REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

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

TOMO CCLXIII SEGUNDO SEMESTRE 1999 NÚMERO 2502

SANTA FE DE BOGOTA 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 V

TOMO CCLXIII – SEGUNDO SEMESTRE DE 1999 – NUMERO 2502
Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia - Año 1999
ISSN 1257 2084

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1999

SALA PLENA

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

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

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

MAGISTRADOS
Doctores: *Manuel Ardila Velásquez*
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
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 Alburracín 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 V

EXTRADICION-Naturaleza mixta del trámite/ **EXTRADICION**-Etapas, control/ **EXTRADICION**-Defensa técnica, oportunidad/ **EXTRADICION**-Prueba impertinente: Ausencia de jurisdicción del país requirente/ **EXTRADICION**-Proceso en Colombia

1.Sobre el tema de las nulidades dentro del trámite de la extradición pasiva reglamentado por el Código de Procedimiento Penal, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones, siendo pertinente evocar lo expresado en el auto del 22 de septiembre del corriente año con ponencia del H. Mg. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

"Antes de cualquier interpretación exegética de los textos legales, la Corte debe reiterar en esta oportunidad que el trámite de extradición tiene una naturaleza mixta, en el sentido de que es administrativo-jurisdiccional y, en todo caso, se cumple bajo el liderazgo y la responsabilidad preeminente del Gobierno Nacional, obviamente con la insoslayable colaboración de la Rama Judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, no sólo por voluntad legal sino también constitucional, porque la substanciación y las competencias del instituto son una consecuencia del mandato según el cual a la Rama Ejecutiva le corresponde la dirección de las relaciones internacionales (Const. Pol., art. 189, numeral 2º). De otro lado, ya se sabe que la

institución de la extradición se ajusta al desarrollo de tales facultades gubernamentales, pues doctrinariamente se le estima como un acto de asistencia jurídica y solidaridad internacional para la lucha eficaz contra el delito.

"En armonía con la establecida naturaleza constitucional y política de la extradición, el ordenamiento jurídico colombiano prevé que la oferta, concesión o negación corresponde y es facultativa del Gobierno, que lo hace al final del trámite por medio de una resolución administrativa, aunque previamente se requiere el concepto de la Corte Suprema de Justicia, que sólo sería vinculante si fuere negativo (arts. 547, 548, 555 y 559).

2. Ahora bien, ante todo debe precisar la Corte, que acorde con la naturaleza mixta del procedimiento de la extradición pasiva previsto en el Código Procesal Penal aplicable por no existir tratado o convenio vigente entre los dos países, es evidente que a la Sala le compete el control y revisión de los actos que expida dentro del trámite judicial, sin que esté legitimada para comprobar la legalidad de las etapas administrativas previa y definitiva que corresponde a la Administración y/o a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a selección de la defensa, una vez el Gobierno expida la resolución que conceda o niegue la extradición.

En atención a que el señor apoderado estriba en parte la solicitud de nulidad por violación al derecho de defensa, en la ausencia de notificación a su poderdante y a la defensa técnica, de los conceptos expedidos por los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho, sobre la normatividad aplicable y el perfeccionamiento del expediente, reitera la Corte que el control y revisión de esa actuación escapa a su competencia, la que conserva la Administración y/o a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a selección de la defensa, una vez proferida por el Gobierno la resolución que ponga fin al trámite.

3. Con todo, es útil recordar como atrás se vio, que la Corporación ha dejado establecido, que siendo la finalidad de la etapa preliminar preparar el trámite judicial y la etapa decisiva del Gobierno, los actos expedidos por la Administración en ese instante son incontrovertibles, tanto por su naturaleza como por las formas preestablecidas en el Código de Procedimiento Penal, que determinan el inicio formal del trámite a partir del momento en que la Corte admite el expediente recibido del Ministerio de Justicia y del Derecho. Por consiguiente, es en el rito jurisdiccional en donde por mandato legal la Corte está obligada a preservar el derecho de defensa material y técnica del reclamado en extradición, pues es allí en donde la ley permite la controversia fijando un término para pedir pruebas, otro para su práctica y el restante para alegar; y no en el rito administrativo previo, en donde no se reguló formalmente un trámite que permita la controversia, de ahí que tampoco es necesaria la asistencia de un defensor, máxime cuando no existen actos

administrativos impugnables. Pero si rendido el concepto por la Colegiatura, persisten inconformidades en la defensa, ella puede plantearlas ante la Administración o la Jurisdicción Contencioso Administrativa, utilizando los dispositivos pertinentes previstos en la ley, contra la resolución que conceda la extradición.

4. El decreto de la práctica de este conjunto de pruebas será denegada por la Corte, ya que dirigidas a demostrar que el país requirente no tiene jurisdicción para juzgar al reclamado en extradición por los delitos imputados, resultan impertinentes, en razón a que no se orientan a enervar los fundamentos del concepto que debe rendir la Corte, es decir, la validez formal de la documentación presentada, la demostración de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, y que se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

Además, entendida la jurisdicción como el ejercicio de la facultad que tienen los Estados para administrar justicia en su territorio, de permitir la Corte la controversia de esta materia en el trámite de extradición, no sólo desbordaría el objeto del concepto que está obligada a rendir, sino que de paso desconocería la soberanía del país requirente.

5. Estas pruebas también serán denegadas por la Colegiatura, en virtud a su impertinencia, puesto que orientadas a demostrar que por los hechos que se demanda la extradición, también cursa un proceso en nuestro país, tal propósito no guarda relación con los fundamentos del concepto previstos en el artículo 558 del Código Procesal Penal. Por lo demás, siendo de la exclusiva competencia del Gobierno Nacional definir si concede o no la extradición, es a esa autoridad a quien concierne verificar ese hecho, a objeto de determinar si aplica la previsión contenida en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Penal*, Santa Fe de Bogotá, D.C. siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.194 Proceso N° 16307

VISTOS

Decide la Sala sobre las solicitudes de nulidad y de práctica de pruebas elevadas por el apoderado del reclamado en extradición ciudadano colombiano Omar de Jesús del Prado Arregoces, dentro del término de traslado previsto en el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal.

ANTECEDENTES:

1. Proveniente del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Sala recibió el expediente de la solicitud de extradición del colombiano Omar del Prado

Arregoces, hecha por el Gobierno de los Estados Unidos de América al nuestro, mediante nota verbal No. 865 del 3 de septiembre de 1999.

El cual se encuentra conformado por los siguientes documentos:

1.1. Nota verbal No. 510 del 1º de julio del corriente año, por medio de la cual la Embajada de los Estados Unidos de América, solicita al Ministerio de Relaciones Exteriores la detención provisional con fines de extradición de Omar del Prado Arregoces, en cuyo propósito proporcionó los números de cédula y pasaporte, y efectuó su descripción morfológica.

1.2. Resolución del 2 de julio de 1999 dimanada del Fiscal General de la Nación, mediante la cual decretó la captura con fines de extradición de Omar Prado Arregoces; disposición hecha efectiva el 8 de julio siguiente, por miembros de la Policía Judicial, en Barranquilla, Institución que al poner a disposición de la Fiscalía al reclamado incorporó al trámite la ficha decadactilar y la fotocopia de su cédula de ciudadanía No. 7.458.902 de Barranquilla.

1.3. Nota verbal No. 865 del 3 de septiembre de este año, a través de la cual la Embajada de Estados Unidos de América en nuestro país formaliza la solicitud de extradición de Omar del Prado Arregoces, para que comparezca a juicio por delitos federales de narcóticos, a tenor de lo pregonado en la acusación substitutiva No. 99-433-CR-DAVIS (s), del 25 de junio de 1999, proferida por un gran jurado en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida.

1.4. Acusación formal dictada el 11 de junio de 1999 por un gran jurado ante el "Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito del Sur de Florida, División de Miami".

1.5. Acusación formal de reemplazo del 25 de junio de 1999, mediante la cual un Gran Jurado ante el "Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito del Sur de Florida, División de Miami" acusó de los siguientes cargos a Omar del Prado Arregoces, entre varias personas

"Cargo I. Desde los comienzos de por lo menos el día 16 del mes de febrero de 1999, cuya fecha exacta es desconocida para el Gran Jurado, y continuando hasta el día 25 del mes de junio de 1999, los acusados: Gustavo Gómez Maya, Hernando Franco Saavedra, también conocido como "Nando", Omar Del Prado-Arregoces, también conocido como "Papi", Hugo Carlos Gómez-Maya e Ivonne María Escaf de Saldarriaga, también conocida como "La Mona", con conocimiento de causa y en forma intencional, se conjuraron, conspiraron, se confederaron y se pusieron de acuerdo los unos con los otros, del mismo modo que con otras personas, tanto conocidas como desconocidas para el Gran Jurado, incluyendo pero no limitándose a los miembros de la tripulación que se encontraban a bordo del barco M/V Castor, para que poseyeran con la intención de proceder a la distribución de una substancia controlada correspondiente a la Tabla II, a saber, 3 kilogramos de una mezcla y de una substancia que contenía una cantidad apreciable

de cocaína, que se encontraba a bordo del M/V Castor, un barco que se encuentra sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos de América, constituyendo Miami, en el Condado de Miami-Dade, en el Distrito del Sur de Florida, el punto de entrada por el cual el barco M/V Castor, entrara en los Estados Unidos, todo esto en violación del Título 46 del Anexo del Código de los Estados Unidos, Sección 1.903 (a) y (h); todo esto también en violación del Título 46 del Anexo del Código de los Estados Unidos, Sección 1.903 (j).

Cargo II. A partir del día 16 del mes de febrero de 1999 o fecha próxima, hasta el día 2 del mes de junio de 1999 o fecha próxima, los acusados: Gustavo Gómez-Maya, Hernando Franco Saavedra, también conocido como "Nando", Omar Del Prado-Arregoces, también conocido como "Papi", Hugo Carlos Gómez-Maya e Ivonne María Escaf de Saldarriaga, también conocida como "La Mona", con conocimiento de causa y en forma intencional, asistieron e instigaron a ciertos individuos, tanto conocidos como desconocidos para el Gran Jurado, incluyendo pero no limitándose a los miembros de la tripulación del barco M/V Castor, para que poseyeran con la intención de proceder a la distribución de una substancia controlada correspondiente al Programa II, a saber, más de 5 kilogramos de una mezcla y una substancia que contenía una cantidad apreciable de cocaína, que se encontraba a bordo del M/V Castor, barco que se encuentra sujeto a la jurisdicción de los Estados Unidos, constituyendo Miami, en el Condado de Miami-Dade, en el Distrito del Sur de Florida, el punto de entrada por el cual el barco M/V Castor entrara en los Estados Unidos, todo lo antedicho, en violación del título 46 del Anexo del Código de los Estados Unidos, Sección 1903 (a) y (h), del mismo modo que del Título 18 del Código de los Estados Unidos, Sección 2".

1.6. Declaración que en apoyo de la solicitud de extradición, rindió Neal J. Stephens, Fiscal Auxiliar de los E.E.U.U. y Jefe de la Unidad Principal de Narcóticos de Miami, Florida, en la cual hace un relato particularizado de los hechos imputados al reclamado en extradición, resaltando que en su totalidad ellos tuvieron ocurrencia después del 17 de diciembre de 1997; además ilustra sobre la naturaleza jurídica de la acusación pronunciada por el Gran Jurado.

Relaciona con detenimiento las características morfológica del solicitado.

1.7. Copia de los textos de las normas que tipifican y sancionan los delitos imputados al reclamado, y de las que reglamentan la prescripción en el país requirente.

1.8. Declaración del agente especial al servicio de la Administración para el Control de Narcóticos (DEA) Richard Bendekovic, en apoyo a la posulación de extradición. En ella hace un recuento de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que rodearon los hechos atribuidos, y describe las particularidades físicas del solicitado.

1.9. Fotocopia de una fotografía del rostro del requerido en extradición.

Documentación que fue expedida y autenticada conforme con las reglas del país requirente y traducida al español.

2. El Ministerio de Relaciones Exteriores, remitió la documentación a su homólogo de Justicia y del Derecho, conceptuando que por no existir Convenio aplicable a este caso, es procedente obrar con arreglo a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

4. Procedente de una Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de esta ciudad, recibió la Corte copia de la resolución del 31 de agosto de 1999, mediante la cual resolvió denegar la vinculación del reclamado en extradición, a un proceso por ella adelantado supuestamente por los mismos hechos por los cuales es reclamado en extradición.

5. Aprovisionado el solicitado de defensor de confianza, y corrido el traslado previsto en el artículo 556 del Código Procesal Penal, la defensa técnica elevó en tiempo las siguientes peticiones:

5.1. Solicita se decrete la nulidad de todo lo actuado, por considerar que a su poderdante se le han vulnerado los derechos de la defensa, del debido proceso, y de igualdad. Partiendo del sistema mixto del procedimiento establecido por el Código de Procedimiento Penal, deduce que el derecho a la defensa nace en el instante en que el Ministerio de Relaciones Exteriores recibe la documentación del País requirente y conceptúa sobre las disposiciones que deben disciplinar el rito -tratados o convenios internaciones, o el Código de Procedimiento Penal-. Opinión que por constituir un acto administrativo, estima, debe ser notificado al requerido y a su defensor, para brindarles la posibilidad de disentir de las normas seleccionadas como aplicables al caso, interponiendo los recursos previstos en la ley.

Formalidad que también considera ostenta la decisión que asume el Ministerio de Justicia y del Derecho, cuando devuelve el expediente al de Relaciones Exteriores para su perfeccionamiento cuando resta la incorporación de una prueba fundamental, y que por tanto, puede ser recurrida.

No obstante lo anterior, afirma el postulante, no se les notificó el concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, ni al reclamado en extradición ni al defensor, sin que hasta este momento se les haya permitido enterarse de manera directa del concepto, a fin de verificar minuciosamente la viabilidad o no de la actuación, y decidir si es el caso, interponer los recursos de ley; defecto que considera no es purgado, por los traslados que se deben cumplir en el trámite judicial, para pedir pruebas y para alegar. Por tanto, reitera, según su parecer el procedimiento observado en este asunto vulnera las previsiones del artículo 29 de la Constitución Política.

5.1. En memorial aparte pide adicionalmente la práctica de una serie de pruebas, cuya relación y respuesta se harán más adelante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En razón a que dentro de las pretensiones planteadas por la defensa a la Sala, se encuentra la de obtener la declaratoria de la nulidad de la actuación, atendiendo los efectos que produciría una decisión con esa vocación, la Corte entra a pronunciarse prioritariamente sobre ella.

Sobre el tema de las nulidades dentro del trámite de la extradición pasiva reglamentado por el Código de Procedimiento Penal, la Sala ha tenido oportu-

nidad de pronunciarse en varias ocasiones, siendo pertinente evocar lo expresado en el auto del 22 de septiembre del corriente año con ponencia del H. Mg. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

"Antes de cualquier interpretación exegética de los textos legales, la Corte debe reiterar en esta oportunidad que el trámite de extradición tiene una naturaleza mixta, en el sentido de que es administrativo-jurisdiccional y, en todo caso, se cumple bajo el liderazgo y la responsabilidad preeminente del Gobierno Nacional, obviamente con la insoslayable colaboración de la Rama Judicial en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, no sólo por voluntad legal sino también constitucional, porque la substanciación y las competencias del instituto son una consecuencia del mandato según el cual a la Rama Ejecutiva le corresponde la dirección de las relaciones internacionales (Const. Pol., art. 189, numeral 2ª). De otro lado, ya se sabe que la institución de la extradición se ajusta al desarrollo de tales facultades gubernamentales, pues doctrinariamente se le estima como un acto de asistencia jurídica y solidaridad internacional para la lucha eficaz contra el delito.

"En armonía con la establecida naturaleza constitucional y política de la extradición, el ordenamiento jurídico colombiano prevé que la oferta, concesión o negación corresponde y es facultativa del Gobierno, que lo hace al final del trámite por medio de una resolución administrativa, aunque previamente se requiere el concepto de la Corte Suprema de Justicia, que sólo sería vinculante si fuere negativo (arts. 547, 548, 555 y 559).

"Así las cosas, el trámite formal sólo se inicia con la admisión del expediente por la Corte, como claramente lo indica el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, pues antes de ello sólo se advierte una fase preliminar de perfeccionamiento del legajo documental y apenas preparatoria de la parte judicial del rito. En esta etapa previa, además de alistar la documentación, el Ministerio de Relaciones Exteriores únicamente configura un requisito de procedibilidad, cuando debe indicar cuál sería la vía y la legislación aplicable al incidente, mientras que el Ministerio de Justicia y del Derecho solamente cumple una función requirente del trámite judicial y del concepto, aunque no de la decisión final que obviamente le concierne al Gobierno (art. 552 a 555).

"Precisamente, por cuanto esas tareas administrativas de alistamiento del expediente, de constitución de un mero requisito de procedibilidad y de requerimiento de la vía judicial no están expuestos a la controversia, pues ésta se cumplirá cabalmente cuando se abra la fase jurisdiccional, no se prevé legalmente para dicha etapa preliminar el espacio probatorio y de contradicción que imagina el defensor del requerido para justificar su postura. Para ver de probar este carácter preparatorio de dichos actos, basta revisar el contenido de los artículos 551 al 555 del Código de Procedimiento Penal, en cuyo texto no se incluye la posibilidad de proposición y debate probatorio.

Más adelante complementó la Corte:

"No sobra advertir que una vez emitido el concepto judicial por la Corte, el expediente queda listo para que el Gobierno dicte la resolución que conceda o niega la extradición, de conformidad con el artículo 559 del Código de Procedi-

miento Penal, la cual se expone a los controles administrativos y/o contenciosos que elijan los interesados, momento en el cual podrán reclamar por cualquier abuso relacionado bien con los temas previstos en el artículo 558 ora con otras materias que ellos estimen pertinentes al ámbito de la extradición.

"En razón de esta sistemática procesal, es apenas obvio que el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal dispusiera que la defensa debe proveerse desde la iniciación del trámite de extradición, comienzo que se entiende a partir del recibo del expediente por la Corte, no antes, como lo prevé el artículo 556 del mismo ordenamiento."

Ahora bien, ante todo debe precisar la Corte, que acorde con la naturaleza *mixta del procedimiento de la extradición pasiva previsto en el Código Procesal Penal aplicable por no existir tratado o convenio vigente entre los dos países, es evidente que a la Sala le compete el control y revisión de los actos que expida dentro del trámite judicial, sin que esté legitimada para comprobar la legalidad de las etapas administrativas previa y definitiva que corresponde a la Administración y/o a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a selección de la defensa, una vez el Gobierno expida la resolución que conceda o niegue la extradición.*

En atención a que el señor apoderado estriba en parte la solicitud de nulidad por violación al derecho de defensa, en la ausencia de notificación a su poderdante y a la defensa técnica, de los conceptos expedidos por los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho, sobre la normatividad aplicable y el perfeccionamiento del expediente, reitera la Corte que el control y revisión de esa actuación escapan a su competencia, la que conserva la Administración y/o a la Jurisdicción Contencioso Administrativo, a selección de la defensa, una vez proferida por el Gobierno la resolución que ponga fin al trámite.

Con todo, es útil recordar como atrás se vio, que la Corporación ha dejado establecido, que siendo la finalidad de la etapa preliminar preparar el trámite judicial y la etapa decisiva del Gobierno, los actos expedidos por la Administración en ese instante son incontrovertibles, tanto por su naturaleza como por las formas preestablecidas en el Código de Procedimiento Penal, que determinan el inicio formal del trámite a partir del momento en que la Corte admite el expediente recibido del Ministerio de Justicia y del Derecho. Por consiguiente, es en el rito jurisdiccional en donde por mandato legal la Corte está obligada a preservar el derecho de defensa material y técnica del reclamado en extradición, pues es allí en donde la ley permite la controversia fijando un término para pedir pruebas, otro para su práctica y el restante para alegar; y no en el rito administrativo previo, en donde no se reguló formalmente un trámite que permita la controversia, de ahí que tampoco es necesaria la asistencia de un defensor, máxime cuando no existen actos administrativos impugnables. Pero si rendido el concepto por la Colegiatura, persisten inconformidades en la defensa, ella puede plantearlas ante la Administración o la Jurisdicción Contencioso Administrativa, utilizando los dispositivos pertinentes previstos en la ley, contra la resolución que conceda la extradición.

Ahora, en lo que concierne al procedimiento judicial, es claro para la Corte que el derecho a la defensa del reclamado en extradición, ha sido cabalmente garantizado, como quiera que la primera actuación de la Sala fue la de enterarlo del derecho que tenía de nombrar un defensor de confianza, y una vez hecha la designación el procedimiento ha cursado con su intervención. Siendo esta la fase procesal y la oportunidad reglamentadas por la ley para ejercer el derecho de defensa, ninguna invalidez de la actuación se presenta, máxime cuando en un Estado de Derecho, como el nuestro, las formas preestablecidas en la ley deben ser acatadas tanto por las autoridades como por los particulares que intervienen en el rito.

Proceder que por cumplir estrictamente la reglamentación hecha para este tipo de trámite por el Código de Procedimiento Penal, tampoco vulnera el derecho a la igualdad, frente a los sujetos pasivos de la acción penal en Colombia, por cuanto el procedimiento de la extradición se caracteriza por una naturaleza jurídica distinta de la del proceso penal, toda vez que regula situaciones de hecho y de derecho diferentes, y se dirige a fines disímiles.

Por estas razones la Sala denegará la nulidad impetrada.

2. En relación con la petición de pruebas elevada por el mismo profesional del derecho, se pronuncia la Sala como sigue:

2.1. Inicialmente solicita a la Corte pida al Gobierno de los Estados Unidos de América copia auténtica de la bitácora y de la licencia de navegación hallada el día 2 de junio de 1999 a la embarcación M/N Castor, que permanece retenida en ese país.

2.2. Que se solicite al país requirente informe cuáles son los requisitos y los documentos que debe reunir y presentar una embarcación para ingresar a un puerto de esa Nación; y que aclare si la licencia de navegación de la M/N Castor, reúne esas exigencias.

2.3. Por intermedio de la Capitanía de Puerto de la República de Panamá, solicita se establezca cuál era la ruta que seguía el barco M/N Dyna Container conocida como M/N Castor.

2.4. Se someta a inspección judicial el barco M/N Castor, a fin de determinar sus condiciones de navegabilidad, y si estaba en condiciones de ingresar a puerto americano, de no ser así, precisar por qué razón.

2.5. Pedir a la República Dominicana, comunique en qué fecha arribó, qué tiempo permaneció, y con que dirección zarpó la embarcación M/N Dyna Container o Castor.

2.6. Solicitar al Gobierno de la Gran Bretaña certifique si el navío HMS Marlborough pertenece a esa Nación, explicando si para el 2 de junio de 1999 patrullaba en aguas internaciones cerca a las costas de Venezuela, de ser así, indique por qué motivo realizaba esa labor, y si en su desarrollo abordó o retuvo una embarcación de bandera panameña, hallando aproximadamente 10.000 libras de sustancia ilícita.

Como sustento de este plexo de pruebas, señala el postulante, el interés que lo acompaña de probar que el destino final de la embarcación no era Esta-

dos Unidos de América, sino el Puerto de Nigeria; acreditando de paso, que la droga no estaba dirigida a ser distribuida en el país reclamante, y que las normas que se dicen transgredidas no fueron las de esa Nación, como quiera que el decomiso del alcaloide se produjo en aguas internacionales de Venezuela.

También aspira comprobar que el navío fue interceptado en aguas internacionales por una embarcación británica, y por ende, que los Estados Unidos de América no tienen jurisdicción ni competencia para juzgar y pedir en extradición al señor Del Prado Arrogoces.

El decreto de la práctica de este conjunto de pruebas será denegada por la Corte, ya que dirigidas a demostrar que el país requirente no tiene jurisdicción para juzgar al reclamado en extradición por los delitos imputados, resultan impertinentes, en razón a que no se orientan a enervar los fundamentos del concepto que debe rendir la Corte, es decir, la validez formal de la documentación presentada, la demostración de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, y que se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente.

Además, entendida la jurisdicción como el ejercicio de la facultad que tienen los Estados para administrar justicia en su territorio, de permitir la Corte la controversia de esta materia en el trámite de extradición, no sólo desbordaría el objeto del concepto que está obligada a rendir, sino que de paso desconocería la soberanía del país requirente.

2.7. Se escuche en declaración al agente de la DEA Richard Bendekovic, conforme con la cita que de él se hace en los anexos.

2.8. Que se obtenga de la Fiscalía General de la Nación copia del proceso radicado bajo el No. 35.584, con sus anexos.

Pretende demostrar la defensa técnica con estos medios, que la averiguación que produjo la incautación de la droga, tuvo su fuente en la información surgida de una investigación criminal adelantada en territorio colombiano. Y que por los mismos hechos se sigue la investigación génesis de la reclamación de extradición, y la impulsada por la Fiscalía General de la Nación, la cual se encuentra en trámite del recurso interpuesto contra la resolución que negó la vinculación mediante indagatoria de su poderdante.

