzgador de segundo grado afirma el ánimo de obtener provecho con apoyo en el documento expedido de su puño y letra por el abogado acusado, donde se descarta la intención de desprender varias piezas de la máquina para inutilizarla y obtener el pago de la acreencia, pues tal exigencia ya la estaba haciendo por la vía judicial apropiada, cual es el proceso ejecutivo: "Autorizo que se vaya la señora secuestre, en razón a que la diligencia se prolonga, debido a mi posición de sacar la máquina secuestrada objeto de la diligencia..." (f. 12 c.o.).

Cimentados en el testimonio de la secuestre, los juzgadores de instancia concluyeron que el procesado expidió una "autorización para que se retirara del lugar", y poder así desarmar la máquina en su totalidad, lo que solo logró parcialmente, gracias a la oposición expresa de la auxiliar de la justicia, y del demandado. Con apoyo en la versión rendida en la diligencia de audiencia pública, donde el acusado manifestó que su intención era "llevarse la máquina" y no las partes de aquella (fs. 475 y ss.), el fallador reafirmó el ánimo de aprovechamiento, necesario para la configuración del atentado patrimonial por el que se profirió sentencia.

El apoderamiento definitivo del objeto material del delito lo dedujo el Tribunal de los continuos e infructuosos requerimientos de la secuestre, del ejecutado, y de la orden de desembargo librada por el Juez 30 Civil del Circuito (f. 48), cuando dictó sentencia declarando la extinción de la obligación por pago. La auxiliar de la justicia informó, junto con el propietario de la máquina, que una vez la ubicó intentó retirarla, pero el abogado no se lo

permitió; y cuando regresó, ya el sindicado la había sacado de allí, imposibilitando su recuperación. Esta deducción también se fundamentó en la declaración del administrador de la bodega, a donde fueron llevadas las piezas objeto de apropiación.

Según el actor, la secuestre permitió el retiro de las piezas por el apoderado del demandante, lo cual descarta la ausencia de consentimiento de quien detentaba el bien, y por ende, la configuración del delito de hurto (f. 71). Con este argumento, el casacionista no sólo desvía la censura al campo de la violación indirecta de la ley, sino que además omite demostrar el error en que pudo incurrir el Tribunal en la apreciación de la realidad fáctica, al otorgar credibilidad al dicho de la quejosa y demás testigos de la práctica de la medida cautelar, quienes dieron fe de la airada oposición a la conducta y a la expresa finalidad del sindicado, cual era sacar la máquina del lugar donde había sido depositada por la secuestre. En el fallo también se declara que a esa protesta se unió el propietario del bien.

Al margen de las falencias técnicas que la demanda evidencia, no se avizora el error en el *nomen juris*, que como vicio invoca el libelista en procura de la invalidación del juicio incluido el pliego de cargos, descartándose de contera la incompetencia de los funcionarios que calificaron el mérito probatorio del sumario y profirieron sentencia.

Descontada la correspondencia entre los supuestos fácticos que el Tribunal declaró probados en la sentencia y los elementos típicos del hurto calificado, para ahondar en razones se destaca, además, que de la connotación dada en el fallo a la conducta juzgada no se establecen los presupuestos típicos necesarios para afirmar la configuración del ejercicio arbitrario de las propias razones, injusto que, como se sabe, exige la presencia de un elemento subjetivo específico, cual es el fin de ejercer un derecho, y de una concreta circunstancia de realización de la conducta -"hacerse justicia arbitrariamente por sí mismo"-, la que en tales condiciones sólo puede ser ejecutada por un sujeto activo cualificado, cual es el TITULAR del derecho cuyo ejercicio emprende en forma violenta, obviando las vías legales establecidas para el efecto.

Es esa la orientación de la doctrina al fijar el alcance y los presupuestos típicos para la configuración del punible sancionado en el artículo 455 del Código Penal español, entre otros, como "realización arbitraria del propio derecho":

> "Sujeto activo es el titular de un derecho, que utiliza vías no legales para hacerlo valer, por ej., el acreedor que para cobrar una deuda se apodera de una cosa perteneciente a su deudor. La existencia de este delito presupone, por tanto, la existencia de un derecho que constituye un presupuesto y, al mismo tiempo, un elemento del tipo.
>
> "La acción consiste en ejercer el derecho propio, fuera de las vías legales (...)" (Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, parte especial, pg. 815, 816, XI ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996).

De no presentarse la referida cualidad jurídica en el sujeto activo, la conducta no constituye el ilícito en referencia, pues lo que se castiga como contravención -y por ende más benignamente de cara a una conducta delictiva- es la realización arbitraria de las razones propias, y no de un derecho ajeno.

En atención a la connotación del supuesto fáctico del juicio, el derecho cuyo ejercicio se predica arbitrario en el presente caso, es el de exigir el pago de un crédito, premisa de la cual se colige que sujeto activo de la conducta contravencional en referencia sólo podría ser EL ACREEDOR, condición que obviamente no se trasmite al mandatario judicial de éste, quien como tal, solo actuaba a nombre de su mandante, sin que pueda afirmarse que en tales condiciones estaba ejerciendo la titularidad del derecho, pues de conformidad con los artículos 2142 y 2158, en el contrato de mandato "una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera", de donde obviamente se excluye para el mandatario, la posibilidad de realizar arbitrariamente las razones del mandante.

Para que se configure el punible de autojusticia es menester, además, que el titular del derecho -condición que se reitera, no ostentaba el abogado acusado-, eluda acudir a la autoridad, para hacerse justicia por su propia mano. Y lo que resulta claro de las declaraciones de los fallos, sin que exista controversia al respecto, es que tanto el titular del derecho como su apoderado, acudieron a las vías legales establecidas para obtener el pago coactivo de una obligación insoluta, y promovieron un proceso ejecutivo, en el que precisamente se dispuso sacar del comercio la máquina dobladora de metales, la que al finalizar la diligencia de embargo y secuestro fue objeto de apoderamiento por el mandatario ejecutante.

En consecuencia, el cargo no prospera.

5.2. Segundo cargo: Indebida aplicación del artículo 350.2 del Código Penal

El actor cuestiona la aplicación del artículo 350.2 del Código Penal para calificar el hurto, aduciendo que el Tribunal omitió precisar en la sentencia si se trataba de un estado de indefensión o inferioridad. Desacertado adviene el enfoque del reproche en esas condiciones, como quiera que al ser la precaria motivación el objeto de la censura, lo que se estructuraría sería un error de actividad en la construcción de la sentencia como acto procesal, y no uno de juicio en la declaración del derecho, demostrable al amparo de la causal tercera y no aduciendo la violación directa de la norma sustancial.

No empece la anotada deficiencia técnica en la presentación del cargo, el reproche carece de fundamento, pues del contexto de la motivación de la sentencia se establece que la circunstancia calificante del atentado patrimonial obedece a la situación de indefensión que para los afectados representó el ser sujetos pasivos de una diligencia cautelar, practicada "con presencia de fuerza pública e inspector, tal como ponen de presente los testigos (fs. 97

y 170, entre otros)", lo que habría determinado "la imposibilidad para el señor Plata González y los trabajadores de la empresa, de defender el derecho patrimonial" (f. 45).

También se especifica en el fallo, que el abogado sindicado no colocó a la víctima en tal condición, sino que se aprovechó de ella:

"El abogado procesado, prevalido de su condición de actor del proceso civil y ayudado por la presencia de las autoridades que practicaban la diligencia, logró apoderarse de las partes de la máquina ante los ojos de quienes hubieran podido, en otras circunstancias, oponerse a tal ilicitud, pero por las condiciones imperantes en ese momento y la ocasión de la diligencia judicial, estaba en absoluta imposibilidad el poseedor para evitar el atropello que creía, en ese momento, como el ejercicio normal de las facultades de las partes" (f. 46).

El censor descarta la circunstancia calificante deducida en la sentencia, aduciendo que la apropiación del objeto material se realizó con el consentimiento tácito de la denunciante y el poseedor de la máquina embargada. Este razonamiento no se corresponde lógicamente con la pretensión del casacionista, pues de llegar a demostrarse el consentimiento del sujeto pasivo, por razones obvias se desdibujaría el injusto típico. Además, el sustento fáctico en que se apoya contraría la realidad procesal declarada en el fallo, con fundamento en la expresa oposición de la auxiliar de la justicia al arbitrario proceder del abogado de la parte actora, lo que generó enfrentamiento verbal entre estos dos intervinientes en la medida cautelar. (fs. 194 y ss. c.o. y 44 c. del Tribunal).

Según el censor, de aceptarse que la indefensión partió de la presencia de las autoridades, habría que tenerlos como "quienes generaron y permitieron la ocurrencia del tipo de hurto calificado, siendo que su labor se limitaba a apoyar y garantizar que el bien embargado fuera sacado del comercio".

Tal razonamiento no resulta pertinente, por cuanto, como ha quedado expuesto, no fue la diligencia de embargo y secuestro la que se predica violenta, sino el retiro de las partes de la máquina por parte del procurador judicial del demandante, proceder este efectuado contra la expresa oposición de la secuestre-denunciante y del propietario del bien objeto de la medida cautelar. Y precisamente, la presencia de las referidas autoridades, fue aprovechada por el abogado, quien habilidosamente desconoció la decisión de la secuestre para apropiarse de las partes de la maquinaria embargada.

El Procurador Delegado consideró "inadmisible" el cargo, aduciendo que "si la conducta no se adecua como hurto simple -como lo considera el censor- menos la podríamos encuadrar como hurto calificado de que trata el artículo 350-2 del Código Penal", haciendo depender la respuesta a este segundo reproche, del error en la denominación jurídica alegado en el primer cargo. Tal argumentación desconoce la autonomía de las causales de casación, que impone dar respuesta separada a cada uno de los cargos, sin subordinarlos entre sí.

El cargo no prospera.

5.3. Tercer cargo: Errónea interpretación del artículo 372 del Código Penal

Según el actor, el Tribunal erró al aplicar, al momento de dosificar la pena, el incremento punitivo referido en el artículo 372 del Código Penal respecto de la pena establecida en el artículo 350 *ejusdem* para el hurto calificado, cuando lo correcto era hacerlo sobre el tipo básico del artículo 349 del Código Penal.

Tal cuestionamiento no se compadece con el contenido de la norma cuya errónea interpretación infundadamente se alega, pues si la misma establece que "Las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad", ha de entenderse que el incremento punitivo debe realizarse sobre la pena fijada "para los delitos descritos en los capítulos anteriores", es decir, sobre la pena correspondiente a cada uno de los delitos tipificados en el capítulo XIV del Código Penal como "delitos contra el patrimonio económico": hurto simple, hurto calificado, hurto de uso, hurto entre condueños, extorsión, estafa, abuso de confianza, etc.

El hurto calificado sancionado en el artículo 350 del Código Penal es un tipo especial, identificable por ende como uno de "los delitos descritos en los artículos anteriores" a que se refiere el artículo 372 ejusdem. No sucede igual con el hurto agravado, pues el artículo 351 no define una especie dentro de los delitos contra el patrimonio económico, sino describe unas específicas circunstancias de agravación, predicables tanto del hurto simple como del hurto calificado. De ahí que en tratándose de un hurto agravado (simple o calificado), el incremento del artículo 372 del Código Penal se efectúe sobre la pena fijada para el tipo básico, conforme a los artículos 349 o 350, según el caso, pero no sobre la deducida luego de considerar las circunstancias de agravación (cfr. sentencias de 15 de septiembre de 1987, Mag. Pon. Dr. Jorge Carreño Luengas, 11 de agosto de 1989, Mag. Pon. Dr. Guillermo Duque Ruiz, y 20 de febrero de 1991, Mag. Pon. Dr. Didimo Páez Velandia).

Y si, como quedó establecido, el punible cometido por el abogado Pedro Manuel Fernández González es el de hurto calificado, deviene acertado el aumento de la pena por la cuantía del reato establecida en el artículo 372 del Código Penal, sobre la pena fijada de conformidad con el artículo 350 *ejusdem*, es decir, sobre los treinta (30) meses de que partió el juzgador, que incrementados conforme al criterio expuesto, en una tercera parte, arrojó la pena finalmente imponible de cuarenta (40) meses de prisión.

El cargo no prospera.

5.4. Cuarto cargo: Indebida aplicación del artículo 58 del Código Penal

Sin cuestionar los fundamentos expuestos en la sentencia para imponer al condenado, en aplicación del artículo 58 del Código Penal, además de la interdicción de derechos y funciones públicas, la pena accesoria consistente en la prohibición de ejercer la profesión de abogado, por un período igual al de la

pena principal, el actor pretende demostrar la violación directa de la ley sustancial denunciada respecto al punto, limitándose a afirmar que según el criterio de los falladores de instancia, "cualquier delito está en relación con la profesión de abogado, lo que resulta no solo una exageración, pues ninguna relación tiene con la pena accesoria en comento, sino un irrespeto para nuestra profesión" (f. 77).

Inadvirtió el actor, en tan lacónico reproche, que de conformidad con la norma cuya aplicación critica, la prohibición del ejercicio de una industria, comercio, arte, profesión u oficio hasta por un término de cinco (5) años se impone siempre que de la condición del sujeto activo y de las circunstancias temporo espaciales y modales que enmarcaron la comisión de la conducta punible, se evidencie el abuso de la actividad, profesión u oficio, o el desbordamiento de los parámetros éticos que la rigen.

Al amparo de la previsión normativa en referencia, se descarta el yerro denunciado por el impugnante, pues la modalidad de la conducta desplegada por el togado, quien como coadministrador de justicia representaba a una de las partes en desarrollo de una medida cautelar, apoderándose de los bienes del deudor, traduce "el abuso del ejercicio de la profesión y la violación de las obligaciones que de ese ejercicio se derivan", justificando así la privación temporal del derecho a su ejercicio.

El cargo no prospera.

5.5. Quinto cargo: Error de hecho por falso juicio de existencia al condenar al pago de daños y perjuicios

El actor denuncia la falta de valoración de algunas pruebas, pero no se esfuerza por demostrar qué dicen éstas, ni cómo su ponderación por el juzgador habría incidido en la desestimación del dictamen pericial sobre los daños y perjuicios legalmente aportado al proceso. Incurre así en insalvable omisión de técnica que hace inestudiable el cargo.

A la falencia técnica puesta de presente, se suma la confusión y el tratamiento indiscriminado, en un mismo cargo, de las dos modalidades de violación de la ley sustancial, al pretender, con fundamento en un presunto error de hecho, enervar la condena al pago de perjuicios morales en favor de una persona jurídica, por considerarlo un imposible jurídico, cuando ello correspondería a una violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida, o interpretación errónea de las normas que establecen la condena al pago de perjuicios como consecuencia del hecho punible.

Al margen de tales desaguisados, resulta contrario a la realidad procesal el sustento de la pretensión de reducción del pago de perjuicios, cuando se afirma que la condena al pago de los daños morales se hizo en favor de una persona jurídica. Para refutar tal aserto, basta examinar el contexto de la sentencia y concluir que la obligación de pagar, generada por el delito, se estableció en favor del ofendido y no de la persona jurídica que interesadamente menciona el actor (fs. 543 y 544 c.o.).

El casacionista pretende que la tasación de perjuicios se fije en la suma establecida por el ofendido bajo la gravedad del juramento ($5'000.000,oo), inadvirtiendo que el documento donde hizo tal atestación no fue firmado por el quejoso, quien se negó a suscribirlo al percatarse que ya la secuestre había formulado denuncia por los mismos hechos (f. 2 c. de la Fiscalía). De contera, esta prueba con la que se pretende justificar la reducción del monto de los perjuicios a cuyo pago se condenó al profesional del derecho acusado, no tiene existencia jurídica, pues por no reunir el requisito mínimo de la firma, exigido en el artículo 157 del Código de Procedimiento Penal, mal puede pretenderse su consideración como elemento de juicio para la modificación del fallo.

Además, de accederse a la pretensión del impugnante y cimentar en dicha prueba la modificación de la tasación de perjuicios, se presentaría el contrasentido de incurrir en un motivo de casación denunciable al amparo de la causal primera, por configurarse un error de derecho por falso juicio de legalidad, al tomar en consideración un medio de convicción recaudado sin el cumplimiento de los presupuestos establecidos en la ley para su validez.

La reducción de la condena al pago de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, que pretende efectúe la Corte, tiene por sustento la condena impuesta AL ACREEDOR, señor Antonio Rojas Roldán, y no al abogado de la parte actora, por la práctica y posterior levantamiento de una medida cautelar decretada dentro de una actuación judicial (fs. 393 y ss. c.o.); no tiene por causa la comisión de delito alguno, sino la aplicación del artículo 687 inciso final del Código de Procedimiento Civil, pues como el Tribunal precisó en auto de 26 de abril de 1994, el presupuesto fue "la decisión del incidente de levantamiento de las medidas cautelares, la que por disposición legal (inciso último del art. 687) contiene condena en perjuicios a cargo de quien solicitó la medida, en el evento de que se levante el embargo y secuestro solicitados tal y como aconteció en el caso de autos" (f. 402).

El censor, entonces, parte de un supuesto errado al demandar la reducción del guarismo fijado como indemnización, pues una es la obligación surgida en cabeza del demandante en el proceso civil, como consecuencia del levantamiento de la medida cautelar, y otra la condena al procesado -el apoderado de la parte actora-, por los perjuicios irrogados con la conducta punible, la que, como ha quedado expuesto, tiene destinatarios y beneficiarios diferentes.

Así las cosas, por no cumplir el actor con la carga de demostrar la trascendencia del yerro que invoca, y evidenciada la carencia de fundamento en la formulación del reproche, se declarará 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 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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA/BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, reglamentario del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, por la cual se adoptó el Código Penitenciario y Carcelario, señala que los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permiso hasta por setenta y dos (72) horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, con el lleno de los requisitos ahí señalados. Uno de ellos hace referencia a que el interno haya alcanzado la fase de mediana seguridad, que según el inciso 3° de la norma en cita, se entiende cuando el procesado ha superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta, (o el setenta por ciento (70%) si se trata de condenados por los Jueces Penales de Circuito Especializados), y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal.- Santa Fe de Bogotá D. C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 174 Proceso No. 15514

La Sala resuelve la solicitud de redención de pena, para efectos del permiso administrativo de que trata el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, elevada por el señor Carlos Alberto Morales Caviria, quien se encuentra recluido en la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira.

Consideraciones de la Sala

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

superado la tercera (1/3) parte de la pena impuesta, (o el setenta por ciento (70%) si se trata de condenados por los Jueces Penales de Circuito Especializados), y observado buena conducta, de acuerdo con el concepto emitido por el Consejo de Disciplina.

2. De los preceptos anteriores surge como primera conclusión que el beneficio administrativo es otorgado por los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios y favorece a los condenados definitivamente y a aquellos que están pendientes de la sentencia de casación, correspondiendo a la Sala pronunciarse provisionalmente sobre las rebajas de pena por trabajo y estudio invocadas por los condenados cuyo recurso de casación se encuentre en trámite, como medio para acreditar ante aquellas autoridades el cumplimiento del presupuesto objetivo previsto en el inciso 3° del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997.

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

En segundo término, se infiere que el permiso hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento sin vigilancia, puede ser concedido a todos los condenados en quienes converjan los requisitos señalados, sin importar la naturaleza y modalidades del reato, con la única diferencia de los que hubieren sido sentenciados por delitos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados, quienes deben descontar el setenta por ciento (70%) de la condena, porque así lo dispuso el artículo 29 de la Ley 504 de 1999.

3. El procesado Carlos Alberto Morales Gaviria, fue capturado el veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), (folio 38 cdno. 1), y condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, el veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), a la pena principal de ochenta y seis (86) meses de prisión, "por ser hallado responsable de los delitos de secuestro simple, falsa denuncia y abandono". (folio 251 cdno. 1).

La decisión fue confirmada íntegramente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), (folio 33 cdno. Tribunal), y en contra de ella se interpuso el recurso extraordinario de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

4. Significa lo anterior que en la actualidad cumple veinticinco (25) meses más doce (12) días en privación física de libertad, que hacen parte de la condena que está purgando en la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira,

puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

5. Consistiendo los punibles endilgados en secuestro simple, falsa denuncia y abandono, podría acceder al permiso administrativo descrito por el artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, en el evento de acreditar a cabalidad los requisitos ahí establecidos, entre ellos haber cumplido la tercera parte de la condena y observar buena conducta en el establecimiento carcelario.

Como se dosificó la pena en ochenta y seis (86) meses de prisión, la tercera parte es igual a veintiocho (28) meses más veinte (20) días.

6. Se trata ahora de verificar si el señor Carlos Alberto Morales Gaviria, alcanza ese guarismo, siendo pertinentes algunas precisiones:

Haciendo un recuento general de los certificados por trabajo y estudio allegados, inclusive con la última petición, se observa que el señor Morales Gaviria, ha aportado un total de dos (2), en los que constan las actividades aptas para redimir pena llevadas a cabo por él durante su permanencia en cautiverio:

Certificado No.	Concepto	Actividad	Horas	Folio
616	estudio	básico	570	25
617	trabajo	ebanista	1.864	30

Se avalan mil ochocientas sesenta y cuatro (1.864) horas de trabajo, y quinientas setenta (570) horas de estudio, por las que, en aplicación de los artículos 82 y 97 de la Ley 65 de 1993[1], puede reconocerse como redención de pena el tiempo de cinco (5) meses más quince (15) días, en atención a que las directivas de la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira, remitieron los documentos de soporte, como los conceptos de la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza, en los que se afirma que la labor del interno Carlos Alberto Morales Gaviria, es "buena" acorde a los requerimientos del Código Penitenciario y Carcelario, y en cuanto a su conducta que es calificada como "buena" y "excelente" por el Consejo de Disciplina. (folios 26 a 34 cdno. Corte)

De este modo, la proporción global de pena redimida en virtud de las prerrogativas consagradas en el Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, asciende a cinco (5) meses más quince (15) días.

Agregando la cifra de redención al tiempo de privación física de libertad, se obtiene un total de treinta (30) meses más veintisiete (27) días de pena descontada, cantidad que supera la tercera parte de la condena que, como se anticipó, asciende a veintiocho (28) meses más veinte (20) días.

Entonces, el procesado ha alcanzado la fase de mediana seguridad, puesto que, además, su conducta en el internado no tiene tacha.

---

[1] Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993

Por manera que, el señor Carlos Alberto Morales Gaviria, cumple el requisito cronológico señalado en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, reglamentado por el Decreto 1542 de 1997, de donde resulta procedente la decisión provisional sobre la redención de pena por estudio y enseñanza, pues tal reconocimiento está encaminado a establecer la tercera parte de la sanción impuesta, para que las autoridades carcelarias puedan decidir sobre el referido permiso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECONOCER en forma provisional y exclusivamente para los efectos del artículo 5° del Decreto 1542 de 1997, en favor del procesado Carlos Alberto Morales Gaviria, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.103.393 de Pereira, redención de pena equivalente a cinco (5) meses más quince (15) días, derivada del trabajo y el estudio acreditados debidamente.

SEGUNDO: Para lo de su competencia remítase copia de este proveído al Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Pereira.

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, (no hay firma); *Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA-
Peticiones de libertad en el trámite, competencia

Ha dicho la Sala que las peticiones de libertad provisional que se presenten en el decurso de los incidentes procesales en materia penal, tales como colisiones de competencia, recusaciones e impedimentos, deben ser resueltas por el funcionario judicial que posea la competencia en el momento de ser remitidas las diligencias a la Corte Suprema de Justicia, sin que importe, como acontece en el presente caso, que esa competencia esté colocada en tela de juicio. Es decir, la facultad para conocer los incidentes no se extiende más allá de ellos, incluidas las peticiones de libertad, las que deben ser decididas por el Despacho en donde queda el asunto en espera de la resolución de los mismos.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá. D. C., nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 175 Proceso No. 16374

Resuelve la Sala la petición de "redención de pena o libertad provisional" que presenta la procesada Flor Angela Lopera Usuga, quien se encuentra en la Reclusión de Mujeres de la ciudad de Medellín.

LA CORTE CONSIDERA

1. La libelista demanda el reconocimiento de la redención de pena y su libertad provisional, de conformidad con el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en la medida que estima que reúne los requisitos señalados para esos efectos, además por contar con un buen comportamiento en prisión y por haber desarrollado trabajo y estudio que en su criterio la hacen merecedora de tales beneficios.

2. El presente asunto se encuentra ante esta Corporación para resolver el conflicto de competencia suscitado entre la Sala Penal Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín -que aceptó la colisión negativa- en el proceso adelantado contra la peticionaria, entre otros acusados, al ser condenada a

la pena de 76 meses de prisión, luego de que un Juzgado Regional de Medellín, en sentencia del 1° de febrero del presente año, la encontrara responsable de la comisión de los delitos de hurto calificado y agravado, concierto para delinquir, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y uso de prendas de las fuerzas militares.

3. Ha dicho la Sala que las peticiones de libertad provisional que se presenten en el decurso de los incidentes procesales en materia penal, tales como colisiones de competencia, recusaciones e impedimentos, deben ser resueltas por el funcionario judicial que posea la competencia en el momento de ser remitidas las diligencias a la Corte Suprema de Justicia, sin que importe, como acontece en el presente caso, que esa competencia esté colocada en tela de juicio. Es decir, la facultad para conocer los incidentes no se extiende más allá de ellos, incluidas las peticiones de libertad, las que deben ser decididas por el Despacho en donde queda el asunto en espera de la resolución de los mismos.

Para sustentar tal posición se dijo:

"... las facultades restringidas que otorga la ley a la Corte en tratándose de los incidentes comentados, en donde lo que se busca es una solución inmediata y expedita y por eso la resolución se asume de plano, sin dar lugar a dilaciones."

"De otra parte el artículo 101 del C. de P.P. establece que 'Mientras se dirime la colisión, lo referente a las medidas cautelares será resuelto por el juez que tuviere el proceso en el momento en que deba tomarse la respectiva decisión", debiéndose entender que las peticiones de libertad han de ser resueltas en la forma prioritaria como lo establece la ley "en un término de 3 días" -artículo 55 de la Ley 81 de 1993- por el funcionario judicial en donde queda el asunto en espera de que el competente decida el incidente ..." (C.S.J. decisión del 23 de enero de 1996 M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Tal criterio, viene a servir ahora de sustento para remitir copia de la petición al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Corporación que aceptó el conflicto negativo de competencias, y conservó las copias del expediente, sobre las cuales debe decidir.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, se abstiene de resolver la petición de libertad formulada por la procesada Flor Angela Lopera Usugua y, en su lugar, ordena remitir copia de la petición, de inmediato al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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, Yesid Ramírez Bastidas

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONCIERTO PARA DELINQUIR-En el ámbito de la legislación nacional sobre estupefacientes/**EXTRADICION DE NACIONALES**-Condiciones de procedibilidad/**EXTRADICION**-Concepto/**EXTRADICION/ESTADOS UNIDOS**

1. En Colombia el "Concierto para delinquir" aparece en el Código Penal para denominar la conducta descrita en el art. 186, comportamiento plurisubjetivo que exige cierta permanencia y continuidad de propósitos para lesionar indistintamente bienes jurídicos y el acuerdo común de las varias personas comprometidas en el plan criminal.

Presupone esta especie ilícita objetivos criminosos comunes realizables en circunstancias durables no singularizadas o instantáneas, de suerte que si se realizan estas otras acciones, se presenta la figura del concurso de hechos punibles (C.P. arts. 26 y 28).

Obrar en concierto para delinquir significa la existencia de una organización, así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente han convenido cometer delitos, que en el ámbito de la legislación nacional sobre estupefacientes implica actos de narcotráfico como cultivar y conservar planta de la que pueda extraerse principios síconactivos estimados ilegales, introducir, así sea en tránsito, o sacar del país, llevar consigo, transportar, almacenar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar, suministrar, destinar, autorizar o tolerar, estimular o propagar, formular, suministrar o aplicar droga que produzca dependencia física o psíquica.

2. Acorde con la preceptiva contenida en el Acto Legislativo No. 1 que entró a regir a partir del 17 de diciembre de 1997 (Diario Oficial 43.185), sustitutivo del artículo 35 de la Carta Política, la extradición de colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación colombiana, pero en ningún caso procederá cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la norma citada.

3. Planteó la defensora del solicitado en extradición crítica en relación con las pruebas que apoyan la acusación que (....) soporta en los Esta-

dos Unidos de América, y que el concepto se debe negar por no existir compromiso formal de reciprocidad.

En torno a lo primero, es de ver que cuando la Corte examina los elementos de juicio aportados en cumplimiento del deber de emitir concepto sobre la extradición solicitada, lo hace en un plano jurídico-formal, limitado al lleno de las condiciones previstas en el respectivo tratado o, en su defecto a las del artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, entre las cuales no se encuentra una evaluación crítica sobre el mérito de las pruebas que sirvieron al Estado requirente para dictar medida de aseguramiento, resolución de acusación o sentencia condenatoria contra la persona cuya extradición se reclama, toda vez que tales evaluaciones materiales son potestativas de la autoridad que profiere la decisión en ejercicio de su soberanía jurisdiccional.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D. C., noviembre nueve (9) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Sustanciador: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobada Acta No. 175 Proceso No. 15349

Procede la Corte a emitir concepto sobre la solicitud de extradición del ciudadano colombiano Jaime Orlando Lara Nausa, elevada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, a través de su Embajada en Santa Fe de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. A Jaime Orlando Lara Nausa, alias "Jimmy", se le requiere para que comparezca en juicio, ante el Tribunal de Distrito Sur de Nueva York, por violaciones federales de narcóticos, de acuerdo con dos cargos formulados en el acta de acusación 98 Cr. 1164 de fecha 22 de octubre de 1998, imputaciones que aparecen relacionadas así:

"*Cargo uno*

El Gran Jurado acusa:

1. Desde por lo menos 1996 aproximadamente hasta aproximadamente julio de 1998, inclusive, en el Distrito Sur de Nueva York y otras partes, Jaime Lara, también conocido como 'Jimmy', el acusado, y otros conocidos y desconocidos, ilícita, intencionalmente, y a sabiendas, se combinaron, confederaron, conspiraron, y se pusieron de acuerdo juntos y unos con otros para violar las leyes de narcóticos de los Estados Unidos, a saber, Secciones 812, 952 (a), y 960 (b) (1) (A) del Título 21 del Código de los Estados Unidos.

Objeto del Concierto para Delinquir

2. Fue parte y objeto de la conspiración que Jaime Lara, también conocido como 'Jimmy', el sindicado, y otros conocidos y desconocidos

importarían e importaron a los Estados Unidos desde un lugar fuera de este un kilogramo y más de mezclas y subsustancias que contenían cantidades detectables de una substancia fiscalizada, a saber, heroína".

Cargo dos

El Gran Jurado otrosí acusa:

1. Desde por lo menos 1996 aproximadamente hasta aproximadamente julio de 1998, inclusive, en el Distrito Sur de Nueva York y otras partes, Jaime Lara, también conocido como 'Jimmy', el acusado, y otros conocidos y desconocidos, ilícita, intencionalmente, y a sabiendas, se combinaron, confederaron, conspiraron, y se pusieron de acuerdo juntos y unos con otros para violar las leyes de narcóticos de los Estados Unidos, a saber, Secciones 812, 841 (a) (1), y 841 (b) (1) (A) del Título 21 del Código de los Estados Unidos.

Objeto del concierto para delinquir

2. Fue parte y objeto de la conspiración que Jaime Lara, también conocido como 'Jimmy', el sindicado, y otros conocidos y desconocidos distribuirían y distribuyeron y poseerían y poseyeron con intención de distribuir un kilogramo y más de mezclas y substancias que contenían cantidades detectables de una substancia fiscalizada, a saber, heroína" (fs. 20 a 25 cd. 2).

2. Para formalizar el trámite de extradición se aportaron los siguientes documentos, efectuada la traducción necesaria y la legalización respectiva ante el Ministerio de Relaciones Exteriores: 2.1. Las notas verbales 963, 980 y 1016 del 7, 10 y 17 de diciembre de 1998, respectivamente, a través de las cuales la Embajada de los Estados Unidos de América hace conocer la petición de extradición (fs. 1 a 4, 10, 34 a 38 cd. 1).

En la última nota la Embajada informó al Ministerio de Relaciones Exteriores que "Jaime Orlando Lara, también conocido como 'Jimmy', es ciudadano colombiano, nacido en Colombia el 2 de junio de 1969. Su descripción corresponde a la de un hombre de raza blanca, de 6 pies de estatura, 185 libras de peso, pelo negro y ojos carmelitas. El señor Lara es portador de la licencia de conducir expedida en Nueva York No. L101633 35982 713821-69 y del pasaporte colombiano No. 79510164 expedido el 14 de abril de 1994" (f. 35 ib.).

2.2. Copia de la orden de arresto expedida por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, de fecha 22 de octubre de 1998 (f. 18 cd. 2).

2.3. Copia de disposiciones penales del Código de los Estados Unidos, relevantes en el presente caso (fs. 26 a 30 ib.)

2.4. Declaraciones juradas de Richard Daddario, Fiscal Federal de la Procuraduría General de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York y de Edmond O'Dea, detective en el Departamento de Policía y miembro del Grupo de Trabajo de la Agencia Antinarcóticos ('DEA') en la ciudad de Nueva York, en apoyo a la solicitud de extradición (fs. 2 a 16, 31 a 39 cd. 2).

3. En Colombia se realizó el siguiente trámite:

3.1. La Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a la Fiscalía General de la Nación la nota verbal No. 963 del 7 de diciembre de 1998, procedente de la Embajada de los Estados Unidos de América, mediante la cual solicita la captura con fines de extradición de Jaime Orlando Lara Nausa, entidad que mediante resolución de fecha 10 de diciembre siguiente, acogió lo pedido (fs. 25 a 27 cd. 1).

3.2. El 11 de diciembre del año pasado, Jaime Orlando Lara Nausa fue capturado por la Policía Nacional, Dijín, organismo que realizó cotejo entre la tarjeta decadactilar tomada al retenido y la que aparece en su cédula de ciudadanía No. 79.510.164 expedida en Santa Fe de Bogotá, conceptuando que se trata de la misma persona (f. 30 ib).

El requerido se encuentra privado de la libertad en la Penitenciaría Nacional "La Picota" de esta ciudad (f. 4 cd. Corte).

3.3. La mencionada Oficina Jurídica mediante oficio OJ.E. 061145 del 21 de diciembre de 1998, conceptuó que "por no existir Convenio aplicable al presente caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal Colombiano", (f. 44 cd. 1).

3.4. Iniciado el trámite previsto en el artículo 566 del Estatuto Procesal Nacional, el 6 de julio del año en curso se resolvió sobre las pruebas pedidas por la defensora, y el 11 de agosto siguiente, se denegó el recurso de reposición interpuesto. El 15 de septiembre del mismo año se recibió información relacionada con la expedición del pasaporte AE-557003 en Santa Fe de Bogotá el 14 de abril de 1994, a nombre de Jaime Orlando Lara Nausa, identificado con la cédula de ciudadanía 79.510.164 de esta ciudad, al día siguiente se corrió traslado para alegar, término que venció el 8 de octubre pasando el asunto a despacho el 11 del mismo mes y año (fs. 69, 72, 75 y 112 cd. Corte).

ALEGATO DE LA DEFENSA

Pide a la Corte que se conceptúe denegando la extradición de su asistido, primero, porque no existe compromiso formal de reciprocidad por parte de los Estados Unidos de América como lo dispone la Convención sobre sustancias sicotrópicas de 1971, vigente entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América; segundo, porque si bien el Gobierno del país requirente apoya la petición en acciones que tuvieron ocurrencia con posterioridad al 17 de diciembre de 1997, frente a un colombiano por nacimiento, tales hechos incluyen el recibo de ganancias provenientes de la venta de estupefacientes, delito que en Colombia es denominado lavado de activos, en los Estados Unidos, ese hecho no es violatorio de la ley de narcóticos, además, es infracción no referida en la resolución acusatoria dictada en ese país y aún así se presenta incertidumbre sobre la cuantía y por ende, en relación con la pena que no permite saber si excede o no de 4 año de prisión.

Además, plantea que las pruebas que apoyan la petición de extradición son "unas insulsas o baladíes llamadas, unas inocuas reuniones", y si en la resolución de acusación dictada en los Estados Unidos de América los cargos son "equívocos, inidóneos, inocuos, indescifrables, meramente ideatorios e intrascendentes", no se está en presencia de delito alguno y en consecuencia la extradición se deberá negar (fs. 76 a 111 cd. Corte).

CONCEPTO DE LA CORTE

1. No existiendo tratado de extradición vigente entre Colombia y los Estados Unidos de América, tal como lo manifiesta el Ministerio de Relaciones Exteriores en la comunicación de fecha 21 de diciembre de 1998, la petición se debe decidir de conformidad con las normas contenidas en el Capítulo III del Libro 5° del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Además, como adelante se verá, impera el artículo 35 de la Constitución Política (modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 1997, publicado en el Diario Oficial 43.195 del 17 de diciembre de 1997), en cuanto establece que "la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana", y que "No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma."

2. En el trámite de extradición regulado por el Estatuto Procesal Penal, a la Corte le corresponde rendir un concepto sobre la viabilidad de su otorgamiento, el cual, por disposición del artículo 558 ibídem se fundamentará en la demostración de las siguientes condiciones,

a. La validez formal de la documentación presentada.

b. La demostración plena de la identidad del reclamado en extradición.

c. La concurrencia del principio de la doble incriminación.

d. La equivalencia de la providencia proferida en el extranjero, y

e. El cumplimiento de lo previsto en los tratados públicos, cuando fuere el caso.

En ese orden se procede a realizar el análisis correspondiente:

a. Validez formal de la documentación:

Este presupuesto fue observado por el Gobierno de los Estados Unidos de América al demandar la extradición de Jaime Orlando Lara Nausa por conducto de su Embajada en nuestro país; en efecto, la solicitud se hizo por vía diplomática, fue acompañada del acta de acusación de 22 de octubre de 1998 ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York que indica los actos que soportan la reclamación, el lugar y las fechas de su ejecución, y los datos necesarios en orden a establecer la identidad del reclamado; las declaraciones de Richard Daddario y Edmond O'dea, que además de confirmar los pormenores de la acusación, el primero en su

condición de Fiscal Federal en la Procuraduría General de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York aludió la relación de los preceptos normativos aplicables al caso y copia de la orden de aprehensión que el 23 de octubre de 1998 expidió Michael H. Dolinger, Juez Magistrado de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York; documentos, que por lo demás, obran en traducción al Castellano certificada y autenticada conforme a la legislación prescrita por el Estado requirente, firmas autenticadas ante la Cónsul de Colombia en Washington, D. C., y posteriormente por el Jefe de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores.

b. Plena identidad del reclamado:

Está demostrada la identidad del solicitado, sobre la cual no existe reparo de su parte, por el contrario es él quien la corrobora en sus manifestaciones en este trámite en cuanto se identifica con la cédula de ciudadanía No. 79.510.164 expedida en Santa Fe de Bogotá, cuya tarjeta decadactilar se confrontó con la tomada al momento de su aprehensión, determinándose que corresponde a la misma persona.

Se trata de un ciudadano colombiano, de nombre Jaime Orlando Lara Nausa, hijo de Jaime Arturo Lara y de María Socorro Nausa, nacido el 2 de junio de 1969 en esta ciudad, que además de la cédula de ciudadanía citada, es titular de la libreta militar 79.510.164 y le fue expedido el pasaporte No. AE-557003 el 14 de abril de 1994 (f. 70 cd. Corte). Es la misma persona que ha sido solicitada en extradición, y que fue capturada por orden del Fiscal General de la Nación, aspecto no controvertido por la defensora, quien por el contrario admite que su asistido "es de nacionalidad colombiana por nacimiento" (f. 93 ib.).

c. Principio de la doble incriminación y el mínimo de pena señalada:

Jaime Orlando Lara Nausa es requerido para que comparezca a juicio en el Distrito Sur de Nueva York por delitos federales de narcóticos, siendo objeto de la resolución de acusación No. 98 CR 1164 dictada el 22 de octubre de 1998 en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, mediante la cual se le acusa, según aclara el Gobierno requirente en la Nota No. 1016 del 17 de diciembre de 1998, de las siguientes imputaciones: "-Cargo I. Concierto para importar heroína a los Estados Unidos, en violación del Título 21, Sección 963 del Código de los Estados Unidos; y -Cargo II. Concierto para poseer heroína con la intención de distribuirla y para distribuirla, en violación del Título 21, Sección 846 del Código de los Estados Unidos" (f. 37 cd. 1). Secciones que de acuerdo con las disposiciones traducidas al castellano determinan: "El que intente o conspire para cometer cualquier delito definido en este subcapítulo estará sujeto a las mismas penas que las prescritas para el delito cuya comisión fue objeto de la tentativa o conspiración", complementadas con las Secciones 960 (b) (1) (A) y 841 (b) (1) (A) que establecen las conductas específicas atribuidas para este caso y la sanción a imponer (fs. 26 a 30 cd. 2).

Los cargos I (Concierto para importar heroína) y II (Concierto para poseer con la intención de distribuir la misma sustancia), son modalidades que guardan consonancia con la conducta específica que en Colombia describe el artículo 8° de la Ley 365 de 1997, inciso 3°, precepto que subrogó el artículo 44 de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes) y que determina:

"Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por ese sólo hecho, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

...

Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales.

..."

En Colombia el "Concierto para delinquir" aparece en el Código Penal para denominar la conducta descrita en el art. 186, comportamiento pluritsubjetivo que exige cierta permanencia y continuidad de propósitos para lesionar indistintamente bienes jurídicos y el acuerdo común de las varias personas comprometidas en el plan criminal.

Presupone esta especie ilícita objetivos criminosos comunes realizables en circunstancias durables no singularizadas o instantáneas, de suerte que si se realizan estas otras acciones, se presenta la figura del concurso de hechos punibles (C.P. arts. 26 y 28).

Obrar en concierto para delinquir significa la existencia de una organización, así sea rudimentaria, conformada por un grupo de personas que previamente han convenido cometer delitos, que en el ámbito de la legislación nacional sobre estupefacientes implica actos de narcotráfico como cultivar y conservar planta de la que pueda extraerse principios sicoactivos estimados ilegales, introducir, así sea en tránsito, o sacar del país, llevar consigo, transportar, almacenar, elaborar, vender, ofrecer, adquirir, financiar, suministrar, destinar, autorizar o tolerar, estimular o propagar, formular, suministrar o aplicar droga que produzca dependencia física o psíquica.

En el caso *sub examine*, de conformidad con la documentación aportada, el 22 de octubre de 1998 un jurado de acusación federal reunido en el Distrito Sur de Nueva York presentó un auto de acusación formal contra el ciudadano colombiano Jaime Orlando Lara Nausa, también conocido como "Jimmy", que le imputa dos (2) cargos, uno de asociación ilícita para importar una sustancia fiscalizada (heroína) a los Estados Unidos de un lugar fuera de este, infringiendo el Título 21 del Código Penal de ese país, Sección 963, y el segundo de asociación ilícita para poseer con intención de distri-

buir y para distribuir una sustancia fiscalizada (heroína), previsto en el Título 21 del Código de Estados Unidos, Sección 846.

En la sistemática procesal penal del país requirente, el jurado de acusación es parte del sistema de justicia de los Estados Unidos, cuyo propósito es analizar las pruebas que le presentan los miembros del orden público de ese país, que en el caso de Jaime Orlando Lara Nausa hallaron que medios de convicción de orden testimonial, pericial (grabaciones telefónicas), documental y la heroína decomisada a otros partícipes, comprometen al imputado en la conformación de una organización liderada por María Marilú Lara Nausa, también conocida como "La señora", y su esposo, Julio César Casas, que importó a los Estados Unidos de América la sustancia estupefaciente heroína, que luego vendían a otros grupos de delincuentes, pruebas que ponen de manifiesto que el papel del requerido dentro de la organización fue el de propiciar que los "correos" importaran la droga controlada "heroína" al país requirente, la que se ocultó en prendas de vestir y en aerosoles, y luego se vendiera allí.

Oportuno es precisar que si bien la ejecución de actividades tendientes a la comercialización de la droga (heroína) perduró de 1996 a julio de 1998, de acuerdo con el acta 98 Cr. 1164, denotando con ello permanencia en el tiempo, se han de tratar los hechos que apoyan la acusación proferida por el jurado de los Estados Unidos con ocurrencia posterior al 17 de diciembre de 1997, fecha en la cual entró a regir el Acto Legislativo No. 1 de ese año que, como se verá adelante, al sustituir el artículo 35 de la Constitución Política, prohíbe la extradición de colombianos por nacimiento cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la norma citada.

En declaración jurada Edmond O'dea, detective en el Departamento de Policía y miembro del Grupo de Trabajo de la Agencia Antinarcóticos ("DEA"), refiere que las pruebas de la causa seguida contra Jaime Orlando Lara Nausa, alias "Jimmy", están conformadas por informaciones de varias personas que fueron retenidas en los primeros seis meses de 1998, quienes en lo esencial han declarado que fueron reclutadas por el acusado para transportar heroína a los Estados Unidos de América, alguna recibió indicaciones del acusado en conversación telefónica grabada, "que debía llamar a una persona para averiguar si había heroína que recoger y transportar a Nueva York" (f. 8 cd. 2), y por dos conversaciones intervenidas con autorización del Tribunal de Distrito de Nueva York, el 22 de junio de 1998, en las que Margarita Lara Nausa y Julio César Casas (hermana y cuñado de Jaime Orlando Lara Nausa), partícipes bajo acusación formal, refieren sobre el arresto de "correos" contratados por el acusado y si éste tenía "heroína que pudiera darle a Casas" (f. 5 ib.), pruebas que sumadas a otras documentales, involucran al acusado en el referido concierto. Y, el Fiscal Federal en la Procuraduría General de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, Richard Daddario, en declaración jurada puso de presente que conoce esos medios de comprobación los que serán presentados en sustento de la acusación contra el requerido (f. 30 del mismo cuaderno).

En consecuencia, demostrado que los hechos imputados por la justicia de los Estados Unidos de América a Lara Nausa son punibles en Colombia con pena mínima de prisión superior a los 4 años y no se trata de delitos políticos o de opinión, se satisface el requisito establecido en el numeral primero del artículo 519 del Código de Procedimiento Penal, aclarándosele a la defensora del solicitado que los dos cargos formulados en el exterior, no comprenden el "lavado de activos" a que alude en su alegato, de manera que improcedente resulta estudiar aspectos relativos a la punibilidad que insinúa.

Y acorde con la preceptiva contenida en el Acto Legislativo No. 1 que entró a regir a partir del 17 de diciembre de 1997 (Diario Oficial 43.185), sustitutivo del artículo 35 de la Carta Política, la extradición de colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación colombiana, pero en ningún caso procederá cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la norma citada.

Si bien los cargos formulados por un jurado de acusación federal reunido en el Distrito Sur de Nueva York contra el ciudadano colombiano Jaime Orlando Lara Nausa, también conocido como "Jimmy", refieren hechos sucedidos entre 1996 al mes de julio de 1998, inclusive, el Gobierno de los Estados Unidos de América, por intermedio de su Embajada en esta ciudad, conocedor sobre el ámbito de aplicación personal de la prohibición de retroactividad a que alude el inciso final del artículo 35 de la Constitución Política de Colombia, aclaró en la Nota Diplomática 980 del 10 de diciembre de 1998 lo siguiente:

> "el Gobierno de los Estados Unidos se permite clarificar y hacer énfasis en el hecho de que la resolución de acusación que constituye el fundamento de la presente solicitud está basada, en parte, en acciones y eventos que tuvieron lugar con posterioridad al 17 de diciembre de 1997" (f. 16 cd. 1).

Así, el concepto favorable que se anuncia tendrá la salvedad que el pedido de extradición del ciudadano colombiano Jaime Orlando Lara Nausa, sólo procederá en relación con los hechos presuntamente cometidos en el exterior con posterioridad al 17 de diciembre de 1997, que como quedó visto, aluden a los primeros 6 meses de 1998.

d. Equivalencia de la providencia proferida en el extranjero:

Este requisito también se cumple, en criterio de la Sala, en la medida que la decisión proferida por el gran jurado ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York, guarda equivalencia con la resolución acusatoria prevista en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal Colombiano.

En efecto, de acuerdo con los documentos aportados por vía diplomática, autenticados y traducidos con el beneplácito del Ministerio de Relaciones

Exteriores, en el acta de acusación 98 CR. 1164 del 22 de octubre de 1998, se concreta la formulación de dos cargos tanto con relación a los hechos constitutivos de cada uno de ellos como de las disposiciones transgredidas, y el señalamiento del comprometido en actos posteriores al 17 de diciembre de 1997.

En el acta de acusación aparecen señalados los lugares de ocurrencia de los hechos (Queens, Nueva York y otros sitios), su fecha (primeros seis meses de 1998), el nombre del acusado Jaime Orlando Lara Nausa, también conocido como "Jimmy", y complementariamente se adjuntó dos declaraciones juradas en respaldo a la solicitud de extradición, la primera rendida por Richard Daddario, Fiscal Federal de la Procuraduría General de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, certificando la existencia de las pruebas que apoyan la actuación y comprometen al requerido, medios de prueba y compromiso que también alude Edmond O'dea, detective en el Departamento de la Policía y miembro del Grupo de Trabajo de la Agencia Antinarcóticos ("DEA"), de manera que ninguna duda existe entre el procedimiento foráneo y la resolución de acusación del sistema colombiano, claro en el entendido que se trata de una equivalencia de condiciones y no de identidad de formas.

3. Planteó la defensora del solicitado en extradición crítica en relación con las pruebas que apoyan la acusación que Lara Nausa soporta en los Estados Unidos de América, y que el concepto se debe negar por no existir compromiso formal de reciprocidad.

En torno a lo primero, es de ver que cuando la Corte examina los elementos de juicio aportados en cumplimiento del deber de emitir concepto sobre la extradición solicitada, lo hace en un plano jurídico-formal, limitado al lleno de las condiciones previstas en el respectivo tratado o, en su defecto a las del artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, entre las cuales no se encuentra una evaluación crítica sobre el mérito de las pruebas que sirvieron al Estado requirente para dictar medida de aseguramiento, resolución de acusación o sentencia condenatoria contra la persona cuya extradición se reclama, toda vez que tales evaluaciones materiales son potestativas de la autoridad que profiere la decisión en ejercicio de su soberanía jurisdiccional.

Frente a este tema, la Sala en concepto de fecha 10 de marzo del presente año, radicación 14.324, M. P. Carlos E. Mejía Escobar, expresó lo siguiente:

> ... si se tiene en cuenta que la extradición es un instrumento de cooperación internacional mediante el que los Estados combaten la impunidad derivada de la mera fuga de su territorio de los infractores de las leyes, tal dispositivo de asistencia y solidaridad internacional parte del supuesto de la soberanía tanto del Estado requirente como del requerido, una de cuyas manifestaciones más clásicas es la administración de justicia, a través de la cual los Estados a través de sus Jueces y Magistrados ejercen la soberanía al interior de su territorio imponiendo las sanciones a

que haya lugar o, en todo caso, resolviendo los conflictos conforme a su juridicidad.

Es en ese orden de ideas que las decisiones jurídicas de un Estado que sean necesarias para demandar de otro Estado la extradición de una persona, son materialmente intocables y solo pueden ser objeto de revisión formal, es decir con prescindencia de su esencialidad, que conforme al principio de buena fe, que es principio de las relaciones internacionales, se presume legal y acertada."

Improcedente, entonces, el análisis crítico que sugiere la apoderada del requerido de extradición, de manera que se mantiene la validez formal de la documentación presentada, lo cual inclina a la Sala a emitir concepto favorable a la solicitud de extradición del ciudadano colombiano Jaime Orlando Lara Nausa, sólo en relación con los hechos cometidos con posterioridad al 17 de diciembre de 1997 (primeros seis meses de 1998), no sin antes recordar a la defensora que sus inquietudes relacionadas con la reciprocidad, son tema propio del análisis que le corresponde al Gobierno Nacional.

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

RESUELVE:

Primero. Conceptuar favorablemente al pedido de extradición del ciudadano colombiano Jaime Orlando Lara Nausa, formulado por el Gobierno de los Estados Unidos de América por vía diplomática, sólo en relación con los hechos cometidos con posterioridad al 17 de diciembre de 1997.

Segundo. Comuníquese esta determinación al Fiscal General de la Nación y devuélvase la actuación al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Error *in iudicando*
Error in procedendo-Consecuencias

No es posible entender que "las irregularidades sustanciales", que supuestamente afectaron el debido proceso, por corresponder ellas a un error sobre el desenvolvimiento ordenado del procedimiento (in procedendo), se pretendan mostrar como fundamento de la violación indirecta de la ley sustancial, pues este motivo sólo se aviene con equivocaciones en la aplicación del derecho o la ponderación de los hechos (in iudicando). Los errores de juicio, si no comprometen severamente la calificación jurídica de la infracción, pueden conducir a la absolución que perfunctoriamente pretende al actor al final de su escrito; pero, los yerros in procedendo, si son sustanciales y afectan algo más que la sentencia, sólo pueden desencadenar en una nulidad de la actuación procesal viciada.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 175 Proceso No. 14398

VISTOS

La Corte se pronunciará sobre la corrección formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Alvaro de Jesús Restrepo Villada, quien fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín, según sentencia fechada el 12 de noviembre de 1997.

El recurso fue concedido por el Tribunal y, dentro del término legal, el defensor del procesado presentó la correspondiente demanda (fs. 210 y 217).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con la apreciación del Tribunal, el episodio delictivo puede resumirse en los siguientes términos:

Aproximadamente a las ocho (8) de la noche del 24 de junio de 1994, el joven Jimmy Mauricio Jaramillo Urrego compartía con su novia Sandra Pulgarín Vergara en el andén de la residencia de ésta, situada en la carrera

74 con la calle 91, barrio Kennedy de la ciudad de Medellín, cuando sorpresivamente se detuvo un taxi al frente de ellos y advirtieron la presencia de cinco (5) individuos en su interior, grupo en el cual la dama identificó a sus vecinos Alvaro de Jesús Restrepo Villada y Milton Amed Vanegas. De pronto, comenzó un movimiento de armas dentro del vehículo, entonces el novio trató de refugiarse en la parte interna de la casa, mientras que su enamorada corrió por unas escalas hacia la terraza, lugar desde el cual notó que tres (3) de los sujetos, entre los que se contaban los dos ya mencionados, disparaban a través de la puerta y la ventana de su residencia.

Una vez los agresores se retiraron del escenario, Sandra entró a su casa y advirtió que Jimmy estaba herido de gravedad, lo condujo entonces a la Policlínica Municipal y allí falleció como consecuencia de la herida ocasionada con proyectil de arma de fuego en el lado derecho de la nuca, que le produjo sección medular.

Abierta formalmente la instrucción, fueron vinculados en calidad de ausentes los dos imputados individualizados, pero después se recibió indagatoria al sindicado Alvaro de Jesús Restrepo Villada, en vista de que fue detenido por otra imputación (fs. 26, 42, 54 y 71).

Resuelta la situación jurídica de ambos procesados y cerrada la investigación, el instructor dictó resolución acusatoria en contra de los mismos, según providencia del 4 de octubre de 1996, acto en el cual se les enjuició por un concurso de hechos punibles de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 75 y 90).

El Juez Veintitrés Penal del Circuito fue encargado del juzgamiento y, por medio de sentencia del 17 de julio de 1997, dictó sentencia condenatoria en contra de los dos acusados, en consonancia con los cargos formulados en la acusación, y les impuso individualmente la pena principal de veintiséis (26) años y ocho (8) meses de prisión (fs. 146). El fallo fue enteramente confirmado por la ya reseñada decisión del Tribunal Superior de Medellín (fs. 199).

La Demanda

En la enunciación del cargo, el actor dice que acude al numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, porque la sentencia impugnada es violatoria del numeral 2° del artículo 304 del mismo estatuto, toda vez que se han cometido "irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso". Seguidamente, el demandante aduce que dicha violación consiste en la aplicación indebida de los artículos 23 y 323 del Código Penal, además del artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, que sirvieron de sustrato a la responsabilidad de su defendido, transgresiones que surgieron "en virtud de plurales y graves errores de hecho en la apreciación de las pruebas con fundamento en las cuales se declaró su culpabilidad en los hechos (violación indirecta de la Ley Sustancial)..."

Después de reseñar los fundamentos probatorios del fallo acusado, el demandante exhibe como demostración del cargo lo siguiente:

1. En primer lugar, expone que el tribunal incurrió en un error de hecho en la apreciación y valoración del testimonio de Sandra Pulgarín Vergara, porque, a pesar de haber advertido "las irregularidades procesales" y sobre todo "la falta de actividad investigativa" tanto de la fiscalía como del juez de conocimiento, se dictó sentencia sólo con apoyo en aquella versión, sin nutrirla con la declaración de otras personas residentes en el lugar de los hechos, máxime que la testigo presencial había dicho que en la ocasión también estaban en la casa su señora madre y un hermano.

Afirma que el testimonio de Sandra Pulgarín Vergara pudo haber sido influido por la relación sentimental con la víctima, pues no quería que la muerte de su prometido quedara impune, y por eso señaló como autor a Alvaro de Jesús Restrepo Villada, sin tener en cuenta que éste no tenía motivos para darle muerte a quien antes no conocía.

De otra parte, tanto el defensor como el acusado solicitaron en varias oportunidades que se practicara una reconstrucción de los hechos, con el fin de ahondar más en la verdad real, pero el ente acusador guardó silencio sobre las peticiones y, de tal manera, coartó el ejercicio del derecho de defensa.

Observa también que la testigo mencionó tardíamente la identidad de dos de los presuntos responsables del homicidio, porque en la diligencia de levantamiento del cadáver, cumplida el 24 de junio de 1994, nada dijo sobre el particular y sólo los vino a mencionar en el acto del 4 de agosto del mismo año, esto es, un mes y diez días después de los hechos. A ello se agrega que la madre del occiso no hizo idéntica revelación, a pesar de su buen trato con la testigo Sandra.

2. Señala el recurrente, como segundo argumento del cargo, otro error de hecho en la inferencia lógica del indicio derivado de las causas que produjeron el deceso de la víctima, pues si del cadáver fueron extraídos algunos proyectiles, el fallador no expuso las razones para endilgarle el hecho a su asistido, cuando no bastaba la diligencia de necropsia sino que era preciso confrontarla con otras pruebas técnicas o científicas y demás piezas procesales, dado que sólo así puede inferirse el conocimiento.

3. En tercer lugar, sostiene el actor, que como la responsabilidad del acusado fue derivada exclusivamente de la prueba testimonial referenciada, se tiene que el juicio de reproche es manifiestamente contrario a los principios de culpabilidad y de causalidad, previstos en los artículos 5° y 21 del Código Penal, violación que condujo a la aplicación indebida de los artículos 23 y 323 del Código Penal y 1° del decreto 3664 de 1986.

4. El censor advierte, en cuarto orden, que en virtud de los yerros mencionados no se obtuvo la certeza legal para condenar a su defendido, mas, en el peor de los casos, quedarían serias dudas probatorias sobre la coautoría, los móviles y circunstancias del hecho, razón por la cual lo más adecuado habría sido y sigue siendo absolverlo, por aplicación del principio de duda regulado en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

La petición del actor se concreta en la casación integral del fallo demandando, en el sentido de absolver al procesado Restrepo Villada de los delitos por los cuales fue acusado.

EXAMEN FORMAL

En el mismo orden determinado a las objeciones en la demanda, la Corte advierte las siguientes imprecisiones en su contenido:

1. A pesar de que el Código de Procedimiento Penal exige claridad y precisión en el cargo, con el fin de que la Corte pueda conocer el alcance de la inquietud y determinar la corrección de la causal escogida por el actor, éste hace planteamientos equívocos desde la misma enunciación de la censura, entremezclando reflexiones que no tolera una lógica elemental, de tal manera que ni siquiera es posible intentar una labor de ayuda interpretativa, porque se corre el riesgo de evidenciar propósitos impugnativos que no se tienen por el proponente.

En efecto, *no es posible entender que "las irregularidades sustanciales", que supuestamente afectaron el debido proceso, por corresponder ellas a un error sobre el desenvolvimiento ordenado del procedimiento* (in procedendo), *se pretendan mostrar como fundamento de la violación indirecta de la ley sustancial, pues este motivo sólo se aviene con equivocaciones en la aplicación del derecho o la ponderación de los hechos* (in iudicando). *Los errores de juicio, si no comprometen severamente la calificación jurídica de la infracción, pueden conducir a la absolución que perfunctoriamente pretende al actor al final de su escrito; pero, los yerros* in procedendo, *si son sustanciales y afectan algo más que la sentencia, sólo pueden desencadenar en una nulidad de la actuación procesal viciada.*

Ahora bien, hablar de "falta de actividad investigativa", por cuanto el instructor supuestamente fue negligente para allegar al informativo la declaración de otras personas que estaban a la mano, no constituye ni mucho menos un error de hecho "en la apreciación y valoración del testimonio de Sandra Pulgarín Vergara", sino de pronto un atentado contra el principio de investigación integral, según el cual es deber del funcionario acopiar pruebas tanto incriminatorias como exculpatorias, mandato cuya omisión constituiría entonces una violación al debido proceso y, por ende, generaría invalidez de la actuación procesal y no fallos sustitutivos.

He ahí manifiesta la confusión, pues, a partir de tan dilógica argumentación, no es posible establecer si el actor pretende la nulidad del proceso, con fundamento en verdaderas irregularidades sustanciales, o, por el contrario, aspira a que se reemplace el fallo condenatorio por una absolución basada en la apreciación errónea de las pruebas.

Mas, así se diera pábulo al reproche de supuestos errores de hecho en la apreciación del testimonio de la dama Sandra Pulgarín Vergara, lo que sigue en el memorial no es en realidad el señalamiento de tergiversaciones de su contenido, o la marcada ausencia de las reglas de la sana crítica, sino la

propuesta de una distinta valoración de la prueba desde el punto de vista del sujeto procesal, cuando dicho cometido ya se ha cumplido razonablemente en las instancias, pues se aduce en el libelo que la testigo pudo desfigurar la verdad, movida por sus "relaciones sentimentales" con la víctima, o que ella hizo una manifestación tardía sobre la identidad de dos de los agresores, o que resulta extraño que la madre del finado no hubiera expresado también el conocimiento de los homicidas, a pesar de sus buenas relaciones con Sandra, y, en fin, que los sindicados no tenían motivos aparentes para darle muerte a Jimmy Mauricio Jaramillo Urrego, dado que ni siquiera se conocían de antes.

Se notará que en la misma demanda se trae a colación el examen que el Tribunal hizo de la prueba, precisamente para discrepar de él, pero en manera alguna para señalar verdaderos errores de hecho consistentes en absurdos juicios de valor o reflexiones abiertamente contrarias a las reglas de experiencia común y científica. Es por ello que la jurisprudencia no admite esta clase de reproches por la vía extraordinaria de la casación, pues sería desconocer la trascendencia de las determinaciones jurisdiccionales de las instancias que, por haber sido el fruto de la cognición y no de la mera potestad, están siempre asistidas de la presunción de legalidad y acierto.

Ahora bien, dentro de esa diversa óptica probatoria que el actor quiere hacer valer indebidamente en casación, aduce que el procesado y su defensor intentaron que el instructor practicara una reconstrucción de los hechos, pero que frente a las solicitudes sólo hubo un silencio judicial que vulneró el derecho de defensa. La violación de esta garantía, bien por negación arbitraria de las pruebas de favor ora por la interposición de obstáculos para rebatir la incriminación, sólo podría conducirse en casación por la causal de nulidad, pues ello impediría decidir de fondo el proceso y no constituye ningún error de hecho que tenga que ver con el mérito de la decisión.

2. En el segundo punto de la sustentación, el demandante aduce otro error de hecho en la consideración del protocolo de necropsia, pues pretende aislar los señalamientos de dicha prueba de los restantes elementos de convicción, en la medida que cree que la primera no era suficiente para atribuirle el homicidio a su defendido. El argumento carece entonces de razón suficiente, porque la imputación material de la conducta homicida, como el mismo lo destacó en otros apartes de la demanda, no se hizo sólo con base en el mencionado medio probatorio, sino que también tuvo marcada influencia el testimonio de Sandra Pulgarín Vergara.

Por lo demás, el actor afirma que, en vista de que se recuperaron proyectiles en el cuerpo de la víctima, faltaron entonces los respectivos dictámenes técnicos o científicos, cuyos resultados debían confrontarse con los de la autopsia. Aquí el equívoco arrecia porque parece que el censor quiere recalcar un error de hecho por falso juicio de existencia, pero igualmente no demuestra la trascendencia de dichas pruebas técnicas en el sentido de la decisión.

3. El recurrente señala posteriormente, en el tercer acápite de la demanda, una presunta violación de los principios de culpabilidad y causalidad, por cuanto el fallador se apoyó exclusivamente en la prueba testimonial indicada, pero una vez se echa de menos la razón suficiente no sólo en cuanto a la consideración total de los medios de convicción, sino también en relación con el concepto de violación de dichos postulados.

4. Finalmente, en cuarto lugar, el actor quiere hacer ver otro error de hecho en la falta de aplicación del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, que consagra la regla del *in dubio pro reo*, pero como el sustento de la objeción la pone a depender de los "yerros fácticos precedentemente señalados", no hay duda de que incurre en petición de principio, en la medida que él nunca logró demostrar los antecedentes errores de hecho que siempre quiso hacer valer.

Como se ve, la demanda carece de la suficiente y clara fundamentación, conforme con las exigencias de los artículos 220 y 225 del Código de Procedimiento Penal, y por tal razón se negará como elemento idónco para abrir la vía extraordinaria de la casación y, en consecuencia, se declarará desierto el recurso concedido por el Tribunal.

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada en favor del procesado Alvaro de Jesús Restrepo Villada. En consecuencia, se declara desierto el recurso concedido por el Tribunal Superior de Medellín.

Por disposición de los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, esta decisión no es susceptible de impugnación.

Cópiese, comuníquese 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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA-Garantía para todo el proceso

Con base en el artículo 29 de la Constitución Política, en el contexto del C. de. P. P., los tratados sobre derechos humanos que rigen en Colombia y la jurisprudencia, el derecho de defensa es fundamental y se integra con dos aspectos: la autodefensa o defensa material, predicable del procesado, y la técnica, letrada o experta, que corresponde a un profesional del derecho. Esa defensa conjunta, además, debe existir, realmente, durante todo el proceso, en forma permanente y continua.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 175 Proceso No. 11190

VISTOS

El 26 de abril de 1995 el Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín condenó a José Libardo Lopez Martínez y Surley Barrera, a título de coautores de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Les impuso prisión de 20 meses, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y les reconoció el derecho a la condena de ejecución condicional.

Apelada la sentencia por el defensor, el Tribunal Superior de Medellín la confirmó el 12 de junio de 1995. El mismo letrado, entonces, interpuso recurso de casación.

Corresponde a la Sala, ahora, decidir de fondo sobre el asunto.

HECHOS

El 13 de agosto de 1994, el Comando de la Policía de la Estación Sexta de Medellín, capturó a José Libardo Lopez Martínez y Surley Barrera, quienes momentos antes, y utilizando un arma de fuego, intimidaron a Alvaro Echavarría Tamayo y Elvira Tamayo y despojaron al primero de ellos del dinero que portaba en efectivo. Trataron de huir, se escondieron, descendieron por la orilla de una cañada, pero ante la persecución que emprendió la víctima, pidiendo ayuda, fueron capturados después de que los bajaran del

bus que habían tomado en una esquina con el fin de desaparecer de las cercanías del lugar de los hechos.

El delito ocurrió en el barrio El Poblado de Medellín, entre la carrera 30 A y la calle 10 D. A los retenidos les fueron decomisados $39.000 en dinero efectivo, entre ellos un billete de cinco mil pesos que resultó falso y un revólver sin salvoconducto, calibre 32 largo, Smith & Wesson, con seis cartuchos en su tambor.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 13 de agosto de 1994, la policía rindió el informe correspondiente y dejó los retenidos a disposición de la Fiscalía. En la misma fecha, Alvaro Echavarría Tamayo denunció los hechos en la inspección 14 de Policía.

2. La investigación fue abierta el 14 de agosto de 1994 y en la misma fecha fueron oídos en indagatoria los jóvenes López Martínez y Barrera. Durante tal diligencia les fue designada como defensora de oficio la doctora Marcela Hoyos Hurtado, abogada en ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.005.598 de Medellín y la Tarjeta Profesional 41.057

3. Por asignación subsiguiente, correspondió la instrucción a la Fiscalía 34, despacho que actuó así:

3.1. Al día siguiente de avocar el conocimiento, amplió la denuncia y recibió declaración a Virginia Tamayo de Echavarría y a Miguel Angel Osorno Riaza.

3.2. El 19 de agosto de 1994 resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención. Les imputó hurto calificado agravado en concurso con porte de arma de fuego de defensa personal.

3.3. El 22 de agosto de 1994 recibió declaración a Jorge Luis Zapata Bandera, Jhon Jairo Arango Velásquez y Gerardo Antonio Marulanda Muñoz.

3.4 Los procesados solicitaron tasar pericialmente los daños y perjuicios ocasionados con la infracción penal. El perito los estableció en $100.000, el 70% en razón de perjuicios morales y el resto por daño material.

Los peticionarios se mostraron inconformes con el resultado de la prueba pericial y solicitaron "reposición" para que se designara nuevo perito, aspirando a que se produjera una rebaja sustancial en el justiprecio dado en aquella. Antes de vencerse el término de traslado, consignaron $100.000 e indicaron que ese monto correspondía al valor de los daños y perjuicios ocasionados al ofendido. Simultáneamente, solicitaron la libertad provisional con base en el numeral 7º. del artículo 415 del C.P.P.

El 19 de septiembre de 1994 la Fiscalía les otorgó la libertad provisional. En cuanto al memorial de "reposición" contra el avalúo, dijo en las motivaciones de la providencia que allí no existía "una objeción al dictamen", y que no se había solicitado ampliación o aclaración del mismo, como lo exige el artículo 270 del C.P.P., circunstancia por la cual quedaba en firme. Añadió que con la consignación del valor correspondiente se entendía que los procesados aceptaban y reconocían la cuantía.

3.5. El 10 de octubre de 1994 se designó como defensor de oficio de José Libardo López Martínez y Surley Barrera al doctor Hernán Darío Velásquez Gómez, quien asumió el cargo en la misma fecha.

4. El 11 de octubre de 1994 fue cerrada la investigación y el 10 de noviembre calificado el sumario, con resolución acusatoria en contra de los dos procesados bajo los cargos que ya se venían haciendo.

5. El conocimiento de la causa le correspondió al Juzgado 14 Penal del Circuito de Medellín, despacho que luego de agotar el trámite del artículo 446 del C.P.P., autorizó la declaración de Aníbal de Jesús Merino, que fuera solicitada por el Ministerio Público. Celebrada la audiencia pública, se dictó sentencia condenatoria en los términos antes reseñados, decisión que el Tribunal Superior de Medellín confirmó, como ya se ha dicho.

La Demanda

1. En un cargo único el censor invocó la causal tercera de casación, prevista en el artículo 220 del C.P.P. Atacó la sentencia diciendo que fue dictada en un proceso viciado de nulidad.

Citó como normas violadas el artículo 29 del C.N. y el numeral 3º del artículo 304 del C.P.P.

2. En la fundamentación, el recurrente dijo que en el proceso no se registraron los datos que permitieran localizar a la profesional del derecho que se designó a los procesados en la indagatoria como apoderada y así se hizo constar por la Fiscalía. Añadió que nombrar a un defensor en tales condiciones constituía un mero simbolismo, una formalidad que el Estado tomó a la ligera, sin darle ninguna importancia a la defensa de los acusados.

Explicó que los condenados "no tuvieron defensa técnica entre el 14 de agosto y el 10 de octubre de 1994", lapso durante el cual "se realizaron todas las pruebas de la instrucción". Aquellos no gozaron de la oportunidad de comunicarse con su abogado, ni siquiera de la posibilidad de que éste hubiese optado por: "a) Verificar si se justificaba el nombramiento de otro defensor por la posible contradicción de intereses entre los sindicados. Verificación importante en la etapa en que se iban a recibir las pruebas; b) Planear la defensa dependiendo del resultado del anterior análisis: c) Contrainterrogar; d) Pedir las pruebas que considerara importantes; e) Controvertir el absurdo dictamen del fl. 54, en el que se avalúan perjuicios morales; E) Considerar si se debían pagar tales perjuicios que fueron aceptados por los sindicados por la libertad que descaban."

3. Solicitó se case la sentencia, decretando la nulidad de todo lo actuado desde la indagatoria, inclusive.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador 2º. delegado en lo penal, en su concepto, sugiere casar la sentencia recurrida, en el sentido de decretar la nulidad a partir de las

indagatorias, preservándose la validez de estas diligencias por haberse recepcionado conforme a derecho, con base en los siguientes argumentos:

1. En nuestro ordenamiento penal el derecho de defensa es una garantía absoluta para la regularidad de la relación jurídico procesal, esto es, un presupuesto para la validez del proceso, la cual debe observarse en todas las etapas del mismo, de tal forma que "no puede existir una sola actuación procesal en la que se restrinjan las posibilidades defensivas del imputado".

2. La protección jurídica a cargo de un profesional en la materia no debe consistir en un vano formalismo, ha de ser real, debiéndose tener en cuenta que ninguna fenomenología lo será si antes no es posible. Así las cosas, encuentra válida la reclamación del demandante, en cuanto a la carencia de defensa técnica, pues en el término comprendido entre la indagatoria y el cierre de la investigación, aquella estuvo a cargo de los procesados, quienes no tienen los conocimientos jurídicos necesarios para suplir aquella, lo que se demuestra con el intento de impugnación de la valoración de los perjuicios hecha por el perito.

3. El nombramiento de la defensora fue efectivo para la diligencia de indagatoria, mas no ocurrió lo mismo en la actuación posterior, en la que simplemente contaron formalmente con ella, pues no se pudo localizar, por lo que los procesados no tuvieron la "posibilidad" de controvertir la prueba y los criterios judiciales expresados en las providencias interlocutorias proferidas en su contra, afectándose las bases fundamentales del proceso desde la etapa instructiva.

Consideraciones de la Sala

La sentencia objeto de estudio debe ser casada por las siguientes razones:

1. *Con base en el artículo 29 de la Constitución Política, en el contexto del C. de. P. P., los tratados sobre derechos humanos que rigen en Colombia y la jurisprudencia, el derecho de defensa es fundamental y se integra con dos aspectos: la autodefensa o defensa material, predicable del procesado, y la técnica, letrada o experta, que corresponde a un profesional del derecho. Esa defensa conjunta, además, debe existir, realmente, durante todo el proceso, en forma permanente y continua.*

2. Cuando dentro del proceso penal la "defensa" no se cumple con todos los requisitos anteriores, resulta menoscabada la protección que la normatividad ofrece al imputado y, por ende, se impone la anulación de lo mal hecho, tal como lo dispone el No. 3º. del artículo 304 del C. de. P. P., en desarrollo expreso de mandatos superiores y legales. Y la razón es elemental: el proceso penal tiene que ser justo, equilibrado, adelantado dialécticamente fundamento obvio que desaparece cuando la contradicción muere porque en aras del derecho se reduce a uno de los dos extremos de la relación, es decir, a aquello que quiera hacer el Estado.