Estas pruebas también serán denegadas por la Colegiatura, en virtud a su impertinencia, puesto que orientadas a demostrar que por los hechos que se demanda la extradición, también cursa un proceso en nuestro país, tal propósito no guarda relación con los fundamentos del concepto previstos en el artículo 558 del Código Procesal Penal. Por lo demás, siendo de la exclusiva competencia del Gobierno Nacional definir si concede o no la extradición, es a esa autoridad a quien concierne verificar ese hecho, a objeto de determinar si aplica la previsión contenida en el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

2.9. Se solicite al Ministerio de Relaciones Exteriores, copia del documento que allí reposa a nombre del reclamado en extradición.

Como el petente no expresa qué hechos pretende demostrar con esta prueba, ni el vínculo que pueda tener con el objeto del concepto, su práctica será rechazada.

2.10. Pedir al Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de América, o a quien haga sus veces, certifique cuáles son los requisitos exigidos por la ley americana para proferir el Indictement, enviando copia de las normas que regulan ese acto procesal.

Prueba con la que anhela comprobar que el Indictement no es igual, en nuestro país, a la resolución de acusación prevista en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, por lo que considera no concurre la exigencia prevista en el numeral 1° del artículo 551 ibídem.

Pese a que uno de los fundamentos del concepto es establecer que por los hechos que es reclamado en extradición se ha proferido en el país requirente resolución de acusación o su equivalente, esta prueba resulta superflua, habida cuenta que para determinar si ese elemento se encuentra cumplido, el expediente cuenta con suficientes elementos de juicio, entre ellos con la copia de la acusación de reemplazo del 23 de junio de 1999 y con la declaración que en apoyo de la solicitud de extradición rindió NEAL J. STEPHENS, en donde se ilustra ampliamente sobre la naturaleza y los requisitos de esa determinación.

2.11. Solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores en Colombia, certifique si existen tratados de extradición vigentes con los Estados Unidos de América. Ello con el objetivo de verificar si efectivamente las normas aplicables a este caso son las previstas en el Código de Procedimiento Penal, tal como lo concepuó esa cartera.

Ninguna utilidad al trámite reporta la aducción de esta prueba, ya que el Ministerio de Relaciones Exteriores en el concepto que rindió en atención a lo estipulado por el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, con claridad expresó que debido a que no existe convenio aplicable a este caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal Colombiano; por consiguiente, la Sala denegará su realización por encontrarla de más.

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

RESUELVE:

Primero: No decretar la nulidad de la actuación, solicitada por el señor defensor del reclamado en extradición señor Omar del Prado Arregoces.

Segundo: Denegar la práctica de pruebas pedidas por el mismo profesional del derecho, en razón a los motivos atrás expuestos.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REBELION-Competencia a partir del 1º de julio de 1999

A partir del 1° de julio de 1999, en consecuencia, de conformidad con los argumentos expresados por la Sala en la providencia del 30 de noviembre de 1999, los procesos en curso por el delito de rebelión pasan a conocimiento de los Juzgados Penales del Circuito en primera instancia y, en segunda, a las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito correspondientes en virtud del factor territorial de la competencia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No.194 Proceso N° 16346

VISTOS

Resuelve la Sala el conflicto negativo de competencias trabado entre los Tribunales Superiores de Antioquia y de Santa Fe de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Mediante sentencia del 16 de julio de 1998 un Juzgado Regional de Medellín condenó por el cargo de rebelión a los procesados Rubén Darío Vargas Usuga, Eucaris Areiza Viera de López, Albeiro de Jesús Gómez Hernández y a José Antonio Cardona (fl. 534 c.o. #3).

El fallo fue apelado por defensores y procesados y en el efecto suspensivo fue concedido el recurso el 7 de septiembre de 1998. El 5 de octubre siguiente el expediente se remitió al Tribunal Nacional.

La justicia regional dejó de funcionar el 30 de junio de 1999 (inciso 2º del artículo 205 transitorio de la ley 270 de 1996) y el 7 de julio siguiente un Magistrado de la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, apoyado en el artículo 5° de la ley 504 de 1999, ordenó remitir el expediente -por competencia- a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia.

Por decisión del 9 de agosto de 1999 dicha Corporación le propuso conflicto negativo de competencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, la cual lo trabó el 9 de septiembre siguiente, disponiendo la remisión del proceso a la Corte para dirimirlo.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA.

La ley 504 de 1999 le atribuyó la competencia para conocer del delito de rebelión a los Jueces Penales del Circuito, correspondiendo la segunda instancia, en consecuencia, a los Tribunales Superiores de Distrito. Así las cosas –señala el Tribunal– dado que las normas que fijan jurisdicción y competencia son de aplicación inmediata, en principio habría que concluir que en su cabeza radicaría la competencia para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

En su criterio, sin embargo, esa no es la definición que finalmente se impone. La ley puede determinar excepciones al principio general de aplicación inmediata de normas reguladoras de la competencia y eso fue lo que se hizo a través del artículo 37 transitorio de la ley 504 de 1999. Esta norma –es la interpretación propuesta– le adscribió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá el conocimiento de los procesos que se encontraban en el Tribunal Nacional, independientemente de los cambios de competencia operados por virtud de la ley, como el relacionado con el delito de rebelión.

"Ello significa –dice el Tribunal–, nada más y nada menos, que en materia de competencia de segunda instancia (que no de primera, valga la aclaración) fue querer del legislador excluir de la regla general de la vigencia inmediata de la ley procesal aquellos procesos en los que no obstante haberse introducido por la nueva ley variaciones a la competencia, se encontraban en el Tribunal Nacional al momento de operar la transición de competencias".

LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTA FE DE BOGOTÁ.

Señala que una interpretación sistemática de los artículos 37, 39, 5° y 4° de la ley 504 de 1999, conduce a concluir que los procesos que se encontraban en el Tribunal Nacional cuando entraron en vigencia dichas disposiciones, relacionados con delitos cuya competencia fue atribuida a los Jueces Penales del Circuito –es decir, aquellos de conocimiento de la antigua justicia regional que no se incluyeron en el artículo 5° de la ley 504– pasan a las Salas Penales de los Tribunales Superiores respectivos, en virtud del factor territorial de la competencia.

Así las cosas, en cuanto el delito de rebelión quedó atribuido "a la jurisdicción ordinaria", la segunda instancia la debe asumir en el caso examinado el Tribunal Superior de Antioquia, puntualizó la citada Corporación al entablar el conflicto de competencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Algunos delitos cuyo conocimiento le tenía atribuido el artículo 71 del decreto 2700 de 1991 a los Jueces Regionales, entre ellos el de rebelión, en

virtud de la ley 504 de 1999 quedaron en cabeza de los Jueces Penales del Circuito en primera instancia y de los Tribunales Superiores de Distrito en segunda instancia.

Los procesos en curso ante la justicia regional por tales delitos a la entrada en vigencia de la ley, es decir los no previstos en su artículo 5º, "...se continuarán tramitando ante los Jueces Penales del Circuito competentes por el factor territorial", prescribió el artículo 39 transitorio de ese cuerpo normativo. El legislador en tales circunstancias lo que hizo a través de esta disposición fue enfatizar el principio general atinente a que las normas sobre competencia son de aplicación inmediata.

A partir del 1° de julio de 1999, en consecuencia, de conformidad con los argumentos expresados por la Sala en la providencia del 30 de noviembre de 1999[7], los procesos en curso por el delito de rebelión pasan a conocimiento de los Juzgados Penales del Circuito en primera instancia y, en segunda, a las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito correspondientes en virtud del factor territorial de la competencia.

El artículo 37 de la ley 504, entonces, contrariamente a lo afirmado por el Tribunal de Antioquia, no estableció ninguna excepción a la regla general de interpretación de las normas que rigen la jurisdicción y la competencia. Lo que tal precepto hizo fue regular el problema del conocimiento de los casos de segunda instancia que hasta el 1º de julio de 1999 se encontraran en el Tribunal Nacional y que correspondieran a delitos de competencia de los nuevos Jueces Penales del Circuito Especializados. Tales asuntos los adscribió la ley a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá o a la Sala Especial de Descongestión que para el efecto creara la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Por último, los asuntos que hayan llegado a segunda instancia desde el 1º de julio de 1999 y que se refieran a alguno de los delitos relacionados en el artículo 5º de la ley 504 de 1999, deben ser conocidos por el Tribunal Superior del Distrito del lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho. Esto mientras se crea el Tribunal Superior Nacional a que se refiere el inciso 1º del artículo 48 de la misma ley.

Tales fueron las conclusiones a que arribó la Corte en la decisión atrás mencionada y nuevamente se ratifican con fundamento en los argumentos en esa oportunidad dichos.

La colisión de competencias propuesta en el presente caso debe dirimirse, por lo tanto, atribuyéndole el conocimiento del asunto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, a disposición de la cual quedarán los detenidos que en forma equivocada fueron puestos a disposición de la Corte.

---

[7] .-Radicación 16.284. M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote

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

RESUELVE:

1º. ASIGNAR la competencia para conocer de este asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, a cuya disposición se ordena dejar a los procesados privados de la libertad.

2º. Remítase la actuación a dicha Corporación y comuníquese lo aquí resuelto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

COLISION DE COMPETENCIA-Ley 504 de 1999
/NARCOTRAFICO

De la parte final de los artículos 37 y 39 transitorios de la Ley 504 de 1999, se deducen como requisitos necesarios para la competencia de la Sala Especial de Descongestión del Tribunal de Santa Fe de Bogotá, la conjunción de los factores objetivo y temporal. Esto es, que tal Sala Especial conoce de todos los asuntos que hubieran llegado físicamente al entonces Tribunal Nacional hasta el 1 de julio inclusive, siempre y cuando el objeto procesal sea un delito de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 194 Proceso N° 16256

VISTOS

Procede la Corte a dirimir la colisión de competencia negativa suscitada entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, Sala Especial de Descongestión, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali (Valle).

HECHOS

El 26 de julio de 1998, en un retén de rutina de la Policía Nacional en el municipio de Florida (Valle), en el sector del I.S.S. en la vía que de tal localidad conduce a Miranda (Cauca) fue aprehendido el señor Orlando Murillo Aguado cuando se transportaba en un bus de servicio público de la empresa Sultana del Valle, llevando consigo la cantidad de 13.111,2 gramos de marihuana.

ANTECEDENTES

1. Una vez puestos los detenidos a disposición de la Fiscalía, el Fiscal 136 de la Unidad Seccional de Fiscalías de Florida abrió la instrucción y luego de practicada la indagatoria, dejó expediente y detenido a disposición

de la Fiscalía Regional de Cali, la que definió su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento.

2. Mediante petición escrita del 29 de enero de 1999, el sindicado Murillo Aguado solicitó acogerse a sentencia anticipada.

3. El 17 de marzo de 1999, fecha señalada para la formulación de cargos, reunidos el Fiscal, el procesado y su defensora, en el acta respectiva se le formuló el cargo de autor de infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la ley 365 de 1997, que el indagado aceptó.

4. Puestas las diligencias a disposición de un Juez Regional de Cali, tal funcionario profirió sentencia anticipada en la que condenó a Murillo Aguado a la pena principal de 56 meses de prisión y multa de 105 salarios mínimos mensuales, conforme a los cargos aceptados.

5. El procesado al momento de la notificación de la sentencia anotó la expresión "apelo", luego de lo cual remitió memorial de sustentación en el que discute la dosificación de la pena.

6. Mediante auto del 10 de junio de 1999, el Juzgado Regional concedió el recurso para ante el Tribunal Nacional y dejó a su disposición al procesado detenido en la estación de Policía "Fray Damián" de Cali. Enviando las diligencias al Tribunal Nacional desde el 18 de junio de 1999.

7. En el entonces Tribunal Nacional aparece constancia de reparto del 28 de junio de 1999 a la Sala de Decisión de la que es ponente el Magistrado Marco Antonio Rueda Soto.

El Conflicto

1. La Posición de la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá D.C.

1.1. Mediante auto del 7 de julio de 1999, señaló que si bien es cierto en el artículo 5° de la Ley 504 de 1999 se preservó como de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados el ilícito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, se modificó sustancialmente en cuanto al volumen de la droga al señalarse en la actualidad que tales funcionarios son competentes "cuando la droga o sustancia exceda de mil (1.000) kilos si se trata de marihuana, cien (100) kilos si se trata de hachís, cinco (5) kilos si se trata de metacualona, cocaína o sustancias base de ella (sic) o cantidades equivalentes si se encontraren en otro estado".

En contrario, si se trata de una cantidad inferior, la competencia se rige por la cláusula general de competencia en cuanto corresponden a los Jueces Penales del Circuito "los delitos cuyo juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad".

De lo anterior concluye que como la droga incautada en este asunto concreto es una cantidad inferior al monto atrás referido, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de

Bogotá D.C., ha perdido competencia por haber quedado radicada ella en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

1.2. También sostiene la incompetencia desde la perspectiva de la vigencia inmediata de las normas procesales atinentes a la competencia, por lo que tanto los procesos en curso al momento de la existencia jurídica de la Ley 504 de 1999, como los iniciados a partir de su vigencia deben regirse por esa Ley.

1.3. Estima necesario descartar la aparente confusión que se presenta respecto de los procesos que cursaban en el extinto Tribunal Nacional para la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 504 de 1999 (que es precisamente este caso concreto), pues una comprensión exegética del artículo 37 transitorio de tal Ley, podría llevar a sostener la competencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá D.C.

Considera absurda tal hermenéutica pues llevaría a que la misma conducta -en cuanto tipo penal y cantidad de droga- quedaría según el estado del proceso sometida en segunda instancia a diversas competencias, lo que estima violatorio de los principios de unidad de jurisdicción e igualdad. Por ello considera que el artículo 37 debe entenderse "referido a los delitos de persistida asignación al esquema de justicia especializada, que refulge cedida o circunscrita además a la Sala Especial de Descongestión efectivamente creada (...) por el Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo No. 533 de junio 30 de 1999".

1.4. Señala que el carácter residual de la competencia atribuida a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C, en cuanto no sea asumida por la Corporación creada por "la ley para el conocimiento de la segunda instancia de los procesos por los delitos de los Jueces Penales de Circuito Especializados", refrenda sus aserciones, tal como se deduce de lo dispuesto por el artículo 37 transitorio y del 48 de la Ley 504 de 1999.

1.5. Finamente y como corolario de la argumentación cita el artículo 39 transitorio de la Ley referida, del que concluye que traslada implícitamente la prosecución del trámite de segunda instancia, en las actuaciones en curso a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y en este caso concreto al de Cali.

2. El Criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

2.1. Expresado mediante auto del 29 de julio de 1999, a través del cual traba el conflicto negativo de competencia, lo fundamenta en la transcripción del "inciso 1° del artículo 37 de la Ley 504 de 1999", en el que se adscribió de manera expresa la competencia del conocimiento de los procesos en trámite en el Tribunal Nacional, existentes al momento de la vigencia de la ley (25 de junio de 1999) y hasta el 1 de julio de 1999 a la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C.

Explica que tanto ese artículo como el 38 transitorio, que se ocupó de los asuntos que se encontraran en trámite ante la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional en segunda instancia, ordenando su inmediato traslado a la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, hacen referencia a toda actuación en dicho estadio procesal hasta el 1° de julio de 1999.

Destaca que en dicha normatividad se hace expresa referencia a la segunda instancia, por lo que entiende que la determinación del legislador fue la de que la segunda instancia de los procesos tramitados en la justicia regional y que se encontraran al 1° de julio de 1999 a disposición o despacho del Tribunal Nacional o Unidad de Fiscalía Delegada ante el mismo, continuaran su trámite en el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá - Sala Especial de Descongestión y Unidad de Fiscalía Delegada ante él.

2.2. Para reforzar esas conclusiones, compara la situación que se plantea a partir del artículo 39 transitorio de la Ley 504 de 1999, en cuanto para la primera instancia y otros estadios procedimentales determinó el cambio automático de competencia. En similar forma obró el Legislador respecto de la situación de las actuaciones de primera instancia de las que venía conociendo la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional. No hubo en tales casos restricciones, ni límites temporales -como el del 1° de julio de 1999-.

Encuentra que esa interpretación es la única que explica por qué expidiéndose la Ley 504 el 25 de junio de 1999 se creó expresamente un límite temporal de competencia para al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C. - Sala Especial de Descongestión hasta el 1° de julio de 1999. Porque la voluntad del legislador fue la de mantener en la Sala Especial de Descongestión la competencia respecto de los procesos que venía conociendo en segunda instancia el Tribunal Nacional. Estima plausible tal propósito en cuanto evita traumatismos mayores en procesos prácticamente terminados, pendientes de una última tramitación, donde el traslado de los expedientes a los diferentes Distritos Judiciales crearía una dilación injustificada de términos, al igual que los riesgos pertinentes, teniendo en cuenta la calidad de los asuntos.

En contrario, sería absurdo estimar que lo pretendido por el Legislador fuera asignar a la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., competencia para los seis días que van del 25 de junio (fecha de expedición de la Ley 504 de 1999) al 1º de julio del mismo año. Reitera la transcripción del artículo 37 para concluir que allí no hay excepciones y hace referencia a una competencia existente hasta el 1º de julio de 1999 que no cambia y por el contrario queda retenida hasta el 1º de julio de 1999 en quien reemplaza al Tribunal Nacional.

Para determinar que esa fue la intención del Legislador y no otra, trae a colación el artículo 39 transitorio del que destaca que solo hace referencia a

los Jueces Penales del Circuito, no a la segunda instancia, pues ella estaba asignada al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá - Sala Especial de Descongestión.

Finaliza indicando que como el proceso seguido contra Orlando Murillo Aguado "se encontraba en el trámite del recurso de apelación de la sentencia condenatoria para el lapso que va del 25 de junio al 1° de julio de 1999 en el Tribunal Nacional, la competencia es de la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia de la Sala de Casación Penal para dirimir el presente conflicto de competencia se deriva de lo normado en el artículo 68.5 del Código de Procedimiento Penal, pues los Funcionarios Judiciales colisionados son Tribunales de distintos Distritos Judiciales.

2. Los Tribunales trabados en el conflicto, discrepan del conocimiento de los hechos referidos a que Orlando Murillo Aguado llevaba consigo marihuana que arrojó un peso neto de 13.111.2 gramos (13 kilos, 111 gramos, 2 centigramos), conducta calificada como infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997.

3. El artículo 5° de la Ley 504 del 25 de junio de 1999[6], (vigente a partir del 1 de julio. Artículo 53) modificatorio del 71 del Código de Procedimiento Penal, señala que los Jueces Penales del Circuito Especializados conocen, en primera instancia de "[...] 9. De los delitos señalados en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, cuando la droga o sustancia exceda de mil (1000) kilos si se trata de marihuana [...]"

No hay entonces ninguna duda sobre que la competencia para conocer del delito atribuido a Murillo Aguado es, a partir del 1 de julio de 1999, en primera instancia de los Jueces Penales del Circuito, pues por competencia residual a ellos les corresponde el conocimiento "de los delitos cuyo juzgamiento no esté atribuido a otra autoridad".

4. Consecuencialmente y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4° de la misma Ley, modificatorio de los numerales 1° y 2° del artículo 70 del Código de Procedimiento Penal, la segunda instancia de los recursos de apelación y de hecho que se presenten en ese proceso, a partir del 1 de julio de 1999, son de competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Hasta aquí no hay ninguna discrepancia entre los Tribunales enfrentados.

5. La diferencia surge de las distintas lecturas que una y otra autoridad judicial hacen del texto del artículo 37 transitorio de la Ley 504 del 25 de junio de 1999, pues para el 1 de julio de 1999 el entonces Tribunal Nacional estaba conociendo del recurso de apelación que se había interpuesto por

[6] .-Diario Oficial No. 43.618 del 29 de junio de 1999

parte del procesado Murillo Aguado en contra de la sentencia dictada por un Juez Regional.

6. Ha dispuesto la Sala en decisión unánime del pasado 30 de noviembre de 1999[6], que la lectura del artículo 37 transitorio de la Ley 504 de 1999 debe ser integral, esto es sin prescindir en su texto de la expresa referencia que allí se hace al artículo 5° de la misma Ley.

De la parte final de los artículos 37 y 39 transitorios de la Ley 504 de 1999, se deducen como requisitos necesarios para la competencia de la Sala Especial de Descongestión del Tribunal de Santa Fe de Bogotá, la conjunción de los factores objetivo y temporal. Esto es, que tal Sala Especial conoce de todos los asuntos que hubieran llegado físicamente al entonces Tribunal Nacional hasta el 1 de julio inclusive, siempre y cuando el objeto procesal sea un delito de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados.

Surge entonces errada la posición de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, en cuanto supone su propia incompetencia para conocer del presente asunto, con fundamento exclusivo en la fecha de arribo del proceso al entonces Tribunal Nacional, pues ese es solo un factor (temporal) de competencia. Pasa por alto que la misma Ley 504 de 1999 varió el otro factor (objetivo) para conocer del delito de narcotráfico en tratándose de marihuana. En este caso, como la cantidad que Murillo Aguado llevaba consigo no era mayor de mil kilos de esa sustancia, la competencia actual es del Juzgado Penal del Circuito, por tanto la segunda instancia le corresponde conocerla a la Sala Penal de ese Tribunal Superior de Distrito Judicial.

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

RESUELVE:

DIRIMIR la presente colisión negativa de competencia DECLARANDO que el conocimiento de este asunto le corresponde a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

DISPONER que por Secretaría se remita el proceso directamente al Tribunal competente y se comunique esta decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C.

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.

---

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de colisión de competencia del 30 de noviembre de 1999, procesada Elizabeth Higuita Pinzón. Magistrado Ponente: Carlos Augusto Gálvez Argote.

DOCUMENTO PUBLICO-Alcance probatorio/ **FALSEDAD PARA OBTENER PRUEBA DE HECHO VERDADERO**-Alcance de la expresión "medio de prueba de hecho verdadero"/ **DOSIFICACION PUNITIVA**-Circunstancias de agravación y conceptos del artículo 61 del C.P./ **DOSIFICACION PUNITIVA**-Marco punitivo

1.El alcance probatorio de los documentos públicos, según el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, no se limita a hacer fe de algunos hechos declarados en ellos, sino que comprende el otorgamiento, la fecha y todas las declaraciones que allí haga el funcionario que los autoriza. No es jurídicamente preciso, entonces, decir que son irrelevantes la falsificación de la firma y la distorsión de la identidad del despacho certificante.

2. El tipo penal del artículo 228 del Código Penal contiene un elemento subjetivo especial positivo. Consiste la conducta delictiva en realizar una cualquiera de las especies falsarias descritas en normas que la preceden en el capítulo tercero, pero con el exclusivo "fin de obtener para sí o para otro, medio de prueba de hecho verdadero".

¿Cuál es el alcance de la expresión "medio de prueba de hecho verdadero? Los medios de prueba, se repite, son las formas que contienen declaraciones de hechos, uno de las cuales, según la relación del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, es el documento, al lado de otros como la inspección, el dictamen pericial, el testimonio y la confesión. En este caso, se trataría de obtener un documento falso, como medio de convicción para demostrar un "hecho verdadero".

Obviamente, como la figura delictiva analizada no deja de ser otra modalidad de la multifacética falsedad documental, la acción deformadora debe consistir en crear íntegralmente un "documento público que pueda servir de prueba" de un "hecho verdadero", conforme con los artículos 218 y 228 del Código Penal, razón por la cual interesa no sólo la información concreta que registra el documento como tal, sino también la destinación probatoria del mismo. En efecto, la expresión "que pueda servir de prueba", indica tanto la potencialidad del documento para generar, modificar o extinguir relaciones jurídicas, frente a la confianza

que engendra en la sociedad la apariencia de verdad de los signos escritos, como también la vocación del mismo como medio probatorio para poder producir el efecto buscado.

En otras palabras, la conjunción de las expresiones "que pueda servir de prueba" y "hecho verdadero", que se provoca por la armonización de los textos de los artículos 218 y 228 del Código Penal, significa la aptitud probatoria del documento para establecer una relación jurídica a la cual se tiene derecho, porque en la falsedad atenuada la prueba de la existencia de un hecho necesariamente debe tender a la de un derecho propio o de un tercero que se reclama legítimamente, pues, si no existe tal tendencia sino otra contraria, se configuraría la falsedad pública prevista en la primera norma, porque allí el autor proyecta un daño contra derecho a otro interés sustancial que está más allá de la fe pública afectada con el solo falseamiento de la forma. La figura analizada, en resumen, consiste en lograr un fin lícito (la verdad) por un medio ilícito (la falsificación).

3. En el ámbito situacional del tipo previsto en el artículo 228, se exige la realización de un documento falso y, aunque basta hacerlo con el fin de establecer un hecho verdadero, se actúa en protección de un derecho y no para ofender otros intereses jurídicos. De modo que, si el sujeto activo en este caso, además de que no tenía ningún propósito positivo, proyectaba y concretó el fin de negar otros bienes jurídicamente protegidos, necesariamente tenía que responder en integridad por la falsedad pública en concurso con el delito contra el patrimonio económico (estafa).

4. Las circunstancias de agravación, bien las específicas ora las genéricas, lógicamente forman parte del concepto de "gravedad y modalidades del hecho punible"; pero, desde luego, existencialmente pueden presentarse otras manifestaciones comportamentales que aumenten la intensidad del injusto, sin que el legislador las haya contemplado expresamente como agravantes, y en tal medida se justifica la distinción que hace el precepto examinado. Es que gravedad y personalidad se refieren globalmente al injusto y al sujeto responsable del mismo, pero sólo incidirá en la dosificación en lo relacionado con aquellos comportamientos que no quedan específicamente comprendidos por una atenuante o agravante.

Sin embargo, es preciso analizar primero, por respeto al principio de legalidad, si concurren circunstancias específicas y/o genéricas de agravación dispuestas como tales en la ley, y sólo después otras supuestas manifestaciones existenciales de conducta que puedan encuadrarse en la fórmula más abierta de "la gravedad y modalidades del hecho punible" o "personalidad del agente", pues bien puede ocurrir que las últimas quepan perfectamente en la base fáctica de las primeras. En este orden, el juzgador puede precaver la doble valoración de circunstancias o comportamientos, con consecuencias punitivas

apreciables, como expresión sustancial de la garantía que consagra el principio universal del non bis in idem.

5. Cuando el legislador quiere afectar el marco punitivo expresado en mínimos y máximos, correspondientes a las regulaciones básicas o especiales del delito, expresamente lo dice por medio de oraciones tales como "hasta en la mitad", "en una tercera parte", "de la mitad a las tres cuartas partes", etc. En todo caso, cualquiera fuere el giro gramatical usado, lo constante es que en las normas complementarias identificadas por las citadas expresiones, se prevé una disminución o un aumento proporcional de la pena, afectando el mínimo y el máximo, así el punto de partida corresponda a un (1) día porque el precepto sólo diga que se aumentará o se disminuirá la "hasta en la mitad".

En vista de que las circunstancias específicas son elementos que ayudan a precisar el injusto o a graduar la responsabilidad del sujeto, de ellas también pueden pregonarse los mismos criterios de dosificación plasmados en el artículo 61 del Código Penal, pues una agravante, verbigracia, igualmente exige la ponderación de su intensidad o del grado de culpabilidad, pues no son rígidas en su realización y tampoco pueden valorarse por pura responsabilidad objetiva. Por esta razón, al igual que en las regulaciones básicas o especiales del delito, al aplicar las circunstancias específicas se modifican los límites mínimo y máximo, creando un nuevo marco punitivo dentro del cual el juez ejercerá su discrecionalidad con arreglo a las pautas del artículo 61 del Código Penal, pues, de otro modo, no podría elucidarse cuáles serían los parámetros explícitos para aumentar motivadamente sólo la tercera parte o la mitad, incrementar sólo un día o la mitad, disminuir únicamente un día o las tres cuartas partes, o fijar la pena en un punto intermedio de esos extremos.

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

Magistrado Ponente Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta N° 194 Proceso N° 15458

VISTOS

En virtud del recurso de apelación introducido por el defensor del procesado Luis Carlos Montoya González, examina la Corte la sentencia de primer grado dictada por el Tribunal Superior de Cundinamarca, fechada el 10 de diciembre de 1998, por medio de la cual aquel fue condenado a la pena principal de sesenta y ocho (68) meses de prisión, como autor del delito de *falsedad material de servidor oficial en documento público, agravada por el uso*, en concurso homogéneo y sucesivo. El fallo revisado también definió la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por tiempo igual al determinado como privación de la libertad; se abstuvo de imponerle

obligación resarcitoria; decretó el desembargo del vehículo marca Chevrolet Swift, modelo 95, de placas BDJ-930 de propiedad del acusado y le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

HECHOS

Para el año de 1996, el abogado Luis Carlos Montoya González oficiaba de Fiscal 05 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la población de Zipaquirá (Cundinamarca), cargo en el cual le correspondió conocer, entre otros, de tres (3) expedientes relacionados con diligencias de investigación previa adelantadas por razón de la muerte en actividad de tránsito automotor de los ciudadanos Fredy Reinaldo de La-Rotta Rachen, Raúl Hernando Villalobos Gil y Javier Orlando Obando Pinto, ocasionados con vehículos que no habían sido identificados, conocimiento que entonces le sirvió para planear y ejecutar, junto con los individuos "*Jaime Vega*" y "*Pedro García*", la manera de apoderarse de dineros del Estado asignados para indemnizar a las víctimas o perjudicados en accidentes de tráfico vehicular para casos de automotores causantes no individualizados o que no posean seguro obligatorio, o cuando la póliza se halle vencida o sea falsa, valores dispuestos por el Ministerio de Salud, a través de su cuenta denominada Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Fosyga, y concretamente por medio de la subcuenta de Seguros de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito, conforme con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993.

En vista de que los recursos monetarios eran manejados por encargo fiduciario, los interesados para la época debían tramitar la indemnización por medio del Consorcio Fosyga, con sede en esta capital, razón por la cual, el 5 de noviembre de la anualidad antes citada, el entonces fiscal *Montoya González*, tras invocar una calidad supuesta de abogado litigante, compareció ante la entidad fiduciaria y radicó las reclamaciones 77504, 77556 y 77559, por valor individual de $2.500.000.oo, y en representación de las ciudadanas María Rita Rachen de La-Rotta, Rosa Yaneth Ramírez Algarra y María Inés Pinto de Obando, respectivamente, quienes aparecían como perjudicadas en las mencionadas diligencias de investigación previa a cargo del funcionario, pero que no le habían entregado ningún mandato al gestor para esos fines. Con el propósito de facilitar la gestión, el servidor falsificó tanto los poderes como las certificaciones sobre la existencia de las referidas averiguaciones en la Unidad Seccional de Fiscalía de Zipaquirá, aunque en este último caso, lo hizo en nombre de funcionarios y despachos de Fiscalía distintos del suyo.

Como consecuencia de la fraudulenta operación, el falso mandatario alcanzó a percibir un cheque por valor de $ 2.378.670.oo, correspondiente a la reclamación número 77556, girado a nombre de la afectada *Rosa Yaneth Ramírez Algarra*, título para cuyo cobro en el Banco Ganadero se impuso la huella digital de otra dama que aquel presentó como si fuera la beneficiaria. En relación con las reclamaciones números 77504 y 77559, se alcanzaron a

expedir las órdenes de pago por el Consorcio Fiduciario Fosyga, por suma igual a la antes indicada, pero posteriormente fueron canceladas por falta de cobro oportuno del interesado, pues éste se alejó al sentir la investigación que hacía la Oficina de Seguridad de la institución bancaria por la primera defraudación, y además porque el encargo debía pasar al Consorcio Fidusalud.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En razón de las averiguaciones que hizo el jefe de seguridad del Banco Ganadero de esta ciudad, ante la fiscal jefe de unidad de fiscalía de Zipaquirá, la funcionaria encomendó la investigación de los hechos al fiscal 01 de esa sección, quien, a petición del mismo imputado *Luis Carlos Montoya González*, le recibió indagatoria el 11 de junio de 1997 (cuaderno N° 1, fs. 1, 10 y 27).

Enterado de que los hechos investigados tenían relación con las funciones desempeñadas por el ex fiscal sindicado, el instructor inicial envió las diligencias a la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca (fs. 123 y 124), despacho que resolvió la situación jurídica del inculpado en la resolución del 7 de julio de 1997, por medio de la cual ordenó la medida de aseguramiento de detención preventiva (ahí mismo mutada por detención domiciliaria), sin derecho a excarcelación, como autor de los delitos de estafa agravada y falsedad en documento privado (C. Penal, arts. 356, 372-2 y 221), y como determinador de los hechos punibles de falsedad material de servidor oficial en documento público y falsedad material de particular en documento público, agravadas por el uso (arts. 218, 220 y 222, inciso 2° *idem*). En la misma decisión, se ordenó el embargo y secuestro de un vehículo tipo automóvil de propiedad del procesado (fs. 150).

Después de ampliar la indagatoria en dos oportunidades, la unidad instructora, según resolución del 30 de septiembre del mismo año, redefinió la imputación hecha en la situación jurídica, con el fin de advertir que se trataba del delito de peculado por apropiación extensivo, en lugar de la estafa (C. P., arts. 133 y 138), en concurso con los injustos de falsedad material de servidor público en documento público y falsedad en documento privado. Se incrementaron los cargos con el hecho punible de utilización indebida de información privilegiada (art. 148A *idem*), pero a la vez se excluyó la atribución del ilícito de falsedad material de particular en documento público, referido a la presunta creación de una cédula de ciudadanía correspondiente a la beneficiaria *Rosa Janeth Ramírez Algarra* (fs. 241, 552, 558 y 588).

En resolución del 23 de octubre de 1997, la instructora negó la solicitud de audiencia especial propuesta por el sindicado y en la misma fecha, aunque por decisión separada, declaró cerrada la investigación (fs. 622 y 627). El 31 de octubre del mismo año, se revocó la detención domiciliaria y el sindicado fue capturado el 4 de noviembre siguiente, y desde entonces ha estado recluido en las casas fiscales de la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad (fs. 638 y 648).

La calificación del mérito sumarial se produjo en la resolución fechada el 24 de diciembre de 1997, por medio de la cual se acusó al procesado por los delitos de *utilización indebida de información privilegiada, falsedad de servidor oficial en documento público, agravado por el uso, falsedad en documento privado y estafa agravada, en el grado de tentativa*, en concurso heterogéneo y homogéneo a la vez. Igualmente, se precluye la investigación por el injusto de *estafa consumada* en lo que se refiere a la reclamación número 77556, por indemnización integral de perjuicios, y por el delito de *falsedad material de particular en documento público*, en razón de la inexistencia del mismo (cuaderno original N° 3, fs. 45).

Esta decisión fue revisada en segunda instancia por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte, según resolución fechada el 9 de febrero de 1998, por medio de la cual revoca la resolución en lo atinente al concurso material de hechos punibles de *utilización indebida de información privilegiada* y, consecuentemente, precluye la investigación por tales infracciones. En lo demás, confirma la providencia de primer grado (cuaderno 3° de segunda instancia Fiscalía, fs. 9).

Asumido el conocimiento para el juicio por el Tribunal Superior de Cundinamarca, la correspondiente Sala negó la nulidad pretendida por el defensor del procesado, según auto del 8 de junio de 1998. Aspiraba el defensor a la invalidez de la actuación procesal en virtud de dos irregularidades sustanciales, que supuestamente afectaban el debido proceso, la primera porque la Fiscalía negó la audiencia especial o por la obstaculización de la sentencia anticipada, y la segunda, por errónea calificación de algunas conductas delictivas en la resolución acusatoria, dado que no se trataba de *falsedad material de servidor oficial en documento público* sino de *falsedad para obtener prueba de hecho verdadero* (cuaderno Tribunal, fs. 2 y 54).

De acuerdo con providencia del 2 de julio de 1998, el Tribunal decretó la cesación de procedimiento por indemnización integral, en relación con las dos imputaciones por el delito de estafa agravada, en la modalidad de tentativa, que tienen que ver con las reclamaciones números 77504 y 77559 (fs. 112).

El 3 de julio del mismo año, se fijó fecha para celebrar la audiencia pública, pero el defensor interpuso el recurso de reposición en contra del respectivo auto, fundado en que, antes de la ejecutoria de dicha decisión, solicitaba la realización de sentencia anticipada en relación con los cargos por los delitos de *falsedad en documento privado*, petición especial que después ratificó el procesado (fs. 124, 138 y 143).

La diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, exclusivamente por el concurso de hechos punibles de *falsedad en documento privado*, se llevó a cabo el 10 de agosto de 1998, acto en el cual el procesado aceptó la imputación (fs. 169).

Por medio de auto del 12 de agosto siguiente, el Tribunal decretó el rompimiento de la unidad de proceso, razón por la cual esta actuación quedó circunscrita a los delitos de *falsedad material de servidor oficial en documento público* y, a partir del 28 de septiembre de 1998, se llevó a cabo la audiencia pública, cuyo colofón fue el fallo apelado que se reseñó en la introducción (fs. 175, 193, 244 y 284).

Se advierte que, a pesar de las posibilidades fácticas, en este proceso no se debatió la concurrencia real o aparente de un delito de *asesoramiento ilegal* (art. 157 C. P.).

Contenido pertinente de la acusación

En razón de las vicisitudes procesales antes descritas, esta causa quedó circunscrita a un concurso de delitos de *falsedad material de servidor oficial en documento público*, agravados por el uso, infracciones sobre las cuales se reflexionó en la resolución de acusación del siguiente modo:

En la decisión acusatoria de primera instancia, la fiscal delegada ante el Tribunal dijo que, en relación con las reclamaciones números 77504, 77556 y 77559, se estableció documentalmente, también por aceptación del procesado, que éste utilizó indebidamente la información extraída de las tres (3) investigaciones a su cargo y certificó falsamente sobre ellas, dado que en la primera y la tercera lo hacía en nombre de despachos diferentes del suyo (fiscales 06 y 08) y, para asegurar el resultado ilícito, omitía el nombre del funcionario en la parte del otorgamiento. En la segunda reclamación, el acusado certificó, como era veraz, la existencia de las diligencias por homicidio en tránsito, el lugar y la fecha de los hechos ocurridos y el nombre del occiso, pero también, falsamente, se hizo aparecer que lo hacía a petición de los interesados y con destino único y exclusivo a la Compañía de Seguros, al igual que inventó el nombre y la firma de "*Héctor González Trujillo*", como fiscal certificante, pues, así lo admite el propio sindicado, no podía figurar él como funcionario si se presentaba como abogado de la petición.

El defensor interpuso el recurso de apelación en contra de la resolución acusatoria y, entre otros aspectos, adujo que era equivocada la calificación jurídica de los hechos relacionados con las certificaciones de la Fiscalía, pues, si bien su defendido falsificó los respectivos documentos, lo atestado en ellos era verídico y, por lo tanto, la adecuación típica no correspondía al artículo 218 del Código Penal, sino a la modalidad denominada "*falsedad para obtener prueba de hecho verdadero*", conforme con el artículo 228 del mismo estatuto. De cara a esta propuesta, el fiscal delegado ante la Corte, en la decisión emitida a la vista de la impugnación, precisó que le asistía parcialmente razón al impugnante en cuanto a "la calificación jurídica dada a la creación de los certificados falsos y su utilización para reclamar la indemnización", pues, por lo demostrado, la información registrada en los documentos era obtenida de los procesos a cargo del fiscal *Montoya González* y no existía prueba en contrario de que ella no correspondiera a la realidad.

Sin embargo, agrega el funcionario de segunda instancia, el juicio del apelante es incompleto, porque, al final de los respectivos documentos, también se hizo constar que los mismos habían sido expedidos "a solicitud de los interesados", expresión que no corresponde a la verdad, dado que las peticiones en ese sentido nunca se hicieron, mucho menos por los familiares de las víctimas.

Recuerda el calificador que legalmente los servidores judiciales sólo pueden expedir certificaciones sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones, y que además los documentos públicos "hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de *las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autorizu*", razón por la cual se configura en este caso el delito de falsedad material de servidor oficial en documento público, agravado por el uso (C. P. C., arts. 116, 262 y 264 y C. P. P., arts. 218 y 222 inciso 2°).

Argumenta que no es de poca monta el agregado mentiroso de que los escritos habían sido expedidos a solicitud de los interesados, dado que dicha expresión es la respuesta al ejercicio del derecho fundamental de petición (artículo 23 Constitución Política).

La Sentencia Impugnada

El Tribunal aduce que los documentos tachados de falsos tenían el carácter de públicos, porque fueron expedidos por funcionario judicial en ejercicio de su poder certificador, y que los mismos daban fe de tres cuestiones básicas:

1. Que en la Unidad de Fiscalía ante los Juzgados del Circuito de Zipaquirá, en un caso, o en los despachos de los fiscales 06 y 08 de la misma sección, en los otros dos, cursaban investigaciones previas por homicidio culposo en tránsito, en averiguación de responsables, cuyas víctimas fueron *Raúl Hernando Villalobos Gil, Fredy Reinaldo La-Rotta Ruchen y Javier Orlando Obando Pinto*. Se indican en los escritos, además, las circunstancias de lugar y tiempo de los hechos.

2. Que tales documentos se expedían con destino á la compañía de seguros, y a petición de los interesados.

3. Y que las anteriores declaraciones habían sido otorgadas por el funcionario judicial a cuyo cargo estaban las diligencias, y además que las firmas estampadas en los documentos correspondían a aquellos.

Era claro para el Tribunal que cada una de las certificaciones glosadas no sólo documentaban la existencia de los procesos, sino también el despacho fiscal en el cual se adelantaban, el destino de los documentos, la indicación de los solicitantes y el funcionario que los expedía, todo lo cual constituía su esencia probatoria. Se trataba de papeles con un contenido declarativo, idóneos para fundar un hecho jurídicamente relevante, cuya creación integral fue el producto de una falsificación.

De modo que las mencionadas certificaciones eran apócrifas en su integridad, dado que en los despachos fiscales indicados no cursaban las investigaciones penales sobre las cuales se daba fe; tampoco lo certificado era consecuencia de peticiones particulares para adjuntar a la reclamación de indemnizaciones y las firmas de los supuestos fiscales era imaginarias.

Precisa el *a quo* que no puede fragmentarse el contenido del documento, "... como lo pretende la defensa para en últimas sostener que la esencia de la certificación era cierta. No puede llegarse hasta el absurdo de pretender restar virtualidad a la falsificación de la totalidad de un documento con el propósito de incrementar fraudulentamente el patrimonio económico de los falsarios, por el hecho de que algunos de sus apartes fuera de contexto resulten verdaderos. Sí, en realidad, las investigaciones penales se adelantaron pero en un despacho fiscal diferente del que se certificaba, justamente, en el que era titular el aquí procesado, mas no puede desconocerse que para la fiduciaria no era valedera la información si era producto de una creación falsa, si el futuro beneficiario de la indemnización no la estaba reclamando, si el funcionario que ostentaba la competencia para documentar no lo había hecho, en fin, el consorcio no aceptaría cancelar las indemnizaciones, si conocía que algunos de los papales presentados con la petición eran apócrifos y el comportamiento de los solicitantes buscaba estafar a los depositarios de los dineros. La calidad de víctima que exigía la fiduciaria fuera acreditada, comportaba inescindiblemente, que aquella de verdad fuera la reclamante, ya por sí misma o por interpuesta persona" (fs. 308 y 309).

Estima el Tribunal que de la manera indicada se rechaza la afirmación de que todo el aspecto material de los documentos era cierto, igualmente que en el caso pudiera configurarse el tipo aminorado de la *falsedad para obtener prueba de hecho verdadero*, pues la denominada *falsedad veraz* "comporta la adulteración de documentos con un contenido veraz pero vulnerando la exclusividad que la ley les confiere a determinadas personas para documentar. Pero aquí ni el texto ni la firma de las certificaciones eran verdaderas" (fs. 309).

Afirma el juzgador de instancia que el procesado *Montoya González* aceptó la responsabilidad de los hechos punibles atribuidos, bien porque admite haber entregado los formatos a otros partícipes para que ellos los llenaran y les colocaran los sellos apócrifos correspondientes, ora en razón de que también remisamente reconoció que había confeccionado el documento relacionado con el occiso *Raúl Hernando Villalobos Gil*, aunque matizado en el sentido de que los sellos y las firmas fueron impuestas por los demás intervinientes.

Declarada la responsabilidad penal del acusado, el Tribunal determinó que por las circunstancias del hecho, la gravedad del delito cometido por un empleado oficial en documento público y la personalidad del procesado, la pena deducible, conforme con los artículos 218 y 222 inciso 2° del Código Penal, no podía partir de tres (3) años y un (1) día de prisión, sino de cuaren-

ta y ocho (48) meses, que a la vez se incrementarían en doce (12) meses por la concurrencia de tres (3) agravantes previstas en el artículo 66 del Código Penal, consistentes en la preparación ponderada del delito (numeral 4°), el obrar con la complicidad de otros (numeral 7°) y la posición distinguida del procesado (numeral 11). En total, serían sesenta (60) meses de prisión.

Sin embargo, el juzgador de instancia reconoce el mérito de la confesión vertida por el acusado y, en razón de ello, disminuye la sexta parte de los sesenta (60) meses de prisión antes totalizados, que equivalen a diez (10) meses, lo cual arroja un resultado parcial de cincuenta (50) meses de prisión. Esta cantidad, según el *a quo*, también debía intensificarse en dieciocho (18) meses, por cuanto se trata de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos, para un total final de sesenta y ocho (68) meses de prisión.

Las demás disposiciones del fallo ya fueron reseñadas en la introducción.

El Recurso

El memorial de apelación se limita a dos aspectos fundamentales: el primero, se refiere a la insistencia de que el tipo penal violado fue el previsto en el artículo 228 del Código Penal, en lugar del artículo 218 del mismo ordenamiento; y el segundo, atañe a una revisión de la cantidad de pena impuesta.

1. Sobre el primer tema dice:

No se discute la falsificación de cada uno de los documentos, porque uno de los requisitos para poder aplicar el artículo 228 del Código Penal, es precisamente que exista una cualquiera de las falsificaciones previstas en la gama comportamental del capítulo tercero, título VI del estatuto punitivo. En efecto, el documento fue falseado en cuanto al nombre del funcionario, su firma y la identidad numérica del Delegado al interior de la Unidad de Fiscalía de Zipaquirá, pero siempre con el único fin de crear un documento que sirviera como medio de prueba para poder tramitar la reclamación ante el consorcio Fosyga.

Admite que el documento no podía fraccionarse, pero ello fortalece su posición, en lugar de debilitarla, dado que así aquel se considera un fin en sí mismo, pues no hay duda de que con él se pretendía probar un solo hecho verdadero, consistente en demostrar la existencia de un proceso penal en preliminares, correspondiente a un siniestro que permitía la reclamación.

El fallo cuestionado sostiene que la falsedad se elaboró con el ánimo de defraudar y el de probar un hecho verdadero, pero tal observación le agrega a la descripción punible del artículo 228 un ingrediente "normativo o subjetivo" que el legislador jamás contempló (el fin), porque basta que el documento pruebe un hecho verdadero, pues en tal caso el bien jurídico no resulta lesionado en la misma proporción o gravedad que cuando se prueban he-

chos o circunstancias falsas. Además, el afán de considerar el daño al interés jurídico por la finalidad defraudadora con que se utilizaron los documentos, no tiene justificación alguna, pues para ello el sujeto activo incurrió en el delito adicional de estafa, imputación a través de la cual se sancionaba el uso mismo del documento.

Cuando el tipo penal propuesto se refiere a la "falsedad para obtener prueba de hecho verdadero", el legislador le da plena autonomía, pues la redacción no corresponde a los mecanismos que el mismo utiliza en otras normas para prever tipos subsidiarios o para disponer fórmulas de unidad punitiva. Simplemente, la ley estipula que la comisión de algunas de las falsedades señaladas en el capítulo tercero, se sanciona más benignamente cuando se observe con "plena transparencia" que se desplegaron para probar hechos verdaderos, tal como lo ha admitido la Corte en la sentencia del 2 de septiembre de 1992, cuya ponencia correspondió al ex magistrado *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Argumenta cómo está plenamente demostrado que los hechos que se pretendían probar son "enteramente ciertos", pues los accidentes certificados ocurrieron en la forma, lugar y fecha consignados en el escrito, todo destinado a satisfacer la exigencia del artículo 1077 del Código de Comercio, precepto según el cual el reclamante debe probar el siniestro y tal fue el uso que se le dio al documento. De modo que, a tono con lo dicho, para la Compañía de Seguros eran irrelevantes las falsificaciones atinentes a la firma del fiscal y el número del despacho, pues su interés radicaba en la prueba del siniestro o accidente, razón por la cual debe concluirse que la adecuación típica corresponde al delito de falsedad para probar hecho verdadero.

El impugnante recaba en que era irrelevante para la aseguradora el fingimiento en la identificación del despacho y la firma del funcionario correspondiente, pues ello quedaba obviado con el encabezamiento de la certificación (Unidad de Fiscalía de Zipaquirá) y el número de radicación de los asuntos, datos que permitieron la ubicación exacta de los procesos.