3. En el capítulo dedicado a la "Actuación Procesal" se hizo una reseña de los pasos dados por la Fiscalía y por el Juzgado del conocimiento. Ahora los

recordamos pero haciendo énfasis concreto en lo sucedido en materia de defensa. En efecto:

3.1. El 14 de agosto de 1994, a las 8:45 A. M. fue oído en indagatoria José Libardo López Martínez. La Fiscalía le designó una defensora de oficio, porque José Libardo no tenía a quién nombrar (Fl. 6). El imputado negó la comisión del hurto y dijo que quien le había "metido la mano al bolsillo" a la víctima había sido su compañero. Por esto, la Fiscalía le preguntó: "Usted se ratifica bajo juramento en el cargo que ha lanzado contra su amigo Surley Barrera en el sentido de que éste fue quien le hurtó la plata a ese señor?". López contestó: "Si yo me ratifico bajo juramento en ese hecho que he manifestado porque así fue que ocurrió" (Fl. 8).

El mismo día, a las 9:45 A.M. la Fiscalía oyó en injurada al otro capturado, Surley Barrera. Como este tampoco tenía a quién designar como defensor, le nombró a la misma profesional. El instructor, entre otras cosas, le preguntó: "Su amigo Libardo dice que quien le sacó la plata del bolsillo a ese señor fue usted. Voluntariamente qué tiene para manifestar al respecto?. Y contestó: "No, el señor la sacó, me la entregó y dijo que no tenía más" La Fiscalía, además, le hizo esta pregunta: "Usted también pertenece a alguna banda de delincuentes o a las milicias populares?" Y respondió: "No" (Fl. 12).

Hasta aquí se tiene que los dos muchachos tuvieron una defensora en la indagatoria, aun cuando no actuó con diligencia, como debía, en la última injurada, pues permitió la grosera, indebida e injurídica pregunta de la Fiscalía que se acaba de transcribir.

Adelantemos que una de las acusaciones que hace el casacionista se basa precisamente en aquella actuación, pues estima que ante intereses contradictorios se ha debido acudir a dos defensores, pues mientras Libardo negaba haber realizado la conducta imputada para circunscribir su actuación a caminar al lado de su compañero, al paso que hacía imputaciones a Surley, éste relataba los hechos, hablaba en plural y cuando se le puso de presente la afirmación jurada de aquél, la desmintió.

En apariencia, desde inmediatamente después de las indagatorias resultó quebrantada la ley procesal pues en aras de la integridad del derecho de defensa el artículo 143 del C. de P.P. impone al defensor la imposibilidad de representar a dos o más personas que tienen intereses contrarios o incompatibles y a la Fiscalía el deber de declarar la incompatibilidad y de proveer a cada sindicado su propio defensor.

Se afirma que tal circunstancia sólo aparentemente constituye irregularidad porque, en verdad, entre los dos procesados no había oposición ni intereses contrapuestos. De la pregunta de la Fiscalía y de la respuesta de José Libardo mencionadas con anterioridad pareciera que sí: sin embargo, del análisis conjunto de las dos injuradas y del estudio contextual de éstas con el resto del expediente, resulta que, en el fondo, no había discrepancias entre los dos imputados, pues solamente la ligereza judicial impulsó a la

fiscal a hacer la pregunta reproducida, que no corresponde exactamente a aquello que había afirmado José Libardo. La violación planteada, entonces, no reviste categoría de irregularidad que afecte derechos sustanciales.

3.2. El 18 de agosto de 1994, la Fiscalía escuchó a tres testigos (Fls. 22 a 30) y al día siguiente resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento (Fl. 32 s.s.). Esta decisión fue notificada al Ministerio Público y a los procesados. Respecto de la defensora, se dejó la siguiente constancia secretarial, al final del Fl. 37: "Medellín, agosto 22 de 1994. En la fecha, se averiguó en el 113, por el teléfono de la doctora Marcela Hoyos de Hurtado y no aparece registrado, se buscó en el directorio telefónico y no aparece por esto ha sido imposible notificarle, ya que en el expediente no existe dirección ni teléfono". Al día siguiente, 23 de agosto, se dejó constancia semejante, como se percibe al Fl. 49: no ha sido posible localizar a la defensora para notificarle la resolución de la situación jurídica.

3.3. El 22 de agosto de 1994, el investigador escuchó otros tres testigos, (Fls. 38 a 47).

3.4. El 23 de agosto de 1994 la fiscalía recibió una petición de los dos procesados. En ella se lee que ellos, con sus propias palabras ["con nuestras palabras", dicen], solicitaban se establecieran los daños y perjuicios causados pues tenían el ánimo de restituir. El fiscal dictó un auto, dijo que era necesario nombrar perito, lo designó y este fijó la cuantía en $100.000. Ante ello, profirió otro auto y dio traslado del dictamen para efectos de eventual ampliación, adición o aclaración. Se notificó la decisión, salvo a la defensora, sobre quien se dejó otra vez constancia, al Fl. 55 vto: "En el directorio telefónico, en el 113 no aparece registrado el nombre de la doctora Marcela Hoyos Hurtado, por esto no se le ha podido notificar contenido auto anterior". Los procesados hicieron llegar otro manuscrito a la Fiscalía: "Con todo respeto y con nuestras propias palabras le solicitamos una reposición de la indemnización notificada..." (Fl. 56).

3.5. El 8 de septiembre, los sindicados consignaron los $100.000 y el 12 pidieron la libertad provisional. El Fiscal, el mismo 12, produjo este auto: "...se resolverá el memorial que precede una vez quede ejecutoriado el dictamen mediante el cual se tasan los perjuicios y termine el traslado a las partes del mismo" (Fl. 65). El 19 de septiembre de 1994, el Fiscal resolvió sobre la libertad y la otorgó. Comenzó la notificación y en relación con la defensora, se plasmó la siguiente afirmación: "Medellín, septiembre 21 de 1994. En constancias anteriores en el expediente, se puede observar que nunca se ha podido localizar a la doctora Marcela Hoyos Hurtado, se hizo un nuevo intento pero todo resulto negativo, por esto ha sido imposible de notificarle el contenido auto anterior" (Fl. 79).

3.6. El 10 de octubre de 1994, fue designado defensor de oficio, se posesionó el mismo día (Fl. 83) y al día siguiente, el 11 de octubre, el Fiscal cerró la investigación (Fl. 85). De esta decisión no se notificó al defensor, aun cuando aparece una misiva que se le envió, y los procesados no fueron informados

pues que los dos mensajes dirigidos a ellos fueron regresados porque los destinatarios eran desconocidos. El 10 de noviembre de 1994, sin escritos precalificatorios en pro de la defensa, fue calificado el mérito del sumario con acusación para los dos jóvenes (Fl.98), proveído que se notificó, incluido el nuevo representante de los procesados (Fl. 99).

3.7. Durante la fase de juicio, en tema de solicitud de pruebas, la defensa nada propuso, mientras el Ministerio Público pidió un testimonio. Se fijó fecha de audiencia y esta se realizó. Allí el defensor presentó sus argumentos defensivos, orientados esencialmente hacia la búsqueda de nulidad, por falta de defensa. Además, en el debate oral afirmó que solo se había percatado del conflicto de intereses que surgía de las indagatorias cuando iba a hacer su alegato de defensa.

De la relación anterior se desprende que Libardo y Surley jamás tuvieron defensa, ni durante la instrucción y que fue débil al principio del juicio. No en la primera, por cuanto nunca fue localizada la doctora Hoyos; y frágil en la segunda porque, aun cuando posesionado un día antes del cierre de la investigación, el defensor solamente estudió el expediente para el momento de la audiencia, como se desprende de sus propias palabras al Fl. 116 vto. De aquí en adelante la protección de los procesados sí existió pues el letrado intervino en la audiencia, apeló la condena, sustentó la alzada y, luego, recurrió en casación.

4. La Fiscalía jamás requirió, salvo en la indagatoria, a Libardo y a Surley para explicarles lo relacionado con la defensa, es decir, no se preocupó, ante las constancias secretariales y el inocultable abandono realizado por la defensora, por informar a los procesados sobre la necesidad de que designaran abogado o sobre la posibilidad de que el Estado se los nombrara. Como se observa fácilmente, en ningún momento se esmeró por procurarles la realidad del mandato constitucional en este tema, salvo el día anterior a aquel en que optó por cerrar investigación.

5. Como conclusiones, se tienen las siguientes:

5.1 Libardo y Surley fueron acompañados en indagatoria por una profesional del derecho, que no se esmeró en protegerlos jurídicamente.

5.2. De allí en adelante, entre el 15 de agosto y el 10 de octubre de 1994, los procesados carecieron por completo de defensa. Si bien fue designado un defensor de oficio un día antes del cierre de investigación y este actuó durante la segunda gran fase del proceso, específicamente de la diligencia de audiencia hacia el futuro, ello no significa que se pueda desconocer la flagrante violación de la Constitución y de la ley ocurrida con anterioridad. En otras palabras, la ausencia absoluta de defensa durante la instrucción no puede ser remediada por la defensa verdadera durante el juicio pues, como se dijo al comienzo, el ejercicio cierto de tal derecho implica que tiene que ser real, permanente y continuo.

5.3. La profesional del derecho que asistió en indagatoria a los procesados nunca compareció, ni fue localizada. Por estas obvias razones, jamás fue notificada durante la instrucción. Por los mismos motivos, entonces, nunca pudo participar en la práctica de aquellas pruebas que, hipotéticamente, habrían requerido su presencia, según su criterio, si hubiera estado atenta a la actuación.

5.4. Si hubo algo de defensa, fue la material, es decir, la autodefensa, pero exclusivamente con respecto a la petición de fijación de perjuicios y de libertad provisional.

5.5. De una mirada del expediente se desprende otra realidad inocultable: tanto la resolución acusatoria como las dos sentencias, se soportaron en la prueba practicada durante la instrucción.

El defensor planteó en la audiencia y en su escrito de sustentación del recurso de apelación lo mismo que se ha venido considerando en esta sentencia. El Juzgado de 1ª instancia le respondió que no se había vulnerado el derecho de defensa porque los procesados habían contado con una profesional en las indagatorias, las decisiones se habían notificado por estado y la Fiscalía les había designado defensor de oficio. El Tribunal, palabras más, palabras menos, le contestó lo mismo pero añadió que "...durante toda la actuación los procesados han estado asistidos por un profesional del derecho, que no se les impidió solicitar la práctica de las pruebas que estimaron pertinentes y que las notificaciones de las decisiones proferidas en el curso de la investigación se hicieron en la forma indicada en los arts. 188 y 190 del C. de P. Penal... Es más, habiéndose decidido favorablemente la petición liberatoria incoada por los mencionados justiciables, estima la Sala que la tan cacareada irregularidad advertida por el apelante no resiste el calificativo de sustancial, porque como ya se dijo, de ninguna manera ha cercenado esa garantía fundamental de defensa durante la instrucción y el juzgamiento. Si la razón estuviera de parte del censor, bien podría decirse que solicitaría un autocastigo, pues no se olvide que a él también se le notificó por estados el auto de cierre de la investigación" (Fl. 139).

Las afirmaciones de Juez y de Tribunal son ciertas dentro de una concepción exageradamente formalista del derecho, pero se hallan totalmente alejadas de un verdadero derecho penal, sobre todo si se tiene en cuenta que desde hace tiempos se reclama la prevalencia del derecho sustancial, que es constitucional y legal, sobre cualquier otra consideración. Para casos como el que estudia la Sala en este momento, importa decir que el hecho de que exista sobre el papel el nombre de un profesional como defensor y el hecho de que se notifiquen las decisiones por estado, jamás pueden suplir y esconder toda una realidad enseñada por el abandono absoluto de la gestión encomendada y aceptada por una señora letrada y por la displicencia y tranquilidad abrumadoras de un señor Fiscal que la víspera del cierre de la investigación le quiere dar la forma a su actitud pasiva con la designación alanosa de un defensor de oficio. Es que no puede olvidarse, de una parte,

que la defensora nunca fue encontrada; y, de otra, que al Fiscal se le hacía saber, como al Ministerio Público y a los demás, por medio de constancias secretariales, que la togada no aparecía no obstante la búsqueda que de ella se hacía. La dejación tajante que hizo la abogada de su cargo y la incuria reiterada del funcionario judicial, son nítidas.

La Corte sobre el tema de la defensa ha sido estricta. Así, por ejemplo, en sentencia del 22 de octubre de 1999 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll), expresó:

"Cierto es que la situación de abandono predicable de la fase instructiva no se presentó en la etapa del juicio, y que los abogados que asistieron al procesado en esta segunda etapa del proceso tuvieron oportunidad de ejercer sin limitaciones el derecho de contradicción, pero esto no convalida la ausencia de asesoría calificada que se presentó durante la instrucción. De una parte, porque por mandato constitucional, el derecho a gozar de una defensa técnica debe ser garantizado en las dos etapas del proceso (investigación y juzgamiento), y de otra, porque se trata de una prerrogativa de carácter absoluto e intangible, condiciones que hacen que el procesado no pueda renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla".

Como consecuencia de todo lo dicho, se declara la nulidad a partir del auto del 11 de octubre de 1994, inclusive, por medio del cual fue cerrada la investigación, para que el proceso sea repuesto en lo pertinente, con sujeción plena a los mandatos constitucionales y legales. Para estos efectos, la Sala pide muy respetuosamente a los señores funcionarios de la justicia que procuren y garanticen la defensa a los sindicados y le permita a sus letrados representantes el desarrollo de su actividad, especialmente en lo relacionado con el derecho a la contradicción. Y a estos, naturalmente, les solicita que recuerden su juramento y, por supuesto, la función social que, ante todo, les compete en el ejercicio de la abogacía.

Como los procesados vienen gozando de la libertad provisional otorgada con resolución del 19 de septiembre de 1994, tal derecho debe mantenerse, sirviendo de apoyo a ello el acta de compromiso y la caución prendaria que suscribieron, obrantes a los folios 77, 78, 80 y 81 del cuaderno original.

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

RESUELVE:

1. Casar la sentencia.

2. Decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que declaró cerrada la instrucción, inclusive.

3. Disponer que los procesados José Libardo López Martínez y Surley Barrera continúen gozando de la libertad provisional, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

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 Manrilla Nougués. Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastúdas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA-
Comités de Internos, reglamentación

La Sala inicialmente debe advertir que el Acuerdo No. 0011 de octubre 31 de 1995, Reglamento General de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios, en lo atinente a los Comités internos establece en su artículo 84 que estos serán escogidos por "la junta de evaluación de trabajo, estudio y enseñanza entre los internos que hayan sido calificados con conducta por lo menos buena dentro de los seis (6) meses anteriores...". A su turno dispone el artículo 85 de la misma normatividad que "los comités estarán integrados por un número impar de internos, mínimo tres (3) y máximo (7) miembros. La duración de estos en cada comité será de seis (6) meses sin posibilidad de reelección y en caso de ausencia definitiva de uno de sus miembros, la junta de evaluación de trabajo, estudio y enseñanza lo reemplazará"..."Los créditos del tiempo de actividad en cada comité serán expedidos por quienes tengan su control para los fines de redención de pena homologándolo con la actividad del estudio del establecimiento para la certificación correspondiente".

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., diez (10) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No.176 Proceso No. 16240

VISTOS

El procesado Juan Carlos Ramírez Fonnegra, con fundamento en los artículos 58, 97 y 101 de la Ley 65 de 1993, solicita la redención de pena y por consiguiente el beneficio de la libertad provisional de acuerdo con el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993. Señala que conforme al tiempo que ha estado privado de la libertad y el que le corresponde por redención, acredita las dos terceras partes de la pena que le fue impuesta: esto es, 80 meses.

Señala que ha transcurrido un tiempo considerable de tratamiento penitenciario, a lo que agrega que carece de antecedentes penales; que su conducta

ha sido calificada de buena en el centro penitenciario, donde ha realizado actividades intramurales en busca de su superación personal y colectiva. Solicita, entonces, se analice la posibilidad jurídica de que se le conceda la libertad, teniendo en cuenta que está en vía de lograr su readaptación social.

Consideraciones de la Corte

La Sala inicialmente debe advertir que el Acuerdo No. 0011 de octubre 31 de 1995, Reglamento General de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios, en lo atinente a los Comités internos establece en su artículo 84 que estos serán escogidos por "la junta de evaluación de trabajo, estudio y enseñanza entre los internos que hayan sido calificados con conducta por lo menos buena dentro de los seis (6) meses anteriores...". A su turno dispone el artículo 85 de la misma normatividad que "los comités estarán integrados por un número impar de internos, mínimo tres (3) y máximo (7) miembros. La duración de estos en cada comité será de seis (6) meses sin posibilidad de reelección y en caso de ausencia definitiva de uno de sus miembros, la junta de evaluación de trabajo, estudio y enseñanza lo reemplazará". . "Los créditos del tiempo de actividad en cada comité serán expedidos por quienes tengan su control para los fines de redención de pena homologándolo con la actividad del estudio del establecimiento para la certificación correspondiente".

Acorde con estos parámetros se optó por solicitar a la Cárcel del Departamento Judicial de Medellín aclaración acerca del certificado No. 0958, una vez se obtuvo el original del mismo, en el que se hace constar que Juan Carlos Ramírez Fonnegra desarrolló la actividad "Comité Mantenimiento Patio 2", durante los periodos de marzo a diciembre de 1997, agosto a diciembre de 1998 y enero a julio de 1999, en atención a que las 2.904 horas de estudio que allí se relacionan superan el periodo que, de acuerdo con las normas transcritas, el interno puede permanecer en cada comité y desatiende la prohibición de reelección que en ellas se establece.

Como hasta la fecha no se ha hecho claridad por parte del respectivo centro carcelario, y en aras de atender la presente solicitud del procesado Ramírez Fonnegra, la Sala atendiendo a los parámetros del artículo 85 aludido, tendrá en cuenta las horas certificadas durante los seis (6) primeros meses del presente año (enero a junio) en la actividad "Comité Mantenimiento Patio 2" de la constancia No. 0958, periodo respecto del cual el Consejo de Disciplina de la Cárcel del Departamento Judicial de Medellín calificó de buena la conducta del interno el 2 de agosto del año en curso (fl.31)

Así las cosas se tiene entonces que el peticionario Ramírez Fonnegra fue condenado a la pena de diez (10) años de prisión por el delito de concierto para delinquir de que trata el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, mediante fallos de diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997) y octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998) proferidos por un Juzgado Regional de Medellín y el Tribunal Nacional, respectivamente.

Desde el 31 de agosto de 1994, cuando fue privado de la libertad, a la fecha, ha descontado sesenta y dos (62) meses y diecisiete (17) días de tiempo físico. Si a ello se suman ocho (8) meses y siete (7) días correspondientes a la constancia No. 1469 por trabajo realizado entre octubre de 1995 y marzo de 1997 y de enero a junio de 1997, y dos (2) meses y siete (7) días por estudio realizado entre enero y junio de 1999 que se acreditan en el certificado No. 0958, restringido a este lapso por las razones ya expuestas, arroja un total de setenta y tres (73) meses, con lo que no alcanza a cumplir el requisito objetivo de las dos terceras partes de que trata el artículo 72 del Código Penal y que releva a la Sala de pronunciarse acerca del factor subjetivo en ella contenido.

Sea lo anterior suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NEGAR la petición de libertad solicitada por el procesado Juan Carlos Ramírez Fonnegra, por las razones consignadas en precedencia.

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, Yesid Ramírez Bastidas

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTADO CIVIL-Prueba de los actos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938/ **EXTRADICION**-Prueba: Presunción de autenticidad de copia de documento allegado por la vía diplomática/ **EXTRADICION**-De extranjeros

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1.970, que regula lo atinente al estado civil de las personas y a la forma como procede su registro, "los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1.938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos" y específicamente, tratándose de nacimientos, su inscripción debe hacerse dentro del mes siguiente a su ocurrencia ante el funcionario correspondiente (art. 48 ibídem), debiéndose acreditar "mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto y en defecto de aquél, con declaración juramentada de dos testigos hábiles".

2. Si bien se trata de una copia como allí mismo se dice, y que fue remitido vía fax, ello no implica en modo alguno que no se hubiese agotado el trámite diplomático, pues precisamente fue aportado conforme a las disposiciones sobre la materia, esto es, de Gobierno a Gobierno y si bien se trata de una copia, tampoco se presenta tal falencia, por cuanto el sello original impuesto en el referido Registro de Nacimiento por parte de la Embajada de Venezuela en Colombia, por el contrario, está avalando que agotados los trámites pertinentes en Venezuela en las oficinas de ese país y con las autoridades encargadas de expedir su copia, fue remitido a dicha Embajada en cumplimiento de los requerimientos que hiciera por solicitud del Gobierno colombiano y el propio Cónsul de Colombia en Venezuela, debiéndose entonces presumir su autenticidad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero de parágrafo del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que dicho documento se trasladó o tramitó como prueba a petición de una autoridad judicial colombiana, sin que sea necesario, por ende, como lo pretende el apoderado de (...), la certificación en el sentido de que su recaudo se hizo válidamente con la respectiva ley procesal, dado que solo se trataba de su aporte y no de su producción, pues tal documento ya reposaba en las oficinas correspondientes en Venezuela.

3. Así las cosas, y dado que por sustracción de materia carece de objeto analizar lo pertinente al argumento de la defensa en el sentido de que por tratarse de un ciudadano colombiano no procede su extradición, toda vez que los hechos por los que es requerido por el Gobierno de los Estados Unidos son anteriores a la expedición del Acto legislativo No.1 del 16 de diciembre de 1.997 que reformó el artículo 35 de la Carta Política, posibilitando la aplicación de este instrumento internacional para los nacionales por nacimiento, pero únicamente en relación con hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, pues, al haberse demostrado que no obstante que una de las cédulas que identificaban a (...) como un nacional no ha sido cancelada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, es lo cierto, que como quedó analizado, este en realidad es un ciudadano extranjero, de nacionalidad venezolana, frente al cual ninguna interpretación distinta cabe a la de que aún desde antes de que el Congreso de la República hiciera la referida reforma constitucional, procedía su extradición, como ya lo precisó la Sala en anteriores oportunidades y así lo ha reiterado al sostener que: "De todos modos, tanto en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como al discutirse el proyecto que dio lugar al Acto Legislativo número 1 del 16 de diciembre de 1997, reformatorio del artículo 35 de la C. P, las deliberaciones únicamente versaron sobre la extradición de los nacionales, pues con relación a los extranjeros, siempre ha habido acuerdo, lo que explica la constancia de la normalidad al respecto" (Concepto abril 16 de 1.998, M.P. Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., noviembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve. (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 176 Proceso No. 14944

Previa solicitud del Ministerio de Justicia y del Derecho, en la que el de Relaciones Exteriores afirma no existir Convenio aplicable a este caso, razón por la cual, se impone tramitarla por la Ley Procesal Penal interna, procede la Sala a conceptuar sobre la petición de extradición que de Fernando José Flórez Garmendia o Fernando Flórez o José Luis Caicedo, ha impetrado al Gobierno de Colombia su homólogo de los Estados Unidos de América, a través de su embajada en este país, mediante Nota Verbal No. 586 del 14 de agosto de 1.998, formalizada por la No. 704 del 11 de septiembre del mismo año, solicitando igualmente su detención provisional, y la incautación de todos los objetos que pudiese portar al momento de su captura, a lo cual accedió y ejecutó el Fiscal General de la Nación.

Trátase, según lo afirma el país requirente, de un ciudadano venezolano, blanco, tipo hispánico, de 5 pies 7 pulgadas de altura, 250 libras de peso y ojos color carmelita, titular de la cédula de identidad No.V-5.967.216 expedida por las autoridades limítrofes a Fernando José Flórez Garmendia el 15 de octubre de 1970, nacido el 15 de mayo de 1961 en San Juan de los Mo-

rros. Municipio San Juan de los Morros, Municipio Roscio, Edo. Guárico, hijo de Flores José y Garmendia Cristina, de estado civil soltero, habiendo presentado para obtener ese documento de identificación la partida de nacimiento No. 599 del año 1.961 expedida por el Registro Principal de Guárico el 20 de julio de 1966, según se hizo constar en la correspondiente tarjeta de preparación, conforme se certifica en el oficio No. RIIE-1-0103-98-98-2918 del 13 de agosto del año pasado, procedente del Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela dirigido al Sub Comisario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, División General contra Drogas, allegado a estas diligencias por el Gobierno de los Estados Unidos, por intermedio de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal No. 591 y a través de la correspondiente vía diplomática.

Igualmente, se explicita en las referidas Notas Verbales, que en contra de dicho individuo, el 20 de junio de 1996, la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida profirió la resolución de acusación sustitutiva No. 93-470-CRWMH (s) (s) (s), por los siguientes cargos:

"- Cargo I. Participación en un concierto 'RICO' (actividades corruptas y fraude organizado), en violación del Título 18, Secciones 1961 (4) y 1962 (c) del Código de los Estados Unidos; concierto para importar cocaína en violación del Título 21, Sección 963.

- Cargo III. Concierto para importar cocaína, en violación del Título 21, Sección 963 del Código de los Estados Unidos;

- Cargo IV. Concierto para poseer con la intención de distribuir cocaína, en violación del Título 21, Sección 846 del Código de los Estados Unidos;

- Cargo V. Importación de cocaína, en violación del Título 21, Sección 952 (a) del Código de los Estados Unidos;

- Cargo IX. Lavado de dinero, en violación del Título 21 U.S.C. 1956 (A) (1) (a) (I) del Código de los Estados Unidos".

Por esta acusación, en la misma fecha, y debido a que los hechos que motivaron dicha investigación se relacionan con la importación de 5.000 kilogramos de cocaína en el verano de 1990, a través del Puerto de Miami, Florida y de 8.000 kilogramos en el verano de 1991, sustancia que inicialmente fue enviada a la ciudad venezolana de Táchira por el denominado cartel de Cali de Colombia, siendo recibida por Flores, quien valiéndose de una empresa de nombre "Tranca" , luego de camuflarla en postes huecos de concreto la hizo llegar a los Estados Unidos, siendo incautada en Miami, el Juez de esa Corte profirió auto de detención, aclarándose que precisamente con motivo de este operativo, el ahora solicitado en extradición se vino a vivir a una 'casa segura' en Cali, mantenida por el líder de dicho cartel, Miguel Rodríguez, donde se le dio una documentación falsa y apoyo financiero.

Como pruebas que sustentan esta solicitud, el Gobierno Requirente ha aportado en original y debidamente traducidos al español, la declaración del

Agente Especial de la Aduana de los Estados Unidos, encargado del presente asunto, en la que resume los pormenores de la investigación y de los cargos imputados, rendida ante un Magistrado del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos del Sur de Florida, copia de la resolución acusatoria proferida por el Gran Jurado en contra del solicitado y otros, así como los textos de las normas que describen y sancionan las conductas delictivas imputadas y las pertinentes al término de prescripción de las mismas, al igual que una fotografía de Fernando José Flores Garmendia, tomada de un artículo de prensa publicado en la edición No. 851 de agosto 24 al 31 de 1.998 de la revista Semana de esta ciudad, la cual, según la declaración del mencionado Agente Especial, corresponde a la misma persona a la que ante el Gran Jurado identificó como Fernando Flórez, conocido también con el nombre de José Luis Calcedo.

Abierta esta actuación a pruebas mediante el trámite previsto en el Libro V, Título I, Capítulo III, artículo 556 del Código de Procedimiento Penal y corridos los traslados de ley para su solicitud, entre las pedidas por el defensor y las decretadas de oficio, se practicaron las siguientes:

a. Inspección en la Notaría Segunda del Círculo Notarial de la ciudad de Cali a efectos de establecer si en dicha oficina reposaba el original del registro civil de nacimiento RC T 122 F124 con base en el cual se expidió la cédula de ciudadanía No. 94.399.894, esto es, una de las que se encontraron en poder del capturado, la que se practicó por medio de funcionario comisionado (fl.130), hallándose en el Tomo 122, folio 124, el correspondiente a José Luis Calcedo, nacido en Cali el 2 de noviembre de 1960, registrado el 13 del mismo mes por la señora Graciela Calcedo, identificada con la cédula de ciudadanía No. 2.893.827 de Bogotá, junto con dos testigos, advirtiéndose por quien atendió la diligencia, que dicho registro carece de soporte, "en razón a que fue asentado antes del Decreto 1260 de 1970".

b. Inspección en la Registraduría Nacional del Estado Civil de la ciudad de Cali, en la que se halló la tarjeta alfabética correspondiente a la cédula de ciudadanía No. 16.697.671, otro de los documentos de identificación que portaba el pedido en extradición para cuando fue aprehendido, expedida el 4 de agosto de 1982 a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, nacido el 15 de mayo de 1955, hijo de José Inocente Flórez y Beatriz Cristina Garmendia, de estado civil soltero y ocupación sexto de bachillerato, que según la nota allí dejada, se expidió con base en una partida de nacimiento otorgada en la Parroquia de La Santa Infancia de esa misma ciudad. Habiendo manifestado la funcionaria que atendió la diligencia, "la partida de bautismo que sustenta la ficha alfabética, fue enviada a la Registraduría a Santa Fe de Bogotá, en la fecha de preparación, porque así era el trámite hace 16 años pretéritos, (y que) de acuerdo a su experiencia, y por tratarse de documentos de uso transitorio, ya no deben existir en los archivos", como así se constató al hacerse lo propio en tales dependencias en esta ciudad capital.

c. Habiendo solicitado el anterior defensor se estableciera en el Distrito Militar No. 95 los documentos que habían servido de soporte para la expedi-

ción de la Libreta Militar No. 94.399.894 del 9 de junio de 1.992 a nombre de José Luis Caicedo, en el Comando General de Reclutamiento General del Ejército Nacional, se informó que dicho Distrito no existe por cuanto esa institución solo tiene 61, pudiéndose allegar la información sistematizada en la que consta que esta persona tramitó dicha libreta en el Distrito Militar R-M- 3 No. 17 de la ciudad de Cali, oficinas en las que por medio de comisionado se practicó inspección no apareciendo documentación que supuestamente debió servir de base para la expedición de este documento.

d. Igualmente, se inspeccionaron los libros correspondientes de la Parroquia La Santa Infancia de la ciudad de Cali, diligencia en la que el Presbítero José Oscar Moreno Zuluaga advirtió que la misma nació desmembrada de la iglesia San Fernando Rey el 8 de diciembre de 1.960, según Decreto 016, constatándose que en el libro No. 5, folio No. 2, que es la fuente que aparece en la Registraduría Nacional del Estado Civil, no aparece la información anotada, haciéndose constar que ese volumen fue iniciado únicamente hasta el año 1997 y que en el folio No. 2 no aparece la partida de bautismo de Fernando José Flórez Grmendia.

e. En igual diligencia practicada sobre el expediente que cursa en una de las Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D. C., donde se investiga al requerido en extradición por la comisión de presuntos delitos contra la fe pública, por haberse hallado en su poder al momento de su captura las cédulas que lo identificaban como ciudadano colombiano y otra como venezolano, ya referidas, se allegaron a esta actuación, como pruebas trasladadas, las siguientes:

Copia del informe rendido por el Jefe del Grupo de Estupefacientes de la Policía Judicial sobre la captura con fines de extradición, de quien se identificó con la cédula de ciudadanía colombiana No. 94.399.894 expedida a nombre de José Luis Caicedo, razón por la cual se procedió por medio de técnicos dactiloscopistas a efectuar el respectivo cotejo con la otra cédula que portaba, es decir, la venezolana distinguida con el No. 5.967.267, expedida a nombre de Fernando José Flores Garmendia y las impresiones dactilares aportadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Venezuela, estableciéndose que las tres corresponden a la misma persona.

Copia del informe de inteligencia del 19 de agosto de 1.998 remitido por el Oficial Investigador Código 867, en el que se da cuenta que con base en la captura que efectuó la Policía Técnica Judicial de Venezuela del ciudadano colombiano Juan Antonio Romero Mora, quien "confesó que había sido enviado -a ese país- por el sujeto Fernando Flores alias El Gordo, con el fin de recuperar 184 mil dólares y posteriormente entregarlos a dos individuos no identificados en la ciudad de Cúcuta, en una casa de cambio' y de la anotación que del nombre y número telefónico se le encontró en la agenda que portaba, se inició la búsqueda de este individuo, estableciéndose que en su contra "pesa una orden de captura en Venezuela por estar incurso en los delitos de tráfico de drogas y legitimación de capitales provenientes del comercio de drogas, según oficio 2745 de fecha 12-12-91 del Juzgado de primera

instancia en lo penal de la circunscripción judicial del Distrito Federal", precisándose, igualmente, que en la "actualidad se encuentra en Colombia utilizando documentos falsos a nombre de José Luis Caicedo con cédula de ciudadanía No. 94.399.894 y otra a nombre propio de él, pero figurando como colombiano" y que revisados los registros de visitas del pabellón de máxima seguridad de la Penitenciaría Nacional de Colombia La Picota, este sujeto "visita a Miguel Rodríguez Orejuela,..., con el fin de coordinar los envíos de estupefacientes a los Estados Unidos pasando por Venezuela", identificándose para ello, "con la cédula falsa a nombre de José Luis Caicedo".

Copia de la indagatoria rendida ante la Fiscalía General de la Nación el 21 de agosto de 1.998, en la que el solicitado en extradición afirmó llamarse José Luis Caicedo, nacido el 2 de noviembre de 1.960 en la ciudad de Cali, hijo de Graciela Caicedo y padre desconocido, soltero, de profesión comerciante, madre adoptiva Beatriz González Valdés, relatando que hacia el año de 1.980 cuando había terminado sus estudios y afrontaba una crítica situación económica, viajó a la ciudad de Cúcuta a fin de lograr por "algún medio legal o ilegalmente ingresar a Venezuela" a trabajar, habiéndole pagado, en esa época, cinco mil bolívares a un tramitador para que le consiguiera una cédula que lo identificara como ciudadano de ese país, ya que su intención era la de quedarse allá, utilizando entonces el nombre de Fernando José Flores Garmendia, con la que pudo ingresar y trabajar sin ningún problema en ese país, hasta que decidió regresar a Colombia. Explica también, que con las mismas aspiraciones viajó a los Estados Unidos con todos sus documentos en regla y con la identificación de José Luis Caicedo, en donde trabajó por espacio menor de 3 meses en varios hoteles como mesero. Sin embargo, más adelante refiere que el mencionado tramitador que le consiguió la cédula venezolana, también hizo lo propio con una colombiana con el nombre de Fernando José Flores "que no recuerdo si tenía el Garmendia, que por cierto es un apellido muy raro en Colombia pero en Venezuela sí lo ven mucho. El número de la cédula colombiana no lo recuerdo completo pero comenzaba por 16 millones de Cali, era. Y esa cédula decía que nací en Cali, tenía la misma fecha de nacimiento de la cédula que él me entregaría venezolana que era el 15 de mayo de 1.960 mismo año en que nací", debiendo entregar más dinero por el documento que lo acredita como venezolano, porque su intermediario le manifestó que "habían tenido que hacer otros papeles en Venezuela, para que esto quedara muy legal, como certificados o partidas de nacimiento, algo del hospital, él me mencionó allí, que había que hacer eso, otros papeles pero que eso había que hacerlo interno".

Copia de la inspección llevada a cabo por esa Fiscalía en la Registraduría Nacional del Estado Civil, respecto de los cupos numéricos 16.697.671 correspondiente a la cédula de ciudadanía expedida el 30 de septiembre de 1.982 a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, nacido el 15 de mayo de 1.955 en Cali y el 94.399.894 que fue cancelado mediante resolución No. 04406 del 8 de septiembre de 1.998 por "múltiple cedulación", según aparece en la copia del referido acto administrativo, también allegado a este

expediente, como se hizo con las respectivas tarjetas decadactilares, las cuales fueron sometidas a cotejo con la reseña tomada al requerido, dictaminándose por el perito que las mismas guardan uniprocedencia topográfica y morfológicamente; como igual ocurre con las fotocédulas, esto es, que se trata de la misma persona.

Copia del informe del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación sobre la verificación de los datos personales, antecedentes, etc., suministrados por el propio José Luis Caicedo o Fernando Flores o Jose Fernando Flórez Garmendia en la injurada rendida ante el ente investigativo, en el que se expone que "se ha tratado por todos los medios de verificar sobre lugares donde dijo haber residido, como los centros educativos donde cursó estudios, de captar documentos que certifiquen tales situaciones, en el caso del colegio -Pío XII de Cali- es imposible puesto que no aparece como alumno de dicho plantel; por otro lado, las direcciones que manifiesta dentro de la indagatoria son inexactas y en las que se ha logrado verificar manifiestan no conocerlo".

f. Habiéndosele solicitado información a la División de Extranjería del Departamento de Seguridad D.A.S. sobre las entradas y salidas del país que figuraran a nombre de Fernando Flores, Fernando José Flores Garmendia o José Luis Caicedo, fueron enviados los records correspondientes, en los que a nombre del primero, constan varias entradas, pero indicándose que es de nacionalidad estadounidense, mientras en relación al segundo, aparece relacionado en los listados como nacional de Venezuela, identificado con el pasaporte No. 5967216, con ingresos al país por el aeropuerto de Bogotá el 18 de enero y 8 de marzo de 1991, procedente de Madrid y Caracas, respectivamente, otros del 21 de agosto y 11 de noviembre del mismo año y una salida el 25 siguiente.

g. Por la vía diplomática, se solicitó a la Embajada de Venezuela en Colombia informara si Fernando José Flores Garmendia, Fernando Flores o José Luis Caicedo habían pedido visa para ingresar y/o permanecer en ese país, obteniendo respuesta mediante Nota Verbal No. 749, en forma negativa, al igual que lo hizo, ante similar petición, la Embajada de los Estados Unidos.

h. Igualmente, por conducto diplomático se solicitó la partida de nacimiento No. 599 de 1961, expedida el 20 de julio de 1966 a nombre de Fernando José Flores Garmendia, a la Oficina Principal de Guárico, siendo allegada la misma.

Cumplido así el período probatorio, el nuevo defensor del pedido en extradición, solicita a la Corte conceptúe desfavorablemente a la solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica para que sea juzgado en dicho país su representado, pues se trata de un ciudadano colombiano respecto del cual las conductas delictivas que se le atribuyen fueron ejecutadas con anterioridad a la reforma constitucional que posibilita la extradición de nacionales, prohibiendo la retroactividad, pues siendo un hecho cierto que

su defendido se identificó al momento de la captura con fines de extradición, ejecutada por la Fiscalía General de la Nación, con la cédula de ciudadanía colombiana "No. 93'399.894 también de Cali", expedida a nombre de José Luis Caicedo, hallándose igualmente en su poder un revólver calibre 38, negro, pavonado, No. interno 096 y externo IM7440P, con permiso para su porte, también con este nombre, y un vehículo de placas BKG 544, marca Sang Yong, azul náutico, tipo cabinado, y que mediante la resolución No. 04406 del 8 de septiembre de 1.998, la Registraduría Nacional del Estado Civil ordenó la cancelación de la cédula de ciudadanía No. 94.399.894 de Cali-Valle, a nombre de José Luis Caicedo, "quedando plenamente vigente la C.C. No. 16.697.671 de Cali-Valle a nombre de Fernando José Flórez Garmendia y ordenando para el efecto formular la respectiva denuncia penal ante las autoridades competentes, por el presunto punible de falsedad de documento público", es evidente, que éste es el documento de identificación que debe tenerse en cuenta para establecer la nacionalidad e identificación del pedido en extradición.

Sin embargo, y como cae en la cuenta el memorialista, que un tal planteamiento contradice el mandato que se le otorgó para ejercer la defensa, en la medida en que este profesional está actuando en nombre de de José Luis Caicedo, aclara, que "estando plenamente demostrado que dicha persona corresponde a Fernando José Flórez Garmendia", habrá de entenderse que lo hace "en representación de este ciudadano colombiano".

Bajo esta premisa y una vez relaciona los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal colombiano para determinar la procedencia de la solicitud de extradición y enfatizando en que si bien mediante el Acto Legislativo No. 01 de 1.997 el Congreso de la República modificó el artículo 35 de la Carta Política, posibilitando la extradición de ciudadanos colombianos, no puede dejarse de lado que "en concepto de la Honorable Corte Constitucional máxima instancia de la guarda de la Carta Política se pronunció respecto de la retroactividad de la aplicación de este mecanismo de lucha contra la delincuencia".

En estas condiciones y luego de insistir en que la persona solicitada en extradición por el Gobierno de los Estados Unidos es de nacionalidad colombiana, explica que de conformidad con regulado en el artículo 3º de la Ley 44 de 1.993, la calidad de nacional se prueba con la cédula de ciudadanía, lo que para el caso objeto de estudio significa que Fernando José Flórez Garmendia agotó el procedimiento exigido por el Estado colombiano para obtener la cédula de ciudadanía, y al expedírsela, "consecuencialmente, se originaron obligaciones recíprocas conforme a los postulados constitucionales y legales, ese vínculo ha sido continuo e interrumpido y se ha sostenido en todo momento y consolidado con la expedición de la C.C. No. 16.697.671 de Cali-Valle en su nombre" y así se reconoce, dice, al haberse dejado vigente la mencionada cédula de ciudadanía, "lo cual lo habilita para hacerse acreedor a la garantía constitucional de no extradición, en atención a la calidad de colombiano", máxime, si se tiene en cuenta que los hechos por los que es

requerido por el Gobierno de los Estados Unidos son anteriores al Acto Legislativo 01 de 1.997, y así también, agrega, ha sido reconocido por esta Corporación en otros asuntos.

Por tanto –continúa–, el Estado colombiano tiene el deber de garantizar el derecho de un nacional, de no extradición , salvo que hubiese delinquido con posterioridad al 17 de diciembre de 1997, lo que no ocurre en el presente asunto, pues de conformidad con las Notas Verbales Nos. 586 y 704 provenientes de la Embajada de los Estados Unidos, los hechos que motivan la presente solicitud ocurrieron en 1990 y el verano de 1991.

Sentada esta conclusión, vuelve sobre la validez de la cédula de ciudadanía vigente a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, pero ahora para destacar que se trata de un documento público por cuanto fue expedida por un funcionario de tal naturaleza, en ejercicio de sus funciones y con las formalidades legales, lo cual no puede tenerse como una situación inane, ya que es este hecho el que le confiere la calidad de ciudadano colombiano "con plenos derechos y deberes recíprocos entre este y el Estado. De tal manera que no le es dable al poder estatal pasar por encima de este derecho fundamental como es el de la nacionalidad y por ende su ciudadanía".

Además, afirma que siendo aplicables a este caso las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, como en efecto lo son por expresa autorización del principio de integración previsto en el artículo 21 del Estatuto Procesal Penal, no se puede desconocer que la cédula en cuestión está amparada por una presunción legal de autenticidad que no ha sido desvirtuada, y por el contrario, es el propio Estado colombiano el que por medio de la Registraduría Nacional del Estado Civil le ha dado plena validez al dejarla vigente al expedir la Resolución No. 04406 del 8 de septiembre de 1.998, sin que tal acto administrativo haya sido declarado nulo por la autoridad competente, situación que en derecho administrativo se conoce como principio de legalidad del acto administrativo, constituyendo, así, la referida cédula, plena prueba de la calidad de nacional colombiano de Fernando José Flórez Garmendia, lo que es prevalente frente a cualquier otra consideración, como que se trata de un derecho sustancial, más aún si se tiene en cuenta que Flórez Garmendia siempre ha estado sometido a la legislación colombiana, como se lo demuestra con la copia que aporta de una constancia sobre la sentencia proferida en 1983 por el Juzgado 22, hoy 15 Penal del Circuito de la ciudad de Cali, en el proceso radicado bajo el No. 360, en la que se le condenó a 16 meses de prisión que cumplió en la cárcel de Vista Hermosa.

De otra parte, como nuevo sustento a su tesis, observa cómo ni la misma Corte está segura de la nacionalidad de este individuo, ya que precisamente por ello, es que "frente a la no certeza de la nacionalidad venezolana de Flórez Garmendia" se vio en la necesidad de requerir en nueve oportunidades a las autoridades de ese país por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, para que fuera aportado a este expediente copia o certificación del registro civil " que supuestamente Fernando José Flórez Garmendia posee en el veci

no país, hasta tal punto que la honorable Corporación esperó que sobre el mismo se tuvicse algún conocimiento (el cual se cuestiona), para ordenar el traslado para alegar y continuar el trámite de rigor", y sin embargo, tal documento fue traído al proceso en forma irregular, además de que en él no se precisa en forma clara el nombre del requerido, porque allí aparece Hernando José y no Fernando José, por lo que la defensa está habilitada para "exigir su desconocimiento" como prueba dentro de esta actuación, más aún cuando además de esta "evidente diferencia, se suma el hecho cierto de que pueden existir en el eventual caso homónimos" y "la persona titular del documento en mención con relación a la madre (Beatriz Cristina Garmendia) no corresponde al reportado por la oficina nacional de identificación del vecino país (folio 25 C.O.); donde se reporta como madre a Cristina Garmendia", es decir, que no corresponde al ciudadano colombiano identificado con la cédula de ciudadanía No. 16'697.671 de Cali, Valle.

Acto seguido, bajo el título de validez de la documentación aportada, le recuerda a la Corte, que conforme a lo previsto en los artículos 228 y siguientes de nuestra Carta Política, el análisis que le corresponde hacer para efectos del presente concepto, no es simplemente formal ni mucho menos de simple confrontación mecánica entre las disposiciones legales de los dos países, sino que se trata de un estudio dinámico, funcional y jurídico; concreto y no abstracto, por manera que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Fundamental, debe estar revestido de todas las garantías legales, principio que igualmente corresponde aplicar a las pruebas, ya que si se aportan sin tales exigencias carecen de toda validez.

Lo anterior, afirma, tiene razón de ser en este caso, por cuanto en la documentación aportada por el Gobierno de los Estados Unidos y las autoridades venezolanas se presentan serias falencias que, por lo mismo, lo motivan a solicitar su no apreciación, como ocurre con el registro civil de nacimiento a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, petición a la que "NUNCA" se dio respuesta oficial por parte del Gobierno de Venezuela, lo que demuestra el poco interés de ese país respecto de esta persona, "sobre la cual ninguna autoridad venezolana a (sic) reclamado su nacionalidad, no lo han asistido como ciudadano de esé país como correspondería al Cónsul o Embajador" en Colombia al estar investigado por sus autoridades judiciales, ni han presentado a nuestro Gobierno solicitud de extradición, "luego todo lo anterior permite establecer que para Venezuela Fernando José Flórez Garmendia es un ciudadano colombiano y por lo tanto no tiene que interceder ante nuestras autoridades".

Se refiere, entonces, al oficio O.J.E. del 11 de agosto del presente año, por medio del cual la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia remitió a este proceso fotocopia informal del registro civil de nacimiento de Fernando José Flórez Garmendia, poniendo de presente, el defensor, que no obstante que de parte de nuestras autoridades fue solicitado por conducto diplomático, el Gobierno venezolano no hizo lo propio, pues se aprecia que fue obtenido vía fax, por lo que "exige darle aplicación plena al

postulado consagrado en el C.P.P. en su artículo 274, el cual indica que los documentos se aportan al proceso en original o copia auténtica" y de no ser posible así se hará mediante inspección y si fuere indispensable se tomará el original dejando copia auténtica, como lo ha sostenido la propia jurisprudencia de esta Sala según transcripción textual que hace, aplicándose igualmente lo dispuesto en los artículos 255, 274 y 541 ibídem sobre el aporte y apreciación de la prueba trasladada y valor probatorio de las copias, debiéndose analizar todos los medios de convicción recaudados conforme a las reglas de la sana crítica.

De esta manera, pasa a relacionar las pruebas que con carácter documental hacen parte de este expediente, enfatizando que la cédula de ciudadanía No. 16.697.671 de Cali fue expedida a José Fernando Flórez Garmendia el 30 de septiembre de 1.982, es decir, hace más de 16 años, lo que significa que no es posible concluir que "este ciudadano colombiano pretendía desde esa fecha tomar al país como refugio de actividades delictivas", más aún cuando para entonces la extradición en Colombia tenía plena aplicación para los nacionales "y siendo Venezuela un país donde el tratado de extradición entre Venezuela y Estados Unidos de América es más benéfico por la limitación a las condenas que se puedan imponer, no resulta lógico que este se hubiese atribuido nacionalidad falsa corriendo tan grave riesgo, sino antes por el contrario no dudó jamás en pregonar su verdadera nacionalidad que es la colombiana".

En estos términos y reiterando lo expuesto sobre el derecho al debido proceso y los que constitucionalmente le asisten a Fernando José Flórez Garmendia como ciudadano colombiano y a la irretroactividad de la reforma constitucional en materia de extradición, finaliza su alegación, solicitando la emisión de un concepto desfavorable a la extradición de su defendido.

El Concepto

1. Bajo los precedentes supuestos fácticos y dado que, como lo ha precisado el Ministerio de Relaciones Exteriores, al no existir convenio alguno que regule esta forma de colaboración interestatal entre el país solicitante de la extradición de José Luis Caicedo, Fernando Flores o Fernando José Flórez Garmendia y Colombia, es por los lineamientos del Código de Procedimiento Penal que se impone su tramitación, le corresponde a la Sala conceptuar sobre las existencias que para estos eventos impone este Estatuto en el artículo 558 se cumplen en este caso, esto es, si establecida la validez formal de la documentación presentada por el país solicitante de la extradición, la persona detenida corresponde a la pedida por el Gobierno de los Estados Unidos, si los delitos por los cuales ha sido acusado en ese país están también tipificados en el nuestro y sancionados en ley sustantiva nacional con un mínimo de cuatro años de pena privativa de la libertad, y si en su contra el país requirente ha proferido resolución acusatoria o una decisión equivalente. Veamos:

a. En cuanto a la validez del trámite surtido en relación con la solicitud de extradición de José Luis Caicedo, Fernando Flórez ó Fernando José Flórez Garmendia, se tiene que la documentación pertinente se allegó por vía diplomática y debidamente legalizada y traducida por las autoridades de los Estados Unidos ante el Departamento de Justicia de ese país; habiendo certificado la Cónsul de Colombia en Washington D. C., sobre la autenticidad de la firma del Oficial de Autenticaciones del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, sin que fueran objetadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, donde, igualmente se certificó sobre la autenticidad de la firma de quien desempeñaba tales funciones en dicho país.

b. Ahora, sobre la identificación del requerido, el Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica a través de su Embajada portó como prueba la tarjeta alfabética de preparación de la cédula de ciudadanía Venezolana No. 5.967.216 y los datos de filiación que le fueron remitidas por el Ministerio de Relaciones Interiores, Oficina Nacional de Identificación de venezuela, sobre Fernando José Flórez Garmendia también encontrada en su poder, los técnicos de la Fiscalía General de la Nación, concluyeron que existen "características numéricas, morfológicas y topográficas entre las impresiones dactilares suministradas por la Oficina de Identificación del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela y las fotocopias de las tarjetas decadactilares de las cédulas números 94.399.894 y 16.697.671, estableciendo que se trata de la misma persona; es decir, que el señor Flórez Garmendia Fernando José, cédula venezolana No. 5.967.216 es el mismo que utiliza las cédulas colombianas No. 16.697.671 de Cali a nombre de Flórez Garmendia Fernando José y 94.399.894 también de Cali a nombre de José Luis Caicedo"; al igual que se hizo durante la investigación penal que se adelanta en este país en contra del requerido por delitos contra la fe pública, en la que se cotejaron las huellas de las referidas tarjetas de preparación de las cédulas colombianas con la reseña hecha al requerido, determinándose que, "las impresiones plasmadas en las tres tarjetas motivo del presente estudio, se identifican entre sí, es decir, corresponden a una misma persona", con la aclaración en el sentido de que, como "la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante resolución 4406 del 8 de septiembre de 1.998, canceló la cédula No. 94.399.894 de Cali (Valle) a nombre de Caicedo José Luis, por doble cedulación", queda vigente el cupo numérico 16.697.671 de la misma ciudad a nombre de Flórez Garmendia Fernando José,... plenamente identificado con los nombres, apellidos y número de la cédula citados anteriormente".

En estas condiciones, y si bien al quedar demostrado que la persona que en la actualidad se encuentra detenida preventivamente con fines de extradición, no es José Luis Caicedo identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.399.894 expedida el 8 de noviembre de 1991 en la ciudad de Cali, hijo de Graciela Caicedo, nacido el 2 de noviembre de 1960 en esa ciudad, como igualmente lo sostuviera de manera enfática al momento de su captura y en la diligencia de indagatoria que rindió el 21 de agosto de 1998 ante la Fisca-

lía 327 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá, D. C., por haberse cancelado la misma por la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante resolución No. 04406 del 8 de septiembre de 1.998 por múltiple cedulación, quedarían vigentes las cédulas Nos. 18.697.671 de Cali expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia el 30 de septiembre de 1982 a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, hijo de José Inocencio Florez y Beatriz Cristina Garmendia, nacido el 15 de mayo de 1955, y 5.967.216 expedida en Venezuela a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, hijo de José Flores y Cristina Garmendia, nacido en Guárico, Estado de Roscio, Municipio de San Juan de los Morros el 15 de mayo de 1961, ello no significa, como incisivamente lo reclama el apoderado del requerido, que esté demostrada la nacionalidad colombiana de Fernando José Flórez Garmendia, toda vez que son varias las razones que conducen indudiblemente a concluir que no obstante la doble cedulación en la que respectivamente se le atribuya la nacionalidad venezolana y colombiana, su verdadera identificación y nacionalidad es la primera. En efecto:

La cédula No. 16.697.671 expedida en la ciudad de Cali el 30 de septiembre de 1.982 tuvo como soporte un documento espurio, si se tiene en cuenta que, según consta en la correspondiente ficha de preparación No. 1938, los datos allí consignados fueron tomados de "P.N. Parroq. Sta. Infancia Cali L5 F2 No. 3", y que la funcionaria de la Registraduría en la ciudad de Cali que atendió la inspección practicada en dichas oficinas, afirmó que se "interpreta como 'Partida de Nacimiento de la Parroquia de la Santa Infancia' de Cali, Libro 5, Folio 2, orden No. 3", quedando la misma sin ningún soporte probatorio al confrontar los datos obtenidos en igual diligencia llevada a cabo en la referida Parroquia, no solo porque para la fecha en que supuestamente fue aportado para tramitar la expedición de dicha cédula, no existía, y por ende, aún no se llevaban tales libros, como que el propio Presbítero José Oscar Moreno fue expreso en advertirle al funcionario comisionado que "la Parroquia de la Santa Infancia, nació desmembrada de la iglesia de San Fernando Rey, el 8 de diciembre de 1960, según Decreto 016, y además, puso a disposición el libro No. 5 donde se constató: Se trata de un libro iniciado en el año de 1997, cuyo primer registro es el de la niña Kahis Stewphania Chacón Carbosa, nacida en Caracas (Venezuela), el 2 de octubre de 1992. El libro está conformado con perfecta caligrafía por el Pbro. y tiene 151 registros, el último de los cuales corresponde a la partida de Juan Sebastián Villamarín Romero, el 19 de febrero de 1.999. Examinado especialmente el folio 2, que corresponde a la información de la Registraduría, está conformado por los Registros de Juan Camilo Sánchez Camacho, Valentina Ruiz Jaramillo y Johjan Leonardo Mosquera Estrada, cuyos registros se sentaron el 7 de diciembre de 1997, oficiando el Párroco José Oscar Moreno Zuluaga".

Así las cosas, es claro que, por sustracción de materia es imposible que la partida de nacimiento que sustentó la expedición de la cédula de ciudadanía No. 16.697.671 de Cali a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, se hubiese expedido por la referida Parroquia de la Santa Infancia, pues cuan-

do se aportó a la Registraduría Nacional del Estado Civil con ese propósito, ni siquiera se había iniciado el libro al que dice corresponder.

Además, atendida la fecha de nacimiento que allí se indica, el documento legalmente válido para la solicitud de la expedición de la referida cédula de ciudadanía, no podía ser en manera alguna una partida de bautismo, sino un registro civil de nacimiento, pues *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970, que regula lo atinente al estado civil de las personas y a la forma como procede su registro, "los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos" y específicamente, tratándose de nacimientos, su inscripción debe hacerse dentro del mes siguiente a su ocurrencia ante el funcionario correspondiente (art. 48 ibídem), debiéndose acreditar "mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto y en defecto de aquél, con declaración juramentada de dos testigos hábiles"*.

Es evidente, entonces, que la postura defensiva deja de lado las mismas afirmaciones de su procurado en la que reconoce lo contrario, pues si se repara en la totalidad de las pruebas allegadas a esta actuación, se tiene cómo en la ya mencionada diligencia de indagatoria, el requerido sostuvo que su verdadera identificación era la correspondiente a José Luis Caicedo, admitiendo la apocrificidad de la cédula a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, respecto de la que afirmó la obtuvo por medio de un tramitador en la ciudad de Cúcuta, en donde estuvo hacia 1.980 recién terminó sus estudios secundarios, con el fin de tener una identificación con nacionalidad colombiana y otra venezolana con el mismo nombre, al punto que dijo no recordar bien si ese documento llevaba el apellido Garmendia, ni sus números completos, solo que comenzaba con 16 millones, ni los nombres que como los de sus padres quedaron inscritos, manifestando expresamente al ponérsele de presentes las tres cédulas de ciudadanía, que "quiero dejar constancia ante el Fiscal que es la primera vez que me muestran estos documentos. Me refiero expresamente a este documento el de la c.c. No. 5.967.216 expedida en Venezuela", y acto seguido, agregó: "En cuanto al tercero en su orden, o sea el que corresponde a la cédula No. 94.399.894 correspondiente a José Luis Caicedo, pues me recuerdo de haber llenado también con mis huellas dactilares dicho formato y haber firmado el original correspondiente a mi cédula colombiana porque es mi documento original. Respecto al cuarto documento pues igual digo lo del primero, sí es mi firma y posiblemente mis huellas ya que las implanté en una ficha igual, aquel día en un hotel de Cúcuta en la habitación llevado este documento por el señor Víctor", habiéndose ratificado bajo la gravedad del juramento sobre los cargos imputados a este sujeto, explicando finalmente que "los documentos que se me pusieron al frente el que está numerado con el serial 1938 que se encuentra la cédula de Fernando José Flórez Garmendia, de la República de Colombia, la foto que aparece en él impresa, que es la misma que está en la cédula fotocopiada

en el documento no pertenece a mi persona, como el señor Víctor, hizo toda esta documentación y presumo que el joven que lo acompañaba al hotel el día que me tomaron las huellas dactilares para esa cédula era su tramitador en Cali, y no tenían máquinas de fotografías ni me propusieron viajar a Cali para tomarme la foto, alego que esa foto no es mía, no pertenece a mis rasgos físicos. También leo en el mismo que mi fecha de nacimiento es en el año de 1.955 es decir que yo tuviese 44 años".

Ahora bien, nótese cómo, al haber cancelado la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante Resolución 04406 del 8 de septiembre de 1.998 la cédula de ciudadanía No. 94.399.894 de Cali expedida precisamente a nombre de José Luis Caicedo, esto es, 18 días después de la injurado en mención y no obstante que en este trámite en el inicial poder conferido se identificó como tal, procediendo dicho apoderado, con el fin de demostrar que su poderdante corresponde a esa persona, solicitó diversas pruebas, es a última hora, ante la evidente imposibilidad de persistir en tal postura, cuando el requerido al cambiar de defensor, no obstante firmarse nuevamente como José Luis Caicedo, anota en su manuscrito en el nuevo poder "o Flórez Garmendia José Fernando", adelantando así la argumentación que este nuevo profesional iría a postular en sus alegaciones finales de fondo hasta el punto de verse precisado a aclarar que aunque actúa a nombre del primero, al estar "plenamente demostrado que dicha persona corresponde a la de Fernando José Flórez Garmendia" debe entenderse que lo hace "en representación de este ciudadano colombiano", esforzándose, entonces, en sostener que la persona solicitada en extradición es el ciudadano colombiano identificado con la cédula No. 16.697.671 de Cali, desconociendo que, precisamente, fue su propio poderdante quien, en la diligencia de indagatoria negó ser esa persona explicando pormenorizadamente la forma como obtuvo falsamente tal identificación, a través de un tramitador en la ciudad de Cúcuta, hecho que, como se reseñó en precedencia, es objeto de investigación penal por parte de la Fiscalía General de la Nación.

De ahí que, inclusive, la constancia expedida el 6 de septiembre del presente año por el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali a solicitud de otro abogado, que allega extemporáneamente la defensa con el propósito de demostrar que la persona solicitada sí es realmente un ciudadano colombiano de nombre José Fernando Flórez Garmendia, porque en años anteriores se acogió a legislación nacional al purgar una condena en la cárcel de Vista Hermosa por delitos contra el patrimonio económico y la fe pública, según hechos ocurridos en 1.983, y según la cual su filiación corresponde exactamente a la cédula que ahora se cuestiona, tampoco permite colegir que con ella se demuestra la nacionalidad colombiana del requerido en extradición, pues si bien en dicho documento se certifica sobre la filiación de la persona condenada que es hija de Beatriz Cristina y José Inocencio, para entonces de 27 años de edad, es lo cierto que en ella se especifica que a ese proceso se presentó "sin documento de identidad".

Situación distinta ocurre con la cédula de ciudadanía No. 5.967.216 expedida en Venezuela a nombre de Fernando José Flórez Garmendia, que tuvo como soporte la partida de nacimiento No. 599 del Registro Principal de Guárico, documento que para el apoderado del requerido fue allegado, ante la insistencia de la Corte, en forma irregular por las autoridades venezolanas sin que se agotara vía diplomática, lo cual dice cuestionar, porque solo hasta que se obtuvo el mismo se corrió el traslado para alegar, desconociendo que efectivamente la Sala esperó hasta que se obtuviese esa prueba por haber sido previamente decretada en el auto del 19 de enero del año en curso, con el fin de permitirle a la defensa su conocimiento para el momento de alegar, garantizándose así al máximo el derecho a su contradicción, no entendiéndose, por tanto, la crítica del apoderado a este procedimiento.

Sin embargo, y como bajo este supuesto, el defensor solicita que en estricta aplicación del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, se le reste toda validez a dicho documento, a fin de despejar las dudas que lo inquietan, sea lo primero precisar que si bien, como él lo sostiene, hubo de reiterarse en varias oportunidades la solicitud de la referida partida de nacimiento, lo que se hizo agotando la vía diplomática, no es cierto, como se afirma en el alegato final, que las autoridades venezolanas nunca dieron respuesta oficial, puesto que en la Nota Verbal 749 procedente de la Embajada de Venezuela en Colombia en respuesta a las que a su turno y con tal propósito le remitiera el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, se afirmó que "por otro lado se pidió al Organismo Nacional competente investigar si está registrado como ciudadano venezolano y tan pronto se obtenga respuesta le será comunicado"; asimismo, en la Nota verbal II.2.C.SC.4.D.50 2061 del 30 de junio la misma Embajada de ese país, remitida a esta Corporación mediante oficio OJ.E. 20605 el 2 de agosto pasado por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, se dice sobre el particular, que acusa recibo "... de la Nota Verbal No. OJ.E. 16270 de fecha 25-06 99, en la que solicita con carácter urgente, si en las oficinas del Registro Principal de Guárico, se halla sentada la Partida de Nacimiento # 599 expedida a nombre de Fernando José Flórez Garmendia...", aclarándose, que "la anterior petición ha sido trasladada a las autoridades venezolanas, (y) una vez se obtenga la respectiva respuesta será remitida de inmediato a ese Despacho, para los fines correspondientes".

De ahí que, cumplido lo anterior por parte de las autoridades venezolanas, por oficio No. O.J.E. 22354 del 11 de agosto del año en curso el Ministerio de Relaciones Exteriores remitió a la Secretaría de la Sala la "copia fotostática del Registro de Nacimiento del ciudadano Fernando José Flórez Garmendia, la cual fue localizada inserta en el Registro Civil de Nacimiento de la Prefectura del Municipio Autónomo Juan Germán Roscio del Estado de Guarico, Venezuela, bajo el No. 599, correspondiente al año 1.961, según información suministrada por la Embajada de la República de Venezuela", siendo del caso destacar, que *si bien se trata de una copia como allí mismo se dice, y que fue remitida vía fax, ello no implica en modo alguno que no se hubiese agotado*

el trámite diplomático, pues precisamente fue aportado conforme a las disposiciones sobre la materia, esto es, de Gobierno a Gobierno y si bien se trata de una copia, tampoco se presenta tal falencia, por cuanto el sello original impuesto en el referido Registro de Nacimiento por parte de la Embajada de Venezuela en Colombia, por el contrario, está avalando que agotados los trámites pertinentes en Venezuela en las oficinas de ese país y con las autoridades encargadas de expedir su copia, fue remitido a dicha Embajada en cumplimiento de los requerimientos que hiciera por solicitud del Gobierno colombiano y el propio Cónsul de Colombia en Venezuela, debiéndose entonces presumir su autenticidad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del parágrafo del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que dicho documento se trasladó o tramitó como prueba a petición de una autoridad judicial colombiana, sin que sea necesario, por ende, como lo pretende el apoderado de Flores Garmendia, la certificación en el sentido de que su recaudo se hizo válidamente con la respectiva ley procesal, dado que solo se trataba de su aporte y no de su producción, pues tal documento ya reposaba en las oficinas correspondientes en Venezuela.

Ahora, en lo que respecta a las a inconsistencias que en cuanto al nombre completo y datos de los padres dice la defensa contiene dicha partida de nacimiento, las cuales le sirven de soporte para deprecar de la Corte concepto desfavorable sobre la solicitud de extradición elevada por el Gobierno de los Estados Unidos sobre el ciudadano venezolano Fernando José Flórez Garmendia, se debe destacar que si bien, de acuerdo con la califigrafía que está elaborada la partida en mención pareciera que el nombre allí anotado es de Hernando José y no Fernando José, y que el de la madre corresponde a Beatriz Cristina Garmendia y no Cristina Garmendia, esto no significa que no se trate de la misma persona cedulada en ese país y mucho menos que exista diferencia en el dato de la madre con los datos señalados por la Oficina de Identificación Venezolana, para sostener inusitadamente que se trata de un homónimo, puesto que es indudable que ese fue el soporte que sirvió de base para expedir la referida cédula que lo acredita como nacional de Venezuela, lo que no ocurrió con la del mismo nombre (aunque con ortografía diversa en el apellido Flores) supuestamente expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia, cuyo sustento, ya se explicó, fue espurio.

En estas condiciones, forzoso es concluir que la persona que se halla detenida preventivamente con fines de extradición es el ciudadano venezolano Fernando José Flórez Garmendia identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.967.216 expedida en Caracas.

Así las cosas, y dado que por sustracción de materia carece de objeto analizar lo pertinente al argumento de la defensa en el sentido de que por tratarse de un ciudadano colombiano no procede su extradición, toda vez que los hechos por los que es requerido por el Gobierno de los Estados Unidos son anteriores a la expedición del Acto legislativo No.1 del 16 de diciembre de

1997 que reformó el artículo 35 de la Carta Política, posibilitando la aplicación de este instrumento internacional para los nacionales por nacimiento, pero únicamente en relación con hechos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, pues, al haberse demostrado que no obstante que una de las cédulas que identificaban a Flórez Garmendia como un nacional no ha sido cancelada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, es lo cierto, que como quedó analizado, este en realidad es un ciudadano extranjero, de nacionalidad venezolana, frente al cual ninguna interpretación distinta cabe de la de que aun desde antes de que el Congreso de la República hiciera la referida reforma constitucional, procedía su extradición, como ya lo precisó la Sala en anteriores oportunidades y así lo ha reiterado al sostener que: "De todos modos, tanto en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como al discutirse el proyecto que dio lugar al Acto Legislativo número 1 del 16 de diciembre de 1997, reformatorio del artículo 35 de la C. P, las deliberaciones únicamente versaron sobre la extradición de los nacionales, pues con relación a los extranjeros, siempre ha habido acuerdo, lo que explica la constancia de la normatividad al respecto" (Concepto abril 16 de 1998. M.P. Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda).

c. En relación con la doble incriminación y mínimo de la pena, encuentra la Sala que los cargos que se le imputan a José Fernando Flórez Garmendia en la resolución de acusación sustitutiva No. 93-470-CRWMH (s) (s) (s) proferida el 20 de junio de 1996 por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, referidos a la importación de 5.000 y 8.000 kilogramos de cocaína en el verano de 1990 y 1991, respectivamente, fueron concretados como participación en un concierto "RICO", esto es, por integrar una organización para el tráfico de narcóticos; concertarse con otras personas para importar cocaína y concierto para poseer con intención de distribuir dicha sustancia ilegal, los cuales encuentran tipificación en la legislación nacional en el artículo 186 del Código Penal, modificado por el inciso tercero artículo 8°, de la Ley 365 de 1997, así: "Cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privado o bandas de sicarios, la pena será de prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de dos mil (2.000) hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales".

Asimismo, el delito imputado al requerido en el cargo V de la mencionada acusación sustitutiva, esto es, el de importación de cocaína, está sancionado en Colombia en el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1.986, modificado por el artículo 17 de la mencionada Ley 365 de 1997, que lo describe como: "El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales".

Por último, el cargo IX por lavado de dinero, relativo a las transacciones o intentos de ella y de realizar operaciones financieras involucrando los resultados de las actividades ilegales, guarda equivalencia con el delito de lavado de activos, previsto en el artículo 247A del Código Penal Colombiano, adicionado por el artículo 9° de la Ley 365 de 1.997, que lo define como, "el que adquiera, guarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, le dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o las legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales".

En estas condiciones, se cumple pues, este otro requisito de procedibilidad de la extradición en el presente asunto, pues los delitos imputados encuentran tipificación equivalente en las disposiciones del Código Penal y el Estatuto Nacional de Estupefacientes, todos, con penas mínimas no inferiores a los 4 años, como quedó visto.

d. Finalmente y en punto a la equivalencia de las condiciones, esto es que en el país requirente se haya proferido respecto del delito imputado, por lo menos, "resolución de acusación o su equivalente", se tiene que en contra de Flores Garmendia obre la resolución de acusación sustitutiva No. 93-470 CRWNG (s) (s) (s), dictada por la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, el 20 de junio de 1.996, que constituye pieza procesal equiparable a la regulada en nuestro Código de Procedimiento Penal, en el Libro II, Título IV.

Cumpliéndose, entonces, a cabalidad los requisitos previstos en el capítulo III del Libro V del Código de Procedimiento Penal para que la Corte conceptúe favorablemente sobre la extradición del ciudadano venezolano Fernando José Flórez Garmendia, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.967.216 expedida en Caracas, solicitada por el Gobierno de los Estados Unidos de América, impera así colegirlo, debiéndose comunicar sobre este pronunciamiento positivo a la Fiscalía General de la Nación, remitiéndose el expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho, para lo de su cargo.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONFESION-Técnica para alegar su desconocimiento/
CONFESION-Fundamento de la sentencia

1. De modo que si se echa de menos la rebaja de pena dispuesta en el artículo 299, que es la nota más determinante de su carácter sustancial, lo correcto es atacar la sentencia por falta de aplicación de la norma, así se haya caído en este vacío por interpretación errónea de los presupuestos de la misma (o por cualquier otro motivo), pues la censura quedaría a medio camino si se deja en esa última expresión.

2. Es cierto que el artículo 301 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) supeditaba la rebaja de pena al hecho de que la confesión fuera "el fundamento de la sentencia", exigencia que ya no se prevé en el artículo 299 del Estatuto Procesal Penal vigente, pero es que aquella referencia, además de ser equívoca, era redundante porque la compensación se entiende en el sentido de que el Estado prescinde de una parte de la pena a cambio de lo que ahorra procesalmente la actitud aportadora del confesante. Es más, bien puede decirse que, por la finalidad implícita en el artículo 299, este precepto completa el contenido jurídico-penal de la confesión, dado que ésta, más allá de reconocer un hecho delictivo que perjudica al imputado, debe entregar una claridad de los hechos que no se visualiza por otros medios que le precedan en el tiempo.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 177 Proceso No. 10915

VISTOS

El Tribunal Superior de Bucaramanga, por medio de sentencia anticipada del 28 de abril de 1995, condenó en segunda instancia al procesado Teófilo Anaya Coronel, a quien impuso la pena principal de cuarenta y un (41) meses y diez (10) días de prisión, como autor de un concurso de hechos punibles de hurto agravado y falsedad en documento privado.

En relación con este fallo, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación y, obtenido el concepto de la Procuraduría Delegada, la Sala procederá de fondo sobre el asunto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

De acuerdo con las decisiones de instancia, los episodios delictivos pueden compendiarse así:

La señora Julieta Oliveros Silva, secretaria del Banco Unión Cooperativa Nacional -Uconal-, sucursal de la carrera 19 No. 34-09 de la ciudad de Bucaramanga, comenzó a notar la ausencia de suficientes justificaciones en la disminución del efectivo en caja, según planillas que le pasaba el señor Teófilo Anaya Coronel, cajero principal de la entidad, razón por la cual, junto con el gerente Juan de Jesús Gutiérrez Delgado, optaron por hacer varios arqueos de caja, el último de los cuales fue realizado la noche del 23 de agosto de 1994, y se determinó entonces un faltante de efectivo en la oficina por valor de cuarenta y tres millones doscientos noventa y siete mil novecientos cincuenta y siete pesos con treinta y seis centavos ($ 43.297.957.36). En la misma oportunidad, el cajero tenía elaborada una planilla de conducción de efectivo, que se entregaría a la transportadora de valores, por la suma de treinta millones de pesos ($ 30.000.000.oo), pero, hecho el conteo del dinero existente en las respectivas tulas, se constató que el empleado solamente había entregado $ 10.200.000.oo.

Determinaron los responsables del banco que el cajero Anaya Coronel se había apoderado de la mencionada diferencia de dinero, según retiros que hizo gradualmente entre los meses de mayo y agosto de 1994 y, con el fin de encubrir tales apropiaciones, unas veces jugaba contablemente con las entradas y salidas de efectivo que se surtían con el Banco de la República, por medio de la adulteración de las copias de planillas de conducción de efectivo que quedaban en la oficina, pero en otras oportunidades disimulaba el faltante con la declaración de algunas sumas que se dejaban como provisión de efectivo para las operaciones del día siguiente.

A partir de la denuncia presentada por el gerente de la entidad, la fiscalía abrió formalmente la instrucción, vinculó por medio de indagatoria al imputado y le resolvió situación jurídica el 29 de agosto de 1994, según providencia que ordenó su detención preventiva sin excarcelación, como autor de un concurso de hechos punibles de hurto agravado y falsedad en documento privado (cuaderno 1, fls. 2, 10, 22 y 35).

El 29 de septiembre de 1994, el fiscal instructor negó la libertad provisional al sindicado, pero, apelada la decisión, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal, por medio de resolución del 8 de noviembre, confirmó la negación, pero, en cambio, le concedió la detención domiciliaria (cuaderno 1, fs. 106 y cuaderno 2, fs. 13).

En resolución del 7 de octubre del mismo año, la fiscalía aceptó al Banco Uconal como parte civil dentro del proceso (cuaderno 1, fls. 111).

El sindicado solicitó sentencia anticipada y el fiscal instructor elaboró el acta correspondiente el 24 de noviembre de 1994 (fls. 27 y 32). En esta diligencia, la fiscalía le hizo cargos por los delitos de hurto agravado por la

confianza y la cuantía (C. P., arts. 349, 351, numeral 2 y 372, numeral 1), en concurso heterogéneo y sucesivo con los de falsedad en documento privado (artículo 221 *idem*), acusación que sin objeciones aceptó el procesado.

El Juez Décimo Penal del Circuito dictó sentencia anticipada el 6 de diciembre de 1994, por cuyo medio le impuso al procesado la pena principal de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, como autor del concurso de hechos punibles indicado en la acusación, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual, y, además, determinó que, por razón de los ilícitos contra el patrimonio económico, el sentenciado debía indemnizar los perjuicios y pagar la suma de $ 43.297.957.36, como daño emergente y, a título de lucro cesante, un interés del 6% anual más la corrección monetaria vigente al momento de resarcir los daños y desde que cobrara ejecutoria el fallo, sin que hubiera lugar a compensación de índole moral. Se abstuvo el fallador, igualmente, de imponer consecuencias civiles por los delitos de falsedad en documento privado; negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y, finalmente, revocó la detención domiciliaria y ordenó la reclusión del procesado en un centro carcelario, sujeto su cumplimiento a la ejecutoria de la sentencia (fls. Cuaderno 2, fls. 42-55).

El fallo fue apelado para discutir la rebaja de pena por confesión y la negación del subrogado, pero el Tribunal, de acuerdo con la sentencia antes señalada, confirmó los aspectos impugnados, aunque hizo una revisión del *quantum* de la pena principal y la redujo a 41 meses y 10 días de prisión (cuaderno del Tribunal, fls. 4-16).

CONTENIDO DE LA DEMANDA

El actor acude a la causal primera de casación, como violación directa de la ley sustancial, para postular que, tras el desconocimiento de los artículos 296 y 298 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 299 del mismo ordenamiento. Hace los siguientes razonamientos:

1. Explica que el *ad quem* desecha la confesión por haber considerado flagrante la comisión del delito, cuando lo cierto es que el procesado se presentó a la fiscalía después del arqueo de caja y además no le fue encontrado dinero alguno, pues lo ocurrido con la tula bancaria no era más que una manera de tapar las apropiaciones ya realizadas.

2. Dice el impugnante que no existe flagrancia y, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la confesión del procesado es "plena y absoluta", pues ante un funcionario judicial colaboró con la justicia, ya que informó desde cuándo comenzó la tarea delictiva, el modo de efectuarla, la destinación de los dineros apropiados y, sin inculpar a terceros, se presentó voluntariamente para ayudar al esclarecimiento de los hechos.

3. Aduce que el fallo violó directamente los artículos 296 y 298 citados por haber prescindido de la confesión, pero igualmente hubo transgresión o

"desconocimiento absoluto de la norma del artículo 299", porque, si se daban todos sus presupuestos, el Tribunal debió reducir la pena en una sexta parte y reconocer además la condena de ejecución condicional, dado que se cumplían los requisitos para ello.

4. En un aparte final, que titula "aplicación indebida de la ley sustancial", el censor concluye que la sentencia discutida es violatoria del derecho por indebida aplicación del artículo 299, debido a que "ha interpretado erróneamente la favorabilidad de la confesión", no obstante ser ella manifiesta (fls. 29, cuaderno Tribunal).

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal dice que existen algunas fallas técnicas en la demanda, pero que igualmente ello no impide establecer el contenido de su pretensión (rebaja de pena por confesión y condena de ejecución condicional); tampoco el motivo que invoca el actor para sustentar el cargo (violación directa por errónea interpretación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal), ni los argumentos que sustentan la solicitud y demuestran el error que endilga a la sentencia (consideración de flagrancia respecto de uno de los delitos y juicio errado de que la confesión no constituyó colaboración con la justicia).

El Delegado estudia separadamente lo concerniente a la flagrancia y la confesión en los siguientes términos:

1. Después de invocar la definición legal de flagrancia prevista en el artículo 370 del C. de P. P., sostiene que el acusado sólo fue sorprendido en la alteración de los valores de la planilla correspondiente a 30 millones de pesos, cuando ésta aún no se había firmado, y entonces dicho sorprendimiento en uno de los delitos contra la fe pública no puede extenderse a los demás hechos punibles que se habían agotado días atrás, pues si ellos son entidades jurídica y naturalísticamente autónomas, la flagrancia sólo puede predicarse del ilícito que se estaba perpetrando cuando el autor fue sorprendido. Cita en abono de su tesis la sentencia del 9 de septiembre de 1993, dictada por esta Corporación.

1.1 De modo que, según lo aprecia el Procurador, la flagrancia sólo puede pregonarse en relación con el último de los diferentes delitos de falsedad en documento privado que se imputaron al señor Anaya Coronel (y así lo declaró el Tribunal), no así de cara a los distintos hechos punibles de hurto anteriormente consumados ni de los otros ilícitos de falsedad documental privada cometidos simultáneamente con las precedentes apropiaciones.

2. En lo que se refiere al tema de la confesión, como la doctrina jurisprudencial ha establecido que ella consiste en el "reconocimiento libre y espontáneo de hechos perjudiciales, calificado o no", se tiene que en este caso el imputado aceptó ante funcionario judicial haberse apropiado en diferentes oportunidades de sumas menores de dinero de propiedad de la entidad

bancaria, describiendo el procedimiento que utilizaba para ello y precisando, en lo posible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aceptación que constituye entonces una confesión de los diversos delitos contra el patrimonio económico que después le fueron imputados. Así entonces, a partir de las narraciones del imputado sobre el hecho descubierto, las posteriores investigaciones administrativa y penal pudieron establecer la realización de otros hechos punibles antecedentemente consumados.

2.1 De otra parte, dicha confesión fue material y jurídicamente reconocida tanto por la fiscalía en el acta de formulación de cargos, como por los falladores de primera y segunda instancia que la relacionaron dentro de las pruebas que sirvieron de soporte a las respectivas sentencias.

3. Ante estos precisos reconocimientos, agrega la Procuraduría, es obvio que el Tribunal incurrió en errónea interpretación del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la no concesión de la rebaja de penalidad con fundamento en la confesión se debió a una desestimación de esta prueba, no en cuanto a su existencia material, sino en relación con el papel que ella cumple en la fijación de la pena, dado que se desconoció la consecuencia que la ley señala a la confesión en la norma citada.

3.1 Para el Tribunal el artículo 299 contiene como requisito que la confesión constituya "una verdadera contribución a la investigación", pues tal fue la razón para negar la rebaja de pena correspondiente a los hechos punibles respecto de los cuales no hubo flagrancia; pero tal exigencia no está prevista en el precepto aludido, y no puede la judicatura hacer una interpretación restringida so pretexto de consultar su espíritu. El legislador, sin duda, estableció esa gracia para los imputados que confiesen, "asumiendo implícitamente que el reconocimiento de los hechos adversos al incriminado, en todo caso, acarrea ventajas a la investigación criminal y produce benéficos efectos en el sistema de administración de justicia".

4. La confesión que el sindicado Anaya Coronel vertió en su injurada, en relación con los hurtos consumados antes de que fuera sorprendido en flagrancia en la ejecución de la última falsedad, reúne las características señaladas en el artículo 299, razón por la cual corresponde a la Corte adecuar la pena para hacer una disminución del *quantum* básico de 38 meses de prisión del cual partió el Tribunal por el delito de hurto agravado, pero también de la proporción asignada por el concurso de las mismas infracciones, pues quedarían excluidos de tal reducción los delitos contra la fe pública.

4.1 Dice, por último, que si la labor de dosificación punitiva corresponde al juzgador, sin conocer el monto de la pena que finalmente ajustará la Corte, no sería posible conceptuar sobre la procedencia o improcedencia de la condena de ejecución condicional.

Pide entonces que se case la sentencia para dictar el fallo de reemplazo y reconocer al procesado una rebaja de pena de una sexta parte, proporcional a la que corresponda a los delitos de hurto agravado que motivaron la condena.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

I. *Aspectos técnicos*. El impugnante ha escogido la causal primera de casación y la propone como violación directa de una norma de derecho sustancial, que para el caso la identifica en el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal. Claro que puede haber equivocidad en la invocación simultánea de los artículos 296 y 298 del mismo ordenamiento, pues bien podría entenderse que el reparo se refiere a que el Tribunal desconoció la confesión como prueba, lo cual conduciría a una modalidad diversa a la pregonada, que es la violación indirecta de la ley sustancial; pero, como lo advierte el Procurador Delegado, el censor no discute en el desarrollo del cargo la desestimación material de la confesión ni una distinta valoración de la misma, sino su trascendencia jurídica de cara al artículo 299.

Es cierto que, en relación con el artículo 299 examinado, el actor perfunctoriamente se refiere a la "indebida aplicación" o "interpretación errónea de la confesión" o al "desconocimiento absoluto de la norma", pero siempre en su discurso está presente la idea de que no se aplicó tal precepto, cuando en realidad se tenía derecho a la rebaja de pena que el mismo contempla.

A pesar de las imprecisas referencias sobre el sentido de la violación del artículo 299, la verdad es que el actor claramente reivindica que el fallador no tuvo en cuenta la confesión para acceder a la rebaja de pena y, por consecuencia, al subrogado de la condena de ejecución condicional, a sabiendas de que dicha confesión sí constituyó una colaboración a la justicia.

Aunque es clara y no contradictoria en su desarrollo la pretensión del impugnante, razón por la cual puede examinarse de fondo, no puede soslayarse que el sentido correcto y estricto de la violación del artículo 299 es el de su falta de aplicación y no el de una interpretación errónea del mismo, porque aquél se integra como norma sustancial cuando prevé la rebaja de pena por una confesión no interferida por la flagrancia, pues sólo en dicho momento se entiende que el operador jurídico resolvería en concreto el conflicto planteado. Las discusiones circunscritas al campo de las características de la flagrancia y la confesión, o a la repulsa absoluta o relativa entre ambas figuras, obviamente pueden dar lugar a interpretaciones erróneas, pero el juicio de reproche aún es incompleto porque falta la consideración de la consecuencia fundamental prevista en la misma norma, que es la reducción punitiva.

De modo que si se echa de menos la rebaja de pena dispuesta en el artículo 299, que es la nota más determinante de su carácter sustancial, lo correcto es atacar la sentencia por falta de aplicación de la norma, así se haya caído en este vacío por interpretación errónea de los presupuestos de la misma (o por cualquier otro motivo), pues la censura quedaría a medio camino si se deja en esa última expresión.

II. *Examen de fondo*. Sobre la eventual aplicación del artículo 229, el Tribunal reflexionó del siguiente modo:

"2. La confesión. Dos aspectos deberán tomarse en cuenta en este acápite, relerente el uno a si en el *sub judice* hubo confesión y el otro al cumplimiento de los presupuestos establecidos en el art. 299 del C. P. P. para que proceda la diminuente de punibilidad. Cabe anotar entonces que ciertamente Anaya Coronel aceptó la evidencia, la contundencia de los hechos detectados por el Gerente y su secretaria cuando en su presencia efectuaron el arqueo general de caja y hallaron tan cuantioso faltante cuya autoría de una vez le imputaron. Esto originó su conducción ante la autoridad por parte de su inmediato superior con la condescendencia de Teófilo, desde luego; sin embargo, su versión que a pesar de ser una confesión parcial respecto del delito contra el patrimonio, no reúne los requisitos para efecto de la disminución de pena puesto que en esencia lo que Anaya Coronel hizo fue allanarse al descubrimiento que de unos hechos hicieron los directivos del Banco, aceptó lo que había sido detectado y demostrado en su contra, pero no aportó nada a la investigación. Es más, así no hubiera aceptado la realización de los punibles, las pruebas ya lo señalaban como el autor responsable de los mismos: era el cajero principal, a su cargo estaba el manejo de las operaciones de entrada y salida de dinero, y de su versión de injurada se infiere que fue la única persona que realizó los apoderamientos de dinero, y que mediante la consignación de datos falsos en las remisiones que debía hacer al Banco de la República, operaciones que negó, disimulaba el faltante qué había generado. El hecho de que Teófilo hubiese sido sorprendido con desfalco contable a través de la realización de un sorpresivo arqueo de caja da lugar a la situación de flagrancia la que se circunscribe al último episodio delictivo, el cual se quedó en la fase ejecutiva toda vez que el dinero que debería ser enviado al Banco de la República se encontraba en la tula respectiva, en menor cantidad del real envío como constaba en el comprobante aun sin firmar y la provisión que no debería hacerse estaba en la caja. Aquella flagrancia excluiría la rebaja en cuanto al acto de sorprendimiento y respecto de los demás actos delictivos conforme ya se dijo no hubo una verdadera contribución a la investigación que ameritara la diminuente que establece el precepto mencionado, en consecuencia, acertada la decisión del *a quo* cuando negó la rebaja solicitada por el impugnante" (se ha subrayado).

De acuerdo con la parte transcrita de la sentencia, el Tribunal niega la rebaja de pena en relación con el último acto de adulteración que ejecutaba el procesado el día 23 de agosto de 1994, fecha del arqueo general de caja, orientado a hacer creer a la secretaria del banco que la remesa sería de 30 millones de pesos, cuando en realidad era sólo por $ 10.200.000.oo, precisamente porque el procesado fue sorprendido flagrantemente en dicha maniobra y apenas faltaban las respectivas firmas responsables en la planilla de conducción de efectivo.

De otra parte, el juzgador de segunda instancia reconoce que hubo confesión respecto de los actos constitutivos del delito de hurto agravado, pero a

la vez estima con sobradas razones que tal aceptación del procesado nada aportaba a la investigación, supuesto que ya existía una evidencia indiscutible conformada por el arqueo y las verificaciones hechas previamente por el gerente y la secretaria de la entidad bancaria. En efecto, antes de que el sindicado confesara los hechos, no existían dudas sobre la imputación material de las conductas dañinas, pues, durante algún tiempo anterior a los arqueos, se detectaron inconsistencias en los movimientos de entrada y salida de efectivo, operaciones que sólo él manejaba como cajero principal; igualmente, antes de cualquier aceptación, el imputado fue requerido en varias oportunidades para que explicara los desfases advertidos en los documentos que sólo a él correspondía diligenciar, mas siempre fue evasivo; y, finalmente, solamente ante la realidad de varios arqueos parciales de caja y el último que fue integral, el inculpado se decidió a admitir los apoderamientos sucesivos de dinero, aunque no aceptó la adulteración de las plantillas como medio para disimularlos.

Ahora bien, en orden a responder las inquietudes del Procurador Delegado, es cierto que el texto del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal es claro en cuanto que sólo exige una confesión no ensombrecida por la flagrancia, pero como la norma hace parte de una suerte de sistema de justicia consensual o premial, parcialmente reconocido en el ordenamiento procesal penal colombiano por esta y otras instituciones (arts. 37, 37A, 38, 39 y 369A-I), dado que contempla un estímulo de rebaja de pena por la confesión del hecho, ni más faltaba que ella operara automáticamente a cambio de nada o de una confesión inútil, oportunista o ineficaz o por el prurito pedagógico de acicatear confesiones que no tienen ninguna repercusión concreta en la marcha del proceso, pero que en cambio sí, indefectiblemente, arrancarían una reducción punitiva.

Es cierto que el artículo 301 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) supeditaba la rebaja de pena al hecho de que la confesión fuera "el fundamento de la sentencia", exigencia que ya no se prevé en el artículo 299 del Estatuto Procesal Penal vigente, pero es que aquella referencia, además de ser equívoca, era redundante porque la compensación se entiende en el sentido de que el Estado prescinde de una parte de la pena a cambio de lo que ahorra procesalmente la actitud aporradora del confesante. Es más, bien puede decirse que, por la finalidad implícita en el artículo 299, este precepto completa el contenido jurídico-penal de la confesión, dado que ésta, más allá de reconocer un hecho delictivo que perjudica al imputado, debe entregar una claridad de los hechos que no se visualiza por otros medios que le precedan en el tiempo.

Se califica de equívoca la exigencia del citado artículo 301, porque "el fundamento de la sentencia" lo deben constituir todas las pruebas legalmente aportadas al proceso, incluida la confesión -así fuera oportuna, tardía, esclarecedora o redundante-, pues, por tal razón, tanto en el artículo 253 del desaparecido Código de Procedimiento Penal como en el artículo 254 del vigente se dispuso que la apreciación de las mismas debería hacerse en conjunto.

Tal es la hermenéutica que ha presentado la Corte desde la sentencia del 29 de septiembre de 1993 (M. P. Guillermo Duque Ruiz), mantenida recientemente en la sentencia del 3 de marzo de 1999 (M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote), y que ahora se reitera. En la primera de ellas, se advirtió "que para la Sala sigue siendo indispensable que la confesión sea fundamento de la condena, así el nuevo texto legal (art. 299) no lo mencione expresamente, porque sólo de esta manera es entendible y justa la rebaja de pena que en él se consagra. Interpretarlo de otra forma, sería otorgar un beneficio gratuito, sólo porque se confesó cuando ello no era necesario, pues obraban otras pruebas, distintas de la confesión, que permitían afirmar, sin dudas, la responsabilidad del procesado". Por otra parte, esta manera de interpretar la entidad y finalidad de la confesión, se refuerza al observar que "por esta misma razón, inutilidad de la confesión, el legislador pone como exigencia para el otorgamiento de la rebaja de pena, que no se trate de 'casos de flagrancia', porque precisamente en estos eventos, ante el conocimiento que del hecho y de su autor tienen las personas que lo han presenciado, la confesión es de casi ninguna utilidad para la investigación, porque de antemano el instructor ya conoce lo que a través de éste se le ha comunicado..."

No procede entonces la única censura por violación directa de la ley sustancial que postula la demanda.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia impugnada por el defensor del procesado Teófilo Anaya Coronel.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION JURIDICA DE PROCESOS-
Régimen de detención

Una vez decretada la acumulación las actuaciones se entienden como una sola, luego no resulta posible afirmar que el procesado se halla privado de su libertad por la primera o por la segunda así en una de ellas se le hubiese otorgado la excarcelación, pues para los efectos de la libertad que se depreca, el Juzgador tiene que realizar una tasación provisional de la sanción que le pueda corresponder en el evento de un fallo condenatorio, tarea que debe cumplirse conforme con las reglas previstas en los artículos 61 y 67 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 177 Proceso No. 16546

Se pronuncia la Corte respecto del recurso de apelación legalmente interpuesto y concedido, contra la providencia de fecha veinticinco (25) de junio del corriente año mediante la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, en causas acumuladas negó al doctor Julio César Rojas Rodríguez, ex Juez 23 Penal Municipal de la misma ciudad la libertad provisional por pena cumplida.

Al procesado se le imputa el delito de prevaricato por acción y actualmente se halla en detención domiciliaria.

Hechos y Actuación Procesal

En providencia de fecha 9 de marzo del corriente año la Corte los sintetizó de la siguiente manera:

Proceso No. 1.

Dan cuenta los autos que el abogado Orlando Angarita Barragán detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali "Villahermosa", el 4 de enero de 1995 instauró ante el Juzgado 23 Penal Municipal acción de *Habeas Corpus*, por considerar que su privación de la libertad ocurrió con violación de la Constitución y la ley, siendo decidida al día siguiente en forma favora-

ble por el doctor Rojas Rodríguez quien dispuso su libertad inmediata e incondicional.

Como quiera que contra el recluso la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Regionales había proferido medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación el 20 de octubre de 1994 por infracción a la Ley 30 de 1986, el Director Regional de Fiscalía presentó ante la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali el 2 de febrero de 1995, denuncia contra el Juez 23 Penal Municipal por presunto prevaricato por acción (fl. 1 a 3 - Cuad. No. 1).

Adelantada averiguación preliminar dentro de la cual se escuchó al doctor Rojas Rodríguez en versión libre (fl. 19 a 22), fue declarada abierta la instrucción el 22 de junio siguiente (fl. 47)), se oyó en indagatoria al funcionario (fl. 57 a 62) y se le resolvió la situación jurídica el 20 de marzo de 1996 con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación (fl. 150 a 210), determinaciones que la Fiscalía Delegada ante esta Corporación confirmó el 18 de junio siguiente (fl. 226 a 236).

El instructor calificó el mérito de la investigación adelantada contra el doctor Julio César Rojas Rodríguez el 25 de febrero de 1998 (fl. 420 a 449), con Resolución de Acusación por el delito de Prevaricato por acción; revocó la libertad provisional y sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria, suscribiendo el imputado la correspondiente diligencia de compromiso el 27 de los citados mes y año (fl. 451), determinaciones que recibieron igualmente confirmación por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte el 21 de mayo del mismo año (fl. 523 a 538).

Proceso No. 2.

Jesús María Angarita Ríos detenido en la Cárcel Distrital de Popayán (Cauca), instauró a su propio nombre ante el Juzgado 23 Penal Municipal de Cali acción de Habeas Corpus, pues su privación de la libertad ocurrió el 1° de agosto de 1996 y por lo mismo, teniendo en cuenta que había otro capturado, el término para resolverle la Fiscalía su situación jurídica venció el 12 siguiente, actuación que se cumplió solo el 15 del mismo mes y año, con lo cual consideró que el instructor incurrió en prolongación ilegal de su privación de la libertad, es decir con violación de la Constitución y la ley, siendo decidida la acción el día 30 de agosto de 1996 en forma favorable por el doctor Rojas Rodríguez quien dispuso su libertad inmediata e incondicional (fl. 15 a 24 - Cuad. No. 1).

Tales hechos los puso en conocimiento de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali la Directora Regional de Fiscalías (E.) el 11 de septiembre de 1996, mediante denuncia contra el Juez 23 Penal Municipal por presunto prevaricato por acción (fl. 1 a 3).

Por resolución No. 02-047 fue declarada abierta la instrucción el 19 siguiente (fl. 30), se oyó en indagatoria al funcionario (fl. 128 a 136) y se le resolvió la situación jurídica el 2 de julio de 1997 con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación (fl. 275 a 293).

Clausurada la instrucción el 25 de agosto de 1997 (fl. 304), se calificó el mérito de la investigación el 28 de noviembre del mismo año (fl. 315 a 330), con Resolución de Acusación por el delito de Prevaricato por acción; ratificando la libertad provisional otorgada al momento de resolverle la situación jurídica. determinaciones que recibieron igualmente confirmación por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte el 11 de junio de 1998 (fl. 371 a 379).

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante interlocutorio del 10 de julio de 1998, decretó la acumulación de causas, ordenando la suspención del término de treinta (30) días que se hallaba corriendo para la preparación de la audiencia pública, respecto del primer proceso.

La Solicitud

Con apoyo en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993 que modificó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, el defensor solicitó en favor de su representado la libertad provisional por pena cumplida, dado que "La acción ejecutada por el doctor Rojas Rodríguez, por la que hoy se encuentra detenido se adecua al tipo penal contenido en el artículo 149, antes de ser modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, Capítulo Séptimo, Título III, denominado 'Delitos contra la Administración Pública' del Código Penal, el cual contempla una pena principal mínima de un (1) año y una máxima de cinco (5) años de prisión y una accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término".

"Conforme a los parámetros contemplados en los artículos 61, 64 y 67 del Código Penal, débese tener en cuenta que mi defendido Dr. Rojas Rodríguez no presenta antecedentes penales y por el contrario posee una hoja de vida anterior sin mácula alguna".

"En el evento de una condena para mi prohijado Dr. Rojas Rodríguez, y por la conducta por la que hoy se encuentra privado de su libertad, esta no superaría los dieciséis (16) meses de prisión como pena principal, tiempo este igual al que lleva detenido desde el 19 de febrero de 1998 - 19 de junio de 1999" (fl. 139 y 140).

La Providencia Recurrida

En proveído del 25 de junio del corriente año la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali negó al doctor Rojas Rodríguez la libertad provisional que demandara su defensor aduciendo pena cumplida, precisando que "no es una sino dos las actuaciones penales que por el delito de prevaricato por acción se siguen bajo acumulación jurídica de procesos al peticionario, doctor Rojas Rodríguez. El segundo aspecto a destacar es el de que el proceso 1998-001 se ventila bajo los criterios del modificado artículo 149 del Código Penal-normatividad que establecía una sanción de uno a cinco años; pero como se le formuló resolución de acusación también por conducta descrita en el artículo 149 ocurrida en vigencia del artículo 28 de la Ley 190 de 1995,

por causa de dicha ilicitud la pena allí establecida lo es entre tres y ocho años. Es decir, que en el hipotético caso de que este proceso avanzase a sentencia condenatoria, en ningún caso la pena podría ser inferior a cuarenta y ocho meses, producto de la aplicación de los mínimos punitivos establecidos en la ley".

"Debe la Sala destacar, también que el argumento expuesto por el libelista en el sentido que no se halla limitado en su libertad por causa del proceso 1998-002, es circunstancia que interesa desde el punto de vista del goce de la libertad, pero que nunca puede entenderse como de interés frente al futuro fallo, en la medida en que esta es una circunstancia que toca con el aspecto procedimental previsto en la ley por razón de la cantidad de pena, pero para nada modifica la situación personal de quien es juzgado en el hipotético caso de llegarse a sentencia condenatoria".

"Ahora bien, al doctor Rojas Rodríguez se le impuso medida de aseguramiento con fecha veinte de marzo de mil novecientos noventa y seis al resolvérsele situación jurídica en el proceso No. 1998-001; posteriormente por causa de la resolución de acusación de fecha veinticinco de marzo (sic) de mil novecientos noventa y ocho se revocó la libertad provisional y se ordenó su reclusión, sustituyéndosele tal medida por la domiciliaria, situación que se produjo a partir del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho. En cuanto al proceso No. 1998-002 se dictó medida de aseguramiento pero se le concedió libertad provisional, medida que se mantuvo cuando se profirió resolución de acusación. Se establece de esta manera que el peticionario ha permanecido en reclusión domiciliaria desde febrero de mil novecientos noventa y ocho, es decir, que a la fecha ha descontado cerca de dieciséis meses".

"La realidad muestra entonces que en el caso de llegarse a sentencia condenatoria por las dos ilicitudes aquí juzgadas la pena mínima aproximada a imponer sería no menor a cuarenta y ocho meses, cantidad de la cual solo ha descontado hasta la presente dieciséis meses, lo cual significa que no resulta ajustada a derecho la pretensión incoada en la medida en que el doctor Rojas Rodríguez lejos está de descontar las tres quintas partes de la pena a que alude el artículo 1° de la Ley 415 de 1997. En estas condiciones resulta obligatorio despachar adversamente su pretensión" (fl. 145 a 147 - Cuad. Corte).

La Impugnación

El procesado doctor Julio César Rojas Rodríguez en su escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto al momento del acto de notificación personal de la providencia del 25 de junio último, afirma que "Como la causal de libertad provisional que se invoca toca con la matemática del Castigo Corporal cumplido, lo primero a establecer es que desde febrero 19 de 1997, me encuentro limitado de mi Libertad Provisional y no como lo refiere la Sala de Decisión Penal - aspecto que deberán revisar ustedes seño-

res Magistrados de la *Corte Suprema de Justicia* - , lo que significa que a la fecha llevo 31 meses y 5 días de Restricción de la Libertad".

"El Magistrado Ponente discursa que no he purgado en detención preventiva la pena eventual que se me imponga y aduce que mi aflicción está muy distante a las 3/5 partes del castigo corporal que se me deduzca por la acumulación expedietal, como que parte de una sanción principal de 48 meses de prisión en el caso de que resulte responsable y culpable, pero bajo esa misma dialéctica habrá de decirse que las 3/5 partes de 48 meses son 28 meses, *cuantum* superado con creces y que aleja cualquier posibilidad objetiva de pensar en tratamiento penitenciario: bastante extraña la respuesta en el *a quo*, cuando quiera que este se ha caracterizado por ser un abanderado de los Beneficios Judiciales de la Libertad en todas sus formas" (fl. 188 y 189).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Una vez decretada la acumulación las actuaciones se entienden como una sola, luego no resulta posible afirmar que el procesado se halla privado de su libertad por la primera o por la segunda así en una de ellas se le hubiese otorgado la excarcelación, pues para los efectos de la libertad que se depreca, el Juzgador tiene que realizar una tasación provisional de la sanción que le pueda corresponder en el evento de un fallo condenatorio, tarea que debe cumplirse conforme a las reglas previstas en los artículos 61 y 67 del Código Penal.

En la primera causa la decisión que ha sido calificada como prevaricadora fue pronunciada por el acusado el 5 de enero de 1995, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 190 de 1995, siendo convocado a juicio por tal hecho mediante resolución acusatoria de fecha 25 de febrero de 1998, revocándosele al doctor Rojas Rodríguez el beneficio de libertad provisional del que venía gozando pero sustituyéndole la detención preventiva por domiciliaria. Suscribió diligencia en tal sentido el 27 siguiente (fl. 451), con lo cual desde ese momento se le privó de su libertad.

La Fiscalía Delegada ante esta Corporación, por resolución del 21 de mayo de 1998 confirmó la decisión antes señalada, adicionándola en el sentido de deducir la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal (fl. 536).

En el segundo proceso los hechos materia de investigación tuvieron ocurrencia el 30 de agosto de 1996, es decir, bajo el imperio de la Ley 190 de 1995 en cuyo artículo 28 se contempla el delito de prevaricato por acción con pena de prisión cuyo mínimo es el de tres (3) años y un máximo de ocho (8) años, siendo igualmente comprometido en juicio por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali el 28 de noviembre de 1997 otorgándosele la libertad provisional, decisión que fuera confirmada por la Delegada ante esta Colegiatura el 11 de junio de 1998.

Así las cosas, para tasar la pena que eventualmente le pueda corresponder al recurrente por los ilícitos imputados, habrá de tenerse en cuenta el

delito más grave desde el punto de vista de la pena prevista en la respectiva disposición penal, es decir, de tres (3) a ocho (8) años de prisión, siendo claro que no podrá partirse del mínimo conforme a lo consagrado en el artículo 67 del Código Penal, ya que concurre una circunstancia de agravación (numeral 11 del artículo 66 *ibídem*) y la gravedad y modalidad del hecho punible.

Recuérdese que las dos acciones de habeas corpus que dieron origen a este proceso (dos causas acumuladas), fueron decididas en forma favorable a las pretensiones de los detenidos Orlando Angarita Barragán y Jesús María Angarita Ríos, sindicados por infracción a la Ley 30 de 1986, todo lo cual hace imperioso partir de cuatro (4) años de prisión, sanción que se ve incrementada en razón del concurso de delitos (artículo 26 del Código Penal) en un (1) año más para un total de cinco (5), pena que para los efectos de la libertad provisional consagrada en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, exige el cumplimiento de las tres quintas (3/5) partes de ella por aplicación del artículo 72 A del Código Penal (artículo 1° de la Ley 415 de 1997), las que equivalen a tres (3) años de prisión.

Es claro que si el doctor Rojas Rodríguez fue privado de su libertad el 27 de febrero de 1998 en virtud de la revocatoria de la libertad provisional que venía disfrutando, sustituyéndosele la detención preventiva por domiciliaria y no desde el 19 de febrero de 1997 como lo afirma el recurrente para indicar que ha cumplido en exceso las 3/5 parte de la sanción que le fijara el *a quo* ya que acreditaría 31 meses y 5 días para el momento en que presentó su escrito de sustentación, es decir, habría descontado a la fecha tan solo veinte (20) meses y quince (15) días y por lo mismo no satisface el requisito objetivo que exige la disposición últimamente citada, siendo por ello improcedente la excarcelación demandada por su defensor. Se confirmará entonces la decisión recurrida.

Finalmente, ha de puntualizarse que la tasación de la sanción que en párrafo precedente se realizó, así sea de manera anticipada y provisional, obedece al deber de determinarla en forma anticipada y solamente para los efectos de atender la solicitud de libertad provisional que se demanda, mediante la aplicación de las preceptivas ya mencionadas y de acuerdo con las imputaciones contenidas en las resoluciones de acusación, sin que ello implique desconocimiento del mandato superior contenido en el artículo 31 de la Carta Política, ya que el Tribunal de manera genérica puntualizó simplemente que "...en caso de llegarse a sentencia condenatoria por las dos ilicitudes aquí juzgadas la pena mínima aproximada sería no menor de cuarenta y ocho meses..", sin dar razones específicas para llegar a esa precisa conclusión.

Sin embargo, bueno es advertir que al momento de producirse el fallo por parte del Tribunal Superior de Cali, de llegar a ser condenatorio, debe imponerse la sanción correspondiente de acuerdo con su criterio dosificador, sin que la tasación que aquí se efectuó pueda entenderse como definitiva y obligatoria para ese momento procesal.

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

RESUELVE:

1° CONFIRMAR la providencia impugnada de fecha 25 de junio del corriente año mediante la cual el Tribunal Superior de Cali negó la libertad provisional, por pena cumplida que solicitara el defensor del procesado doctor Julio César Rojas Rodríguez, por las razones consignadas en la parte motiva.

2° Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen y cúmplase.

Jorge A. 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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUPREMIR/NULIDAD-
No vinculación de otros partícipes

No se requiere mayor esfuerzo para reiterar que la ausencia de un coautor (modalidad de participación en que fue acusado y condenado (...)), no afecta de suyo a otro u otros sí presentes en el proceso, ya que esa especie de intervención delictual consiste, esencialmente, en una división del trabajo cumplido para la ejecución del respectivo hecho punible, aquí concretamente de la muerte del referido (...).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá D. C., once (11) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 177 Proceso No. 11811

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Pedro María González Rojas contra la sentencia de octubre 2 de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a dicho procesado a 25 años y 6 meses de prisión como coautor del delito de homicidio en concurso con porte ilegal de armas de uso de defensa personal.

ANTECEDENTES

1. - Tito González tuvo problemas con Antonio León, a quien le propinó varias puñaladas, por lo que prometió éste tomar venganza. Aproximadamente a los 6 meses - 26 de junio de 1994 -, en el municipio cundinamarqués de Funza y hacia las 10 de la noche, León, quien iba acompañado de Pedro María González Rojas, se encontró con Tito González y ambos lo desafiaron a pelear, invitándolo a acercarse, cosa que éste hizo para liarse a puños con González Rojas, luego de lo cual uno de los opositores disparó el revólver de González - que carecía de salvoconducto - y mató a Tito, por lo que Antonio León y Pedro emprendieron la huida. Este último fue capturado, pues León logró escapar a los agentes que los seguían. A González Rojas se le encontró una chapuza y 4 cartuchos calibre 38.

2. En versión ante la Policía, González Rojas dijo que cuando Tito lo golpeaba, Antonio León le rapó el revólver que portaba sin salvoconducto y

disparó emprendiendo entonces el interrogado una carrera que terminó con su aprehensión (fl.10).

- Luis Alejandro Hernández Cifuentes, quien estaba en la discoteca "Douglas", frente a la cual ocurrieron los hechos, dijo que los disparos se hicieron cuando González Rojas peleaba con Tito, quien hacía poco le había contado los problemas con Antonio León (fl.12).

3. - Abierta la investigación, rindieron declaración los agentes captores, afirmando que quienes disparaban huyeron, y que los presentes señalaban al aprehendido González Rojas como el autor de los disparos (fls. 16 y 53).

- En indagatoria (fl. 29) González Rojas ratificó en esencia lo dicho en su versión inicial.

- Fueron escuchados en declaración varios amigos de Tito González (fls. 41, 45, 50), quienes corroboraron que el procesado González Rojas era señalado por los allí presentes como quien también había disparado.

4. - Decidida la detención preventiva del sindicado (fl. 55), se practicaron otras pruebas; la investigación fue cerrada y calificada con resolución acusatoria - octubre 21 de 1994 - por los delitos de homicidio en el grado de coautoría, y porte ilegal de armas de defensa personal, ordenándose la expedición de las copias pertinentes para investigar la participación que en dicho delito contra la vida tuvo Antonio León (fl.138).

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Funza celebró la audiencia, (fl. 22) y en armonía con la acusación dictó sentencia de agosto 3 de 1995, mediante la cual condenó a González Rojas a 25 años y 6 meses de prisión, fallo que, apelado por el defensor del acusado, resultó confirmado ante el Tribunal por medio del que es objeto de la impugnación extraordinaria.

LA DEMANDA

Causal de nulidad.

Al amparo del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal se hacen los siguientes cargos:

Primer cargo.

Ataíe a la falta de vinculación al proceso de Luis Antonio León Fuentes, de quien dice el censor está seriamente indiciado de ser el autor de los disparos homicidas, motivo por el cual la Fiscalía por dos veces ordenó su vinculación, sin que se haya ejecutado dicha orden.

Opina que esta omisión violó el debido proceso y el derecho de defensa del acusado Pedro María González Rojas, ya que se impidió aclarar "quién fue el autor del disparo o disparos mortales" (fl. 70 cdno. Tribunal).

Segundo Cargo.

Concierne a que no se recibió declaración a Doñay Aldana -propietario de "Douglas Discoteca"-, tal como fue ordenado en la etapa del juicio, con-

siderando que dicho testimonio "resultaba de gran valía para el esclarecimiento de los hechos" (fl. 70 *infra*.).

Al hacer la "fundamentación de estos dos cargos" (fl. 71), dice que dichas dos pruebas "tenían la capacidad inequívoca de modificar sustancialmente la situación jurídica de mi representado" (fl. 73).

Pide entonces que se decrete la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la clausura de investigación "y como consecuencia se ordene la libertad provisional del sindicado" (fl. 74).

Tercer cargo.

Al amparo de la causal 1ª de casación, cuerpo 2º., afirma la existencia de "un error de derecho por falso juicio de convicción" (fl. 75) en la apreciación de las pruebas base de la condena, y enfatiza en que no existe prueba directa que comprometa al procesado en el delito, pues ninguno de los testigos que declararon en el proceso presenciaron el momento en que Tito González recibió los disparos mortales, y se queja de que con fundamento en testigos "de oídas" se profiera un fallo condenatorio, atacando la "credibilidad" que se dio a esa masa testimonial (fl. 79 *supra*.), de la que pone de presente su "disparidad" y se aparta del alcance que a la misma le dio el fallador, pues estima que los testigos se hallaban al momento de los hechos bajo el influjo del alcohol, a distancia considerable, a más de que era de noche.

Insiste en que el error de derecho en la apreciación de las pruebas "es evidente y manifiesto" (fl. 81), por lo cual pide casar parcialmente el fallo, absolver por el homicidio y "redosificar la pena por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal" (fl. 82).

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Primer Cargo.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal recuerda que esta Corte, en pacífica y reiterada jurisprudencia, tiene dicho que la falta de vinculación de alguien al proceso no genera nulidad, salvo que la misma afecte garantías procesales del efectivamente vinculado, ya que la responsabilidad es meramente individual.

Dice que en el presente caso se ordenó en la providencia acusatoria la expedición de copias con respecto a Luis Antonio León Fuentes, cosa que finalmente no se cumplió, por lo que le solicita a esta Sala proceder a ratificarla.

Agrega que la responsabilidad del aquí procesado fue a título de coautor, o sea, que ejecutó la conducta homicida "en un acuerdo criminal mancomunado con distribución de funciones para lograr el objetivo muerte de Tito González" (fl. 17 cdno. Corte), sin ser determinante qué actividad respectiva llevó a cabo cada autor.

Opina entonces que el cargo no debe prosperar.

Segundo Cargo.

Dice que la no recepción del testimonio de Donay Aldana no puede atribuirse a la negligencia, parcialidad o desidia del funcionario, y que tampoco aquél reviste el carácter "de trascendencia que se exige para la prosperidad de la crítica" (fl.18), pues dicho testigo fue citado por la Fiscalía como por el juzgado de conocimiento.

Además - prosigue la Delegada - con la recepción de ese testimonio únicamente podría haberse establecido con precisión quién accionó el arma, lo cual carece de incidencia si se recuerda que la imputación al procesado González Rojas fue a título de coautor, con las implicaciones que esta modalidad de intervención en el delito comporta, según se dijo al conceptuar sobre el cargo primero.

Tampoco prospera este cargo de nulidad, conceptúa.

Tercer cargo.

Opina que desde la entrada este cargo está llamado al fracaso, ya que la ley no le ha asignado previamente valor a las pruebas censuradas, por lo cual el yerro de derecho por falso juicio de convicción no tiene aquí cabida, aparte de que a todo lo largo del libelo acusador se ve que el demandante se limita a contraponer su criterio al del fallador, reactivando así una tercera instancia y desoyendo la presunción de legalidad y acierto que cobija a la sentencia combatida.

Hace notar igualmente que al afirmar el casacionista que el Tribunal pone en boca del testigo Juan Bueno Sandoval Sepúlveda cosas que nunca dijo, se está desplazando al error de hecho por falso juicio de identidad debido a la tergiversación material de la prueba.

Concluye entonces con la improsperidad de este cargo y el de la demanda toda, reiterando la petición de la compulsa referida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal de nulidad

Primer cargo.

Evidentemente que no constituye nulidad la no vinculación a este proceso de "Luis Antonio León Fuentes", quien en el expediente, y con el nombre de "León" o "Antonio León", aparece actuando conjuntamente con el procesado González Rojas en el homicidio de Tito González.

No se requiere mayor esfuerzo para reiterar que la ausencia de un coautor (modalidad de participación en que fue acusado y condenado González Rojas), no afecta de suyo a otro u otros sí presentes en el proceso, ya que esa especie de intervención delictual consiste, esencialmente, en una división del trabajo cumplido para la ejecución del respectivo hecho punible, aquí concretamente de la muerte del referido Tito González.

En este caso, con base en la prueba recogida, se concluyó que González Rojas y Antonio León habían sido coautores de la muerte de Tito González, sin importar de verdad quién de los dos (o si fueron ambos) disparó los proyectiles mortales, como dice el fallo atacado: "... imperioso resulta afirmar que González Rojas participó en el hecho con voluntad de acción, situación que lo colocó como cotitular de la decisión común de realizar el hecho, siendo la magnitud de su aporte la que realmente lo compromete penalmente, en grado de certeza, como coautor del homicidio por el cual se le enjuició" (fl. 13 infra, cdno. Tribunal).

Y con respecto a Antonio León, el coautor ausente, en la resolución acusatoria se ordenó la expedición de copia para que fuese investigado por separado de González Rojas, orden que hasta el momento no se ha ejecutado, por lo cual esta Sala la ratificará, como pide la Delegada.

En fin, como la prueba tenida en cuenta por el fallador fue suficiente para condenar a González Rojas, sin referencia o condicionamiento alguno a la conducta que en el homicidio de Tito González desarrolló Antonio León, la no vinculación de éste al proceso, deja incólume la situación jurídica de aquél, por lo cual este cargo no prospera.

Segundo Cargo.

Aquí el casacionista alega que el no haberse escuchado en declaración a Donay Aldana, constituye nulidad, ya que de haberse hecho, la situación del condenado González Rojas hubiera variado sustancialmente; pero es claro que esa afirmación se queda en el simple enunciado, ya que no se demuestra o sustenta en mínimo grado, es decir, calla el efecto concreto que ese testimonio, de suyo, habría tenido en la declaratoria de responsabilidad de que fue objeto el acusado.

Por sustracción de materia, pues, esta Sala no puede responder a este cargo.

No prospera tampoco este cargo de nulidad.

Causal Primera.

Unico Cargo.

El yerro de derecho por falso juicio de convicción, expresamente argüido (fl. 75), no tiene en principio cabida en sede de casación porque hoy la prueba no está tarifada, sino sometida a las reglas de la sana crítica (art. 254 C.P.P.).

Así, el ataque que realiza el casacionista a la "credibilidad" que el sentenciador otorgó a la prueba de cargo, deviene impertinente, sin que resulte superfluo recordar cómo el fallador reconoció que Antonio León y González Rojas desafiaron a la víctima, la hicieron ir hasta donde ellos estaban y dispararon los proyectiles letales, e inmediatamente después quienes estaban allí presentes señalaban al procesado como uno de los autores de esa muerte, bastando al respecto decir que si fuera cierto lo dicho por el procesado

(que sorpresivamente Antonio León le quitó el arma y disparó con la misma), no se ve explicable que éste haya emprendido la huída junto con León, sin que deje de ser diciente al respecto que "los tres le daban de golpes", como declaró el testigo Juan Bueno Sandoval Sepúlveda, al narrar lo inmediatamente anterior a la ocurrencia de los disparos (fl.47), como también que Luis Libardo Hernández Fuentes dijo que la Policía persiguió "a los dos que le estaban disparando" (fl.50) y que, finalmente, Orlando Pinzón Puerto, compañero de habitación de Antonio León, dijo que éste llegó a la misma con el revólver de González Rojas y le dijo "que estaban (León y González Rojas) en la pelea cuando habían sentido la sirena de la policía porque habían hecho unos disparos al aire" (fl.79, se subraya).

Salta a la vista, entonces, que este cargo, tampoco sale avante y que la sentencia no se casará.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

1. NO CASAR la sentencia impugnada. En firme devuélvase al Tribunal de origen.

2. Compúlsense las copias referidas al contestar la Sala el primer cargo.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SECUESTRO EXTORSIVO-Resuelve aparente conflicto normativo/
LEGALIDAD DE LA PENA/*REFORMATIO IN PEJUS* (Salvamento parcial de voto)

1. Ante todo es necesario precisar frente al aparente conflicto normativo, cuál era la preceptiva aplicable al punible de secuestro extorsivo, en el momento en que se cometió.

En esa época existió una legislación paralela con relación a varios punibles como el homicidio, las lesiones personales, el concierto para delinquir, la tortura, la extorsión y el secuestro, entre otros: la ordinaria y la excepcional, siendo aplicable ésta en aquellos eventos en que se actuaba con fines terroristas, o de perturbar el orden público o, en general, desestabilizadores de las instituciones democráticas; y la segunda, cuando no estaban presentes tales propósitos.

No obstante, como ya lo aclaró la Sala, ese paralelismo fue superado por el citado Decreto 2790/90, que entró a regir el 16 de enero de 1991, en cuyo artículo 6° se estatuyó:

"ARTICULO 6°. Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral o el Registrador, Registrador Departamental, o Municipal del Estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consular al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea Nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales..."(Subrayas extrañas al texto).

Como se observa, no era la calidad del sujeto pasivo, como equivocadamente lo consideró el Tribunal Nacional, lo que determinaba la aplicación de una u otra preceptiva, sino que el citado Decreto 2790 de 1990 superó el paralelismo, al comprender tanto el secuestro cometido contra determinadas personas, como el realizado con fines terroristas, como el ejecutado con los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal (entre los cuales el de exigir por la libertad un provecho o cualquier utilidad), o con los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987, a todos los cuales les era aplicable la pena de 20 a 25 años de prisión, prevista en el mentado Decreto 2790.

2. La legalidad de la pena no sólo es garantía para el procesado sino para el propio Estado, pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre una autoridad judicial ha de desarrollarse en las condiciones prescritas en la ley. Así mismo, es garantía para todo el conglomerado social, pues se afectaría el principio de igualdad y la seguridad jurídica si se aplicaran penas convencionales, arbitrarias, por fuera del texto normativo, no ajustadas al mínimo y al máximo previstos para cada hecho punible.

Si bien es cierto que el artículo 31 de la Carta impone un límite al poder punitivo del Estado, cuando el condenado es apelante único, no es absoluto, sino que está ponderado por la institución de la consulta y la legalidad de la sanción.

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

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

Aprobado acta No. 177 Proceso No. 13566

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Vicente Abelardo Mora Acosta contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, el 20 de agosto de 1996, por medio de la cual al confirmar en lo fundamental la dictada por un juzgado regional de Cali, del 28 de noviembre de 1995, lo condenó a la pena principal de 24 años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un lapso de 10 años, como coautor de los delitos de secuestro extorsivo, homicidio agravado y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerza pública.

HECHOS

Fueron sintetizados así, por el Juzgador de segunda instancia:

"Relatan los autos que en horas de la mañana del día 18 de enero de 1991, en la vía que de Cali conduce a Jamundí (Valle), cuatro armados

atacaron, con arma de fuego, el automotor en que se movilizaba Leonardo Abadía Becerra, en compañía de su conductor, siendo trasladados en el mismo vehículo hasta el sitio denominado 'Balneario Toro Rojo' (por la misma vía), lugar donde fue liberado el conductor y abandonado el vehículo de propiedad del secuestrado, continuando el recorrido en un taxi de color amarillo.

"Algunos empleados del Parque de la Salud de la ciudad de Cali (Valle), comunicaron a las autoridades el desplazamiento por esta zona de cuatro individuos, los cuales al parecer llevaban una persona secuestrada. Iniciadas las pesquisas de rigor se logró la captura de Juan Carlos Herrera Rincón y Omar Arbey Hernández Vargas, quienes a la postre comunicaron a las autoridades que habían participado en el rcato que se investigaba, en compañía de Víctor Julio Ruiz Delgado, Jairo Hernández Guarán, Carlos Gómez; en la búsqueda de estos individuos, se estableció que Vicente Abelardo Mora Acosta y Guillermo Enrique Pérez Chanchi, también habían participado en el ilícito. Una vez capturados Mora Acosta y Pérez Chanchi, indicaron a las autoridades que por orden del jefe de la banda se le había dado muerte al secuestrado, ante la negativa de los familiares a pagar el rescate que oscilaba entre 300 y 700 millones de pesos, situación que efectivamente fue comprobada con el hallazgo del cadáver del secuestrado".

ACTUACIÓN PROCESAL

Con base en el informe policial, el Juzgado 15 de Instrucción Criminal de Cali, mediante auto del 23 de enero de 1991, dispuso la apertura de la investigación.

Escuchado en diligencia de indagatoria Juan Carlos Herrera Rincón, el 25 de enero siguiente, le fue resuelta la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de secuestro.

Practicada la diligencia de levantamiento del cadáver, mediante un informe policial fueron dejados a disposición del despacho judicial Vicente Mora Acosta, Pedro Humberto Chanchi Rangel, Elizabeth Lilia Gómez Arciniegas, Guillermo Enrique Pérez Chanchi y Lucio Fernández Díaz, a quienes, una vez oídos en indagatoria, se les resolvió la situación jurídica, el 30 de mayo de 1991, de la siguiente manera: para los tres primeros, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de secuestro y homicidio; y para el último, con abstención.

Perfeccionada la instrucción, se cerró con autos del 1° y del 22 de marzo de 1994, y el 26 de abril del mismo año se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Vicente Mora Acosta, Juan Carlos Herrera Rincón, Guillermo Enrique Pérez Chanchi y Elizabeth Lilia Gómez, por los delitos de secuestro extorsivo agravado, homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública.

Apelada la anterior decisión, la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Nacional, el 8 de noviembre de 1994, la confirmó en lo fundamental, pues precluyó la investigación en favor de Elizabeth Lilia Gómez.

La etapa del juicio la tramitó un juzgado regional de la ciudad de Cali que, luego de cumplir con las formalidades legales, dictó la sentencia de primera instancia, el 28 de noviembre de 1995, en la que condenó a los procesados Vicente Abelardo Mora Acosta, Juan Carlos Herrera Rincón y Guillermo Enrique Pérez Chanchi, a la pena principal de 30 años de prisión y multa de 1.500 salarios mínimos mensuales, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como coautores de los delitos por los cuales se les había proferido resolución de acusación.

Apelado el fallo, el Tribunal Nacional, el 20 de agosto de 1996, lo confirmó en lo fundamental, con los resultados ya conocidos.

No se condenó al pago de suma alguna por concepto de perjuicios materiales y morales, por considerar que no existía "elemento probatorio alguno que pudiera servir de fundamento para proceder a dar aplicación a los artículos 106 y 107 del C. P.", manifestándose que los interesados podrían recurrir para su reconocimiento a la jurisdicción civil.

La Demanda de Casación

El defensor, al amparo de las causales primera y tercera, presenta tres cargos contra la sentencia. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Primer cargo:

Manifiesta que el sentenciador vulneró de manera directa la ley, en razón a que erró en la selección de la norma sustancial aplicada.

Sostiene que cuando se produjo el plagio del señor Abadía Becerra, ya había entrado en vigencia el Estatuto para la Defensa de la Democracia, en el que se fijaron, entre otros aspectos, las competencias funcionales, "específicamente para el delito de secuestro, contemplando en su art. 6° la calidad del sujeto pasivo del hecho punible, para que fuera cobijado por esta jurisdicción especializada y encubierta".

Recalca cuáles fueron las razones que llevaron a su promulgación, copiando para el efecto sus motivaciones. A continuación, agrega que ninguna de las calidades exigidas por el citado estatuto se encuentra "probada de parte del secuestrado, en su connotación personal, profesional o social, como para cobijarlo con esta normatividad jurisdiccional". Igualmente, el sujeto pasivo tampoco soportaba algunos de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988.

Luego se refiere a la Leyes 40 y 81 de 1993, en las que se establecen las modalidades de secuestro y homicidio que, a su juicio, eran de conocimiento de los jueces regionales.

Asevera que para el momento de la ocurrencia de los hechos se hallaban vigentes los siguientes preceptos: "el art. 268 del C. P y siguientes. El art. 323 del C.P. y siguientes y el art. 201 y 202 de la misma normatividad penal del Decreto 100 de 1980. El Decreto 2790 de 1990, adicionaba al Decreto 100, fijando una jurisdicción especial con una competencia funcional pero sobre casos muy particulares expuestos en la misma norma".

Posteriormente anota que la irregularidad del fallador consistió en que "sostuvo una norma penal que hacia más gravosas desde el punto de vista punitivo las condiciones del procesado, ya que la pena a imponer sería dentro de los parámetros de la menor de 6 años a la mayor de 15 respecto al secuestro extorsivo y no la de 20 a 25 años del Decreto 2790, y que en relación con el tipo penal de homicidio partiría del art. 323 del Decreto 100 de 1980 que va de 10 a 15 años, como principio de la tasación punitiva, al ser este ente jurídico de mayor valor, para la dosimetría penal".

Dice no atacar la falta de competencia del funcionario judicial, pues considera que existía una conducta conexa, el porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares, que le otorgaba el conocimiento a la llamada justicia regional.

Finaliza afirmando que el Procurador Judicial también advirtió cuáles eran las normas aplicables al caso.

Segundo cargo:

Acusa al fallador de haber transgredido indirectamente la ley sustancial, "al errar en derecho..., al darle un valor probatorio a un medio de convicción, diverso de el (sic) que la ley le confiere".

Luego de recordar el contenido del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, sostiene que el sentenciador "le dio plena prueba de certeza, con lo cual condenó y declaró responsable por el delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares, en calidad de coautor al imputado MORA, con el único medio de convicción probatorio allegado al expediente, no constituyendo el testimonio rica, de los hechos representados en el teatro de el (sic) expediente".

Dice que el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal establece que las pruebas debe apreciarse en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Igualmente, acepta que la Corte ha sido muy celosa y respetuosa de la valoración de las instancias, lo que califica como un exceso "permisivo y sobre el cual se cabalga por parte de los funcionarios, en especial de las jurisdicciones de excepción, como la represiva y antidemocrática, jurisdicción sin rostro, para darle categoría de fuerza probatoria a lo que realmente no lo es".

Considera que los testimonios que sirvieron para imputar el porte de armas no eran contundentes, "esclarecedores y fundados", como para tenerlos como una prueba de responsabilidad.

Informa que el único decomiso que existe de un objeto armado son los cartuchos o balas encontradas al señor Juan Carlos Herrera de un arma calibre 22, según oficio número 0125 "de el 22 de 1991"(sic).

Arguye que como el sentenciador de primera instancia dijo que la investigación sufrió tropiezos y dificultad para recolectar los medios de convicción, "debió producir una invocación a la *'duda rel'* y no persistir en un forzado soporte de cargo, cuando la trascendencia de la prueba no va más allá de ser un mero indicador más no, determinante para demostrar el cargo".

Afirma que de los testimonios cuestionados y de la muerte de la víctima se deduce únicamente que se utilizaron armas, pero sin que se hubiera podido determinar sus características.

A continuación copia fragmentos de las declaraciones rendidas por Benjamín Cedeño, Adelmo Popo, Aura Elina Isacue de Cucuñame, José Cleofer Cucuñame Collazos y Jesús Olmedo Rivera Gurrete, en torno a las armas que fueron utilizadas para los ilícitos, y acota que las normas medio transgredidas fueron las relativas a las pruebas, "al no existir prueba demostrativa del celo con que se averiguó las circunstancias demostrativas, de la existencia del hecho punible, del porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares, a deducir de unas declaraciones de empleados del hoy occiso, un cargo, sin que buscara lo tendiente a demostrar la verdad real sobre dichos hechos narrados; se buscó el agravamiento de la conducta, sin que a través de la sana crítica, apreciara en conjunto y le diera razonadamente un mérito crítico, racional a dicha prueba testimonial".

Tercer cargo:

Al amparo de la causal tercera acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, "por la comprobada existencia de irregularidades que afectaron el debido proceso, a más de la nulidad supralegal contemplada en el art. 29 de nuestra carta magna constitucional...", en lo que atañe a que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso.

Luego de copiar los artículos 3°, 4° y 246 del C. de P.P., el numeral 3° del artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el numeral 5° del artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos, sostiene que las mismas fueron transgredidas, pues el procesado Vicente Mora fue capturado sin orden judicial y se prolongó arbitrariamente su retención en los organismos de seguridad del Estado, ya que sólo fue puesto a disposición del funcionario judicial competente el 14 de mayo de 1991, mediante el informe número 0080, el cual fue suscrito por el Jefe (e) de la Unidad Antiextorsión y Secuestro.

Arguye que la prueba es clara y demostrativa de la retención ilegal "desde días antes a ese 14 de mayo de 1991 en que se puso a disposición de la Unidad de Orden Público y se le tomó versión libre". El informe no dice cuándo fue capturado, pero llama la atención que en él se afirme que una vez

ubicado dijo "que efectivamente él en compañía de Lucio Fernández habían preparado el secuestro del Sr. Leonardo Abadía, que el Sr. Vicente Mora relacionó a las siguientes personas con las cuales tenía contacto permanente, así: Guillermo Pérez Chanchi, Elizabeth Lilia Gómez Arciniegas, Lucio Fernández Díaz y Pedro Humberto Chanchi Rangel..."

Agrega que la "declaración libre" que rindió su prohijado ante un fiscal de orden público, el 14 de mayo de 1991, ha sido tomada por las instancias como prueba reina y fidedigna de su participación en los hechos objeto del proceso.

Asegura que si en el citado informe se dice que se capturó en la ciudad de Mocoa a otras personas "que había relacionado Vicente Mora, es absolutamente de crédito que se tenía retenido desde días anteriores a Mora Acosta tal como lo narra y lo denuncia en su diligencia de injurada donde claramente expresó y recalcó que dicha declaración había sido producto de torturas, vejámenes, flagelación desde el día lunes anterior o sea el 6 de mayo a eso de las cinco de la tarde que lo capturaron".

Aduce que todo el proceso fue edificado en la versión libre y en el informe número 0080 del 14 de mayo de 1991, así aquella "haya sido a base de vejámenes".

Por tal motivo, dice que la prueba derivada del informante se obtuvo excediéndose en el término perentorio para ponerlo a disposición de la autoridad competente, habiendo sido capturado ilegalmente y con un procedimiento arbitrario y sometido a malos tratos y torturas.

"La obtención de la prueba por ser nula vició todo el proceso, por no ceñirse a las ritualidades y legalidades de la misma".

En consecuencia, solicita á la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, "la anule o la derogue, ya sea revocándola o modificándola", conforme a los cargos presentados.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal.

Considera que por virtud del principio de prioridad que rige el recurso extraordinario de casación, procederá, inicialmente, a emitir concepto sobre el cargo tercero.

Tercer cargo:

Sostiene que son tres los argumentos que presenta el censor con base en la causal tercera.

Separa, "tratando de sistematizar el ataque", los diversos temas planteados por el censor, refiriéndose, en primer lugar, a la prolongación ilícita de la privación de la libertad, con relación a la cual afirma el impugnante que se prolongó del 6 al 14 de mayo de 1991.

Conceptúa el Delegado que revisado el expediente se advierte que desde el 22 de enero de 1991, cuando se recibieron las informaciones de Omar

Arbey Hernández Vargas y Juan Carlos Herrera Rincón, capturados tres días antes, se tenía noticia sobre la participación de Vicente Mora en el secuestro del señor Leonardo Abadía, por lo que las autoridades encargadas de la investigación realizaron esfuerzos para lograr su localización.

Dice que el Juzgado 15 de Instrucción Criminal, mediante auto del 23 de enero de 1991, ordenó librar la respectiva orden de captura en su contra, la que se cumplió el 10 de mayo siguiente, según el informe de la policía que obra a folio 185 del primer cuaderno, y puesto a disposición de la autoridad competente el 14 de mayo del mismo año, fecha en la que se firmó el acta de derechos del capturado, "sin que aparezca en ella constancia alguna que permita pensar que la detención se produjo en una fecha diferente".

Por tal motivo, concluye, la única constancia que existe al respecto son las manifestaciones del procesado, cuya credibilidad "se ve menguada por las pruebas incorporadas y por la misma secuencia de los hechos relativos a la captura que se pueden reconstruir con sustento en los elementos de juicio incorporados a la actuación".

Acota que las autoridades de policía informan sobre la captura de Mora Acosta y la forma como este colaboró con ellas indicando el sitio de retención y las identidades de los demás partícipes, por lo que tuvo que ser trasladado al municipio de Mocoa, donde el mismo 10 de mayo fueron aprehendidos otros partícipes del delito. En un nuevo informe, las autoridades de policía señalan que la captura del citado procesado se obtuvo el 10 de mayo y que "después de tres días de pesquisas hablaron con Lubín Nazarit Popo, cuyas informaciones les permitieron ubicar 'en el día de hoy' (14 de mayo de 1991 es la fecha del informe) el cambuche en donde los procesados habían tenido privado de su libertad al secuestrado".

Así, estima, no se prolongó indebidamente la privación de la libertad, máxime si se tiene en cuenta que se cruzaron un sábado y un domingo, cuando, en esa época, los juzgados de instrucción no prestaban atención al público.

De otro lado, resalta que si lo expuesto por el procesado hubiese sido cierto, tampoco dicha irregularidad tenía la fuerza de anular al proceso, en razón a que con la actuación judicial posterior se crearon las condiciones "para afectar la libertad del incriminado, puesto que la medida de aseguramiento que se dictó en su contra y la posterior sentencia de condena no tienen su fundamento en la prolongación indebida de la privación de la libertad, sino en las pruebas de responsabilidad recaudadas".

Respecto a la ilegalidad de la versión libre, anota que la diligencia se realizó con el lleno de los requisitos legales y se consideró como un hecho indiciario de su participación, "pero no prueba fundamental de su responsabilidad, por que existían otros medios de prueba, testimonios, que comprometían a Mora y que lo señalaban como coautor del delito de secuestro".

Agrega que en el acta de la diligencia no se dejó constancia de una posible extralimitación del poder de las autoridades. Además de que en la misma

no sólo participó un funcionario de policía, sino también un Fiscal de Orden Público, encargado de proteger los derechos fundamentales del procesado.

Así mismo, que si la prueba fuera nula, tampoco se afectaría de nulidad el proceso, por cuanto que "no fue con fundamento en ella cómo los funcionarios policiales y judiciales lograron el esclarecimiento del delito...".

Reitera que la citada versión no fue tomada como prueba reina, toda vez que en los fallos "se hizo un análisis en conjunto de todo el material probatorio y la versión libre fue apenas una más de las pruebas tomadas en cuenta, a algunas de las cuales se les reconoció un mejor poder de convicción".

En lo que concierne con la alegada ilegalidad de la captura, asevera que es otro de los falsos argumentos del casacionista, ya que no es cierto que haya sido ilegal, pues el Juzgado 15 de Instrucción Criminal dictó y libró orden de captura el 23 de enero de 1991.

"Por carecer de razón los tres vicios de nulidad alegados, el cargo está llamado a no prosperar".

Primer cargo:

Dice que la censura es confusa, pues el presunto error de selección del precepto a aplicar no está demostrado "ni surge del análisis de la providencia impugnada, porque es precisamente la norma que el libelista echa de menos la que invocó el sentenciador de segunda instancia para resolver el caso puesto a su consideración".

Luego de reseñar y transcribir el ajuste normativo que realizó el Tribunal, al aplicar el artículo 268 del Código Penal, vigente para la época de los acontecimientos fácticos, sostiene que dicho ajuste coincide con las pretensiones del censor.

Sin embargo, señala el representante del Ministerio Público que la norma a aplicar en el presente asunto era la contenida en el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990; ya que se adecuaba al caso concreto, tal como lo entendió el juzgado regional, así fuese un secuestro con fines económicos, por lo que solicita a la Corte haga una aclaración al respecto.

Concluye:

"El error, no obstante, no admite corrección en esta sede, no solamente porque el problema ha debido plantearse por un sujeto procesal con legitimidad para buscar la reforma de la sentencia al amparo de la causal primera de casación, sino también porque el artículo 31 de la Constitución Política prohíbe la agravación de la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único -como es este caso-, principio que se ha extendido al recurso extraordinario mediante el artículo 227 del Código de Procedimiento Penal"

Por lo expuesto, avizora que el cargo no debe prosperar.

Segundo cargo:

Arguye que tal como está planteado, el libelista, al citar el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, destaca que en los procesos de conocimiento de la justicia regional no se puede dictar sentencia condenatoria con fundamento en testimonio rendido bajo reserva de identidad.

Por tal motivo, el Procurador Delegado sostiene que la censura podría estar soportada sobre este fundamento y por habérsele dado a las declaraciones el valor de plena prueba.

Así, procede a enunciar los falsos juicios que generan los errores de hecho y de derecho y concluye que los testimonios citados por el impugnante no fueron rendidos bajo reserva de identidad, por lo que el funcionario judicial tenía plena libertad para apreciarlos conforme a las reglas de la sana crítica e inferir de ellos el porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas.

De otro lado, asegura que los citados medios son claros "respecto de, cuando menos, una de las armas que vieron en poder de los captores, tal como el mismo casacionista ingenuamente lo destaca con la transcripción de aquellas aseveraciones según las cuales los procesados portaban ametralladoras".

Luego agrega:

"Las declaraciones citadas y parcialmente transcritas por el censor son claras en señalar el porte de armas y la naturaleza de las mismas, los testigos diferenciaron muy claramente entre revólver y metralleta recortada y aunque los señale como campesinos, personas de mediana y baja cultura, en sus declaraciones muestran cierto grado de educación y un conocimiento claro sobre armas de fuego.

"No expresan los testigos que las armas portadas por los secuestradores sean de uso privativo de las fuerzas militares; esta condición surgió de la valoración que los juzgadores hicieron de los datos aportados por los declarantes y de las normas legales, los que determinan que esa 'metra recortada', es de uso privativo de las fuerzas militares".

Finalmente resalta que el demandante no demostró de qué manera se violó el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto dice que el cargo no debe prosperar.

Consideraciones de la Corte

Dado el tiempo transcurrido desde cuando quedó en firme la resolución de acusación (8 de noviembre de 1994), es necesario, ante todo, establecer si la acción penal se encuentra o no vigente frente a todos los punibles que fueron materia de juzgamiento.

Con relación al porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, la Sala declara que la acción penal se extinguió por prescripción y,

en consecuencia, se dispondrá la cesación de toda actuación procesal en lo atinente a tal punible.

En efecto, el máximo de pena fijado en el artículo 2° del Decreto 3664/86, para esa infracción, es de 10 años, lo que significa que el lapso de prescripción de la acción penal es de 5 años, al tenor del inciso 2° del artículo 84 del C. P, que ya transcurrieron.

Hecha la anterior precisión, la Sala procederá a pronunciarse sobre la demanda, en lo concerniente al secuestro extorsivo y al homicidio agravado.

Sea lo primero observar que en el concepto emitido por el Procurador Delegado, no se hace referencia a los yerros técnicos de que adolece el libelo, sino que, como si se tratara de una tercera instancia, se entra a responder de fondo cada uno de los cuestionamientos hechos por el recurrente a la sentencia.

En acatamiento al principio de prioridad, la Sala procederá a estudiar, en primer lugar, el cargo que por nulidad hace el libelista.

Tercer cargo:

Al amparo de la causal tercera, el censor estima que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, por la comprobada existencia de irregularidades que afectaron el debido proceso, por cuanto al procesado se le capturó sin previa orden judicial, se le prolongó indebidamente su privación de la libertad y la diligencia de versión libre que rindió fue obtenida por medio de vejámenes, esto es, sin "ceñirse a las ritualidades y legalidades de la misma" y, no obstante, fue el soporte del fallo.

Al respecto la Sala se permite precisar, una vez más, que no basta alegar la ilegalidad de uno o de varios actos procesales para que pueda prosperar el cargo de nulidad por vulneración de la garantía del debido proceso, sino que es necesario demostrar que de aquellos depende la validez del trámite subsiguiente, carga que no cumplió el censor, pues no evidencia, ni aparece ni se entiende cómo las irregularidades que denuncia tenían la virtualidad de trascender a la estructura del proceso.

Además, en lo atinente a la versión libre, el reproche ha debido plantearse por la causal primera, por error de derecho por falso juicio de legalidad, por tratarse de una falla *in iudicando* y no *in procedendo*, que se subsana, no invalidando el proceso, como equivocadamente lo cree el libelista, sino eliminando en el juicio del sentenciador, al valorar la prueba, el medio ilegal, siendo deber del demandante demostrar que ese elemento de convicción, jurídicamente inexistente, era tan trascendente, frente al haz probatorio restante, que fundamentó la condena, por lo que debe absolverse.

Por otra parte, ni siquiera existieron las irregularidades sustanciales denunciadas, pues no es cierto que al procesado se le haya capturado sin orden de autoridad judicial, pues el Juzgado 15 de Instrucción Criminal, mediante auto del 23 de enero de 1991, ordenó librar la respectiva orden de captura en

contra de Vicente Mora Acosta, la que emitida se hizo efectiva el 10 de mayo siguiente.

Igualmente, no es exacto que al citado acusado se le hubiese prolongado ilícitamente su privación de la libertad, toda vez que cuatro días después, esto es, el 14 de mayo del mismo año, fue puesto a disposición del juzgado de instrucción y, además, suscribió el acta de derechos del capturado, diligencia que corrobora el día de su aprehensión, habiéndose interpuesto, en el lapso mencionado, un sábado y un domingo, días en que, en ese entonces, como lo recoge el Delstantiva, cuando precisamente el Tribunal Nacional aplicó el precepto por él extrañado, por lo que carece de interés para reclamar por un perjuicio que no se le ocasionó.

En efecto, el juez regional, de acuerdo con la resolución de acusación, estimó que las normas aplicables al secuestro extorsivo agravado eran los artículos 268 y 270 del C. Penal, modificado aquel por el Decreto 180 de 1988 y a su vez modificado por el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990, normatividad esta última que había entrado en vigencia precisamente el 16 de enero, vale decir, dos días antes de la ejecución de este comportamiento".

El Tribunal Nacional, al conocer en segunda instancia, consideró que para el secuestro extorsivo agravado solamente eran aplicables los artículos 268 (que establecía una sanción menor que la prevista en el Decreto 2790/90) y 270 del C. Penal, al estimar que para la época de la comisión del hecho (18 de enero de 1991), tal punible estaba consagrado en el artículo 268 del C. P., y en el 6° del citado decreto, siendo el primero aplicable a la delincuencia común y estando el segundo "destinado a la protección de sujetos pasivos calificados, cuya privación de la libertad causa alarma social", situación que según el *ad quem* "no se evidencia en autos, como quiera que Leonardo Abadía Becerra no ostentaba ninguna cualificación de las enumeradas en el artículo 6° del Decreto 2790 de 1990".

Lo anterior explica que el Tribunal Nacional hubiera disminuído la pena impuesta por el juez regional.

Ante la falta de interés del recurrente, el cargo se desestimará.

Segundo cargo:

Como quiera que este reproche se refiere, exclusivamente, al punible de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, con relación al cual la acción penal, como ya se expresó, se ha extinguido por prescripción, la Sala ha perdido la facultad de pronunciarse sobre el mismo.

CASACIÓN OFICIOSA

Ante todo es necesario precisar frente al aparente conflicto normativo, cuál era la preceptiva aplicable al punible de secuestro extorsivo, en el momento en que se cometió.

En esa época existió una legislación paralela con relación a varios punibles como el homicidio, las lesiones personales, el concierto para delinquir, la tortura, la extorsión y el secuestro, entre otros: la ordinaria y la excepcional, siendo aplicable esta en aquellos eventos en que se actuaba con fines terroristas, o de perturbar el orden público o, en general, desestabilizadores de las instituciones democráticas; y la segunda, cuando no estaban presentes tales propósitos.

En lo concerniente al delito de secuestro, los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988 (legislación excepcional) establecían lo siguiente:

"ART: 22. Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales.

"ART: 23. Circunstancias de agravacion punitiva. Las penas señaladas en el artículo anterior, se aumentarán en una tercera (1/3) parte si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

a. Si el delito se cometiere en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis (16) años, mayor se sesenta (60) años o mujer embarazada.

b. Si se somete a la victima a tortura durante el tiempo que permanezca secuestrada.

c. Si la privación de la libertad del secuestrado se prolongare por más de diez (10) días.

d. Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o afín en línea directa en primer grado.

e. Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial y por razón de sus funciones.

f. Cuando se exija por la libertad del secuestrado un provecho o cualquier utilidad.

g. Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado, o con ejecución de acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o de la salud pública.

h. Cuando se cometa para hacer u omitir algo o con fines publicitarios de carácter político.".

Por su parte, la legislación ordinaria preceptuaba en los artículos 268 y 270 del Código Penal (antes de entrar a regir el Decreto 2790):

"Art. 268. Secuestro extorsivo. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo o con fines publicitarios de carácter político, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.

"Art. 270. Circunstancias de agravación punitiva. La pena señalada en los artículos anteriores se aumentará hasta en la mitad, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias:

1ª Si el delito se comete en persona de inválido, enfermo, menor de dieciséis años, mayor de sesenta o en mujer embarazada

2ª Si se somete a la víctima a tortura física o moral durante el tiempo que permanezca secuestrada.

3ª Si la privación de libertad del secuestrado se prolongare por más de treinta días.

4ª Si se comete en ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, hermano o hermana, cónyuge o a fin en línea directa en primer grado.

5ª Si se comete en persona que sea o hubiere sido empleado oficial o por razón de sus funciones.

6ª Cuando se presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión del secuestrado o con ejecutar acto que implique peligro común, grave perjuicio de la comunidad o la salud pública.".

No obstante, como ya lo aclaró la Sala[1], *ese paralelismo fue superado por el citado Decreto 2790/90, que entró a regir el 16 de enero de 1991, en cuyo artículo 6° se estatuyó:*

"Artículo 6o. Siempre que el delito de secuestro se dirija contra persona que ocupe alguno de los cargos mencionados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 474 de 1988 o en funcionario de la Rama Jurisdiccional, Registrador Nacional del Estado Civil, Miembro del Consejo Electoral, Delegado del Consejo Nacional Electoral o el Registrador, Registrador Departamental, o Municipal del Estado Civil, Agente del Ministerio Público, Agente Diplomático o Consultar al servicio de la Nación o acreditado ante ella, Comandante General o miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional o de los Cuerpos de Seguridad, Subdirector Nacional de Orden Público, Director Seccional de Orden Público, Miembro de la Asamblea nacional Constitucional, Miembro principal o suplente de las Asambleas Departamentales, funcionario elegido por Corporación de elección popular, Cardenal, Primado, Arzobispo, Nuncio y Obispo; o se ejecute con fines terroristas; u obedezca a los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987 o persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de veinte (20) a veinticinco (25) años y multa de un mil a dos mil salarios mínimos legales mensuales..."(Subrayas extrañas al texto).

Como se observa, no era la calidad del sujeto pasivo, como equivocadamente lo consideró el Tribunal Nacional, lo que determinaba la aplicación de una u otra preceptiva, sino que el citado Decreto 2790 de 1990 superó el paralelismo, al comprender tanto el secuestro cometido contra determinadas personas, como el realizado con fines terroristas, como el ejecutado con los

[1] Ver Casación 12.083,25 de marzo de 1999 M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda

objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal (entre los cuales el de exigir por la libertad un provecho o cualquier utilidad), o con los propósitos descritos en el artículo 1° del Decreto 1631 de 1987, a todos los cuales les era aplicable la pena de 20 a 25 años de prisión, prevista en el mentado Decreto 2790.

Ahora bien, como se está en presencia de un secuestro extorsivo agravado, cometido el 18 de enero de 1991, cuando ya había entrado a regir el Decreto 2790/90 (16 de enero del mismo año) y la finalidad de los plagiarios fue la de obtener provecho económico, se tendrá que concluir que su conducta se adecuaba a los artículos 268 y 270 del C. Penal (numerales 3° y 6°) (como lo aceptaron ambas instancias), pero con la modificación introducida por el mentado decreto, (en lo que acertó sólo el juez regional), en cuyo artículo 6°, de manera clara se dijo: "siempre que el delito de secuestro... persiga los objetivos enunciados en el artículo 268 del Código Penal, se sancionará con prisión de 20 a 25 años y multa de un mil a dos mil salarios legales mensuales", pena que el Tribunal Nacional no respetó, con lo que desconoció el principio de legalidad de la sanción.