Advierte que tampoco es importante el falso agregado final sobre el origen de las certificaciones, según el cual ellas se hacían a petición de los interesados, pues el documento habría prestado el mismo valor probatorio, aun si se prescinde de aquel, máxime que la aseguradora exige prueba independiente del parentesco o titularidad del derecho al cobro del seguro, por medio de documentos idóneos como el registro civil de nacimiento, la partida eclesiástica de bautismo, el registro civil de matrimonio o la declaración extrajuicio sobre la unión marital de hecho.

En conclusión, las certificaciones falsas sirvieron para demostrar como prueba única e idónea la ocurrencia del siniestro (hecho verdadero), porque las mismas tenían como destino la Compañía de Seguros; ésta las aceptó y en las reclamaciones obran pruebas independientes y aptas sobre el parentesco.

2. En relación con la medición de la pena, como segundo tema, el apelante discurre:

La sentencia valora doblemente las agravantes, pues primero las estima para establecer la base mínima de la pena, y posteriormente hace un incremento adicional por razón de las mismas.

En efecto, elementos como la personalidad del procesado, el hecho y su gravedad, lo mismo que las modalidades de la ejecución del mismo, le sirvieron al juzgador para elevar el mínimo de pena. Hasta aquí, entiende el recurrente que tales consideraciones comprendían las circunstancias genéricas de agravación; sin embargo de lo cual, después se aumentó nuevamente la sanción por la concurrencia de las agravantes previstas en los numerales 4, 7 y 11 del artículo 66 del Código Penal.

Por otra parte, el fallo tuvo en cuenta factores de agravación de la pena, pero menospreció los que podían atenuarla, tales como la buena conducta anterior del procesado; la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución del hecho; procurar voluntariamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias; resarcir espontáneamente el daño, aunque sea en forma parcial; y presentarse voluntariamente a la autoridad (C. P., artículo 64, numerales 1, 4, 6, 7 y 8).

No hay duda de que el procesado ha evidenciado arrepentimiento, ya que desde su indagatoria hasta el momento de la audiencia de juzgamiento, reconoció su falta y el deseo de resocialización; además, indemnizó los perjuicios y obtuvo la preclusión y cesación de procedimiento.

Por otro lado, el procesado también libremente solicitó su propia indagatoria y desde entonces confesó el delito, igualmente aspiró a la sentencia anticipada, pero, en razón de errores cometidos por la Fiscalía en la calificación jurídica provisional de los hechos, la misma no pudo concretarse.

Si bien existían tres (3) agravantes, las mismas se contrarrestaban con la concurrencia de cinco (5) atenuantes, razón por la cual pide que se retire el aumento que se hizo en relación con las primeras.

El recurrente también señala como error en la dosificación, el hecho de que la rebaja de pena por confesión se haya realizado antes del incremento de los dieciocho (18) meses por el concurso delictual, pues en tal caso la reducción no afectó a esta última cifra.

Finalmente, el apelante hace reparos sobre el *quantum* de la rebaja de pena por sentencia anticipada, que no debió ser de una octava parte sino de una tercera, lo cual sólo revela el descuido en el traslado de los argumentos del ámbito de la terminación anticipada especial, que se produjo separadamente, a este proceso que, a partir de la ruptura de la unidad, continuó por la senda ordinaria.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Adecuación típica de la conducta.* Desde la fase instructoria del proceso, el defensor ha insistido en que las adulteraciones atinentes a las certificaciones de la Fiscalía no podían calificarse como *falsedad material de servidor oficial en documento público*, sino que las conductas encajaban dentro de los presupuestos típicos de *falsedad para obtener prueba de hecho verdadero*. Sin embargo, tanto la fiscal de primera instancia como el Delegado ante la Corte, adoptaron la resolución acusatoria por la primera hipótesis delictiva y descartaron la segunda.

Inclusive, aun en la etapa de juzgamiento, el defensor reincidió en su postura como motivo de nulidad, pero el Tribunal, por medio de una providencia asaz respetuosa de la estructura procesal penal colombiana y, sobre todo, del principio de imparcialidad, se abstuvo de anticipar criterios sobre el particular, pero le advirtió al peticionario que, en el evento de que su tesis prosperara, la variación de la denominación jurídica del delito se presentaría dentro del mismo capítulo, y el sentenciador bien podría condenar por la segunda hipótesis que resultaba más benigna para el procesado, sin necesidad de invalidar la actuación procesal (Cuaderno Tribunal, fs. 73).

Como se ve, el impugnante no ofrece discrepancias probatorias o en relación con los hechos, sino que discute la relevancia jurídica de los mismos, pues, inclusive, acepta que hubo varias *falsedades de servidor oficial en documento público*, conforme con el artículo 218 del Código Penal, pero que las mismas deben atemperarse al tenor del artículo 228 del mismo estatuto, dado que las mistificaciones se produjeron para lograr prueba de hechos verdaderos. Así entonces, tal aspecto, al igual que el de la dosificación de la pena, será el objeto exclusivo de la revisión de segunda instancia, de conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.

La discordancia radica en que para el Tribunal no puede fragmentarse el contenido de los documentos, pues la esencia probatoria de los mismos se sitúa no sólo en la existencia de los procesos, sino también en la identidad del despacho fiscal que los impulsaba, el destino de las certificaciones, la indicación de los solicitantes y el funcionario que los expedía, todo lo cual examinado en conjunto resulta falso, porque si bien las investigaciones penales existían, se adelantaban en una oficina fiscal diferente de la que certificaba. El *a quo* sostiene entonces que "la falsedad no se confeccionó con el propósito de probar un hecho verdadero, sino de utilizar indebidamente información reservada, revistiéndola ilícitamente de notas de veracidad y autenticidad, con el fin de inducir en error a la fiduciaria y al banco que manejaba los dineros, atentando en esta forma contra el patrimonio económico ajeno" (fs. 309).

El impugnante, en cambio, afirma que el objeto de tales documentos era exclusivamente la certificación de la existencia del "siniestro o accidente", pues la falsificación de las firmas, el número del despacho y el origen de

aquellos eran datos irrelevantes, hasta el punto que la aseguradora los aceptó como medio de prueba.

Pues bien, antes de encarar el estudio dogmático de las hipótesis delictivas puestas en cuestión, deben aclararse dos ingredientes conceptuales que equivocadamente introduce el apelante en la discusión.

Uno, que *el alcance probatorio de los documentos públicos, según el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, no se limita a hacer fe de algunos hechos declarados en ellos, sino que comprende el otorgamiento, la fecha y todas las declaraciones que allí haga el funcionario que los autoriza. No es jurídicamente preciso, entonces, decir que son irrelevantes la falsificación de la firma y la distorsión de la identidad del despacho certificante.*

El otro, que la aceptación de los documentos por la Fiduciaria FOSGA no indica, consecuentemente y en vista de que ella sólo estaba interesada en la acreditación del siniestro, que los demás datos sí eran irrelevantes, porque fue precisamente la capacidad integral de engaño de las certificaciones la que indujo su reconocimiento en la reclamación, unido ello a la presunción de autenticidad que le imprimían los encabezamientos y sellos oficiales utilizados. En realidad, el documento es una forma singular de declaración de ciertos hechos (diferente al testimonio, el dictamen, la confesión, etc.), y lo que se utiliza como prueba es el hecho, pero su exactitud y veracidad dependen también de la forma.

Así entonces, bien podría hasta aquí prohijarse la calificación jurídica que se hizo en la resolución acusatoria y la sentencia de primer grado, en el sentido de que el procesado cometió un concurso de hechos punibles de *falsedad material de servidor oficial en documento público, agravados por el uso*. Sobre la figura delictiva, el artículo 218 del Código Penal, de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, dispone:

"*Falsedad material de servidor público en documento público*. El servidor público que en ejercicio de sus funciones falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años".

En efecto, a cargo del entonces funcionario judicial estaban las tres (3) investigaciones relacionadas con los siniestros sobre las cuales se requería certificación para reclamar la compensación monetaria estatal por daños a personas en el tráfico automotor, razón por la cual también era de su competencia el dar fe sobre los mismos, y al hacerlo podía constituir un documento público que se presumía auténtico (C. P. C., arts. 116, 252 y 262-1). Como acertadamente lo señala el Tribunal, donde el Código de Procedimiento Civil dice "jueces", ha de entenderse hoy, conforme con el principio de integración, que el texto igualmente se refiere a los "fiscales", como otra especie del género "funcionario judicial", efecto de la división funcional que en materia judicial gobierna actualmente el procedimiento penal colombiano (C. P. P., arts. 21 y 572).

De acuerdo con la redacción del tipo penal citado, la falsificación material puede ser total o parcial, pero en este caso el procesado hubo de cometer la correspondiente a la primera modalidad comportamental, ya que se confeccionaron falsamente las declaraciones y también se fingió el despacho y la calidad del otorgante, dado que, como lo admite el mismo procesado, él no podía figurar documentalmente y de manera simultánea en los dos roles incompatibles de servidor público y abogado litigante.

Con todo, el argumento expuesto no es suficiente para colmar la seria inquietud del profesional, pues éste también aduce que, de todas maneras, la falsedad privilegiada o veraz supone la comisión de una cualquiera de las formas de falsificación que le preceden en el capítulo tercero del título VI del Código Penal, sólo que se atenúa la pena por referirse a hechos verdaderos. De este modo, bien puede aceptarse que son falsos todos los datos consignados en el documento, con tal de que sea cierta la certificación del siniestro, pues tal hecho era el único que se pretendía demostrar con ese específico escrito.

SE VERÁ:

El artículo 228 del Código Penal dispone:

"*Falsedad para obtener prueba de hecho verdadero.* El que realice uno de los hechos descritos en este capítulo, con el fin de obtener para sí o para otro, medio de prueba de hecho verdadero, incurrirá en arresto de tres (3) meses a dos (2) años".

De la redacción transcrita, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

1.1 *El tipo penal del artículo 228 del Código Penal contiene un elemento subjetivo especial positivo. Consiste la conducta delictiva en realizar una cualquiera de las especies falsarias descritas en normas que la preceden en el capítulo tercero, pero con el exclusivo "fin de obtener para sí o para otro, medio de prueba de hecho verdadero".*

El elemento subjetivo especial exige que el autor realice la conducta rectora con un propósito o intención determinada o trascendente, que en el caso sería el de obtener para sí o para otro medio de prueba de hecho verdadero, y por ello su positividad radica en que tal ánimo especial en lugar de tratar de ahondar el injusto, por su proyección dañina a otros bienes jurídicos, pretende salvar un derecho propio o de un tercero que está en riesgo por falta de la prueba regular.

1.2 ¿Cuál es el alcance de la expresión "medio de prueba de hecho verdadero?: Los medios de prueba, se repite, son las formas que contienen declaraciones de hechos, uno de los cuales, según la relación del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, es el documento, al lado de otros como la inspección, el dictamen pericial, el testimonio y la confesión. En este caso, se trataría de obtener un documento falso, como medio de convicción para demostrar un "hecho verdadero".

Obviamente, como la figura delictiva analizada no deja de ser otra modalidad de la multifacética falsedad documental, la acción deformadora debe consistir en crear íntegramente un "documento público que pueda servir de prueba" de un "hecho verdadero", conforme con los artículos 218 y 228 del Código Penal, razón por la cual interesa no sólo la información concreta que registra el documento como tal, sino también la destinación probatoria del mismo. En efecto, la expresión "que pueda servir de prueba", indica tanto la potencialidad del documento para generar, modificar o extinguir relaciones jurídicas, frente a la confianza que engendra en la sociedad la apariencia de verdad de los signos escritos, como también la vocación del mismo como medio probatorio para poder producir el efecto buscado.

En otras palabras, la conjunción de las expresiones "que pueda servir de prueba" y "hecho verdadero", que se provoca por la armonización de los textos de los artículos 218 y 228 del Código Penal, significa la aptitud probatoria del documento para establecer una relación jurídica a la cual se tiene derecho, porque en la falsedad atenuada la prueba de la existencia de un hecho necesariamente debe tender a la de un derecho propio o de un tercero que se reclama legítimamente, pues, si no existe tal tendencia sino otra contraria, se configuraría la falsedad pública prevista en la primera norma, porque allí el autor proyecta un daño contra derecho a otro interés sustancial que está más allá de la fe pública afectada con el solo falseamiento de la forma. La figura analizada, en resumen, consiste en lograr un fin lícito (la verdad) por un medio ilícito (la falsificación).

Por ello, el "hecho verdadero" referido en la norma no puede circunscribirse a la mera existencia del siniestro, sino que comprende igualmente la legitimidad de la reclamación y la licitud del fin propuesto, cuando el sujeto se apresta a poner en funcionamiento el documento falsificado como medio de prueba en un determinado contexto administrativo, procesal o particular, como componentes de la relación jurídica prevista. Si lo pretendido con la falsificación era obtener fraudulentamente un dinero ajeno (estafa), el hecho en su conjunto no podía ser verdadero.

En el ámbito situacional del tipo previsto en el artículo 228, se exige la realización de un documento falso y, aunque basta hacerlo con el fin de establecer un hecho verdadero, se actúa en protección de un derecho y no para ofender otros intereses jurídicos. De modo que, si el sujeto activo en este caso, además de que no tenía ningún propósito positivo, proyectaba y concretó el fin de negar otros bienes jurídicamente protegidos, necesariamente tenía que responder en integridad por la falsedad pública en concurso con el delito contra el patrimonio económico (estafa).

Si bien se atempera parcialmente el rigor sancionatorio de la falsificación del medio probatorio, en vista del laudable fin de obtener la verdad, lo cierto es que lo buscado en últimas también era mentiroso y dañoso, pues el cobro de la indemnización no lo intentaban sus verdaderos titulares sino un impostor que pretendía apropiársela.

La norma del artículo 228 del Código Penal fue tomada del artículo 282 del Código Penal Italiano de 1889, que a su vez había recibido la influencia del artículo 249 del Código Penal Toscano. La historia del establecimiento del dispositivo extranjero, se remonta a una Relación Ministerial del año de 1889, a cuyo tenor, en la denominada "falsedad veraz o privilegiada", "el agente no se determina a la creación del documento falso por el propósito de causar daño a otro sino para evitarse uno a sí mismo" (cita de *Luis Enrique Romero Soto*. La Falsedad Documental, pág. 309).

En verdad, la casuística enseña que si un acreedor pierde la letra de cambio que lo acreditaba y, con el fin de cobrar el dinero que aún realmente se le debe, crea un título valor espurio, incurre en la modalidad falsaria que se estudia y no en la del artículo 221 del Código Penal. Igual ocurre en el caso del deudor que confecciona un recibo falso a nombre del acreedor, después de que se le extravía el documento que daba fe de un pago verdaderamente hecho.

Estos ejemplos ilustran sobre cómo, si se aspira a la aplicación del instituto más benigno de la falsedad documental, en la verdad del hecho demostrado, por el falso medio de prueba, ha de estar involucrada la del derecho perseguido, porque el medio probatorio por naturaleza no es un fin en sí mismo en relación con el hecho que declara, sino que apunta a la construcción o extinción de una relación jurídica, a la cual debe tenerse derecho en este caso, pues sólo la licitud del objetivo final es la que justifica la dirección político-criminal del legislador de mutar una pena que inicialmente sería de tres (3) a diez (10) años de prisión (en el caso del artículo 218), por otra de arresto entre tres (3) meses y dos (2) años.

En esta especie delictiva, el sujeto activo trata de proteger un derecho propio o ajeno, efecto para el cual finge un medio de prueba, y de ahí que el desvalor de injusto pervive porque el individuo constituye el medio probatorio por una vía fraudulenta, contraria a los métodos y caminos jurídicos que gozan de la confianza en las relaciones sociales, aunque el propósito fuera el de acreditar cosas verdaderas.

2. *Medición judicial de la pena.* El Tribunal estimó que la pena para un solo delito de *falsedad de servidor oficial en documento público, agravado por el uso*, podría oscilar entre un mínimo de tres (3) años y un (1) día de prisión y un máximo de quince (15) años, acorde con el aumento que permite el inciso 2° del artículo 222 del Código Penal (hasta en la mitad), en relación con el artículo 218 del mismo ordenamiento.

De igual manera, en vista del examen de las modalidades del hecho y la personalidad del acusado, el *a quo* determinó que la dosificación punitiva no podía partir del mínimo de tres (3) años y un (1) día de prisión, sino de cuarenta y ocho (48) meses (aproximadamente 12 meses más). Además, en razón de las agravantes genéricas previstas en los numerales 4, 7 y 11 del artículo 66 del Código Penal, el juzgador de primera instancia incrementó

otros doce (12) meses a la sumatoria parcial, es decir, un total de sesenta (60) meses de prisión para uno de los hechos punibles de falsedad imputados.

Pues bien, el punto de partida para la tasación de la pena lo suministra la consecuencia prevista en cada uno de las normas violadas (tipos básicos, especiales, agravados y atenuados), pero la operación ha de realizarse dentro de los márgenes establecidos en dichos referentes normativos, y conforme con los criterios básicos ilustrados en el artículo 61 y demás dispositivos del capítulo segundo, título IV del Código Penal que, por las trazas del caso singular, puedan llegar a involucrarse.

En efecto, en el pertinente inciso primero, el artículo 61 citado dispone:

"*Criterios para fijar la pena.* Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente...".

Las circunstancias de agravación, bien las específicas ora las genéricas, lógicamente forman parte del concepto de "gravedad y modalidades del hecho punible"; pero, desde luego, existencialmente pueden presentarse otras manifestaciones comportamentales que aumenten la intensidad del injusto, sin que el legislador las haya contemplado expresamente como agravantes, y en tal medida se justifica la distinción que hace el precepto examinado. Es que gravedad y personalidad se refieren globalmente al injusto y al sujeto responsable del mismo, pero sólo incidirá en la dosificación en lo relacionado con aquellos comportamientos que no quedan específicamente comprendidos por una atenuante o agravante.

Sin embargo, es preciso analizar primero, por respeto al principio de legalidad, si concurren circunstancias específicas y/o genéricas de agravación dispuestas como tales en la ley, y sólo después otras supuestas manifestaciones existenciales de conducta que puedan encuadrarse en la fórmula más abierta de "la gravedad y modalidades del hecho punible" o "personalidad del agente", pues bien puede ocurrir que las últimas quepan perfectamente en la base fáctica de las primeras. En este orden, el juzgador puede precaver la doble valoración de circunstancias o comportamientos, con consecuencias punitivas apreciables, como expresión sustancial de la garantía que consagra el principio universal del ne bis in idem.

El caso examinado es preciso para la advertencia que se hace.

En efecto, el Tribunal relievó como modalidades del hecho las siguientes:

a) El conocimiento que los autores tenían de la existencia de un fondo estatal destinado a la compensación solidaria de los perjuicios sufridos por personas que, por distintas causas, quedaban desprotegidas y/o sin posibilidad de acción contra los causantes del daño.

b) Que a partir de tal conocimiento, los partícipes diseñaron una empresa criminal que vaticinaba resultados económicos exitosos, efecto para el cual llegaron hasta valerse de una información con carácter reservado que reposaba en expedientes penales a cargo del procesado.

Ocurre que la oportunidad de conocer la existencia de esos fondos de solidaridad estatal, el privilegio de tener funcionalmente una información reservada y llegar a usarla en un plan delictivo, por medio de una empresa criminal cuidadosamente dispuesta con repartición de tareas, son elementos conductuales que se ajustan perfectamente al concepto de "preparación ponderada del hecho punible".

Sobre la personalidad del acusado *Montoya González*, el *a quo* dijo:

"Montoya González es un individuo que a pesar de haber tenido la posibilidad de hacer estudios superiores, vincularse a laborar en entidades oficiales, ingresar a la Fiscalía General de la Nación donde en un corto tiempo ocupó los cargos de fiscal local y seccional, decidió paralelamente con la tarea obtener un ingreso ilícito, como él mismo lo dijo en la indagatoria 'convencido de que era un buen negocio' en el que 'no solo se podía salir de los problemas sino que se podía hacer un capital".

Lo transcrito es un reproche directo al funcionario por haber aprovechado la dignidad, su predilecta posición en la sociedad, para buscar enriquecerse a través del delito. En otras palabras, el Tribunal reprueba al procesado que haya sido infiel a la investidura y que, a pesar de ella y sus prerrogativas, procurara beneficios ilícitos en detrimento de la sociedad que lo había exaltado, todo lo cual muestra en realidad una personalidad preocupante, pero que a la vez hace parte del abuso de un rango humano destacado en la sociedad por la ilustración (abogado), cargo y poder (funcionario judicial), conforme con el numeral 11 del artículo 66 citado.

Ahora bien, cuando se resalta la dinámica de la empresa criminal como modalidad del hecho punible, ésta supone el "obrar con la complicidad de otro", porque el procesado confesó que había contado con la voluntad y el concurso de los individuos "Pedro García" y "Jaime Vega", quienes también falsificaron algunos documentos o le ayudaron a hacerlo. Significa entonces que son dos conceptos que se implican recíprocamente, porque "obrar con la complicidad de otro", no es simplemente tener latente la ayuda sino realizar conjuntamente acciones delictivas, que es lo característico de una empresa criminal. Bastaba la imputación de la agravante genérica expresamente traída por la ley.

De modo que, en el *sub judice*, no se justifica el primer incremento punitivo de doce (12) meses de prisión, pues el mismo se ha sustentado en conductas que ora tienen identidad fáctica con las que soportan las tres (3) agravantes genéricas deducidas, bien porque pueden comprenderse dentro del campo de aplicación de los conceptos contenidos en los supuestos de hecho de las respectivas normas de agravación (C. P., art. 66, numerales 4, 7 y 11).

Por otra parte, el Tribunal valoró positivamente la confesión del procesado respecto de las tres (3) certificaciones falsas expedidas con motivo de igual número de reclamaciones hechas en nombre de *Rosa Janeth Ramírez Algarra, María Rita Rachen de La-Rotta* y *María Inés Pinto de Obando*, sin embargo de lo cual hizo la detracción punitiva por dicha actitud antes de disponer el incremento por el concurso delictivo (fs. 316 y 317). Así entonces, la reducción punitiva por confesión sólo afectó uno de los tres delitos de falsedad pública que sirvió de punto de partida para el cálculo de la pena, mas dejó por fuera los otros dos hechos punibles de la misma naturaleza.

En efecto, la regla del artículo 26 del Código Penal enseña que primero debe dosificarse la pena para el delito de más grave consecuencia jurídica (en el caso, cualquiera de los tres), pues, por los hechos punibles concurrentes, la sanción puede incrementarse "hasta en otro tanto". En la práctica, el "otro tanto" sería la pena correspondiente a los injustos concurrentes, que jamás puede alcanzar la suma aritmética, y de ahí que tal cantidad adicional también debe tocarse con la rebaja proporcional de pena, si es que se establece que igualmente respecto de ellos hubo confesión.

Como la confesión se proyectó a los tres (3) hechos punibles reunidos, lo correcto era hacer la reducción punitiva después de cumplir cabalmente la operación ordenada en el artículo 26 del Código Penal, esto es, cuando se hubiera hecho el aumento correspondiente a los delitos en concurrencia.

Así las cosas, la cuantificación de la pena principal se replanteará en los siguientes términos:

Cuando el legislador quiere afectar el marco punitivo expresado en mínimos y máximos, correspondientes a las regulaciones básicas o especiales del delito, expresamente lo dice por medio de oraciones tales como "hasta en la mitad", "en una tercera parte", "de la mitad a las tres cuartas partes", etc. En todo caso, cualquiera fuere el giro gramatical usado, lo constante es que en las normas complementarias identificadas por las citadas expresiones, se prevé una disminución o un aumento proporcional de la pena, afectando el mínimo y el máximo, así el punto de partida corresponda a un (1) día porque el precepto sólo diga que se aumentará o se disminuirá la "hasta en la mitad".

En vista de que las circunstancias específicas son elementos que ayudan a precisar el injusto o a graduar la responsabilidad del sujeto, de ellas también pueden pregonarse los mismos criterios de dosificación plasmados en el artículo 61 del Código Penal, pues una agravante, verbigracia, igualmente exige la ponderación de su intensidad o del grado de culpabilidad, pues no son rígidas en su realización y tampoco pueden valorarse por pura responsabilidad objetiva. Por esta razón, al igual que en las regulaciones básicas o especiales del delito, al aplicar las circunstancias específicas se modifican los límites mínimo y máximo, creando un nuevo marco punitivo dentro del cual el juez ejercerá su discrecionalidad con arreglo a las pautas del artículo 61 del Código Penal, pues, de otro modo, no podría elucidarse cuáles serían los parámetros explícitos para aumentar motivadamente sólo la tercera parte

o la mitad, incrementar sólo un día o la mitad, disminuir únicamente un día o las tres cuartas partes, o fijar la pena en un punto intermedio de esos extremos.

Así, por un delito de *falsedad material de servidor oficial en documento público con agravante*, el marco punitivo oscilaría entre tres (3) años y un (1) día y quince (15) años de prisión, de acuerdo con la integración de los artículos 218 y 222 inciso 2° del Código Penal, pero, en el caso concreto, en lugar de un (1) día, la pena de partida se incrementará en seis (6) meses, en virtud del factor específico de agravación que constituye el uso del documento público falso por el mismo sujeto que lo confeccionó, dada el mayor daño que representa el fingimiento de documentos judiciales, precisamente por el mismo agente oficial que está llamado a garantizar la autenticidad con su intervención. A dicha cantidad se suman doce (12) meses que amerita la presencia de tres (3) circunstancias genéricas de agravación (*idem*, art. 66, nums. 4, 7 y 11), en vista de que un mayor aumento por dicha causa se atempera con la concurrencia simultánea de los factores atenuantes de la buena conducta anterior del procesado y su presentación voluntaria ante la autoridad (*ibidem*, art. 64, nums. 1 y 8), para un subtotal de cincuenta y cuatro (54) meses de prisión.

En cuanto a las demás circunstancias atenuantes reclamadas por el recurrente, bueno es advertir que no es clara la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en el hecho delictivo, porque el mismo procesado revela como móvil la codicia de obtener un "buen negocio" o de "hacer un buen capital" (C. Penal, art. 64, num. 4). Tampoco es nítido, si este proceso se limita al examen del delito de *falsedad de servidor oficial en documento público*, de qué manera fue que el procesado quiso anular o disminuir sus consecuencias o resarcir el daño, cuando en el caso ni siquiera se acogió a la sentencia anticipada (*idem*, nums. 6 y 7).

Bueno es aclarar que el orden dispuesto en esta ponderación punitiva, de lo específico a lo general, obedece a que nuestro sistema penal está gobernado por los principios de acto -matizado con trazas de autor-, lesividad y culpabilidad por el hecho, razón por la cual lo último que debe considerarse en la tasación punitiva es la personalidad, pues la responsabilidad es por la conducta cometida y sólo finalmente la pena puede adecuarse por el modo de ser que ha proyectado el sujeto en el respectivo delito.

Por el concurso de dos hechos punibles de la misma naturaleza, tal como lo hizo la instancia, se aumentarán dieciocho (18) meses y así se obtiene una suma parcial de setenta y dos (72) meses de prisión.

Ahora bien, como el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal prevé una reducción fija de una sexta (1/6) parte, la misma equivale a doce (12) meses y entonces la pena queda definitivamente en sesenta (60) meses de prisión, en lugar de los sesenta y ocho (68) meses impuestos en la sentencia revisada.

En igual medida, se disminuirá la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

Aunque es sincera la actitud de arrepentimiento exteriorizada por el procesado en el curso de sus diversas actuaciones procesales, lo cierto es que jurídicamente, para efectos de la pena, ella quedó reflejada en el procedimiento especial de sentencia anticipada y la consecuente rebaja, aunque circunscrita al concurso de delitos de falsedad en documento privado, por voluntad clara y expresa del acusado. Por otro lado, como lo expresa el Tribunal, las demás actitudes encomiables de dedicación al estudio y al trabajo, después de los hechos cometidos, lo mismo que su refugio en el recurso espiritual para una proyección más positiva de su personalidad, son elementos que jurídicamente no afectan la medición de la pena, sino que eventualmente pueden influir en la consideración de los sustitutos penales sobrevinientes a su ejecución.

Por último, es pertinente la orden impartida por la Fiscalía, cuando dirigía el curso del proceso, en el sentido de investigar el episodio de la supuesta imposición falsa de una huella digital en el cheque cobrado como monto de la indemnización, hecho en el cual presuntamente intervino la dama *María Neyst Jaramillo Díaz*, compañera permanente del procesado.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, en el sentido de que los hechos se califican como delitos de *falsedad material de servidor oficial en documento público, agravados por el uso*, en concurso homogéneo y sucesivo.

2. Modificar el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia revisada, con el fin de determinar que la pena principal impuesta será de sesenta (60) meses de prisión, en lugar de los sesenta y ocho (68) meses que se habían fijado por el Tribunal.

3. Reformar el numeral segundo de la resolución del fallo impugnado, a fin de declarar que la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas también será por un lapso igual al de la pena privativa de la libertad.

En lo demás rige la sentencia examinada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA-Acumulación de procesos

Conforme al artículo 95 del Código de Procedimiento Penal, la resolución que en uno u otro sentido adopte el despacho judicial competente para decidir sobre la solicitud de acumulación, sólo es impugnable a través de los recursos ordinarios y por los sujetos procesales. Por lo tanto, no es procedente que un juez incompetente para resolver sobre tal fenómeno procesal, se niegue a cumplir lo fallado, utilizando el trámite de la colisión de competencias.

Así mismo, no es a través del incidente de colisión de competencias como el superior funcional puede entrar a determinar si fue acertada o no la decisión del inferior sobre la acumulación, sino mediante el recurso de apelación que sólo puede ser interpuesto por el sujeto procesal inconforme con la determinación, pero sin que el funcionario judicial que conozca de alguno de los procesos que eventualmente deban acumularse, sin ser competente para decidir sobre la misma, esté facultado para oponerse a la resolución tomada por el competente.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Penal*, Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 194 Proceso N° 16616

VISTOS

Resuelve la Corte lo que en derecho corresponda respecto a la colisión negativa de competencias surgida entre el Tribunal Superior de Neiva y el Juzgado 19 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, dentro del proceso adelantado, entre otros, contra Elsy Cecilia Miranda de Miranda, por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación.

ANTECEDENTES

1. La historia procesal fue reseñada por el Tribunal Superior de Neiva así:

"La primera causa conocida por esta Corporación es la seguida contra el ex Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva Héctor Ramiro Trujillo, Mauricio

Silva Ruiz, Gerardo Cuéllar Botello, Mauricio González Cuéllar, Hernando Díaz Castro, Agustín Soto Botello y José Domingo Fernández Villalba, contra quienes la Fiscalía -Unidad Delegada ante los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca- profirió resolución de acusación, el 15 de diciembre de 1995, por los delitos de uso de documento público falso, concierto para delinquir, prevaricato, peculado y falsedad ideológica en documento público, decisión confirmada por el superior, el 30 de mayo de 1996, y remitida por competencia a esta oficina, la cual, dispuso el traslado indicado en el artículo 446 del C. de P. Penal, el 25 de noviembre siguiente.

"Superado el término del aludido traslado y en curso la notificación del auto de fecha noviembre 11 de 1998 que decidió sobre las ampliaciones, adiciones, complementaciones y el trámite de las objeciones, se decretó la acumulación de la causa adelantada en el Juzgado 33 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, contra Mauricio González Cuéllar, Mauricio Silva Ruiz, Rodolfo José Díaz Granados, Elsy Miranda Miranda, Ivan Ricardo Abaut Calderón y Ana Jazmín Ramírez Chacón, por peculado en concurso homogéneo y sucesivos fl. 307 cuad. 3 pág. 9 proceso 1.

"A los dos procesos anteriores y por petición de la mencionada Miranda de Miranda, se acumuló, el 5 de marzo 1999, el seguido en el Juzgado 19 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, por hechos similares a los de los casos anteriores, contra la misma y Marco Antonio Manzano Vásquez, Alberto Cárdenas de La Rosa, Sonia Inés Becerra Orozco, Hernando José Becerra y Benjamín Salcedo Suárez, por prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado.

"En las dos decisiones de acumulación referidas se ordenó la suspensión de los procesos más adelantados, 'hasta lograr la uniformidad en el estado procesal que permita continuarlos simultáneamente art. 93 del C. de P. Penal".

2. Contra la decisión del 5 de marzo del año en curso, los procesados Alberto Cárdenas De La Rosa y Hernando José Becerra Orozco y sus defensores interpusieron los recursos de reposición y apelación y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Neiva, mediante providencia del 8 de junio siguiente, la revocó en lo que atañe a la acumulación y, en consecuencia, ordenó remitir el expediente al juzgado de origen, por cuanto estimó que, de conformidad con el marco conceptual que inspira la Constitución Política, de acumularse el proceso se estarían violentando los postulados del debido proceso y el derecho de defensa de los procesados, "por cuanto el traslado del mismo desde Santa Fe de Bogotá a esta ciudad lo perjudica al no poder estar atento él y su defensor en forma permanente del asunto, dada la lejanía y los costos que tiene que asumir para tal fin". Igualmente, no se cumplen los principios de celeridad y economía procesal.

Por tal motivo, reconoce que si bien la acusada Elsy Cecilia de Miranda tiene derecho a solicitar la acumulación del proceso que cursa en la capital de la República, sin embargo, "se han tornado inmanejables las causas acumuladas" y se les limita el derecho a la defensa a los demás coprocesados.

3. El Juzgado 19 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, por su parte, califica la decisión del Tribunal de Neiva como "apresurada". Luego de copiar los artículos 91, 92 y 96 del Código de Procedimiento Penal, afirma que la ley no contempló situaciones subjetivas para disponer la acumulación de procesos, tal como lo hizo la citada Corporación.

A continuación agrega:

"Es por ello, que debiendo prevalecer el interés general sobre el particular resulta desaforada la determinación en cuestión, al atender los intereses personales de cada abogado, pues de aceptarse habría que desmembrar el expediente por todo el territorio nacional para que en el domicilio de cada uno de los profesionales del derecho o de los sindicados, se adelante cada proceso y así se les facilite los medios para un fácil desplazamiento al Despacho Judicial más cercano a su residencia".

Recuerda algunos postulados que contiene el artículo 29 de la Constitución Política y asegura que la providencia del Tribunal de Neiva riñe claramente con dicho precepto, "toda vez que nuestro ordenamiento procedimental penal taxativamente establece las reglas claras y concretas para cada juicio. Siendo éstos los derroteros fijados en los artículos 91 y 96, los que motivaron el envió de la causa aquí adelantada en contra de la señora Elsy Cecilia Miranda de Miranda a la ciudad de Neiva para que se acumulara a la que se le sigue en el H. Tribunal Superior de esa ciudad, atendiendo además su mayor jerarquía, por lo que entonces es a esa Corporación a la que le corresponde decretarla y no a este Juzgado".

Por lo expuesto, concluye, que si sus argumentos no los comparte el Tribunal, propone "desde ya" colisión negativa de competencias para que lo resuelva de plano la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4. El Tribunal Superior de Neiva, rechaza el conocimiento del asunto con los siguientes argumentos:

Luego de reiterar lo expuesto en su providencia, del 5 de marzo de 1999, en lo que atañe a los soportes filosóficos de nuestra Constitución Política, dice que al conocer nuevamente de la actuación tendría que paralizar el proceso que adelanta, "mientras se deciden las peticiones de las partes - nulidades y pruebas. Además, que de prosperar las nulidades en vano se torna la suspensión de las que están más adelantadas, trámites ya superados en las otras causas".

Así mismo, sostiene que en ningún momento y "de manera irresponsable" pretende desconocer las normas que regulan la acumulación de procesos. Todo lo contrario, resalta, ellas fueron el soporte para ordenar su acumulación, sino que "luego se repuso por las consideraciones plasmadas".

Por lo expuesto, acepta la colisión propuesta y ordena remitir la actuación a la Corte para lo de su cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sería de caso que la Sala se pronunciara de fondo sobre el asunto, si no observara que el conflicto de competencias planteado es improcedente, ya que el Juez 19 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá pretende suplantar a los sujetos procesales, con respecto a la resolución que sobre la acumulación adoptó la Sala de Decisión del Tribunal Superior de Neiva, en el proceso que adelanta el primero de los despachos judiciales citados en contra de la señora Elsy Miranda de Miranda, por los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación agravado.

En efecto, *conforme al artículo 95 del Código de Procedimiento Penal, la resolución que en uno u otro sentido adopte el despacho judicial competente para decidir sobre la solicitud de acumulación, sólo es impugnable a través de los recursos ordinarios y por los sujetos procesales. Por lo tanto, no es procedente que un juez incompetente para resolver sobre tal fenómeno procesal, se niegue a cumplir lo fallado, utilizando el trámite de la colisión de competencias.*

Así mismo, no es a través del incidente de colisión de competencias como el superior funcional puede entrar a determinar si fue acertada o no la decisión del inferior sobre la acumulación, sino mediante el recurso de apelación que sólo puede ser interpuesto por el sujeto procesal inconforme con la determinación, pero sin que el funcionario judicial que conozca de alguno de los procesos que eventualmente deban acumularse, sin ser competente para decidir sobre la misma, esté facultado para oponerse a la resolución tomada por el competente.

Así, entonces, como la colisión de competencias es improcedente, la Sala se abstendrá de hacer cualquier pronunciamiento al respecto.

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

RESUELVE:

INHIBIRSE de desatar el conflicto negativo de competencias propuesto por el Juez 19 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá al Tribunal Superior de Neiva, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

PERMISO ADMINISTRATIVO-Delitos de competencia de los Jueces Especializados

La pretensión del libelista debe ser entendida en el sentido de que esta Corporación le certifique si en la actualidad ya cumplió el 70% de la pena impuesta en los fallos de instancia, en razón a que el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 modificó el numeral 5° del Código Penitenciario y Carcelario, pues extendió el permiso administrativo de las 72 horas a los que hayan sido condenados por los delitos de conocimiento de los Jueces Penales del Circuito Especializados, antes denominados Jueces Regionales.

Corte Suprema de Justicia. *Sala de Casación Penal*, Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 195 Proceso N° 13223

VISTOS

El Asesor Jurídico de la Cárcel del Distrito Judicial de la Cárcel del Distrito Judicial de Cartagena, solicita a esta Corporación y en favor del procesado Jairo Carmona Fuentes, se sirva efectuar la respectiva redención de pena que le pueda corresponder al antes mencionado con base en las actividades que ha desarrollado en ese centro de reclusión. Con el escrito petitorio adjuntó certificados de trabajo y Actas del consejo de disciplina.

ANTECEDENTES

Un Juzgado Regional de Barranquilla, mediante providencia de fecha 12 de marzo de 1996, condenó entre otros a Jairo Carmona Fuentes, a la pena privativa de la libertad de 11 años de prisión, como coautor penalmente responsable del delito previsto en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 con la circunstancia agravante establecida en el numeral 3° del art. 38 ibídem, decisión que fuera modificada por el entonces Tribunal Nacional en fallo del 8 de agosto siguiente, precisando que la pena que debía cumplir el procesado ya mencionado era 10 años de prisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La pretensión del libelista debe ser entendida en el sentido de que esta Corporación le certifique si en la actualidad ya cumplió el 70% de la pena impuesta en los fallos de instancia, en razón a que el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 modificó el numeral 5º del Código Penitenciario y Carcelario, pues extendió el permiso administrativo de las 72 horas a los que hayan sido condenados por los delitos de conocimiento de los Jueces Penales del Circuito Especializados, antes denominados Jueces Regionales.

Así las cosas ha de tenerse en cuenta lo previsto en el Decreto 1542 de 1997 en su artículo 5º el cual consagra que "Con el fin de garantizar el cumplimiento del artículo 147 de la Ley 65 de 1993, los directores de los establecimientos carcelarios y penitenciarios podrán conceder permisos de setenta y dos horas a los condenados en única, primera y segunda instancia, **o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente**, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados" (Negrillas fuera de texto).

Corresponde en este caso concreto a la Corte pronunciarse de manera provisional y para dicho efecto, sobre las rebajas de pena a que pueda tener derecho el procesado ya mencionado por las labores realizadas durante el tiempo de privación de la libertad en el centro de reclusión en donde se encuentra detenido, pues sólo de esa manera podrá acreditar ante las autoridades carcelarias y penitenciarias el cumplimiento del setenta por ciento de la pena impuesta, siendo claro que la concesión o negativa del beneficio administrativo, corresponde exclusivamente a los directores de los centros de reclusión, en la forma y bajo las condiciones señaladas en las preceptivas antes mencionadas.

El procesado Jairo Carmona Fuentes se encuentra privado de su libertad desde el 30 de diciembre de 1993 (fl. 6 Cdno. No.1), es decir, que a la fecha ha descontado en detención física setenta y un (71) meses y ocho (8) días; por trabajo y conforme a los certificados que se le habían tenido en cuenta con anterioridad, más los que adjuntó a su petición el Asesor Jurídico de la Cárcel, Carmona Fuentes acredita 12.992 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 veintisiete (27) meses y dos (2) días, factores que sumados arrojan un total de noventa y ocho (98) meses y diez (10) días, superiores al 70% de la pena impuesta en los fallos de instancia, que en su caso específico es de 84 meses de prisión.

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

RESUELVE:

1º Reconocer al procesado Jairo Carmona Fuentes en forma provisional y sólo para los efectos previstos en el artículo 5º del Decreto No. 1542 del 12 de junio de 1997, una redención de pena de 27 meses y 2 días, correspon-

dientes a 12.992 horas de trabajo, cumplidas durante el tiempo de reclusión en la Cárcel del Distrito Judicial de Cartagena.

2. DECLARAR que, sumado el tiempo anterior al que lleva en detención física, el procesado Carmona Fuentes ya superó el 70% e la pena impuesta en los fallos de instancia, conforme lo establece el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, que modificó el numeral 5 del artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación

En estos términos la acusación está incorrectamente formulada, porque no está denunciando un cambio de nomen iuris del delito, ya que tanto el homicidio culposo como el doloso son especies pertenecientes al mismo género delictivo en la sistemática del Código Penal, y de demostrarse el error, la Corte no tendría que invalidar la actuación , que sería el efecto de tomar como fundamento de la censura la causal 3ª. del artículo 220 del C. de P. P. sino dictar fallo de sustitución enmendándolo, que es la consecuencia de basar el reparo en la causal 1ª. de casación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre nueve (9) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 195 Proceso N° 11262

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Juan Pablo Celeita López contra la sentencia de agosto 10 de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó a dicho procesado y a Juan Carlos Peña a 43 años de prisión por los delitos de homicidio agravado, tentativa de hurto y porte ilegal de armas de defensa personal.

ANTECEDENTES

1. Los hechos germen del proceso los narra así en el fallo impugnado el Tribunal:

"Conforme se desprende de autos a eso de las 8:30 de la noche del 23 de agosto de 1994 el señor Javier Niño Poveda llegó a su establecimiento comercial ubicado en la Carrera 21 con Calle 28 Sur de esta ciudad, en compañía de su esposa Ruth Yaneth Mondragón Castañeda y su menor hija, y cuando estacionaba sobre el andén la motocicleta en que se movilizaba marca Yamaha, rodante de su propiedad distinguida con las placas KAM-33, fue abordado por tres sujetos de los cuales uno de ellos lo intimidó con un revólver, le

exigió la entrega de las llaves de la moto y pese a que accedió a dicha exigencia, lo golpeó en su cabeza con el arma de fuego.

"Cuando sucedían estos acontecimientos salieron varias personas que se encontraban en el establecimiento comercial referido con la finalidad de prestarle ayuda a la víctima, instante en el cual el asaltante que portaba el arma la accionó en varias oportunidades de manera que uno de los disparos fue dirigido contra Javier Niño Poveda quien lo esquivó y por ello hizo impacto en la humanidad de Otoniel Vargas Rojas, uno de los que salió en defensa de Niño Poveda, causándole lesión que a la postre determinó su deceso a consecuencia de Shock Hemorrágico por herida de aorta producida por proyectil de arma de fuego.

"Ocurridos los disparos, los delincuentes emprendieron la huida llevándose consigo la motocicleta que era empujada, la que fue abandonada algunas cuadras adelante. Vecinos del sector dieron captura a dos de los asaltantes que habían logrado abordar un vehículo de servicio colectivo, identificados como Juan Carlos López Peña y Juan Pablo Celeita López, este último señalado por Javier Niño Poveda como el autor de los disparos y en ese orden quien portaba el arma de fuego.".

2. La Fiscalía 19 abrió investigación (fl.31 cdno.No.1) y, escuchó en indagatoria a los imputados Juan Carlos López Peña y Juan Pablo Celeita López (fls.37 y ss.), quienes si bien admiten el delito de hurto, niegan haber disparado para matar.

3. Decidida la detención preventiva de aquellos (fl.49), se practicaron pruebas, la investigación se clausuró y esta se calificó mediante resolución de diciembre 9 de 1994 (fl.160), por medio de la cual los sindicados en mención fueron acusados por los delitos de homicidio agravado cometido con dolo eventual, tentativa de hurto y porte ilegal de armas de defensa personal.

4. El Juzgado 49 Penal del Circuito practicó otras pruebas, celebró audiencia pública (fl.224) y con fecha junio 2 de 1995 dictó sentencia, mediante la cual, en armonía con la acusación, condenó a los acusados a la pena principal de 43 años de prisión, cada uno fl. 242), fallo que, apelado, recibió entera confirmación por medio del que es ahora objeto del recurso extraordinario (fl.4 cdno.2) interpuesto por el defensor del procesado Celeita.

La Demanda

Unico Cargo

Al amparo del artículo 220-3 del Código de Procedimiento Penal el casacionista alega la nulidad del proceso, "el motivo de la inconformidad –dice a fol.47 del cdno. No.2– de este defensor se refiere a la apreciación de los juzgadores de primera y segunda instancia, de considerar el delito de homicidio agravado, de carácter doloso, ello como resultado de una indebida valoración probatoria que efectuaron, conduciéndolos a un error en la denominación jurídica de la infracción, puesto que, en mi humilde opinión,

las pruebas allegadas nos conducían era a una condena por homicidio culposo, más no doloso".

- Al tratar la "apreciación del error dentro de la providencia de segunda instancia" (fl.48), dice que desde la providencia calificatoria se dijo que el homicidio era agravado "puesto que los procesados dispararon el arma de fuego para asegurar el producto del hurto de la motocicleta de Niño Poveda. Tal intención criminosa la extrae el instructor de las versiones de Ruth Janneth Mondragón y de su esposo Niño Poveda" (fl.cit.).

- Anota que en la sentencia de primera instancia se afirmó que la intención de matar se dirigió contra Niño Poveda y "erróneamente" se mató a Otoniel Rojas Vargas y que los procesados se "distribuyeron las funciones en la empresa criminal, para despojar de un bien a un tercero", y dice que tal afirmación se basó en las referidas declaraciones de Ruth Janneth Mondragón y de Javier Niño Poveda las cuales fueron apreciadas erróneamente "puesto que los alcances de tales probanzas son totalmente insuficientes para aquellos" (fl.49).

Se refiere a partes de los testimonios rendidos por Ruth Janneth Mondragón y por Javier Niño Poveda y dice que, en consecuencia, es errado afirmar con el Tribunal que el disparo se hizo para asegurar el producto del hurto, pues el occiso no desplegó actividad alguna para que los procesados "no cumplieran su objetivo de apoderamiento del rodante", sino que se limitó a observar lo que ocurría, por lo que "es equivocada la apreciación de las instancias, cuando consideran que Otoniel fue herido cuando salió en defensa de su amigo" (fl.50), como tampoco ninguno de los vecinos y amigos allí presentes, salvo "Gustavo N", quien lanzó una botella de plástico.

Afirma que no es cierto que se haya disparado contra Niño Poveda, ya que si así hubiera sido se habría logrado hacerle impacto, como que se le tenía asido por el brazo, a más de que como no opuso resistencia alguna, resultaría "sin sentido" agredirlo (fl.51), aparte de que cuando se efectuó el disparo "ya se había asegurado el producto del ilícito y por lo tanto no se puede extraer sino que lo único que se quería era amedrentar" a la víctima(fl.cit.).

Se refiere el censor a la "culpa con representación" (fl.cit.Infra), cita una doctrina al respecto y concluye en que "tanto Juan Pablo Celeita López como sus acompañantes, jamás se representaron el hecho de dar muerte a una persona, jamás previeron tal posibilidad como consecuencia de su acción, nunca se propusieron como fin tal hecho en el reato acordado. Entonces, como el resultado podría ser previsible, estamos ante una culpa con representación" (fl.53).

Así las cosas, pide casar el fallo y decretar la nulidad a partir del proveído calificatorio, inclusive.

Los no recurrentes

El defensor de Juan Carlos López dice que este no llevaba arma, ya que "simplemente tenía la intención de apropiarse de lo ajeno" (fl.57). No de

causar daño a nadie, por cuanto únicamente quería hurtar la motocicleta que "era lo que había acordado con Juan Pablo Celeita" (fl.58 supra), por lo cual reitera la tesis del homicidio culposo sostenida por el otro demandante, a cuyo libelo dice adherirse en su integridad.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que la demanda no debe prosperar, "no solo por las falencias técnicas sino también por las consideraciones de carácter sustancial, como se evidencia enseguida" (fl.11 cdno.Corte).

Conceptúa que el censor se limita a exponer "sus particulares criterios y análisis probatorios al estilo de un memorial de instancia", a más de que lo que se discute es la "especie" delictiva, y no su género, motivo por el cual no cabe la propuesta de nulidad con "cuestionamientos acerca de las formas de culpabilidad" (fl.12), anotando que "es solo a partir de la delimitación del debido proceso como se puede construir lo que por nulidad procesal penal debe comprenderse" (fl.13).