El Procurador Delegado, aunque reconoce que en el proceso se transgredió este principio, solicita no casar el fallo, por cuanto que se desconocería la prohibición de reformar en perjuicio, en cuanto el procesado es recurrente único, concepto que no comparte la Sala, pues desde el 29 julio de 1992, con ponencia del Magistrado doctor Didimo Páez Velandia, ha venido sosteniendo que el principio constitucional que prohíbe reformar en perjuicio del condenado apelante único, presupone la observancia del también principio constitucional de la legalidad, entendido como ordenador del Estado de derecho.

Así, si se ajusta la tasación punitiva a la normatividad aplicable, en acatamiento a la legalidad de la pena, no se está vulnerando la prohibición de la *'reformatio in pejus'*.

La legalidad de la pena no sólo es garantía para el procesado sino para el propio Estado, pues el ejercicio del poder punitivo que cumple a su nombre una autoridad judicial ha de desarrollarse en las condiciones prescritas en la ley. Así mismo, es garantía para todo el conglomerado social, pues se afectaría el principio de igualdad y la seguridad jurídica si se aplicaran penas convencionales, arbitrarias, por fuera del texto normativo, no ajustadas al mínimo y al máximo previstos para cada hecho punible.

Ha dicho la Sala:

"...de lo que aquí se trata no es de incrementar la pena sobre factores ajenos al texto base normativo, sino precisamente de imponer la que el legislador previó como mínima para el caso juzgado.

"... La imposición de la única pena válida prevista por el legislador para un determinado delito jamás podría entenderse contraria al artículo 31 Constitucional, sino precisamente con éste coherente, pues integrado este

precepto con los artículos 29 y 230 de la Carta Política, con el primero se entenderá que en un Estado de derecho no es posible aplicar sino la ley penal previa al momento de la comisión del hecho, bajo la condición de ser favorable al procesado, no aquella que invente o modifique el juez a su talante, porque en el último de los preceptos que se evoca existe un presupuesto inmodificable, y es el del sometimiento del funcionario al exclusivo imperio de la ley. (casación 9236. Agosto 6/97. M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda).

En otra ocasión expresó:

"El criterio de la Sala es que la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta haya respetado el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no aquella que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esas condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aun a costa de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, quede exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando este es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado y como si no existiese el mandato que 'los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley'".(casación agosto 31/91. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel)[2].

En consecuencia, no comparte la Sala el concepto del Procurador Delegado, ya que el principio de la "*non reformatio in pejus*" no puede aplicarse soslayando el de legalidad, sino armónicamente con él, en forma que si la pena impuesta en primera instancia se ajusta a la prevista en la ley, el superior no la podrá agravar.

Por lo anterior, si bien es cierto que el artículo 31 de la Carta impone un límite al poder punitivo del Estado, cuando el condenado es apelante único, no es absoluto, sino que está ponderado por la institución de la consulta y la legalidad de la sanción.

Así las cosas, como quiera que en el presente caso se desconoció el principio de legalidad de la sanción, al aplicar una menor a la vigente en la época en que se cometió el hecho, al tenor de lo dispuesto por los artículos 228 y 229-1 del Código de Procedimiento Penal, procederá la Corte a corregir oficiosamente el anotado desatino.

Como ya se expresó, el Juzgado Regional, en la sentencia de primera instancia, acorde con la resolución de acusación, acertó en la selección de la

---

[2] (Véase, también, entre otras, casación 9734 enero/98 M.P. Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR, 28 de octubre/97. M.P. Dr. CARLOS E. MEJIA ESCOBAR; junio 25/98. M. P. Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL; 9764, marzo/97. M.P. Dr. JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO).

normatividad aplicable al secuestro extorsivo, por lo que la Sala dejará incólume el fallo de primer grado, esto es, que los procesados Juan Carlos Herrera Rincón, Guillermo Enrique Pérez Chanchi y Vicente Abelardo Mora Acosta, serían acreedores a la pena principal de treinta (30) años de prisión y multa de mil quinientos salarios mínimos legales mensuales. Sin embargo, como la acción penal por el delito de porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, como se analizó, se ha extinguido por prescripción, es necesario hace la pertinente disminución punitiva.

Teniendo en cuenta la dosificación efectuada por el juez *a quo*, la Sala disminuirá en 4 meses la pena privativa de la libertad impuesta, la que, por tanto, quedará en veintinueve (29) años y ocho (8) meses.

No hay motivo para aminorar la pena de multa, pues no tiene relación con el punible de porte de armas, ni tampoco la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

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

RESUELVE:

1. DECLARAR que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto del delito de porte ilegal de armas de uso privativo de la Fuerzas Armadas, por lo que en lo atinente a tal infracción se dispone cesar la actuación procesal seguida contra Juan Carlos Herrera Rincón, Guillermo Enrique Pérez Chanchi y Vicente Abelardo Mora Acosta.

2. DESESTIMAR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Vicente Abelardo Mora Acosta.

3. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada, para adecuar la sanción a la prevista en la ley.

4. Como consecuencia de la prescripción de la acción penal, a que se refiere el numeral 1°, y de la casación parcial del fallo, se impone a Juan Carlos Herrera Rincón, Guillermo Enrique Pérez Chanchi y Vicente Abelardo Mora Acosta, la pena principal de veintinueve (29) años y ocho (8) meses de prisión y multa de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales, como responsables de los delitos de secuestro extorsivo agravado y homicidio agravado, según lo expuesto en la parte motiva.

5. En todo lo demás, el fallo recurrido queda sin modificación.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, (Salvamento parcial de voto): *Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(Casación 13.566)

Señores Magistrados:

Como anuncié en la Sala respectiva, permítanme salvar parcialmente el voto, porque no estoy de acuerdo con que la Sala case parcialmente, y de oficio, el fallo impugnado, para aumentar la pena de prisión, de 24 años a 29 años y 8 meses. Las razones son las siguientes:

1. El artículo 31-2 de la Constitución Política establece la prohibición de la *reformatio in pejus*, como uno de los derechos fundamentales, reconocido a título de principio. Expresamente dice: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

El C. de P.P. en una de sus normas rectoras, el artículo 17, dispone: "El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

En materia de casación, el artículo 227 del C. de P.P., adhiere al importante principio y acude a la rúbrica o rótulo de principio de no agravación, que describe así: "Cuando se trate de sentencia condenatoria no se podrá agravar la pena impuesta, salvo que el fiscal, el ministerio público o la parte civil, cuando tuvieren interés, la hubiera recurrido".

Es claro, entonces, que la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando el condenado es recurrente único con miras al debate en segunda instancia o en sede de casación, es derecho -principio fundamental –constitucional norma superior legal que rige el procedimiento y -regla que reitera el principio derecho constitucional–. Desde este punto, por donde o desde donde sea vista, la prohibición limita cualquier actuación en su contra.

2. Es cierto que la Corte Suprema de Justicia debe velar por la legalidad, por las garantías, por los derechos, etc. Pero también lo es que no todo se puede corresponder a ella, pues igualmente la fiscalía y el ministerio público, por ejemplo, poseen vocación para buscar otra instancia, otra sede. Sin embargo, en este proceso no mostraron interés para, por ejemplo, velar por todo y acudir a la casación. Y si, según se dice, compete sobre todo al ministerio público luchar por la sociedad y por el Estado, es claro que si se hallaba

inconforme con la sentencia debería haber recurrido. No obstante, el único interesado en llegar a la Corte fue el condenado. Y, naturalmente, a ese interés se debe ceñir la honorable Sala, sin que le sea viable, de oficio, suplir deficiencias por omisiones de otras entidades. Por ello el artículo 228 del C. de P.P. la regla número 228 del C. de P.P. no es posible contrariar el principio, norma rectora o regla constitucional fijada en los artículos 31 de la Carta y 17 y 227 del C. de P.P. Si de eventual pugna entre principios y reglas se trata, no hay duda de la supremacía de aquellos, como que son adhesión a axiomas, principios generales y enunciados indiscutibles a los cuales, sin disputa, se deben acomodar las reglas. Parece indiscutible, entonces, que a través de la parte final de la regla, señalada en el artículo 228 del C. de P.P. no se puede sobrepasar, y desconocer, el principio -derecho fundamental- constitucional recogido por el artículo 31-2 de la Carta Política. Y, menos, si se trata de la situación del procesado. No es pensable que una regla legal puede superar un principio -derecho fundamental- constitucional. La conclusión también es obvia: tratándose de casación provocada por el condenado como recurrente único, no es permisible la casación oficiosa en pro de garantías, excepto, claro está, que se trate de garantías del procesado.

3. El principio constitucional con rango de derecho fundamental conocido como prohibición de la *reformatio in pejus* (artículo 31-2), no permite excepciones, como se desprende de su simple literalidad. Y si no las permite, porque ni las expresa ni las insinúa, se revitaliza la máxima antiquísima: *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: cuando la ley no distingue, tampoco debemos distinguir.

4. La Sala mayoritaria da preferencia al principio de legalidad cuando lo parangona con el de la prohibición de la *reformatio in pejus*. El pensamiento del suscrito es que los principios constitucionales no se encuentran jerarquizados ni se repelen por opuesto o antagónicos.

4.1. Al contrario de lo que se acaba de exponer al inicio del párrafo anterior, los principios se pueden complementar y robustecer, vgr., como ocurre con presunción de inocencia, defensa, cosa juzgada, debido proceso concreto etc., que se auxilian y, entre todos ellos, y otros, conforman el amplio principio conocido como debido proceso amplio.

4.2. Salvo muy contadas hipótesis, una característica general de los principios es que admiten excepciones. Así se dice de la cosa juzgada, del *non bis in idem*, de la defensa letrada, del proceso público, etc. Bien puede afirmarse, entonces, que una excepción a la legalidad como principio es la prohibición de la *reformatio in pejus*, excepción tan alta que ha recibido la categoría de derecho y principio constitucional. Esto no es extraño a nuestra normatividad pues, por ejemplo, el principio de favorabilidad -retroactividad, ley intermedia, *lex tertia* es una excepción al principio de legalidad en su forma de ley preexistente.

5. Si se admite que oficiosamente es posible casar para imponer una pena accesoria que ha sido fijada por debajo de la legalidad por los juzgadores

de instancia con el fin de volver el proceso a su estricta legalidad, prácticamente comienza a desmoronarse el principio -derecho-fundamental - constitucional de prohibición de la *reformatio in pejus*, por cuanto, para ser consistente, sería imprescindible casar y adicionar cada vez que, por ejemplo, en las instancias se olvidara agravar la pena específica o genéricamente por causales objetivas, vrg, cuando se determina como pena por una violación el mínimo previsto en la ley mientras el proceso enseña que como consecuencia del asalto sexual deviene embarazo de la víctima o contaminación venérea, o cuando se impone el mínimo para un hurto agravado siendo que el expediente señala inequívocamente que el apoderamiento se ha producido de noche. En estos supuestos, no obstante la absoluta objetividad, los juzgadores de primer y segundo grado no sólo no se habrían pronunciado sobre el motivo de incremento, sino que ni siquiera habrían hecho juicio valorativo alguno, a pesar de que tanto lo uno como lo otro es forzoso, como que legalmente así aparece previsto y ordenado, es decir, como que al no hacerlo, los jueces de las dos instancias se salen de la legalidad pues ésta es la que obliga a aumentar o reducir las penas por determinadas razones específicas y genéricas. Aquí también habría ruptura del principio basilar de legalidad y así sucedería en hipótesis similares.

6. Se dice que la sentencia puede ser modificada de oficio si se vulnera la legalidad de la pena, y se soporta la aseveración en que prima el interés general sobre el particular. El punto es harto discutible, primero, porque tanto la legalidad como la prohibición de la *reformatio in pejus* son principios y derechos de rango constitucional, razón por la cual no prima ninguno sobre el otro; y segundo, porque en el supuesto que existiera pugna entre ellos, se impondría el segundo pues que se trata de un derecho esencial y fundamental del hombre, derecho que por mandato del artículo 5°, de la Carta es inalienable . Agréguese que en un estado social y democrático de derecho, prolongación limitativa del mero estado de derecho, sigue prevaleciendo el individualismo, por lo que en el orden correspondiente primero se encuentra el hombre, segundo la sociedad y tercero el Estado. Siendo así, en caso de confrontación, lo primero es lo primero.

De los señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

DEFENSA TECNICA-Indagatoria/**DEFENSA TECNICA**-No suple defensa material del procesado/**NO RECURRENTE**-Efectos del fallo de casación

1. No desestima la Sala que para el año de 1994 aún regía el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual "el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público" y el precepto 355 de la citada codificación que, por excepción, autorizaba la recepción de indagatoria sin la asistencia de defensor "cuando el imputado estuviere en peligro de muerte". Esas opciones legales, hoy inoperantes por razón de la declaratoria de inexequibilidad de los preceptos que la comprendían (Sent.C.C.049/96), permitían la rendición de injurada sin el patrocinio jurídico establecido constitucionalmente, bajo las condiciones que allí se imponían, esto es, que no hubiera un abogado inscrito disponible que la asistiera, o que el imputado estuviera en peligro de muerte.

2. El concepto del derecho de defensa técnica se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos, por lo que en un caso como el que se analiza, el conocimiento y la intervención del procesado en el despliegue de la actividad investigativa quedan reducidas al máximo, como que durante su privación de libertad, el sindicado sólo tuvo conocimiento del desarrollo del proceso que se adelantaba en su contra a través de los interlocutorios que se proferían, pero al margen de la práctica probatoria y de su contradicción. Lo cierto es, de todos modos, que careció de una defensa técnica, la cual no puede suplirse con la simple defensa material que haga el acusado, tenga o no éste, conocimientos jurídicos.

3. Cuando la norma dispone la extensión de un fallo de casación a procesados no recurrentes "según el caso" está significando que ese mayor alcance surge como consecuencia obligada de la decisión que se tomó, porque ella involucra la situación de sujetos procesales no impugnantes. En otras palabras, no es una discrecionalidad que esté a disposición del Tribunal de Casación, sino una consecuencia forzada de la solución que le da al recurso extraordinario.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.179 Proceso No. 11198

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por Luis Bernardo Vargas Sánchez contra la sentencia del 1o. de junio de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a dicho acusado a 60 meses de prisión por el delito de falsedad en documento público agravado por el uso.

HECHOS

Mediante Escritura Pública No. 2586 del 31 de diciembre de 1976 de la Notaría Segunda de Medellín, los hermanos Isabel Estella, María Ofelia y Luis Alberto Cadavid Arango adquirieron la propiedad de un lote de terreno de doscientos cuarenta metros con veintiún centímetros cuadrados (240.21 mts2.) ubicado en el barrio Simón Bolívar de la citada ciudad, que les fue vendido por la Cooperativa de Habitaciones para Empleados Ltda.

En los últimos meses de 1993, el lote fue ofrecido en venta a Carlos Julio Huertas Arias, comisionista en propiedad raíz, por los señores Luis Norberto Ramírez Quintero, Carlos Emel Usme Carmona y Luis Bernardo Vargas Sánchez, quienes previamente habían obtenido copia de la escritura y falsos documentos de identidad de los hermanos Cadavid Arango, verdaderos propietarios del inmueble; procedimiento en el cual Luis Norberto Ramírez Quintero se hizo pasar por Luis Alberto Cadavid Arango.

A su turno Huertas Arias, conjuntamente con su colega Luis Amador Gómez Gómez emprendió la búsqueda de un comprador, apareciendo como interesado en el asunto el yerno de este último, señor Juan Gonzalo Restrepo Palacio con quien se concretó la adquisición del predio por un valor de veinte millones de pesos ($20.000.000.oo), asumiendo el comprador la cancelación de un millón de pesos ($1.000.000.oo) para los comisionistas y los gastos notariales que sumaron doscientos tres mil ochocientos setenta y tres pesos ($203.873.oo). El pago del precio pactado se convino con la cancelación de catorce millones de pesos ($14.000.000.oo) en moneda extranjera para el momento de firmar la escritura, como en efecto se pagó, y los seis millones de pesos ($6.000.000.oo) restantes a noventa (90) días, garantizados con una hipoteca constituída sobre el mismo bien negociado. Verbalmente se pactaron intereses sobre la suma pendiente de pago.

En esas condiciones, con el fin de firmar la respectiva escritura, el 23 de diciembre de 1993 concurrieron a la Notaría 18 de Medellín el comprador Juan Gonzalo Restrepo Palacio y los presuntos propietarios del bien, suplantados por Luis Norberto Ramírez Quintero y dos mujeres que no fue posible identificar en este proceso, quienes exhibieron los documentos de identificación falsos. La compraventa quedó consignada en la Escritura Pública No.8.609 del 27 de Diciembre de 1993 de la Oficina Notarial referida.

Como Juan Gonzalo Restrepo Palacio comenzara a dudar de la legitimidad de la transacción realizada, dado que le resultó difícil localizar a los vendedores para cancelarles los intereses pactados, y que el presunto Cadavid Arango se presentó a la Notaría a cancelar la hipoteca sin la copia de la escritura que prestaba mérito ejecutivo, optó por instalar un aviso en el lote, anunciando la construcción de apartamentos, el cual provocó la aparición de los verdaderos dueños del predio y el descubrimiento de la patraña.

Al darse noticia del hecho a la Fiscalía, se preparó un operativo en virtud del cual se insinuó al ofendido proseguir con la negociación. En efecto, para la cancelación de la hipoteca, el 8 de abril de 1994, concurrieron a la Notaría 18 el comisionista Carlos Huertas y el vendedor que se hacía llamar Luis Alberto Cadavid Arango quien llevaba consigo la cédula de ciudadanía y la libreta militar falsas, y ambos fueron aprehendidos en ese lugar.

El capturado, de nombre Luis Norberto Ramírez Quintero comunicó que había participado en el hecho por la suma de un millón de pesos ($1.000.000,oo) que le pagó Luis Bernardo Vargas Sánchez y que en los acontecimientos también intervinieron Carlos Emel Usme Carmona consiguiendo certificados y Nery de Jesús Calle conocido como Eric, dueño de la oficina en donde se reunieron para concertar la negociación.

Síntesis Procesal

El 6 de abril de 1994, el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, con sede en Medellín, recibió la denuncia formulada por Juan Gonzalo Restrepo Palacio y en esa fecha se ordenó una investigación previa.

Ante la captura de dos de los implicados, la Fiscalía 161 de la Unidad Primera de Reacción Inmediata de Medellín, abrió la instrucción el 9 de abril siguiente; día en que también escuchó en indagatoria a Luis Norberto Ramírez Quintero; no así a Carlos Julio Huertas Arias, a quien solo se recibió declaración bajo juramento.

Previa captura, el 12 de abril de 1994 se escuchó en indagatoria a Luis Bernardo Vargas Sánchez, quien en esa diligencia manifestó que no tenía defensor, motivo por el cual la fiscalía instructora le designó oficiosamente a Hernán Darío Sánchez Velásquez, ciudadano que se identificó únicamente con su cédula de ciudadanía. (folio 104).

El mismo día también se le recibió injurada a Carlos Emel Usme Carmona y la situación jurídica de los tres indagados la resolvió la Fiscalía 23 de la Unidad Primera de Patrimonio de Medellín, en pronunciamiento del 14 de abril de 1994, en el que dispuso someterlos a medida de aseguramiento de detención preventiva, como infractores de los artículos 220, 222, 227 y 356 del Código Penal que tipifican los delitos de Falsedad material de particular en documento público agravada por el uso, Falsedad personal y Estafa. (folio 128).

El 21 de abril de 1994, se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada a nombre de Luis Alberto Cadavid Arango. El 11 de mayo

siguiente se adoptó igual determinación con respecto a la acción privada intentada a nombre de Juan Gonzalo Restrepo Palacio (folios 149 y 205).

Dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 61 del Código de Procedimiento Penal, la fiscalía instructora ordenó la cancelación de la Escritura Pública No.8.609 del 27 de diciembre de 1993 de la Notaría 18 de Medellín y la cancelación de su registro en la Oficina de Instrumentos Públicos de esa ciudad. (folio 164).

El 9 de mayo, la fiscal instructora dispuso la remisión de los procesados Luis Norberto Ramírez Quintero, Carlos Emel Usme Carmona y Luis Bernardo Vargas Sánchez para darles a conocer el contenido de los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal (folio 189 vto). Para esos efectos, el 12 de mayo del año referenciado, se amplió la indagatoria a Luis Bernardo Vargas Sánchez y para esa diligencia se designó como defensora oficiosa, a la señora Luz Marina Ríos Uribe, quien se identificó solamente con su cédula de ciudadanía. (folios 234 y 236)).

Nery de Jesús Calle Echeverri, conocido como Eric Calle, fue capturado y oído en indagatoria el 18 de mayo de 1994. En esta ocasión, el implicado designó un abogado como su defensor, el cual se presentó a la diligencia una vez iniciada (folio 239).

El mismo día, se celebró audiencia para sentencia anticipada con respecto a Luis Norberto Ramírez Quintero (folio 245). Por tanto, la actuación que le atañe se remitió al juez de conocimiento.

Durante el mismo año de 1994, el 23 de junio, se decidió la situación jurídica de Nery Calle Echeverry (Eric Calle) con medida de aseguramiento de caución, en calidad de cómplice del delito de estafa del cual resultó víctima el señor Juan Gonzalo Restrepo Palacio. (folio 309).

El 29 de junio siguiente se designó al abogado Luis Alberto Quiñones Góngora como defensor de oficio de Luis Bernardo Vargas Sánchez (folio 323), y el 5 del siguiente mes de julio se clausuró la etapa de instrucción (folio 331); decisión que se mantuvo firme, no obstante la impugnación que contra ella interpuso el defensor de Usme Carmona.

El defensor de Nery Calle Echeverri presentó el respectivo alegato precalificatorio (folios 335), pero esa intervención la hicieron directa y personalmente por escrito los sindicados Luis Bernardo Vargas Sánchez (folio 397, 400, 407) y Carlos Emel Usme Carmona (folio 405), luego de que el defensor de confianza de éste manifestó que renunciaba al encargo por petición del procesado y su familia (folio 404). Ante esa circunstancia el 3 de agosto de 1994, el instructor designó al abogado José Guillermo Monsalve Arango para que asistiera a este inculpado. (folio 412).

Con fecha del 11 de agosto del mismo año se calificó el mérito investigativo. Ese pronunciamiento contiene las siguientes determinaciones:

1. Acusa a Luis Bernardo Vargas Sánchez y a Carlos Emel Usme Carmona como responsables del concurso de hechos punibles de Falsedad material de

particular en documento público, agravada por el uso, con el de estafa en mayor cuantía.

2. Precluye la investigación por el delito de Falsedad personal, en favor de Vargas Sánchez, y Usme Carmona.

3. Precluye la investigación por el delito de Estafa en favor de Nery de Jesús Calle Echeverri y por tanto revoca la medida de aseguramiento adoptada contra este procesado como cómplice de ese hecho punible y dispone devolverle la caución prestada.

4. Ordena compulsar copias para investigar a las personas que suplantaron a las hermanas Cadavid Arango.

El mismo día en que se profirió la acusación, se reconoció personería al abogado de confianza que designó Luis Bernardo Vargas Sánchez (folio 438), quien con la coadyuvancia de su defensor, apeló la resolución de acusación, la cual fue confirmada el 6 de diciembre de 1994 por la Fiscal 14 Delegada ante los Tribunales de Antioquia y Medellín, con la modificación de que el acusado apelante respondería por un concurso homogéneo y sucesivo de Falsedad en documentos, agravado por el uso de documento público falso, en concurso con Estafa. (folio 454).

El 13 de diciembre de 1994, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Medellín, avocó el conocimiento de la causa, corrió el traslado dispuesto por el artículo 446 del C. de P.P., y resolvió algunas peticiones de los procesados; el 10 de marzo Carlos Emel Usme Carmona como responsable de los delitos de falsedad en documentos y estafa, y como consecuencia le impuso la pena de cuarenta y seis (46) meses de prisión y multa de cien mil pesos ($100.000,oo); y la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas con la misma duración de la pena principal.

De otra parte, los sentenciados fueron condenados solidariamente a indemnizar los perjuicios ocasionados con su ilícito proceder, para cuyo pago se les concedió el término de doce meses.

Apelado el fallo por los procesados, el Tribunal, mediante el suyo que es objeto de la impugnación extraordinaria (fl. 569) lo confirmó en cuanto al delito de falsedad en documento público agravado por el uso, pero lo revocó con respecto al delito de estafa, por considerar que "se excluyen entre sí la agravación por el uso y el delito de estafa" (fl. 595).

Condenó entonces a Vargas Sánchez, y a Carlos Emel Usme Carmona a 60 y 46 meses de prisión, respectivamente, absolviéndolos por el referido delito contra el patrimonio económico.

En el acto de notificación del fallo emitido por el Tribunal, los dos sentenciados inscribieron la palabra "apelo" al pie de sus firmas, motivo por el cual se entendió que acudían a la vía extraordinaria de impugnación, a la cual se les dio acceso. No obstante, el 15 de noviembre de 1995 el recurso de casación fue declarado desierto para Carlos Emel Usme Carmona por cuanto a su nombre no se presentó la demanda que lo sustentara.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación, el actor formula un solo cargo contra la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín dictó en este proceso, por cuanto se profirió en un juicio viciado de nulidad, por ausencia de defensa técnica, que de haberse prestado, habría permitido la absolución o una condena más benigna.

Mencionando la garantía constitucional y legal de la que goza el derecho de defensa técnica, el recurrente protesta porque a su protegido no se le proporcionó esa asistencia profesional "durante la investigación", lo que significa desde el momento mismo de su captura, antes de la indagatoria, en el curso de ella y en la resolución de la situación jurídica, pues esa decisión fue notificada por estados, en razón de que para ese momento no existía el sujeto procesal "defensor".

El libelista prosigue su repaso procesal enfatizando en los siguientes puntos:

1. En el momento de la indagatoria, Luis Bernardo Vargas Sánchez fue asistido por una persona honorable, a pesar de que no estaba en peligro de muerte y que en la ciudad de Medellín actúan más de doscientos (200) abogados.

2. En contra de la prohibición establecida por el artículo 145 del Código de Procedimiento Penal para que los fiscales se comuniquen con los sindicados sin la presencia del defensor, la Fiscal ordenó la remisión de los procesados para darles a conocer los artículos 37 y 37A de ese estatuto, en ampliación de indagatoria Luis Bernardo Vargas Sánchez estuvo asistido por "una señora honorable que no sabe nada de derecho".

3. Seis días antes de cerrar la investigación, el instructor designa un abogado para que actúe como defensor de oficio de Vargas Sánchez,; defensa simplemente formal, pues el abogado no actúa, no pide pruebas, ni presenta alegatos precalificatorios, ni informa al procesado qué podía esperar de las pruebas recaudadas, ni diseña una estrategia defensiva.

4. Por falta de defensa técnica son nulas de pleno derecho las pruebas practicadas durante la instrucción.

5. Se debe reconocer la ausencia de la defensa técnica porque el procesado no sabía cómo enfrentar el proceso, ignoraba su valor probatorio y cómo le desfavorecía; desconfiaba de las explicaciones que sobre sentencia anticipada le suministraba el funcionario acusador; y "la persona honorable", no estaba en capacidad de explicarle esas figuras jurídicas.

6. La notificación por estado, de la providencia que definió la situación jurídica de Luis Bernardo Vargas Sánchez no tuvo destinatario en cuanto a la defensa técnica, pues éste carecía de la misma.

7. El ejercicio del derecho de defensa es una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal y su desconocimiento engendra nulidad absoluta.

8. La defensa se ejerce desde el mismo momento de la captura y se expande por todo el proceso.

9. La falta de defensa técnica perjudica al sentenciado porque, de haber existido, pudo haber puesto de presente su inocencia o lograr una rebaja de penas después de recibir de su abogado defensor la explicación sobre las figuras de la sentencia anticipada o la audiencia especial.

10. Como consecuencia de lo expuesto, el impugnante solicita se declare la nulidad del proceso "hasta la indagatoria" y que, por vencimiento de términos, se conceda a Luis Bernardo Vargas Sánchez la libertad provisional, ordenando el reenvío del expediente a la Fiscalía General de la Nación, Unidad Seccional de Patrimonio de Medellín.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

El agente del Ministerio Público, sugiere a la Sala casar la sentencia y declarar la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la diligencia de injurada que obra a folios 104, concepto que fundamenta como se resume a continuación.

Memora los pasajes procesales atinentes, esto es, que en la diligencia de injurada recepcionada el 12 de abril de 1994, Luis Bernardo Vargas Sánchez no contó con la asistencia de un abogado defensor sino del particular Hernán Darío Sánchez Velásquez; situación en la cual se practicaron varias pruebas, se le definió la situación jurídica, se constituyeron partes civiles y se le amplió la indagatoria también asistido por la ciudadana Luz Marina Ríos Uribe.

Bajo esas condiciones el Delegado estima que la violación de la garantía constitucional es insalvable a pesar de que por esa época la Corte Constitucional aún no había declarado la inexequibilidad parcial del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, pues encuentra inadmisible e inexplicable que en la ciudad de Medellín no se hubiese encontrado un abogado de oficio que posibilitara la debida defensa de Luis Bernardo Vargas Sánchez y que se lo mantuviera en esas circunstancias hasta el 29 de junio de 1994.

Prosigue la delegada enfatizando que seis días antes del cierre de la investigación se posesionó como defensor de oficio el doctor Luis Alberto Quiñones Góngora, quien no ejerció el mandato encomendado hasta el punto de no aparecer su notificación de la resolución acusatoria. También se refiere a la parquedad de la intervención del siguiente defensor, el abogado Jairo Henao Puerta, posesionado el 12 de agosto de 1994. Entonces, proclama la ausencia de defensa durante toda la etapa instructiva, no suplida por las oportunidades en que el sindicado ejerció a nombre propio la defensa material, ni subsanada por la asistencia profesional recibida los últimos seis días de instrucción y durante la etapa del juicio.

Para concederle la razón al impugnante que predica la vulneración del derecho a la defensa instituido en favor del procesado Luis Bernardo Vargas Sánchez, plasma la opinión que la Delegada ha venido sosteniendo con respecto al derecho de defensa, incluyendo la diferenciación entre la defensa

material y la defensa técnica a objeto de resaltar que en este caso, durante la instrucción, el ejercicio de la defensa se radicó exclusivamente en cabeza del procesado, al elaborar su propios alegatos precalificatorios complementados con dos escritos posteriores y sustentar la apelación que interpuso contra la resolución de acusación.

A continuación, el Procurador reconoce que los instructores acudieron al artículo 148 del Decreto 2700 de 1991, pero les censura haber acogido la excepcionalidad de la norma, cuando las circunstancias condicionantes de aplicación no se reunían, como si en Medellín no existiera un abogado inscrito, o que la diligencia tuviera que realizarse en un municipio distante geográficamente, que justificara el procedimiento. Por ello considera que el acto de vinculación de Luis Bernardo Vargas Sánchez al proceso es inexistente, lo que afecta todo el andamiaje procesal.

Después de disertar sobre la función, el contenido y alcance de la diligencia de indagatoria y de la forma como se despliega la defensa, concluye en que la contemplada violación de esa garantía fundamental traduce la invalidación de lo actuado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 304.3 del estatuto de ritos penales.

Consideraciones

Al revisar la forma como se realizó toda la actuación procesal relacionada con Luis Bernardo Vargas Sánchez es ineludible concluir que a la demanda de casación le asiste pleno fundamento en cuanto la garantía constitucional del derecho de defensa que resultó manifiestamente conculcada.

Un seguimiento de los pasos procesales, así lo revela claramente: el 12 de abril de 1994 Vargas Sánchez, fue oído en injurada por el Fiscal 161 de Reacción Inmediata de Medellín, sin la asistencia jurídica de un abogado, porque ante su manifestación de no tener defensor para nombrar, el instructor designó al señor Hernán Darío Sánchez Velásquez. Igual situación se presentó al hacerlo comparecer ante el fiscal para advertirle la posibilidad de acogerse a los artículos 37 y 37A del Código de Procedimiento Penal, en la ampliación de esa diligencia, llevada a cabo el 12 de mayo del mismo año en la cual el procesado fue asistido por la señora Luz Marina Ríos Uribe, y en el momento en que se decidió su situación jurídica, pues en todos ellos carecía de un defensor titulado.

En fin, durante el tiempo que el instructor se tomó para recaudar la prueba de la conducta reprochada a Luis Bernardo, este careció rotundamente de asistencia jurídica profesional: el único viso de representación aparece el 9 de junio de 1994 cuando ya languidecía la investigación, momento en que se le designa y posesiona como defensor de oficio al abogado Luis Alberto Quiñones Góngora, quien limitó su actividad defensiva a notificarse del auto que cerró la investigación, pues no alegó de conclusión y tampoco se notificó de la resolución de acusación; ya para entonces, el implicado otorgó poder al doctor Jairo Henao Puerta como su defensor de confianza.

De este recuento procesal queda en claro que toda la actividad instructiva se cumplió durante la vigencia de la actual Carta Política, motivo por el cual se imponía la cabal observación del precepto 29 superior, correspondiéndole al instructor proveer los medios indispensables para que Luis Bernardo Vargas Sánchez estuviera asistido jurídicamente por un profesional del derecho. Sin embargo, el investigador de turno hizo caso omiso de su deber.

No desestima la Sala que para el año de 1994 aún regía el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual "el cargo de defensor para la indagatoria del imputado, cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella, podrá ser confiado a cualquier ciudadano honorable, siempre que no sea servidor público" y el precepto 355 de la citada codificación que, por excepción, autorizaba la recepción de indagatoria sin la asistencia de defensor "cuando el imputado estuviere en peligro de muerte". Esas opciones legales, hoy inoperantes por razón de la declaratoria de inexequibilidad de los preceptos que la comprendían (Sent.C.C.049/96), permitían la rendición de injurada sin el patrocinio jurídico establecido constitucionalmente, bajo las condiciones que allí se imponían, esto es, que no hubiera un abogado inscrito disponible que la asistiera, o que el imputado estuviera en peligro de muerte. Pero, ninguna de esas circunstancias concurrió a la diligencia de descargos de Luis Bernardo Vargas Sánchez, haciendo manifiesta la conculcación del derecho a la defensa, en vista de que ni estaba en peligro de muerte, ni es de recibo que en la ciudad de Medellín no existieran abogados inscritos; cuando, además había otras opciones como por ejemplo, la de acudir a la defensoría pública.

Además, la vulneración de la garantía constitucional referenciada se extendió más allá de lo sucedido con las diligencias de indagatoria y su ampliación, dado que tampoco en el decurso de la etapa sumarial, se procuró al implicado la asistencia de un letrado que lo aconsejara, lo orientara, estuviera al tanto de las pruebas recaudadas, las controvirtiera y lo asesorara en cuanto a las perspectivas que ofrece una sentencia anticipada.

El concepto del derecho de defensa técnica se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos, por lo que en un caso como el que se analiza, el conocimiento y la intervención del procesado en el despliegue de la actividad investigativa quedan reducidas al máximo, como que durante su privación de libertad, el sindicado sólo tuvo conocimiento del desarrollo del proceso que se adelantaba en su contra a través de los interlocutorios que se proferían, pero al margen de la práctica probatoria y de su contradicción. Lo cierto es, de todos modos, que careció de una defensa técnica, la cual no puede suplirse con la simple defensa material que haga el acusado, tenga o no éste, conocimientos jurídicos.

La jurisprudencia sobre el derecho en mención se exhibe copiosa. Recientemente (sent.cas.sep.22 de 1998) dijo esta Sala con ponencia del magistrado doctor Fernando Arboleda Ripoll:

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

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

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

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

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

Y en sentencia de enero 20 de 1999 se consideró con ponencia de quien aquí cumple lo propio:

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

Así las cosas, se casará la sentencia y se decretará la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la indagatoria de Luis Bernardo Vargas Sánchez, dejando a salvo de dicha anulación las pruebas pertinentes, las cuales podrán ser objeto de controversia en la etapa de reposición procesal.

Débese recordar que el procesado en mención fue puesto en libertad provisional por el Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, no obstante que el proceso ya se encontraba en esta Corte por virtud del recurso de casación, irregularidad que condujo a que mediante auto de febrero 24 de 1998 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda fl.59 cdno. Corte) se anulará esa decisión liberatoria y se ordenará la expedición de copias "con destino a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, a fin de que impulse la averiguación penal que el caso le suscite, pues no pasa desapercibida a esta Colegiatura la usurpación que ese despacho ha hecho de la competencia privativa de esta Sala, el impulso de una actuación sin contar con el expediente respectivo, ni tener constancia sobre notificación y ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, culminando en el otorgamiento de un subrogado respecto de quien aún carece de sentencia en firme".

Posteriormente, en auto de abril 22 del citado año (fl.116) esta Sala negó la solicitud de libertad que hizo el procesado ante el mencionado Juez de Ejecución de Penas y dispuso su captura, la cual no ha podido cumplirse, según informe del DAS (fl.128). En esa ocasión se reconoció que aquel estuvo privado de la libertad 42 meses 20 días y que redimió por trabajo en re caso del acusado Vargas Sánchez, por ser individual, no es necesariamente extensible a Carlos Emel Usme, ya que el precepto del artículo 243 del Código de Procedimiento Penal tiene un ámbito de aplicación restringido, vale decir, que no basta la pluralidad de sujetos pasivos de la acción penal para que la decisión adoptada en esta sede los alcance a todos.

Cuando la norma dispone la extensión de un fallo de casación a procesados no recurrentes "según el caso" está significando que ese mayor alcance surge como consecuencia obligada de la decisión que se tomó, porque ella involucra la situación de sujetos procesales no impugnantes. En otras palabras, no es una discrecionalidad que esté a disposición del Tribunal de Casación, sino una consecuencia forzada de la solución que le da al recurso extraordinario.

Ya la Corte en el pasado ha interpretado el sentido del precepto comentado. Es así como el 4 de septiembre de 1996, con ponencia del Magistrado Arboleda Ripoll, expresó:

"No puede la Sala, sin desbordar los marcos propios de su limitada competencia funcional, arrogarse la facultad de estudiar la actuación procesal de quienes no interpusieron el recurso, o habiéndolo interpuesto les fue declarado improcedente o desierto por cualquier motivo, pues su condición de no recurrentes los hace, en principio, impermeables a cualquier modificación de su situación jurídica en sede extraordinaria.

"Una tal variación solo es posible cuando adviene como consecuencia necesaria de la decisión que se tome en la sentencia en relación con el procesado recurrente, bien sea de oficio o por virtud de la demanda, en cuyo caso, por disposición legal, la competencia de la Corte se amplía para hacer extensivos los efectos del fallo a los no impugnantes (art. 243 del C. de P.P.).

"En tales condiciones, resulta improcedente, por carecer de competencia para hacerlo, que la Corte se ocupe oficiosamente del estudio de la situación jurídica del procesado no recurrente L.E.M. en orden a determinar la existencia de una posible causal de nulidad por afectación del derecho de defensa, como lo sugiere el representante del Ministerio Público...".

En este proceso, el sentenciado Carlos Emel Usme Carmona interpuso el recurso de casación al manifestar que apelaba la sentencia de segundo grado, pero le fue declarado desierto por cuanto no presentó la demanda respectiva. Por tanto, su situación procesal particular es independiente de la del recurrente, lo que hace que la decisión tomada para éste no lo alcance.

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

RESUELVE:

1. CASAR LA SENTENCIA impugnada, en el sentido de DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir, inclusive, de la indagatoria rendida por el imputado Luis Bernardo Vargas Sánchez, dejando a salvo las pruebas pertinentes que se recaudaron.

2. REVOCAR todas las órdenes de captura que con respecto a dicho procesado se han expedido con ocasión de este proceso. Cancélense, pues, las mismas.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Interés para recurrir-Apelación

Dentro de los requisitos para acceder al recurso de casación, la Corte ha sentado, entre otros, el relacionado con el interés para impugnar extraordinariamente. Ha dicho, exactamente, que para que uno de los sujetos procesales pueda acudir en casación, ha debido apelar y sustentar debidamente la sentencia de primera instancia y que, al contrario, si no lo ha hecho o lo ha hecho precariamente, carece de razón para, después, querer recurrir en casación pues que ha enseñado su conformidad o acuerdo con la decisión proferida por el juzgador de primera instancia.

Simultáneamente, la Corte ha hecho excepciones, es decir, ha afirmado que sí es viable recurrir en casación aun cuando no se haya realizado la apelación mencionada, si la sentencia es conocida en segunda instancia con motivo del grado de consulta, si con motivo de la alzada provocada por otro sujeto procesal se desmejora la situación del sujeto procesal y si lo planteado en la demanda es la nulidad. Este requisito se remonta al 9 de agosto de 1995 (M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia) y la doctrina se ha mantenido pacíficamente, como se observa, por ejemplo, en las decisiones del 5 de agosto de 1997 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll), 11 de agosto de 1999 (M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo) y 31 de agosto de 1999 (M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda).

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 179 Proceso No. 11287

VISTOS

Se ocupa la Sala de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Carlos Mario Osorno Luna.

El 24 de mayo de 1995, el juzgado 37 penal del circuito de Medellín condenó a Osorno Luna, a Robert Wilson Serna Franco, Luis Gerardo Jiménez Múnera y a Juan Carlos González Chaverra, a 42 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautores de hurto calificado y agravado.

En razón del recurso de apelación, el 25 de agosto del mismo año el Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia, modificando la pena: 21 meses de prisión y reducción proporcional de la accesoria. Esta decisión constituye el objeto del recurso interpuesto.

HECHOS

Correctamente, el señor juez de segunda instancia los resumió así en la sentencia recurrida:

"Informan las diversas constancias integrativas de este averiguatorio penal que aproximadamente a las tres de la madrugada del 30 de enero de 1994, cuando el señor Carlos Mario Quintero, cumplía funciones de taxista asalariado por Héctor de Jesús Zapata Ardila en vehículo 'Chevrolet Chevette', modelo 1993, de placas TIO-457, afiliado a la empresa 'Suavetax', al pasar por un prostíbulo de la calle 60 con carrera 52 de esta capital, fue contratado por cuatro hombres desconocidos para que los transportase hasta el Barrio San Germán. Sin embargo, cuando transitaba con sus eventuales pasajeros por los Talleres de las Empresas Varias, en el sector de 'Los Colores', estos le revelaron sus verdaderos propósitos que no eran otros distintos al apoderamiento del rodante y el dinero que llevase consigo, pues amedrentándolo con navaja y aplicándole la vulgarmente llamada 'Máquina' para colocarlo en imposibilidad de obrar, le obligaron a detener la marcha, tomando uno de ellos el volante con su víctima a bordo. No obstante, este logró lanzarse del aparato para pedir ayuda a un colega suyo que casualmente pasó por el lugar y con la asesoría de otros taxistas, emprendieron la persecución de los delincuentes, quienes se vieron obligados a abandonar el aparato unas cuadras más adelante, cuando dejó de funcionar por la activación del sistema de alarma. En el recorrido fue apresado, Carlos Mario Osorno Luna y entregado a un Suboficial de la Cuarta Brigada, mientras sus compinches, quienes se llevaron consigo $ 50.000.oo del vehículo, lograron burlar a sus perseguidores, internándose en sitio despoblado. Sin embargo, con la tardía colaboración de Osorno Luna, fueron identificados sus compañeros de fechorías, Robert Wilson Serna Franco, Luis Gerardo Jiménez Múnera y Juan Carlos González Chaverra, todos amigos entre sí, residentes en el vecino municipio de Copacabana, y a la postre ligados en la encuesta".

ACTUACIÓN PROCESAL

El informe rendido por la autoridad de policía que conoció del asunto y dejó a disposición de la unidad de fiscalía a un detenido, fue la base para iniciar la instrucción penal y escuchar en diligencia de indagatoria a Carlos Mario Osorno Luna, a quien luego de ampliar su injurada, se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva con reconocimiento del derecho a la libertad.

Después de nueva ampliación de indagatoria por parte de Osorno Luna, la fiscalía decidió vincular al proceso a Robert Wilson Serna Franco y Luis Gerardo Jiménez Múnera, a quienes recibió indagatoria. Juan Carlos González Chaverra, al enterarse de la vinculación al proceso de sus compañeros, se presentó voluntariamente ante la fiscalía y fue oído en injurada. A los tres últimos implicados se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva con derecho a la libertad provisional de conformidad con el artículo 415, numeral 7 del C. de P.P., previa constitución de caución prendaria.

Cerrada la investigación, el 16 de junio de 1994 la fiscalía 43 de la unidad cuarta de patrimonio calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra los cuatro sindicados, como presuntos responsables de hurto calificado y agravado. Les reconoció la libertad provisional.

La defensora de los procesados Serna Franco, Jiménez Múnera y González Chaverra, interpuso recurso de apelación. La unidad de fiscales delegados ante los Tribunales Superiores de Antioquia y Medellín confirmó la decisión el 12 de septiembre de 1994.

El Juzgado 37 Penal del Circuito de Medellín adelantó la etapa de la causa, y luego de llevar a cabo la audiencia pública, dictó sentencia condenatoria en los términos indicados. Además, le negó a los procesados el subrogado de la condena de ejecución condicional, "habida cuenta de que ninguno de los dos requisitos que para su otorgamiento establece el artículo en cita se presenta en este caso...".

Apelado el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de Medellín lo modificó, en el sentido de condenar a los procesados a la pena principal de 21 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. En lo demás lo confirmó.

El defensor del procesado Carlos Mario Osorno Luna, en tiempo oportuno, interpuso recurso extraordinario de casación, que fue concedido por el Tribunal.

El 6 de febrero de 1996, la demanda fue declarada ajustada y se corrió traslado al ministerio público.

La Demanda

El casacionista planteó en su libelo la causal primera de casación: violación directa de la ley sustancial, por cuanto no fue aplicado el artículo 68 del C. P., es decir, porque no se concedió la condena de ejecución condicional. Pidió fuera invalidada parcialmente la sentencia y que en su lugar se profiriera la de reemplazo que reconozca el beneficio solicitado. Luego de aludir a la interpretación errónea del artículo 68 del C. P., critica el análisis que hace el Juzgador sobre la personalidad y sobre la naturaleza y modalidades del hecho punible y trata de sustentar su pensamiento en unas decisiones de la Corte sobre el punto. Cuestionó al Tribunal el dejarse llevar por la mala fama

que tiene la ciudad de Medellín y por el impacto que produce el hurto de vehículos, estigmas o prejuicios que le hicieron perder objetividad. Consideró, por último, que "...el sentenciador atribuyó al art. 68 del C. P., violado para el caso en comento, un sentido jurídico que no tiene y en consecuencia un efecto o consecuencia del que carece, siendo por tanto incorrecto el entendimiento o interpretación abstracta que de la dicha norma se ha hecho".

El Ministerio Público

El Procurador segundo delegado en lo penal conceptúa que la sentencia no puede ser casada, esencialmente por la pluralidad de errores técnicos que se observan en la demanda. En detalle, partiendo del escrito de defensa, explica: (1) Viola el principio de no contradicción, porque a la vez que acude a la interpretación errónea de una norma, afirma que no fue aplicada. (2) En contra del ataque hecho, el Juzgador sí aplicó la norma que se dice fue desconocida, solo que la utilizó en forma denegativa. (3) Aparte lo anterior, el casacionista se dedica a plantear sus personalísimos puntos de vista sobre el tema, como si la Corte, en sede de casación, fuera una tercera instancia y, además, con olvido de la presunción de acierto y legalidad que ampara a la sentencia de segunda instancia. (4) El censor en ninguna parte demuestra la interpretación errónea hecha por el Juez, es decir, no prueba que el sentenciador hubiera elegido correctamente una disposición y le hubiera atribuido sentidos, efectos o consecuencias (positivas o negativas) que no comportaba estructural-normativamente.

Consideraciones de la Corte

1. Recordando con más detalle el trámite procesal, se tiene esto:

1.1. Los señores Osorno, Serna, Jiménez y González Chaverra fueron condenados en primera instancia el 24 de mayo de 1995.

1.2. El 26 de mayo del mismo año fueron notificados los intervinientes, entre ellos los dos defensores de los procesados (fl. 183).

1.3. El 1º de junio de 1995 apeló el defensor de tres procesados (fl. 186) y el 2 de junio lo hizo el defensor de Carlos Mario Osorno (fl. 187).

1.4. El 14 de junio de 1995, el defensor de los señores Serna, Jiménez y González sustentó el recurso interpuesto (fls. 189 s.s.).

1.5. Dentro del término de traslado para los recurrentes, no sustentó el representante de Osorno Luna, como se hizo constar al fl. 193. Quiso hacerlo sólo el 27 de junio de 1995, cuando vencía el lapso de traslado a los no recurrentes (fls. 196 y 196 vto).

1.6. El mismo día 27, el juzgado del circuito concedió el recurso en favor de Serna, Jiménez y González, y por no haber sustentado oportunamente la inconformidad, declaró desierto el recurso respecto de Carlos Mario Osorno Luna (fls. 197/8).

1.7. El 25 de agosto de 1995, el Tribunal de Medellín, cuando conoció el asunto en 2ª. instancia, redujo la pena a los procesados y, expresamente, hizo extensiva la disminuente a Osorno Luna, a pesar de que su defensor no había sustentado el recurso, en aras del principio constitucional de igualdad (Fl. 211).

1.8. El 12 de septiembre de 1995, el defensor de Osorno Luna interpuso recurso de casación (Fl. 221) y el Tribunal, estimándolo procedente, dispuso los traslados correspondientes. En tiempo, el defensor recurrente presentó la demanda que, curiosamente, aparece también firmada por el representante de los otros señores procesados.

1.9. Adelantado el trámite correspondiente, el 6 de febrero de 1996 se declaró ajustada la demanda y expresamente se afirmó que como el defensor de Serna, Jiménez y González suscribía la demanda sin haber interpuesto el recurso extraordinario, tal acto se entendía como una simple coadyuvancia.

1.10. El 5 de febrero de 1995 se recibió en la Corte el concepto del procurador delegado y se registró proyecto el 11 de julio de 1997.

2. *Dentro de los requisitos para acceder al recurso de casación, la Corte ha sentado, entre otros, el relacionado con el interés para impugnar extraordinariamente. Ha dicho, exactamente, que para que uno de los sujetos procesales pueda acudir en casación, ha debido apelar y sustentar debidamente la sentencia de primera instancia y que, al contrario, si no lo ha hecho o lo ha hecho precariamente, carece de razón para, después, querer recurrir en casación pues que ha enseñado su conformidad o acuerdo con la decisión proferida por el juzgador de 1ª. instancia.*

Simultáneamente, la Corte ha hecho excepciones, es decir, ha afirmado que sí es viable recurrir en casación aun cuando no se haya realizado la apelación mencionada, si la sentencia es conocida en 2ª. Instancia con motivo del grado de consulta, si con motivo de la alzada provocada por otro sujeto procesal se desmejora la situación del sujeto procesal y si lo planteado en la demanda es la nulidad. Este requisito se remonta al 9 de agosto de 1995 (M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia) y la doctrina se ha mantenido pacíficamente, como se observa, por ejemplo, en las decisiones del 5 de agosto de 1997 (M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll), 11 de agosto de 1999 (M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo) y 31 de agosto de 1999 (M.P. Dr. Jorge Córdoba Poveda).

3. Si comparamos lo plasmado discriminadamente en el punto 1. de estas consideraciones, con lo reseñado en el punto 2., fácilmente concluimos que quien recurrió en casación, el defensor de Osorno Luna, carecía de interés para ello, primero porque no sustentó el recurso de apelación respecto de la sentencia de 1ª. Instancia, pudiendo hacerlo, y segundo porque la situación de Osorno Luna no está acompañada de ninguna de las razones exceptivas tenidas en cuenta por la jurisprudencia.

Con fundamento en lo anterior, resulta obvio que la demanda, como ya se anunció, debe ser desestimada.

En mérito de 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 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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/**PENA ACCESORIA**
-Legalidad

1. A partir de la vigencia de la Ley 40 de 1993 (enero 19), con cierta frecuencia los litigantes, jueces y magistrados exteriorizaron sus inquietudes sobre la realidad o suposición de la modificación de dicho estatuto a los textos originales del Código Penal relacionados con el homicidio simple y agravado (arts. 323 y 324), pues plantearon ellos que aquella legislación era fruto de una política criminal en contra del secuestro y la extorsión, razón por la cual la estructura punitiva de los delitos contra la vida sólo podía verse afectada cuando en verdad ellos tuvieran relación con los mencionados hechos punibles que dieron lugar a la exacerbación del rigor punitivo. He ahí un loable intento de interpretación teleológica de la ley, tocado igualmente por sus proyecciones sociales, pero desafortunadamente dicho esfuerzo partió de una percepción parcial del telos o finalidad de la misma, implícito en la integridad de sus normas componentes, pues en dicho estatuto legal, además del objetivo de arreciar la lucha jurídica "antisecuestro", se adoptaron "otras disposiciones".

2. El Tribunal de segunda instancia dedujo como pena accesoria al procesado, la suspensión de la patria potestad por un período igual al de la sanción principal, esto es, de 20 años y 10 meses. Sin embargo, en tal manifestación procesal el ad quem ha incurrido en dos graves errores: el primero, por una superación peyorativa de las penas impuestas en la primera instancia, cuando se sabe que el único apelante fue el defensor en beneficio del procesado; y el segundo, porque desbordó el límite legal para esta clase de sanción que está fijado en quince (15) años (art. 44 C. P.).

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 179 Proceso No. 10760

Después del trámite regular correspondiente al recurso extraordinario de casación, examina la Corte la demanda propuesta por el defensor del proce-

sado Jesús Ancízar Porras Arcila, quien fue condenado en decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, señalado como autor del delito de homicidio cometido en contra de la vida del ciudadano Alipio de Jesús Flórez Isaza.

Ha conceptuado sobre el tema el Procurador Segundo Delegado en lo Penal.

HECHOS Y CURSO DE LA ACTUACION JUDICIAL

Se sostiene en los fallos de instancia que el 18 de junio del año de 1993, minutos antes de las doce de la noche, el señor Alipio de Jesús Flórez Isaza se encontraba en la calle 3ª con carrera 3ª, nomenclatura que demarca el parque principal del municipio de La Celia, departamento de Risaralda, en compañía de su novia María Judith Cano Ríos y su primo Duverney Isaza Zapata, cuando se acercó a ellos el individuo Jesús Ancízar Porras Arcila, quien provocó una discusión con los circunstantes, golpeó con la mano a Flórez Isaza e inmediatamente le descerrajó un disparo de pistola, cuyo proyectil penetró por la región temporal izquierda y salió por la mejilla derecha.

El herido falleció minutos después en el hospital local, como consecuencia de los daños ocasionados en el cerebro. Se afirma también que entre los protagonistas de estos hechos existía un distanciamiento originado en la muerte anterior de varios parientes de la víctima, que igualmente se atribuían al sindicado en este proceso.

Después de una investigación previa que se inició el 23 de junio de 1993, la Fiscalía de Pereira abrió formalmente la instrucción el 3 de septiembre del mismo año, una vez fue individualizado Jesús Ancízar Porras Arcila, como presunto autor de los hechos, quien fue emplazado y posteriormente declarado persona ausente (fs. 11, 84 y 118-120).

Cerrada la fase investigativa del proceso, la Fiscal 28 Delegada de la Virginia (Risaralda) calificó el mérito sumarial el 29 de marzo de 1994, por medio de resolución acusatoria dictada en contra del vinculado Porras Arcila, como autor del delito de homicidio agravado por la indefensión de la víctima (fs. 181, 195 y 220).

Sin embargo, el 14 de marzo de 1994, cuando corría el término para presentar alegatos precalificatorios, se tuvo noticia de la captura del sindicado Porras Arcila, quien fue recluido en la Penitenciaría Nacional de Palmira (Valle), con el fin de descontar pena de doce (12) meses de prisión impuesta por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira, como responsable del delito de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal (fs. 208 y 216).

Para el juicio asumió el conocimiento el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Virginia y ordenó la práctica de pruebas, algunas a petición de la defensa y otras de oficio (fs. 265 y 380).

Realizada la audiencia pública, el juzgado dictó sentencia de condena el 18 de noviembre de 1994, por medio de la cual le impuso al procesado la

pena principal de veinte (20) años y diez (10) meses de prisión, después de considerar que el homicidio era simplemente doloso (art. 323 C. P.), porque no estaba probada la circunstancia agravante por indefensión deducida en la resolución acusatoria, y además, en razón de la trascendencia parcial que le dio a la confesión del acusado, le redujo la sanción por tal motivo.

En el mismo fallo, se trajeron como consecuencias la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el término de diez (10) años, y la obligación de pagar perjuicios materiales en cuantía de $ 41.454.000.oo y los de naturaleza moral por el equivalente a 400 gramos de oro.

La juez ordenó, igualmente, compulsar copias para investigar la pérdida de dos declaraciones inicialmente rendidas ante la policía del municipio de La Celia, hecho que se atribuye al Comandante de la Estación, y también del original del acta de necropsia (fs. 441-461 y 486-530).

Por obra del recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Pereira confirmó en segunda instancia la decisión, por medio de sentencia emitida el 28 de febrero de 1995, mas la adicionó en el sentido de imponer como pena accesoria también la suspensión de la patria potestad por el mismo tiempo de la pena principal (fs. 560-584).

Contenido de la Demanda

El actor propone dos cargos en contra de la sentencia del Tribunal, uno por violación indirecta de la ley sustancial y otro por violación directa, los cuales explica en su orden del siguiente modo:

1. El primero consiste en que supuestamente el fallador de segunda instancia incurrió en evidentes y trascendentales errores de hecho al momento de apreciar la prueba, tanto por falsos juicio de existencia como por falsos juicios de identidad.

1.1 Explica que el Tribunal omitió analizar la indagatoria del procesado Jesús Ancízar Porras Ardila, pues solamente aceptó que la situación era tirante entre éste y el finado Alipio de Jesús Flórez Isaza, que ambos contrincantes estaban armados, que la víctima había consumido licor y que el procesado se adelantó a las consecuencias, seguramente por la situación anímica que le generó el comentario de su amigo y acompañante Aldemar Usma Vásquez, cuando se hallaban al interior de la discoteca Montecarlo, en el sentido que por ahí rondaba Alipio con otras personas que estaban provistos de armas; pero ignoró el *ad quem* otras manifestaciones enfáticas del acusado, tales como que, ante la expresión de Usma, lo abrumó la confusión y el desespero, porque desde que estuvo preso por la muerte de Didier Isaza, primo de Alipio, éste siempre había amenazado con enviarle "matones" para que lo eliminaran a él y su familia.

1.2 Aduce, de igual manera, que el juzgador desconoció el testimonio de Aldemar Usma Vásquez, respecto de la percepción de Flórez Isaza y sus acom-

pañantes, además de la información que aquél le pasó a su defendido. De modo que, acorde con estas versiones soslayadas por el Tribunal, el procesado creía razonablemente que estaba en condiciones de verse atacado por quien antes lo había amenazado de muerte.

1.3 Agrega que también fueron completamente ignorados los testimonios de Jhon Jairo Valdez Vásquez, Arlid de Jesús Herrera Fernández y Jairo Flórez Osorio, quienes desde distintas circunstancias dieron cuenta de las amenazas y el propósito que se había hecho Alipio de matar a Jesús Ancízar.

Por obra de estos errores, aduce el impugnante, el sentenciador no declaró probado, a pesar de estarlo, que Jesús Ancízar Porras Arcila tenía miedo de las amenazas que la víctima había lanzado contra su vida.

1.4 Dice que también se menospreció la indagatoria en cuanto al señalamiento de que, una vez el sindicado fue informado de la presencia de Flórez Isaza en estos contornos, se retiró del establecimiento con el fin de evitar a su enemigo, pero que la sorpresa fue grande cuando, al tratar de abordar su camioneta, aquél estaba detrás del vehículo con otros tres individuos y una mujer. Agrega que esta parte de la injurada fue respaldada por las determinaciones de la inspección judicial, el croquis y las fotografías, elementos que igualmente fueron ignorados.

1.5 Otra y trascendental omisión del Tribunal se refiere al momento en que se produjo el disparo que ocasionó la muerte a la víctima, pues no se analizó la prueba de la confesión de cara a la justificante por legítima de defensa. En efecto, tanto en la indagatoria como en la audiencia pública, el procesado dijo que cuando se dirigió a su vehículo, pasó por el medio de Alipio y sus acompañantes, los saludó y su detractor comenzó a insultarlo; de pronto, uno de los sujetos sacó un revólver, lo introdujo al bolsillo y se hizo al lado de aquél; entretanto, otro individuo se bajó a la calle y llevaba un arma de fuego debajo de la camisa, y por último, cuando él puso las llaves en la puerta del automotor, Alipio sacó un revólver que tenía entre las piernas, le apuntó con la mano izquierda, entonces él se tapó la cara y reaccionó haciéndole un disparo con su pistola, que infortunadamente impactó al agresor aunque no era su propósito el de matarlo.

1.6 De otra parte, el *ad quem* se abstuvo de analizar el testimonio de la dama María Judith Cano Ríos, en cuanto a las contradicciones relacionadas con el momento y la corta distancia del disparo, aun cuando la necropsia no revela que el orificio de entrada registrara tatuaje, como sería lo común en un impacto hecho a quemarropa. Tampoco se reparó la contrariedad atinente al conocimiento anterior de la testigo al procesado, ni a la ingestión de licor por parte de ella y su novio o a que el bar "Monterrey" estaba cerrado, cuando en realidad permanecía abierto a la hora de los hechos.

Argumenta entonces que el Tribunal fue avaro en el examen de las pruebas antes relacionadas, pues ni siquiera puede aducirse que fueron apreciadas erróneamente sino que hubo una "omisión pura y simple", ya que la sola

"mención de la prueba, sin su correspondiente análisis equivale a omisión, como lo ha sostenido la Corte".

1.7 En relación con las seis (6) preguntas que se planteó el Tribunal para negar la legítima defensa del acusado, el actor dice que erró la Corporación en su formulación, porque, respecto de la primera (la huida inmediatamente después de los hechos), se ignoró que Porras Arcila había expresado que temió por su vida al quedarse en el lugar de los acontecimientos; sobre la segunda (presentación voluntaria), olvidó el Tribunal que el procesado sí acudió espontáneamente a la jurisdicción, como lo expresaron él y su defensor (fs. 253, 315 y 316), y también lo admitió el fallo de primera instancia; en cuanto a la tercera cuestión (si el procesado sabía que lo iban a matar porqué se acercó a su enemigo), afirma que igualmente se desconocieron sus palabras, según las cuales la aparición de la víctima junto a su carro fue sorpresiva; en lo que atañe a la cuarta inquietud (amenazas a una testigo), sostiene que no existe prueba de que Porras Arcila haya amedrentado a la declarante María Judith Cano Ríos; en relación con la quinta pregunta (buscar la ayuda de la policía para la supresión de pruebas), aduce que tampoco está demostrado que Porras Arcila hubiese intervenido en la desaparición de las primeras testificaciones y, no obstante que se ordenó investigar a la policía por tales hechos, tampoco se ha producido sentencia condenatoria que así lo declare; y sobre la sexta (falta de una actuación clara del acusado), explica que una vez más el Tribunal desconoció que su asistido se había presentado voluntariamente a las autoridades, y además confesó el hecho, aunque interponiendo una legítima defensa.

Estos errores de hecho, finaliza el demandante, constituyen omisiones absolutas y fueron los que precipitaron la decisión del Tribunal, con violación de la ley sustancial, por indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal. En consecuencia, solicita que se case el fallo y que la Corte dicte el que deba reemplazarlo.

2. El segundo reproche, cuyo planteamiento hace de manera subsidiaria, se concreta en una supuesta violación directa de la ley sustancial, en el sentido de que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, cuando debió aplicarse el texto original del artículo 323 del Código Penal. En efecto, la citada ley consagra el denominado "Estatuto Antisecuestro", cuyas previsiones no alcanzan a crear un nuevo tipo penal de homicidio, sino que se proponen incrementar la pena dispuesta en el artículo 323, siempre que el hecho se cometa en circunstancias modales relacionadas con el secuestro.

Explica que las normas jurídicas son instrumentos dispuestos para la acción en la vida social y producir así determinados efectos especiales, tanto que el artículo 169 de la Constitución Política dice que toda ley debe corresponder a una finalidad, de modo que en el caso del estatuto mencionado el objetivo era combatir aquellas conmovedoras modalidades de secuestro y extorsión que casi siempre terminaban con la inmolación de las víctimas.

Concluye que "en el presente caso, para tasar la pena, se invocó el Art. 29 de la Ley 40 de 1993, puesto que se partió del mínimo allí señalado, sin tener en cuenta que el asunto a dilucidar era un homicidio, sin que en ningún momento hubiese mediado el secuestro o la extorsión que es al que se refiere la mencionada ley, que fue aplicada indebidamente". Por tanto, como en la tasación de la pena debió partirse de diez (10) años, como lo indica el artículo 323 del Código Penal, y no de veinticinco (25) años, se ha incurrido en un error de selección de la norma que sólo puede enmendarse casando parcialmente la sentencia, con el fin de ajustar la sanción a la norma aplicable.

Concepto del Procurador

En relación con el primer cargo, opina el Ministerio Público que de entrada existe una inconsistencia en el planteamiento simultáneo del falso juicio de existencia y el falso juicio de identidad, referidos ambos errores a la misma prueba, pues el segundo corresponde a la discordancia entre lo que revela objetivamente el medio probatorio y lo que de él reseña el juzgador; mientras que el otro error atañe a un total silencio sobre el elemento de convicción.

Tras advertir la unidad que conforman las sentencias de primero y segundo grado, el Ministerio Público sostiene que no hubo omisiones relevantes de pruebas en tales decisiones y hace las siguientes advertencias:

1. En cuanto a la diligencia de indagatoria, el Procurador observa que se dio la mencionada discordancia lógica, pues no es posible aseverar que se ha tergiversado una probanza de la cual a la vez se dice que ha sido omitida.

2. Sobre la declaración de Aldemar Usma Vásquez, el Delegado dice que incurre en desacierto la afirmación del censor, porque el juzgador no omitió la valoración de la prueba, sino que dedujo una inverosimilitud de su puntual análisis.

3. Asevera que la crítica es igual para el caso de las declaraciones de Jhon Jairo Valdés Vásquez, Arlid de Jesús Herrera Fernández y Jairo Flórez Osorio. Además, el testimonio del señor Herrera no le mereció ningún crédito a la judicatura por sus contradicciones.

Ahora bien, en el entendido de que el actor se refiere al testimonio de Fabio Flórez Osorio (no Jairo), es cierto que él no se considera en las sentencias, pero tal medio probatorio no tiene ninguna incidencia en la responsabilidad penal que se investigó.

4. Explica cómo tampoco es cierto que se haya dejado de considerar la diligencia de inspección judicial, pues el juzgador de primer grado se refiere expresamente a ella a folios 36 y 37.

5. En torno a la confesión, basta repetir lo dicho sobre la disonancia lógica de la coetánea alegación de los falsos juicios de existencia y de identidad, máxime que el actor intenta es sobreponer sus particulares puntos de vista a los del juzgador -alegaciones superadas en las instancias-, cuando en

realidad deben prevalecer los criterios valorativos del último, en razón de la doble presunción de acierto y legalidad de la que gozan.

De otra parte, agrega el Ministerio Público, es imposible afirmar que se dejó de apreciar la confesión, precisamente porque los juzgadores, aunque el procesado planteó la licitud de la conducta, le reconocieron beneficios de reducción de pena por tal motivo.

Igualmente, el hecho de que no se haya reconocido la justificante invocada, tampoco significa que los juzgadores no apreciaron la confesión, pues ella se valoró rigurosamente, aunque en sentido diverso a los intereses del casacionista. Recuerda el Procurador que el procesado Porras Arcila fue quien provocó la situación que culminó con la muerte de Flórez Isaza, razón por el cual sería un despropósito que pretextara una legítima defensa en su favor.

6. Dice que también carece de veracidad que se haya omitido una cabal valoración del testimonio de la dama María Judith Cano Ríos, pues el análisis respectivo aparece a folios 41 de la sentencia de primer grado y a folios 17 del fallo de segunda instancia.

7. En relación con la necropsia médico legal, el Procurador conceptúa que no le asiste razón al impugnante, pues el examen pertinente se ha hecho a folios 35 y 13 de los correspondientes fallos.

Con todo, la censura sí acierta en lo referente a la insuficiencia de la prueba propiamente dicha, porque omite hacer referencia a las huellas de pólvora que quedan en los disparos a quemarropa. Sin embargo, la falencia puede pregonarse de los datos consignados por el médico legista en la elaboración del documento, más no en el grado de convicción deducible de ella, máxime que todas las pruebas inducen la incontrovertible responsabilidad de Porras Arcila en la comisión del injusto.

En sentir del Delegado, no debe prosperar la objeción.

Sobre la segunda censura, el Ministerio Público advierte que los hechos ocurrieron el 14 de junio de 1993, cuando ya estaba vigente la Ley 40 del mismo año, razón que sería suficiente para desechar el cargo. Sin embargo, la Corte Constitucional dilucidó las dudas que exhibe el actor en la sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993, por medio de la cual se declaró la constitucionalidad del estatuto antisecuestro y el aumento de penas para el homicidio. En el mismo sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, por medio de sentencia del 21 de noviembre de 1995 (M. P. Carlos Gálvez Argote), decisión en la cual se sostiene que fue meridiano el propósito legislativo de modificar los artículos 323, 324 y 355 del Código Penal, pues, por razones de política criminal el legislador estimó conveniente, además del nuevo tratamiento del secuestro, hacer también nuevas regulaciones sobre el homicidio que "si bien de lege ferenda podrían ser discutibles, es lo cierto que ello no posibilita el desconocimiento del texto legal...".

El Ministerio Público concluye que tampoco puede prosperar este segundo cargo y, por ende, sugiere que no se case la sentencia demandada.

Finalmente, como le parece al Procurador que el procesado confesó un delito de porte ilegal de armas de fuego, la Corte debe ordenar las respectivas copias.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Cargo principal: violación indirecta

El actor afirma que el Tribunal hizo caso omiso de lo revelado en algunas pruebas, o que de pronto las apreció erróneamente, tales como la indagatoria, la inspección judicial, la necropsia y algunos testimonios. En esta materia, desde luego, la observación del Ministerio Público es aguda, en el sentido de que no puede confundirse en un mismo juicio de valor, en relación con idéntica prueba, los conceptos de falso juicio de existencia y falso juicio de identidad, sencillamente porque es lógico que no podría distorsionarse aquello que materialmente ni siquiera ha sido considerado.

De otra parte, el censor quiere señalar aparentes vacíos en la apreciación probatoria del Tribunal, pero francamente olvida que muchos de los análisis que echa de menos están consignados en la sentencia de primer grado, valoraciones que no es preciso repetir en el fallo de segunda instancia, dado que rige en dicha materia el principio de unidad y complementariedad de las sentencias, con más veras cuando la revisión de grado es confirmatoria y, en todo caso, sólo puede ocuparse de los asuntos impugnados (art. 217 C. de P. P.).

1.1 Pues bien, en lo que concierne al testimonio de María Judith Cano Ríos y la diligencia de necropsia, el juzgado advirtió que la primera es la única prueba directa de cargos, relaciona entonces sus manifestaciones fundamentales, y pondera ambos medios de convicción con relatos y juicios de relación como los siguientes:

"Nos dice la testigo que en ese momento interviene Alipio de Jesús para dirigirse a Porras a quien le dijo: 'con el niño no se meta que no le ha hecho nada', afirmación a la que éste contestó enojado 'fue que no le gustó gran guevón'; que ante esto Chucho guardó silencio. Continúa la declarante diciendo que Porras dijo dirigiéndose todavía a Jesús Alipio -Chucho-: 'camine nos damos plomo', recibiendo como respuesta del segundo: 'No porque yo nunca he matado a nadie'.

"Con esta última respuesta nos quiere decir María Judith, ciertamente (sic) no le gustó a Anízar porque es la razón determinante para que éste de inmediato reaccionara y le diera un golpe a Chucho en la cabeza con su mano izquierda de tal forma que se la hizo girar hacia la derecha para de inmediato con su otra mano en la que portaba una pistola desde cuando se vino del Grill, le desgajó un tiro en la misma cabeza cuando ésta giraba con el golpe recibido..." (fs. 506. Se ha subrayado).

Y reflexiona el *a quo*:

"Esta versión de María Judith se encuentra confirmada en sus detalles esenciales por el acta de necropsia en la que sobre la lesión que causó la

muerte de Alipio se dice: '... cabeza -se aprecia orificio de entrada *a más o menos dos centímetros encima de la oreja izquierda sobre la zona temporal del cráneo izquierdo, llevando una trayectoria de arriba-abajo, de atrás hacia adelante y de izquierda a derecha, saliendo sobre la mejilla derecha a más o menos cinco cms. por debajo del arco superciliar derecho*, de bor des irregulares de más o menos tres cmts. De circunsferencia' (varsalitas del juzgado)" (fs. 508).

Agrega:

"Corrobora la versión de la testigo María Judith como antes se dijo, el acta de necropsia: ella confirma la verdad, es cierto, porque no pudo haber sido de otra manera, que casi coetáneamente mientras con su mano izquierda Ancízar golpeaba a Alipio en la cabeza, haciéndosela girar por el impacto, hacia la derecha, le hacía un tiro y la misma (sic) que le penetró por encima de su oreja izquierda y saliendo por la mejilla derecha, con dirección detrás (sic) hacia adelante y de arriba hacia abajo. No quiere decir esto, necesariamente, que el agresor estaba detrás del agredido y nadie ha dicho tal afirmación; esto coordina perfectamente con el dicho de la testigo, nos demuestra que ella no exageró ni mintió en todo cuanto ha dicho".

"No cabe duda que la testigo estuvo en el lugar de los hechos; es el propio procesado quien así lo admite -aunque en otras circunstancias-, como lo hace respecto de Duverney, que es otro detalle que olvida la defensa" (fs. 520 y 521).

1.2 En cuanto al testimonio de Aldemar de Jesús Usma Vásquez, la juez de primera instancia hizo un escrutinio y apreciación racional que sienta en los siguientes párrafos:

"El testigo Aldemar de Jesús Usma es uno de los protagonistas, o al menos el principal de ellos, en que se quiere edificar la legítima defensa del acusado, en virtud de haber sido la persona que vio, en su decir, a Alipio -occiso-, con una mujer y otros acompañantes en un taxi amarillo, todos armados; como quiera que él sabía, también según su decir, de las amenazas del occiso en contra (sic) Porras, decidió ir presuroso a informarle a éste que su virtual enemigo se encontraba en el pueblo, con una mujer y otras personas, armadas hasta los dientes, lo que no se ha aceptado es que el testigo entra en grave contradicción consigo mismo y con quien pretende ayudar. Séa lo primero decir, que el testigo és de esos ejemplares raros que ve un poco de gente armada, en actitud sospechosa, en un pueblo que siempre se ha caracterizado por su violencia, y no se asusta ni se inmuta: por el contrario, se torna novelero y detalla cuántas personas eran y cómo estaban armadas; veamos:

"Dice el testigo que vio a Alipio con Duverney a otro moreno fornido, a otro bajito moreno, a otro bajito moreno también, vio también a un peludo, a una dama, eso es en total siete (7) personas, todos armados

incluyendo a la mujer, y se atrevió aún más a decir que vio a alguien sentado sobre un arma. Pero cuando se le pregunta que cómo estaban distribuidos nos dice que dos estaban dentro del carro y cuatro afuera; no se aprendió bien su fantasía, y lo hace mentiroso. De otra parte, está en franca contradicción con el procesado porque éste nos dice textualmente: 'con el señor Jesús Alipio se encontraban: una señorita que no conozco, otros dos señores y Duberney', en total cinco (5) personas. No es entendible, pues, la versión del testigo porque denota que su ayuda a la defensa es marcada porque exagera mintiendo" (fs. 512 y 513).