Cita jurisprudencia de esta Sala sobre el "nomen iuris" y reitera que pretender cambiar el "dolo por la culpa" (fl.15) no enmarca dentro de la referida denominación del delito.

Luego considera que si se disparó "para amedrentar", como sostiene el casacionista, ello se sale del marco de la imprudencia, impericia o negligencia.

Concluye, pues, que la demanda no debe prosperar y, por tanto, el fallo debe mantenerse.

CONSIDERACIONES

Carece de vocación de prosperidad la censura, por la evidente falla de técnica casacional bajo la cual está concebida.

En efecto; es claro que la acusación no debió formularse por la vía de la causal tercera de casación deprecando la nulidad, sino que ha debido acudir el censor a la causal primera, cuerpo segundo ibíd., en cuanto habla de errores de evaluación probatoria, y con la demostración de esos errores como razón de la atribución de la culpabilidad dolosa al procesado, que es el motivo de la discrepancia.

El casacionista, con fundamento en la referida causal tercera, afirma que la conducta realizada por su poderdante debió calificarse como homicidio culposo y no doloso, y por tanto, la actuación debe anularse desde la resolución acusatoria.

En estos términos la acusación está incorrectamente formulada, porque no está denunciando un cambio de nomen iuris del delito, ya que tanto el homicidio culposo como el doloso son especies pertenecientes al mismo gé-

nero delictivo en la sistemática del Código Penal, y de demostrarse el error, la Corte no tendría que invalidar la actuación, que sería el efecto de tomar como fundamento de la censura la causal 3ª. del artículo 220 del C. de P. P., sino dictar fallo de sustitución enmendándolo, que es la consecuencia de basar el reparo en la causal 1ª. de casación.

Sobre la forma de plantear el error en estos casos, la Corte ha precisado repetidas veces, una de ellas el 24 de octubre de 1995 (Rad. 10.986) con ponencia del magistrado doctor Arboleda Ripoll:

"Si la equivocada calificación no afecta el nombre genérico de la infracción, el ataque debe encauzarse por la causal primera, pero que si el yerro implica cambio del *nomen iuris*, como cuando se subsumen en el tipo penal de abuso de confianza unos hechos que son peculado, la causal aducible será la tercera, puesto que si se plantea la primera, la Sala, por expreso mandato del artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, tendría que entrar a dictar fallo de sustitución, lo cual significaría proferir una sentencia en desacuerdo con la resolución acusatoria.

También ha dicho que en este segundo caso, la fundamentación del recurso debe hacerse conforme a las reglas de la causal primera, ya que para poder afirmar la nulidad de la actuación, el actor debe demostrar previamente que el juzgador equivocó la calificación jurídica de los hechos, bien porque incurrió en errores de apreciación probatoria que lo llevaron a aplicar una determinada norma de derecho sustancial en lugar de otra, o porque falló al desentrañar el sentido o alcance de los preceptos aplicados o dejados de aplicar".

Esto implica que todo reparo de la clase de que se aduce, debe alegarse a través de la causal primera de casación, siendo claro que si el error emana de la errada apreciación de la prueba, como, afirma el demandante sucedió en este caso, se invocará y acreditará la violación indirecta de la ley sustancial.

Establecida la inconsistencia, en términos de técnica casacional, de la demanda, que el defensor no recurrente en su alegato apreciatorio respaldó, asumiendo como propio el criterio en ella plasmado, cumple declarar la improsperidad de la censura que la conforma.

El fallo, pues, no se casará.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, este proveído devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite. competencia

Si se tiene en cuenta que la competencia del funcionario encargado de dirimir la controversia se encuentra limitada exclusivamente a resolverla de plano (art. 99 del C. de P. P.), es evidente para la Corte que mientras esto sucede todo lo referente a medidas cautelares lo debe resolver el funcionario judicial que trabó el conflicto, en cuyo despacho deben haber quedado las copias del proceso, precisamente para esa finalidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 196 Proceso N° 16686

VISTOS

Resuelve la Sala lo pertinente sobre la solicitud de libertad condicional elevada por el condenado Mario de Jesús Higuita Gutiérrez.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES:

Los Juzgados 2º Penal del Circuito Especializado de Medellín y 1º Penal del Circuito de la misma ciudad, niegan contar con competencia en el presente proceso para la ejecución de la sentencia condenatoria. Para dirimir la controversia el caso fue remitido a la Corte y en tales condiciones se ha recibido la solicitud de libertad, para cuya resolución carece de competencia la Sala.

La colisión, positiva o negativa, supone una indefinición momentánea en cuanto al funcionario competente para conocer del proceso. Es la razón para que el artículo 101 del Código de Procedimiento Penal, al relacionar los efectos de la colisión, disponga que el único autorizado para declarar nulidades es el funcionario en quien quede radicada la competencia. Esto significa que durante el trámite del conflicto y hasta antes de decidirse, ni quien promovió la colisión ni quien la aceptó pueden adoptar dicho tipo de de-

terminaciones, ya que las mismas sólo las puede adoptar el funcionario competente.

Si lo anterior sucede frente a las nulidades, otra es la lógica de la ley en lo referente a las peticiones de libertad que deban resolverse durante el trámite del conflicto y hasta antes de su resolución. Como tales solicitudes deben ser resueltas dentro de los términos breves establecidos por el legislador, la adopción de esas decisiones no puede supeditarse a que el conflicto sea dirimido. Mientras esto sucede –dice el artículo 101 anotado— "...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".

"La respectiva decisión" a que se refiere la disposición es la relacionada con la medida cautelar. En consecuencia, si la petición de libertad se realiza cuando el proceso se encuentra en el despacho de quien provoca el conflicto, es este quien la debe resolver así niegue la competencia para conocer del proceso. Y si la decisión debe tomarse cuando el proceso está en el despacho de quien acepta el conflicto, será este el funcionario encargado de su resolución.

Ahora bien, *si se tiene en cuenta que la competencia del funcionario encargado de dirimir la controversia se encuentra limitada exclusivamente a resolverla de plano (art. 90 del C. de P. P.), es evidente para la Corte que mientras esto sucede todo lo referente a medidas cautelares lo debe resolver el funcionario judicial que trabó el conflicto, en cuyo despacho deben haber quedado las copias del proceso, precisamente para esa finalidad.*

Así las cosas, en consideración a que la Sala cuenta únicamente con competencia para resolver la colisión de competencias planteada, deberá abstenerse de decidir la petición de libertad condicional hecha por el condenado Mario de Jesús Higuita Gutiérrez. Como el funcionario que la debe decidir es quien trabó el conflicto, es decir el Juez 1º Penal del Circuito de Medellín, se dispondrá remitir copia de la misma a su despacho para que proceda de conformidad.

Con especial énfasis se debe advertir, para finalizar, que si el funcionario judicial encargado de resolver una colisión no cuenta con competencia para decidir sobre solicitudes de libertad, resulta cuestionable la práctica de algunos Tribunales y Juzgados de dejar a disposición de la Corte a las personas privadas de la libertad, lo mismo que la de remitir la totalidad del expediente. Las copias de este deben permanecer en el despacho que acepta el conflicto y los detenidos o condenados quedar a su disposición.

Como en el presente caso el condenado fue dejado equivocadamente a disposición de la Corte, se remediará la situación dejándolo a cargo del Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín.

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

RESUELVE:

1º. ABSTENERSE de resolver la solicitud de libertad condicional elevada por el condenado Mario de Jesús Higuita Gutiérrez.

2º. REMITIR inmediatamente una copia de la petición de libertad al Juzgado 1º Penal del Circuito de Medellín, a disposición del cual debe quedar Mario de Jesús Higuita Gutiérrez.

3. ENTÉRESE de esta determinación al peticionario.

Cúmplase:

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir-Irretractabilidad/**NARCOTRAFICO**

1. Así lo estatuye el numeral 4o. del artículo 37-B, que señala de manera taxativa y excluyente, el interés para recurrir la sentencia anticipada por parte del procesado y su defensor, limitándolo a los aspectos que tienen que ver con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes, y todos estos aspectos tienen aplicación en el recurso de casación, como ya lo ha reiterado también la Sala entre otros pronunciamientos, en los de 8 de marzo de 1996 y de 27 de julio de 1999: "Si bien es cierto que el numeral cuarto del artículo 37-B ibidem hace referencia a la expresión "apelable" también debe hacerse extensivo al recurso de casación, ya que este hace parte igualmente de los mecanismos legales que se han establecido para controvertir decisiones judiciales".

2. En el caso materia de estudio, el defensor propugna por el reconocimiento parcial de una causal de inculpabilidad, en directa relación con la estructura del delito imputado a su poderdante: transportar más de cinco (5) kilogramos de cocaína, tipificado en los artículos 33, inciso primero y 38 numeral 3o. de la Ley 30 de 1986, porque cualquiera de las conductas contempladas en la primera de las referidas normas, cuando la cantidad sobrepasa el anotado guarismo comporta la duplicación de la pena mínima y así es que se dosificó la pena para su procurado.

Esta normatividad indica que la cantidad de estupefaciente transportada, es factor estructurante del tipo penal imputado, por ser agravante específica de la conducta descrita en la primera de las mencionadas normas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 196 Proceso N° 10074

VISTOS

Conoce la Corte del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 1994 por el Tribunal Nacional, que con modificaciones a la de primera instancia, condena a Daniel Eduardo Velázquez Trujillo y Carlos Faustino Porras Robayo a sendas penas principales de sesenta y cuatro meses de prisión y multa por valor equivalente a catorce salarios mínimos legales más el equivalente a veinte días y a las accesorias correspondientes, en calidad de coautores responsables del delito contemplado en la Ley 30 de 1986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 12 de septiembre de 1992 fue interceptado y registrado por autoridades de la Policía Nacional (SIJIN) el bus de servicio intermunicipal de placas XF-725 afiliado a la Flota La Macarena, conducido por Yesid Ospina, que transitaba por la vía Villavicencio-Bogotá, en cuyo interior -área de control de luces y el lado izquierdo- fueron hallados 29.612 gramos de una sustancia pulverulenta, que sometida a examen de laboratorio forense reveló ser cocaína. En el operativo, además del conductor, fueron capturados el ayudante del mismo, Daniel Eduardo Velázquez y Carlos Faustino Porras Robayo, quien viajaba como pasajero en el automotor.

A la investigación penal iniciada fueron vinculados con indagatoria los tres sindicados; y revocada que fue respecto del conductor la medida de aseguramiento, (fls. 223 225), los demás sindicados y uno de los defensores, con fundamento en el artículo 37 del C. de P.P. solicitaron sentencia anticipada (fls. 321, 322, 323, 340). Previo a la diligencia se oyó en ampliación de indagatoria a Porras Robayo, quien involucró en los hechos a dos sujetos desconocidos a los que llamó "Iguano" y "Paco Daza" (fls. 344 á 348).

En la audiencia respectiva celebrada el 5 de enero de 1994 el Fiscal estructuró la imputación con base en el inciso primero del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 con la agravante establecida en el numeral 3o. del artículo 38 de la misma ley y en calidad de coautores, como habían sido considerados en la providencia que es definió la situación jurídica (fls. 55 y 349-351), y al interrogante de si lo aceptaban, los nombrados Velázquez Trujillo y Porras Robayo respondieron afirmativamente, no obstante lo cual, el defensor hizo llegar al Juzgado previamente al fallo, un memorial con la petición de que la participación delictiva se les sancionará a título de cómplices y que para la gradación punitiva se tuviera en cuenta el beneficio por delación.

El Juzgado Regional profirió la sentencia de condena sin acoger las últimas pretensiones de la defensa, advirtiendo que la conducta de los implicados fue la de "conservar y transportar ... droga productora de dependencia" (fls. 363 y ss cd. ppl. 1). Al tasar la pena, así razonó el Despacho:

"... la infracción por la que se juzga ... se encuentra prevista en el inciso 1o. del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 con prisión de cuatro a doce años y

multa ..., cuyo mínimo es doblado en razón de la concurrencia de la agravante específica del numeral 3o. del artículo 38 (b, por haber sobrepasado la sustancia incautada de los cinco kilos de cocaína.

Sin embargo, ... que no es dable la imposición del mínimo ... conforme con los lineamientos del artículo 61 del C. P. en concordancia con el 67 de la misma obra. En efecto, las circunstancias de comisión del punible, concretadas en el antelado camuflaje de la droga, y además perfilan la agravante genérica del numeral 4o. de la primera de las disposiciones en cita.

De otra parte si bien se excluyó en acápite precedente el concurso homogéneo de infracciones por razón de la ejecución de varias conductas contenidas en la figura imputada, lo señalado no significa que en el campo punitivo deba tener el mismo tratamiento el agente que realiza varias de las conductas alternativas que aquel que ejecuta una sola, pues el primero requiere una penalidad mayor, tal como acontece en el supuesto de autos.

Por tales motivos se ha de fijar en nueve años de prisión y multa de veinte salarios mínimos la pena principal por el punible del que se declararon penalmente responsables los sindicados, que se disminuirán en una tercera parte por ese comportamiento procesal, de manera que en seis (6) años de prisión y multa de quinientos salarios mínimos diarios constituyen en definitiva la sanción que deberán purgar cada uno de los sindicados". (fls. 376-377).

La defensa recurrió en apelación, cuestionando en extenso diversos aspectos del fallo, entre ellos los factores que se consideraron para la dosificación de la sanción, pero el Tribunal Nacional confirmó la decisión al desatar la alzada, modificando la tasación punitiva, con fundamento en lo que consideró una errada aplicación por el *a quo*, de la agravación del mínimo, dejando la sanción en los términos conocidos. Dijo el Tribunal:

"Siendo uno de los puntos de discordia la tasación punitiva, se verá si lo que hizo el juez se ajusta a los parámetros legales, o si por el contrario le asiste razón al recurrente.

Sea lo primero considerar la cantidad de droga incautada que hace aplicable la causal prevista en el numeral tercero del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, que dobla el mínimo de la pena. Sobre el particular, realmente queda poco por decir, frente a la posición asumida por los mismos procesados, quienes aceptaron el hecho y las circunstancias ... De tal manera, aparece como algo fuera de contexto alegar ahora que no conocían la cantidad de droga transportada.

Se aparta sí la Sala del criterio de tasación punitiva aplicado por el *a quo* al aumentar sobre el doble del mínimo otro año más, al tener dicho aumento como suficiente para castigar ejemplarmente el hecho en razón de su gravedad y no perfilarse con la suficiente claridad otras causales agravantes, que de aceptarse conducirían, más bien a una injusticia.

En consecuencia se dejará la pena de prisión en ocho años que disminuida en una tercera parte, da un total de sesenta y cuatro meses. La pena de multa, ...". (fls. 10-11 cd. Tr.).

Contra este pronunciamiento también recurrieron los defensores, esta vez por medio del recurso de casación.

LAS DEMANDAS

I. A nombre de Daniel Eduardo Velázquez Trujillo

Con la pretensión de que "sea casada la sentencia impugnada para en su lugar proceder a realizar la disminución punitiva (sic) ...", sostiene el señor defensor que esa providencia es violatoria del numeral 4o. del artículo 40 del C.P., de manera directa, por falta de aplicación. También, dice, fueron transgredidos los artículos 10, 7, 6 y 65 del C.P.

Luego de discurrir sobre el conocimiento de la ley penal y la obligación de instrucción ciudadana del Estado consagrada en el artículo 41 de la C.N., advierte que es obligación del Juez establecer el grado de conocimiento de la ley del procesado, examinando "los generales de ley".

Considera que la falta de preparación jurídica de una persona puede llevarla a creer que aunque transportar alcaloides "es prohibido", da lo mismo transportar "tres o cuatro kilos de cocaína" que cinco o más. Siendo creencia muy extendida, en tales casos, es aplicable, por analogía, la exculpante del artículo 40-4 del C.P., tanto a los tipos penales principales como a los subsidiarios.

Admite que su procurado transportó más de cinco kilogramos de cocaína, pero puntualiza que la "absoluta carencia de conocimientos jurídicos" sobre la significación de la conducta en lo referente a cantidad de sustancia estupefaciente transportada, reflejada en sus generales de ley, imponía el reconocimiento de la excluyente de culpabilidad mencionada respecto del factor cantidad de que trata del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986.

Agrega que la conducta de su defendido:

"... está frente a un clásico error de tipo ... por recaer su equivocación sobre uno de los elementos normativos de la figura, además se trata de una convicción no solo errada sino invencible, situación que omitió por el *ad quem* ...".

Luego de una síntesis reiterativa de lo dicho, reafirma la pretensión casacional.

II. A nombre de Carlos Faustino Porras Rohayo

Con fundamento en la causal primera del artículo 220 del C. de P.P., afirma el actor que la sentencia es violatoria, en forma indirecta, de la ley

sustancial, debido a errores en la apreciación de las pruebas, por parte del Tribunal.

Relaciona algunas de las normas rectoras de la prueba en nuestro sistema jurídico y tras hacer varias precisiones sobre el concepto de la libre convicción en el examen de la prueba, dice que aunque efectivamente se demostró que la cantidad de alcaloide transportado por el acusado fue superior a cinco kilogramos "no hay prueba objetiva que infiera (sic) el dicho del desconocimiento de la cantidad superior a cinco kilos ...". Añade que la prueba recaudada "enseña una historia real" pero que "el intérprete" concluye otra realidad.

Indica como normas sustanciales transgredidas en forma mediata los artículos 21 del C.P. y 445 del C. de P.P. Insistiendo en la causalidad del delito afirma que el Tribunal "no miró detenidamente las injuradas" y por ese motivo no confirió crédito a las versiones de los procesados y que "mitificó la falacia de los policiales. Luego afirma que en el proceso, "pese a la valiosa colaboración, de ayuda a la justicia, el allanamiento a las residencias de Alberto N. no se realizó".

Pero lo que considera más grave es que "sin existir la prueba objetiva que informe del conocimiento de la cantidad de droga" el Tribunal infiere que los procesados eran conocedores de ese aspecto, para concluir que la sentencia otorga a las circunstancias agravantes de punibilidad, equivocadamente, un "alcance absoluto", porque, precisa:

"... valoró erróneamente las piezas procesales, ... concluyó algo que no dicen las pruebas y por ello incurrió en error de derecho por falso juicio de convicción".

En el acápite de "Conclusiones" afirma, sin discriminarlos, que los errores cometidos por el Tribunal fueron unos de ellos de hecho y de derecho y para finalizar el discurso solicita la casación parcial del fallo, adecuando la pena a la supresión de la agravante.

El Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal responde a las pretensiones de las demandas destacando la falta de razón y las fallas de técnica casacional que las afectan.

En relación con la presentada a nombre de Velázquez Trujillo, advierte que el aducido error de tipo no aparece demostrado en el escrito, sino que se alega sobre la base de afirmaciones vagas y carentes de soporte, pues el procesado en su injurada dejó al descubierto tener un grado aceptable de instrucción a la vez que negó toda participación en los hechos, aunque en la audiencia para sentencia anticipada aceptó la imputación con todas las circunstancias características de los hechos.

Partiendo de esta premisa, califica el funcionario de inadmisible la postura de la defensa.

En referencia con la demanda a nombre de Porras Robayo, encuentra que desconoce los presupuestos técnicos propios de la casación, al combinar conceptos jurídicos inconciliables como el error de hecho y el de derecho, además de que tampoco precisa los errores de hecho de que habla supuestamente cometidos por el fallador.

El escrito, dice, se reduce a "una enunciación", carente de fundamentos, "de supuestos errores en la valoración de la prueba, que no desarrolla ...", falencia que igual comete cuando asevera que el Tribunal "mitificó la falacia" de los policiales.

Recalcando el deber del demandante, de demostrar la razón de sus afirmaciones y la trascendencia de los errores que pregona, considera que la imprecisión en lo propuesto y alegado, impide conocer el pensamiento del censor y conlleva la desestimación de la demanda, la cual sugiere.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ninguna de las demandas, como bien lo advierte el Ministerio Público, está llamada a prosperar, solo por la falta de interés para recurrir en casación.

La demanda a nombre de Velázquez Trujillo aduce que la sentencia es violatoria del numeral 4° del artículo 40 del C.P., por falta de aplicación, porque el procesado desconocía que el transporte de cocaína en cantidad superior a la prevista en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 lo hacía incurso en la agravante del numeral 3o. del artículo 30 ibíd., y atribuye ese desconocimiento a la convicción errada e invencible del procesado, debido a su poca o ninguna cultura en el campo jurídico, según precisa, "sobre uno de los elementos normativos de la figura".

La objeción, con el pretexto de cuestionar la dosificación punitiva -que ya el Tribunal, por virtud de la apelación de la sentencia había revisado-, como se ve, está orientada en verdad, a derruir uno de los elementos del tipo penal por el cual al procesado se le formuló en la diligencia de sentencia anticipada el cargo, que aceptó libre y voluntariamente.

En relación con el interés para recurrir la sentencia de segundo grado, tema que la Procuraduría soslayó en su estudio y por lo cual la Corte se aparta parcialmente de su concepto, cabe advertir que si bien, de acuerdo a lo estatuido en el artículo 222 del C. de P.P., el defensor entre otros, está legitimado para recurrir en casación, cuando se trata de sentencia anticipada, como en éste caso ese interés debe estar presente.

Así lo estatuye el numeral 4o. del artículo 37-B, que señala de manera taxativa y excluyente, el interés para recurrir la sentencia anticipada por parte del procesado y su defensor, limitándolo a los aspectos que tienen que ver con la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, la condena para el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes, y todos estos aspectos tienen aplicación en el recurso de casación,

como ya lo ha reiterado también la Sala entre otros pronunciamientos, en los de 8 de marzo de 1996 y de 27 de julio de 1999: "Si bien es cierto que el numeral cuarto del artículo 37-B ibidem hace referencia a la expresión "apelable" también debe hacerse extensivo al recurso de casación, ya que este hace parte igualmente de los mecanismos legales que se han establecido para controvertir decisiones judiciales".

Entorno al instituto de la sentencia anticipada, la Sala ha dicho reiteradamente (véase entre otras, sentencia del 4 de marzo de 1996, M.P. Dr. Arboleda Ripoll), que es "parte de los mecanismos político-criminales tendientes a que principios como los de celeridad, economía procesal y eficacia tengan cabal operancia a cambio de hacer menos gravosa la pena.

"Pero esta facultad del Estado en favor del acusado no es gratuita, sino que exige de parte de este una contraprestación consistente en que debe reconocer su responsabilidad penal con relación a los cargos que se le imputan en el acta de presentación de los mismos y renunciar a parte del trámite procesal, optando por uno abreviado, previsto en la ley, y una sentencia inmediata, que sólo podrá impugnar en los casos taxativamente señalados en ella. Por lo mismo se extingue para él cualquier posibilidad de retractación o negación de su responsabilidad libremente aceptada".

En el caso materia de estudio, el defensor propugna por el reconocimiento parcial de una causal de inculpabilidad, en directa relación con la estructura del delito imputado a su poderdante: transportar más de cinco (5) kilogramos de cocaína, tipificado en los artículos 33, inciso primero y 38 numeral 3o. de la Ley 30 de 1986, porque cualquiera de las conductas contempladas en la primera de las referidas normas, cuando la cantidad sobrepasa el anotado guarismo comporta la duplicación de la pena mínima y así es que se dosificó la pena para su procurado.

Esta normatividad indica que la cantidad de estupefaciente transportada, es factor estructurante del tipo penal imputado, por ser agravante específica de la conducta descrita en la primera de las mencionadas normas.

La sentencia se dictó con fundamento en la aceptación de la responsabilidad por el procesado, de todos los términos de la acusación, que comprendió los hechos y circunstancias consignados en ella, dentro de los cuales, como viene de advertirse, figura la agravante específica del numeral 3o. del artículo 38 de la referida Ley 30 cuenta como parte integral de la imputación.

En casos como estos, ha dicho también la Corte: "Lo concerniente a las circunstancias específicas de agravación, en cuanto hacen parte integral de la imputación por entrar a complementar el tipo objetivo, no pueden confundirse con los diferentes criterios a los que legalmente puede acudir el Juez al momento de dosificar la pena, sino que, se insiste estos hacen parte de la imputación misma". (auto de julio 3 de 1996, M.P. Dr. Gálvez Argote).

De tal manera, es evidente la falta de interés jurídico para recurrir en casación, del defensor de este procesado.

De concluir es entonces, la desestimación de esta demanda.

Tampoco existe interés jurídico para recurrir en casación la defensa de Carlos Faustino Porras Robayo, además de que la demanda desconoce los parámetros basilares de la técnica casacional.

El cargo que se formuló al incriminado en la diligencia de sentencia anticipada por transportar cocaína -artículo 33 Ley 30 de 1986-, incluía la agravante específica del numeral 3o. del artículo 38 de la Ley 30 de 1986, pues así lo refiere el acta, en la que consta que la Fiscalía precisó que la cantidad de sustancia a la que se refería la acusación fue veintinueve (29) kilogramos de cocaína.

Habiendo el procesado aceptado la acusación de manera libre y voluntaria con miras a una sentencia anticipada que le deparaba el beneficio de una notable reducción en la pena, formulada como lo fue, con la descripción de los elementos estructurantes del tipo penal por el cual se le condenó, no puede ahora pretender a través del recurso de casación, bajo el pretexto de reclamar por una supuesta errada dosificación punitiva cometida por el Tribunal que ha la había modificado al revisar en apelación la sentencia-, apoyada en errores de apreciación probatoria, retractarse, ni siquiera en forma parcial, de la responsabilidad aceptada en las condiciones referidas.

Respecto de esta clase de pretensiones, ha dicho la Corte ya en manera reiterada, que "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 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 de 1997, M.P. Dr. Gómez Gallego).

También ha puntualizado la Sala:

"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 prohíbe el artículo 37B del Código de Procedimiento Penal-al limitar los temas susceptibles de proponer en impugnación". (sente. de septiembre 30 de 1999, M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

De acuerdo a lo visto, la censura no prospera.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en, Sala de Casación Penal, acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gáhez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES/ PREVARICATO/ CAUSAL DE INCULPABILIDAD-Desconocimiento de la norma

1. "La Ley 30 de 1986 arropó y recogió, en un tipo penal especial y de mayor gravedad punitiva, aquellos comportamientos de los funcionarios o empleados oficiales que faltando a sus deberes funcionales se prestan para el favorecimiento de quienes participan en el negocio de la droga, a través de la realización de conductas que, si no existiera esta disposición, estarían previstas de otra manera y más benignamente tratadas, por las normas del C. Penal. Prevaricatos, Abusos de Autoridad, Fuga de Presos, y otras acciones infractoras de las Administraciones Pública y de justicia, entran a constituirse en formas comisivas de este tipo especial cuya existencia desplaza la subsunción hacia él y excluye, por concurso aparente, la posibilidad de concurrencia. Así las cosas, el tipo penal del artículo 39 del estatuto envuelve una medida específica para garantizar el cumplimiento y la eficacia de las disposiciones del mismo, de manera que apunta a proteger de manera especial la función del Estado y sus servidores en lo que tiene que ver con las normas allí integradas.

"Siendo ello así, la conducta imputada al Dr (...) encuadra en la normativa del art. 39 de la Ley 30 de 1986 y no en la del art. 149 del C.P., consagratoria del prevaricato por acción. Se trata de empleado público encargado de juzgar a personas comprometidas en delitos previstos en el estatuto, que mediante el proferimiento de una sentencia absolutoria ilegal procuró la impunidad de dicho delito.

2. No se trata de que la conducta atribuida al ex juez (...) tuviera fundamento en el conocimiento que de ella debía tener por sus estudios y experiencia y que por ese conocimiento, de manera intencional hubiese incurrido en ella. De lo que se trata, es de aplicar a la conducta contraria a la ley la norma que corresponde, sin que para ello sean necesarias exigencias previas como la representación literal o pormenorizado de un determinado precepto legal, sino que se tenga la conciencia que el comportamiento realizado de manera voluntaria es contrario al ordenamiento jurídico. Entonces, ante la presencia de una conducta lesiva, es deber aplicar la norma que la regula sin que su desconocimiento pueda servir de excusa para justificar el comportamiento.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No. 196 Proceso N° 15598

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Orlando Sánchez Mozo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta que lo condenó a la pena de cuatro años de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual, como autor responsable del delito tipificado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, en ejercicio del cargo de Juez Quince de Instrucción Criminal Especializado de esa ciudad, así como la pérdida del empleo que como Fiscal Seccional de Cúcuta que desempeñaba para el momento en que dictó el fallo.

HECHOS

La presente investigación se originó por el conocimiento que tuvo el Presidente (E) de la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta de que la sentencia absolutoria, proferida el 3 de diciembre de 1990 por el doctor Orlando Sánchez Mozo dentro del proceso que adelantaba en contra de Alvaro de Jesús Mendoza García y Luis Humberto Tabares Valencia, acusados del transporte y suministro de 158 kilos 464 gramos de cocaína, había sido producto del pago de cuarenta millones de pesos, dinero que se entregó para obtener la libertad de los procesados.

Como consecuencia, el señor Magistrado solicitó a la Procuraduría Departamental la práctica de una visita especial al proceso, originándose la apertura de investigación disciplinaria contra el Juez y la expedición de copias ante el Tribunal para que se investigara penalmente su conducta.

Con base en el informe evaluativo rendido por la Procuraduría Departamental, el Tribunal Superior de Cúcuta dio inicio a la etapa de indagación preliminar, el doce de marzo de mil novecientos noventa y uno.

La apertura de investigación se produjo el veinticuatro de abril del año en mención y para ello se tuvieron como pruebas las providencias aportadas en la etapa previa y se escuchó en diligencia de indagatoria al doctor Sánchez Mozo.

El ocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno se cerró por primera vez la investigación, pero la decisión fue revocada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal el 23 de julio de 1992 por considerar que se encontraba incompleta, pues no se había examinado lo atinente a la entrega de los cuarenta millones de pesos, a efecto de lo cual se dispuso la práctica de diferentes pruebas:

En el transcurso de esa etapa instructiva se amplió la indagatoria del ex funcionario, a quien se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de prevaricato, con beneficio de libertad provisional en providencia de fecha 8 de octubre de 1992, contra la cual el defensor del procesado interpuso recurso de reposición que fue denegado y concedido el de apelación mediante el cual la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso de alzada, en providencia del 6 de enero de 1993 la confirmó y adicionó en el sentido de abstenerse de proferir medida de aseguramiento por el delito de cohecho.

Clausurado nuevamente el ciclo investigativo, en proveído del quince de marzo de 1993 se calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de Orlando Sánchez Mozo como presunto autor responsable del delito de prevaricato, precluyéndose la investigación por el delito de cohecho.

Adelantada la etapa del juicio, el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, el Tribunal Superior de Cúcuta profirió sentencia condenatoria por el delito de prevaricato por acción. Al ser apelada esa decisión por el defensor del procesado, la Corte, en providencia del veintitrés de octubre de mil novecientos noventa y cinco, decretó la nulidad de lo actuado por error en la calificación jurídica y dispuso que regresaran las diligencias a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cúcuta.

En virtud de lo anterior, la Unidad Delegada en mención calificó el mérito del sumario el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, acusando a Orlando Sánchez Mozo como autor responsable de violar el artículo 39 de la Ley 30 de 1986. En consecuencia, le revocó el beneficio de la libertad provisional que se le había otorgado en el fallo anulado, se le sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por la de detención domiciliaria y precluyó la investigación por el delito de cohecho.

Apelada la decisión, la Unidad Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en decisión del veintinueve de febrero de mil novecientos noventa y seis la confirmó en su integridad.

Ejecutoriada la providencia, una Sala de Conjueces del Tribunal Superior de Cúcuta avocó el conocimiento del asunto y ordenó dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

Dentro de este término el defensor del procesado solicitó, por diversos motivos, declarar la nulidad de lo actuado, petición que fue despachada de manera negativa por el Tribunal y que esta Corporación confirmó en su integridad, al conocer de la apelación interpuesta contra ella, el veintidós de mayo de mil novecientos noventa y siete.

El dieciséis de mayo siguiente, de oficio, se ordenó la libertad provisional al procesado Sánchez Mozo con fundamento en el numeral 5° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Celebrada la diligencia de audiencia pública, el Tribunal Superior de Cúcuta, dictó la sentencia de primer grado que ahora es motivo del recurso de apelación que se procede a desatar.

FUNDAMENTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL

Se señala inicialmente en el fallo del Tribunal que se encuentra plenamente demostrado el aspecto objetivo que tipifica el asunto investigado, pues el mismo hecho de proferir resolución contraria a la realidad procesal así lo define.

Luego entonces se analiza la actuación y conducta desarrollada por Orlando Sánchez Mozo frente a la actuación procesal que sirvió de fundamento para proferir la sentencia absolutoria a favor de Humberto Tabares Valencia y Alvaro de Jesús Mendoza García la misma que les adelantó cuando era titular del Juzgado Quince de Instrucción Criminal Especializado, por el delito de tráfico de estupefacientes.

Recuerda esa colegiatura cómo el ex funcionario, en providencia del veintiocho de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, al resolver la situación jurídica de los citados señores Tabares Valencia y Mendoza García decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, fundamentado en las pruebas allegadas al proceso y por lo cual concluyó la existencia de un indicio grave, al configurarse los elementos incriminatorios de responsabilidad de los sindicados.

En el momento procesal oportuno en providencia del veinticinco de enero de mil novecientos noventa, concluyó el ex funcionario que existían medios de convicción suficientes para convocar a audiencia pública y las exigencias legales, pues según su propio criterio, tal basamento lo deducía de la siguiente conclusión: '...De otra parte en lo que hace a los motivos probatorios que se tuvieron en cuenta para adoptar la medida iniciada para ambos sindicados no ha variado procesalmente'.

De lo anterior deduce el *a quo* que ante la inexistencia de nuevas pruebas que hicieran variar la conducta procesal de los sindicados, la decisión adoptada por el aquí procesado se ajustaba a derecho; es decir, que la sustentación de su convocatoria se acomodaba a las pruebas inicialmente recaudadas y adelantadas por la Policía Nacional y los testimonios de los agentes de la Policía Nacional, pues no existía ningún otro elemento de juicio y así lo refirió Sánchez Mozo.

En cuanto al análisis probatorio y su valoración, destaca el fallador que con relación a la situación de flagrancia en que fueron aprehendidos los sindicados existió un pronunciamiento del ex juez de instrucción al resolver una petición de libertad del apoderado del procesado Mendoza García, la negó con el fundamento de que las pruebas que conforman el informativo indican que tal procesado estaba en situación de flagrancia. A su turno, la sala del Tribunal al desatar la apelación que se interpuso contra esa decisión, en providencia del 3 de agosto de 1990 concretó conceptual y

probatoriamente la situación de flagrancia en que fueron aprehendidos los sindicados, obrando así un elemento más claro y diáfano sobre la responsabilidad de los mencionados sindicados, partiendo para ello de las pruebas recaudadas y aportadas por quienes intervinieron en su retención.

Pese a lo anterior, agrega, Orlando Sánchez Mozo absuelve a los procesados con fundamento en la figura jurídica de la duda, resultando dicho fallo ajeno a la realidad procesal.

De otra parte, para analizar la sentencia proferida por el Dr. Sánchez Mozo el tres de diciembre de mil novecientos noventa -objeto de este proceso- y su responsabilidad, destacó el fallador *a quo*, algunos apartes del pronunciamiento efectuado por el entonces Tribunal Superior de Orden Público, al resolver la apelación interpuesta contra dicha providencia y del criterio expuesto por la respectiva Fiscalía al conceptuar sobre la sentencia recurrida. Al respecto señala que si bien esa corporación revocó la absolución del sindicado Alvaro de Jesús Mendoza García y en su lugar lo condenó, absolviendo a Humberto Tabares Valencia, no es menos cierto que también se refirió al criterio expuesto por Sánchez Mozo con frases que evidencian su afán por absolver. Adicional a ello refiere que esta Sala de Casación Penal no casó la sentencia recurrida a nombre del procesado Mendoza García.

En cuanto a la responsabilidad del procesado señaló que su conducta se adecua al supuesto hecho consagrado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, pues las pruebas obrantes en el proceso contienen la demostración de los elementos que la constituyen, por la ilegalidad de la sentencia absolutoria proferida por Sánchez Mozo, conducta imputable a título de dolo pues la intencionalidad, como parte integrante de éste, se patentiza en la falta de motivación de la sentencia.

Al respecto, los siguientes fueron los fundamentos del *a quo*:

"Para el caso en estudio, resulta obvio establecer y considerar que el comportamiento humano desarrollado por el Dr. Orlando Sánchez Mozo, en su providencia fue conciente y voluntario, lo que necesariamente lo hace doloso, no obstante los argumentos defensivos expuestos, luego para la Sala son suficientemente claro (sic) que con la determinación tomada por el procesado Orlando Sánchez Mozo al proferir una sentencia contraria a derecho, tal determinación no obedece a causal de justificación alguna, máxime los aventajados conocimientos específicos del Dr. Orlando Sánchez Mozo en materia penal, especialización sobre el tema y una basta (sic) experiencia judicial, por su desempeño durante largos años en la rama, lo cual impedía que un funcionario de tales condiciones desconociera la correcta aplicación de la norma y del acervo probatorio.

"En efecto, observa la Sala, cómo el procesado desde que inicia la redacción de su sentencia va estructurando una duda existente con la única razón de poder sustentar una absolución a todas luces ilegal. Efectivamente, el Dr. Orlando Sánchez Mozo demuestra su intencionalidad cuando construye todo un andamiaje de duda sobre las bases falsas, realizando análisis amañados

y tendenciosos de las pruebas obrantes en autos. Las mismas pruebas que en su momento sirvieron para detener a Alvaro de Jesús Mendoza García y para negar la libertad, son en la sentencia pretextos para encontrar la forma de absolverlo, escudándose en el principio procesal de que la prueba para condenar debe ser plena y debe existir certeza sobre la responsabilidad. El Dr. Orlando Sánchez Mozo, en forma hábil y con argumentos confusos e insulsos logra plasmar el concepto de la duda sobre la responsabilidad de Alvaro de Jesús Mendoza García para así poder justificar su absolución.

"Hay entonces en la sentencia cuestionada una prueba clara de intencionalidad del sindicado, de violar la Ley, ya que si analizamos el expediente contra Alvaro de Jesús Mendoza García, si vemos la forma en que se produjo la captura o las contradicciones del sindicado en su injurada, las pruebas que comprometían al narcotraficante y después vemos los malabarismos que hace el ex juez Orlando Sánchez Mozo para absolver, no nos queda más que concluir que flagrantemente se violó la ley, en la oprobiosa sentencia.

"Las apreciaciones subjetivas de la valoración probacional que hiciera de las pruebas aportadas al proceso el Dr. Orlando Sánchez Mozo, especialmente las testificaciones policiales para definir el fenómeno jurídico de la duda en extensa providencia absolutoria, pero en motivación valida probatoria también ausente, determina su inequívoca vulneración de la Ley, pues frente a una correcta interpretación de la misma, estamos frente a una fraudulenta valoración de las pruebas con el único fin de favorecer al procesado, quien debiendo ser condenado fue absuelto", (fls. 350 y 351 c.o No. 10).

Con fundamento en lo anterior, descarta el Tribunal la posibilidad de que el procesado haya actuado en alguna de las causales de inculpabilidad que consagra el artículo 40, en su ordinal 4° como quiso presentarlo la defensa, pues en este caso, por las circunstancias especiales que lo rodean, dados los conocimientos de la ley no solo como funcionario especializado en la materia, conocedor del tema por su fundada experiencia, no puede alegarse una ignorancia supina en esta materia o un error que pueda surgir del panorama registrado por el expediente, para la inobservancia consciente de los requisitos legales, pues las mismas pruebas abren paso a la imputación de la conducta en la integridad de sus elementos típicos, evidenciándose el elemento moral o subjetivo, que conoció en su típica ilicitud, lo quiso y respaldó como suyo; luego hubo el propósito de beneficiar con su decisión a los sindicados.

Fundamentos del Impugnación

Luego de resaltar los argumentos de la Fiscalía y del Ministerio Público, así como un aparte del fallo recurrido, señala el defensor del procesado que tanto la acusación como la condena se fundan en un supuesto errado: que como el procesado era titular de un Juzgado de Instrucción Criminal Especializado, competente para investigar y juzgar los delitos previstos por la ley 30 de 1986, tenía vasta experiencia como operador judicial y como Repre-

sentante del Ministerio Público y realizó estudios de especialización en Europa, debía conocer el delito que se le atribuyó y, en consecuencia, cuando dictó la sentencia del tres de diciembre de mil novecientos noventa, lo hizo con la conciencia del hecho punible y la voluntad de cometerlo.

Dice que es marcada la responsabilidad objetiva contenida en la decisión recurrida que acogió la acusación y que se desconocieron aspectos cruciales del ejercicio judicial que, de haberse tenido en cuenta, habrían llevado a conclusiones completamente diferentes.

Entonces señala, de un lado, que ni la experiencia, ni el cargo desempeñado, ni los estudios adelantados, necesariamente suponen que su procurado sabía que el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 es tipo penal del cual él era destinatario, lo que resulta claro porque la misma sala de conjueces se equivocó cuando condenó a Sánchez Mozo por el delito de prevaricato y no por el de procurar la impunidad de un delito de narcotráfico y porque el Tribunal Superior de Orden Público no encontró mérito para condenar a los dos procesados. Asegura que conforme a las reglas de la experiencia, el manejo y conocimiento de la Ley 30 de 1986 por parte de los operadores de la justicia se limita al articulado de su capítulo quinto que son las normas que describen los delitos cuya investigación y sanción fue deferida por ley a los Jueces de Instrucción Criminal.

Por otra parte, la sentencia desconoce que el Juez es el intérprete de la ley por antonomasia; que el mismo sistema provee los mecanismos necesarios para la corrección de los errores de los jueces; que entonces, no toda decisión contraria a las expectativas de las partes o de la sociedad, busca la impunidad de los delitos. Además ese interés en la impunidad, debe estar probado.

Señala en cuanto a la actividad judicial del Estado, entre otros aspectos, que si al juez se le ha otorgado la facultad de decidir en derecho, ello implica que puede interpretar la ley y la prueba, sometiéndose a unas reglas de interpretación y valoración, tomando las decisiones con fundamento en la prueba legal y oportunamente aportada al proceso, respecto de la cual debe exponer de manera razonada el mérito que le asigne. Pero de su cargo ni de su experiencia se sigue que esté obligado a condenar o absolver porque, pese a su investidura, es humano.

Por lo tanto, agrega, deducir el dolo a partir del conocimiento, la experiencia y los estudios cursados y que el juez debe actuar dentro de una camisa de fuerza que le impida razonar y justificar sus decisiones, es desconocer el contenido de los artículos 5º y 40 del Código Penal.

Dice el recurrente que en el proceso no obra una sola prueba de que el procesado conocía la norma del artículo 39 de la Ley 30, que cuando dictó la sentencia tachada de ilegal lo hizo a conciencia y con la intención de que la conducta de Tabares y Mendoza quedara en la impunidad.

De otra parte, a su modo de ver, la actuación procesal seguida contra tales individuos permite afirmar que la duda expresada por el juez acusado, cuenta con respaldo en esa foliatura.

Entonces refiere que las primeras actuaciones adelantadas por la policía contra Mendoza son inexistentes, como lo expresó su representado en la sentencia cuestionada y que esa ilegalidad se deduce de comparar los criterios con los que Sánchez Mozo había apreciado la prueba en providencias anteriores. Pero, decretar medida de aseguramiento y citar para audiencia, no imponen necesariamente que se deba dictar sentencia y que esta no pueda ser absolutoria.

Dice que no se analizó que el Tribunal de segunda instancia revocó la absolución con que favoreció a uno de los procesados, "lo que excluye la culpabilidad dolosa del juez". Entonces, no era tan evidente la responsabilidad de los sindicados como se pretende en la acusación y en el fallo, pese a considerarse que las dos personas actuaban en flagrancia.

Tampoco considera el impugnante que sea tan evidente el afán de absolver que se le endilga al procesado, porque entonces el *ad quem* no había dudado en ordenar que se le investigara. Que su procurado procedió como era su obligación, estudiando y analizando las pruebas para dictar el fallo porque unos eran los requisitos para dictar medida de aseguramiento y citar a audiencia (Ley 2ª de 1984), y otros los de la sentencia (código de Procedimiento Penal vigente para esa época). Entonces el fallo incurre en el error de creer que su representado debió condenar a los procesados por el hecho de haberlos convocado a audiencia.

De otra parte, y para demostrar que Sánchez Mozo sí podía hacer una nueva evaluación de la prueba, se refirió a varios aspectos de esa índole como el informe rendido por Sargento Arginio Cabezas y su testimonio, pues uno y otro no coincidían, así como a las declaraciones de los policiales y otras pruebas testimoniales.

En resumidas cuentas, para el recurrente lo que se evidencia del proceso contra Tabares y Mendoza es que hubo diferencia de criterios entre lo pensado por el juez y lo decidido por el superior funcional. Por tanto, el dolo endilgado a Sánchez Mozo no se encuentra probado en la infoliatura y entonces la decisión de condena debe ser revocada.

Consideraciones

De la lectura de la impugnación propuesta y del fallo recurrido, encuentra la Sala que el impugnante no acierta en la interpretación integral de la decisión y que solo se ocupa de un sector de los fundamentos de la misma a partir de los cuales elabora su reproche, el cual orienta a que se absuelva a su representado sobre la base de que su conducta se encuentra amparada por una de las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal, pues considera que no se encuentra probada su culpabilidad.

Importa aclarar, antes de entrar en el análisis de estos aspectos, que el pretender demostrar que el procesado Orlando Sánchez Mozo desconocía el contenido del artículo 39 de la Ley 30 de 1986, en nada afecta los fundamentos de la sentencia del *a quo*, porque las consideraciones en él plasmadas no

hacen referencia al conocimiento que Sánchez Mozo tuviera o no, acerca de la existencia de ese tipo penal en concreto, sino a que su proceder encaja en la descripción típica allí contenida.

La Sala explicó, con suficiente claridad, los motivos por los cuales se hacía necesario adecuar la conducta de Sánchez Mozo a dicha descripción normativa mediante providencia en la que se decretó la nulidad de lo actuado por error en la calificación jurídica del hecho punible atribuido al procesado y que ahora resulta obligado recordar. Así se dijo en esa oportunidad:

"Miradas las cosas desde esta perspectiva, no habría nada que objetar a la adecuación típica hecha por la fiscalía respecto de la conducta imputada al Dr. Orlando Sánchez Mozo, dada la circunstancia de que al mismo se le acusa por haber proferido una sentencia absolutoria ostensiblemente apartada de la ley, dentro de un proceso que adelantaba contra Luis Humberto Tabares y Alvaro de Jesús Mendoza, a quienes se acusaba por violar la Ley 30 de 1986 o estatuto de estupefacientes, por suministro y transporte, el primero, y transporte el segundo, de más de 158 kilos de cocaína.

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

"La Ley 30 de 1986 no fue ajena a esta metodología, a esta política criminal. Además de establecer una gran cantidad de disposiciones que apuntan a definir el ámbito de libertad ciudadana en todo lo que tiene que ver con las drogas, los estupefacientes y los medicamentos, así como de dictar reglas para la tarea educativa y preventiva por parte del Estado, el régimen de los precursores, de los aeropuertos, de los bienes vinculados a la actividad, las multas, la reserva bancaria y tributaria, etc..., creó un catálogo de delitos con la premeditada intención de cubrir todas las fases posibles en el cultivo, producción y tráfico de drogas y todas las conductas que conectadas con ello pudieran servir o facilitar dichas actividades, incorporando allí la siguiente disposición:

"Art.39 El funcionario empleado público o trabajador oficial encargado de investigar, juzgar o custodiar a personas comprometidas en delitos o contra-

venciones de que trata el presente estatuto, que procure la impunidad del delito, o la ocultación, alteración o sustracción de los elementos o sustancias decomisadas o facilite la evasión de persona capturada, detenida o condenada, incurrirá en prisión de cuatro a doce años, pérdida del empleo e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si el hecho tuviere lugar por culpa del funcionario o empleado oficial incurrirá en la sanción respectiva, disminuida hasta la mitad.

"El sentido de la ley y la intención del legislador no pueden ser, entonces, en esta materia, más claras. *La Ley 30 de 1986 arropó y recogió, en un tipo penal especial y de mayor gravedad punitiva, aquellos comportamientos de los funcionarios o empleados oficiales que faltando a sus deberes funcionales se prestan para el favorecimiento de quienes participan en el negocio de la droga, a través de la realización de conductas que, si no existiera esta disposición, estarían previstas de otra manera y más benignamente tratadas, por las normas del C. Penal. Prevaricatos, Abusos de Autoridad, Fuga de Presos, y otras acciones infractoras de las Administraciones Pública y de Justicia, entran a constituirse en formas comisivas de este tipo especial cuya existencia desplaza la subsunción hacia él y excluye, por concurso aparente, la posibilidad de concurrencia. Así las cosas, el tipo penal del artículo 39 del estatuto envuelve una medida específica para garantizar el cumplimiento y la eficacia de las disposiciones del mismo, de manera que apunta a proteger de manera especial la función del Estado y sus servidores en lo que tiene que ver con las normas allí integradas.*

"Siendo ello así, la conducta imputada al Dr. Sánchez Mozo encuadra en la normativa del art. 39 de la Ley 30 de 1986 y no en la del art. 149 del C.P., consagratorio del prevaricato por acción. Se trata de empleado público encargado de juzgar a personas comprometidas en delitos previstos en el estatuto, que mediante el proferimiento de una sentencia absolutoria ilegal procuró la impunidad de dicho delito. El error de subsunción en la resolución acusatoria es entonces evidente y es por esa conducta por la que debe responder el Dr. Sánchez Mozo y de la cual debe defenderse". (fls. 44 al 47 C.O. 8).