1.3 Sobre el testigo Jhon Jaime Valdés Vásquez, la sentencia de primera instancia afirmó que "es un comerciante que tiene negocio de licores en Pereira, sólo conoce a Ancízar desde hace un año largo y también dice conocer a Alipio de Jesús de quien dice frecuentaba su negocio y que sin ser amigos ni siquiera conocidos de confianza, éste no sólo le hizo la confidencia de querer matar a Porras sino que le ofreció dos millones de pesos si le conseguía gente para ese maligno propósito. Es apenas obvia su mentira porque nadie hace tales propuestas a una persona que apenas conoce, a menos de que se sepa que ésta es un matón o tiene amigos matones, o se dedica a actividades delictivas. Es por esto que no puede ser de recibo su testimonio, amén de que no se explica, o por lo menos, no aparece demostrado y suficientemente explicado cómo la defensa se consiguió este testigo, habida cuenta de que no es un vecino del municipio de La Celia" (fs. 513 y 514).

1.4 En relación con el testimoniante Arlid de Jesús Herrera Fernández, el juzgado lo estimó increíble por cuanto se muestra contradictorio cuando afirma que vio salir a Jesús Ancízar hacia su vehículo, pero a la vez sostiene que sólo lo notó en el momento en que arrancaba el automotor. También le parece al sentenciador que es intrascendente dicho testimonio, en la medida que tampoco vio nada de lo ocurrido (fs. 512).

1.5 De cara a lo que dijo el deponente Fabio Flórez Osorio (no Jairo), tío de la víctima, resulta sensato admitir que los juzgadores no le dieron relevancia a la expresión de que su sobrino le había confiado "que tenía que matar a Ancízar" (fs. 427), mas el censor no demuestra de qué manera esa aislada manifestación de algo antecedente y personal, basta para llegar a la conclusión cierta de que Alipio de Jesús tomó la iniciativa en el ataque, cuando otra prueba directa de lo ocurrido el día de los hechos indica lo contrario.

1.6 De igual manera, es preciso anotar que las distintas manifestaciones del acusado, no han sido ignoradas por las instancias, pues además de la ya expuesta contradicción de dicha versión exculpatoria con el testimonio de su acompañante Aldemar de Jesús Usma Vásquez, la juez puso en evidencia otra oposición sustancial con la vacilante declaración del testigo Duverney Isaza Zapata, primo de la víctima, quien afectado por el miedo a las actitudes prepotentes del victimario, quiso acompañar complacientemente sus palabras justificantes en una versión tardía.

Resaltó el juzgado:

"Otras contradicciones de vital importancia entre el dicho de Duverney y del procesado enfrentadas también al dicho de Aldemar Usma, son las contenidas en lo que se refiere al número de personas que presuntamente acompañaban a Alipio en su propósito de acabar con la vida del segundo. Nos dice Duverney que éste último estaba acompañado por él, su novia, un tipo alto peludo y otro bajito gordito, esto es, cinco personas, todas armadas; que sobre este particular no había dicho nada porque 'se le olvidó de que en ese momento estaban armados'. Admitir tal afirmación es pretender que la justicia está en manos de funcionarios carentes de raciocinio" (fs. 521).

De otra parte, el Tribunal también tuvo en cuenta las manifestaciones de exculpación que hizo el acusado, inclusive admitió algunas de ellas como veraces (los antecedentes personales), pero a la vez concluyó que nada de ello alcanzaba para fundamentar la legítima defensa que él y su defensa habían enarbolado.

Expresó el *ad quem*:

"Es cierto que hubo amenazas por parte del hoy occiso hacia el acusado, y es cierto también que entre ellos había una enemistad manifiesta hasta el punto que se eludían para evitar un ataque o un mal mayor. Pero esa situación no autorizaba a esgrimir el arma y matar antes de cualquier agresión y sólo frente a la eventualidad de que así hubiera sucedido.

"El proceso muestra que la situación era tirante entre ellos; que se encontraban armados los dos; que Flórez había consumido licor; pero los testigos de visu no hacen alusión al ataque inicial por parte de Porras; éste se adelantó a las consecuencias, seguramente motivado por la situación anímica que enfrentaba por el comentario de Aldemar Usma.

"Pero en esas condiciones no es justo ni autorizado por la ley matar; de ahí que no pueda reconocerse en su favor la causal invocada por la defensa" (fs. 574).

1.7 Ahora bien, el juzgador de segunda instancia trae a colación otros elementos de convicción que impiden darle pábulo a la pregonada legítima defensa, traducidos en conductas del procesado que no se compadecen con la de quien aduce su inocencia o advierte que actuó justificadamente. Tales criterios son:

La huida del acusado no sólo inmediatamente después del homicidio, sino también durante un considerable tiempo después de consumado el delito (cuando ya se había cerrado la investigación); que el procesado nunca se presentó a las autoridades judiciales para responder por los hechos, explicar lo ocurrido y colaborar nítidamente en la investigación, como lo haría ordinariamente quien de verdad se hubiera defendido legítimamente de una agresión injusta de la víctima; que si Porras Arcila sabía que lo iban a matar esa noche de los hechos, como se lo dijo a su acompañante Aldemar Usma Vásquez, resulta paradójico que haya salido del establecimiento público en

el cual se encontraba y se aproximara precisamente al sitio donde estaba su enemigo Alpio de Jesús Flórez Isaza; que el sindicado amenazó y persiguió a la testigo central de los hechos, señorita María Judith Cano Ríos, quien por tal asedio debió ser protegida por las autoridades y fue obligada a radicarse en otra ciudad; que el procesado buscó la ilícita colaboración de la policía y logró la supresión de pruebas relacionadas con las primeras diligencias de investigación (fls. 574 y 575).

Desde luego que existe una incorrección formal de la sentencia en la presentación de estos últimos argumentos, pues los resalta como preguntas que supuestamente dejarían en duda la configuración de la legítima defensa, cuando en el fondo se trata de aseveraciones con un fiable respaldo probatorio, que como tales conducen inconclusamente a descartar la alegada causal dirimente de la antijuridicidad.

1.8 A propósito, el demandante pretende también señalar falencias sobre dichos criterios ciertos de valoración fáctica de la legítima defensa, pero termina por hacer una emulación de los razonamientos presentados por el Tribunal, procedimiento que de igual manera se repudia en casación por su manifiesta oposición injustificada a la jurisdiccionalidad de las decisiones de instancia. En efecto, no bastan las meras manifestaciones del defensor sobre una supuesta presentación voluntaria del acusado, cuando el legajo probatorio enseña que éste fue capturado por efecto de otra orden de encarcelación que tenía pendiente (condena por porte ilegal de armas de fuego); no existen otros motivos fundados para descalificar las quejas de la testigo María Judith Cano Ríos, en lo que atañe a las amenazas y la persecución por parte del procesado, cuando en el curso procesal ha dado muestras inequívocas de lealtad y mesura en la narración de lo sucedido, además del coraje con el cual ha sobrepuesto la verdad a la ya reconocida arrogancia violenta del acusado; y finalmente, no sería necesario exigir la condena de los policías que eventualmente, de manera desleal e inescrupulosa, pudieron aportar su concurso para hacer desaparecer dos versiones iniciales, de carácter incriminatorio, y el original del documento de autopsia, pues basta saber que es coruscante y serio el interés que el procesado tenía en unas pruebas que directamente perjudicaban su situación procesal.

1.9 Por último, tampoco es cierto que se hayan menospreciado las constataciones de la diligencia de inspección judicial, porque en relación con el valor de dicho acto procesal, el juzgado hizo el siguiente escrutinio:

> "Es lo mismo que ha ocurrido dentro de la Inspección Judicial agotada dentro de la audiencia pública. En ella se ha distorsionado totalmente la verdad y de ello nos da fe el testigo Oscar Flórez administrador del grill Montecarlo, quien nos dice que el carro de Porras no estaba al frente de ese establecimiento sino diagonal a él, lo que significa que éste no estaba tapado de tal forma que no pudo ver a Alipio y sus acompañantes frente al Grill. No son de recibo las informaciones allí obtenidas por el procesado porque está más que demostrado su ánimo de falsear la verdad en su

beneficio; la pérdida de las declaraciones de María Judith y Duverney rendidas ante el Comando de Policía de La Celia, la pérdida del original del informe de necropsia y la verdadera odisea para encontrar su copia para traerla al proceso, las amenazas contra la testigo de excepción hasta el punto de obligarla a radicarse en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, el marcado terror demostrado por Duverney Isaza, la imperdonable ayuda que la policía dio a Porras el día de los hechos pues no montó operativo alguno para su búsqueda a pesar de saber que era señalado como autor del hecho, todo ello nos muestra hasta la saciedad la manipulación que este proceso ha sufrido en todo su discurrir" (fs. 521 y 522).

No prospera la primera censura.

2. Cargo subsidiario: violación directa

A partir de la vigencia de la Ley 40 de 1993 (enero 19), con cierta frecuencia los litigantes, jueces y magistrados exteriorizaron sus inquietudes sobre la realidad o suposición de la modificación de dicho estatuto a los textos originales del Código Penal relacionados con el homicidio simple y agravado (arts. 323 y 324), pues plantearon ellos que aquella legislación era fruto de una política criminal en contra del secuestro y la extorsión, razón por la cual la estructura punitiva de los delitos contra la vida sólo podía verse afectada cuando en verdad ellos tuvieran relación con los mencionados hechos punibles que dieron lugar a la exacerbación del rigor punitivo. He ahí un loable intento de interpretación teleológica de la ley, tocado igualmente por sus proyecciones sociales, pero infortunadamente dicho esfuerzo partió de una percepción parcial del telos o finalidad de la misma, implícito en la integridad de sus normas componentes, pues en dicho estatuto legal, además del objetivo de arrectar la lucha jurídica "antisecuestro", se adoptaron "otras disposiciones".

En virtud del reseñado entendimiento, la Corte dijo en la sentencia del 21 de noviembre de 1995, citada por el Ministerio Público, lo siguiente:

"La Ley 40 de 1993 fue expedida, y así se precisa en ella, para adoptar el estatuto nacional contra el secuestro y 'dictar otras disposiciones'. Si bien es cierto, que la ley en su mayor contenido se ocupa del secuestro, también lo es que el capítulo VI, denominado 'aumento de penas' y que fuera declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia No. 565 de diciembre 7 de 1993, versa sobre los delitos de homicidio y extorsión, y de su texto, sin esfuerzo alguno, dada la claridad meridiana de los mismos, se infiere que la intención y lo diáfanamente expresado fue modificar los artículos 323, 324 y 355, sin que por parte alguna se aprecie que ese cambio en las penas dependa de algún tipo de conexidad con el delito de secuestro.

"Ahora, dentro de un análisis sistemático-teleológico del estatuto, la inconsistencia del planteamiento del libelista surge de manera contundente, pues en el artículo 3°, numeral 11 de la citada Ley 40 (circunstancias de

agravación punitiva del secuestro extorsivo) se establece una pena máxima para este delito de sesenta (60) años, 'cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales', esto es, que al recogerse aquí la situación que plantea el censor, de la conexidad del secuestro con los delitos contra la vida y la integridad personal, solo una interpretación *ad absurdum* de imposible acatamiento, permitiría considerar que, en un mismo estatuto legal, el legislador fije dos penas bien diversas para unos mismos hechos, ésta que acaba de señalarse de un máximo de sesenta años, y la otra de un tope de 40 del artículo 29, lo que por fuerza de la razón conduce, fatalmente, a la certidumbre de que la pena en este último artículo erigida, para nada demanda de correlación con el secuestro, sino que es definitivamente independiente de tal circunstancia.

"Por razones de política criminal que el legislador entendió aplicables, legisló también sobre el homicidio, y si bien de lege ferenda podrían ser discutibles, es lo cierto que ello no posibilita el desconocimiento del texto legal..." (M. P., Carlos A. Gálvez Argote).

Este criterio de la Corte ha sido reiterado en muchas decisiones posteriores, una de ellas fue adoptada con ponencia de quien ahora actúa por idéntico encargo, y textualmente se dijo lo siguiente:

"De verdad que son francamente pluriofensivas las arrogantes y conmovedoras modalidades del secuestro y el homicidio que soporta nuestro país, de tal envergadura que a una persona víctima de la aprehensión violenta no sólo se le lesiona la libertad en su más compleja dimensión, sino que de una vez se le pone en grave riesgo su vida, su dignidad y su integridad familiar, y he ahí la razón de conexidad valorativa que resalta la Corte Constitucional. De igual manera, una razón de coherencia interna del orden jurídico-penal, llevó al legislador a equiparar las penas del secuestro extorsivo y el homicidio simple, lo mismo que las del secuestro extorsivo-agravado y el homicidio agravado, dado que político-criminalmente era parificable el reproche por estos dos graves atentados contra la vida y la libertad personal.

"Adicionalmente, la Sala advierte una clara sistemática en la Ley 40 de 1993, por medio de la cual no sólo se dictó el "Estatuto Nacional contra el secuestro", sino que se adoptaron "otras disposiciones" axiológicamente conectadas con las primeras, tales como el aumento de penas en su configuración general como el incremento punitivo relacionado con algunas figuras delictivas de la parte especial (homicidio, simple y agravado, y extorsión). Además, como lo recuerda el Procurador Delegado, si las penas para el homicidio previstas en la Ley 40 sólo operan en casos de conexidad con el delito de secuestro, a sabiendas de que tal situación compleja está directamente regulada en los artículos 3°, numerales 7 y 11 y 30, numeral 2° de dicho estatuto, se llegaría a la conclusión absurda de que el artículo 29 de la misma ley no tendría

aplicación en la práctica." (Radicado 9772. Sentencia de casación de 22 de octubre de 1997).

No fructifica entonces el segundo cargo.

3. *Casación de oficio*.

El Tribunal de segunda instancia dedujo como pena accesoria al procesado, la suspensión de la patria potestad por un período igual al de la sanción principal, esto es, de 20 años y 10 meses. Sin embargo, en tal manifestación procesal el ad quem *ha incurrido en dos graves errores: el primero, por una superación peyorativa de las penas impuestas en la primera instancia, cuando se sabe que el único apelante fue el defensor en beneficio del procesado; y el segundo, porque desbordó el límite legal para esta clase de sanción que está fijado en quince (15) años (art. 44 C. P.).*

En verdad, los artículos 31 de la Constitución Política y 217 del Código de Procedimiento Penal, de manera nítida señalan que la segunda instancia, por vía de apelación, no podrá agravar la pena impuesta. Ahora bien, las penas dentro de un sistema punitivo correspondiente al Estado de Derecho son aquellas consecuencias previamente determinadas por la ley para la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, y que igualmente están clasificadas de manera previa por el legislador. Así pues, en Colombia y en los ordenamientos jurídicos modernos, no sólo son penas las privativas de la libertad sino también las que restringen compulsivamente otros derechos, tan importantes como el de poder tutelar la vida y el desarrollo de los hijos menores (patria potestad), pues así lo disponen los artículos 41 y 42 del Código Penal.

Basta entonces la evidencia de la primera falencia del fallo, que se refiere a un derecho y una garantía fundamental del procesado, para casar de oficio la sentencia impugnada, con el fin de revocar la mencionada sanción accesoria ilegítimamente impuesta por el fallador de segundo grado, conforme con el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, acorde con lo sugerido por el Procurador Delegado, sería del caso ordenar la expedición de copias para que se investigara la hipótesis delictiva de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, si no fuera porque a la vez se constata la consumación del fenómeno de la prescripción de la acción penal, pues los hechos ocurrieron el 13 de junio de 1993 y entonces habrían transcurrido más de 5 años desde entonces (art. 80 C. P.).

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

RESUELVE:

1. Desestimar las censuras propuestas en la demanda de casación presentada en favor del procesado Jesús Ancízar Porras Arcila.

2. Casar de oficio el fallo impugnado, en el sentido de revocar la sanción accesoria de suspensión de la patria potestad que se impuso al procesado.

Cópiese, notifíquese 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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAUSALIDAD-Limitantes normativas-
Suficiencia del riesgo

La condición de mortalidad ya estaba envuelta en la naturaleza misma de las lestones ocasionadas, por ser penetrantes a tórax y haber comprometido el diafragma, y no apareció con el desarrollo fisiopatológico de las heridas, aunque éste indudablemente incrementó el riesgo de muerte. Esa potencialidad letal de las heridas desde el momento mismo de su irrogación, aparte de que afirma el nexo causal una vez constatada la muerte sin interferencias abruptas o extraordinarias de otros sucesos concurrentes o sobrevinientes (grave descuido técnico o incremento malicioso de las secuelas por la víctima o intervención dolosa de tercero), igualmente introduce el principio tutelar de la antijuridicidad material en el ámbito de la solución del caso, como límite a la simple causalidad, pues se exige de la conducta que por se dañe o ponga en peligro la vida como bien jurídico protegido, acorde con la idea regulativa de que la función de la norma penal es la tutela de importantes intereses jurídicos para mantener la coexistencia pacífica (art. 4° C. P.).

De igual manera, la previsibilidad por parte del sujeto del riesgo de muerte de quien es lesionado con tal magnitud y de las fallas corrientes en el diagnóstico y tratamiento posteriores de las heridas, así como la asunción voluntaria de lo que el individuo prevé, son manifestaciones existenciales de la exigencia del principio rector de la culpabilidad, otra limitación normativa a la mera causalidad (art. 5° C. P.).

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., doce de noviembre de mil novecientos novenla y nueve.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 179 Proceso No. 10776

VISTOS

El Tribunal Superior de San Gil confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del municipio de Vélez, en contra del procesado Edgar Peña Carrillo, por el delito de homicidio consumado en la persona de Luis Orlando Mateus Peña.

En relación con dicho fallo, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario de casación y, obtenido el concepto del Procurador Delegado, la Sala se apresta a resolver lo pertinente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 31 de enero de 1993, se hallaban los hermanos Edgar y Víctor Sanín Peña Carrillo en la tienda del señor Miguel Santamaría, situada en la vereda "Mercadillo" del municipio de Guavatá (Santander del Sur), lugar al cual llegó después el ciudadano Luis Orlando Mateus Peña, primo de aquellos y con quienes no tenía buenas relaciones por anteriores desavenencias familiares.

Aproximadamente a las 9 de la noche, cuando los sibaritas ya habían consumido bastante licor, se produjo una confrontación verbal y física entre los enemistados, pues, mientras Luis Orlando le lanzó una botella a Víctor Sanín, los colactáneos reaccionaron contra él y Edgar logró propinarle dos heridas penetrantes con arma cortopunzante, una en el hemitórax izquierdo a nivel del sexto espacio intercostal, en línea medio clavicular, y la otra en el hemitórax derecho a nivel del octavo espacio intercostal, con línea medio axilar.

El herido ingresó inicialmente al Hospital Regional San Juan de Dios de Vélez, centro en el cual le dieron de alta el 5 de febrero siguiente; pero, en vista de la agravación del estado de salud del lesionado, sus familiares lo internaron finalmente, el día 10 de febrero, en el Hospital San Juan de Dios (también conocido como La Hortúa) de Santa Fe de Bogotá, establecimiento en el cual fue intervenido quirúrgicamente, pero allí falleció el 15 de febrero, como consecuencia de una sepsis secundaria a complicaciones de peritonitis y empiema que produjeron las heridas.

La investigación de estos hechos fue iniciada en aquel entonces por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guavatá; después, el Fiscal Catorce Delegado ante el Circuito de Vélez le recibió indagatoria al imputado Edgar Peña Carrillo y, por medio de resolución del 20 de octubre de 1993, lo afectó con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como autor del delito de homicidio simple (cuaderno 1, fs. 3, 47 y 51).

En la misma providencia, se ordena la vinculación de Víctor Sanín Peña Carrillo, quien es declarado persona ausente e igualmente se ordena en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, por idéntica hipótesis delictiva (fs. 100, 101, 110 y 111). Como el requerido se presentó voluntariamente a la Fiscalía el día 17 de enero de 1994, en la misma fecha se le recibió indagatoria (fs. 124).

Surtido el trámite correspondiente a la resolución de cierre de investigación, la Fiscalía Delegada de Vélez calificó el mérito del sumario el 22 de marzo de 1994, según providencia en la cual adopta resolución acusatoria en contra de Edgar Peña Carrillo, por el delito de homicidio simple, en el

grado de tentativa, dado que la muerte de la víctima se produjo por una peritonitis que constituyó una concausa sobreviniente al mal manejo médico. En la misma determinación, la Fiscal instructora precluyó la investigación en favor del coprocesado Víctor Sanín Peña Carrillo (fs. 159-173).

Apelada la resolución calificatoria por el defensor, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal de San Gil, por medio de decisión interlocutoria fechada el 4 de mayo de 1994, confirmó la acusación en contra de Edgar Peña Carrillo, más la modificó en el sentido de que se trataba de un delito de homicidio simple consumado y no tentado, debido a que existía un nexo causal definido entre las lesiones inferidas por aquel y la muerte de Luis Orlando Mateus Peña (fs. 185-203).

Correspondió el juicio a la Juez Segunda Penal del Circuito de Vélez, funcionaria que negó una nulidad pretendida por la defensa y ordenó múltiples pruebas (fs. 207 y 215).

La funcionaria *a quo* realizó la audiencia pública y dictó sentencia de primer grado el 2 de diciembre de 1994, por medio de la cual condenó al acusado Peña Carrillo a la pena principal de cien (100) meses de prisión, como autor del hecho punible de homicidio simple, atenuada la culpabilidad por la ira; además, le impuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso y la obligación de pagar el equivalente a 267 gramos de oro, por concepto de perjuicios materiales y morales, en favor de los herederos de la víctima (cuaderno 2, fs. 157 y 176-203).

Ante la impugnación propuesta por el defensor, el Tribunal Superior de San Gil confirmó el fallo condenatorio de primera instancia, según decisión tomada el 28 de febrero de 1995 (cuaderno 2ª instancia, fs. 5-15).

Síntesis de la Demanda

El actor escoge la causal primera de casación, por supuesta violación de una norma de derecho sustancial, basada en apreciación errónea de algunas pruebas, y propone entonces dos cargos:

1. El primero consiste en un grave error cometido en la estimación de la prueba técnica, con base en la cual se determinó que el hecho realizado fue el homicidio consumado, por considerar falsamente que la lesión material *per se* fue la única causa determinante del fallecimiento del señor Mateus Peña.

En efecto, los médicos que opinaron en el curso del proceso, en general, fueron acordes en que la causa eficiente de la muerte "lo fue una de las heridas causadas al mismo por los hermanos Peña Carrillo"; sin embargo, los profesionales también se quedaron cortos para decir si aquella aparece como la única causa idónea, o si la herida se vio acompañada de un hecho ajeno al actuar de los implicados, ya que, por una actitud descuidada del médico tratante que le dio de alta al herido, el resultado varió sustancialmente cuando se presentó la complicación generadora de la peritonitis que en últimas produjo el deceso.

Asevera que si el médico asume un poco más de cuidado, así fuera mínimo, fácilmente hubiera previsto que la herida del costado izquierdo fue penetrante a tórax, entonces era necesario explorar qué órganos o tejidos podían verse afectados y, con base en dicha búsqueda, ahí sí suministrarle al paciente el tratamiento adecuado y oportuno.

Con todo, como lo que se trata es de mostrar errores, el demandante observa que el paleólogo del Instituto de Medicina Legal de Santa Fe de Bogotá contestó un cuestionario judicial y, en forma separada y respecto del primer punto, dijo que era adecuado el tratamiento de toracotomía a drenaje cerrado para una herida penetrante a tórax, pero a continuación hace un análisis de la ubicación de la herida y textualmente manifiesta: "sinembargo, con una herida localizada por debajo del 5° espacio intercostal, en el caso que nos ocupa estaba en el 6p: se debió sospechar la lesión del diafragma e investigar en ése sentido" (subrayas del texto de la demanda).

Afirma entonces el censor que el Tribunal dejó de lado una conclusión tan categórica como la subrayada, la que por sí sola bastaba para descartar el resultado en cabeza del procesado o, por lo menos, hubiera generado una duda que ya no era posible despejar sobre la verdadera causa o concausa de la muerte, perplejidad que definitivamente no podía resolverse sino en favor del acusado.

2. El segundo cargo tiene que ver con un presunto yerro en la interpretación de las pruebas que sirvieron de fundamento al juzgador para declarar que el único autor de las dos lesiones fue Edgar Peña Carrillo, cuando la misma Fiscalía de segunda instancia sugirió que pudo ser Víctor Sanín el autor de la lesión inferida en el costado izquierdo de la víctima, pero, en vista de que ya se había cometido el desafuero de precluirle la investigación, se pretende ahora "sepultar" todo a costas de la condenación de un inocente.

Según el demandante, el Tribunal hizo una interpretación deficiente de las declaraciones del lesionado y los testigos Oscar Ramiro Santamaría, José Eustaquio Guzmán, José Lindon Quitián, Julio Hernando Ardila Ardila, para llegar a conclusiones tan irrazonables como la de que los dos hermanos Peña Carrillo eran responsables del hecho, pero ante la imposibilidad de enjuiciarlos a ambos, lo haría con el que estaba detenido.

De otra parte, si el *ad quem* admite que los dos hermanos intervinieron en los hechos, entonces debió analizar separadamente cuál fue la participación individual de cada uno de ellos en la producción del resultado final. Así entonces, como fueron dos las heridas recibidas por el fallecido, además los contrincantes estuvieron frente a frente, es obvio que la lesión del costado derecho fue ocasionada por el agresor que manejaba el arma con la mano izquierda; mientras que la del lado izquierdo debió ser producida por quien empuñaba el instrumento en la mano derecha. De este modo, tras recordar que Edgar es zurdo, concluye que este sólo pudo ocasionar la herida del flanco derecho, precisamente la que no representaba ningún peligro de muerte, pues las complicaciones en la salud de la víctima sobrevinieron por la del hemitórax izquierdo.

Pide el censor que se rompa la sentencia porque se han vulnerado los artículos 28 y 29 de la Constitución Nacional; 1° y 6° del Código Penal; 247, 251, 254, 257, 262, 267, 273, 278, 294, 296, 298 y 303 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto no se apreció en legal forma el contenido de las pruebas allegadas al expediente, dado que sólo se aplicaron parcialmente en lo que era desfavorable al procesado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal opina:

En relación con la primera objeción, si bien existen deficiencias técnicas en su formulación, se alcanza a exponer un falso juicio de identidad sobre las diferentes pruebas producidas por los funcionarios de medicina legal.

En efecto, el patólogo forense hizo una observación importante, en el sentido de que el médico tratante de la localidad de Vélez, cuando estableció la existencia de una herida por debajo del quinto espacio intercostal, debió sospechar también la lesión del diafragma "y hacer la respectiva exploración -lo que no hizo-...' (fs. 11).

El tratamiento de sonda a tórax, en principio, aparecía adecuado para el proceso de cicatrización de unas heridas que no son esencialmente mortales, pues, como lo advirtió el mismo forense, ellas eran susceptibles de modificación por intervención correcta. No obstante, el paciente posteriormente presentó síntomas de complicación, tales como dificultad respiratoria, fiebre, ictericia progresiva, acolia y coluria, lo cual obligó a una intervención inmediata por laparatomía que puso al descubierto una herida diafragmática, el estrangulamiento de una parte de la pared del estómago, la salida del contenido gástrico a la cavidad abdominal y el desarrollo subsiguiente de la peritonitis que produjo el deceso.

Con estos presupuestos, entiende el Delegado, es equivocado señalar que la muerte de Luis Orlando Mateus Peña 'fue consecuencia directa y exclusiva de la herida que le propinara Edgar Peña Carrillo y por el contrario, se demuestra que a raíz de no haberse detectado una herida en el diafragma por parte del médico de urgencias del Hospital de Vélez, surgió un nuevo proceso causal, este sí determinante del resultado muerte" (fs. 12).

Le parece al Ministerio Público que es aceptable el señalamiento de distorsión de la prueba que hace el censor, en el sentido de que erróneamente se indicaron en el fallo las heridas propinadas por el procesado como única causa eficiente del fallecimiento, sin analizar cabalmente el contenido de la pericia que le atribuye a las lesiones una importancia relativa en el resultado muerte, debido a la aparición de una peritonitis que no necesariamente se desencadenó por efecto de ellas.

El Procurador sugiere que el médico de la ciudad de Vélez pudo haber incurrido en conducta culposa, pues, por la ubicación de la herida en el costado izquierdo, "ha debido realizar una exploración interna", procedimiento

que no cumplió y, en lugar de ello, le dio de alta al paciente el 5 de febrero de 1983, ante una recuperación aparente, entonces, tal vez con la incorporación del cuerpo, el estómago ejerció presión sobre el diafragma horadado y formó una hernia que posteriormente se estranguló y generó la peritonitis, que se constituyó en la verdadera causa del fenecimiento.

Para el Procurador es claro que en los delitos de resultado no puede pregonarse la consumación más que cuando se establece un vínculo causal cierto entre la conducta penalmente relevante y el resultado típico, tomados ambos como entidades autónomas y separables, pues si el derecho penal cumple la función de proteger intereses jurídicos a través de la incriminación de acciones jurídicamente desaprobadas, la conducta desviada sólo puede sancionarse cuando constituya un atentado contra dichos bienes y en la medida correspondiente a lo que el autor ha aportado efectivamente a la producción del resultado típico.

Según lo dice el Ministerio Público, resulta atendible la objeción del censor, en el sentido de que el resultado muerte no podía imputarse al procesado, pues aunque la acción precedió al evento dañino del cual depende la identidad del hecho punible de homicidio, lo cierto es que el curso causal se vio interrumpido por la aparición de otro desencadenado por un tercero -médico-, como consecuencia de una conducta posiblemente negligente del profesional.

Recuerda el Delegado que la ciencia médica, frente a heridas penetrantes a abdomen a partir del quinto espacio intercostal, recomienda 'la exploración de la cavidad interna para descartar posibles lesiones a los órganos internos y evitar así un estado séptico que lleva al paciente a la muerte en pocos días' (fs. 14).

Visto lo anterior, la imputación del resultado muerte al procesado sólo podría hacerse bajo las previsiones de la teoría de la *conditio sine qua non*, conforme con la cual todas las causas concurren en igualdad de importancia para la producción del resultado, sin que sea posible interrumpir la cadena de condiciones antecedentes al hecho. Sin embargo, estima el Procurador que, frente al artículo 21 del Código Penal Colombiano, debe desecharse la expresión simple de la *conditio sine qua non*, para optar por criterios que permitan sopesar la influencia de las distintas causas antecedentes al resultado, de modo que puedan excluirse aquellas que no tienen una relación directa con él, tal como acontece cuando en el proceso causal aparece otro fenómeno diverso al originario que haya producido por sí solo, o junto con el primero, el resultado típico.

Aunque la conducta del procesado antecedió al resultado, pues si el procesado no lesiona a la víctima esta no es conducida al hospital, lo cierto es que el comportamiento no traspasó los límites de la tentativa, pues si el médico Saúl Alvarez advierte la perforación del diafragma y dispensa el tratamiento correcto, sin duda la muerte no habría ocurrido y más bien se interrumpe la relación causal originaria para frustrar a la vez el delito.

Para el Delegado un acertado diagnóstico del médico hubiera permitido un tratamiento adecuado, y a la vez habría impedido la muerte y la afectación del bien jurídico, motivo por el cual la conducta presumiblemente culposa del galeno generó un nuevo proceso causal que obstaculiza la atribución del resultado al procesado.

Propone el Ministerio Público que se estime la demanda y, por tanto, se ha de casar el fallo impugnado, el cual deberá ser reemplazado para que se dicte sentencia por el delito de tentativa de homicidio y, como consecuencia, se ordene la expedición de copias para investigar la conducta del médico Saúl Alvarez.

En cuanto al segundo reproche, el Procurador dice que no asiste razón al demandante, supuesto que él apenas se vale de un breve resumen que elaboró el Tribunal sobre los argumentos de la primera instancia, pero no se contiene allí la decisión del *ad quem* que en el curso de la sentencia siempre señaló la autoría de las lesiones en cabeza de Edgar Peña Carrillo.

Después de transcribir algunos apartes ilustrativos del fallo cuestionado, el Ministerio Público observa que la censura se limita a una serie de críticas orientadas a mostrar cómo debió adoptarse la sentencia, a partir de consideraciones personales sobre los hechos que son completamente inatendibles en esta sede extraordinaria.

Cuando el actor se refiere a las posibilidades del procesado para haber inferido sólo la lesión del costado derecho, por ser zurdo, no demuestra ningún error, porque ni siquiera coteja la prueba con el texto del fallo, sino que simplemente pretende enfrentar su criterio con el propio del Tribunal, forma de alegación que si bien es admisible en las instancias no es procedente en el recurso extraordinario.

Pide la desestimación de esta segunda censura.

Consideraciones de la Corte

I. Observaciones comunes:

Aunque el actor invoca la violación indirecta de una norma sustancial, lo cierto es que no dijo en el libelo cuál era el precepto de esa naturaleza realmente violado por el Tribunal, tampoco indicó el sentido de la violación, ni expresó cuáles eran las consecuencias en el proceso, tanto de la interpretación errónea de las pruebas como de la aludida transgresión del dispositivo basilar.

La verdad es que no existen en la demanda manifestaciones precisas para saber si el actor pretendía, en el primer cargo, una imputación por el grado de tentativa en lugar de la consumación del homicidio, caso en el cual debía invocar falta de aplicación del artículo 22 del Código Penal; o si aspiraba a que la acusación fuera por lesiones personales, evento en el cual el error *in iudicando* trascendería a una irregularidad procedimental por error en la

calificación jurídica de los hechos y se impondría el uso de la causal tercera de casación y no la primera; o si procuraba la determinación de un homicidio preterintencional en vez del homicidio simplemente doloso, hipótesis en la cual procedía discutir la indebida aplicación del artículo 323 del Código Penal y la correlativa falta de aplicación del artículo 325 del mismo ordenamiento.

En el segundo reparo, cuando se afirma que el Tribunal debió hacer un análisis individualizado de lo que cada uno de los hermanos Peña Carrillo hizo en los hechos, tampoco se precisa si la pretensión era por la absolución (indebida aplicación del artículo 323), o por las solas lesiones personales (nulidad), o por el homicidio preterintencional (indebida aplicación del artículo 323 y falta de aplicación del artículo 325).

De otro lado, el censor se limita a citar algunas normas constitucionales y procedimentales supuestamente conculcadas, tal vez con influencia común para ambos cargos, pero en manera alguna concreta el concepto de violación de las mismas ni la razón para que le sirvieran de fundamento similar en las dos censuras.

Con todo, dado que en la práctica el censor señala errores por falso juicio de identidad, supuestamente cometidos cuando el fallador tergiversa la prueba médico-legal que se constituye en la base de la acusación por el delito de homicidio consumado, en lugar del grado de la realización de la tentativa (primer cargo); o por hipotética distorsión de otros medios de convicción que de pronto conducen a señalar que el acusado Peña Carrillo no fue el autor material de la lesión mortífera (segundo cargo), ha menester acceder con cierta amplitud al estudio de esos presuntos yerros.

II. Primera censura:

Es cierto que el patólogo forense de la Regional del Instituto de Medicina Legal de Santa Fe de Bogotá, en el oficio No. 1531.94.PAT.RB del 10 de octubre de 1994, certificó que, ante el diagnóstico de "herida por arma cortopunzante penetrante a tórax", era correcto el tratamiento de "toracotomía a drenaje cerrado", pero, además, agregó:

"Sin embargo, con una herida localizada por debajo del 5° espacio intercostal, en el caso que nos concierne estaba en el 6P., se debió sospechar la lesión del diafragma e investigar en ese sentido..." (2° cuaderno original, fs. 44. Se hace énfasis).

Esta última parte del concepto médico es la que se estima soslayada en el texto de la sentencia (lo cual equivaldría a un cercenamiento de su contenido), opinión que a la vez se emitió con base en una respuesta del Director del Departamento de Cirugía del Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Bogotá, centro asistencial en el que se intervino quirúrgicamente al paciente y donde además dejó de existir. Dijo el especialista lo siguiente:

"... Si la herida está ubicada por debajo del 5° espacio intercostal, se debe sospechar lesión del diafragma e investigar en ese sentido. Si se comprueba

la presencia de dicha lesión, efectuar inmediatamente una Laparatomía" (fs. 43. Se ha subrayado).

De allí infieren el demandante y el Procurador Tercero Delegado que hubo una conducta desidiosa del médico de turno del hospital San Juan de Dios de Vélez, pues, según lo entienden ellos, la situación anatómica de la herida exigía la práctica inmediata de una laparatomía exploratoria, dado que era factible hallar lesiones en los componentes de la cavidad abdominal.

Con todo, la ubicación de las heridas, la afirmación del nexo causal y la supuesta negligencia del médico tratante en la ciudad de Vélez, fueron temas concretamente examinados en el fallo de primera instancia y, dado que tales materias no se ofrecieron como objeto de la apelación, se reivindica entonces el principio de unidad de sentencia para sostener que no hubo realmente un falso juicio de identidad sino que el juzgador le dio una valoración diferente a dichas expresiones probatorias.

Con fundamento en las respuestas del Director del Departamento de Cirugía del Hospital San Juan de Dios y del Patólogo Forense del Instituto de Medicina Legal de Santa Fe de Bogotá, la Juez Segunda Penal del Circuito de Vélez describió lo ocurrido e hizo valoraciones del siguiente jaez:

"Se presenta Luis Orlando Mateus en el centro asistencial de esta localidad con dos heridas visibles, una en cada costado, la primera a nivel del hemitórax izquierdo 6 espacio intercostal y la segunda a nivel del hemitórax derecho 8 espacio intercostal. Al introducir Edgar Peña el arma blanca en la persona de Luis Orlando Mateus ocasiona una herida que es considerada como penetrante a tórax y al mismo tiempo se produce una pequeña lesión del diafragma de la que no se percataron los galenos que inicialmente trataron a Mateus debido a la magnitud de ella y en razón al estado de reposo que mantuvo el paciente durante la hospitalización no se complicó, sino que por el contrario evolucionó satisfactoriamente hasta el punto que proceden a darle salida el 5 de febrero de 1993.

"Frente a heridas penetrantes a tórax los médicos optaron por colocar tubo a tórax, siendo considerado este procedimiento como el adecuado para casos como el observado en Luis Orlando Mateus donde no se presentó (en) el paciente en ningún momento fiebre u otros síntomas que indicaran lesión del diafragma o del estómago que condujeran al desarrollo de una peritonitis.

"Lo que produjo la conducta de Edgar Peña fue una lesión del tórax y a la vez del diafragma (mínima) con buena evolución mientras la hospitalización pero que al regresar de nuevo a su casa, es decir al deambular, por la herida diafragmática penetró parte de la pared del estómago que se hernió y estranguló; produciéndose la muerte por desarrollo de la peritonitis, empiema izquierdo y sepsis. Si la herida es de tórax la infección comienza allí (empiema) y a romperse la pared del estómago al estrangularse en la pequeña lesión del diafragma la infección se extiende hacia la cavidad abdominal presentándose la peritonitis.

"Es así como el 10 del mismo mes y año al ingresar al hospital San Juan de Dios de la ciudad de Santa Fe de Bogotá ordenan de inmediato la cirugía donde efectivamente aparece la peritonitis, sepsis etc. y a pesar de las intervenciones médicas y el tratamiento adecuado fallece al 5 día de aquella.

"El nexo causal no se interrumpió en ningún momento, porque Edgar Peña Carrillo lesiona a Luis Orlando Mateus con intención de matar; aparentemente sólo penetra a tórax, pero posteriormente se descubre que también interesó el diafragma y a consecuencia de ello se produce la hernia diafragmática que desarrolla la peritonitis; lo que indica que el resultado final fue lógica consecuencia de la herida inicial.

"No es factible afirmar que hubo descuido o negligencia por parte del médico tratante en Vélez, porque luego de la colocación del tubo a tórax el paciente se mostró asintomático, no observó el galeno ninguna complicación y por eso consideró que estaba fuera de peligro" (2° cuaderno, fs. 193-195. Se ha destacado).

De igual manera, tanto el actor como el Ministerio Público han hecho una lectura equivocada y fragmentaria del mencionado concepto médico, porque la sola situación externa de la herida (por debajo del 5° espacio intercostal) no demandaba inmediatamente una riesgosa laparatomía exploratoria, sin averiguar antes la posible afectación del diafragma o de órganos vitales de la cavidad abdominal.

En efecto, el documento dice que dada la ubicación de la herida, era viable sospechar la lesión del diafragma y además necesario "investigar en ese sentido" (no prevé hacer de una vez laparatomía). Por ello advierte: "Si la radiografía de tórax que se tomó hubiera mostrado estructuras abdominales como estómago, colon o bazo por encima del diafragma, hubiera sido mandatario hacer una laparatomía exploratoria; esto considerando que la herida diafragmática es de gran magnitud, situación que parece no corresponder al presente caso porque la sintomatología es inmediata y el tamaño de las heridas descritas en el protocolo de necropsia no lo sustenta". Y agrega: "Nos hallamos entonces frente a una hernia diafragmática con una herida pequeña la cual puede pasar desapercibida y evolucionar sin síntomas en un período de tiempo, aún meses e incluso años" (2° cuaderno, fs. 44. Se ha subrayado).

La pregunta es obvia: ¿investigó el médico de Vélez sobre la posibilidad de heridas en el diafragma o en la cavidad abdominal?. Claro que sí lo hizo, mas como inicialmente se trataba de una pequeña lesión de diafragma, ella no resultaba de fácil diagnóstico. En efecto, la radiografía de tórax que tomó el galeno, aunque no tenía como objeto directo la cavidad abdominal, era una manera indirecta de investigar al respecto, porque bien podía ser que la placa mostrara anomalías en la situación de los correspondientes órganos de ese recinto, siempre que se tratara de una herida significativa del techo diafragmático, dado que la sintomatología en tal caso sería inmediata. De otra parte, la demostrada presencia de hemotórax, por ser éste una acumu

lación de grandes cantidades de sangre en la cavidad pleural y el trecho dejado por el arma en el cuerpo, tampoco permitía detectar fácilmente por rayos X una pequeña herida en esa cubierta de separación que es el diafragma.

También constituye acto de investigación y cautela por parte del médico, la hospitalización y observación del paciente por un término prudencial de cinco (5) días, al cabo de los cuales no advirtió fiebre ni otros signos patognomónicos de la lesión en el diafragma, precisamente porque su magnitud la hizo imperceptible en el curso de esas calendas. La evolución del lesionado fue satisfactoria, así se indica en la copia de la historia clínica, y por ello se le dio de alta el día 5 de febrero de 1993 (cuaderno 1, fs. 143).

Claro que el patólogo forense echa de menos la sustentación de esa "evolución satisfactoria" en el resumen de la historia clínica (fs. 44, cuaderno 2), pero las "anotaciones de enfermería" así lo indican y respaldan (fs. 33-35).

De modo que la averiguación sobre la posibilidad de lesión en el diafragma, no se podía concretar, como lo sugieren el demandante y el Procurador Delegado, en hacer inmediatamente la laparatomía exploratoria, porque esta es precisamente una delicada cirugía reparatoria consistente en abrir las paredes abdominales y el peritoneo. Dicha operación, por su naturaleza, sólo podía ser el fruto de una determinación científica final, después de constatar los hallazgos inequívocos de lesión en el diafragma o en la cavidad abdominal. Por ello, el legista conceptúa concluslvamente: "Si el paciente presentaba signos o síntomas que orientaran para hacer el diagnóstico de hernia diafragmática traumática mientras estuvo hospitalizado en Vélez, se debió proceder de inmediato a practicarle una laparatomía exploratoria" (fs. 46, cuaderno 2).

La necesidad y oportunidad de la exploración toraco-abdominal, de otro lado, no puede sostenerse con base en la verificación posterior de complicaciones en las heridas, sino a través de un juicio ex ante de lo ocurrido al momento del tratamiento inicial, que es una valoración objetiva de acuerdo con las condiciones que evidenciaba el paciente en esa ocasión. Así pues, no es apresurado sino razonable que el médico de urgencias haya advertido "bien" el abdomen del lesionado, por ser un dato que se palpa empíricamente al momento del examen paraclínico, ya que el deterioro orgánico sobrevino después de la salida del hospital de Vélez.

Ahora bien, otra prueba fehaciente de que fue cumplida y normal la evolución del paciente en el hospital de Vélez, la constituye el hecho de que el día 10 de febrero fue valorado nuevamente en el hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Bogotá, debido a que presentaba fiebre, tos sin expectoración, dificultad respiratoria, ictericia progresiva, acolia y coluria "de 4 días de evolución" (cuaderno 2, fs. 41), lo cual significa que el lesionado salió asintomático del primer establecimiento mencionado, pero comenzó a complicarse su estado de salud ya fuera del hospital, tal vez por una dilatación de la cámara gástrica (bazo), unida indisolublemente a la lesión del diafragma.

Pues bien, si la herida del diafragma también fue ocasionada por el procesado Peña Carrillo, no hay duda de la relación de causalidad ininterrumpida entre la conducta agresiva y el resultado muerte, porque sólo por aquella se produjo la herniación del estómago y la posterior ruptura de una de sus paredes necrosadas, el derrame del líquido gástrico en la cavidad abdominal, el proceso séptico y la subsiguiente peritonitis que acabó con la vida del lesionado.

Es cierto que el legista adujo que las heridas no podían calificarse como "esencialmente mortales", dado que eran "susceptibles de modificación por tratamiento" (cuaderno 1, fs. 154), pero tal calificación no descartaba su aptitud para producir la muerte, precisamente por la penetración a tórax, máxime si en la acción se alcanza a lesionar la cúpula diafragmática. Es que las heridas son "esencialmente mortales" cuando, a pesar de cualquier tratamiento médico, el herido inexorablemente fallecerá; pero, las lesiones también se clasifican "de naturaleza simplemente mortal" (como las del caso), cuando por su misma ubicación y conformación resultan idóneas y suficientes para generar la muerte, así ésta se llegare a impedir por la intervención médica oportuna y eficaz.

De otra parte, como el médico del pueblo hizo todo lo que estaba al alcance de sus herramientas y posibilidades de desempeño, no es procedente atribuir a culpa suya la no detección oportuna de la pequeña lesión diafragmática. Mas, si en gracia de discusión se admitiere como negligente la conducta, bien de parte del galeno ora por la víctima, no hay que perder de vista que a lo sumo se trata de descuidos comunes y corrientes, que como tales no interrumpen el nexo causal, pues con ellos, al igual que con la posibilidad de la muerte, cuenta normalmente el sujeto que se decide a inferir lesiones penetrantes a la cavidad torácica o abdominal, dado que el error común en el tratamiento está dentro de las previsiones de la más elemental experiencia humana.

En casos como el *sub examine*, no deja de ser útil la aguda recomendación del profesor uruguayo José Irureta Goyena, en su obra sobre el delito de homicidio, autor según el cual será estricta la exigencia de separación que debe existir entre la lesión y la concausa, pues "siempre que por la naturaleza de la lesión, por el lugar en que se ejecutó el delito, o por las condiciones en que deba verificarse la asistencia, la concausa colabore ordinariamente con la lesión, jurídicamente procede el rechazo del homicidio concausal..." (pág. 49). Esto es, en armonía con la eliminación de la figura del homicidio concausal en la legislación penal colombiana y el entendimiento de que el problema se remite entonces a las reglas generales sobre causalidad, antijuridicidad y culpabilidad, en los eventos mencionados por el tratadista es incuestionable el nexo causal.

No se trata de aplicar escuetamente la teoría de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*), según la cual la causa es cualquier factor sin el cual el resultado material no se habría producido, definición que se inscribe entonces dentro de una serie causal indefinida que daría lugar a

reprobables injusticias por violación de los principios tutores de la lesividad y la culpabilidad. Si la "causa de la causa es causa del mal causado", como finalmente se individualiza por la doctrina dicha teoría, bastaría entonces verificar que sin las lesiones ocasionadas por el procesado no eran concebibles los procedimientos posteriores de internación hospitalaria, la posible equivocación en el tratamiento médico, la agravación del daño y la muerte subsiguiente, razón por la cual ese acto inicial de lesionamiento indudablemente estaría vinculado causalmente con el evento letal.

Mas tampoco puede negarse el hecho objetivo de la existencia de una omisión en el tratamiento médico, que condujo a la ignorancia de una lesión en el diafragma (más por la complejidad objetiva del hallazgo que por falta de atención y experiencia del médico), daño que, si se descubre a tiempo, podía habérsele dispensado un tratamiento adecuado y de pronto también se evita la muerte de la víctima. Sin embargo, como ya se advirtió, tal omisión no es atribuible a culpa médica sino, a lo sumo, al ordinario margen de error ínsito en toda actividad humana, propio también del desenvolvimiento normal de la *lex artis* en el ejercicio de la profesión médica, que como tal no desborda la relación causal puesta en marcha por quien produjo las lesiones penetrantes.

La condición de mortalidad ya estaba envuelta en la naturaleza misma de las lesiones ocasionadas, por ser penetrantes a tórax y haber comprometido el diafragma, y no apareció con el desarrollo fisiopatológico de las heridas, aunque éste indudablemente incrementó el riesgo de muerte. Esa potencialidad letal de las heridas desde el momento mismo de su irrogación, aparte de que afirma el nexo causal una vez constatada la muerte sin interferencias abruptas o extraordinarias de otros sucesos concurrentes o sobrevinientes (grave descuido técnico o incremento malicioso de las secuelas por la víctima o intervención dolosa de tercero), igualmente introduce el principio tutelar de la antijuridicidad material en el ámbito de la solución del caso, como límite a la simple causalidad, pues se exige de la conducta que per se dañe o ponga en peligro la vida como bien jurídico protegido, acorde con la idea regulativa de que la función de la norma penal es la tutela de importantes intereses jurídicos para mantener la coexistencia pacífica (art. 4° C. P.).

De igual manera, la previsibilidad por parte del sujeto del riesgo de muerte de quien es lesionado con tal magnitud y de las fallas corrientes en el diagnóstico y tratamiento posteriores de las heridas, así como la asunción voluntaria de lo que el individuo prevé, son manifestaciones existenciales de la exigencia del principio rector de la culpabilidad, otra limitación normativa a la mera causalidad (art. 5° C. P.).

Afirmado el nexo causal por la constatación positiva de la aptitud mortífera *per se* de las heridas y la exclusión de relevancia en el presunto descuido médico, ha de concluirse que el resultado muerte sí es jurídicamente atribuible al procesado Edgar Peña Carrillo, en la medida que su conducta ex ante se ofrece como peligrosa para el bien jurídico amparado en la respectiva norma penal (vida), y además el autor, con definido propósito de matar, asumió voluntariamente la creación de dicho riesgo.

No prospera el cargo.

III. Segunda censura:

La Corte acepta la discusión en este aparte sobre la base de que el *ad quem* pudo haber incurrido en el señalado error de hecho por falso juicio de identidad, dado que supuestamente se tergiversaron manifestaciones probatorias que indicaban cómo la herida mortal era sólo la situada en el costado izquierdo de la víctima, a nivel del sexto espacio intercostal, y también porque si el procesado accionó el cuchillo con la mano izquierda (y era zurdo), como lo evidencian los testimonios, no era posible entonces atribuirle a él la autoría del daño letal, máxime que las mismas pruebas señalan la intervención decidida de su hermano Víctor Sanín Peña Carrillo.

Sin embargo, confrontado el texto de la sentencia del Tribunal, se advierte que el cargo carece de razón suficiente, dado que el juzgador no ha incurrido en el citado error de hecho, porque el tema fue examinado y resuelto por la instancia en los siguientes términos:

"2. Argumenta también el censor que siendo 'zurdo' el procesado no podía causar la lesión presentada por la víctima al lado izquierdo, que fue la más grave, debiendo responder solamente por la presentada al costado derecho, de características leves, lo cual lo ubicaría dentro de unas lesiones personales o una tentativa de homicidio, según demostrara o no la intención de matar.

"La actitud de la víctima no fue pasiva, como para admitir la anterior argumentación, pues resulta evidente que en esta clase de acontecimientos no son estáticos los protagonistas, sino que realizan movimientos ya sea para evitar los lances de puñal o para tratar de contrarrestar de alguna manera la agresión, no siendo por tanto descabellado afirmar que la herida del costado derecho (sic) la causó el procesado. Recordemos cómo precisamente un testigo presencial asevera que Edgar le tiraba puñaladas a Orlando 'por donde cayera' (Flio. 65v.).

"Finalmente, y en relación con este punto, vale la pena reiterar que los presenciales citados párrafos atrás colocan a Edgar asestando las dos puñaladas, inclusive dos de ellos aseguran que Sanín esgrimió arma blanca pero no agredió con ella a Orlando, e incluso el mismo procesado niega participación de su hermano para esos instantes colocándose él como único contrincante de la víctima, con arma cortopunzante, con lo cual se despeja cualquier duda sobre el autor de la herida ocasionada al costado izquierdo" (cuaderno Tribunal, fs. 10 y 11).

En otro frente de la discusión, el Tribunal sí afirmó que sólo podía ocuparse de la situación procesal de Edgar, dado que su hermano Víctor Sanín había sido desvinculado definitivamente del proceso por preclusión, pero en manera alguna insinuó el juzgador que tal exención era la razón básica para inferirle compromiso penal al acusado, a pesar de su inocencia, sino que, por el contrario, argumentó que sí obraba prueba "que lo coloca como autor

material del homicidio, como quedará visto, la intervención de ese tercero no lo exime de responsabilidad alguna, toda vez que la responsabilidad en materia penal es individual; se presentaría, eso sí, el fenómeno de la coautoría que no tiene incidencia alguna, ya que existe identidad de sanción tanto para el autor como para el coautor de acuerdo a (sic) lo previsto en el art. 23 del C. P." (fs. 10).

Por lo demás, aunque las dos lesiones tenían juntas y por separado aptitud letal, lo cierto es que era más factible la vulneración del diafragma por la penetración en el flanco derecho, ya que no sólo se hizo a nivel del octavo espacio intercostal (más próxima al órgano lesionado), sino que científicamente también se ha establecido que en dicho costado el músculo diafragmático está más alto que en el izquierdo. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el diafragma es un separador entre la cavidad pectoral y la abdominal.

Tampoco fructifica el segundo reparo.

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

RESUELVE:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

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. (Salvamento parcial de voto); *Yesid Ramírez Bastidas*,.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria..

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(Casación 10.776).

Señores Magistrados:

En el asunto de la referencia he salvado parcialmente el voto. Lo he hecho con respecto al primer cargo aducido por el casacionista, no obstante la fragilidad de su escrito frente al punto. Estimo, al contrario de la mayoría, que la conducta imputada no puede ser objeto de condena por el delito de homicidio pues sólo alcanzó el grado de tentativa. Las razones son las siguientes:

1. En virtud del artículo 21 del C.P., una persona debe responder sólo cuando el resultado producido proviene de su acción u omisión. De aquí se desprende que si el resultado no ocurre por el comportamiento del autor, éste no es responsable.

2. Del expediente se deduce que hubo heridas con el propósito de matar. Pero también que el lesionado, luego de ello, fue atendido, salió de la clínica u hospital con vida y que su deceso se produjo posteriormente. De esta sola circunstancia, de cara al expediente, emana que Edgar Peña Carrillo hirió, lesionó a Luis orlando Mateus Peña, y que él no le causó la muerte.

3. En la sentencia de casación, con fiel reflejo del expediente, se leen unas afirmaciones; y, de cuño ya de la Sala, se hacen otras.

a) Haciendo alusión a las palabras del patólogo forense: "Sin embargo, con una herida localizada por debajo del 5°. Espacio intercostal, en el caso que nos concierne estaba en el 6P, se debió sospechar la lesión del diafragma e investigar en ese sentido".

b) Recordando la opinión emitida con base en el concepto del director del departamento de cirugía del hospital San Juan de Dios de Bogotá: "...si la herida está ubicada por debajo del 5². Espacio intercostal, se debe sospechar lesión del diafragma e investigar en ese sentido. Si se comprueba la presencia de dicha lesión, efectuar inmediatamente una laparotomía".

c) "¿Investigó el médico de Vélez sobre la posibilidad de heridas en el diafragma o en la cavidad abdominal?. Claro que sí lo hizo, más como inicial-

mente se trataba de una pequeña lesión de diafragma, ella no resultaba de fácil diagnóstico".

d) "Mas tampoco puede negarse el hecho objetivo de la existencia de una omisión en el tratamiento médico, que condujo a la ignorancia de una lesión en el diafragma (mas por la complejidad objetiva del hallazgo que por falta de atención y experiencia del médico), daño que, si se descubre a tiempo, podía habérsele dispensado un tratamiento adecuado y de pronto también se evita la muerte de la víctima. Sin embargo, como ya se advirtió tal omisión no es atribuible a culpa médica sino, a lo sumo, al ordinario margen de error ínsito en toda actividad humana, propio también del desenvolvimiento normal de la *lex artis* en el ejercicio de la profesión médica, que como tal no desborda la relación causal puesta en marcha por quien produjo las lesiones penetrantes".

4. De lo escrito anteriormente se extracta una afirmación indiscutible: la víctima fue herida por arma cortopunzante. Fue examinada y cuidada médicamente. Pero no lo suficiente, pues bajo la convicción de que ya todo había pasado, fue dada de alta y días después devino su muerte. Y se ha establecido, y se ha aceptado por la Sala, que el médico ha debido ser más cuidadoso, que si lo hubiera sido, hasta se habría salvado la vida de don Luis Orlando y que el galeno omitió un mayor cuidado.

Es fácil entonces concluir que la muerte ocurrió no por el comportamiento de Peña Carrillo sino por la conducta médica, concomitante y subsiguiente al momento de la atención por parte del experto, con independencia de que se tratara de heridas "esencialmente mortales" o "simplemente mortales" pues que, en cuanto al primer tipo, se sabe que no lo eran; y en cuanto a la segunda clase, siendo idóneas pero remediables respecto de un fatal desenlace, en este asunto parcialmente fueron soportadas y luego olvidadas. Así, el nexo causal determinante se predica no del autor de las heridas sino de quien hizo dejación del cuidado debido y, por tanto, en relación con aquel se rompe el vínculo causal. Así las cosas, Edgar Peña Carrillo debería responder por lo que hizo, es decir, herir con dolo homicida, para una tentativa de homicidio porque hasta allí llegó "su" causalidad. Lo demás, el suceso final lamentable, no atribuible a él, no se le puede imputar y, por consiguiente, se imponía casar la sentencia.

Señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

CASACION-Técnica: La impugnación debe dirigirse contra la sentencia de segunda instancia

Es cierto, y esto podría argüirlo el censor, que los dos fallos guardan comunión entre sí en todo lo que el superior haya avalado expresa o tácitamente, por lo que una referencia al de primera instancia por ende cobijaría al de segunda en el evento de una confirmación plena. No obstante, aunque la decisión sea similar, los argumentos, los planteamientos, los vacíos, los puntos de vista para estudiar el problema no son iguales y obligan a examinar ambos fallos, empezándose por el de segunda instancia, y luego, complementándolo, si es el caso, con el de primera instancia. No hacerlo, aparte de la inconsistencia técnica, reduce las posibilidades del censor al tener como elementos de juicio apenas los de la porción que haga materia de su estudio

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

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

Aprobado Acta No.179 Proceso 10102

Vistos

Decide la Corte sobre el recurso de casación impetrado por el defensor del procesado Jorge Luis de las Aguas Meza contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, confirmatoria de la dictada por el Juez décimo Penal del circuito de la misma ciudad, que lo condenó como autor penalmente responsable de un delito de homicidio a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, inhibiéndose sobre la fijación de la cuantía de los perjuicios materiales y morales, dejó a los perjudicados la opción de acudir a la jurisdicción civil para su resarcimiento, y negó al procesado el derecho a la condena de ejecución condicional.

Hechos

A eso de las nueve y media (9:30) de la noche del treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991) Gustavo Flórez Otero iba caminando por

el barrio La Victoria de Cartagena, luego de visitar a su hermana en el barrio La Consolata. Intempestivamente aparecieron dos individuos armados de revólver anunciándole que se trataba de un "atraco". Sin embargo. Flórez rápidamente golpeó a uno de ellos, recibiendo un tiro que alcanzó a rozarle la cara, pero que no alcanzó a detenerlo en su afán por escapar de sus agresores.

La huida terminó en una casa cercana donde llegó en busca de refugio, presentándose un forcejeo con el dueño de la casa Oswaldo Paternina Chima, quien al ver venir el grupo intentó cerrar la puerta de su vivienda . Superada su resistencia por la fuerza de Flórez y luego por la de los delincuentes, se presentó un tiroteo dentro de la casa, resultando lesionada en el cráneo la esposa de Paternina, Rudi López Polo, quien falleció al ser trasladada a un centro asistencial.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en las diligencias realizadas por la Policía Judicial, el Juzgado 18 de Instrucción Criminal de Cartagena abrió la correspondiente investigación penal, en desarrollo de la cual recaudó variada prueba testimonial, documental y pericial. estableciéndose que los autores del homicidio en referencia eran José Luis de las Aguas Mena y Luis Alberto Vásquez Castro. lográndose la captura del primero y ocurriendo el fallecimiento del segundo el trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991), hecho que provocó la extinción de la acción penal respecto de este último, la cual se formalizó mediante proveído del once (11) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993), dictado por la Fiscalía 35 de Cartagena. (fl.183).

Finalizada la etapa investigativa el mencionado Despacho dictó resolución de acusación en contra de De las Aguas Meza, como presunto autor responsable del delito de homicidio materia del proceso. Apelada la decisión ante la Fiscalía Dos Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, recibió su completa confirmación.

La etapa de la causa estuvo a cargo del juzgado 10º Penal del Circuito de Cartagena, Despacho que luego de presidir la audiencia pública de rigor, procedió a dictar sentencia condenatoria en contra del inculpado, en los términos que atrás se dejaron reseñados recibiendo la respectiva confirmación por el Tribunal superior de Cartagena, providencia contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de casación que hoy es materia de estudio por la Sala.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera, el recurrente reclama la casación del fallo recurrido . A su modo de ver , violó indirectamente el artículo 324 del C.P., desconociendo material probatorio que indicaba que su asistido nada tuvo que ver con el homicidio que se le endilga.

Para sustentar sus afirmaciones cita apartes de la providencia de primera instancia sobre el acierto que tuvo siempre Paternina Chima, al señalar las características morfológicas de su asistido. No obstante, el censor adver-

te sobre las diferencias que se presentan entre las que expuso ante la DIJIN y las que ilustró ante el instructor, hecho que lo lleva a calificarlas de contradictorias.

De otro lado, llama la atención sobre la retractación que hiciera el mencionado testigo, explicando fehacientemente el porqué de sus aseveraciones iniciales, relatando que el reconocimiento lo realizó señalando a De las Aguas Merced a que recordaba la fotografía que de él le habían mostrado en el F-2.

Respecto a la verosimilitud que se le niega a la retractación, el casacionista explica que el nerviosismo que se le observó al testigo es el producto "de estar en ese tipo de declaraciones", que la interpretación sobre su llanto puede ser cualquiera como el recordar a su esposa o por la conciencia que le acusaba, respecto a lo dógico se remite a las explicaciones de Paternina sobre las razones que lo llevaron a aseverar que reconocía al capturado como la persona que entró a su hogar con los resultados conocidos; por consiguiente, la contradicción que exhibe no es otra cosa que un acto de justicia con una persona acusada injustamente.

Tampoco acepta la aseveración de la sentencia de primer grado acerca de que su prohijado hubiese estado merodeando por el lugar la noche de autos, preguntándose de donde se saca tal afirmación. Si fue de los policiales no es de recibo pues no fueron testigos presenciales y sobre versiones de oídas no puede edificarse una condena por no poseer la certeza requerida para ello.

Finalmente rechaza el calificativo de inverosímil que extrae la providencia del señalamiento exacto que hace de su marcha hacia Tolú. Asegura el impugnante que el recuerdo es explicable si se tiene en cuenta que se trataba de la Semana Santa y de festejarse por aquellos días el cumpleaños de uno de sus hermanos, hecho que se encuentra probado en el expediente.

Con base en las anteriores razones solicita se case la sentencia y, en su lugar se absuelva a su prohijado.

Concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal

Critica al demandante por no señalar la clase de error que advierte en la sentencia ni su sentido, amén de que pese a impugnar el fallo de segunda instancia los reparos los enfila hacia el de primer grado, al tiempo que en últimas lo que persigue es cuestionar la valoración probatoria, polémica propia del error de derecho por falso juicio de convicción. Con esta formulación da al traste con su censura pues no hay posibilidad de impugnar por este concepto los medios de prueba merced a la inexistencia de tarifa legal sobre el particular.

Realmente, a juicio de la delegada, lo que propone el casacionista es su propia apreciación y valoración de algunas probanzas para oponerla frontalmente a la efectuada por el juez en la sentencia de primera instancia, debate que es ajeno al recurso de casación dado que a esta sede arriba el fallo amparado bajo la doble presunción de acierto y legalidad.

Además, y para ello hace la transcripción correspondiente, el fallo fue construido con lógica, coherencia, debidos fundamentos, y con apoyo en los principios de la sana crítica, apreciando la prueba de acuerdo con factores como su origen y legalidad, su relación con los hechos investigados y su concordancia conjunta.

Por tales circunstancias solicita no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La primera falencia que se observa y que abarca todo el escrito presentado como sustento del recurso es su referencia en todo momento el fallo de primer grado. Aunque el de segundo grado confirmó en su integridad el proveído del inferior, de todas formas - ya se verá porqué- la impugnación extraordinaria se realiza contra el fallo proferido en segunda instancia.

Es cierto, y esto podría argüirlo el censor, que los dos fallos guardan comunión entre sí en todo lo que el superior haya avalado expresa o tácitamente, por lo que una referencia al de primera instancia por ende cobijaría al de segunda en el evento de una confirmación plena. No obstante, aunque la decisión sea similar, los argumentos, los planteamientos, los vacíos, los puntos de vista para estudiar el problema no son iguales y obligan a examinar ambos fallos, empezándose por el de segunda instancia, y luego, complementándolo, si es del caso, con el de primera instancia. No hacerlo, aparte de la inconsistencia técnica, reduce las posibilidades del censor al tener como elementos de juicio apenas los de la porción que haga materia de su estudio.

El presente caso es una muestra palpable de ello. La parquedad del fallo del inferior fue remediada con un análisis más profundo del superior, como se verá en su momento. Con la profundidad del caso y si acaso algún equívoco podría extraerse del proveído de primer grado como el de afirmar la absoluta identidad de los datos físicos que hace de los inculpados en sus diferentes intervenciones el testigo Paternina, el *ad quem* hace el estudio prolijo del caso aclarando la cuestión.

Si el censor hubiese estudiado el fallo del Tribunal muy seguramente habría enarbolado otro tipo de argumentos o habría profundizado más sobre el caso. Sin embargo, apenas basó una porción de su escrito en las cortas frases que sobre el particular hizo el fallador de primera instancia. Craso error que presto colocó su demanda en el camino hacia el fracaso.

2. La segunda falencia estriba en los varios temas que expone en el mismo reproche. Primero descalifica al sentenciador por negar las contradicciones que exhibe el principal testigo de cargo en lo referente a la descripción física del imputado, luego salta al tema de la credibilidad de dicho sujeto para luego, en forma por demás confusa, aludir a las declaraciones judiciales que colocan a su prohijado como merodeador del lugar en que sucedieron los hechos horas antes del suceso criminoso, como hecho indicante, no sin antes descalificarlos por ser de oídas.

Como se ve son diferentes los temas que trata y refundirlos en uno solo haz conspira contra la armonía del escrito, suscitando en su interior una indeseable confusión que al final impide conocer el verdadero y real alcance de la impugnación. Para evitar esto la ley ha previsto, cuando se trate de asuntos diferentes, que se estudien en capítulos separados, dándole a cada cual su propio enunciado y su particular argumentación.

De todas maneras, aún pasando por alto esta formulación plural de tachas, admitiendo que a cada cual podría encontrársele su propio fundamento, tampoco el análisis de éstas, una por una, da mejores resultados a sus expectativas: Prosiguen las imprecisiones, las propuestas inconducentes en casación y la misma confusión en el estudio de ellas. Obsérvese.

3. De entrada se patentiza la ambigüedad atrás anunciada al callar sobre el alcance de su censura, por lo que se estudiará, en cada caso, si del texto se extrae la especie que se echa de menos. En efecto, aunque señala la causal primera de casación y a renglón seguido advierte que se trata de una violación indirecta de la ley sustancial, no especifica la especie del error en que incurre la sentencia ni tampoco el falso juicio que le dio origen.

4. En el primer tema habla, es cierto, de que se desconoció material probatorio que indicaría que su asistido es ajeno a los hechos que le imputan, lo que daría para pensar que su tacha se enmarca en un error de hecho por falso juicio de existencia. No obstante, en el desarrollo de la argumentación el casacionista se centra en lo dicho por la sentencia de primer grado cuando examina el testimonio de Paternina en lo atinente a que nunca erró por las características que dio al describir a De las Aguas.

A su modo de ver esto no es cierto y pone de presente las diferencias que encuentra entre la versión que el testigo rindiera ante la SIJIN y las manifestaciones precedentes ante el instructor. Con ello da a indicar que el yerro es de hecho por falso juicio de identidad pues se estaría en presencia de la tergiversación de un testimonio, al atribuirle claridad donde existían notables diferencias.

Antes que nada sorprende la parquedad de la argumentación. Seis fueron las veces que la justicia escuchó a Paternina y el censor apenas habla "... de la declaración que da en la SIJIN", dela que rinde a folio 25 ante el Juzgado Instructor y dela que aparece a folio 231 en la que se retracta de lo dicho, comparación que le basta para decir que el testimoniante sí erró en la descripción física del agresor.

Ahora, el fallo de primera instancia junto con el proferido por el *ad quem* dicen otra cosa. Es cierto que el a quo asegura que Paternina Chima "... nunca erró en las características que daba cuando lo describió una y otra vez cuando declaraba," (Fls. 123 y124, C.2), afirmando luego que "... ni siquiera tuvo confusión en la estatura del procesado pues siempre dijo que el más bajito era el "Cancio"..." (fl. 126).

La frugalidad en el razonamiento del *a quo* es notoria aunque queda claro que de hecho estaba excluyendo la retractación y tan solo se refería a las

demás intervenciones del procesado, en las que nunca exhibió contradicción alguna. La prueba de ello es que a la "rectificación" que hiciera Paternina en su ultima declaración el Juez le dedicó un aparte, este sí sustancial, en el que especifica con orden, claridad y contundencia, los motivos que lo llevan a rechazar el cambio de versión.

Ahora, la falta de profundidad sobre la coincidencia que siempre mostró el declarante, excluida su última versión, quedó superada con la sentencia de segunda instancia que se detuvo en el tema con la atención que era de esperarse. Es por ello que, para evitar posibles confusiones, detalla una a una las diferentes intervenciones de Paternina en el proceso.

En las cinco primeras transcribe las descripciones, siendo todas coincidentes en afirmar que los agresores eran morenos, jóvenes, bajitos -uno más que otro-, detallando incluso en la cuarta que había reconocido a Vásquez Delgado por una fotografía suya que aparecía en el "Universal", y en la quinta recordando el mechón de canas que posee DE LAS AGUAS , al tiempo que lo reconocía al ponerle el instructor un álbum de fotografías donde figuraba el procesado. No extraña, por consiguiente, que al practicarse el reconocimiento en fila de personas hubiese señalado a De las Aguas sin titubeo alguno.

Unicamente en la sexta ocasión que declaraba ante los estrados judiciales, Paternina varió su descripción. No extraña, por consiguiente, que se acojan sus varias y homogéneas declaraciones anteriores para dilucidar el asunto. Y aunque no resulta muy claro adverar que "nunca erró" en la reseña física, es claro que lo que se trataba de advertir era que mientras mantuvo su línea de conducta inicial, en seis ocasiones (5 declaraciones y el reconocimiento en fila de personas) mantuvo invariable su descripción. Diferente es el caso que luego, a través de explicaciones que no aceptaron los falladores, pretenda variar la descripción con el explícito fin de favorecer al incriminado.

No existe, por consiguiente, distorsión alguna en la reseña, análisis e interpretación del testimonio de Paternina, reduciéndose el problema al grado de credibilidad que se le diera a la última intervención en la que echó pié atrás a sus iniciales aseveraciones, la misma que en tanto sea razonable en inatacable en casación.

5. Es esta, la retractación, a la que le dedica la segunda parte de su demanda, haciendo un visible esfuerzo por convencer a la Sala sobre la sinrazón de los argumentos del fallo de primera instancia para desestimarla. A cada punto desarrollado por el sentenciador, el casacionista le da su propia connotación, brindando explicaciones, aventurando hipótesis, presentando conjeturas, intentos todos loables pero ajenos al recurso extraordinario.

Un primer tropiezo presenta esta argumentación. La sentencia, como repetidamente se ha dicho y avces se olvida por los recurrentes, arriba a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad. De ahí que, para conseguir su desquiciamiento, debe la demanda demostrar un yerro que contraríe la normatividad vigente y la realidad procesal. Un simple en-

frentamiento de criterios no es de recibo pues corresponde a una interpretación personal y no a una realidad objetiva y única del proceso.

Ahora como la retractación fue rechazada por los sentenciadores al carecer de la credibilidad necesaria para tenerla en cuenta, tampoco le reporta al impugnante visos de éxito tratar de demostrar lo contrario intentando apuntalarla adosándole características de solidez y certidumbre. El intento es vano pues coloca la censura en el terreno del error de derecho por falso juicio de convicción, inatacable en casación al encontrarse limitado el raciocinio del fallador únicamente por los principios de la sana crítica.

Y tampoco resulta serio el responder con simple hipótesis como en el caso del nerviosismo que se le observara al testigo en el momento de retractarse, con el argumento de que a tal estado llegó por tratarse de una diligencia judicial y olvidando que ya era la sexta vez que lo hacía y en las cinco anteriores la tranquilidad fue su estado de ánimo. Tampoco que explique el llanto de Paternina como debido al recuerdo de su esposa muerta o al remordimiento de haber acusado a un inocente. Y en cuanto a la ilogicidad y contradicción que exhibe su último aserto, que pretenda interpretarlo con el argumento de que todo se debió a un error que ahora pretendía enmendar.

6. Finalmente, es extraña la alusión que hace a la declaración de los policiales (no aclara cuales) en cuanto les constara que De las Aguas se encontraba aquel día merodeando por el lugar de los hechos. Como bien lo aclara la Delegada, no se entiende por qué a esta versión, presumiblemente la del agente Miguel Franco Gómez, le da la connotación de "hecho indicante", tratando de desvirtuar un indicio que jamás se analizó y estructuró en los fallos de instancia.

Si el fallador de primera instancia trae a cuento este hecho es simplemente para corroborar los demás medios de prueba, en especial el dicho de Paternina Chima, pero jamás con el objetivo de conformar un indicio de presencia. Simplemente, éste fue uno de los elementos que se extrajeron de las declaraciones del policía y del compañero Orlando Antonio Sanjuan Bacca para estudiar el valor que podrían tener las diligencias preliminares que adelantaron para encontrar a los homicidas, desconocidos en los primeros momentos de la investigación.

Habla el *a quo*, entonces, de la descripción que hacen los agentes de los procesados con base en la recolección de datos de los testigos y de que las características dadas coinciden con las fisonomías de los procesados. Aduce además, que los agentes expresaron que estos sujetos son reconocidos delincuentes que operan en el sector, que al propio Franco le consta que uno de los testigos reconoció a De las Aguas en una de las fotografías de los archivos de la institución, que fueron informados de que las únicas personas que deambulaban por el barrio eran aquellos, que el condenado traía puestas una gorra y unas chancletas (prendas encontradas en el lugar de los hechos) y, finalmente, que los informantes que tienen en el sector les dijeron que estos habían sido los autores del crimen.

Como se ve fueron muchos los datos que se extrajeron de las declaraciones de los policiales, encontrándolos veraces después de confrontarlos con las demás pruebas obrantes en el proceso. El calificativo de merodeadores no fue significativo ni sirvió para construir indicio alguno pues se contaba con prueba directa suficiente para predicar la responsabilidad que le cabe a De las Aguas.

No prospera la demanda.

Debe señalar la Sala, para finalizar, que Gustavo Flórez Otero resultó herido. Recibió un disparo en el brazo derecho y otro que le rozó el rostro. Y aunque de ese hecho se ocupó el instructor al momento de resolver la situación jurídica de los procesados; el mismo no fue tema de la calificación y mucho menos de la sentencia. Por ende, en cuanto no existe constancia procesal de haberse compulsado copias del expediente para su investigación en otro proceso, las ordenará la Sala con destino a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena.

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

RESUELVE:

1ª. NO CASAR el fallo impugnado

2ª. EXPEDIR las copias a que se hizo alusión en las motivaciones.

Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Causal tercera: Exigencias técnicas

En tratándose de la causal tercera, no basta la enunciación genérica del cargo como de nulidad, pues, al igual que en los demás motivos de casación, es obligación del censor demostrar el sentido de la violación señalando inequívocamente en cuál causal de nulidad cabe ubicar la irregularidad aducida, en cuál estadio procesal se originó, y cómo no es posible remediar la irritualidad de manera diferente a la de quebrar la presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo de segunda instancia.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 181 Proceso No. 14195

VISTOS

En atención a lo estatuido en los artículos 225 y 226 del C. de P. Penal, se ocupa la Sala del examen preliminar de la demanda de casación instaurada por el defensor de Hernando Prada Alvis contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por cuyo medio confirmó integralmente la condena que el Juzgado 10° Penal del Circuito de dicha ciudad le impuso al procesado como responsable del hecho punible de hurto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante el sistema de anticipos, varios propietarios de buses afiliados a la empresa transportadora "Velotax" con sede en Ibagué lograron defraudar patrimonialmente a la compañía durante los meses de junio a noviembre de 1994, en cuantía un poco superior a los veinte millones de pesos ($20'000.000), entre quienes se contaba Hernando Prada Alvis. Para consumar el fraude, el procesado solicitaba al taquillero como avance de su liquidación mensual la entrega de determinadas sumas de dinero, hecho que se registró en múltiples ocasiones, y obtenido el numerario, el digitador contable de la empresa, Jairo de Jesús Barrios Cano, ocultando los documentos soporte de la operación, omitía reportarlos al sistema computarizado de la entidad.

De esta manera tales abonos jamás pudieron deducírsele en el lapso en cuestión al dueño del automotor, siendo esta la forma como Prada Alvis, en connivencia con el empleado en mención, obtuvo el apoderamiento ilícito de una cifra superior a los once millones de pesos.

La Fiscalía 13 de la Unidad 1ª de Patrimonio Económico de la ciudad de Ibagué asumió la instrucción del proceso y obtenida la vinculación de los encartados les resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sustituyéndola luego por la de detención domiciliaria bajo caución prendaria por el concurso heterogéneo y sucesivo de hurto agravado y falsedad en documento privado por ocultamiento.

Dicha resolución la modificó la Fiscalía 4ª Delegada ante el Tribunal Superior de aquella ciudad al conocer de la correspondiente impugnación, pues, respecto de Prada Alvis solamente dejó vigente la medida por el cargo que dice relación con el atentado patrimonial. Decretado el cierre parcial de la investigación, en proveído del 26 de enero de 1996 el fiscal profirió acusación por hurto agravado contra el mentado procesado, en tanto precluyó en su favor por el delito de falsedad.

Del juicio conoció el Juzgado 10 Penal del Circuito, despacho que mediante fallo del 26 de noviembre del mismo año condenó al acusado a la pena de 20 meses de prisión, suspendiendo su ejecución por el término legal, decisión que fue integralmente avalada por el Tribunal de Ibagué el 11 de septiembre de 1997 al desatar la impugnación que contra la sentencia de primer grado propuso el defensor del acriminado.

La Demanda

Diciendo tener como finalidad la invalidación del fallo, tres cargos propone el demandante contra la sentencia de segundo grado objeto de la impugnación extraordinaria.

Primer Cargo.

Al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, el recurrente acusa la sentencia de violar en forma directa la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 349 y 351-2 del Código Penal, en armonía con los artículos 1°, 2° y 3° *idem*, y 247 del Código de Procedimiento Penal.

En el desarrollo y fundamentación del cargo el casacionista sostiene que el Tribunal dio por tipificado el ilícito de hurto agravado al considerar probados los elementos que exige el artículo 349 del Código Penal para su configuración. Afirma que según el *ad quem* dicho punible se estructuró desde el instante en que "los comprometidos en la acción hacían como suyo el dinero, esto es, tan pronto se destruía u ocultaba el respectivo comprobante de anticipo, que impedía que la suma fue reintegrada o descontada (sic) al finalizar el mes o momento de hacer las cuentas", acto de apoderamiento al que se llegó por la confianza que en ellos depositó el dueño, poseedor o tenedor de los mismos y que como circunstancia de agravación específica de la conducta reprochada se halla consagrada en el artículo 351-2 *ibidem*.

Igualmente advierte que el Tribunal en apoyo de su tesis citó una jurisprudencia de la Sala que no se aviene al caso, por ser diversas tanto la situación como las circunstancias de tiempo, modo y lugar de las que trata el proceso; y agrega que mediante sendas decisiones de 1993 y 1973, en su orden, esta Corporación estableció las diferencias en cuanto a las fases consumativa y de agotamiento en el hurto, y la disimilitud existente entre este delito cuando es agravado por la confianza, y el de abuso de confianza.

"El yerro del sentenciador en la apreciación de la doctrina de la H. Corte, citada en su sentencia lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 1, 2, 3, 348, 351 del C. P. y 247 del C. P. P. dando por demostrado un delito de hurto que no se tipifica, por cuanto el señor Hernando Prada Alvis no tenía la cosa en condiciones de precariedad. Los anticipos se dieron en propiedad, porque estaban destinados al consumo, (sic) sufragar ciertos gastos", porfía en asegurar el recurrente extraordinario, y haciendo suyas las palabras de la Corte afirma que, erró el Juzgador "en el proceso mental de adecuación típica, pues ha decidido que la conducta del procesado se subsume en un tipo legal dentro del cual aquella realmente no entra", y remata: "De no haber incurrido el H. Tribunal en el yerro que se comenta; habría revocado la sentencia del juzgado de primera instancia y absuelto al recurrente Hernando Alvis." (subrayas del texto original).

Segundo Cargo.

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo del Art. 220 del C. de P. Penal, el casacionista plantea como reproche subsidiario la violación indirecta de los artículos 1°, 2°, 3°, 349 y 351-2 del C. Penal, y 247 del C. de P. Penal, aduciendo error de hecho por ignorar tanto el fallador de segunda como el de primera instancia, en forma evidente, lo que la Fiscalía 4ª Delegada ante el Tribunal Superior adujo para desvincular de la investigación a Prada Alvis por el cargo de falsedad, esto es, su no probada participación "en ese ocultamiento o destrucción de los documentos soporte del anticipo entregado", razonamiento acogido por el Fiscal que calificó el sumario al precluir en su favor por este delito.

Si en las instancias se determinó como momento consumativo del hurto el mismo de la sustracción u ocultamiento o destrucción del documento referido en tales providencias, arguye el impugnante, al precluirse la investigación en favor del procesado por el atentado contra la fe pública por no haberlo cometido ni determinado su comisión, el error del Tribunal consistió en que desconoció esta prueba de inocencia.

Y concluye que resulta "inconcebible" que a alguien se le responsabilice de un ilícito sin que ni siquiera tenga noticia de su comisión, por lo que ha de decirse que el juez colegiado supuso la coautoría de Prada Alvis en el acto lesivo del patrimonio económico, "sin la menor prueba al respecto": y así como no hay prueba alguna sobre la coautoría en el delito de falsedad, tampoco la hay en relación con el delito de hurto agravado.

Tercer Cargo.

De igual manera, como cargo subsidiario y al amparo de la causal tercera de casación, plantea el libelista esta censura por haberse proferido la sentencia en un juicio viciado de nulidad, con lo cual se infringieron los preceptos contenidos en los artículos 26 y 27, sin precisar de cuál estatuto, así como el 87 y 90 del Código de Procedimiento Penal.

En la fundamentación del reproche sostiene el recurrente que la Fiscalía adelantó la investigación con base en el fenómeno de la conexidad de delitos; empero ante la preclusión que se dictó en favor de su defendido respecto del delito de falsedad, se originó su rompimiento, caso en el cual debió juzgársele por separado. Consecuentemente, el conocimiento de la investigación por el "delito de hurto en concurso" le correspondía a la Fiscalía Local de Ibagué, habida cuenta que cada una de las apropiaciones atribuidas a Prada Alvis fue de $50.000; pero al abrogarse los falladores de instancia esa competencia, se genera la nulidad del proceso, es lo que pareciera decir el censor en su difuso y embrollado planteamiento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ninguna capacidad para concitar el estudio de fondo por parte de esta Sala tiene el libelo sometido a revisión formal, pues a más de desconocer elementales reglas de técnica casacional, está ayuno de la claridad y precisión que para la formulación de las correspondientes censuras exige el artículo 225 del C. de P. Penal de toda demanda en forma.

1. La violación directa.

Fuera de reseñar lo que dijo el Tribunal para dar por tipificado en el presente asunto el delito de hurto que se le atribuye al acusado, de citar las decisiones jurisprudenciales en las cuales se apoyó la Colegiatura en mención para arribar a aquella conclusión, de señalar lo que sobre el tema ha escrito un conocido doctrinante, y de afirmar que por apreciar erradamente la doctrina de esta Corte el juzgador se dio a aplicar indebidamente los preceptos sustanciales que estima infringidos, en especial los artículos 349 y 351-2 del C. P., ningún esfuerzo dialéctico realiza el censor para demostrar la censura, explicando de manera lógica y jurídica, por ejemplo, por cuáles razones Prada Alvis "no tenía la cosa en condiciones de precariedad", o qué lo induce a aseverar que los "anticipos se le dieron en propiedad".

Lo que se infiere de una tal argumentación es que el censor, bajo una óptica distinta de los hechos y del propio examen probatorio realizado en la sentencia, pretende imponer su particular criterio, soslayando los razonamientos que el juzgador tuvo a bien exponer para deducir el compromiso penal que le asiste al procesado. Una forma como esta de sustentar resulta ajena a la violación directa de la ley sustancial, puesto que, como lo viene iterando la Sala, al escoger esta vía de ataque el actor renuncia a cualquier polémica sobre los aspectos fácticos del caso, estándole igualmente vedado

entablar debates en relación con el análisis probatorio que se supone admitido en la forma como el fallador lo asumió.

No logra pues acreditar el recurrente con su inextricable discurso, de qué manera el *ad quem* al realizar el correspondiente "proceso mental de adecuación típica" incurrió en el yerro que le atribuye, al subsumir la conducta del procesado en un tipo penal cuya descripción ninguna correspondencia tiene con el evento juzgado.

Para los efectos que persigue el censor y contrariamente a la precisión y claridad exigida por el Art. 225-3 del C. de P. P., resulta ser tan confusa la sustentación del cargo que en ciertos apartes de su alegación deviene imposible determinar si sus reproches se derivan de lo que en relación con el comportamiento punible endilgado al sentenciado arguyó el Tribunal, o son el producto de sus propias disquisiciones -las del demandante-, o si una tal censura se origina en lo que sobre el tema debatido tienen decantado la doctrina y la jurisprudencia, tornándose el fallo de esta manera inconsecuente con esas disciplinas auxiliares de la actividad judicial.

2. La violación indirecta.

Error de hecho por ignorar el fallador la argumentación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior para desvincular de la investigación al acusado por el delito de falsedad, es el fundamento de esta censura, pues, en sentir del libelista, si se precluyó en favor de su asistido por tal ilicitud ante su no comprobada participación en la sustracción u ocultamiento de los documentos que constituían el soporte contable de la entrega de los pluricitados anticipos, y si, además, el momento consumativo del hurto se determinó a partir de la sustracción u ocultamiento de aquellos comprobantes, hecho este que se le enrostró a persona diferente a Prada Alvis, esa "prueba de inocencia" la desconoció el juzgador, como quiera que el acusado no tuvo noticia de ese hecho, no lo cometió y menos determinó a otro a cometerlo.

Una equivocada manera de formular el cargo es lo que se evidencia de la fundamentación del mismo, por cuanto a pesar de plantear un supuesto error de hecho por falso juicio de existencia, en el fondo termina el censor por desarrollar un supuesto falso juicio de identidad, sin demostrar ni lo uno ni lo otro, y menos referirlo al material probatorio como era lo esperado. Es así como, en vez de precisar qué fue lo que arguyó el Tribunal para dar por demostrada la existencia de la conducta punible de hurto e impartir condena contra Prada Alvis en consonancia con la acusación al hallarlo responsable de dicho injusto, se esmera en centrar el debate sobre lo que la Fiscalía adujo para desvincularlo de la hipótesis delictiva de falsedad que en principio se le imputó.

En efecto, por tener que ver el cargo formulado con el tema probatorio y dado el sentido de la supuesta violación argüida, debió indicar el censor, con claridad y precisión, como lo exige el artículo 225-3 del C. de P. Penal, qué

elementos de persuasión presentes en el proceso omitió valorar el juzgador que, de haberlos estimado, sin duda hubiesen conducido a la absolución del encartado.

No es pues con enunciados genéricos o con afirmaciones gaseosas, huérfanas de demostración alguna, como puede procurarse el derrumbamiento de un fallo que goza de los atributos de acierto y legalidad; y de este jaez son las expresiones que hace el censor como aquella de que resulta "realmente inconcebible" que se tenga a alguien como responsable de un delito propiciado o consumado por otros, sin tener participación en él: o la aseveración de que el juzgador "supuso" la coautoría del acusado en el delito por el cual se le juzgó "sin la menor prueba al respecto"; omitiendo en todo caso señalar de qué manera se inventó esa prueba de responsabilidad si es que no existe la misma en el proceso, por lo que se carecería de los presupuestos que para condenar demanda el artículo 247 del C. de P. Penal.

Es que de la ausencia de elementos para acusar por determinado hecho punible, necesariamente no se sigue que dicha orfandad probatoria también quepa predicarse respecto de las demás conductas al margen de la ley que hayan sido objeto de imputación y de condena.

No logra desarrollar entonces el casacionista el falso juicio de existencia alegado.

3. La nulidad.

Desatendiendo lo que el principio de prioridad le impone, el censor formula este cargo de manera subsidiaria. Sin embargo, no es esta la única falencia que determina su rechazo, sino primordialmente la ausencia de fundamentación y demostración de la censura.

En efecto, pretende el censor se invalide el proceso arguyendo que si se precluyó la investigación por el punible de falsedad en favor de su asistido, se originó "el rompimiento de la conexidad": luego, entonces, la Fiscalía Local de Ibagué debió asumir la instrucción del asunto, en razón de la cuantía de cada una de las apropiaciones imputadas, y por consiguiente los falladores de instancia usurparon competencia al "Juzgar el delito de hurto en concurso en apropiaciones de cincuenta mil pesos".

En tratándose de la causal tercera, no basta la enunciación genérica del cargo como de nulidad, pues, al igual que en los demás motivos de casación, es obligación del censor demostrar el sentido de la violación señalando inequívocamente en cuál causal de nulidad cabe ubicar la irregularidad aducida, en cuál estadio procesal se originó, y cómo no es posible remediar la irritualidad de manera diferente a la de quebrar la presunción de acierto y legalidad que ampara al fallo de segunda instancia.

No atina a explicar el casacionista por qué los falladores de instancia carecían de competencia para pronunciarse sobre el asunto, si de por medio estaban la conexidad material y la procesal, como lácitamente admite en la

demanda al aludir al fallo que por los delitos conexos de hurto y falsedad se produjo en relación con el coprocesado Barrios Cano y al juzgamiento al que igualmente se sometió dentro de ese proceso a su defendido, contra quien también se impartió condena por una de esas ilicitudes.

En resumen, no precisa el actor la razón concreta de la violación, como no sea la enconada protesta por la condena de su poderdante en la condición de coautor del atentado patrimonial, hecho este que desprovisto de irregularidades mal puede erigirse en causal de nulidad.

Los argumentos que vienen de exponerse resultan suficientes para declarar que la demanda de casación que en nombre del sentenciado presentó su defensor, no reúne los presupuestos de forma que para su admisión estipula el artículo 225 del C. de P. Penal. En consecuencia, se dispondrá su rechazo de plano y consiguientemente la deserción del extraordinario recurso.

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

RESUELVE

RECHAZAR *in limine* la demanda de casación que en nombre del procesado Hernando Prada Alvis presentó su defensor contra el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído. En consecuencia, se declara desierto el correspondiente recurso.

Contra la presente decisión es inimpugnable, de acuerdo con las previsiones de los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INVESTIGACION INTEGRAL-Técnica para alegar su vulneración

Si el investigador se abstiene de buscar y conformar las pruebas de favor al acusado, lo que se configuraría es un error in procedendo, en cuanto afecta la regularidad del procedimiento, que sería justificante de una causal de nulidad por violación del debido proceso, y no un error in iudicando que supone la apreciación de la prueba en la medida que haya sido recolectada imparcialmente por el funcionario judicial.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 181 Proceso No. 14312

VISTOS

Se decide sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Adolfo Gómez Sissa, en relación con la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), por medio de la cual condenó al acusado como determinador de un concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Procede la Corte conforme con las pautas trazadas por los artículos 220 y 225 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS

Por medio de Acuerdo número 010 de 1990 (noviembre 18), el Concejo Municipal de Tutazá, en el departamento de Boyacá, adoptó el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal del año de 1991, documento en el cual se incluyó una partida de trescientos mil pesos ($ 300.000.oo) para mantenimiento y dotación de la Escuela "La Victoria", situada en la vereda "Peña Negra" de la citada población, a instancias del edil Adolfo Gómez Sissa, quien es oriundo de la región favorecida.

Pues bien, el día 25 de noviembre de 1991, la alcaldesa del municipio, señora Myriam del Carmen Estupiñan Guerrero, emitió una orden de sumi-

nistro al supuesto proveedor Flaminio Castro Sissa, cuñado del mencionado concejal, quien firmó entonces la factura de venta número 414 del 18 de diciembre del mismo año, por valor de doscientos veintisiete mil pesos ($227.000.oo), que correspondía a la presunta entrega de tres mil (3.000) bloques de ladrillo refractario, cuarenta (40) bultos de cemento y tres (3) viajes de arena de cantera. En la misma fecha de la facturación, la junta de Gobierno Municipal, dirigida por la burgomaestre, certificó que los materiales habían sido recibidos a entera satisfacción, conforme con lo descrito por el proveedor; se dictó la correspondiente resolución de pago por la alcaldesa y fue diligenciada la cuenta de cobro número 244.

Posteriormente, se estableció que tanto el suministro de materiales como los documentos diligenciados eran fingidos, pues no aparecieron los elementos ni tampoco obra alguna se había realizado en el mencionado centro educativo rural, pero, el dinero dispuesto para tal fin, sí salió efectivamente del erario municipal en beneficio del concejal involucrado.

La junta de gobierno que certificó la recepción estaba compuesta, además de la alcaldesa, por los señores Juan de los Santos Amado Vega, personero municipal, y Reinaldo Alarcón Guarín, tesorero de rentas municipales. Hacía las veces de secretario de la entidad, el señor Darío Danubio Daza, funcionario que cumplía igual oficio en la alcaldía municipal.

Actuación Procesal

Con motivo de la denuncia presentada por el ciudadano Denis Orlando Sissa Daza, el fiscal Séptimo Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, inició investigación previa y después abrió formalmente la instrucción (fs. 18 y 31). Fueron vinculados, por medio de indagatoria, los imputados Myriam del Carmen Estupiñán Guerrero, alcaldesa municipal de Tutazá, Adolfo Gómez Sissa, concejal, Reinaldo Alarcón Guarín, tesorero, Juan de los Santos Amado Vega, personero, Darío Danubio Daza, secretario, y Flaminio Castro Sissa, contratista del suministro (fs. 35, 151, 154, 158, 162 y 180).

Los cinco (5) primeros involucrados, en su condición de servidores públicos, fueron afectados con la medida de aseguramiento de detención preventiva por un concurso de delitos de falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación, pero, en relación con la alcaldesa y el concejal, se sustituyó la cautela por detención domiciliaria; mientras que a los tres (3) siguientes imputados se les concedió la excarcelación. Al particular, por su condición de cómplice, se le impuso la medida de aseguramiento de caución prendaria (fs. 52 y 184).

El fiscal delegado ante circuito calificó el mérito del sumario, según resolución del 26 de septiembre de 1996, en razón de la cual acusó a los cinco (5) funcionarios y al particular como partícipes del delito de falsedad ideológica en documento público, mas tanto a la alcaldesa como al concejal, la acusación se extendió al hecho punible adicional de peculado por apropiación (C.

P., arts. 219 y 133). Se aclara en la decisión que el edil Gómez Sissa debía responder como determinador de los hechos delictivos, los restantes funcionarios en calidad de coautores del delito contra la fe pública, mientras que el ciudadano Castro Sissa lo haría a título de cómplice de la última infracción (fs. 256).

Para atender un recurso de apelación interpuesto por la defensa de la ex alcaldesa Estupiñán Guerrero, al igual que por el procesado Darío Danubio Daza, la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de resolución del 13 de noviembre de 1996, confirmó la acusación respecto de la primera procesada y la revocó en relación con el segundo, a cuyo favor sucesivamente se precluyó la investigación (fs. 4, cuaderno 2ª instancia).

El juicio correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, después convertido en Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de la misma ciudad, despacho que finalmente dictó sentencia de primer grado el 2 de mayo de 1997, por medio de la cual condenó a los acusados conforme con los cargos formulados en la resolución de acusación. Así, Myriam del Carmen Estupiñán Guerrero y Adolfo Gómez Sissa recibieron cada uno la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y cinco mil pesos ($5.000.oo) de multa; Juan de los Santos Amado Vega y Reinaldo Alarcón Guarín, treinta y seis (36) meses de prisión de manera individual; y Flaminio Castro Sissa, dieciocho (18) meses de prisión.

Todos fueron condenados a la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por igual período al determinado como privación de la libertad; también se les impuso obligación indemnizatoria por perjuicios materiales y morales; a los dos primeros se les negó la condena de ejecución condicional y fue revocada la detención domiciliaria; y se concedió el subrogado a los tres (3) restantes procesados (fs. 431).

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por medio de fallo fechado el 1° de septiembre de 1997, confirmó la sentencia condenatoria emitida en primera instancia, pero con una modificación atinente al monto de los perjuicios (descartó los de orden moral) y la distribución de la responsabilidad de su pago (cuaderno Tribunal, fs. 2).

La Demanda

El defensor del procesado Adolfo Gómez Sissa ha presentado demanda de casación en contra de la sentencia de segundo grado, efecto para el cual propone su rompimiento a través de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, en la modalidad de violación indirecta de la ley sustancial, por supuestos errores de hecho consistentes en falsos juicios de existencia e identidad.

1. En relación con el error de hecho por falso juicio de existencia, el demandante aduce que el Tribunal desconoció los documentos públicos que

aparecen entre folios 4 y 17 del cuaderno original, escritos en los cuales no se registra el nombre del procesado Gómez Sissa como autor de los mismos ni contratante. A pesar de que el *ad quem* advierta sobre una evaluación conjunta de los hechos y las pruebas, a la postre actúa como si no existiera la mencionada prueba documental.

Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta los aludidos documentos, la "irrefragable conclusión" sería la de que el señor Adolfo Gómez Sissa era ajeno al comportamiento delictivo, máxime que aquél tenía la posibilidad de considerar el marcado interés de la exalcaldesa para involucrar a quienes en últimas son sus opositores políticos.

Agrega que el juzgador violó los artículos 250 de la Constitución Política y 333 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto desconoció la pruebas favorables al procesado Gómez Sissa.

Supone el Tribunal la prueba que acredita el hecho de que el acusado se hubiese beneficiado de los dineros del Estado, a pesar de que en el expediente no obran tales medios de convicción.

Se ha proferido fallo condenatorio y el *ad quem* le da credibilidad al dicho de la exalcaldesa, a pesar de las dudas que revela el mismo fiscal en el acto de audiencia pública. Tal actitud desplaza el principio de presunción de inocencia, en beneficio de una presunción de dolo, y de tal manera viola los artículos 2° y 445 del Código de Procedimiento Penal.

2. Expone el recurrente, en segundo lugar, que se ha producido un falso juicio de identidad, en la medida que el Tribunal le ha hecho decir a las pruebas lo que ellas en realidad no revelan.

Como el juzgador interpretó erróneamente las pruebas, concluye el actor que se ha aplicado indebidamente el artículo 23 del Código Penal, pues la calidad de determinador ha sido claramente definida por la doctrina de la Corte (auto del 1° de diciembre de 1993), amén de que hace suya la exposición que sobre el tema hizo el profesional que le antecedió en la defensa, al momento de recurrir la sentencia de primer grado (fs. 574).

Pide que se case la sentencia por los motivos expuestos y, como consecuencia, que se absuelva al procesado Adolfo Gómez Sissa.

Revisión Formal de la Demanda

1. Como fundamento del reproche por falso juicio de existencia, el censor dice escuetamente que el Tribunal menospreció la prueba documental intercalada de folios 4 a 17 del cuaderno original, medios en los cuales no figura el nombre del procesado como autor o contratante.

No es clara la motivación de la demanda, porque el recurrente no informa cuál es la individualidad de los documentos supuestamente ignorados, ni tampoco el contenido relevante de cada uno de ellos. No obstante que el actor intenta una aproximación, mediante el señalamiento de que en tales

escritos no está referido el nombre del procesado, como autor de los mismos o contratante de los suministros, lo cierto es que él mismo admite que su defendido fue acusado en calidad de determinador (el hombre de atrás), y entonces faltaría una demostración plausible del beneficio real que le representaría el hecho de no aparecer registrado en la documentación (como lógicamente no podía estarlo), a sabiendas de que su tarea era la de mover a la sombra la voluntad de otros partícipes, por medio del convenio, la instigación, la orden u otro medio idónico para concitar la delincuencia conjunta.

Así entonces, el actor no ha demostrado de qué manera, si se hubieran analizado los documentos, el Tribunal pudo haber llegado a la "conclusión irrefragable" de que el procesado Gómez Sissa era completamente extraño a los delitos atribuidos, en vista de que la calidad de su participación era la de determinador.

Ahora bien, por las mismas referencias y el contexto de la demanda, se infiere que en verdad el impugnante quiere señalar que el Tribunal le negó a la prueba documental los efectos benéficos que supuestamente comportaba para su asistido, antes que ella haya sido ignorada, pues además sería un imposible haber hecho imputaciones por los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, sin examinar las órdenes, facturas y demás documentos que revelan que hubo apoderamiento del dinero público o que sobre los mismos recayó una falsificación. Así vista la situación, el actor equivoca completamente el sentido de la violación, pues no sería claro si pretende un error de hecho por falso juicio de existencia o procura una consideración valorativa diferente de la prueba documental, aspecto este último que se sale del ámbito de la casación, pues el recurso extraordinario no puede manipularse para desconocer los razonables juicios probatorios de las instancia, sin enseñar a la vez los protuberantes yerros cometidos en la valoración judicial.

Por otra parte, el razonamiento es insuficiente en la medida que no hace ningún balance de la supuesta prueba ignorada, en relación con otros medios de convicción aducidos en la sentencia, única manera de caracterizar como trascendente el vicio señalado, si es que se llega a establecer que los elementos probatorios estimados por el juez son en realidad insuficientes para sostener el sentido condenatorio del fallo impugnado.

La imprecisión de la demanda también se hace notoria, cuando el defensor sugiere que la ex alcaldesa Myriam del Carmen Estupiñán Guerrero, por el interés de perjudicar a su opositor político, pudo haber involucrado injustamente al concejal Gómez Sissa. Tal manifestación evidencia dos cosas: una, que el actor reconoce la existencia de otras pruebas que incriminan a su defendido, distintas a la prueba documental que echa de menos, como sería la versión de la ex funcionaria; y, otra, que una vez más se produce un desvío en el ataque, pues, invocar como ignorado el interés de una testigo de cargo, significa proponer otra forma diversa de valorar la prueba, orientación vedada para recurrir en casación, siempre que no se advierta una violación

flagrante a las reglas de la sana crítica, en homenaje al principio de jurisdiccionalidad que asiste a las decisiones de instancia.

También se detecta una equivocación en la cita de los artículos 250 de la Constitución Política y 333 del Código de Procedimiento Penal, como normas violadas por el presunto desconocimiento de las pruebas favorables al procesado, pues tales preceptos no se refieren a una actividad de estimación de las pruebas, sino al proceso de formación de las mismas, en el sentido de que el funcionario judicial debe investigar tanto lo inculpatorio como lo exculpatorio (principio de investigación integral). De esta manera, *si el investigador se abstiene de buscar y conformar las pruebas de favor al acusado, lo que se configuraría es un error* in procedendo, *en cuanto afecta la regularidad del procedimiento, que sería justificante de una causal de nulidad por violación del debido proceso, y no un error* in iudicando *que supone la apreciación de la prueba en la medida que haya sido recolectada imparcialmente por el funcionario judicial.*

El censor afirma globalmente que el Tribunal no le creyó a la coprocesada Myriam del Carmen Estupiñán Guerrero, a pesar de lo cual condenó al acusado Gómez Sissa, decisión que viola los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. No precisa, en cuanto a la versión de la ex alcaldesa, cuáles afirmaciones de dicha deponente fueron desechadas y cuáles las aceptadas por el juzgador; ni de qué manera concreta se vulneraron los postulados rectores invocados, todo lo cual evidencia una vez más la falta de claridad y precisión en los cargos de la demanda.

Además, según la afirmación del recurrente, si algunas dudas fueron manifestadas por el fiscal en su exposición, la pregunta obvia sería cuál fue la repercusión de ellas en los fallos, sobre todo en el de segunda instancia que es el demandado, porque de todas maneras su contenido fue de condena al procesado.

Afirma el censor que el Tribunal supone prueba sobre el beneficio económico obtenido por el procesado, pero no indica concretamente la reflexión de la Corporación sobre el tema, pues de otra manera no se puede demostrar si en realidad hubo invención de medios probatorios.

2. En relación con la afirmación inicial de un falso juicio de identidad, el impugnante no señala cuáles fueron las pruebas distorsionadas en su contenido; tampoco dice en qué consistió la tergiversación; ni mucho menos evidencia de qué manera fue que el Tribunal las puso a declarar algo ajeno a su tenor.

En esta segunda observación, de nuevo el actor hace gala de meras afirmaciones sin demostración clara.

Ahora bien, en relación con el tema de la determinación, el demandante dice que se ha aplicado indebidamente el artículo 23 del Código Penal, dado que se interpretaron erróneamente las pruebas enderezadas a hacer tal imputación. Más, otra vez, el texto de inconformidad no indica cuáles fueron

las pruebas malogradas o malinterpretadas a tal fin, pues no bastaría hacer una remisión abierta a alegaciones de la defensa en momentos precedentes de la actuación procesal de instancia, dado que ello contribuye a la usual confusión del objeto propio del recurso extraordinario, que sólo apunta a restablecer la legalidad ostensiblemente desconocida, y no a revivir los debates probatorios o jurídicos de grado.

Por último, a pesar de que el escrito menciona la aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal, como norma sustancial violada, la argumentación sólo sería completa con la alusión a los artículos 133 y 219 del mismo ordenamiento, preceptos de igual rango jurídico, si es que se pretendía la absolución del acusado.

Como se ve, la demanda carece de la mínima claridad y precisión que exige el Estatuto Procesal Penal, razón por la cual se rechazará de plano y, por consecuencia, se declarará desierto el recurso de casación antes concedido por el Tribunal.

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

RESUELVE:

Rechazar *in limine* la demanda de casación presentada en interés del procesado Adolfo Gómez Sissa. En consecuencia, se declara desierto el recurso extraordinario antes concedido.

De conformidad con los artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal, en relación con esta providencia no procede recurso alguno.

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, Yesid Ramírez Bastidas

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAPTURA-Cuando niega el subrogado de la condena de ejecución condicional

Es tema definido por la jurisprudencia de la Sala que si en la sentencia se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura del procesado se puede ordenar de inmediato, es decir no se difiere su materialización hasta que cobre ejecutoria la decisión de condena, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, que es lo que sucede en el asunto tratado.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Casación Penal. - Santa Fe de Bogotá, D. C., noviembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Sustanciador: Dr. *Yesid Ramírez Bastidas*

Aprobado Acta No. 181 Proceso No. 16585

Un Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta, por auto del 28 de octubre del año en curso dispuso remitir a la Corte "para lo de su cargo", las peticiones de "libertad inmediata" que el defensor del procesado Alvaro Pertuz Maiguel elevó ante ese Tribunal en el entendido que interpuesto el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal, no se podía ordenar la captura estando pendiente la impugnación extraordinaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° El Juzgado 3° Penal del Circuito de Santa Marta, mediante sentencia de 18 de diciembre de 1998 absolvió al procesado Alvaro Pertuz Maiguel del cargo de homicidio tentado que le fuera imputado en la resolución de acusación, y en obedecimiento a lo previsto en el artículo 415-3 del Código de Procedimiento Penal le concedió libertad provisional con caución prendaria que se materializó en la misma fecha en tanto se había dictado medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación.

2° Al resolver la impugnación interpuesta por el apoderado de la parte civil, la fiscalía y el ministerio público, el Tribunal Superior de Santa Martha el 18 de marzo del año en curso revocó la sentencia, y en su lugar condenó al acusado a la pena de 12 años y 6 meses de prisión por el hecho punible en

mención y ordenó su captura, aprehensión que se cumplió el 25 de octubre hogaño fecha en la cual el Magistrado sustanciador legalizó la detención, y no obstante que en la misma fecha el defensor del procesado reclamó su "libertad inmediata" con el argumento que estando recurrida la sentencia no se podía afectar ese derecho, el 28 de los mismos dispuso enviar las peticiones a la Corte "para lo de su cargo" cuando aún el proceso se encontraba en el Tribunal mencionado.

3° Así las cosas, preciso recordar que la competencia que asiste a la Corte para conocer de un asunto en virtud del recurso extraordinario se define y regula por los artículos 235 de la Constitución Política, 16 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 68 y 218 del Código de Procedimiento Penal, de los cuales se deduce que el único incidente que puede conocer la Sala en sede de casación, adjunto a lo que constituye el objeto de la impugnación extraordinaria, es exclusivamente el relativo a la libertad provisional, según trasciende de los artículos 231 y 415-2 ibídem.

Por lo anterior, ha sido unánime y reiterada la postura de la Sala en cuanto se abstiene de emitir pronunciamientos cuando de solicitudes de libertad apoyadas en motivos diferentes se trata, estando en trámite el recurso extraordinario, toda vez que la corporación no puede extender su competencia para alcanzar institutos jurídicos por fuera de las previsiones legales.

4° Con todo, *es tema definido por la jurisprudencia de la Sala que si en la sentencia se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura del procesado se puede ordenar de inmediato, es decir no se difiere su materialización hasta que cobre ejecutoria la decisión de condena, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, que es lo que sucede en el asunto tratado.* En relación con este tema la Corte tiene definido lo siguiente[1]:

"1. La regla general es que las decisiones judiciales sólo pueden ejecutarse o cumplirse una vez ejecutoriadas. Es lo que se infiere de la correlación lógica de los artículos 197 y 198 del Código de Procedimiento Penal, el primero referido a la 'ejecutoria de las providencias' como presupuesto de su ejecución, y el segundo atinente al 'cumplimiento inmediato' de las determinaciones 'relativas a la libertad y detención y las que ordenan medidas preventivas', como excepción a la regla. De todas maneras, la relación condicional entre 'ejecutoria' y 'ejecución o cumplimiento' es más nítida y directa en la previsión del artículo 334 del Código de Procedimiento Civil.

2. El artículo 198 contiene una cadena de salvedades, cuyo entendimiento cabal sólo puede lograrse si se busca el significado de cada una de sus partes y, sobre todo, si se descubre la relación de las partes entre sí. Por obra del primer inciso de la disposición, se tiene que las decisiones sobre

1 Auto 10 de marzo de 1998, M. P. Jorge A. Gómez Gallego, 10 de junio de 1999, M. P. Carlos A. Gálvez Argote.

libertad y detención, como excepción a la regla de la exigencia previa de la ejecutoria, se cumplirán de inmediato (primer eslabón).

3. Mas silo que ocurre es que se dicta sentencia condenatorio, en primera o segunda instancia (la norma no distingue), y 'se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, la captura sólo podrá ordenarse cuando se encuentre en firme la sentencia', es decir, en caso de negación del sustituto, se hace otra distinción pero para regresar a la regla general de la ejecutoria previa a la ejecución (segundo eslabón).

4. Sin embargo, a continuación se introduce otra limitación dentro del contexto de la ejecución de la captura a que daría lugar la negación del subrogado. La lectura de este inciso segundo del artículo 198 es la siguiente: negado el sustituto, la privación de la libertad sólo podrá ordenarse una vez en firme la sentencia; pero, si en el curso del proceso se había dictado medida de aseguramiento de detención sin excarcelación, fundado este último matiz en el no cumplimiento del requisito objetivo del subrogado o en las prohibiciónes expresas de la respectiva causal de libertad (c. P. P., arts. 415-1 y 411), la captura podrá ordenarse de inmediato (tercer eslabón). La expresión 'sin excarcelación' tiene necesariamente que referirse a la que se funda en la anticipación del sustituto penal de la suspensión de la condena, como que ese es el tema traído a colación por la primera parte del mencionado inciso 2°, pues, según lo recomienda el artículo 30 del Código Civil, 'el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de las partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía."

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de emitir pronunciamiento en relación con las peticiones de "libertad inmediata", presentadas por el defensor del procesado Alvaro Pertuz Maiguel.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA-Comisión/**AUDIENCIA PUBLICA**-Indelegabilidad del acto-Posibilidad de comisionar para determinadas pruebas

1. Como quiera que por definición legal la colisión de competencias se presenta cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento o cuando se rehusan a conocer por estimar que carecen de facultad para ello, es ostensible que la negativa de un juez a ejecutar la comisión impartida por otro de igual o superior categoría no corresponde a una tal concepción jurídica del fenómeno.

Por ende, cuando en términos generales se trate de una comisión que el encargado se niega a cumplir por considerar que la diligencia objeto de aquella es indelegable, sin sopesar en lo más mínimo factor alguno de competencia, es forzoso concluir que no existe en estricto sentido jurídico una colisión, pues ninguno de los funcionarios en conflicto cuestionan su respectiva capacidad frente al territorio, a la materia, ni al sujeto autor, la que, por el contrario, aceptan, tanto que el comitente conviene en todo momento ser el ostentador de la dirección y definición del proceso.

2. Por todo ello, la audiencia pública, según desde antiguo lo tiene entendido la Sala (auto de 4 de agosto de 1993, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas), se debe celebrar ante la respectiva autoridad judicial de conocimiento pues es a ésta a quien concierne proferir la sentencia luego de haber escuchado y dirigido el debate que caracteriza a la etapa de juzgamiento, mucho más cuando nuestro sistema se identifica en gran parte con los principios que rigen el sistema acusatorio donde la intervención del juez de conocimiento, a diferencia del anterior orden donde el mismo funcionario que instruía era el que acusaba y juzgaba, deja de ser formal para hacerse dinámica y participativa en la medida en que, asumiendo su verdadera función de juzgador, garante de la imparcialidad y la justicia, debe escuchar con inmediatez a las dos partes, acusado y acusador, así como practicar y presenciar las pruebas que habrán de sustentar su inminente decisión de condena o de absolución.

Con una tal trascendencia, a pesar de los inconvenientes que evidencia nuestra realidad carcelaria, los que de ninguna manera pueden

tener preponderancia sobre aquellos valores y principios que se materializan en la audiencia pública, resulta inadmisible que en ese verdadero acto de examen de las diversas y generalmente antagónicas posiciones que se asumen en la dialéctica del proceso frente a la conducta del acusado, se ausente el juez a quien por disposición legal corresponde proferir la sentencia, lo que no obsta para que, dentro de la complejidad de dicha diligencia, pueda, de modo singular, comisionar la práctica de determinadas pruebas fuera de su sede, según lo permite el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado: Acta No. 182. Proceso No. 16378

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el conflicto suscitado por virtud de la comisión que el Juzgado 86 Penal Municipal de esta ciudad le impartiera al primero de la misma categoría de La Dorada.

ANTECEDENTES

1. Acusado el señor Jorge Enrique Gámez Zamora, actualmente recluido en la Cárcel del Circuito de La Dorada, por la Fiscalía Local de Santa Fe de Bogotá, en resolución de abril 22 del año que transcurre, por el delito de hurto calificado y agravado según hechos ocurridos en esta capital el 30 de noviembre de 1998, correspondió la subsiguiente etapa procesal a la Juez 86 Penal Municipal, quien, luego de surtido el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, dispuso, sin más, comisionar a despacho judicial de la misma categoría de aquella ciudad donde el procesado se encuentra privado de libertad, "para que se sirva adelantar la diligencia de Audiencia Pública, quien para el efecto deberá solicitar a la Fiscalía General de la Nación la designación de un Fiscal Delegado que intervenga en dicha diligencia, y nombrarle a Jorge Enrique Gámez Zamora un defensor de oficio para que lo asista en la misma".

2. Adjudicado el asunto al Juzgado 1º Penal Municipal de La Dorada, se abstuvo éste de dar cumplimiento a la comisión así concedida por considerar que la Audiencia Pública, siendo indelegable, debe presidirla el juez que viene conociendo la causa, lo cual, en su criterio, se confirma por el hecho de que, resultando posible que en tal diligencia se dicten providencias interlocutorias, el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal impide que el comisionado las profiera.

Como además, añade el citado despacho, de acceder a dicha comisión se desconocería el principio de inmediación y podría generarse una nulidad por incompetencia que afectaría el debido proceso, dispuso la devolución del expediente proponiendo al comitente colisión negativa de competencias.

3. Por su parte, el Juzgado 86 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, aceptando el conflicto planteado en los anteriores términos, entiende que su comisión sólo tiene por objeto la realización de la audiencia y no la práctica de pruebas o la facultad de dictar providencias, a más de que, encontrándose el procesado privado de libertad en la sede del comisionado, se obviaría su traslado a la capital de la República y con ello la dilación de la actuación y un posible vencimiento de términos, pues es de público conocimiento, agrega, la existencia de innumerables problemas carcelarios, sumados a los gastos que se le acarrean al Estado, que retardan en demasía el cumplimiento de las órdenes de remisión de una ciudad a otra.

CONSIDERACIONES

1. *Como quiera que por definición legal la colisión de competencias se presenta cuando dos o más jueces consideran que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento o cuando se rehusan a conocer por estimar que carecen de facultad para ello, es ostensible que la negativa de un juez a efectuar la comisión impartida por otro de igual o superior categoría no corresponde a una tal concepción jurídica del fenómeno.*

En efecto, siendo indudable que el juzgado comitente simplemente delega su competencia para la práctica de determinada diligencia y por cierto tiempo, es a la vez claro que de ninguna manera rechaza la dirección, ni el conocimiento del proceso, ni menos controvierte la asignación legal que en atención a los diversos factores le haya correspondido.

En otros términos, como el conflicto de competencia sólo se puede plantear en relación con alguno de los elementos que la determinan, esto es por la materia del asunto, el lugar de ocurrencia de los hechos, la existencia de fuero o la conexidad, las discrepancias que surjan entre varios despachos judiciales para asumir el conocimiento de determinada diligencia que no tenga por fundamento uno de tales factores no son solubles a través del trámite propio de la colisión previsto en los artículos 97 a 102 del Código de Procedimiento Penal.

2. *Por ende, cuando en términos generales se trate de una comisión que el encargado se niega a cumplir por considerar que la diligencia objeto de aquella es indelegable, sin sopesar en lo más mínimo factor alguno de competencia, es forzoso concluir que no existe en estricto sentido jurídico una colisión, pues ninguno de los funcionarios en conflicto cuestionan su respectiva capacidad frente al territorio, a la materia, ni al sujeto autor, la que, por el contrario, aceptan, tanto que el comitente conviene en todo momento ser el ostentador de la dirección y definición del proceso.*

3. Tal es la situación que se presenta en las diligencias ahora examinadas, pues acaeciendo los hechos en Santa Fe de Bogotá, configurando ellos un delito de hurto calificado y agravado y no existiendo fuero alguno en el sujeto activo del ilícito, infiérese que por los varios elementos que integran la competencia, objetivo, subjetivo, territorial y de conexidad, su conocimiento

corresponde efectivamente a juzgado penal municipal de esta capital, y como así lo acepta el 86 de dicha categoría imperativo es señalar inexistentes los supuestos fácticos y jurídicos que harían posible configurar la colisión.

Como en este asunto, ni el juez que suscita el presunto conflicto ni el provocado ponen en duda alguno de los factores por los cuales la competencia corresponde indefectiblemente a éste, y el disenso surge simplemente por el hecho de que aquél se rehusa a practicar una diligencia que considera indelegable, es evidente que no se ha trabado la colisión en términos el artículo 97 del estatuto procesal penal.

4. Más infundado y carente de objeto resulta el conflicto cuando ciertamente el Juzgado 86 Penal Municipal de esta capital, con patente desconocimiento de la naturaleza del debate público, pretende encomendar su realización a funcionario diverso no obstante tratarse de una diligencia que evidentemente es indelegable.

La audiencia pública no es un acto de simple sustanciación, no es una formalidad que tiene por propósito el mero agotamiento de una etapa más, su significado trasciende en el proceso al punto que, siendo ella el ámbito propio en que se desarrolla el juicio con sus principios de oralidad, inmediación y concentración, se constituye en el escenario propicio e idóneo y prácticamente único en donde se debaten todos los aspectos fundamentales referidos a los acontecimientos materia de la causa y a la responsabilidad del acusado, es allí donde se concreta la acusación y se ejerce a plenitud el derecho de defensa y el principio de contradicción, es a la vez el momento culminante de oportunidades como la probatoria o la de objeción de dictámenes; en fin, siendo el hito último hasta el cual puede llevarse a efecto todo aquello que por su naturaleza no deba ser decidido en la sentencia, que precisamente se profiere después de su realización, la audiencia pública involucra decisiones y actividades de la más variada índole que devienen ya de la propia acción probatoria, o del ejercicio de la facultad oficiosa de que se encuentra investido el juzgador, o del uso de sus poderes correccionales y de dirección o, finalmente, del desarrollo de la amplia potestad con que el artículo 453 ídem dota al juez "para tomar las determinaciones que considere necesarias con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos".

Por todo ello, la audiencia pública, según desde antiguo lo tiene entendido la Sala (auto de 4 de agosto de 1993, M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas), se debe celebrar ante la respectiva autoridad judicial de conocimiento pues es a ésta a quien concierne proferir la sentencia luego de haber escuchado y dirigido el debate que caracteriza a la etapa de juzgamiento, mucho más cuando nuestro sistema se identifica en gran parte con los principios que rigen el sistema acusatorio donde la intervención del juez de conocimiento, a diferencia del anterior orden donde el mismo funcionario que instruía era el que acusaba y juzgaba, deja de ser formal para hacerse dinámica y participativa en la medida en que, asumiendo su verdadera función de juzgador, garante de la imparcialidad y la justicia, debe escuchar con inmediatez a las dos partes, acusado y acusador,

así como practicar y presenciar las pruebas que habrán de sustentar su inminente decisión de condena o de absolución.

Con una tal trascendencia, a pesar de los inconvenientes que evidencia nuestra realidad carcelaria, los que de ninguna manera pueden tener preponderancia sobre aquellos valores y principios que se materializan en la audiencia pública, resulta inadmisible que en ese verdadero acto de examen de las diversas y generalmente antagónicas posiciones que se asumen en la dialéctica del proceso frente a la conducta del acusado, se ausente el juez a quien por disposición legal corresponde proferir la sentencia, lo que no obsta para que, dentro de la complejidad de dicha diligencia, pueda, de modo singular, comisionar la práctica de determinadas pruebas fuera de su sede, según lo permite el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal.

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

RESUELVE:

1. ABSTENERSE de dirimir la supuesta colisión negativa de competencias que se afirmó trabada entre el Juzgado 86 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá y el 1º de la misma categoría de La Dorada.

Por Secretaría de la Sala remítase el expediente al primero de los nombrados despachos judiciales.

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

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, Yesid Ramírez Bastidas

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA-Principio de autonomía/DEFENSA TECNICA-Prevalencia de la voluntad del defensor/DESISTIMIENTO-Casación-Aquiescencia del defensor/DESISTIMIENTO-Peticiones contradictorias

1. Aunque la razón de ser de la presencia de un defensor técnico en el proceso penal radica en la necesidad de auxiliar al sindicado, no por ello deja de haber autonomía en el ejercicio de sus respectivas facultades. El defensor no es un mero asesor técnico del procesado, también ejerce atribuciones procesales propias, sin depender de la voluntad de aquél, pues a ello conduce el que la legislación colombiana lo haya identificado como sujeto procesal independiente del sindicado (C. P. P., Libro I, Título III, Capítulos III y IV).

Con ocasión de dicha regla de autonomía de voluntades, es posible que el defensor no asuma la misma postura del sindicado frente a la imputación, y de hecho así ocurre con mucha frecuencia, pues razones técnicas aconsejan que el primero tenga otra perspectiva, que a la postre puede ser más o menos defensiva. Sin embargo, como eran previsibles esa clase de conflictos, la ley razonablemente anticipó una solución en favor de las posturas del defensor, salvo obviamente que lo discutido corresponda a actos personalísimos del sindicado, como su propia declaración sobre los hechos o la aceptación de responsabilidad penal en actos de sentencia anticipada o audiencia especial, entre otros (C. P. P., art. 137).

2. En tratándose del recurso extraordinario de casación, es cierto que pueden interponerlo tanto el procesado como su defensor, entre otros sujetos procesales, pero, si lo hizo el primero, sólo podrá sustentarlo el segundo, salvo que el recurrente sea abogado titulado (C. P. P., arts. 137 y 222). Si se aclaran los términos utilizados, ha de entenderse que la interposición del recurso es un acto procesal que sólo exige la indicación del medio impugnativo que la parte ha escogido, que normalmente, aunque no necesariamente en todos los casos, puede ir acompañado de la respectiva fundamentación: la sustentación, en cambio, se refiere a los razonamientos dispuestos para solicitar la modificación de la providencia atacada.

Así entonces, bien que se haga en el mismo momento de la interposición o deba hacerse después, la sustentación es una manera de concretar la impugnación y, en razón de ello, no puede entenderse cabalmente desistido un recurso extraordinario de casación sólo por el procesado que lo interpuso mas no lo sustentó. Es por ello que, en el caso específico de la casación, se hace necesario dar cuenta de la voluntad de desistimiento del sindicado a su defensor, pues solamente si éste asiente, como sujeto procesal autónomo que es, podrá completarse la idoneidad de dicho acto procesal de parte.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 182 Proceso No. 14659

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal interpuso recurso de reposición, frente al proveído de fecha 24 de septiembre del año en curso, por medio del cual esta Sala no aceptó el desistimiento del recurso extraordinario de casación, propuesto por el procesado Napo José Gutiérrez Medina quien fue condenado a la pena principal de setenta y ocho (78) meses de prisión y multa por valor de $ 2.783.044.oo, como autor del delito previsto en el artículo 34 de la ley 30 de 1986, agravado por la circunstancia señalada en el numeral 3° del artículo 38 del mismo estatuto.

La Secretaría de la Sala le dio el trámite indicado en el artículo 200 del Código de Procedimiento Penal.

La Decisión Recurrida

En la providencia atacada, se negó al libelista el desistimiento al presente recurso de casación, dado que su defensor, a quien se puso en conocimiento la pretensión del procesado Gutiérrez Medina, manifestó que no estaba de acuerdo con él, motivo por el cual quedó evidente que las manifestaciones no apuntaban hacia un mismo fin. Es decir, que si bien es cierto se cumplían los requisitos exigidos en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal, para que se accediera al desistimiento, parejamente no se acreditaban los presupuestos del artículo 137 *idem*.

Del Recurso

Los siguientes son los argumentos que sostiene el representante del Ministerio Público, para que la Sala revoque la decisión arriba comentada y en su lugar se acepte el desistimiento que propone el procesado Gutiérrez Medina:

1. No entiende la razón por la cual el magistrado sustanciador dio traslado al defensor de la petición de desistimiento hecha por el procesado, dado que no existe norma procesal alguna que así lo establezca, pues como decisión autónoma del interesado, él debería someterse a las consecuencias de

su actitud. Pone de presente, como ejemplo, lo perjudicial que puede resultar para el acusado el hecho de que, ante una solicitud de pruebas, de una excarcelación o de redención de pena, el defensor manifieste su desacuerdo y, por tal razón, se rechacen tales peticiones.

2. Que no había fundamento para impedir la deserción del recurso, puesto que dicho actuar del procesado no es manifiestamente contrario a la ley, ni iba en contra de sus intereses, dado que el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal lo autoriza, y además, el sindicado hizo las respectivas evaluaciones y analizó sus consecuencias futuras, sin que el Procurador advierta un perjuicio evidente para quien ni siquiera ha discutido su responsabilidad penal en este proceso.

3. Insiste en que no encuentra que en el presente incidente existan peticiones contradictorias, pues al defensor solamente se le requirió para el respaldo o la desautorización de la pretensión de Gutiérrez Medina, mas en ningún momento se le envió copia del escrito, máxime que las razones actitudinales de procesado y defensor son distintas, puesto que el argumento del primero se basa en el extenso tiempo que tomaría la Sala para resolver el recurso y la proximidad del cumplimiento de la pena en detención; mientras que las del segundo atañen a que se hizo un esfuerzo y estudio profundos para que la demanda fuese admitida, ante la presunta violación del derecho de defensa. Además, ni la Corte ni el defensor examinaron concretamente los argumentos que motivaron el desistimiento del procesado, con el fin de establecer si realmente había oposición.

4. En lo que se relaciona con la aplicación del artículo 137 del Código de Procedimiento Penal, atinente a la prelación de las solicitudes de la defensa técnica, primero deberá mirarse cuál es el beneficio resultante para el procesado de los actos positivos demandados por el defensor, pues, según opina el Procurador Delegado, aparece ahora más favorable el desistimiento del acusado porque, una vez satisfecha su aspiración expresa de cumplir la totalidad de la pena impuesta en los fallos de instancia, "quedaría saldada su deuda con la justicia". La dirección contraria, en el evento de que la demanda sea admitida, implica que después el asunto se someta tanto al turno de la Procuraduría como de la Sala Penal, lo que puede demorarse varios años, si se tiene en cuenta la congestión que padece la Corte, tiempo que en todo caso supera el que haría falta para completar la pena impuesta en los fallos de instancia y, a partir de este momento, el recurrente tendría derecho a la libertad provisional, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Igualmente, hace un análisis a partir de la hipótesis de que se casara la sentencia impugnada, con el fin de demostrar lo gravoso que resultaría para el procesado el hecho de que se prosiguiera con el trámite del recurso de casación, pues se concluiría con un decreto de nulidad y el consecuente retorno de la actuación a la fase de instrucción, momento en el cual el acusado se expone a un nuevo encarcelamiento por los mismos hechos, a pesar de que él nunca ha pedido que se le declare inocente.

Por otra parte, solicita se expidan copias con destino al Consejo Seccional de la Judicatura de Cúcuta (N.S.), con el fin de que se investigue la posible infracción disciplinaria que pudo cometer un abogado aún no identificado, que ofreció sus servicios profesionales al procesado Napo José Gutiérrez Medina, a cambio de que éste donara un pulmón para salvar la vida de la señora madre de aquel.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Las importantes inquietudes planteadas por el Procurador Delegado, demandan de la Sala un estudio sobre las facultades genéricas y concretas de la defensa material y técnica, sobre todo en lo que atañe al recurso extraordinario de casación.

1. En primer lugar, la defensa técnica, más allá de la de orden material, se ha erigido en un derecho fundamental de carácter integral y permanente en el proceso penal, conforme con la previsión del artículo 29 de la Constitución Política, que en tal sentido consulta las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En verdad, el principio de igualdad de posiciones en el proceso penal, exige la presencia de un letrado que actúe como defensor del imputado, bien porque éste comúnmente no posee conocimientos jurídicos, ora porque, aún siendo portador de los mismos, la condición de sometido a la acción penal puede dificultarle su puesta en práctica con algún grado de eficiencia.

2. Ahora bien, *aunque la razón-de ser de la presencia de un defensor técnico en el proceso penal radica en la necesidad de auxiliar al sindicado, no por ello deja de haber autonomía en el ejercicio de sus respectivas facultades. El defensor no es un mero asesor técnico del procesado, también ejerce atribuciones procesales propias, sin depender de la voluntad de aquél, pues a ello conduce el que la legislación colombiana lo haya identificado como sujeto procesal independiente del sindicado (C. P. P., Libro I, Título III, Capítulos III y IV).*

3. *Con ocasión de dicha regla de autonomía de voluntades, es posible que el defensor no asuma la misma postura del sindicado frente a la imputación, y de hecho así ocurre con mucha frecuencia, pues razones técnicas aconsejan que el primero tenga otra perspectiva, que a la postre puede ser más o menos defensiva. Sin embargo, como eran previsibles esa clase de conflictos, la ley razonablemente anticipó una solución en favor de las posturas del defensor, salvo obviamente que lo discutido corresponda a actos personalísimos del sindicado, como su propia declaración sobre los hechos o la aceptación de responsabilidad penal en actos de sentencia anticipada o audiencia especial, entre otros (C. P. P., art. 137).*

4. Sin embargo, la autonomía de voluntades en el ejercicio procesal del sindicado y el defensor, tiene dos consecuencias previsibles: la primera, salvo indicación expresa de la ley, en principio, uno de ellos no puede desautorizar

la petición que independientemente podía formular el otro; y la segunda, que si el acto de postulación requiere la concurrencia de la voluntad de ambos, así debe hacerse no sólo para su nacimiento sino también para su extinción, sobre todo cuando por su naturaleza técnica no puede soslayarse la intervención del defensor, a menos que la ley disponga otra cosa.

5. No existe en Colombia norma parecida a la de la Ordenanza Procesal Alemana, según la cual el defensor no puede mantener su propio recurso en contra de la voluntad del imputado; ni tampoco se conocen preceptos iguales a los de algunos códigos de procedimiento penal de provincias o Estados de la República Argentina, conforme con los cuales el procesado puede desistir los recursos interpuestos por el defensor.

6. La regulación de la materia en el proceso penal colombiano es diversa, a tono con el propósito constitucional de darle mayor relevancia y eficacia a la defensa desde la perspectiva de los conocimientos técnicos, razón por la cual ordinariamente, ante la contrariedad de peticiones, prevalecen las del defensor, sin perjuicio de que el sindicado pueda ejercer los mismos derechos (C. P. P., art. 137).

7. *En tratándose del recurso extraordinario de casación, es cierto que pueden interponerlo tanto el procesado como su defensor, entre otros sujetos procesales, pero, si lo hizo el primero, sólo podrá sustentarlo el segundo, salvo que el recurrente sea abogado titulado (C. P. P., arts. 137 y 222). Si se aclaran los términos utilizados, ha de entenderse que la interposición del recurso es un acto procesal que sólo exige la indicación del medio impugnativo que la parte ha escogido, que normalmente, aunque no necesariamente en todos los casos, puede ir acompañado de la respectiva fundamentación; la sustentación, en cambio, se refiere a los razonamientos dispuestos para solicitar la modificación de la providencia atacada.*

Así entonces, bien que se haga en el mismo momento de la interposición o deba hacerse después, la sustentación es una manera de concretar la impugnación y, en razón de ello, no puede entenderse cabalmente desistido un recurso extraordinario de casación sólo por el procesado que lo interpuso mas no lo sustentó. Es por ello que, en el caso específico de la casación, se hace necesario dar cuenta de la voluntad de desistimiento del sindicado a su defensor, pues solamente si éste asiente, como sujeto procesal autónomo que es, podrá completarse la idoneidad de dicho acto procesal de parte.

8. En dicho contexto de la interposición y sustentación de la casación, precisamente, es que se entiende la aludida contrariedad de peticiones, pues, exigida también la manifestación positiva de desistimiento de quien se supone más idónco para el manejo de un recurso fundamentalmente técnico, en su momento se mostró contrario a la deserción. Adicionalmente, por más que existan coincidencias en las premisas o motivos argüidos por el procesado y su defensor para adoptar después su propia posición, lo importante es que el petitum o finalidad concreta perseguida por cada uno de ellos es opuesta, pues, mientras el uno pretende el desistimiento del recurso, que conduce

a la finalización anticipada del proceso (sin esperar las resultas de la demanda de casación), el otro se propone la continuidad del mismo hasta el agotamiento de su propósito en la vía extraordinaria.

9. Vale la pena aclarar que la aptitud del ejercicio de las facultades del defensor técnico, no puede medirse por sus eventuales resultados positivos o adversos, sino por la conexidad ideológica y definida de sus propuestas con el interés parcial que le asiste, cual es la defensa del procesado, pues, en sentido contrario, fatalmente los procesos tendrían que concluir conforme con dicha inclinación y no como lo recomienda la justicia del caso concreto.

De modo que, si el defensor estima que no debe desistirse el recurso, porque cree que ha hecho un planteamiento serio y responsable sobre la preservación del derecho de defensa de su pupilo durante la instrucción, ello está perfectamente vinculado con el interés que defiende, cualquiera sea el resultado de su petición, y como tal no puede malograrse anticipadamente con apreciaciones sobre el tiempo de decisión del recurso, pues, por más que angustie la dificultad física de la Corte para cumplir la celeridad, ello no justificaría acabar las cosas sin pronunciarse sobre una demanda realmente defensiva, cuya admisibilidad o rechazo aún está pendiente. En efecto, la congestión en el funcionamiento de los órganos judiciales deberá enfrentarse por vía legislativas o administrativa, pero en manera alguna ello puede inducir al desestímulo en el ejercicio razonable de los derechos, de acuerdo con la comprensión honrada de quien los propone.

10. Aunque el seguimiento del recurso sea la vía escogida, como en efecto lo será, no por ello podría anunciarse apocalípticamente que el procesado quedaría expuesto a otra privación de la libertad por los mismos hechos, pues, si hipotéticamente resulta admisible la demanda y se llegare a concretar la nulidad propuesta por la defensa, en todo caso se trataría del mismo proceso y continuaría vigente la posibilidad de libertad provisional por pena cumplida.

Así las cosas, habida cuenta que no se advierten motivos para reformar la decisión tomada el pasado 24 de septiembre del año en curso, ésta no será objeto de reposición.

Finalmente, se accederá a la expedición de copias que depreca el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, efecto para el cual la Secretaría de la Sala expedirá y remitirá al Consejo Seccional de la Judicatura de Cúcuta, Norte de Santander, copia del escrito que suscribe el procesado Gutiérrez Medina (Fls.76 y 77 cdno. Corte), así como del presente proveído, con el fin de que allí se adelanten las investigaciones a que haya lugar.

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

RESUELVE:

NO REPONER la providencia de fecha 24 de septiembre del año en curso, mediante la cual se negó el desistimiento impetrado por el procesado Napo José Gutiérrez Medina

Por la Secretaría de la Sala, expídanse las copias a que se hizo referencia en la parte motiva.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA-Viabilidad-Competencia para otorgarla/**DETENCION DOMICILIARIA**-Improcedencia cuando se niega la suspensión de la condena

El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal consagra la detención domiciliaria para delitos cuya pena mínima prevista sea de prisión de 5 años o menos, cuando el juez considere que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad del procesado, garantizan su presencia en el proceso y no colocan en peligro a la comunidad. Reunidos estos requisitos es viable de acuerdo con la ley la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria, pero sólo a partir del momento de la resolución de situación jurídica y hasta antes de que se profiera la sentencia de primera instancia. Una vez dictada ésta sólo es viable, si es condenatoria, la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional en los términos de los artículos 68 y 69 del Código Penal y en los casos previstos por la ley

Dictada la sentencia de segunda instancia e interpuesto el recurso de casación, únicamente es procedente la libertad provisional por pena cumplida o por la reunión de los requisitos establecidos -según el caso- en los artículos 72 y 72 A del Código Penal. Esto quiere decir que la Corte en el trámite del recurso extraordinario de casación únicamente tiene competencia para considerar la posibilidad de conceder o no la libertad provisional por la vía del numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. En ningún momento para hacerlo frente a la detención domiciliaria, cuya finalidad está orientada exclusivamente a que el sindicado sea recluido en su domicilio mientras el Estado resuelve sobre su responsabilidad. Una vez es condenado, si no se le concede la condena condicional y viene gozando de detención domiciliaria, ésta se le tendrá que revocar para hacer efectiva la sanción impuesta en el fallo, sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y siguientes de la ley 81 de 1993

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

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

Aprobado acta No. 182 Proceso No. 13368

VISTOS

Decide la Sala lo pertinente sobre la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria realizada por el procesado José Sandoval.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

El peticionario fue condenado en las instancias a la pena principal de 25 años de prisión, por el cargo de homicidio. Se encuentra privado de la libertad en la Penitenciaría Nacional de Cúcuta y funda la solicitud en que cumple con las exigencias establecidas en el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal para obtener la "casa por cárcel".

No solamente la pena mínima de 25 años prevista para el delito de homicidio hace improcedente la detención domiciliaria, sino que, como reiteradamente lo ha advertido la Sala, no hay lugar a la consideración de la figura frente a personas condenadas.

El artículo 396 del Código de Procedimiento Penal consagra la detención domiciliaria para delitos cuya pena mínima prevista sea de prisión de 5 años o menos, cuando el juez considere que las características familiares, laborales y vínculos con la comunidad del procesado, garantizan su presencia en el proceso y no colocan en peligro a la comunidad. Reunidos estos requisitos es viable de acuerdo con la ley la sustitución de la detención preventiva por la domiciliaria, pero sólo a partir del momento de la resolución de situación jurídica y hasta antes de que se profiera la sentencia de primera instancia. Una vez dictada ésta sólo es viable, si es condenatoria, la concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional en los términos de los artículos 68 y 69 del Código Penal y en los casos previstos por la ley

Dictada la sentencia de segunda instancia e interpuesto el recurso de casación, únicamente es procedente la libertad provisional por pena cumplida o por la reunión de los requisitos establecidos -según el caso- en los artículos 72 y 72 A del Código Penal. Esto quiere decir que la Corte en el trámite del recurso extraordinario de casación únicamente tiene competencia para considerar la posibilidad de conceder o no la libertad provisional por la vía del numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. En ningún momento para hacerlo frente a la detención domiciliaria, cuya finalidad está orientada exclusivamente a que el sindicado sea recluido en su domicilio mientras el Estado resuelve sobre su responsabilidad. Una vez es condenado, si no se le concede la condena condicional y viene gozando de detención domiciliaria, ésta se le tendrá que revocar para hacer efectiva la sanción impuesta en el fallo, sin perjuicio de las excepciones consagradas en los artículos 44 y siguientes de la ley 81 de 1993.

Es, en suma, absolutamente improcedente la petición elevada.

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

RESUELVE:

ABSTENERSE de sustituir la medida de aseguramiento al procesado José Sandoval.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite, competencia

De manera reiterada ha expuesto esta Corporación, que el conocimiento y competencia que le asiste con relación a los incidentes por impedimentos, recusaciones y colisiones de competencia, se limita exclusivamente al objeto de debate, pues carece de facultad para pronunciarse sobre aspectos diferentes, tales como la libertad del procesado, con lo cual estaría invadiendo órbitas de competencia reglada que le son ajenas.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 182 Proceso No. 16344

VISTOS

La Sala resuelve la petición de libertad provisional presentada por el procesado Fernando Adolfo Espinosa Vega, quien estima que reúne los requisitos para ello.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El proceso seguido contra el ciudadano Fernando Adolfo Espinosa Vega arribó a esta Corporación, con el propósito de resolver el conflicto negativo de competencia trabado entre la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria que fuera proferida el 3 de diciembre de 1998 por un Juez Regional de la ciudad de Medellín.

2. El procesado dirigió a la Corte petición de libertad condicional.

3. *De manera reiterada ha expuesto esta Corporación, que el conocimiento y competencia que le asiste con relación a los incidentes por impedimentos, recusaciones y colisiones de competencia, se limita exclusivamente al objeto de debate, pues carece de facultad para pronunciarse sobre aspectos diferen-*

tes, tales como la libertad del procesado, con lo cual estaría invadiendo órbitas de competencia reglada que le son ajenas.

4. En consecuencia, la competencia para conocer de las peticiones de libertad radica en cabeza del funcionario judicial en donde permanece el asunto en espera de la resolución del incidente, en este caso, la competencia corresponde a la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, a donde se remitirá la petición hecha por el procesado, pues en virtud del artículo 101 del Código de Procedimiento Penal, lo referente a las medidas cautelares debe ser resuelto por el juez que tuviere el proceso.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SE ABSTIENE de resolver la petición de libertad formulada por el ciudadano Fernando Adolfo Espinosa Vega, y en consecuencia, se ordena remitir dicha petición a la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA-Imputación de las "subjetivas"-Preparación ponderada del hecho punible/ **INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA**-Técnica

Para que las circunstancias genéricas "subjetivas" de agravación de la pena puedan servir de base para incrementarla, han debido ser plasmadas en la acusación, como sucede con la preparación ponderada del hecho punible, circunstancia que implica análisis detallado y valorativo de lo sucedido en el psiquismo del autor. Al contrario, la sentencia puede aumentar la pena por circunstancias genéricas "objetivas" aún en el evento de que no hayan sido previstas en la formulación de cargos, como ocurre con la actuación en connivencia, que resulta de la simple observación del desencadenamiento del hecho punible.

En el proceso que se examina, la sentencia de 2ª. instancia aumentó la pena por dos circunstancias genéricas: una objetiva, actuar con la complicidad de otro, y una subjetiva, la preparación ponderada del hecho punible. Como ninguna de ellas fue imputada en el acta de formulación de cargos, concluyese que no existe exacta congruencia entre acusación y fallo y que, por lo tanto, se impone casar la sentencia con fundamento en la normatividad ya mencionada, aclarando que, de acuerdo con la tesis de la Sala, se hace sólo en relación con la causal "subjetiva", es decir, con la segunda mencionada.

De otra parte, ante el planteamiento del Procurador delegado, dígase que si bien la incongruencia por el motivo que se presenta en este caso genera violación o restricción del derecho de defensa, la vía mas apropiada para remediar la situación no es la nulidad sino el reconocimiento de la inconsonancia, aunquando se sigue estimando que acudir a aquel mecanismo no constituye completo desatino.

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

Magistrados Ponentes: Drs. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón* y *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 182 Proceso No. 10787

El 14 de diciembre de 1994, el Juzgado Penal del Circuito de Bello - Antioquia - dictó sentencia anticipada contra Yamil Hernando Osorno Ospina, tras hallarlo responsable de homicidio simple en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. Le impuso 10 años y 4 meses de prisión, interdicción durante 10 años y el pago de los daños y perjuicios.

Apelado el fallo por el procesado, el 7 de marzo de 1995 el Tribunal de Medellín lo confirmó, modificando la cantidad punitiva que quedó, finalmente, en 7 años y 4 meses de prisión y de interdicción.

Como Osorno Ospina "apeló", el Tribunal concedió el recurso de casación, y como el defensor presentó la demanda correspondiente, la colegiatura continuó el trámite propio de la casación.

Ahora, la Corte se ocupa del fondo de la impugnación.

Hechos

1. El 3 de septiembre de 1994, Alfredo de Jesús Toro Franco estaba en la vía pública que conduce a la vereda La Veta, a pocos metros de la autopista norte en el Municipio de Copacabana (Antioquia), cuando llegaron Henry Monsalve Zapata y Yamil Hernando Osorno Ospina en una moto. Este disparó en varias ocasiones contra Toro Franco y le causó la muerte. Dos agentes de la Sijin que se percataron de los hechos persiguieron a los agresores hasta conseguir su captura.

Actuación Procesal

El 5 de septiembre de 1994 se dictó resolución de apertura de la instrucción, y se escuchó en indagatoria a Yamil Hernando Osorno Ospina y Henry Monsalve Zapata.

El 9 de septiembre de 1994 se resolvió la situación jurídica de los procesados, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el delito de homicidio.

En ampliación de indagatoria, el 9 de noviembre de 1994, Osorno Ospina confesó la comisión del hecho e invocó un estado de ira e intenso dolor, que atribuyó al recuerdo de las acciones de Toro Franco, a quien sindicó de haber ocasionado la muerte de por lo menos seis (6) miembros de su familia.

El 30 de noviembre de 1994 se realizó la diligencia de formulación y aceptación de cargos. La fiscalía los hizo a Osorno Ospina como responsable del delito de homicidio simple, con el reconocimiento de la modificante de la ira, en concurso con el delito de porte ilegal de arma de defensa personal, y le reconoció la rebaja de pena establecida en el artículo 37 del C. de. P. P. Los cargos fueron aceptados por el procesado. En la misma diligencia se formularon cargos a Henry Monsalve Zapata como cómplice del homicidio simple, los cuales fueron aceptados por éste.

Mediante providencia del 30 de noviembre de 1994, se dispuso remitir el proceso al Juzgado Penal del Circuito de Reparto de Bello (Antioquia) y le

correspondió el asunto al Juzgado 2o. Este despacho se abstuvo de proferir sentencia contra Monsalve Zapata, luego de concluir que el procesado no había comprendido el alcance de aquello que se le atribuía en el pliego de cargos, según se desprendía de las peticiones que presentaba, en las cuales enseñaba su inconformidad con los cargos imputados y admitidos.

Al proferir la sentencia, el Juez declaró a Osorno Ospina responsable del homicidio y del porte de arma y le fijó la pena en 10 años y 4 meses. Al dosificar tuvo en cuenta la pena prevista para el homicidio simple, la atenuación por el estado de ira e intenso dolor pero añadió que el procesado había preparado ponderadamente el hecho punible, había actuado por motivos innobles y en complicidad de otro.

Al conocer de la alzada, el ad-quem redujo la sanción, como ya se dijo, previa revocación de la circunstancia genérica consistente en haber obrado por motivos innobles o fútiles. Hizo esta operación:

a) 25 años de prisión por el delito de homicidio.

b) Disminución de la tercera parte del mínimo, esto es, 8 años y 4 meses de prisión, por el estado de ira e intenso dolor.

c) 2 años más, por la concurrencia de las circunstancias genéricas de agravación de preparación ponderada del hecho punible y obrar con complicidad de otro, para un resultado parcial de 10 años y 4 meses de prisión.

d) Adición de 6 meses por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, para una sanción de 11 años.

e) Y reducción de una tercera parte, en virtud de la sentencia anticipada, para un total definitivo de 7 años y 4 meses de prisión.

La Demanda

El defensor del señor Osorno Ospina formuló un reproche contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín: causal segunda de casación, esto es, incongruencia entre la sentencia y la formulación de cargos hecha por la fiscalía.

Indicó que en la formulación de cargos, la fiscalía no imputó la preparación ponderada del hecho punible, luego esta circunstancia no debió ser tenida en cuenta en la sentencia para aumentar en dos (2) años la pena. Agrega que la sentencia debió ser proferida únicamente por el delito de homicidio, con la disminución de la ira e intenso dolor y aun con la causal objetiva de obrar con la complicidad de otro. Luego, concreta y amplía su censura, con estas palabras:

"Al deducirse en la sentencia circunstancias de agravación de las previstas en el artículo 66 del C. P., de las cuales no se hizo mención en el pliego de cargos formulado, se vulnera el derecho de defensa y desde luego el debido proceso, consagrado constitucional y legalmente en los artículos 29 de la C.

N., 1º. de la ley 100 de 1980, 1º. del decreto 2700 de 1991 y 8º. de la convención Americana de Derechos Humanos".

Para culminar, pide: "Con base en las anteriores razones, considero que la Honorable Corte Suprema de Justicia debe CASAR la sentencia demandada, dictando el fallo que en derecho corresponda, realizando la tasación de la pena conforme a los cargos que se le formularon al señor Yamil Hernando Osorno Ospina no incrementando el mínimo previsto por la norma sustantiva valor alguno por las circunstancias genéricas del artículo 66 del Código Penal, habida consideración a que no fueron endilgadas por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, teniendo en cuenta desde luego el principio constitucional de no agravación de la pena".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 3º. delegado en lo penal sugirió a la Corte desestimar la demanda, pues no halló incongruencia entre los cargos que formuló la fiscalía y la sentencia; pero solicitó casarla oficiosamente para que se declare nulidad parcial y se proceda a dictar fallo de remplazo, porque tanto el *a quo* como el Tribunal introdujeron circunstancias de agravación punitiva que no fueron incluidas en los cargos hechos por la fiscalía y sirvieron para aumentar la pena, lo cual violó el derecho de defensa del procesado. Sobre cada uno de los temas puntualizó:

1. Frente a la planteamiento de la demanda, es decir, la incongruencia, estima que el censor se equivocó en la selección, y explica: (1) La consonancia se traduce en que "...la sentencia debe guardar relación con las imputaciones que se hicieron en la resolución de acusación respecto de las condiciones que le son exigibles, esto es, sobre la calificación provisional del hecho que remita al título y al capítulo dentro de los cuales está consagrado el hecho punible que es objeto de la acusación..." (2) En el asunto que se estudia no hay incorrección pues los delitos materia de acusación corresponden a aquellos por los cuales se condenó al procesado. La divergencia se restringe a las circunstancias de agravación punitiva que figuran en la sentencia mas no en la formulación de los cargos. (3) Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada.

2. En cuanto a la nulidad. La sustenta en las siguientes afirmaciones: (1) Las circunstancias genéricas de agravación deben ser incluidas en la acusación pues si no se hace, y se imponen en la sentencia, se reducen las posibilidades materiales de defensa. (2) Tal violación es mas palpable cuando se trata de sentencia anticipada pues se priva al acusado de oportunidades de oponerse a las consideraciones del funcionario y a los resultados probatorios, es decir, ello constituye una nítida sorpresa respecto de circunstancias que determinan una mayor sanción. (3) Como lo sostuvo la Corte en decisión del 27 de febrero de 1996 (M. P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll), la formulación de cargos equivale a la resolución acusatoria, equivalencia referida exclusivamente "... a los efectos procesales que la resolución acusatoria produ-

ce como decisión, verbigracia, limitar el marco fáctico y jurídico de la sentencia servir de referente para efectos de la prescripción, o establecer la terminación del sumario". En el caso concreto, los límites fueron quebrantados por la sentencia, pues mientras la formulación de cargos no incluyó agravantes genéricas, aquella sí lo hizo. (4) Al introducir los juzgadores de 1ª. y 2ª. instancia circunstancias de agravación no deducidas en los cargos hubo reducción en la defensa y, con el aumento de la pena, detrimento de la situación del procesado. (5) Lo anterior implica que la sentencia deba ser casada parcialmente toda vez que la pena debe ser tasada de acuerdo con lo que configura la acusación.

Considraciones de la Corte

La Corte debe casar parcialmente la sentencia objetada y, en su lugar, remplazar lo concerniente a la pena impuesta, con base en los artículos 220-2 y 229-1 del C. de. P. P. Los motivos de la decisión son los siguientes:

1. El 30 de noviembre de 1994, la Fiscalía adelantó diligencia de formulación y aceptación de cargos, respecto de Yamil Hernando Osorno Ospina y Henry Monsalve Zapata, durante la cual aquél aceptó las imputaciones por homicidio simple, cometido en estado de ira y de intenso dolor, en concurso con el delito de porte ilegal de arma de fuego para la defensa personal (Fl. 116 vto).

Recibido el expediente por el Juzgado 2o. Penal del Circuito de Bello - Ant -, el 14 de diciembre del mismo año profirió la sentencia correspondiente, admitió la modificante de la pena con fundamento en el artículo 60 del C. P., pero al dosificar la sanción no partió del mínimo sino de 15 años, teniendo en cuenta tres circunstancias que no habían sido ni siquiera mencionadas en la diligencia celebrada en la Fiscalía: "premeditación ponderada del delito", obrar en connivencia con otras personas y "...haber actuado por motivos innobles como fue el ánimo vindicativo" (Fl. 158).

El procesado apeló la decisión y la sustentó hablando de muchas cosas, por ejemplo, de ausencia de dolo, de culpa, de legítima defensa pero haciendo énfasis en que fuera redosificada la pena, se le impusiera el mínimo y se tuviera en cuenta que su comportamiento no se debía a un acto premeditado (Fls. 162 a 164).

El 7 de marzo de 1995, el Tribunal de Medellín fijó la pena en 7 años y 4 meses, dando los pasos que fueron señalados en el capítulo "Actuación procesal" de esta sentencia. No obstante la reducción punitiva que hizo, aumentó la pena en dos años por la concurrencia de dos causales genéricas de agravación: comisión ponderada del hecho, y obrar en complicidad de un tercero.

Como se observa con claridad, entonces, el acta de formulación de cargos hizo imputaciones al procesado pero no mencionó, de ninguna manera, el incremento punitivo por circunstancias genéricas de agravación. Posteriormente, en 1ª. instancia le fueron deducidas tres de ellas y, más adelante, en 2ª. instancia, dos.

2. La jurisprudencia de la Sala ha sido reiterada en cuanto las denominadas circunstancias genéricas "objetivas", o no necesitadas de "valoración", que implican agravación punitiva, pueden ser deducidas por el juez en la sentencia, así no hayan sido señaladas de ninguna manera por el fiscal en el acta de formulación y aceptación de cargos, mientras las "subjetivas", o aquellas que requieren "valoración", imprescindiblemente han debido ser expuestas por el instructor en el pliego pues de lo contrario no pueden constituir motivo de incremento punitivo en la sentencia. Así se desprende, por ejemplo, de las sentencias de casación del 25 de septiembre de 1997, 10 y 17 de junio de 1998 . 27 de julio de 1998 (M. P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda), 29 de julio de 1998 y 22 de junio de 1999 (M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

En síntesis, *para que las circunstancias genéricas "subjetivas" de agravación de la pena puedan servir de base para incrementarla, han debido ser plasmadas en la acusación, como sucede con la preparación ponderada del hecho punible, circunstancia que implica análisis detallado y valorativo de lo sucedido en el psiquismo del autor. Al contrario, la sentencia puede aumentar la pena por circunstancias genéricas "objetivas" aún en el evento de que no hayan sido previstas en la formulación de cargos, como ocurre con la actuación en connivencia, que resulta de la simple observación del desencadenamiento del hecho punible.*

3. En el proceso que se examina, la sentencia de 2ª. instancia aumentó la pena por dos circunstancias genéricas; una objetiva, actuar con la complicidad de otro, y una subjetiva, la preparación ponderada del hecho punible. Como ninguna de ellas fue imputada en el acta de formulación de cargos, concluyese que no existe exacta congruencia entre acusación y fallo y que, por lo tanto, se impone casar la sentencia con fundamento en la normatividad ya mencionada, aclarando que, de acuerdo con la tests de la Sala, se hace sólo en relación con la causal "subjetiva", es decir, con la segunda mencionada.

4. Como consecuencia de lo anterior, la Corte debe proceder a redosificar la pena, haciendo la reducción correspondiente, como se establecerá adelante.

De otra parte, ante el planteamiento del Procurador delegado, dígase que si bien la incongruencia por el motivo que se presenta en este caso genera violación o restricción del derecho de defensa, la vía mas apropiada para remediar la situación no es la nulidad sino el reconocimiento de la inconsonancia, aun cuando se sigue estimando que acudir a aquel mecanismo no constituye completo desatino. Así, por ejemplo, en sentencia del 25 de septiembre de 1997 (M. P. Dr. Jorge Córdoba Poveda), la Corte dijo:

"No comparte la Sala la opinión del Procurador Delegado en cuanto considera que la causal segunda solo procede cuando hay incoherencia entre el delito imputado en el pliego de cargos y el que fundamentó la sentencia, ya que aunque éste es un caso de inconsonancia, no es el único, pues como lo ha sostenido la Sala 'Esta concreción fáctico - jurídica (se refiere a la resolución de acusación) determina los límites del juzgamiento y por tanto de la

sentencia, sea o no anticipada, no pudiendo el juez, sin sacrificar la consonancia del fallo e incurrir en irregularidad susceptible de ser atacada al amparo de la causal segunda de casación, incluir nuevas conductas delictivas o adicionar circunstancias específicas de agravación punitiva, o genéricas no objetivas, ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado o formas de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidad de cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo (Casación 9845, 20 de mayo de 1997, M.P. Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll)' ".

"En consecuencia, el recurrente no falló a la técnica al plantear el reproche por la causal segunda, como lo afirmó el Ministerio Público, que es la adecuada para tal clase de yerros".

"Sin embargo, tampoco resulta desacertado acudir a la nulidad, pues es evidente que se violó el derecho de defensa, y como aquella afecta exclusivamente la sentencia, bastaría casarla, conforme a los artículos 228 y 229-1 del C. de. P. P. y dictar la de reemplazo, con las mismas consecuencias jurídicas de la falta de consonancia".

Así, se impone casar la sentencia con fundamento en la causal 2a. prevista en el artículo 220 del C. de. P. P. y dictar la de remplazo, en lo pertinente, con base en el mandato del artículo 229-1 del mismo estatuto.

Siguiendo la ruta trazada por el juzgador de segunda instancia, basta hacer la reducción correspondiente a una causal genérica de agravación, así:

a) En virtud del artículo 323 del C. P. , relacionado con su artículo 60, es decir, disminuida la pena para aquel en la tercera parte de su mínimo, quedan 8 años y 3 meses.

b) Incremento de un (1) año por la causal genérica "objetiva" de actuar con la complicidad de otro, 9 años y 3 meses.

c) Aumento de seis (6) meses, por el concurso, para un subtotal de 9 años y 9 meses.

d) Reducción de la tercera parte por mandato del artículo 37-4 del C. de. P. P., para un total de 6 años y 6 meses de prisión, cantidad que también se fija para la pena accesoria de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas.

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

RESUELVE:

1. Casar parcialmente la sentencia objeto del recurso e imponer a Yamil Hernando Osorno Ospina seis (6) años y seis (6) meses de prisión como pena

principal e interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

2. Mantener las demás resoluciones tomadas en la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, (Salvamento de voto); *Fernando E. Arboleda Ripoll*, *Jorge. E. Córdoba Poveda*, *Carlos A. Gálvez Argote*, *Edgar Lombana Trujillo*, (Salvamento parcial de voto); *Mario Mantilla Nougués*, *Carlos E. Mejía Escobar*, (Salvamento de voto); *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*, (Salvamento parcial de voto); *Yesid Ramírez Bastidas*. (Salvamento de voto).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

(Casación 10787)

Señores Magistrados:

Al no lograr la persuasión de los Honorables Señores Magistrados y, por supuesto, al ser inadmitida la propuesta sometida a consideración de la Sala, así como al no haber logrado el suscrito llegar al estado de persuasión, se le impone el deber de decir por qué no está de acuerdo con la decisión mayoritaria. Permítanme hacerlo de la siguiente manera.

La convicción que me acompaña desde hace muchos años, desde cuando se hablaba de "auto de proceder", en cuanto las circunstancias genéricas de agravación de la pena deben ser incluidas en la resolución de acusación, se mantiene aún, en momentos en que la terminología ha variado para hablar de "resolución acusatoria" y hasta de su equivalente, el " acta de formulación y aceptación de cargos" y la subsiguiente "sentencia anticipada". No obstante, volví sobre el tema y como conclusión hallé que la postura no podía cambiar por cuanto nada me indicaba - ni me indica - que debía declinar el pensamiento: ni la doctrina, ni la tradición, ni la ley, ni la jurisprudencia.

El proyecto original pretendía casar la sentencia por inconsonancia, con base en que mientras en la "acusación" no se mencionaba ninguna causal genérica de agravación, la sentencia incrementaba la sanción imponiendo, a espaldas del procesado, y en contra de la estructura de las decisiones judiciales miradas en conjunto y con lógica, una pena mayor a la esperada por el sujeto pasivo de la acción penal pues se aumentaba en dos años por dos circunstancias de tal naturaleza.

Los argumentos que soportan la afirmación son estos:

1. De acuerdo con el artículo 441 del C. de P.P., un requisito sustancial de la resolución acusatoria es el que esté demostrada la ocurrencia del hecho, y en virtud del artículo 442-1 es exigencia formal de la misma decisión hacer "...narración sucinta de los hechos investigados, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen". La resolución de acusación implica, entonces, entre otras cosas, la prueba del hecho con todas sus circunstancias. Desde el punto de vista legal impónese, así, la

necesidad de afirmar en la acusación cuál es el hecho imputado, con carácter de certeza, y cuáles son todas sus particularidades.

2. Si sustancia es esencia, sustrato, base primera, invariable, si es aquello que está abajo, que sustenta[1]; y forma es el aspecto dinámico, organizativo del contenido de la sustancia, si es el conjunto de los rasgos exteriores que caracterizan un objeto[2], no hay duda que son inescindibles y, por consiguiente, el requisito sustancial del artículo 441 del C. de P.P. y la exigencia formal del artículo 442-1 del mismo estatuto constituyen una unidad, un ser. Por tanto, la resolución de acusación debe contener la demostración del hecho con todas las circunstancias que lo singularizan, que lo identifican, es decir, que permiten diferenciarlo de otro u otros.

3. Según el artículo 180 del mismo código, la sentencia debe contener, entre varios aspectos, un resumen de la acusación (No.3) y en virtud de su artículo 220-2, un motivo de casación surge cuando, como es apenas obvio, la sentencia no se encuentra en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación. Dicho de otra manera, la resolución y la sentencia se deben corresponder con respecto a la demostración del hecho y todas sus circunstancias. Y las otras consecuencias son lógicas: si acusación y fallo coinciden a plenitud en cuanto a las imputaciones, éste es jurídico. Y, al contrario, si no coinciden, éste no es jurídico.

4. Cuando el artículo 442-1 del C. de P.P. pide que en el pliego de cargos se haga un relato de los hechos con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especifiquen, no hace distinciones, no se refiere a una o a unas u otra u otras categorías de ellas y, por ende, las incluye a todas, justamente como lo dice la norma a la simple luz de la gramática.

5. Del estudio contextual del C.P. en materia de penas y, concretamente, de su artículo 61, emanan tres clases de circunstancias:

En primer lugar, las denominadas modificantes, que aumentan o disminuyen la sanción. Dentro de las primeras, cuéntanse los concursos (artículo 26), el delito contra empleado oficial (artículo 62) y el incremento por el lugar de comisión del delito (artículo 63ª). Dentro de las segundas, el delito emocional (artículo 60), el exceso en las causales de justificación (artículo 30), la tentativa (artículo 22) y la complicidad (artículo 24).

En segundo lugar, las circunstancias específicas de agravación y atenuación, ubicadas en el libro II del C.P. y en los estatutos especiales, predicables de determinados hechos punibles, incluidas las llamadas causales genéricas referibles a determinado grupo de delitos, como ocurre, por ejemplo, con las agravantes comunes a varias infracciones sexuales (artículo 306), los aumen-

---

[1] Cfr. Jaime M. Mans Puigarnau, *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 50; M.M. Rosental y P. F. Iudin (directores), *Diccionario Filosófico*, Bogotá, ediciones nacionales, 1954, p. 441.

[2] Cfr. Louis Marie Morfaux, *Diccionario de ciencias humanas*, Barcelona, Grijalbo, 1985, : J.C. García B., p. 138

tos en los hechos punibles contra el patrimonio económico privado (artículo 372) y la intensificación del mínimo sancionatorio en materia de algunos delitos relacionados con estupefacientes (artículo 38 de la ley 30 de 1986).

Y en tercer lugar, las denominadas causales genéricas de atenuación y agravación punitivas, previstas respectivamente en los artículos 64 y 66 del C.P.[3]

La clasificación no es caprichosa pues que emana del propio artículo 61 que, entre otros motivos, ordena, para dosificar la pena, tener en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación en su inciso 1º., y observar también la tentativa, la complicidad y el fenómeno de los concursos, en su inciso 2º. Y nótese cómo el inciso 1º., en lo que referimos, no diferencia entre causales "genéricas" y causales "específicas" de atenuación y de agravación, con lo que incluye las dos formas.

Entonces, cuando el artículo 442-1 del estatuto procesal dispone incluir en la acusación todas las circunstancias que especifiquen los hechos, ordena incrustar en el seno del pliego de cargos las modificantes, las específicas y las genéricas, es decir, las contempla todas y, por supuesto, no excluye ninguna.

6. Frente a las habitualmente denominadas circunstancias genéricas de atenuación y de agravación, algunas legislaciones establecen criterios diferenciantes. Así, por ejemplo, el C.P. del Uruguay de 1934, exige tener en cuenta la calidad de las circunstancias y la mayor o menor peligrosidad del agente (artículo 50); el de 1924 del Perú, distingue circunstancias objetivas y subjetivas, según la doctrina[4] el C.P. federal mexicano de 1931 pide atender preferencialmente las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente (artículo 51); el C.P. de Costa Rica de 1970 orienta hacia la gravedad del hecho y la personalidad del partícipe (artículo 71); y el C.P. italiano (1930) distingue entre circunstancias objetivas y subjetivas (artículo 70). El C.P. colombiano en parte alguna fija distinciones ni categoriza las causales genéricas para decir, vrg., que unas son objetivas y otras subjetivas, o que unas requieran de valoración especial y otras no. Por ello no es válido, como sí lo es en otros países, extraer diferencias que la ley no ha establecido para hacerlas producir efectos dispares en el terreno procesal.

La revisión del C.P. colombiano permite observar que en su artículo 25 alude a "circunstancias personales" y a "circunstancias materiales" que agravan la punibilidad (inciso 1º.) y que la disminuyen o excluyen (inciso 2º.). Ante ello, téngase en cuenta, de una parte, que lo hace exclusivamente para separar las

---

[3] Esta tridivisión es la que se observa en la composición del C.P. y es la más o menos identificada por nuestra doctrina, ya con larga tradición. Cfr., por ejemplo, Alfonso Reyes Echandía, La punibilidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978; Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Temis, 5a. reimpresión de la 11 edición, 1996, ps. 265 s.s.; Emiro Sandoval Huertas, La pena privada de la libertad en Colombia y en Alemania Federal, Bogotá, Temis, 1988, pp. 41 s.s.

[4] Así, Angel Gustavo Cornejo, según Felipe Villavicencio T. *Código Penal*, comentado, con jurisprudencia y doctrina, Lima, Grijley, 1997, 2a. edición, p. 199

predicables del hombre de aquellas que no le pertenecen; y, de otra, que las divide sólo para efectos de su comunicabilidad entre los varios partícipes.

7. De la ley procesal penal surge una afirmación palpable: durante todo el proceso, especialmente durante la etapa de instrucción, es necesario mirar en detalle el tema de las circunstancias y de esa visión detenida se concluye que en parte alguna hace distinciones entre ellas. Así por ejemplo, en materia de audiencia especial, el rito debe versar, entre otros aspectos, sobre las circunstancias del delito (artículo 37ª); el principio de investigación integral ordena al instructor averiguar varios temas, entre ellos las circunstancias que agraven o atenúen la responsabilidad del imputado (artículos 249-1 y 333); y uno de los objetivos de la investigación está constituido por la práctica de pruebas conducentes a la detección de "Los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal", la búsqueda de "Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó el hecho" y "Las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del imputado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía sus condiciones de vida" (artículo 334, Nos.3, 4 y 5), propósitos que, en buena medida, coinciden con las circunstancias señaladas en los artículos 64 y 66 del C.P.

Los ejemplos indicados enseñan que la etapa instructiva también se debe dirigir a la preparación del calificatorio. Y no hay duda que con la pretensión de éste, se impone indagar por las "circunstancias", por todas, vale decir, entre otras, por las genéricas y las específicas.

8. Es normal encontrar que los tipos penales se clasifican, desde un ángulo, en básicos, especiales y subordinados y que todos ellos, en la hipótesis delictiva concreta, pueden estar acompañados de una o varias de las denominadas circunstancias genéricas atenuantes o agravantes. Por lo tanto, si la ley procesal incluye en su decurso normativo la atención que se debe prestar también a estas últimas, es obvio que la imputación que se hace al acusar a una persona debe incluirlas. No tendría sentido que el legislador ordenara buscar circunstancias de toda índole y que "perfeccionada" la investigación que conduce al cierre de la misma, hiciera caso omiso de una o de varias clases de ellas. Resulta imperativo, entonces, que tras la búsqueda de hechos y circunstancias, se deduzcan y se fijen en el pliego de cargos todas las halladas durante las averiguaciones.

9. La historia legislativa procesal penal de Colombia confirma que en la acusación se deben precisar todas las circunstancias, sin distinción alguna. Así, el C. de P.P. de 1938 preveía en su artículo 431-3 que la parte motiva del auto de proceder debía contener "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifiquen", fórmula seguida por el artículo 471-1 del decreto 0050 de 1987 exigía que la resolución acusatoria narrara los hechos investigados, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que los especificaran, en terminología similar a la hoy utilizada.

No hay duda, entonces, en que desde el punto de vista legal - procesal la totalidad de las circunstancias deben ser incrustadas en la resolución acusatoria, sin distinciones. Sin embargo, si hubiera alguna, recobraría su fortaleza el viejo principio hermenéutico *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, o lo que es lo mismo: donde la ley no distingue, nosotros tampoco debemos hacer distinciones.

10. Desde la óptica normativa, es decir, mirando los comportamientos a partir de las definiciones de la ley, suele decirse que una conducta es típica cuando se adecua a un tipo penal básico o especial, y que la tipicidad de la acción u omisión no se predica de los tipos subordinados porque estos tan solo se limitan a aumentar o disminuir las penas, dependiendo siempre de un tipo penal básico o especial. Por esta vía, entonces, menos importancia tendría una conducta acompañada de causales genéricas de agravación o de atenuación, como que no van de la mano de ningún tipo, salvo en aquellos casos en que unas causales genéricas coinciden con unas específicas.

Desde el punto de vista del comportamiento humano la situación varía porque lo típico es la conducta global del hombre en el asunto concreto y si éste realiza determinada acción central pero acompañada de circunstancias, la adecuación se debe hacer a un tipo, básico o especial, seguida de todas sus particularidades, sean específicas y/o genéricas. Dicho con otras palabras, la tipicidad predicable del hombre se refiere a aquello que ha hecho en su integridad, sin que sea posible, porque es su conducta, escindirla.

Por eso, con base en una concepción imperativa -psicológica, un sector de la doctrina estima que "Nada, entonces, se opone... a la inclusión de las circunstancias en el ámbito del precepto primario y, consiguientemente, en aquel tipo delineado por éste", para distinguir entre tipos simples y tipos circunstanciados[3]

En síntesis, por lo anterior, en la resolución acusatoria, y en su equivalente dentro del proceso abreviado, deben ser incluidas todas las circunstancias determinadas durante la instrucción, llámense "modificantes", "específicas" o "genéricas". Si no se hace, y en contra de la ley la sentencia aumenta la pena con fundamento en cualquiera de ellas, surge nítida una causal de casación.

Señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

[3] Giulliano Marini, *Le circostanze del reato*. Milano, Giuffre, 1965, pp. 42 s.s.

SALVAMENTO DE VOTO

La Sala mayoritariamente consideró, y en eso es en lo que no estamos de acuerdo, que la circunstancia atinente a la preparación ponderada del hecho punible, no fue imputada al acusado en el acta de presentación de cargos, y que por ello no existe congruencia entre dicha acusación y la sentencia, lo que conduce a CASARLA.

Nosotros, por el contrario, estimamos que esa circunstancia no solamente fue imputada sino que la condena no se explica sino por su existencia. Explicaremos por qué:

El acta de formulación de cargos, luego de reseñar que el occiso Toro Franco recibió varias lesiones con arma de fuego, que en ese momento unos agentes de la Sijin pasaban por el lugar y lo advirtieron, que dieron captura a los autores y que éstos, en principio, negaron los hechos, recuerda que los imputados posteriormente reconocieron haber dado muerte al occiso y que Yamil Hernando Osorno Ospina explicó que Toro Franco había atentado contra la vida de varios miembros de su familia, aportando su defensor 6 registros de defunción.

Así mismo, se expresa allí que los motivos que existieron para disponer la medida asegurativa contra los procesados se hallaban "incólumes" y en consecuencia se le formulan por homicidio simple, con reconocimiento de la atenuante del artículo 60 del Código Penal, en concurso con el delito de porte ilegal de arma de fuego - para Osorno O..

El auto que resolvió situación jurídica con medida de aseguramiento, cuyos motivos -según expresión de la Fiscalía- se mantenían incólumes, no deja duda sobre la imputación del hecho constitutivo de la circunstancia deducida por el Tribunal, y sobre la prueba que la respaldaba. Así, convierte en piedra fundamental de la imputación el testimonio de Héctor Ignacio Tabares Jaramillo, trabajador al servicio del occiso y quien lo acompañaba al momento de ocurrir el homicidio, en tanto no solamente señaló a los retenidos como autores del hecho sino que "desde las cuatro y media de la mañana pudo ver que estos dos individuos merodeaban por el lugar de los acontecimientos". (fl. 40).

También expresó la Fiscalía, al reseñar la prueba en el detentivo, cómo los agentes de la Sijin que capturaron a los imputados (fl.41.) expresaron

que luego de la aprehensión estos reconocieron el homicidio que habían cometidos, "principalmente el que disparó quien informó que todo había sido por venganza personal porque este señor había matado al papá y a unos hermanos suyos".

Ello es trascendente porque la construcción del cargo, a fl. 6 del auto detentivo, se hace a partir de esas declaraciones, cuyas referencias sobre el móvil y la circunstancia, fueron explícitamente hechas por la Fiscalía al proferir la medida de aseguramiento (según la cita que se hizo) y por tanto, posteriormente y en cuanto remite a ella, al formular el cargo o los cargos.

Para que no quede duda, posteriormente y en diligencia de ampliación de indagatoria solicitada por la defensa y en la cual Osorno Ospina confiesa el hecho y el móvil, la Fiscalía de manera directa y contundente le imputa y pregunta ".. qué razón existe para que en el proceso haya constancia de que el taxi suyo o de su señora madre fue visto mucho antes de la muerte del Alfredo de Jesús Toro Franco y cerca del lugar de lo acontecido, precisamente en horas de la mañana".

Esa diligencia de ampliación de indagatoria será, a la postre, la que lleva a la Fiscalía a enunciar como reconocida la atenuante del artículo 60 del Código Penal, no sin expresar el fundamento objetivo del reconocimiento, es decir, que Osorno había afirmado que Toro Franco había atentado contra varios miembros de su familia, pero insistiendo -repite- que "los motivos que existieron para disponer la medida asegurativa en contra de los procesados se halla (sic) incólume,".

Por otra parte, la sentencia de primera instancia retoma la prueba, el reconocimiento del móvil y - aunque con un error de temporalidad (lo ubica 8 días antes) - el dato de que los autores merodeaban desde las cuatro y media de la mañana. Como de manera igual lo hace con la admisión que de autoría hizo Osorno ante la policía y de que "obraba así por vengaza toda vez que el occiso le había dado muerte a su padre y a varios hermanos" (fl. 152).

Para mayor claridad, y ante la necesidad de descartar alguna tesis impropiamente planteada por la defensa y narrada por el acusado (en cuanto a que disparó porque el occiso trató de sacar un arma del cinto cuando lo encontró) expuso: "..pues ello no fue cierto y además el acusado Yamil salió en su búsqueda, acompañado de Henry y otro sujeto, para lo cual se trasladó en un taxi en donde le era difícil al interfecto lo reconociera y luego para huir lo hizo en la moto que venía en pos de ellos pues este aparato es más propicio para huir y el que generalmente utilizan los sicarios".

Dispuso pues el Juzgador de primera instancia dosificar la pena atendiendo la "premeditación (sic) ponderada del delito" y porque obró en connivencia con otras personas, además de haber actuado por motivos innobles como fue el ánimo vindicativo". (fl. 158).

Siendo la anterior una cerrada secuencia de los actos procesales de imputación y desenvolvimiento de la causa, a los suscritos Magistrados no nos

queda duda alguna, ni la más mínima inquietud, de que al condenado Yamil Hernando Ospina se le imputó durante la investigación, en el auto detentivo y luego en la formulación de cargos y en la sentencia, haber preparado ponderadamente el hecho. Haberlo hecho así, porque ello se deducía de elementos probatoriamente reseñados y al mismo enrostrados, tales como hacerse acompañar de dos personas, utilizando con una de ellas, para trasladarse, un taxi distinto al que de por sí él manejaba; apearse del mismo para disparar contra el occiso y cambiar de vehículo para huir en la motocicleta que conducía el cocaplurado Monsalve Zapata; haber estado merodeando desde las cuatro y media de la mañana en el lugar donde el occiso desarrollaba una invariable rutina; y finalmente haber actuado movido por venganza, relacionada con episodios que provenían de varios años atrás.

Si para la Sala mayoritaria ello no satisface las exigencias de la ley colombiana en cuanto a que las circunstancias dosimétricas valorativas (o subjetivas, como también se les enuncia a veces) deban imputase, es porque en su concepción de lo que abarca la obligación de deducirlas ha comenzado a incorporar, como exigencia, la utilización de alguna fórmula sacramental, formularia, solemne o rígida, que en nuestro entender no prevé la ley positiva colombiana ni ha reclamado la jurisprudencia de la Sala, o porque se entiende que incluso ella (y por esa vía cualquier dato que incida para valorar los demás criterios dosimétricos, v.gr. la personalidad) debe estar acompañada de la mención del artículo y del numeral en que se encuentre prevista o tipificada.

Precisamente la Sala en decisión de noviembre 9/94 (M.P. Dr. Páez Velandia), adujo frente a las circunstancias dosimétricas que conllevan valoración que era necesario "señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen ó mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto", para que pudiese "el procesado, probatoriamente defenderse de esa imputación". Y más recientemente, en octubre 15/98 (M.P. Dr. Páez V.) y a propósito de la misma circunstancia que aquí se discute, CASO parcialmente un fallo porque limitándose el Tribunal a "la conocida lacónica alusión a su ocurrencia" no explicó "cuáles fueron los actos que la consolidaron", lo que entrañaba una ausencia de motivación.

Si no fuere así, entonces, la actitud de la Sala se explicaría por considerar que el acta de formulación de cargos es acto completo, cerrado y jurídicamente hermético, en el sentido de que únicamente el texto pertinente en que se condensan la tipicidad y el *nomen juris* de los hechos es el que se constituye en marco de la sentencia, lo cual tampoco compartimos. Para los suscritos la relación progresiva y concatenada de los actos procesales que inciden en la imputación no solamente es obvia, sino que prescindiendo de tales características mal podría comprenderse el concepto de proceso. La indagatoria, el auto que resuelve la situación jurídica y luego la relación de cargos, tienen íntima conexión, ésta se manifiesta a través de una relación dinámica de antecedente -consecuente, y de su consideración en términos de correspondencia es de donde se extrae el objeto de la imputación, con

aquellas excepciones explícitas de factores o elementos que por cualquier juicio posterior excluya la propia Fiscalía en el acta.

De modo que la preparación ponderada de éste homicidio fue fácticamente sustentada. La prueba que la revelaba fue explícitamente considerada. Por los hechos de las que se derivaba, fue interrogado el acusado. Y si no hubo una repetición del contenido de la norma que recoge dicha circunstancia, o una fórmula solemne que sobre su incorporación al pliego acusatorio se hubiera utilizado , no por ello se puede sostener que no se imputó y que, consecuentemente la sentencia, en cuanto la dedujo para graduar la pena, resultó incongruente con la acusación.

La ley no llega a ese extremo de exigencias. Y que el procesado y su defensor fueran conscientes de que de ello se les acusaba, no puede ponerse en duda siempre que se analicen sus intervenciones y esfuerzos: todo tratando de presentar una explicación que daba al encuentro entre victima y victimario el carácter de lo sorpresivo, de lo causal, de lo inesperado. Y ello no habría ocurrido si desconocieran que el cargo comportaba un crimen preparado, planificado; una venganza preordenada, ponderada y calculadamente.

Con todo respeto,

Carlos E. Mejía Escobar, Jorge Aníbal Gómez Gallego.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, expreso mi disentimiento parcial, puesto que en mi modesto modo de entender, los efectos de la casación debieron extenderse también a la causal genérica "objetiva" de agravación de la pena consistente en obrar con complicidad de otro, es decir, debió declararse que no es factible aducir en la sentencia anticipada ninguna circunstancia que determine mayor punibilidad, que no haya sido expresamente endilgada y aceptada en la diligencia de formulación y aceptación de cargos.

Comparto plenamente los argumentos que en su salvamento explicó con gran solvencia jurídica el Honorable Magistrado *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*, y, adicionalmente, sustento la disidencia con las siguientes razones:

1-. En el derecho penal contemporáneo, denominado de acto, de conducta y de estricta culpabilidad las personas imputables están llamadas a responder única y exclusivamente por lo que hacen, en tanto y en cuanto, el Estado haya podido demostrar palmariamente en el grado de certeza todas y cada una de las circunstancias que permitan la construcción del juicio de reproche.

La carga de la prueba en todo caso radica en cabeza del Estado; no obstante, tratándose de una de las manifestaciones del derecho penal consensual, como es la sentencia anticipada, en el que se otorgan premios o dádivas a cambio de la colaboración del sujeto activo del delito, la situación adquiere un matiz que permite establecer algunas diferencias puntuales:

1.1-. En el proceso penal corriente, o completo, por llamarlo de alguna manera, en el que se agotan a plenitud las fases de instrucción y juzgamiento, corresponde exclusivamente al Estado, a través de la Fiscalía, el Ministerio Público, la gestión oficiosa del juez, y aún con la colaboración de la parte civil, a veces, demostrar a cabalidad todos y cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad penal, para llegar a una sentencia condenatoria. En este evento el Estado necesariamente tendrá que ocuparse de las circunstancias de agravación punitiva específicas, genéricas, "objetivas" y subjetivas con base en las cuales pretenda incrementos en la sanción penal. Se desvanece así, a instancias de la gestión de la administración de justicia la presunción de inocencia como derecho fundamental del procesado.

1.2. Como una manifestación válida del Estado social, democrático y de derecho se introdujo al procedimiento penal colombiano instituciones jurídicas como la denominada sentencia anticipada, por la cual se concede una significativa rebaja de pena a quien admite la comisión de un delito y accede a que en su caso se profiera sentencia, debido a que renuncia a varios derechos fundamentales suyos, entre ellos presunción de inocencia, no autoincriminación, contradicción, juicio público, favorabilidad si fuere pertinente, etc., para facilitar y allanar de este modo el camino a la pretensión punitiva del Estado.

1.3-. La renuncia a derechos de estirpe constitucional, *verbi gratia* el de no autoincriminación, consagrado expresamente en el artículo 33 de la Carta, en el marco de una audiencia de formulación y aceptación de cargos, presupone como mínimo que el titular del derecho, vale decir el sindicado, haya sido informado plenamente e ilustrado acerca de todas y cada una de las consecuencias jurídicas de esa manifestación de voluntad.

Tan es así, que son aquellas explicaciones precisas, completas y previas, a cargo básicamente del Fiscal, el Ministerio Público y el defensor técnico, las que persuaden al sujeto activo del delito a renunciar a sus derechos y a someterse a la autoridad judicial.

Cuando el Fiscal omite el deber de suministrar información concreta, de hecho y jurídica, acerca de una causal de agravación, fuere cual fuere su naturaleza, y por tal motivo no se contempla en los cargos ni en su aceptación, la renuncia a los derechos fundamentales, especialmente al de no autoincriminación, no la abarca, y por tanto, no es legítimo que en la sentencia subsiguiente el juez la asuma como demostrada y admitida. Así, la mayor punibilidad que de ella surgiere deviene en ilegal.

Frente a este excepcional mecanismo para poner fin al proceso penal la renuncia a los derechos de rango Superior en ningún caso puede ser tácita, ni suponerse, ni deducirse de otras circunstancias en las cuales el sindicado quizá ni siquiera haya pensado. La renuncia a tales derechos debe ser absolutamente expresa, diáfana, provenir de la voluntad libre e inteligente del afectado, y de esta manera, detalladamente dejar constancia de ello en el acta que firmarán todos los intervinientes.

Por tal motivo, el acta que contenga la formulación y aceptación de cargos equivale a la resolución de acusación y demarca el límite a la actividad punitiva del Estado. Si el Juez se extralimita y condena por fuera de ese marco preciso entonces transgrede el principio de congruencia.

1.4-. Se sorprende al sindicado y se afecta el derecho de defensa cuando en la sentencia anticipada se hace referencia a una circunstancia agravante genérica, "objetiva" o "subjetiva", o específica, que no haya sido expresamente imputada fáctica y jurídicamente, y en esa amplia significación aceptada por él.

Es que la renuncia a los derechos fundamentales no puede producir efectos jurídicos viables sino cuando el titular del derecho conoce y comprende a

plenitud el alcance de esa renuncia. Tal comprensión y entendimiento no es real, material y efectiva sino cuando el funcionario judicial formula cargos a través de proposiciones completas, silogísticas: es decir, cuando el Fiscal presenta los hechos en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y les hace corresponder una a una el derecho.

1.5-. Como la mayoría de los sindicados no son expertos en derecho penal (independientemente de la destreza del defensor o la diligencia del Ministerio Público), la formulación de cargos no puede circunscribirse ni agotarse en la enunciación de la situación fáctica, sino que debe trascender hacia las consecuencias jurídicas de las circunstancias que convergen. Es injusto que a quien no conoce el derecho penal en sus complejas edificaciones dogmáticas se le sorprenda posteriormente con figuras que para el juez se sobreentienden, son obvias, u "objetivas", pero para el sindicado completamente extrañas. En los términos de la última hipótesis no es válido constitucionalmente renunciar a los derechos de presunción de inocencia y no autoincriminación.

1.6-. Cuando se formaliza en el acta a que se refiere el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, la formulación de cargos por el Fiscal y la aceptación de los mismos por el sindicado, surge a la vida jurídica una pieza procesal autónoma, equivalente en sus efectos a la resolución de acusación, pero no idéntica en sus características.

El acta que contenga la formulación y aceptación de cargos, como presupuesto mínimo indispensable de validez para renunciar a derechos fundamentales, debe estructurarse completamente en doble vía: fáctica y jurídica, por la irrefutable razón de que no es lo mismo aceptar haber participado en un hecho punible, que aceptar todas y cada una de las consecuencias jurídicas de tal participación.

En lógica sencilla nadie puede aceptar lo que no conoce, ni renunciar a lo que le es desconocido.

Quizá, en algunos casos muy excepcionales, la resolución de acusación del proceso penal corriente pudiera limitarse a la imputación fáctica, pues el sindicado goza de toda la gama de alternativas de impugnación. La aceptación de cargos, en cambio, conlleva de suyo enormes límites a la posibilidad de controvertir.

1.7-. Si en el acta de formulación y aceptación de cargos no se contemplan todas las circunstancias que afectan la punibilidad, en su descripción fáctica y en su estimación jurídica, la sentencia no podrá referirse a ellas so pena de vulnerar el principio de congruencia y abrir paso a la causal segunda de casación, como ocurrió precisamente en este evento.

2-. La decisión mayoritaria de la Sala acude sin ninguna reflexión adicional a la clásica división doctrinaria de las causales genéricas de agravación punitiva en "objetivas" y "subjetivas", para concluir que no estuvo alejada de la legalidad la decisión del juez en el sentido de incrementar la sanción

condigna a la causal objetiva, consistente en haber actuado con la complicidad de otro.

Frente al derecho penal contemporáneo, de estricta culpabilidad, endilgar objetivamente un factor constitutivo del ilícito, significa ni más ni menos que aplicar en esa parte responsabilidad objetiva, a pesar de que el artículo 5° del Código Penal, al desarrollar en categoría de norma rectora el principio de culpabilidad, proscribe toda forma de responsabilidad objetiva. Un principio rector no admite excepciones, a menos que un precepto de igual o superior jerarquía lo condicione.

Las agravantes genéricas también forman parte del tipo penal: del tipo objetivo y del tipo de injusto; puesto que no es lo mismo en materia de culpabilidad ser responsable de un ilícito simple, que del mismo tipo básico pero agravado. En otras palabras el raciocinio de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, debe extenderse a todas y cada una de las causales de agravación concomitantes, fuere cual fuere la clasificación que la doctrina o la jurisprudencia, para efectos académicos, hicieren de ellas.

Nunca puede ser igual el ejercicio de adecuación a cargo del juzgador frente a hechos relatados, a manera de ejemplo, de las dos siguientes formas:

"Juan disparó arma de fuego contra Pedro y le causó la muerte."

"Juan, obrando con la complicidad de otro, disparó arma de fuego contra Pedro y le causó la muerte."

Es imprescindible en todo caso hacer análisis de contenido subjetivo. No es lo mismo, en materia de responsabilidad penal, afirmar: Juan sabía que actuó en complicidad de otro, que decir: Juan sabía que obrar en complicidad de otro merece mayor reproche y a pesar de ello así actuó.

Cabe preguntar qué es lo objetivo en la causal genérica de agravación consistente en obrar con la complicidad de otro, cuando desde el origen la figura de la complicidad involucra serios y sesudos razonamientos dogmáticos? Lo objetivo en el pensamiento de la doctrina se debe predicar respecto del juez, o respecto del sujeto activo? Para quién debe ser objetivo el supuesto que involucra la causal, para el juez o para el procesado?

Interrogantes como los anteriores, que únicamente se proponen en calidad de ejemplo, ya que en realidad afloran muchos más, surgen de la convicción de que en el derecho penal de hoy nada es objetivo, sino que, por el contrario, frente a todo elemento que incida en el tipo y por ende en la punibilidad, el juez está obligado a realizar una correcta subsunción de tipicidad, a verificar la antijuridicidad y a estructurar el merecido reproche de culpabilidad.

3-. En el proceso penal colombiano, con tendencia acusatoria, donde el Fiscal es o debe ser un funcionario calificado, con intervención del Ministerio Público, y que garantiza la defensa material y técnica, no es admisible que en

la práctica judicial cotidiana continúen elaborándose resoluciones de acusación y/o actas de formulación y aceptación de cargos incompletas, confusas, anfibológicas y contradictorias.

Quizá, la jurisprudencia en todo nivel ha contribuido al mantenimiento de aquella odiosa realidad, puesto que, con el fin de no dar al traste con el proceso penal por vía de nulidad, como se debiera, veladamente se ingenian teorías a extremo discutibles, como aquella según la cual basta la imputación ontológica o fáctica, cuyo fin último es salvaguardar la integridad del proceso, con sacrificio, claro está, de los principales derechos de los intervinientes. Aquí el fin no justifica los medios.

La mediocridad en los pliegos de cargos hace surgir no pocas veces un problema de iguales o mayores proporciones. Ante esa realidad, el juez se ve compelido a abandonar su papel de tercero imparcial, de juzgador, para invadir por necesidad, los ámbitos inherentes a la función de acusar, a través del arreglo oficioso de las irregularidades que suelen presentar las acusaciones.

Sería ideal, y en ello tiene buena parte de responsabilidad la jurisprudencia de esta Sala, que de una vez por todas, para garantizar a plenitud los derechos superiores de los sujetos procesales, se exigiera en los estrados judiciales que en cumplimiento del deber, la imputación de cargos penales se lleve a cabo en su doble dimensión: fáctica y jurídica, so pena de generar invalidez por nulidad.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento.

Cordialmente,

Edgar Lombana Trujillo, Magistrado.

(fecha *ut supra*).

SALVAMENTO DE VOTO

Compartimos el criterio con otros integrantes de la Sala, de que sí se dedujo en el acto equivalente a la acusación cumplido en este trámite abreviado de *derecho procesal consensual o premial* (art. 37 C. de P. Penal), las circunstancias genéricas de agravación punitiva deducidas por la judicatura así no se hubieran consignado expresamente con epígrafes, número de artículos, numerales o incisos, pues se relataron en la sinopsis de los hechos y en la valoración probatoria adelantada, presentándose entonces a cabalidad la *consonancia* debida entre acusación-sentencia echada de menos en la decisión mayoritaria, para hacer inviable el reparo de sorpresa para el inculpado que lleve a quebrar la sentencia de segunda instancia por la causal de casación prevista en el art. 220-2 del C. de P. Penal.

Y en el tema verdaderamente de *fondo*, se tuvo la oportunidad de precisar conceptos así:

1. Desde los primeros intentos históricos del *hombre* por darle reglamento institucional a la solución de disputas reflejando la concepción política que simultáneamente regía el *Estado*, han prevalecido los sistemas procesales *acusatorio*, correspondiente a un modelo de Estado *democrático*,

La Hélade y tiempos del "iluminismo", el "demoliberalismo penal", la Revolución Francesa, el formidable movimiento hacia la reforma procesal del siglo XIX, el "garantismo" del mundo globalizado de hoy heredero magnífico del fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal madurada en el siglo XVIII[1],

e inquisitivo, emparentado con una forma de Estado *autárquico, dictatorial* o *absolutista*

que surgió con el Imperio Romano al morir la República cuando OCTAVIO, prevalido del éxito de las armas en la batalla de Actio –año 31 a.C.– sobre las fuerzas de CLEOPATRA y MARCO ANTONIO, se abroga poderes absolutos que

---

[1] LUIGI FERRAJOLI, Derecho y Razón, Madrid, Edit. Trotta, 1995, pág. 565; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. abril 18/88, M.P. Doctor EDGAR SAAVEDRA ROJAS.

se reflejan en la administración de justicia con aumento de poderes al Magistrado, entre ellos, investigación absolutamente secreta[2], *y se extiende por todas las Edades Media, Moderna y Contemporánea, de pleno apogeo de la Monarquía Absoluta y del Tribunal de la Inquisición,*

surgiendo el "*monstruo*" del *mixto*, fruto de la unión de los otros dos sistemas, con los códigos termidoriano de 1795 y el napoleónico de 1808[3].

2. Quiso la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el legislador coyuntural[4], dotar al país de un *Código de Procedimiento Penal* afín con una *sistemática garantista*, que a la vez de propiciar la *celeridad* y *eficacia* del proceso penal, fuera *respetuosa* de los derechos humanos, como lo exigía perentoriamente el modelo de *Estado (Social y Democrático de Derecho)* que se acogía en la parte dogmática de la Carta, y que ha dado lugar al "*diseño constitucional del proceso penal colombiano*" o "*jurisdicción constitucional procesal*"[5], que integra la siguiente constelación de normas superiores: 1, 2, 11, 12, 13, 14, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 83, 86, 93, 95-7, 116, 174, 175, 178, 213, 214, 221, 228, 230, 235, 243, 248, 250, 251, 252, 277 y 282, entre otras.

Y constituye evidentemente este vértice superior de la *Pirámide* ("*norma de normas*", artículo 4°), la fuente primordial de donde debe nutrirse el *legislador* en cuyo trabajo, cuando se desatiende semejante directriz y para corregir rumbos, se designan "comisiones de ajuste", como ocurrió en el trámite del proyecto de *Estatuto Procesal Penal* de Colombia en 1991[6].

3. Sin que preocupe demasiado la "*matrícula*", pero buscando estructuras comunes para un orden básico del proceso penal derivadas de las metas y de la función de él, de los ordenamientos constitucionales comunes y de los derechos fundamentales mundialmente reconocidos, un tal sistema de corte *garantista* se integra por estos ineludibles elementos:

---

[2] TERESA ARMENTA DEU, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, Barcelona Bosch, 1995, pág. 14; HORST SCHÖNBOHM y NORBERT LOSING, *Sistema Acusatorio y Proceso Penal*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995, pág. 43; JOSE ALMAGRO NOSETE, Derecho Procesal, T. II, Madrid, Edit. Trivium, 1995, pág. 29; y, MICHEL FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa Edit. 1995, págs. 37 y Ss.

[3] LUIGI FERRAJOLI, *Derecho...*, ob. cit., pág. 566.

[4] Gaceta Constitucional números 38, 51, 87 y 93, y *Comunicación* de agosto 27 de 1991 a través de la cual el Gobierno Nacional (Ministros de Justicia y Gobierno) presenta el proyecto de Código de Procedimiento Penal a los presidentes de la Comisión Especial Legislativa o "*Congresito*".

[5] "*El sistema acusatorio plasmado en nuestra Constitución... Es la misma Constitución la que consagra tanto el sistema acusatorio con las características antes descritas (art. 250 C.P.)... y seguido, porque en el sistema acusatorio lo que prevalece no es el interés punitivo del Estado sino la búsqueda de la verdad*". CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-543/97, M.P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ. "*La preceptiva del art. 250 Superior indica, muy a las claras, que el constituyente plasmó las bases de un sistema... Es evidente que la Carta consagra las bases de un sistema procesal penal que los expertos han denominado acusatorio mixto...*". CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ. En el mismo sentido, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, auto agosto 28/98, M. P. Doctor FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL; y, sept. 7/99, M. P. Doctor JORGE A. GOMEZ GALLEGO.

[6] CUERVO PONTON, ESPITIA GARZON y PEREZ ORTIZ.

– Su *idea básica* es la fragmentación del procedimiento en las *dos etapas* de investigación y acusación, y juicio;

– La *tripartición* clara de funciones de *acusación, defensa y juzgamiento*; y,

– Su *núcleo esencial* consiste en que, al contrario del sistema inquisitivo, la parte principal del proceso es el *plenario o juicio público*, en donde se realiza el *debate oral* y tienen cabal vigencia los *principios* que le otorgan identidad filosófica al sistema: *oralidad, publicidad, contradicción, celeridad, inmediación, concentración, identidad del juzgador, presunción de inocencia y de oportunidad o conveniencia*[7].

4. La Asamblea Nacional Constituyente precisó que *"el monopolio de funciones en cabeza de la Fiscalía, entraña la separación total de las etapas de acusación y juzgamiento"*[8]. El Gobierno Nacional en la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal que presentó a la Comisión Legislativa Especial adujo que *"es fundamental que a través de esta reforma, se separen definitivamente las funciones de acusación y juzgamiento"*[9]. Y, la Corte Constitucional, en providencia muy próxima a la entrada en vigencia del estatuto procesal, planteó que *"la implantación del sistema acusatorio escinde definitivamente ambas funciones..."*[10], argumentos que no pueden significar simples muletillas o frases huecas alejadas de las correspondientes consecuencias sistemáticas conectadas a los *valores superiores* de una administración de justicia *eficaz, eficiente y garantista*, y dirigida prevalentemente a *lo material-sustancial* para *"dentro de un marco jurídico y participativo"* garantizar *"un orden justo"*:

"Téngase en cuenta, adicionalmente que si esta Corte accediera a declarar inexequible el vocablo acusado, provocando así que se hiciera definitivamente la calificación del Fiscal en la resolución acusatoria, cualquier inexactitud en que incurriera la Fiscalía al proferir dicha providencia llevaría a la nulidad del proceso penal, dando paso a la impunidad, ya que, con arreglo al principio non bis in idem (artículo 29 C.P.), no cabría nueva actuación procesal por los mismos hechos.

Basta sugerir, a título de ejemplo, lo que acontecería si –en el supuesto de una norma legal como la quiere la demandante–, calificado el hecho punible bajo un determinado tipo legal en la resolución de acusación y hallado en el curso del proceso que el sindicado no cometió ese delito, sino otro, plenamente probado, fuera imposible para el juez proferir el fallo de condena en cuanto le

---

[7] Se ha de anotar que en Alemania, Italia y España no rige pleno el principio de la *"conveniencia"* o *"discrecionalidad"*, al contrario de lo que ocurre en Inglaterra y E. U., no obstante lo cual ningún iniciado en la materia ha descalificado al uno o al otro por pretendidas "impurezas".

[8] *Gaceta Constitucional* N° 51, proyecto de CARLOS ABELLO ROCA.

[9] Comunicación agosto 27 de 1991. Ministros de Gobierno y Justicia de Colombia.

[10] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-474, Mgs. Ptes. Doctores EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Este planteamiento es matizado con razón: *"Desde luego que lo dicho es sin perjuicio de que el juez frente a una resolución que afecta el debido proceso, bien por la inobservancia de sus requisitos legales o por error en la denominación jurídica, deba invalidarla para que el fiscal subsane la irregularidad advertida."* CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. agosto 2/95, M. P. Doctor RICARDO CALVETE RANGEL.

estuviera vedado modificar la calificación jurídica inicial. El delito, entonces, por mal calificado, quedaría impune, frustrándose el postulado constitucional que obliga al Estado a realizar un orden justo".[11]

5. La Carta Política –*se reitera*– consagró al abrir su parte dogmática o "Carta Ideológica", el modelo de Estado que rige en Colombia, SOCIAL y DEMOCRÁTICO de DERECHO (cláusulas similares a las consagradas en la Constitución *española, alemana, italiana,* entre otras, sin que necesariamente coincidan las realidades de esos países pero que no significa que unos modelos sean *"más puros"* que otros); en el artículo 2° se destaca como fin esencial del Estado *"facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan"*, como se logra a través del mentado sistema procesal garantista, y los arts. 29 y 228, asumen como prerrogativa fundamental del sindicado el derecho *"a un debido proceso público"*[12] y a través del bloque de constitucionalidad (art. 93) tienen decidida trascendencia en Colombia las *"Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal"* o *"Reglas de Mallorca"*, que en su regla 25 prescriben el derecho del imputado *"a un juicio oral"*, en cuya sede debe haber *"debate probatorio público"*.

6. Esas razones *históricas, políticas y sistemáticas* son las que obligan a leer con esa precisa óptica el sistema procesal penal colombiano, pero además comprometiéndose el intérprete con las respectivas consecuencias que sólo atienden al *valor* supremo incrustado en el preámbulo de la Carta, de un *orden justo* apuntalado en el prodigamiento de una *justicia sustancial material* (art. 228 Const. Pol.) y a la que tengan *acceso* (art. 2° Const. Pol.) por *igual* (art. 13 Const. Pol.) *todos* los ciudadanos de este país.

Así lo ha entendido un grueso sector de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, algunos de manera amplia y cabal, y otros con las reticencias propias de un juicio comparativo con los sistemas especialmente europeos y norteamericanos, atinando a calificarlo apenas como *"mixto con tendencia acusatoria"* por no existir una coincidencia milimétrica:

"Resulta problemático atribuirle implicaciones plenamente justificadas en el contexto de sistemas prolijados en otras latitudes, cuya transposición mecánica al estudio del ordenamiento jurídico colombiano podría desconocer justamente los pilares que sirven de soporte a la construcción de nuestro especial y "sui generis" sistema; un mimetismo acrítico cimentado en la preocupación de acomodar la ley o su correcta interpretación a modelos foráneos de presunta pureza, más que a soluciones claras fundadas en el derecho tal como se estableció, conduciría a fomentar un sinnúmero de dudas, y sobre la deleznа-

---

[11] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-491/96. M. P. Doctor JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

[12] *"No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"*. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-406/92. M.P. Doctor CIRO ANGARITA BARON. *"...la Carta consagra fines, principios y valores que impregnan su propio contenido e informan el ordenamiento jurídico entero, constituyéndose en guías para su interpretación y desarrollo"*. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

ble base de la incertidumbre no es correcto fundar juicios acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma"[13].

7. En claro desarrollo de esas *pautas superiores*, el *nuevo Estatuto Procesal Penal de 1991* introdujo *modificaciones* importantes para otorgarle realce a la *etapa del juicio* especialmente con el fin de garantizar los derechos tanto -y primordialmente- del procesado como de los restantes sujetos procesales:

7.1. En el art. 438 (conc. 441) no se demanda ya para la procedencia del cierre de investigación, su *perfeccionamiento*, como antes de entrar en vigencia la nueva Constitución y el nuevo C. P. Penal, sino del recaudo de "prueba necesaria" ("*o vencido el término de la instrucción*").

7.2. La *calificación jurídica* contenida en la *resolución acusatoria* (art. 442-3), es meramente *provisional*. Al demandarse en *acción pública de inconstitucionalidad* esta expresión, con el argumento que a su alero podría la Fiscalía variar la *calificación jurídica del hecho* por el cual un ciudadano había sido convocado a responder en juicio criminal, "*cuando una prueba sobreviniente o un error en la adecuación típica así lo aconseje*", con infracción a los derechos esenciales al *debido proceso*, *derecho de defensa* y *seguridad jurídica*, la Corte Constitucional resolvió:

"*Lo que la Constitución exige es la observancia de la normatividad en el curso de los procesos y en modo alguno la petrificación de ella... el objetivo de todo proceso, en especial los que se inicien en materia criminal, es el de esclarecer lo acontecido, para administrar justicia con apoyo en la verdad real y la convicción razonada de quien resuelve. De lo cual se desprende que el funcionario o corporación a cuyo cargo se encuentra la decisión final, debe estar en condiciones de modificar, parcial o totalmente, las apreciaciones con base en las cuales se dio principio al proceso.*

Las declaraciones y alegatos de las partes, las manifestaciones de los intervinientes, la práctica, la contradicción y evaluación de pruebas y los demás elementos procesales están encaminados a configurar, ante el fallador, el panorama integral y, hasta donde sea posible, completo y exacto, en torno a los hechos materia de examen y en cuanto a su ubicación frente al derecho aplicable"[14].

7.3. El *período probatorio* de la *causa* se amplió de manera generosa de 3 a 30 días (art. 446), precisamente para facilitar en esa fase la *concentración probatoria* para que desfilen frente al juez, y no por interpuesta mano, los principales elementos de juicio que le permitan la más adecuada decisión del proceso.

---

[13] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ. En nuestro sistema procesal penal, "*copia desfigurada de esquemas foráneos... algo podemos tener de autóctonos*", CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, salv. Voto a prov. marzo 8/94, Magistrado GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ. Por eso se insiste en un *sistema procesal penal* de corte *garantista* pero en lo *material* (art. 228 Const. Pol.) no en meras *formalidades* (art. 442 C. de P. Penal); que se interese de veras en la vigencia de un *orden justo* de panorámica *igual* para procesado, víctima-perjudicado y sociedad.

[14] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-491/96, M. P. Doctor JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

7.4. Se consagran *facultades* al juez para decretar *pruebas de oficio* (art. 448) en natural *desarrollo* del principio rector consagrado en los arts. 228 de la Constitución Política[15] y 9 del C. de P. Penal, y de la finalidad de todo proceso que es establecer la *verdad real*, práctica que se utiliza en sistemas como el de Puerto Rico, calificado por los más rigurosos como *puro* pues es el mismo de los E. U. La Corte precisó:

"Tanto en la etapa de investigación y acusación como en la de juzgamiento, las autoridades a quienes corresponde tramitarlas deben establecer la verdad en el proceso, respetando todos los derechos y garantías de los procesados"[16].

7.5. Se dispuso *concentración* probatoria en la audiencia, *oral* y *pública*, con la posibilidad de practicar allí mismo las que "*surgieren*" de las anteriores y "*necesarias para el esclarecimiento de los hechos*" (arts. 448 y 449), todo bajo la *dirección* del juez (art. 453), supremo controlador de la legalidad y de la constitucionalidad del proceso.

7.6. Previó también el nuevo C. de P. Penal la intervención en tan vital etapa procesal (de la *causa*), de sujetos procesales como el *Ministerio Público* (en cumplimiento de su misión de defender los intereses de la sociedad, el *orden jurídico*, el *patrimonio público* y los *derechos y garantías fundamentales*, art. 131); de la *parte civil*, titular de los derechos e intereses de la víctima y/o ofendidos (art. 149), siendo apenas natural que la condena por perjuicios sea proporcional al grado de culpabilidad, por ejemplo: del *Fiscal*, a quien "*durante el juzgamiento*" le corresponde "*la carga de la prueba del hecho punible y de la responsabilidad del procesado*" (art. 249), y está *obligado* a intervenir en la audiencia pública ya solicitando (art. 448), ora contradiciendo pruebas (art. 449) y, finalmente, haciendo planteamientos de fondo (arts. 451 y 452); el *procesado* y su *defensor*, atentos, como escribe CARNELUTTI, a "*una decisión favorable*" (arts. 136-38 y 446-452); y, por supuesto, del *juez* con facultades de ordenar *pruebas de oficio* en busca de elementos de juicio trascendentes que le permitan formarse una concepción real de los hechos en procura de una *decisión justa* (arts. 248 y 448).

A *todos* ellos se da "*traslado para la preparación de la audiencia pública*", conocida en los denominados "*sistemas acusatorios puros*" como etapa de "*preaudiencia*" (en España se le llama *etapa intermedia del proceso*), con los importantes fines de preparar la audiencia pública, solicitar nulidades presentadas en la instrucción "*y las pruebas que sean conducentes*" (art. 446) para *absolver* o *condenar* por la ilicitud *realmente* cometida.

8. Antes de la vigencia de la Constitución de 1991, tiempos en los que regía cerrero un *sistema mixto* de inocultable *tendencia inquisitiva*, era derecho positivo el art. 501 del Decreto 050 de 1997:

"*Cuando de las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública, varíe la adecuación típica del hecho puni-*

---

[15] "*La Carta confiere prevalencia al derecho sustancial (art. 228)*" CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C 395/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

[16] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C 563/97, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

ble, dentro del correspondiente Título del Código Penal, el juez dictará el fallo con base en dicha variación.

En este caso la audiencia se suspenderá por término de dos (2) días para que las partes soliciten las pruebas que tengan relación con la nueva adecuación.

La anterior determinación se tomará por auto de sustanciación motivado, una vez que se hayan practicado las pruebas".

Plena libertad para solicitar la práctica de pruebas conducentes a la protección del interés defendido. Y por supuesto, que la modificación permitida era *contra* el procesado, pues las atenuantes fácilmente se podían reconocer a través del apotegma *"si el juez puede absolver, más podrá decidir sobre dimtnuentes de responsabilidad"* sin complicaciones de dogmática procesal.

9. "El *proceso penal no se agota en la etapa de instrucción*", ha sentenciado la Corte Constitucional, porque la resolución acusatoria *"no es definitiva"*.

"los jueces o corporaciones que deben tomar la decisión final en materia penal, *tienen la facultad de modificar, total o parcialmente, la calificación que se haya establecido en la resolución acusatoria.* Luego del juicio y análisis de las declaraciones, alegatos de conclusión, confesiones, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad o peritazgos y en fin, de todas las intervenciones que fueran allegadas *por los sujetos procesales, se podrá concluir, en la fase del juzgamiento, que el delito establecido en la resolución acusatoria no correspondía a la conducta delictual calificada por el fiscal y, en consecuencia, podrá dictarse la decisión de mérito,* condenando o absolviendo, al sujeto vinculado al proceso criminal (art. 445 del C. P.P.). ... La carta le ha otorgado facultades al juez penal para dictar la sentencia definitiva. La razón de esto, es procurar que, tanto en la investigación como en el juzgamiento, *florezca la verdad* en razón de garantizarle la dignidad y *los derechos fundamentales del presunto sindicado y una cumplida administración de justicia*"[17].

10. La Fiscalía General de la Nación presentó hace pocos días al Parlamento el *"Proyecto de Ley por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*, que en la parte correspondiente de la *"Exposición de Motivos"*, reza:

"Se introduce la variación de la calificación jurídica provisional dada en la resolución de acusación, dentro de la misma etapa, con fundamento en las decisiones de la Corte Constitucional, entre ellas, la contenida en la Sentencia C-394 de septiembre 8 de 1994, siendo magistrado ponente el Dr. Antonio Barrera Carbonell, donde se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 37A del actual Código de Procedimiento Penal. Con fundamento en ella, la modificación podrá formularla el Fiscal, como sujeto acusador, pues siendo la acusación un acto complejo que va desde el llamamiento a juicio, contenido en

[17] CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. T-439/97. M. P. Doctor VLADIMIRO NARANJO MESA.

la resolución de acusación, hasta la intervención del mismo dentro de la audiencia pública incluyendo el acto de variación"[18].

Y así lo registró en el art. 400, correspondiente al Título I – "*Juzgamiento*" – del Libro III - "*Juicio*"–, con el epígrafe de "*Variación de la calificación jurídica provisional de la conducta punible*", complementado con el art. 401 sobre "*prórroga de la competencia*" a que una tal decisión pudiera dar lugar, aspectos que venía pregonando la doctrina:

"*Causales que fundamentan el recurso de casación:.. b) cuando no exista consonancia entre la sentencia y la resolución acusatoria. Se explicó anteriormente que la sentencia debe corresponder exactamente a los cargos elevados en la resolución acusatoria teniendo en cuenta el capítulo del Código Penal citado en aquella. No obstante, sigue vigente la necesaria concordancia entre la parte resolutoria de la resolución acusatoria, las pruebas de la segunda etapa, las alegaciones de las audiencias y la sentencia*".[19]

11. Es deber *primordial* del juez rectorizar su actuación por el "*garantismo*" de *todos* los intereses y derechos que resulten comprometidos en el ejercicio del *ius puniendi*, particularmente el *derecho a la defensa* (art. 29 Const. Pol.) y el *restablecimiento del derecho* (arts. 14 C. de P. Penal y 250-1 Const. Pol.) en un plano imperturbable de *igualdad* (art. 20 C. P. Penal y 13 Const. pol.)[20].

"*Ocurre que ningún derecho, aunque sea de naturaleza fundamental, ostenta el carácter de absoluto. De ser así, sería imposible la coexistencia y convergencia de derechos, que inclusive a veces pueden llegar a ser contradictorios o antagónicos en las mismas circunstancias... De modo que la presunción de inocencia tampoco es un derecho absoluto, y mal podría serlo en el Estado Social y Democrático de Derecho, en el que todos los miembros debemos ceder parte de nuestras atribuciones con el fin único de contribuir al mantenimiento de condiciones mínimas para hacer factible la vida en sociedad, en relativa paz y armonía*"[21].

12. Los *principios* sobre los que se funda el modelo *garantista* clásico del derecho penal son la *estricta legalidad*, la *materialidad* y *lesividad* de los delitos, la *responsabilidad personal*, el *juicio* oral y *contradictorio entre partes* y la

---

[18] FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, pág. 23. Los acuerdos entre Fiscal y procesado, y el control posterior del juez, "*constituyen un procedimiento complejo*", y por eso no puede admitirse que ese acuerdo, equivalente a la resolución acusatoria (art. 37B-2 C.P.P.), "*pueda ser definitivo e intangible*" porque violaría el "*debido proceso que exige que el juzgamiento se haga por el juez natural competente... pues quien en definitiva juzgaría sobre la base del acuerdo, sería el Fiscal y no el juez, convirtiéndose de este modo la sentencia en una simple refrendación formal de dicho acuerdo*", revisión que "*es una garantía de los derechos de los procesados*", control que además refrenda la división de funciones de acusación y juzgamiento. CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C-394/943. M. P. Doctor ANTONIO BARRERA CARBONELL.

[19] GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, *Procedimiento Penal Colombiano*. Santafé de Bogotá. Edit. Temis, 1994 pág. 499.

[20] "*Sistema de garantías constitucionales de la víctima en el proceso penal. Lectura Constitucional del proceso penal*", JAUME SOLE RIERA, en *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona. Edit. Bosch, 1997. págs. 9 y ss.

[21] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Cas. abril 20/99. M. P. Doctor EDGAR LOMBANA TRUJILLO.

presunción de inocencia,[22] para cuya efectividad se está diseñando la infraestructura: "*Sala de audiencias*", a que se refiere el art. 6° del Convenio Europeo y equivalente a la voz procesal "*juicio*" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 93 Const. Pol.), oyendo conclusiones de "*Congresos Colombianos de Derecho Procesal*" como el XVIII, donde se propuso un "*proceso por audiencias*"[23] y el XX en cuya sede con elocuencia resaltable se acreditaron "*los principios fundamentales del proceso penal oral*", así:

"Dentro de un *Estado social y democrático de derecho*, signante de tratados sobre derechos humanos, y con estos constitucionalizados, el sistema procesal penal debe ser, como adelantábamos hace un rato, *acusatorio* pero, para ser también realistas, digamos que debe ser cualquiera *con marcada tendencia acusatoria* ..."[24].

Y, "El ejercicio del *derecho de defensa* lo consagra la Carta Política y lo desarrolla la ley procesal penal dentro de toda la amplitud que le imponen los límites propios del Estado de Derecho, es decir, que puede ejercerse plenamente sin desconocer la misma Constitución y los marcos legales, tanto procesales como éticos; de ahí que su quebrantamiento no pueda corresponder a la búsqueda de medios que finalmente terminen con la negación del propio deber del Estado de ejercitar su poder punitivo para cumplir los fines sociales para los cuales ha sido creado, o dicho en otros términos, que de *lege ferenda* se niegue a sí mismo".[25] Se realiza "a través de actos positivos de *contradicción, impugnación, alegación*, o cuando menos de *control* del proceso, que permitan afirmar el planteamiento de la *estrategia defensiva* por parte del abogado..."[26].

13. Así, pues, es mi apreciación respetuosa que debe *redefinirse* el concepto de *incongruencia*:

13.1. Porque ya la Corte, dándole *prevalencia* a lo material-sustancial (art. 228 Const. Pol.) sobre previsiones netamente formales (art. 442-3 C. de P. Penal), y a la imputación *fáctica* sobre la *jurídica*, que además debe ser amplia, se refirió así a la incidencia de las circunstancias de agravación punitiva en la *acusación*:

"Aunque lo ideal es que en la parte motiva del llamamiento a juicio se indiquen las normas en las que están tipificadas las circunstancias agravantes que se imputan, el hecho de no hacerlo no significa que no hayan sido deducidas, pues ello depende de los términos en que se hubiere concretado la acusación, o lo que es lo mismo, no es el señalamiento del artículo lo que permite que la agravante pueda imponerse en el fallo, ya que ella puede ser

---

[22] LUIGI FERRAJOLI, Derecho..., ob. cit., págs. 33 y 34 "*Justamente, los sistemas acusatorios o contendencia acusatoria son los que exhiben mayor afinidad con la Constitución Democrática*". CORTE CONSTITUCIONAL, Sent. C 396/94, M. P. Doctor CARLOS GAVIRIA DIAZ.

[23] ULISES CANOSA SUAREZ, *XVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Neiva, sept. /97.

[24] ALVARO O PEREZ PINZON, *XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Paipa, sept. 199, págs. 227 y ss. También, JAIME GRANADOS PEÑA, *El sistema acusatorio*, en *Garantismo, eficiencia y reforma procesal en Colombia*, Corporación Excelencia en la Justicia, Santafé de Bogotá, Tercer Mundo Editores, 1999, págs. 173 y ss.

[25] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Oct. 8/99, M.P. Doctor CARLOS A. GALVEZ ARGOTE.

[26] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. Oct./99, M.P., Doctor JORGE E. CORDOBA POVEDA.

atribuida precisando todas sus características, de modo que quede claro para el acusado y no sea sorprendido por la sentencia.

En el caso de circunstancias objetivas como el valor, el lugar, el peso, la edad, etc., la situación es más sencilla, pues basta que queden comprendidas dentro de las circunstancias que especifican los hechos que se imputan para que puedan aplicarse en la sentencia, y en ese caso no tiene cabida la alegación de que no se sabía que ese aspecto formaba parte del cargo."[27].

13.2. Porque el concepto de *acusación* (art. 250 Const. Pol.) debe sacarse de los estrechos marcos de la resolución de acusación y concebirse como un *"acto jurídico complejo"*, para que *no* se termine prácticamente el proceso a sujetos procesales como la parte civil, el fiscal e inclusive el Ministerio Público, con la resolución acusatoria, al limitárseles la posibilidad de solicitar pruebas de incriminación y de agravación en ejercicio del derecho de defensa de los intereses que válidamente representan, guareciéndose con efectividad por supuesto las prerrogativas esenciales del procesado con el ejercicio *pleno, cabal y oportuno* de la defensa material y técnica, que ya se anotó en qué consisten.

Súmese a lo anterior que la *garantía* del derecho de defensa del procesado no se protege maniatando a los restantes sujetos procesales en la procuración de los intereses legítimos que también defienden, terminándoles su iniciativa probatoria con la calificación sumarial, sino permitiéndole el ejercicio del *contradictorio* a través de la *concentración* de los elementos basilares de conocimiento judicial en la audiencia *oral* y *pública*, y de la *impugnación*, aristas más notables de la susodicha prerrogativa. Así lo señalan, por lo demás, los dictados de una jurisprudencia *axiológica*[28] y no de corte meramente *positivista*:

"¿Consagró la Constitución Política de 1991, nuevos principios, valores y acciones que originen otra concepción en la función de administrar justicia, más próxima a la justicia material? ¿Esa axiología, esos derechos, acciones y principios, permitirán hacer un replanteo hermenéutico en comparación con las concepciones que acerca del Estado y de la administración de justicia señalaba el programa constitucional de 1886?...

"La verificación de la existencia de esos nuevos principios, su análisis y estudio, nos permitirá plantear un cambio de modelo interpretativo en el derecho procesal, donde el proceso judicial se entienda como un instrumento para el hallazgo de la verdad y la dispensación de justicia material a través de decisiones en derecho que a la vez sean justas y realicen los valores y principios esenciales del ordenamiento"[29].

Atentamente,

Yesid Ramírez Bastidas,

Magistrado.

Fecha *ut supra*.

---

[27] *"La congruencia de la sentencia. Circunstancias de agravación punitiva"*. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Cas. junio 22/99, M. P. Doctor RICARDO CALVETE RANGEL.

[28] Valores Superiores: *orden justo, justicia material-sustancial*; derechos fundamentales a un *juicio oral y público, acceso a la justicia, igualdad...*; fines del Estado: *facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan...*

[29] JOSE FERNANDO RAMIREZ GOMEZ, *Principios constitucionales del Derecho Procesal Colombiano*. Medellín, Señal Editora, 1999, págs. 19 y 23.

CASACION DISCRECIONAL-Sustentación

El deber de fundamentación del recurso no se agota en la mera enunciación de los factores de violación de las garantías fundamentales, sino que el impugnante debe sustentar la trascendencia de la violación o violaciones que predica, para que la Corte pueda aprehender de fondo el estudio de las condiciones de suficiencia y necesidad que hacen aconsejable la concesión discrecional del recurso.

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

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

Aprobado Acta No. 182 Proceso No. 16415

VISTOS

Resuelve la Sala lo que en derecho corresponda respecto del recurso extraordinario de Casación interpuesto por el defensor del procesado José Antonio Ladino Molina, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra el fallo del 23 de abril de 1999 del Juzgado 2° Penal del Circuito de Sogamoso (Boyacá) por medio del cual confirmó el de primera instancia proferido por el Juzgado 1° Penal Municipal de la misma ciudad que condenó al sindicado por el delito de extorsión, con modificación de la pena impuesta.

HECHOS Y ANTECEDENTES

1. El señor Marco Antonio Rico Ayala denunció ante la Unidad investigativa de Policía Judicial Subsijín de Sogamoso la extorsión de que fue víctima el 6 de agosto de 1996 por parte de un sujeto que se le presentó como integrante del Frente 14 de las autodenominadas FARC y le exigió la entrega de $2.000.000.oo que luego rebajó a la suma de $1.000.000.oo, de los cuales recibió en efectivo ese mismo día $500.000.oo quedando comprometido a pasar por la residencia del denunciante por el saldo y mensualmente por un mercado de por lo menos $100.000.oo

Al día siguiente se hizo presente en la casa de la víctima un sujeto que, previa identificación con la contraseña acordada inicialmente con el extorsionado, reclamó el saldo del dinero con resultado negativo por la falta de liquidez del denunciante, quien pidió un plazo para reunir lo "adeudado".

Enteradas las autoridades competentes de que el 12 de agosto se iba a realizar la entrega del dinero, se preparó un operativo que permitió la aprehensión de Carlos Arturo Castañeda Caro y Artur Fandier Roa Ramírez, recibiéndose información de este último sobre el comprometimiento de Ramón Antonio Pinto Larrota y José Antonio Ladino Molina en el plan criminal, por lo que se libraron sendas órdenes de captura que se hicieron efectivas el 16 de abril de 1997 y el 31 de marzo de 1998, respectivamente.

2. Adelantada la correspondiente investigación, previa clausura se calificó el mérito sumarial con resolución de acusación en contra de Ladino Molina como coautor del delito de extorsión.

3. Tramitado el juzgamiento, se finiquitó con la sentencia proferida el 11 de diciembre de 1998 por el Juzgado 1° Penal Municipal de Sogamoso, mediante la cual condenó a Ladino Molina a la pena de 4 años de prisión como autor intelectual de la extorsión de que fue víctima Marco Antonio Rico Ayala.

4. Apelada la decisión por los procesados, el 23 de abril de 1999 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso (Boyacá) la confirmó con modificación de la pena en el sentido de elevar la pena a 4 años y 5 meses de prisión.

5. Contra la decisión de segunda instancia, el apoderado de José Antonio Ladino Molina interpuso el recurso extraordinario de casación.

Mediante escrito entregado en la Secretaría del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, el defensor señaló que "interpongo el recurso extraordinario de casación de manera excepcional, ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en consideración a la garantía de los derechos fundamentales" (folio 44, cuaderno del Juzgado del Circuito).

6. El Juzgado 2° Penal del Circuito de Sogamoso mediante auto del 3 de junio de 1999, concedió el recurso y ordenó el traslado al recurrente por el término de 30 días dentro del que éste presentó demanda de casación, pero posteriormente por auto del 26 de agosto a solicitud del agente del Ministerio Público aquél esa decisión y finalmente remitió las diligencias a esta Corporación.

7. En escrito recibido en el Juzgado el 15 de junio de 1999 y con constancia de remisión de la asesoría jurídica de la Colonia Penal de Oriente del 4 de junio, el procesado Ladino Molina señala que interpone el recurso de casación y solicita que se le corran los traslados de ley "a efectos de sustentar el recurso". (Folio 48, cuaderno del Juzgado del Circuito)

Consideraciones de la Corte

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

2. Como de tiempo atrás lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala y deviene del natural entendimiento de la norma citada, es preciso que el recurrente exprese dentro del término de ejecutoria de la sentencia (artículo 223

del Código de Procedimiento Penal) los motivos que invoca para la interposición del recurso, advirtiendo y demostrando que se hace necesario el desarrollo de algún tema jurisprudencial o, por el contrario, si lo que se pretende es la garantía de los derechos fundamentales, cuál o cuáles fueron los derechos fundamentales violados y cuál la incidencia de la violación en la sentencia, de modo que sea explícita la necesidad de la revisión extraordinaria de un fallo al que por naturaleza no le correspondería tal forma de control.

3. En el recurso extraordinario que interpuso el defensor del procesado José Antonio Ladino Molina, simplemente manifiesta que la recurre "en consideración a la garantía de los derechos fundamentales", limitando su actuación a tal punto.

El recurrente omite concretar mediante una exposición razonada de los motivos de la interposición del recurso cuál o cuáles son los derechos fundamentales cuya garantía es necesario restablecer, de qué manera fueron violentadas tales garantías en la actuación procesal y por qué es necesaria la concesión del recurso de casación para su reparación.

A más de lo anterior el deber de fundamentación del recurso no se agota en la mera enunciación de los factores de violación de las garantías fundamentales, sino que el impugnante debe sustentar la trascendencia de la violación o violaciones que predica, para que la Corte pueda aprehender de fondo el estudio de las condiciones de suficiencia y necesidad que hacen aconsejable la concesión discrecional del recurso.

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

4. No repara el yerro del recurrente, la posterior presentación de la demanda de casación dentro del período que equivocadamente corrió el Juzgado 2° Penal del Circuito de Sogamoso, por haber ocurrido ello con posterioridad al vencimiento del término para recurrir, lapso dentro del que debe sustentarse el recurso extraordinario de casación cuando se trata de uno de concesión discrecional de la Corte.

5. El rito de la casación discrecional tiene claramente diferenciado el orden y los pasos que lo componen. Se inicia obviamente con la manifestación clara e inequívoca de alguno de los sujetos procesales autorizados para hacerlo (artículo 218 inciso final, Código de Procedimiento Penal) de su voluntad de interponer el recurso de casación discrecional. Si la exteriorización del recurso no es expresa, el Juez del conocimiento no está autorizado para interpretar la intención del recurrente, por obvia que sea aquella[1].

Interpuesto clara e inequívocamente el recurso de casación discrecional dentro de los 15 días siguientes a la última notificación de la sentencia de segunda instancia (artículo 223 ib), debe sustentarse dentro de este mismo término[2].

---

[1] Confrontar, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, auto del 25 de mayo de 1999. Magistrado Ponente: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Radicación 15.675.

[2] Confrontar, Sala de Casación Penal, auto del 30 de junio de 1998 que niega una reposición. Casación discrecional. radicación 14...

Sustentado debidamente el recurso, la Corte lo concede y surge para el recurrente el deber de presentación de la demanda. A partir de tal etapa, el recurso de casación discrecional y el de casación ordinaria tienen similar desarrollo.

6. La Corte ha señalado reiteradamente que el deber de sustentación del recurso extraordinario no debe confundirse con el de presentación de la demanda de casación. Este último surge con posterioridad a la concesión del recurso, para lo cual es necesario que el recurrente supere con éxito la fase de sustentación.

No obstante, también ha entendido que en los casos en los que se interpone el recurso y simultáneamente se presenta la demanda de casación, esta última suple el deber de sustentación[3].

Requisito indispensable de la aceptación de la demanda como requisito supletorio de sustentación del recurso de casación discrecional es la oportunidad de su presentación. La demanda presentada cuando ha vencido el término de sustentación del recurso, que es el mismo de la interposición, resulta extemporánea y por ello no puede estimarse para que la Corte aprehenda de ella las razones por las que se pretende la concesión del recurso discrecional.

7. Frente a la interposición del recurso manifestado por el procesado José Antonio Ladino Molina, como fue presentado el 4 de junio de 1999 frente a un término de 15 días que se cuenta desde el 4 de mayo de 1999 (folio 40 vuelto del cuaderno del Juzgado del Circuito), se impone la no concesión del mismo por extemporáneo.

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

RESUELVE:

1°. NO CONCEDER el recurso extraordinario de Casación que por la vía excepcional interpusieron el defensor y el procesado José Antonio Ladino Molina.

Devolver el expediente a la oficina de origen.

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, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

---

[3] Confrontar, Sala de Casación Penal. Corte Suprema de Justicia, auto del 15 de abril de 1997. Magistrado Ponente: Carlos A. Gálvez Argote. Radicación 12.935

ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia

En punto de la causal invocada, esto es el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe estructurar un discurso jurídico completo tendiente a demostrar que la sentencia condenatoria se fundamentó en criterios de derecho que se asumieron como vigentes a pesar de que la Sala de Casación Penal, haya cambiado de manera favorable para el condenado tales razonamientos jurídicos.

Implica como mínimo identificar y explicar cuáles son los raciocinios jurídicos en que se cimentó la sentencia condenatoria, y además, el modo en que aquellos mismos basamentos fueron modificados por jurisprudencia del máximo tribunal de justicia penal.

Se trata, pues, de remover la autoridad de la cosa juzgada buscando evitar que ante hechos circunstancialmente similares persistan fallos discordantes o contradictorios que puedan comportar menoscabo al principio de igualdad y por ende a la idea de justicia material, en virtud de que un pronunciamiento judicial de la Sala, permita comprender en forma distinta los elementos de la estructura dogmática del hecho punible y por ende, frente a ciertos casos determinados y concretos, surja la posibilidad de revisar los fundamentos de la condena que se hubiere impuesto.

En auto del 6 de julio de 1999, con ponencia de quien ahora cumple la misma función, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con argumentos que en esta oportunidad se reiteran, expresó:

"4. Mayoritariamente la Sala ha venido sosteniendo que para la postulación de la causal de revisión contenida en el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, deben concurrir ciertos presupuestos que pueden resumirse como a continuación se intenta.

Suficiente ilustración brindan, entre otras, las siguientes decisiones: auto del 14 de octubre de 1993, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; auto del 30 de octubre de 1997, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego; y auto del 28 de octubre de 1997, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

4.1. El pronunciamiento judicial que modifica favorablemente el criterio que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria debe provenir ex-

clusivamente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de ninguna otra autoridad judicial, por ser la Corte el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y tener asignada la tarea de unificar la jurisprudencia nacional, de conformidad con el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.

Los fallos de los Tribunales Superiores, en cuanto son plurales suelen contener puntos de vista diversos e incluso antagónicos, por lo cual se descartan para efectos de esta causal de revisión. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, por el contrario, es unívoca por ser única esta Corporación y máxima su jerarquía.

4.2. Que mediante un pronunciamiento judicial la Sala haya cambiado con beneficio para el procesado su propio criterio jurídico, que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, especialmente en cuanto a la interpretación y comprensión de los elementos estructurales del delito, verbigracia adecuación típica, antijuridicidad, culpabilidad y dispositivos amplificadores del tipo, vale decir tentativa y participación.

No se trata de exigir que el juez deba haber citado en su fallo jurisprudencia ya recogida de la Sala de Casación Penal, aunque bien pueda haberlo hecho, sino que, para pretender la revisión de la sentencia condenatoria por esta vía, el accionante debe demostrar que el criterio jurídico de la Corte que sirvió para sustentarla fue revaluado por una decisión judicial posterior de la misma Sala.

4.3. Que la evolución jurisprudencial apunte a la variación de los fundamentos de todo el fallo condenatorio y no solamente de alguna parte de aquel, como por ejemplo atenuantes, agravantes y factores destinados a incidir en la punibilidad.

4.4. Que, en consecuencia, por haber ocurrido un cambio en la interpretación de las instituciones jurídico penales, favorable a los procesados en general, a raíz de la expedición de una decisión judicial de la Sala de Casación Penal, la sentencia condenatoria en cuestión pueda rescindirse totalmente y devenir en absolutoria, no siendo factible intentar por esta vía el reconocimiento extraprocesal de atenuantes o de otros factores simplemente reductores de la punibilidad".

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

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo

Aprobado Acta No. 182 Proceso No. 16446

Vistos

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión presentada a través de apoderado por el señor Luis Alberto Jiménez

Rodríguez, quien fue condenado por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, a la pena principal de diecisiete (17) años de prisión en calidad de cómplice del delito de homicidio, en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los acontecimientos que originaron la acción penal pueden resumirse de la siguiente manera:

En el antejardín de la casa ubicada en la Carrera 20 No. 36-21 Sur, de esta Capital, el tres de abril de 1994, aproximadamente a las cuatro de la madrugada, se suscitó una riña entre los hermanos José Neftalí y Alfredo Zambrano Ordóñez, de una parte, y de otra el señor Raúl Sanabria Castañeda, todos bajo el influjo de bebidas embriagantes.

En medio de la trifulca, el señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, vecino del sector, le entregó un cuchillo a Sanabria Castañeda, para que se defendiera, y este, utilizando aquella arma cortopunzante, lesionó a los hermanos Zambrano Ordóñez, de manera tan grave, que ambos perdieron la vida a consecuencia de las heridas.

2. Como protagonistas de aquellos acontecimientos se sindicó a los señores Raul Sanabria Castañeda y Luis Alberto Jiménez Rodríguez, quienes fueron procesados de manera independiente, por razones que se ignora, toda vez que los documentos aportados no permiten el seguimiento detallado de las actuaciones.

Sanabria Castañeda, fue condenado por el Juez Sesenta y Dos Penal del Circuito de Bogotá, a la pena principal de treinta y cinco (35) años de prisión, como autor material del doble homicidio, siendo éste el único dato que se posee con relación a su proceso.

3. El juicio al señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, fue adelantado en el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, Despacho que lo condenó, mediante sentencia del 18 de julio de 1997, a la pena principal de diecisiete (17) años de prisión, en calidad de cómplice de homicidio en concurso homogéneo, que significó la muerte de José Neftalí y Alfredo Zambrano Ordóñez.

4. El fallo del Juez Cincuenta y Uno Penal del Circuito, fue formalmente apelado, resultando que al desatar la alzada el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en decisión del 16 de octubre de 1997, lo confirmó íntegramente.

5. No conforme con aquellas determinaciones, el defensor del señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, interpuso el recurso extraordinario de casación, que más tarde se declaró desierto debido a que no fue allegada la demanda.

6. Tratando de enderezar su situación el condenado en calidad de cómplice otorgó poder a un profesional del derecho, para que en su nombre ejerciera la presente acción de revisión.

La Sentencia

La acción se dirige contra la providencia del 16 de octubre de 1997, del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, (folio 18 cdno. Corte), en cuanto confirmó la decisión proferida por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito, el 18 de julio de 1997, (folio 27 cdno. Corte), condenando al señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, a la pena principal de diecisiete (17) años de prisión, "como cómplice del punible de homicidio en concurso material homogéneo".

La Demanda

El apoderado del señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, con fundamento en el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, pretende que la Sala "regule la pena impuesta" toda vez que su pupilo no actuó con dolo de complicidad sino con culpa por imprevisión, solución que claramente puede adoptarse por cuanto la acción de revisión es viable "Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria".

Aunque advierte que no pretende cuestionar el acopio probatorio, tras analizar desde su óptica varios testimonios, algunos de los cuales transcribe en lo pertinente, concluye que los juzgadores de instancia aplicaron la noción de dolo que permitía el Código Penal de 1936, en lugar de haberse sujetado a la teoría del dolo desarrollada con la vigencia del Código Penal de 1980, "lo que permite declarar probada la causal invocada."

Con apoyo en la doctrina de algunos tratadistas elabora un discurso metódico sobre el instituto jurídico del dolo, su evolución, sus clases, sus requisitos, etc., para afirmar con base en su convicción que Luis Alberto Jiménez Rodríguez, nunca tuvo intencionalidad de causar la muerte a los hermanos Zambrano Ordóñez, puesto que si suministró el cuchillo al autor material lo hizo pensando exclusivamente en que su amigo se defendiera, sin acuerdo previo y sin promesa anterior, de donde se infiere que no existe complicidad.

Insiste en que Jiménez Rodríguez, no imaginó el resultado fatal, luego no tuvo conciencia de la antijuridicidad de lo que iba a suceder y por ello nunca aceptó el desenlace trágico, de manera que no puede imputársele participación a título de dolo, directo ni eventual, sino a título de culpa por imprevisión, por haber faltado al deber de cuidado y por ausencia de reflexión.

Para ubicar sus argumentos en punto de la causal de revisión seleccionada transcribe unos apartes de la sentencia de casación del 2 de febrero de 1983, "pronunciamiento judicial hecho por la Corte el cual ha de ser considerado que se cambió favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria:"

"La denominación "complicidad necesaria" no se halla en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía bien puede considerarse hoy como la

misma que ejecuta el autor porque de no mediar aquella, esta última no podría darse y, consecuencialmente, no se consumaría la infracción. La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquel no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo."

Como en los fallos de instancia se guardó silencio sobre la clase de complicidad, (necesaria, no necesaria, correlativa), dice, habiendo demostrado que Luis Alberto Jiménez Rodríguez, actuó con culpa y no con dolo, no es factible tenerlo como cómplice, según los cambios vertidos en aquella jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

"Lo que se pide es que se Revise la Sentencia de Segunda Instancia para que el comportamiento de Jiménez Rodríguez, sea adecuado como conducta típica, antijurídica y culpable, pero no a título de Dolo y así poder obtener una Justa pena que daría máximo 6 años de prisión, pero no de 17 años, pues es bien sabido que el DOLO equivale al aspecto subjetivo de la infracción que se califica como la plena conciencia que tiene el Sujeto Activo de que su acción viola la Ley Penal."

Anexa al libelo copia de las sentencias de instancia, de dos testimonios que estima relevantes, y el poder que le fue conferido.

Consideraciones de la Sala

1. Se impone concluir que a pesar del ingenioso esfuerzo argumentativo con que se presenta la demanda, los razonamientos que contiene apuntan a alegaciones que han debido plantearse y resolverse en las instancias y a lo sumo en sede de casación. Esa manera de sustentar riñe con la técnica de revisión y por fuerza obligará a la inadmisión del libelo.

La acción de revisión no es, como parece haberse entendido, una instancia adicional en donde se pueda reabrir el debate probatorio e insistir en tesis rebatidas, y por demás fallidas, que reflejan únicamente la inconformidad de los sujetos procesales con la decisión judicial.

La demanda de revisión que no se adecúe con los parámetros que la misma ley establece en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, no podrá ser admitida, pues es inaceptable que so pretexto de la excepcional acción, se intente regresar a la controversia probatoria, ya finiquitada en las instancias, al punto de generar la expedición de decisiones que al haber hecho tránsito a cosa juzgada son inamovibles y permanecen tuteladas con certeza de intangibilidad.

2. En punto de la causal invocada, esto es el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe estructurar un discurso jurídico completo tendiente a demostrar que la sentencia condenatoria se fundamentó en criterios de derecho que se asumieron como vigentes a

pesar de que la Sala de Casación Penal, haya cambiado de manera favorable para el condenado tales razonamientos jurídicos.

Implica como mínimo identificar y explicar cuáles son los raciocinios jurídicos en que se cimentó la sentencia condenatoria, y además, el modo en que aquellos mismos basamentos fueron modificados por jurisprudencia del máximo tribunal de justicia penal.

Se trata, pues, de remover la autoridad de la cosa juzgada buscando evitar que ante hechos circunstancialmente similares persistan fallos discordantes o contradictorios que puedan comportar menoscabo al principio de igualdad y por ende a la idea de justicia material, en virtud de que un pronunciamiento judicial de la Sala, permita comprender en forma distinta los elementos de la estructura dogmática del hecho punible y por ende, frente a ciertos casos determinados y concretos, surja la posibilidad de revisar los fundamentos de la condena que se hubiere impuesto.

3. En el caso concreto el accionante se concentró en rebatir el criterio jurídico del Juez de primera instancia y de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, pretendiendo anteponer sus raciocinios, a los que llega abordo de un enfoque diferente que le otorga al acervo probatorio, aunque anuncie que éste no es su objetivo, sin haberse preocupado por exponer, al menos sumariamente, los motivos por los cuales piensa que los razonamientos que llevaron a los funcionarios judiciales a decidir en el sentido en que lo hicieron están en abierta contradicción con "las nuevas directrices" vertidas en la jurisprudencia de la Sala, que tuvo a bien citar.

Desde el comienzo se percibe una contradicción manifiesta, toda vez que al leer las sentencias cuestionadas se verifica que no están fundamentadas en jurisprudencia de esta Sala, pues ni expresa ni tácitamente es factible deducir en tal sentido, cuando, en cambio, lo observado es que cada Funcionario Judicial vertió sus opiniones jurídicas a partir exclusivamente del análisis probatorio.

Debe resaltarse que en ninguna de las instancias se discutió el tipo de complicidad que se predicaba respecto del señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, circunstancia apta para explicar los motivos por los cuales las sentencias no tocaron este punto, de donde se infiere que el accionante mal podría estudiar comparativamente la jurisprudencia de la Sala que analizó el tema de la complicidad necesaria frente a la motivación de los fallos, por sustracción de materia.

4. En auto del 6 de julio de 1999, con ponencia de quien ahora cumple la misma función, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con argumentos que en esta oportunidad se reiteran, expresó:

"4. Mayoritariamente la Sala ha venido sosteniendo que para la postulación de la causal de revisión contenida en el numeral 6° del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, deben concurrir ciertos presupuestos que pueden resumirse como a continuación se intenta.

Suficiente ilustración brindan, entre otras, las siguientes decisiones: auto del 14 de octubre de 1993, M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel; auto del 30 de octubre de 1997, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego; y auto del 28 de octubre de 1997, M.P. Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

4.1. El pronunciamiento judicial que modifica favorablemente el criterio que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria debe provenir exclusivamente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de ninguna otra autoridad judicial, por ser la Corte el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y tener asignada la tarea de unificar la jurisprudencia nacional, de conformidad con el artículo 219 del Código de Procedimiento Penal.

Los fallos de los Tribunales Superiores, en cuanto son plurales suelen contener puntos de vista diversos e incluso antagónicos, por lo cual se descartan para efectos de esta causal de revisión. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, por el contrario, es unívoca por ser única esta Corporación y máxima su jerarquía.

4.2. Que mediante un pronunciamiento judicial la Sala haya cambiado con beneficio para el procesado su propio criterio jurídico, que sirvió de sustento a la sentencia condenatoria, especialmente en cuanto a la interpretación y comprensión de los elementos estructurales del delito, verbigracia adecuación típica, antijuridicidad, culpabilidad y dispositivos amplificadores del tipo, vale decir tentativa y participación.

No se trata de exigir que el juez deba haber citado en su fallo jurisprudencia ya recogida de la Sala de Casación Penal, aunque bien pueda haberlo hecho, sino que, para pretender la revisión de la sentencia condenatoria por esta vía, el accionante debe demostrar que el criterio jurídico de la Corte que sirvió para sustentarla fue revaluado por una decisión judicial posterior de la misma Sala.

4.3. Que la evolución jurisprudencial apunte a la variación de los fundamentos de todo el fallo condenatorio y no solamente de alguna parte de aquel, como por ejemplo atenuantes, agravantes y factores destinados a incidir en la punibilidad.

4.4. Que, en consecuencia, por haber ocurrido un cambio en la interpretación de las instituciones jurídico penales, favorable a los procesados en general, a raíz de la expedición de una decisión judicial de la Sala de Casación Penal, la sentencia condenatoria en cuestión pueda rescindirse totalmente y devenir en absolutoria, no siendo factible intentar por esta vía el reconocimiento extraprocesal de atenuantes o de otros factores simplemente reductores de la punibilidad."

Como quiera que el libelo de revisión presentado a nombre del señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, no consulta tales presupuestos básicos, deberá ser inadmitido.

5. El demandante no discute la responsabilidad penal de Jiménez Rodríguez, ya que su aspiración se contrae a que se modifique en su favor el

título de imputación de culpabilidad, de dolo a culpa, y con ello se disponga la adecuación de la pena impuesta, efecto al que arriba después de analizar una vez más, desde su particular perspectiva, el conjunto de pruebas que informan el plenario, manera de argumentar que refleja que la vía correcta para sus pretensiones no era la acción de revisión, sino los recursos ordinarios, e inclusive el extraordinario de casación.

Las anteriores consideraciones conducen inexorablemente al rechazo de la demanda, sentido en el que se decidirá, debiendo previamente reconocer personería al apoderado, quien fue facultado en debida forma.

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

RESUELVE:

PRIMERO. RECONOCER personería al doctor Luis Eduardo Daza Flórez, como apoderado del sentenciado Luis Alberto Jiménez Rodríguez, en los términos y para los efectos que indica el poder que le fue conferido.

SEGUNDO. INADMITIR la demanda de revisión promovida por el señor Luis Alberto Jiménez Rodríguez, a través de su apoderado.

TERCERO: Enviar copia de este auto al Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, para su conocimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, (Aclaración de Voto); *Jorge E. Córdoba Poveda,* (Aclaración de Voto); *Carlos A. Gálvez Argote,* (Aclaración de Voto); *Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougues, Carlos E. Mejía Escobar,* (Aclaración de Voto); *Alvaro O. Pérez Pinzón.* (Aclaración de Voto); *Yesid Ramírez Bastidas,* (Aclaración de Voto).

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

Como en otras ocasiones lo hemos expuesto - entre ellas en el asunto de radicado 7.959 - creemos que en decisiones como estas debe darse respuesta explícita a la postura sostenida por un sector de la Sala en el debate oral acerca del alcance de la causal de revisión invocada, en cuanto ella contrasta la jurisprudencia tradicional en torno al punto, reiterada en el caso, y que particularmente comparto.

Me refiero a la tesis según la cual es posible aplicar el cambio favorable de la jurisprudencia de la Corte como motivo de revisión con alcance amplio, en el entendimiento que no necesariamente debe serlo respecto de la totalidad del sustento de la sentencia, como hasta ahora viene siendo entendido por la mayoría de la Sala, sino que también puede ser propuesto en procura de obtener la degradación de la consecuencia punitiva impuesta en el fallo cuya inmutabilidad derivada de la autoridad de la cosa juzgada se pretende discutir.

A este respecto, soy del parecer que el fundamento de una tal tesis, según el cual corresponde a una interpretación que trasciende la pura literalidad de la ley, donde con sentido teleológico se incorporan contenidos materiales acordes con el nuevo orden constitucional y la política criminal que inspira el régimen de sanciones penales en el momento actual, como una realización del valor justicia, etc., no es contraria a los aspectos básicos del criterio de mayoría que aboga por la aplicación estricta de esta causal, exigiendo que la variación de la jurisprudencia afecte en su integridad el sustento del fallo de modo tal que de haber imperado la nueva jurisprudencia para el momento de su adopción, él inexorablemente habría sido en sentido opuesto.

Particularmente pienso que los términos de formulación de la causal (art.232-6 C. P.) a este respecto no admiten duda. Tampoco que este entendimiento pueda implicar una suerte de exégesis inadmisible, desconocedora de los contenidos materiales de justicia o la axiología establecida por la nueva constitución política. Más allá del alcance de las expresiones verbales, creemos que la estructura normativa recogida por la disposición expresa el carácter de mecanismo para el levantamiento de los efectos de la cosa juzgada que la revisión tiene. Es ello lo que expresa su reconocida naturaleza excepcional, y principal y ancestralmente, que no haya sido establecida con efecto parcial sino absoluto, criterio que aunque verificable en el ámbito del

derecho comparado en la tradición colombiana reviste variaciones como consecuencia del bajo nivel de desarrollo alcanzado por la teoría de la revisión, a través de consagraciones normativas como la prevista para la causal 3ª, en punto al tema del inimputable, o como la propuesta que por vía jurisprudencial se pretende con la tesis que aquí intentamos responder.

Ampliamente expuesto ha sido el principio de acuerdo con el cual la revisión no es una instancia, ni en su marco pueden proponerse debates superados o propios de aquéllas, en cuanto su ejercicio presupone el imperio de la cosa juzgada que como tal implica la indiscutibilidad e inmutabilidad de las decisiones conclusivas del juicio. De ahí por qué el régimen de los motivos de procedencia, hayan sido previstos con alcance absoluto. Su relativización, siempre se ha considerado, reniega de la naturaleza de mecanismo para el levantamiento de la cosa juzgada y el restablecimiento de la justicia, tornándola en una prolongación de los debates de instancia.

Esto mismo ha dado lugar a una clara distinción en la que muy pocos han sido los avances en la teoría del proceso penal colombiano, entre los llamados motivos de revisión y los de ineficacia del fallo. De acuerdo con ella, los primeros comprenden circunstancias que desquician las bases mismas de la sentencia, comprometiendo su contenido de justicia: los segundos, tienen que ver con eventos que surgidos con posterioridad a la adopción del fallo impiden su ejecución en los términos en que fue concebido. Respecto de estos últimos, es que extraños desarrollos más amplios, por lo menos de modo más omnicomprensivo de como aparecen recogidos en el artículo 75 del C. de P. P., en disposición consagrada al régimen de competencia de los jueces de ejecución de penas.

Lo expuesto me lleva a concluir, y con ello a dejar fijada mi posición en este de veras importantísimo debate, que la precisión del alcance de la causal sexta de revisión ha de partir de la comprensión de estos fenómenos, sin que pueda pretenderse, so pretexto de que el problema se reduce a un puro ejercicio hermenéutico, hacer que la revisión cumpla cometidos para la cual no ha sido concebida, pues ello si entraña la degradación de valores tan caros a la organización del Estado de derecho, como el de seguridad jurídica. En esto me baso para considerar que la causal en cuestión no tiene la aplicación que se pretende por el sector de la Sala que discrepa de la decisión de mayoría, lo cual, por supuesto, no implica sostener que en una situación de modificación parcial del sentido de la sentencia, ella no pueda y deba ser enmendada, solo que a través de procedimiento diverso al del ejercicio de esta acción. Una alternativa en ese sentido ya fue propuesta en el asunto citado al inicio de esta aclaración, mientras los desarrollos legislativos recogen una regulación adecuada que permita hacer la distinción aquí echada de menos, que en cuanto no se logra origina este tipo de polémicas; por supuesto, siempre bienvenidas.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Magistrado.

ACLARACION DE VOTO

(Acción de Revisión 16.446).

Señores Magistrados:

Debido a que lo comparto en su integridad, adhiero a la aclaración de voto elaborada por el señor Magistrado Gálvez Argote.

De los señores Magistrados,

Seguro Servidor,

Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

INDICE CRONOLOGICO

(Véase también en Internet)

Página

LIBERTAD PREPARATORIA/BENEFICIO ADMINISTRATIVO

ASUNTO: CASACION INTERPUESTA POR LA PROCESADA

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Casación
FECHA: 28/09/1999
DECISION: Se abstiene de reconocer redención de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: PARRADO DELGADO, MARTHA ASTRID
DELITOS: Porte ilegal de armas, Homicidio simple
PROCESO: 13219
PUBLICADA: Sí 7

DENUNCIA/ESTATUTO ANTICORRUPCION/ ANONIMO

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Unica Instancia
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Inadmite la denuncia anónima, reconoce apoderado
PROCEDENCIA: Corte Suprema de Justicia
PROCESADO: ACOSTA MEDINA, AMILKAR
DELITOS: Por establecer
PROCESO: 14189
PUBLICADA: Sí 13

CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Casación Discrecional
FECHA: 30/09/1999
DECISION: No concede el recurso de casación excepcional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: TAVERA ORTIZ, WILLIAM DE JESUS
DELITO: Violencia intrafamiliar
PROCESO: 15740
PUBLICADA: Sí 20
FERNANDO ARROLEDA RIPOLL - Salvamento de Voto 25

Página

TIPICIDAD-Protección de la familia

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Casación Discrecional
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Concede el recurso de casación discrecional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: PABON PABON, GUILLERMO LEON
DELITO: Violencia intrafamiliar
PROCESO: 16209
PUBLICADA: Sí 27

PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ/ERROR DE TIPO

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Revoca sentencia condenatoria y absuelve
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cartagena
PROCESADO: LARA MANJARRES, JOHNNESY DEL CARMEN
DELITO: Privación ilegal de la libertad
PROCESO: 10993
PUBLICADA: Sí 34

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Retractación

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: HURTADO ACEVEDO, RUBIEL ANTONIO
DELITOS: Acceso carnal violento. Incesto
PROCESO: 14793
PUBLICADA: Sí 46

PORTE ILEGAL DE ARMAS

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Colisión de Competencias
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Declara competencia al Juzgado 6° Penal del Circuito de Manizales
PROCEDENCIA: Juzgado Regional
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: LOPEZ HURTADO, WILLIAM
DELITOS: Porte ilegal de armas de uso privativo de las F.M.
PROCESO: 16070
PUBLICADA: Sí 51

Página

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: GUERRA GIRON, JHON FREDY
DELITOS: Tentativa de homicidio, Porte ilegal de armas de defensa personal
PROCESO: 15521
PUBLICADA: Sí 59

INDICIO-Ataque de casación

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: GOMEZ MONTOYA, HOOVER
DELITOS: Falsedad en documento privado, Homicidio
PROCESO: 11083
PUBLICADA: Sí 65

CASACION-Requisitos/SANA CRITICA/*IN DUBIO PRO REO*

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ARANGO GUTIERREZ, JUAN CARLOS
DELITOS: Tentativa de homicidio, Homicidio
PROCESO: 14009
PUBLICADA: Sí 71

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/TESTIMONIO

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: DUQUE ARIAS, ALEXANDER
DELITOS: Hurto agravado, Porte ilegal de armas, Homicidio agravado
PROCESO: 14142
PUBLICADA: Sí 77

Página

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Rechaza la demanda de casación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: JARAMILLO ARANGO, JORGE ANTONIO
DELITOS: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo
PROCESO: 13891
PUBLICADA: Sí 83

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Casación Discrecional
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Rechaza el recurso extraordinario de casación discrecional
PROCEDENCIA: Juzgado 43 Penal del Circuito
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: LORA RAMIREZ, AUGUSTO GUILLERMO
DELITO: Lesiones personales culposas
PROCESO: 15949
PUBLICADA: Sí 90

PROCEDIMIENTO PENAL/CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: MARIN YEPES, JOSE ARQUIMEDES
DELITO: Acceso carnal violento
PROCESO: 11184
PUBLICADA: Sí 96

APELACION

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Marta
PROCESADO: ARMENTA FUENTES, JORGE ELIECER
DELITO: Homicidio Simple
PROCESO: 13285
PUBLICADA: Sí 111

Páginas

ACCION DE REVISION-Prueba nueva

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Acción de Revisión
FECHA: 30/09/1999
DECISION: Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Tunja
PROCESADO: BUSTAMANTE HURTAS, BERNARDA DEL TRANSITO
DELITOS: Falsedad en documento privado
PROCESO: 16102
PUBLICADA: Sí 119

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/SENTENCIA ANTICIPADA/ CASACION

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 30/09/1999
DECISION: No Casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Valledupar
PROCESADO: ESCOBAR ROMERO, EDELBER ALEJANDRO
DELITOS: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa, Falsedad en documento privado
PROCESO: 11166
PUBLICADA: Si 127

NULIDAD-Técnica en casación

HAY PARTE CIVIL.
PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 04/10/1999
DECISION: Rechazar la demanda y declarar desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Barranquilla
PROCESADO: MOVIL BRITO, ELVIS ENRIQUE
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 14119
PUBLICADA: Si 137

DETENCION DOMICILIARIA-Improcedencia cuando se niega la suspensión de la condena/ LIBERTAD CONDICIONAL/ CONDENA DE EJECUCION CONDECIONAL

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto casación -Libertad
FECHA: 04/10/1999
DECISION: Niega la libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: TARAZONA MANTILLA, ISABEL CRISTINA

Página

DELITOS: Hurto agravado. Falsedad en documento privado
PROCESO: 15595
PUBLICADA: Sí 143

DEMANDA DE CASACION/NULIDAD-Error en la calificación jurídica

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Auto casación
FECHA: 04/10/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO. PRIETO MUETE, ALBA MARINA
DELITO: Tentativa de homicidio
PROCESO: 14925
PUBLICADA: Sí 151

DEMANDA DE CASACION-Errores en la valoración probatoria: Técnica

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Auto casación
FECHA: 04/10/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: RENTERÍA CORDOBA, YAMIL
DELITO: Homicidio
PROCESO: 14088
PUBLICADA: Sí 156

REDENCION DE PENA-Competencia de la Corte/BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS/LIBERTAD PREPARATORIA/FRANQUICIA PREPARATORIA

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto de casación
FECHA: 04/10/1999
DECISION: Se abstiene reconocer redención de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: ROMERO REY, LUZ MARINA
DELITO: Homicidio
PROCESO: 12383
PUBLICADA: Sí 160

EXTRADICION-Proceso en Colombia: No afecta el trámite

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Extradición
FECHA: 05/10/1999
DECISION: Niega las pruebas solicitadas
PAIS REQUIRENTE: Italia
PROCESADO: LAZZARO, ANTICOLI
PROCESO: 15727
PUBLICADA: Sí 164

Página

INVESTIGACION INTEGRAL/RESPONSABILIDAD ETICA-Deber de cuidado

ASUNTO: CASACION INTERPUESTA POR LOS PROCESADOS.
DELITO: HOMICIDIO CULPOSO
PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 05/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Distrito Judicial
CIUDAD: Florencia
PROCESADOS: LEON CARRERO, JOSE VICENTE
MAHECHA MAHECHA, MIREYA
DELITO: Homicidio culposo
PROCESO: 13113
PUBLICADA: Sí 168

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Exigencias técnicas/DEFENSA TECNICA-Actuación pasiva del profesional/DERECHO DE DEFENSA

PONENTES: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON,
YESID RAMIREZ BASTIDAS
Sentencia de casación
FECHA: 06/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: BOTERO ZULUAGA, PEDRO GIOVANY
TORRES JARAMILLO, ARNULFO ANTONIO
DELITOS: Porte ilegal de armas de uso privativo de las F.M.,
Concierto para delinquir
PROCESO: 12909
PUBLICADA: Sí 192

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON - Salvamento de Voto 207

EDGAR LOMBANA TRUJILLO - Salvamento de Voto 210

PARTE CIVIL-Interés para recurrir/ SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD-Condiciones para su imposición

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Sentencia de casación
FECHA: 07/10/1999
DECISION: Casa parcialmente en el sentido de invalidar
la revocatoria de condena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADOS: OSORIO QUINTERO, MARTA LUCIA
OSORIO QUINTERO, MYRIAM
DELITOS: Estafa, Falsedad en documento privado
PROCESO: 12394
PUBLICADA: Sí 211

ESTAFA/CONTRAVENCION

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación

Página

FECHA: 07/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: ECHEVERRY MARMOLEJO, HUGO
DELITOS: Falsedad material de particular en doc. púb. agravada, Falsedad en documento privado, Estafa agravada
PROCESO: 11695
PUBLICADA: Sí 217

CASACION-Interés para recurrir-Apelación/ ERROR DE HECHO-Modalidades-Técnica

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia de casación
FECHA: 07/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: PORRAS ARDILA, HENRY ALBERTO
RAMIREZ IZQUIERDO, JAIME
DELITO: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 13058
PUBLICADA: Sí 227

NARCOTRAFICO-Agravante del artículo 38.3 de la Ley 30 de 1986/ NARCOTRAFICO-Dosificación punitiva/ DELACION-En narcotráfico/ DOSIFICACION PUNITIVA-Las rebajas de pena se calculan sobre residuos o remanentes

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia de casación
FECHA: 07/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: URDINOLA GRAJALES, JULIO FABIO
OSPINA CORTES, JHONIER MARIANO
DELITOS: Violación a la Ley 30/86, Enriquecimiento ilícito, Falsedad pers. para la obtención de documento público Infracciones al Estatuto de Estupefacientes
PROCESO: 11565
PUBLICADA: Sí 252

PRESCRIPCION-Empleado oficial

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto segunda instancia
FECHA: 07/10/1999
DECISION: niega la cesación del procedimiento
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: CABRERA POLANCO, OMAR
DELITOS: Peculado por apropiación agravado, Prevaricato por acción
PROCESO: 14288
PUBLICADA: Sí 295

Página

UNIDAD PROCESAL/ENRIQUECIMIENTO ILICITO/DELITO PERMANENTE/PRESCRIPCION/COMPETENCIA/EXTINCION DE DOMINIO

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia de casación
FECHA: 07/10/1999
DECISION: No casa, comunica para si a ello hubiere lugar, promover extinción del dominio
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: PUYO VASCO, FABIO
DELITO: Enriquecimiento de servidor público
PROCESO: 15490
PUBLICADA: Sí 300

RECUSACION-Causal Séptima/FUERO-Congresistas

PONENTE: CONJUEZ: ALVARO N. CORREAL REYES
Auto Unica Instancia
FECHA: 08/10/1999
DECISION: Acepta un impedimento del Dr. Torres Fresneda y rechaza una recusación
PROCEDENCIA: Corte Suprema de Justicia
PROCESADO: RUIZ MEDINA, JAIRO JOSE
PROCESO: 7026
PUBLICADA: Sí 351

DICTAMEN PERICIAL-Aclaración

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Unica Instancia
FECHA: 08/10/1999
DECISION: Deniega la petición de aclaración
PROCEDENCIA: Corte Suprema de Justicia
PROCESADO: LUCIO LOPEZ, CARLOS ALONSO
DELITO: Falsa denuncia
PROCESO: 13349
PUBLICADA: Sí 357

DERECHO DE CONTRADICCION-Actitud defensiva de no contrainterrogar/DEFENSA TECNICA-Oposición de criterios estratégicos

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia de casación
FECHA: 08/10/1999
DECISION: No casa la sentencia impugnada
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: TOLOSA RESTREPO, ERIKA MARIA
DELITOS: Porte ilegal de armas de fuego, Homicidio
PROCESO: 11612
PUBLICADA: Sí 361

Página

EXTRADICION-Principio de doble incriminación/ESTRADICCION/ALEMANIA

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Extradición
FECHA: 12/10/1999
DECISION: Conceptúa desfavorablemente
PAIS REQUIRENTE: Alemania
PROCESADO: KLAUS GRAGEL, WOLFGANG DIRK
PROCESO: 15190
PUBLICADA: Si 373

DEMANDA DE CASACION-Exigencias técnicas

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto casación
FECHA: 12/10/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: CARDONA OSPINA, EDISON DE JESUS
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 15162
PUBLICADA: Si 380

DEMANDA DE CASACION-Exigencias técnicas

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto de casación
FECHA: 12/10/1999
DECISION: Rechaza *in limine* la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: OTALVARO GONZALEZ, ALVARO DE JESUS
DELITO: Falsedad ideológica en documento público
PROCESO: 16006
PUBLICADA: Si 383

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Constancia de buena conducta

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto casación -Libertad
FECHA: 14/10/1999
DECISION: Niega la libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
PROCESADO: COTES CORVACHO, NELSON RAFAEL
DELITO: Homicidio agravado
PROCESO: 13613
PUBLICADA: Si 387

NULIDAD-Técnica en casación/ REO AUSENTE-Fines de su declaración/ ACTUACION PROCESAL-Conducta remmente del procesado/ INSTRUCCION-Término/MINISTERIO PUBLICO-Límites del concepto en casación/

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia de casación

Página

FECHA: 15/10/1999
DECISION: Desestima la demanda, no accede a solicitud de nulidad oficiosa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: CRUZ GARCIA, LUIS ANTONIO
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 11220
PUBLICADA: Sí 392

ACCION DE REVISION-Causal tercera/ ACCION DE REVISION-Hecho nuevo/ ACCION DE REVISION-Prueba nueva

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Acción de revisión
FECHA: 15/10/1999
DECISION: Declara fundada la causal, invalida unos fallos, ordena la libertad provisional dispone la reposición y designa al Juzgado Primero Promiscuo del circuito de Puerto Rico para que continúe conociendo el asunto
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Florencia
PROCESADO: CARDOZO RAMIREZ, JOSE DOMINGO
DELITO: Acceso carnal violento
PROCESO: 14508
PUBLICADA: Si 410

CASACION-No es una tercera instancia

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 15/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: San Gil
PROCESADOS: MORENO CARVAJAL, HIPOLITO
MORENO CARVAJAL, MARIO
DELITO: Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 11442
PUBLICADA: Sí 417

CASO FORTUITO-No puede alegarse simultáneamente con la legítima defensa

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia de casación
FECHA: 15/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: RUEDA AYALA, HECTOR WILLIAM
DELITOS: Tentativa de homicidio, Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal
PROCESO: 11920
PUBLICADA: Sí 427

Página

PREVARICATO POR OMISION-Aspectos sustanciales-Elemento subjetivo/ PRELACION-Para la evacuación de expedientes

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Sentencia segunda instancia
FECHA: 15/10/1999
DECISION: Revoca la sentencia y absuelve de todos los cargos a la procesada
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Valledupar
PROCESADO: REDONDO JIMENEZ, LUZ DEL ROSARIO
DELITO: Prevaricato por omisión
PROCESO: 11156
PUBLICADA: Sí 433

REDENCION DE PENA-Competencia de la Corte

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto casación
FECHA: 19/10/1999
DECISION: Se abstiene de considerar la redención de pena
PROCESADO: MEJIA HERAZO, HORACIO NELSON
DELITOS: Hurto calificado y agravado. Falsedad documental
PROCESO: 15881
PUBLICADA: Sí 442

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto casación -Libertad
FECHA: 19/10/1999
DECISION: Niega la libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: RODRIGUEZ CASTRILLON, GUSTAVO ADOLFO
DELITOS: Receptación, Falsedad material empl. of. en doc. público
PROCESO: 1500
PUBLICADA: Sí 444

REDENCION DE PENA-Evaluación negativa de conducta

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto casación
FECHA: 20/10/1999
DECISION: Reconoce 9 meses y 12 días como redención de pena
PROCESADO: SANCHEZ PATIÑO, FRANCISCO JAVIER
DELITO: Homicidio
PROCESO: 11411
PUBLICADA: Sí 447

INDICIO-Concepto/INDICIO-Técnica para atacarlo en casación

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación

Página

FECHA: 20/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
PROCESADO: ALAPE MURILLO, LUIS EDUARDO
DELITOS: Falsedad en documento público
PROCESO: 11113
PUBLICADA: Sí 453

RESPONSABILIDAD CIVIL-Tercero civilmente responsable/LLAMADO EN GARANTIA-Compañías de Seguro/CONTRATO DE SEGUROS-Naturaleza

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia de casación
FECHA: 20/10/1999
DECISION: Desestima la demanda y casa parcialmente el fallo impugnado
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: ZAPATA VANEGAS, JORGE IVAN
DELITOS: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo
PROCESO: 13690
PUBLICADA: Sí 463

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Narcotráfico

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Casación -Libertad
FECHA: 20/10/1999
DECISION: Niega la libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: COHEN, ELIAS
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 13255
PUBLICADA: Sí 477

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Antecedentes y personalidad del procesado/NON BIS IN IDEM

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Casación -Libertad-
FECHA: 21/10/1999
DECISION: No reponer la providencia del 27 de sep. de 1999
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: VILLARREAL RAMOS, TIBERIO
DELITOS: Enriquecimiento ilícito de particular
PROCESO: 16231
PUBLICADA: Sí 480

DEFENSA TECNICA-Garantía para todo el proceso/DEFENSA TECNICA-Abandono de la gestión/DEFENSA TECNICA (Salvamento de Voto)

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia de casación
FECHA: 22/10/1999
DECISION: Casa la sentencia, decreta la nulidad a partir inclusive de la Resolución y dispone la libertad provisional

Página

PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: GUERRERO, LUIS FERNANDO
DELITO: Homicidio
PROCESO: 9906
PUBLICADA: Sí 485

JORGE E. CORDOBA POVEDA

MARIO MANTILLA NOUGUES

NILSON PINILLA PINILLA - Salvamento de Voto 497

ERROR DE HECHO/FALSO JUICIO DE IDENTIDAD/SANA CRITICA

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 22/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: PUERTO RUBIANO, ALVARO
DELITO: Homicidio culposo
PROCESO: 12232
PUBLICADA: Sí 515

INVESTIGACION INTEGRAL-Concepto/ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación/PRUEBA-Aducción/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Se estructura al modificar el contenido de la prueba

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia de Casación
FECHA: 22/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: BOHORQUEZ, PABLO ANTONIO
DELITOS: Homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal
PROCESO: 11127
PUBLICADA: Sí 527

NOTIFICACION-Resolución de situación jurídica/DEFENSA TECNICA-Criterios de valoración

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia de casación
FECHA: 22/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: HERNANDEZ VELASQUEZ, WALTER
DELITO: Acceso carnal violento y el pudor sexual
PROCESO: 11040
PUBLICADA: Sí 554

Página

DEBIDO PROCESO-Falta de motivación de la sentencia/ FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA-Hipótesis

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Setencia de casación
FECHA: 22/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: VELEZ CARDONA, LUIS FERNANDO
AGUDELO RESTREPO, ARMANDO ANTONIO
CARDONA, NESTOR JAIRO
DELITO: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 11430
PUBLICADA: Sí 569

DEFENSA TECNICA-Procesado ausente

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia de casación
FECHA: 22/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: VELASQUEZ SIERRA, TITO ENRIQUE
PROCESADO: VELASCO SIERRA, ANDRES
PROCESADO: VELASCO SIERRA, EPARQUIO
DELITOS: Porte ilegal de armas, Homicidio agravado
PROCESO: 12785
PUBLICADA: Sí 577

PRUEBA-Convicción racional

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 25/10/1999
DECISION: Rechaza in limine las demandas de casación y declarar desiertos los recursos
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Antioquia
PROCESADOS: ECHEVERRI HURTADO, WILLIAM IVAN
CARDONA ALVAREZ, JESUS
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 14433
PUBLICADA: Sí 591

CASACION OFICIOSA-Presupone una demanda en forma

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto casación
FECHA: 25/10/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali

Página

PROCESADO: RAMIREZ HUILA, JHON MARIO
DELITO: Homicidio agravado
PROCESO: 14375
PUBLICADA: Sí 599

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto casación
FECHA: 25/10/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso extraordinario
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial.
CIUDAD: Florencia
PROCESADO: CARVAJAL DIAZ, BLANCA CECILIA
DELITOS: Tentativa de peculado por apropiación
PROCESO: 16083
PUBLICADA: Sí 604

DEMANDA DE CASACION-Claridad y precisión

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Auto casación
FECHA: 25/10/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declarar desierta la impugnación interpuesta
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ARISTIZABAL CALDERON, DIEGO
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 14214
PUBLICADA: Sí 608

NULIDAD-Técnica en casación

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto casación
FECHA: 25/10/1999
DECISION: Rechaza la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: NAFFAR DIAZ, PASTOR
DELITO: Hurto calificado y agravado, Homicidio agravado
PROCESO: 13215
PUBLICADA: Sí 611

FAVORABILIDAD-Ley de alternatividad penal

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto segunda instancia
FECHA: 25/10/1999
DECISION: Confirma un auto y niega la libertad condicional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Villavicencio
PROCESADO: MELO IBAÑEZ, JUAN DE LA CRUZ
DELITOS: Falsedad, Peculado
PROCESO: 16483
PUBLICADA: Sí 619

Página

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir/NORMAS DE ESTADO DE SITIO-Incorporación como legislación permanente/SECUESTRO DE AERONAVES, NAVES O MEDIOS DE TRANSPORTE COLECTIVO-Derogatoria de los artículos 281 y 282 del C.P./CONCURSO/PERJUICIOS-La condena debe ser clara y expresa

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia casación
FECHA: 26/10/1999
DECISION: Declara prescrita la acción penal en relación con el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, impone pena, desestima demanda, expide copias
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: ROJAS RIERA, WILLIAM ALFREDO
DELITOS: Hurto calificado agravado y Secuestro agravado simple en concurso homogéneo y sucesivo, Desvío y apoderamiento de aeronave
PROCESO: 10245
PUBLICADA: Sí 626

LIBERTAD PROVISIONAL-Subrogado de la libertad condicional

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto casación -Libertad
FECHA: 26/10/1999
DECISION: Niega la libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: CARRILLO VANEGAS, CHRISTIAN PAULO
DELITO: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 15306
PUBLICADA: Sí 641

EXTRADICION-Concepto/EXTRADICION-No privación de la libertad/EXTRADICION-Objeto del concepto/EXTRADICION-Favorabilidad/EXTRADICION-Prescripción

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Extradición
FECHA: 26/10/1999
DECISION: Conceptúa la extradición favorablemente por narcotráfico y desfavorablemente por porte ilegal de armas
PROCEDENCIA: Gobierno de los Estados Unidos
PROCESADO: SERGIO BRAULIO GONZALEZ
DELITO: Narcotráfico
PROCESO: 14022
PUBLICADA: Sí 645

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA-Está excluida para el secuestro

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Auto casación
FECHA: 26/10/1999
DECISION: Niega la suspensión de la detención preventiva
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: CAMPOS LARA, ROMAIN

Página

DELITO: Secuestro extorsivo
PROCESO: 16239
PUBLICADA: Sí 660

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica/INDICIO-Técnica para atacarlo en casación/JURAMENTO-Al imputado, cargos a un tercero

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 28/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: SOSCUE DE LOPEZ, ROSANA
DELITOS: Porte ilegal de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 11206
PUBLICADA: Sí 662

CASACION DISCRECIONAL-Garantías fundamentales

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Auto Casación Discrecional
FECHA: 28/10/1999
DECISION: No acepta el recurso interpuesto
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cartagena
PROCESADO: ARTUZ ALVEAR, MURIEL DEL SOCORRO
DELITO: Prevaricato
PROCESO: 14542
PUBLICADA: Sí 672

DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable/HOMICIDIO-Ley 40 de 1993

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia de casación
FECHA: 28/10/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: GIRALDO VALLEJO, JUAN PABLO
DELITOS: Violación al Decreto 3664/86, Homicidio
PROCESO: 11044
PUBLICADA: Sí 675

RECURSO DE APELACION-Competencia limitada del superior/CONSULTA-Competencia limitada del superior/REFORMATIO IN PEJUS

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Sentencia de casación
FECHA: 28/10/1999
DECISION: No casa

Página

PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: GOMEZ, LUIS FERNANDO
DELITOS: Porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, Tentativa de secuestro extorsivo
PROCESO: 12720
PUBLICADA: Sí 683

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON - Salvamento de Voto 688

REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO-Vigencia del certificado de evaluación de la conducta

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto casación -Libertad
FECHA: 28/10/1999
DECISION: Otorga la libertad provisional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
PROCESADO: RODRIGUEZ RODRIGUEZ, NARIÑO DE JESUS
DELITOS: Acto sexual violento, Incesto, Acto sexual abusivo con incapaz de resistir
PROCESO: 12172
PUBLICADA: Sí 691

DETENCION DOMICILIARIA-En el trámite del recurso de casación/DETENCION DOMICILIARIA-Improcedencia cuando se niega la suspensión de la condena/

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto casación
FECHA: 29/10/1999
DECISION: Se abstiene de pronunciarse sobre la detención domiciliaria
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: MANCIPE BARRERA, GERMAN ALFREDO
DELITOS: Concusión
PROCESO: 15589
PUBLICADA: Sí 693

NULIDAD-Omisión de juramentar al procesado acerca de cargos a terceros/ / INDICIO-Técnica para atacarlo en casación

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 02/11/1999
DECISION: No casa, fija la pena en 306 meses de prisión y 1.800 gramos oro por perjuicios
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: CARRILLO ROJAS, JESUS ANIBAL
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas, Homicidio
PROCESO: 11945
PUBLICADA: Sí 698

Página

NULIDAD-Oportunidad para solicitarla/CAPTURA-Cuando se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional/APELACION-Sustentación/ PECULADO-Objeto de protección/ PECULADO POR APROPIACION-Alcance del término "apropiación"/ CONGRUENCIA-Fundamentos y alcance del principio/ INCONGRUENCIA-Vademécum de posibilidades/ INCONGRUENCIA

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 03/11/1999
DECISION: Confirma la sentencia condenatoria
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Buga
PROCESADO: MARIN DE RAYO, RUBIELA
NO RECURRENTE: PORRAS VICTORIA, CARMEN LUCIA
DELITOS: Peculado por apropiación,
Falsedad por destrucción de documento público
PROCESO: 13588
PUBLICADA: Sí 714

YESID RAMIREZ BASTIDAS - Aclaración de voto 747

UNIDAD PROCESAL-Delito y contravención

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 03/11/1999
DECISION: Declara la prescripción de un delito, reduce la pena
impuesta y el pago de perjuicios
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: CORREA, CARLOS ALBEIRO y
PINEDA BARRERA, JULIO CESAR
DELITOS: Lesiones personales, Porte de armas de defensa personal,
Homicidio agravado
PROCESO: 10480
PUBLICADA: SI 757

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación/ EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES-Presupuestos típicos para su configuración/ DOSIFICACION PUNITIVA-Incremento punitivo del artículo 372 del Código Penal/ PENA ACCESORIA-Prohibición de ejercer una profesión/

PONENTE: FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 03/11/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: FERNANDEZ GONZALEZ, PEDRO MANUEL
DELITO: Hurto calificado
PROCESO: 12064
PUBLICADA: Sí 764

Página

REDENCION DE PENA/BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Casación
FECHA: 08/11/1999
DECISION: Reconoce 5 meses y 15 días como redención de pena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: MORALES GAVIRIA, CARLOS ALBERTO
DELITOS: Secuestro simple, Falsa denuncia
PROCESO: 15514
PUBLICADA: Sí 782

COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite. competencia

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 09/11/1999
DECISION: Se abstiene de resolver y remite a Tribunal Superior de Medellín
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: LOPERA USUGA, FLOR ANGELA
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal, Concierto para delinquir
PROCESO: 16374
PUBLICADA: Sí 786

CONCIERTO PARA DELINQUIR-En el ámbito de la legislación nacional sobre estupefacientes/ EXTRADICION DE NACIONALES-Condiciones de procedibilidad/ EXTRADICION-Concepto/ EXTRADICION/ESTADOS UNIDOS

PONENTE: YESID RAMIREZ BASTIDAS
Extradición
FECHA: 09/11/1999
DECISION: Conceptúa favorablemente
PAIS REQUIRENTE: Estados Unidos de América
REQUERIDO: LARA NAUSA, JAIME ORLANDO
PROCESO: 15349
PUBLICADA: Sí 788

DEMANDA DE CASACION-Error *in iudicando*-Error *in procedendo*-consecuencias

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 09/11/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: RESTREPO VILLADA, ALVARO DE JESUS
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 14398
PUBLICADA: Sí 799

Página

DEFENSA TECNICA-Garantía para todo el proceso/

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 09/11/1999
DECISION: Casa la sentencia, decreta nulidad a partir de la resolución de cierre de instrucción
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: MARTINEZ, JOSE LIBARDO Y BARRERA, SURLEY
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal
PROCESO: 11190
PUBLICADA: Si 805

REDENCION DE PENA-Comités de Internos, reglamentación

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Casación -Libertad
FECHA: 10/11/1999
DECISION: Niega la petición de libertad
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: RAMIREZ FONNEGRA, JUAN CARLOS
DELITO: Concierto para delinquir
PROCESO: 16240
PUBLICADA: Si 815

ESTADO CIVIL-Prueba de los actos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938/EXTRADICION-Prueba-Presunción de autenticidad de copia de documento allegado por vía diplomatica/ EXTRADICION-De extranjeros

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Extradición
FECHA: 10/11/1999
DECISION: Conceptúa favorablemente
PAIS REQUIRENTE: Estados Unidos América
PROCESADOS: FLOREZ GARMENDIA, FERNANDO JOSE, O
FLOREZ, FERNANDO, O
CAICEDO, JOSE LUIS
PROCESO: 14944
PUBLICADA: Si 818

Página

CONFESION-Técnica para alegar su desconocimiento/ CONFESION-Fundamento de la sentencia

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 11/11/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
RECURRENTE: ANAYA CORONEL, TEOFILO
DELITOS: Hurto agravado, Falsedad en documento privado
PROCESO: 10915
PUBLICADA: Si 837

ACUMULACION JURIDICA DE PROCESOS- Régimen de detención

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Segunda Instancia
FECHA: 11/11/1999
DECISION: Confirma auto que negó la libertad provisional por pena cumplida
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: ROJAS RODRIGUEZ, JULIO CESAR
DELITO: Prevaricato por acción
PROCESO: 16546
PUBLICADA: Si 846

SUPRIMIR NULIDAD-No vinculación de otros partícipes

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia Casación
FECHA: 11/11/1999
DECISION: No casa, compulsa copias para respuesta a primer cargo
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
RECURRENTE: GONZALEZ ROJAS, PEDRO MARIA
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 11811
PUBLICADA: Si 853

SECUESTRO EXTORSIVO-Resuelve aparente conflicto normativo/ LEGALIDAD DE LA PENA/*REFORMATIO IN PEJUS* (salvamento de Voto)

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 12/11/1999
DECISION: Prescribe la acción por porte ilegal de armas y modifica la sentencia

Página

PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: MORA ACOSTA, VICENTE ABELARDO
DELITOS: Porte de armas de uso privativo de las F.M., Homicidio agravado, Secuestro extorsivo
PROCESO: 13566
PUBLICADA: Si 859

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON - Salvamento Parcial de Voto 876

DEFENSA TECNICA-Indagatoria/DEFENSA TECNICA-No suple defensa material del procesado/ NO RECURRENTE-Efectos del fallo de casación

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia Casación
FECHA: 12/11/1999
DECISION: Casa, decreta nulidad a partir de la indagatoria, revoca órdenes de captura
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: VARGAS SANCHEZ, LUIS BERNARDO
DELITO: Falsedad material de particular en doc. púb.
PROCESO: 11198
PUBLICADA: Sí 879

CASACION-Interés para recurrir-Apelación

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia casación
FECHA: 12/11/1999
DECISION: Se desestima la demanda
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: OSORNO LUNA, CARLOS MARIO
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 11287
PUBLICADA: Sí 891

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/PENA ACCESORIA-Legalidad

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 12/11/1999
DECISION: Desestima censuras, casa parcialmente revocando suspensión de la patria potestad
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: PORRAS ARCILA, JESUS ANCIZAR
DELITO: Homicidio
PROCESO: 10760
PUBLICADA: Sí 897

Página

CAUSALIDAD-Limitantes normativas-Suficiencia del riesgo

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 12/11/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: San Gil
RECURRENTE: PEÑA CARRILLO, EDGAR
DELITO: Homicidio
PROCESO: 10776
PUBLICADA: Sí 913

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON - Salvamento Parcial de Voto 928

CASACION-Técnica: La impugnación debe dirigirse contra la sentencia de segunda instancia

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 12/11/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cartagena
PROCESADO: DE LAS AGUAS MEZA, JORGE LUIS
DELITO: Homicidio
PROCESO: 10102
PUBLICADA: Sí 930

DEMANDA DE CASACION-Causal tercera: Exigencias técnicas

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 16/11/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: PRADA ALVIS, HERNANDO
DELITO: Hurto agravado
PROCESO: 14195
PUBLICADA: Sí 938

INVESTIGACION INTEGRAL-Técnica para alegar su vulneración

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 16/11/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Sta Rosa de Viterbo - Boy
PROCESADO: GOMEZ SISSA, ADOLFO
DELITOS: Peculado por apropiación, Falsedad ideológica en documento público
PROCESO: 14312
PUBLICADA: Sí 945

Página

CAPTURA-Cuando niega el subrogado de la condena de ejecución condicional

PONENTE:	YESID RAMIREZ BASTIDAS
	Casación -Libertad
FECHA:	16/11/1999
DECISION:	Se abstiene de pronunciarse en relación con solicitud de libertad inmediata
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD:	Santa Marta
PROCESADO:	PERTUZ MAIGUEL, ALVARO
DELITO:	Tentativa de homicidio
PROCESO:	16585
PUBLICADA:	Sí 952

COLISION DE COMPETENCIA-Comisión/ AUDIENCIA PUBLICA-Indelegabilidad del acto-Posibilidad de comisionar para determinadas pruebas

PONENTE:	CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
	Auto Colisión de Competencia
FECHA:	17/11/1999
DECISION:	Se abstiene de dirimir la supuesta colisión
PROCEDENCIA:	Juzgado 86 P.M. de Bogotá, 1 P.M. de La Dorada
PROCESADO:	GAMEZ ZAMORA, JORGE ENRIQUE
DELITOS:	Hurto calificado y agravado
PROCESO:	16378
PUBLICADA:	Sí 955

DEFENSA TECNICA-Principio de autonomía/DEFENSA TECNICA-Prevalencia de la voluntad del defensor/ DESISTIMIENTO-Casación-Aquiescencia del defensor/DESISTIMIENTO-Peticiones contradictorias

PONENTE:	JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
	Auto Casación
FECHA:	17/11/1999
DECISION:	No repone la providencia del 24-09-99, por la que se negó el desistimiento del recurso
PROCESADO:	GUTIERREZ MEDINA, NAPO JOSE,
DELITOS:	Violación a la Ley 30/86
PROCESO:	14659
PUBLICADA:	Si 960

DETENCION DOMICILIARIA-Viabilidad-Competencia para otorgarla/ DETENCION DOMICILIARIA-Improcedencia cuando se niega la suspensión de la condena

PONENTE:	CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
	Auto Casación
FECHA:	17/11/1999
DECISION:	Se abstiene de sustituir la medida de aseguramiento
PROCESADO:	SANDOVAL, JOSE
DELITO:	Homicidio
PROCESO:	13368
PUBLICADA:	Sí 967

Página

COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite. competencia

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 17/11/1999
DECISION: Se abstiene de resolver la petición de libertad y remite a la Sala Especial de Descongestión
PROCEDENCIA: Tribunal de Bogotá y Tribunal de Antioquia
PROCESADO: ESPINOZA VEGA, FERNANDO ADOLFO
PROCESO: 16344
PUBLICADA: Sí 970

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA-Imputación de las "subjetivas"-Preparación ponderada del hecho punible/INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA-Técnica

PONENTES: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 17/11/1999
DECISION: Casa parcialmente, impone 6 años y 6 meses como pena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
RECURRENTE: OSORNO OSPINA, YAMIL HERNANDO
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 10787
PUBLICADA: Sí 972
ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON - Salvamento Parcial de Voto 980
CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR - Salvamento de Voto 985
JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO - Salvamento de Voto 985
EDGAR LOMBANA TRUJILLO - Salvamento Parcial de Voto 989
YESID RAMIREZ BASTIDAS - Salvamento de Voto 994

CASACION DISCRECIONAL-Sustentación

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Casación Discrecional
FECHA: 17/11/1999
DECISION: No concede el recurso interpuesto por vía excepcional
PROCEDENCIA: Juzgado 2 Penal del Circuito
CIUDAD: Sogamoso -Boyacá
PROCESADO: LADINO MOLINA, JOSE ANTONIO
DELITO: Extorsión
PROCESO: 16415
PUBLICADA: Sí 1004

ACCION DE REVISION-Cambio de jurisprudencia

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Acción de Revisión
FECHA: 17/11/1999

Página

DECISION: Reconoce personería, inadmite la demanda de revisión, envía copias al Juzgado 51
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: JIMENEZ RODRIGUEZ, LUIS ALBERTO
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 16446
PUBLICADA: Si 1008

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL - Aclaración de voto 1016

ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON - Aclaración de voto 1018

INDICE GENERAL

Página

—A—

ACCION DE REVISION-Causal tercera 410

ACCION DE REVISION-Hecho nuevo 410

ACCION DE REVISION-Prueba nueva 119, 410

ACUMULACION JURIDICA DE PROCESOS- Régimen de detención 846

ACTUACION PROCESAL- Conducta renuente del procesado 392

ALEMANIA 373

ANONIMO 13

APELACION 111

APELACION-Sustentación 714

AUDIENCIA PUBLICA Indelegabilidad del acto-Posibilidad de comisionar para determinadas pruebas 955

—B—

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS 7, 160, 782

—C—

CAPTURA-Cuando niega el subrogado de la condena de ejecución condicional 952

CAPTURA-Cuando se niega el subrogado de la condena de ejecución condicional 714

CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia 20

CASACION DISCRECIONAL-Garantías fundamentales 672

CASACION DISCRECIONAL-Requisitos 90

CASACION DISCRECIONAL-Sustentación 1004

Página

CASACION OFICIOSA-Presupone una demanda en forma 599

CASACION 127

CASACION-Interés para recurrir-Apelación 227

CASACION-Interés para recurrir-Apelación 891

CASACION-No es una tercera instancia 417

CASACION-Requisitos 71

CASACION-Técnica: La impugnación debe dirigirse contra la sentencia de segunda instancia 930

CASO FORTUITO-No puede alegarse simultáneamente con la legítima defensa 427

CAUSALIDAD-Limitantes normativas-Suficiencia del riesgo 913

CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA-Imputación de las "subjetivas"-Preparación ponderada del hecho punible .. 972

COLISION DE COMPETENCIA-Comisión 955

COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite, competencia 786

COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite, competencia 970

COMPETENCIA 300

CONCIERTO PARA DELINQUIR-En el ámbito de la legislación nacional sobre estupefacientes 788

CONCURSO 626

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 96, 143

CONFESION-Fundamento de la sentencia 837

CONFESION-Técnica para alegar su desconocimiento 837

CONGRUENCIA-Fundamentos y alcance del principio 714

CONSULTA-Competencia ilimitada del superior 683

CONTRATO DE SEGUROS-Naturaleza 463

CONTRAVENCION 217

-D-

DEBIDO PROCESO-Falta de motivación de la sentencia 569

DEFENSA TECNICA- Abandono de la gestión 485

DEFENSA TECNICA-Actuación pasiva del profesional 192

DEFENSA TECNICA-Criterios de valoración 554

Página

DEFENSA TECNICA Garantía para todo el proceso 805
DEFENSA TECNICA-Indagatoria 879
DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable 675
DEFENSA TECNICA-No suple defensa material del procesado 879
DEFENSA TECNICA-Oposición de criterios estratégicos 361
DEFENSA TECNICA-Prevalencia de la voluntad del defensor 960
DEFENSA TECNICA-Principio de autonomía 960
DEFENSA TECNICA-Procesado ausente 577
DEFENSA TECNICA-Su ejercicio debe ser garantizado en las dos etapas del proceso 485
DELACION- En narcotráfico 252
DELITO PERMANENTE 300
DEMANDA DE CASACION 151
DEMANDA DE CASACION-Causal tercera: Exigencias técnicas 938
DEMANDA DE CASACION-Claridad y precisión 608
DEMANDA DE CASACION-Error in iudicando-Error *in procedendo*-Consecuencias 799
DEMANDA DE CASACION-Errores en la valoración probatoria: Técnica 156
DEMANDA DE CASACION-Exigencias técnicas 380, 383
DENUNCIA 13
DERECHO DE CONTRADICCION-Actitud defensiva de no contrainterrogar 361
DERECHO DE DEFENSA 192
DESISTIMIENTO-Casación-Aquiescencia del defensor 960
DESISTIMIENTO Peticiones contradictorias 960
DETENCION DOMICILIARIA-En el trámite del recurso de casación 693
DETENCION DOMICILIARIA-Improcedencia cuando se niega la suspensión de la condena 143, 693, 967
DETENCION DOMICILIARIA-Viabilidad-Competencia para otorgarla .. 967
DICTAMEN PERICIAL-Aclaración 357
DOSIFICACION PUNITIVA-Incremento punitivo del artículo 372 del Código Penal 764
DOSIFICACION PUNITIVA-Las rebajas de pena se calculan sobre residuos o remanentes 252

Página

-E-

EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES-Presupuestos típicos para su configuración 764
ENRIQUECIMIENTO ILICITO 300
ERROR DE HECHO 515
ERROR DE HECHO-Modalidades-Técnica 227
ERROR DE TIPO 34
ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación 527, 764
ESTADO CIVIL-Prueba de los actos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938 818
ESTADOS UNIDOS 788
ESTAFA 217
ESTATUTO ANTICORRUPCION 13
EXTINCION DE DOMINIO 300
EXTRADICION DE NACIONALES-Condiciones de procedibilidad 788
EXTRADICION 373, 788
EXTRADICION-Concepto 645, 788
EXTRADICION-De extranjeros 818
EXTRADICION-Favorabilidad 645
EXTRADICION-No privación de la libertad 645
EXTRADICION-Objeto del concepto 645
EXTRADICION-Prescripción 645
EXTRADICION-Principio de la doble incriminación 373
EXTRADICION-Proceso en Colombia: No afecta el trámite 164
EXTRADICION-Prueba: Presunción de autenticidad de copia de documento allegado por la vía diplomática 818

-F-

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 77, 515
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Exigencias técnicas 192
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Se estructura al modificar el contenido de la prueba 527
FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA-Hipótesis 569

Página

FAVORABILIDAD-Ley de alternatividad penal 619
FRANQUICIA PREPARATORIA 160
FUERO Congresista 351

-H-

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993 ..... 675, 897

-I-

IN DUBIO PRO REO 71
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA-Técnica 972
INCONGRUENCIA-Vademécum de posibilidades 714
INDICIO-Ataque en casación 65
INDICIO-Concepto 453
INDICIO-Técnica para atacarlo en casación 453, 662, 698
INSTRUCCION-Término 392
INVESTIGACION INTEGRAL 168
INVESTIGACION INTEGRAL-Concepto 527
INVESTIGACION INTEGRAL-Técnica para alegar su vulneración 945

-J-

JURAMENTO-Al imputado, cargos a un tercero 662

-L-

LEGALIDAD DE LA PENA 859
LIBERTAD CONDICIONAL 143
LIBERTAD PREPARATORIA 7, 160
LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo 444
LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Antecedentes y personalidad del procesado 480
LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Constancia de buena conducta 387
LIBERTAD PROVISIONAL Requisitos factor subjetivo-Narcotráfico 477
LIBERTAD PROVISIONAL-Subrogado de la libertad condicional 641
LLAMADO EN GARANTIA-Compañías de Seguro 463

Página

-M-

MINISTERIO PUBLICO-Límites del concepto en casación 392

-N-

NARCOTRAFICO-Agravante del artículo 38.3 de la ley 30 de 1986
NARCOTRAFICO-Dosificación punitiva 252
NO RECURRENTE-Efectos del fallo de casación 879
NON BIS IN IDEM 480
NORMAS DE ESTADO DE SITIO-Incorporación como legislación permanente 626
NOTIFICACION-Resolución de situación jurídica 554
NULIDAD-Error en la calificación jurídica 151
NULIDAD-No vinculación de otros partícipes 853
NULIDAD-Omisión de juramentar al procesado acerca de cargos a terceros 698
NULIDAD-Oportunidad para solicitarla 714
NULIDAD-Técnica en casación 137, 392, 611

-P-

PARTE CIVIL-Interés para recurrir 211
PECULADO POR APROPIACION-Alcance del término "apropiación" ... 714
PECULADO-Objeto de protección 714
PENA ACCESORIA-Legalidad 897
PENA ACCESORIA-Prohibición de ejercer una profesión 764
PERJUICIOS-La condena debe ser clara y expresa 626
PODERES DISCIPLINARIOS DEL JUEZ 34
PORTE ILEGAL DE ARMAS 51
PRELACION-Para la evacuación de expedientes 433
PRESCRIPCION 300
PRESCRIPCION-Empleado oficial 295
PREVARICATO POR OMISION-Aspectos sustanciales-Elemento subjetivo 433
PROCEDIMIENTO PENAL 96

Página

PRUEBA-Aducción 527

PRUEBA-Convicción racional 591

-R-

RECURSO DE APELACION-Competencia limitada del superior 683

RECUSACION-Causal Séptima 351

REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO-Vigencia del certificado de evaluación de la conducta 691

REDENCION DE PENA 782

REDENCION DE PENA-Comités de Internos, reglamentación 815

REDENCION DE PENA-Competencia de la Corte 160, 442

REDENCION DE PENA-Evaluación negativa de conducta 447

REFORMATIO IN PEJUS 859, 683

REO AUSENTE-Fines de su declaración 392

RESPONSABILIDAD CIVIL-Tercero civilmente responsable 463

RESPONSABILIDAD ETICA-Deber de cuidado 168

-S-

SANA CRITICA 71, 515

SECUESTRO DE AERONAVES, NAVES O MEDIOS DE TRANSPORTE COLECTIVO-Derogatoria de los artículos 281 y 282 del C.P. 626

SECUESTRO EXTORSIVO-Resuelve aparente conflicto normativo 859

SENTENCIA ANTICIPADA 127

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir 626

SUPRIMIR 853

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA-Está excluida para el secuestro 660

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD-Condiciones para su imposición 211

-T-

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 127

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Retractación 46

Página

TESTIMONIO 77
TIPICIDAD-Protección de la familia 27

-U-

UNIDAD PROCESAL 300
UNIDAD PROCESAL Delito y contravención 757

-V-

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 59
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 83
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica 604, 662


NACIONAL