Frente a estos parámetros debe la Sala anticiparse a afirmar que los argumentos presentados por el defensor del procesado resultan algo confusos y en últimas carentes de fundamento probatorio, pues lo que se deduce de ellos es que trata de encuadrar la conducta de su representado en una de las causales de inculpabilidad contenidas en el artículo 40 del Código Penal con el argumento de que Sánchez Mozo no era conocedor del precepto contenido en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y que por lo tanto, el dolo no se encuentra probado.

De un lado, no es cierto que el fallador de primer grado haya atribuido la conducta a su representado por la vasta experiencia que tenía como titular de un Juzgado de Instrucción Criminal Especializado, competente para investigar y juzgar los delitos previstos por la Ley 30 de 1986 y por los estudios

de especialización realizados en Europa. Este fue un argumento aducido por el Tribunal para desvirtuar precisamente la existencia de la causal cuarta de inculpabilidad.

No se trata de que la conducta atribuida al ex juez Sánchez Mozo tuviera fundamento en el conocimiento que de ella debía tener por sus estudios y experiencia y que por ese conocimiento, de manera intencional hubiese incurrido en ella. De lo que se trata, es de aplicar a la conducta contraria a la ley la norma que corresponde, sin que para ello sean necesarias exigencias previas como la representación literal o pormenorizado de un determinado precepto legal, sino que se tenga la conciencia que el comportamiento realizado de manera voluntaria es contrario al ordenamiento jurídico. Entonces, ante la presencia de una conducta lesiva, es deber aplicar la norma que la regula sin que su desconocimiento pueda servir de excusa para justificar el comportamiento.

El libelista involucra de manera desacertada el error como causal eximente de culpabilidad con el desconocimiento de la existencia de un determinado precepto legal que no se puede confundir con el principio rector de conocimiento de la Ley. El error, como causal de inculpabilidad debe ser invencible, supuesto que en este caso no se encuentra demostrado y antes por el contrario, lo que muestra el proceso es que pugna con las condiciones en las cuales el error exime de responsabilidad. La prueba es demostrativa del conocimiento que el aquí procesado tenía de su proceder ilícito y de la conciencia y voluntad con que lo realizó; todo, aunado a sus condiciones sociales, culturales y a su experiencia en la función de administrar justicia, permite predicar sin asomo de duda, la conciencia de su proceder y la ilicitud del mismo.

Orlando Sánchez Mozo, en su condición de Juez de Instrucción Criminal Especializado, para la época de los hechos, e investido por la ley para fallar, profirió sentencia absolutoria en favor de los encartados Humberto Tabares Valencia y Alvaro de Jesús Mendoza García a quienes les adelantó proceso penal por infracción a la Ley 30 de 1986, desconociendo en dicho pronunciamiento la realidad fáctica y probatoria indicativa de la responsabilidad del último de los mencionados.

Desde un principio resultó plenamente configurado el aspecto objetivo de la infracción, como quiera que el día de los acontecimientos que fueron objeto de investigación por parte del ex juez Sánchez Mozo a eso de las cuatro o cinco de la madrugada, miembros de la Policía Nacional de la Estación de Zulia, interceptaron la volqueta de placas UR 2720 que era conducida por el sujeto Humberto Tabares Valencia, quien les manifestó que se dirigía hacia una finca y que el dueño del automotor venía por ahí detrás. Al ser revisado por los policiales se dieron cuenta que debajo de la arena y unas láminas que transportaba se encontraba un doble fondo en el que fueron hallados 148 paquetes que luego de ser sometidos a la prueba de campo, arrojaron resultados positivos para cocaína. Entre tanto, fue ubicado en la cercanías del Zulia, Alvaro Mendoza García quien reconoció ser el dueño de la volqueta, pero manifestó ser ajeno al material transportado en la misma.

Iniciada la investigación el ex funcionario vinculó a dichos sujetos mediante indagatoria a quienes les profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, a Tabares Valencia en la modalidad de transporte y a Mendoza García en las modalidades de transporte y suministro de droga, para lo cual hizo una enumeración detallada de la prueba obrante en el plenario. En cuanto al aspecto subjetivo de la infracción se refirió al contenido del informe del Jefe de la Policía Judicial en el que dejó a disposición a los retenidos, los vehículos y la cocaína; al informe del Comandante del la Estación del Zulia; al acta de incautación y pesaje de la droga, resaltando que allí se indica que Mendoza manifestó ser el propietario de la camioneta toyota y de la droga que fue decomisada y que estaba debidamente camuflada, reconociendo el carácter de públicos de tales documentos, del acta de incautación y pesaje, y recalcando que se encontraba suscrita además por una abogada asesora de la Procuraduría; las versiones libres de los encartados, también con la intervención de la citada funcionaria, el jefe de la Policía Judicial y su secretario. Al analizar el dicho de los sindicados restó toda credibilidad por las contradicciones observadas entre las dos versiones, concluyendo con la existencia del indicio grave requerido para la viabilidad de la medida de aseguramiento.

Llegado el momento de calificar el mérito del sumario, enero 25 de 1990, señaló que conforme a la Ley 2ª de 1984 regían los mismos requisitos para proferir la medida de aseguramiento y que las razones jurídicas que se tuvieron para ello no habían variado procesalmente: que por tanto mantenían su plena vigencia. Destacó entonces que se hallaba suficientemente acreditada la prueba mínima indicada por estar cumplidos los extremos subjetivo y objetivo de la infracción, resaltando como elementos de convicción los mismos que sirvieron para proferir la medida de aseguramiento. Esto es:

1. El informe del Jefe de la Policía Judicial dirigido al Juez de Instrucción donde se apunta que quien viajaba en la Toyota Samuray iba escoltando la volqueta; incluso hizo su intervención como propietario de la droga, expresándose en los mismos términos el Comandante de la Estación de Zulia, donde se encontraba el puesto de control donde fueron retenidos los vehículos.

2. El acta de incautación donde se dice que Mendoza es el dueño de la camioneta Toyota, su lugar de residencia, ser el propietario de la droga, tratarse de un documento público.

3. El acta de incautación y pesaje de la sustancia, que fue suscrita por la abogada de la Procuraduría y demás personal que intervino en la diligencia.

4. La versión de ambos encartados, destacando que fue tomada en presencia de la funcionaria del Ministerio Público. Allí recalcó Sánchez Mozo que Tabares Valencia había manifestado que lo dicho ante la Policía Judicial había sido el resultado de su propia voluntad y no bajo presión ni violencia; que Mendoza García había dicho todo lo contrario, haciendo ver inclusive que fue golpeado y resaltando cómo su dicho se enfrenta con el del otro

sindicado. Calificó de "pueril" la información que dio acerca de un individuo que dijo se había encontrado en una estación de gasolina para contratar un viaje y que este le había hecho entrega de la mercancía sin darse cuenta del contenido de la carga, y destacó cómo dicha versión fue parcialmente alterada al momento de su injurada. Luego de analizar la versión de cada sindicado, concluyó con que eran inaceptables sus manifestaciones. Respecto de Luis Humberto Tabares Valencia, señaló que tampoco había dado una explicación lógica de la manera como se le contrató, haciendo ver que desconocía el contenido de la mercancía. Todo ello para concluir que la responsabilidad de los encartados era perceptible a través de los diferentes medios de prueba mencionados en esa decisión.

Hasta este momento el ex juez de instrucción recalcó la existencia de la prueba de cargo existente en contra de los procesados, la cual se evidenciaba en las primeras diligencias que se adelantaron por parte de la Policía Judicial y por el personal de la Policía Nacional, en la presencia de una funcionaria de la Procuraduría en las distintas diligencias, en los informes suscritos por los uniformados que retuvieron el vehículo en el que se transportaba la droga y que dieron captura a los encartados, en el acta de incautación y pesaje de la droga, así como en las versiones rendidas ante la Policía Judicial, todo lo cual era indicativo de la existencia del indicio grave y la responsabilidad de los mencionados individuos.

Ya en el proveído que contiene la sentencia absolutoria objeto de la presente actuación, resalta que las exigencias para definir la situación jurídica y la calificación del mérito del sumario son diferentes de las requeridas para dictar sentencia. Procede entonces a analizar si de acuerdo con el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal obra prueba acerca de la certeza del hecho punible y de la responsabilidad de los acusados.

Aquí ya considera entonces que en las declaraciones de los Agentes de la Policía se contradicen entre sí sobre aspectos que estimó fundamentales; según él, incongruencias conceptuales que se presentaron desde un principio, esto es, desde que se rindió el informe verbal de captura, así como los posteriores que se presentaron al señor Juez Especializado por el Jefe de la Policía Judicial y el Comandante de la Estación de Zulia, así como entre el contenido de estos documentos y las declaraciones juramentadas rendidas por los policiales.

Sucedió entonces que el señor ex juez de instrucción olvidó por completo entrar en el análisis de aspectos atinentes a la materialidad de la infracción y a la responsabilidad de los acusados para dedicarse exclusivamente a resaltar las anunciadas contradicciones que en nada incidían la prueba indicativa de la responsabilidad del procesado Alvaro de Jesús Mendoza García. Dicho pronunciamiento evade la estructura y los contenidos formales y sustanciales que debe contener toda sentencia. Además, según los términos en que allí se refiere el Juez de Instrucción Especializado acerca de los informes rendidos por los policiales y de sus propias versiones, éstos no

habrían servido ni siquiera para deducir la existencia del indicio requerido para proferir la medida de aseguramiento ni tampoco para citar a audiencia pública, pues para él prácticamente se constituyeron en pruebas de ningún valor y lo único que proyectaban dichos medios probatorios era incertidumbre.

Al contrario de lo manifestado en las decisiones anteriores, esta vez otorgó credibilidad a las exculpaciones presentadas por Mendoza García y estimó que las versiones rendidas por este y su compañero ante la Policía Judicial, debían tenerse como inexistentes, por haber sido practicadas sin la presencia de un abogado defensor. Concluyó entonces con la existencia de la duda, recalcando que no se podían desconocer las circunstancias referidas por el procesado Mendoza García y que por tanto se debía concluir en la ausencia de certeza sobre la culpabilidad de los mismos.

Es evidente el contradictorio pronunciamiento emitido por Sánchez Mozo, quien fundamentó su decisión en la figura del *in dubio pro reo*, desconociendo abiertamente la prueba de cargo recogida en los autos que en ningún momento fue desvirtuada.

Es cierto que los jueces en sus decisiones están facultados para interpretar y aplicar la ley con fundamento en el análisis racional y lógico de los hechos y las pruebas, pero esa interpreración no debe atender al capricho del funcionario con el objetivo de favorecer a quienes incurran en este tipo de conductas y que convierten la decisión en ilegal. Es por ello que Sánchez Mozo, mediante providencia manifiestamente contraria a la ley, dispone la absolución de los encartados, existiendo al menos respecto de uno de ellos, prueba para condenar, lo que indudablemente se torna en una conducta tendiente a lograr la impunidad de los encartados. El funcionario judicial que así actúe, es merecedor del reproche contenido en la norma que de manera especial, contempla y sanciona el artículo 39 del Estatuto Nacional de Estupefacientes.

De ahí que no resulte aceptable el argumento del recurrente de que se trataba en este caso de una disparidad de criterios entre lo pensado por el juez y lo decidido por el superior funcional, porque para ello basta con mirar la sentencia de segunda instancia en la que el entonces Tribunal Superior de Orden Público al revisar por vía de apelación la sentencia absolutoria del procesado Sánchez Mozo, advirtió con extrañeza que el *a quo* para sustentar su fallo absolutorio se había apegado a situaciones no trascendentales. Y el hecho de que haya confirmado la absolución de uno de los encausados, no significa que por ello desaparece la culpabilidad que a título de dolo se le atribuyó al ex funcionario judicial, como también lo pretende hacer ver el recurrente.

Para esa Colegiatura, el hallazgo de la cocaína en las circunstancias conocidas lo admitieron los dos procesados, solo que al respecto adujeron diferentes razones frente a la justicia. Que la culpabilidad de Alvaro de Jesús Mendoza García se encontraba probada, empezando con la aceptación de

que la volqueta en la que se transportaba el estupefaciente era de su propiedad o por lo menos que para la época de autos la poseía materialmente y que por tanto era él quien disponía de tal automotor y que su compañera de vida marital era la que figuraba como su propietaria inscrita.

Alude a las pruebas que desvirtúan sus exculpaciones acerca de que había sido contratado el día anterior por un sujeto apodado 'catire' para el transporte de unos enlatados y compotas hacia Ocaña, expresando su temor acerca de que este sujeto hiciera arreglar el piso del 'platón' de la volqueta para camuflar allí la sustancia incautada, mientras tal individuo la tuvo en su poder de un día para otro.

Entonces se refiere a una factura de fecha 24 de noviembre de 1989, según la cual el automotor que allí se menciona ingresó al taller para su arreglo 17 días antes de producirse el hallazgo de la cocaína, lo que no concuerda con su versión pues, según él, al individuo 'catire' lo conoció el día anterior a los acontecimientos, es decir, el 9 de diciembre.

De otro lado, según reconocimiento hecho por un testigo, la persona que se presentó al taller fue el procesado Mendoza pero la factura fue expedida a nombre de "César Augusto" lo que surge como indicio demostrativo de que quería ocultar su identidad.

Resaltó el juzgador de la versión del procesado su afán de ocultar el hecho delictuoso, señal de su culpabilidad dolosa, lo que le permitió concluir que el sujeto desconocido al que se refiere surgió de su imaginación y el viaje lo realizó por su cuenta y riesgo; que tampoco fue contratado para transportar compotas y enlatados, sino arena y cocaína y que tuvo tiempo suficiente para darse cuenta que en el platón no había cajas, talegos o bultos con apariencia de contener compotas y enlatados. Dedujo la existencia de otro indicio en contra de Mendoza García, por el hecho de no haber solicitado un recibo, ni exigir que se le exhibieran las mercancías que iba a transportar, o constatar la cantidad o clase de carga que se le confía para su transporte.

Otra evidencia de la falacia de su dicho mencionada por el Tribunal, es el hecho de haber manifestado este procesado que la arena la había recogido con el fin de botarla, lo que no pudo hacer por habérsele presentado el contrato para el viaje. Pero su compañera Maribel Flórez Amirola declaró que esa noche aquel le dijo que lo llamara a las cuatro de la madrugada porque iba a transportar un viaje de arena y lámina a Ocaña.

Por todo esto concluyó el Tribunal que dicho procesado orientó su propósito a la actividad delictiva objeto de investigación y ocultarla tanto a su concubina como a las autoridades, consistiendo ella en el camuflaje de la cocaína en las láminas que conformaban el 'doble fondo' y a este debajo de la arena para su transporte.

En cuanto al procesado Luis Huniberto Tabares Valencia encontró un indicio a su favor como fue el haber facilitado a los policiales localizar a Mendoza, circunstancia que para esa colegiatura hacían creíbles sus des-

cargos y que no tuvo oportunidad de conocer la actividad delictiva que cumplía el dueño de la volqueta.

En las precedentes condiciones, encuentra la Corte totalmente infundadas las inconformidades del recurrente y por lo tanto habrá de confirmarse en su integridad la sentencia impugnada.

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 impugnada.

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.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY-Falta de aplicación/
REPARACION DEL DAÑO-Delitos contra el patrimonio económico/
PERJUICIOS MORALES-Facultad del juez para señalarlos/
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1. Referente al aspecto técnico de la demanda, que el Procurador Delegado glosa por considerar que el censor invoca equivocadamente la falta de aplicación del artículo 374 del C.P. pues ha debido aducir la errada interpretación de la norma porque el fallador reconoció su existencia y validez, anota la Corte, siendo su criterio ya reiterado, que a la exclusión evidente de un precepto sustancial, -falta de aplicación-, el sentenciador puede llegar al interpretar equivocadamente el alcance del texto legal; por contraste la errada interpretación como forma de violación directa de la ley sustancial, supone siempre la correcta selección de la norma y su aplicación, pero con una intelección defectuosa.

Por esta causa, cuando, como en el evento materia de examen, donde el demandante depreca la aplicación de un precepto sustancial que el fallador de las instancias no aplicó porque le atribuyó un alcance diferente al que correspondía, siendo el propio para regular el caso, el sentido de la transgresión a invocar es la falta de aplicación.

2. Dijo la Corte que "si el objeto material fue recuperado, o no alcanzó a ser objeto de apoderamiento como acontece en las tentativas, la reducción se obtiene si el responsable indemniza los perjuicios causados con el hecho punible, de acuerdo con la estimación que de ellos haga bajo juramento el perjudicado, o la que pericialmente se realice (art. 295 C. P. P.), a la vez que precisó que esa reparación "debe ser integral. Esto significa que las restituciones e indemnizaciones deben ser totales, no parciales. Los resarcimientos incompletos, solo ameritan el reconocimiento de la circunstancia genérica de atenuación prevista en el artículo 64.7 del Código Penal".

3. "Es al Juez a quien corresponde prudencialmente señalar el valor del daño moral no susceptible de valoración pecuniaria (art. 106 C. P.), que escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto

por el Juez dentro del límite máximo fijado por la ley, como lo ha indicado la Sala desde tiempo atrás (Sentencia del 26 de agosto de 1982, M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria, negrilla ausente en el texto original.)."

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Maintilla Nougués*

Aprobado Acta No. 192 (Dic. 1º/99) Proceso No. 11656

Vistos

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 12 de octubre de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la cual, con modificación a la de primera instancia, se condena a Wilmar Darío Gallego Lorza y Hernando Alonso Rúa Torres a sendas penas de cincuenta y cuatro meses de prisión y a la accesoria correspondiente, denegándoles el sustituto de la ejecución condicional, en calidad de coautores del concurso de delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Hechos y Actuación Procesal

En las primeras horas de la noche del 20 de abril de 1992, tres individuos jóvenes con el cabello cortado al estilo militar, portando armas de fuego, con las cuales lo amenazaron, arrebataron al ciudadano William Prada Gómez el vehículo marca Renault-9 de placas LIB-971 que conducía por inmediaciones de la carrera 43 con calle 54 de la ciudad de Medellín, pero una hora después el automóvil fue recuperado al ser decomisado por una patrulla de la Policía que al detectar como sospechosa la presencia del rodante, realizó su seguimiento hasta la urbanización Balcones de la Serranía de la misma ciudad, en donde el conductor se apeó y desapareció, y al contactarlo, encontró que de sus dos ocupantes uno portaba dos armas de fuego y munición, una de ellas con licencia. Al identificarlos, resultaron ser Darío Gallego Lorza, de profesión suboficial del Ejército Nacional y el civil Hernando Alonso Rúa Torres. Refirió el demandante que también le hurtaron su chaqueta, la corbata, las herramientas, el radio y los documentos del vehículo.

Con fundamento en el informe policial de captura y decomiso de las armas y de recuperación del automotor, dentro del cual "fue hallado un saco de paño gris, una corbata ... y una correa" (fls. 2 y 1 cd. orig.), el entonces Juzgado 14 I. C. de Medellín inició investigación penal, a la vez que el juzgado 20 de la misma especialidad abrió diligencias preliminares basado en la denuncia del propietario del automóvil, quien allí alcanzó a dar cuenta de la recuperación del automotor e informó la aparición de los documentos del vehículo (fls. 15 y 22). En la ampliación de su denuncia expresó que el vehículo había recibido abolladuras, cuyo avalúo fijó en cincuenta mil (50.000) pesos (fl. 22 cd. ppl.1).

Unificadas las referidas actuaciones el juzgado cognoscente otorgó la libertad provisional a los implicados en consideración a haber depositado el valor de los daños al automóvil (fl. 48) tasados por el propio ofendido, quien no se constituyó parte civil.

El mérito sumarial fue calificado con llamamiento a juicio para ambos, mediante resolución de acusación del 2 de diciembre de 1994 (fls. 72-78 cd. ppl. 1), bajo la imputación de hurto calificado y doblemente agravado en concurso con porte ilegal de arma de fuego de defensa personal. En la parte considerativa la providencia advierte que "dentro del carro se encontró el saco y la corbata del ofendido, pues al parecer los autores del ilícito apenas sí se dirigían al lugar donde esconderían el vehículo" (fl. 76).

Cumplido el rito de la causa, y sin que se hubiera realizado peritaje para establecer el monto de los perjuicios ocasionados con el delito, el Juzgado 26 Penal del Circuito profirió el fallo de condena sin pronunciamiento relativo a perjuicios, calculando la pena para el delito de hurto en 24 meses de prisión al reconocer la reducción de la mitad por indemnización total, aumentando 6 meses por razón del concurso. (fls. 98-109), y concediéndoles el subrogado de la ejecución condicional. Ninguna consideración específica hizo el Despacho en relación con el tema de la reparación del daño, distinta a la mención que hizo en el acápite de "Dosificación de la pena, en el que así se expresó:

"Así las cosas, la pena a imponer , la dosificaremos en la siguiente forma: Por disposición del artículo 350 del C. Penal, la pena puede fluctuar entre un mínimo de 24 meses y un máximo de 96. Atendiendo las circunstancias de agravación específicas previstas en los numerales 6o.,9o. y 10 del artículo 351 ibídem, la pena anterior podrá aumentarse entre una sexta parte y la mitad, es decir, los topes mínimo y máximo se establecerán entre 28 meses y 144 meses, que deberán adicionarse una vez más entre una tercera parte y la mitad, por disposición del numeral primero del artículo 172 de la misma obra, por lo que los límites para la penalidad a imponer, quedarán establecidos entre 36 y 192 meses de prisión, que en el caso presente estimaremos en 48 meses de prisión que por disposición del artículo 374 de la obra citada reduciremos en la mitad, pues que hubo indemnización integral de los perjuicios, para un total de veinticuatro meses de prisión por el ilícito de hurto calificado y agravado, que por disposición del artículo 26 del estatuto punitivo, elevaremos en seis meses más, para un total de treinta (30) meses, que será en definitiva la pena ...". (fls. 109-110, negrillas fuera de texto).

Inconforme con esta decisión apeló el Ministerio Público, en procura de una dosificación más severa y de la denegatoria del sustituto (fls. 116-118); y al desatar el recurso, el Tribunal Superior del Distrito la confirmó parcialmente, en cuanto revocó la rebaja por indemnización y el sustituto penal (fls. 130-144).

Consideró el Tribunal, para revocar la rebaja por concepto del artículo 374 del C. P., que el Juzgado instructor:

"No se interesó por verificar si el monto de los perjuicios fijados por el ofendido respondían realmente a los causados ... y si aquel recibió efectivamente el dinero consignado, la indemnización se orientó a la obtención del beneficio de excarcelación otorgado y no entraña propiamente un acto de enmienda o contradicción por parte de los procesados, como quiera que se declararon ajenos a la imputación, lo cual se opone a la gracia de que se trata".

Recuerda que la disposición penal en referencia autoriza el reconocimiento de la disminución punitiva cuando se restituye el objeto o su valor y se indemnizan los daños ocasionados al ofendido o perjudicado, discurriendo ampliamente sobre el tema, para concluir, con apoyo en ya recogida jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 1950, 1952 y de 21 de noviembre de 1988), que:

"La correcta interpretación de la norma enseña que, ... la atenuante sólo es válida cuando el responsable ..., además de restituir el objeto materia del delito o su valor y de indemnizar los perjuicios ocasionados al ofendido, o de cumplir la última exigencia cuando la primera no es posible, da muestras de un arrepentimiento sincero y espontáneo, indicativo de su menor temibilidad y de que está en condiciones de reintegrarse a la sociedad, sin que los derechos de sus semejantes sean conculcados de nuevo; solo cuando el comportamiento del sindicado se ajusta a esas previsiones se hace acreedor al beneficio otorgado por el legislador penal". (fls. 137 y ss.).

De esta manera, entendió el Tribunal que los procesados:

"No abrigaron el propósito de restituir el automóvil ni las prendas personales del ofendido; por el contrario, tan pronto como entraron en contacto con los bienes emprendieron la retirada con el ánimo de hacerlos suyos, aunque fracasaron en su empeño por la oportuna reacción de las autoridades policivas, que hizo posible su inmediata recuperación y cuando comparecieron al proceso negaron toda participación en el asalto, lo que no hace aconsejable el otorgamiento de la diminuente ...".

En consecuencia, la pena principal quedó establecida en cincuenta y cuatro (54) meses de prisión "respetando la operación realizada por el Juzgado, con excepción de la parte en que concede ese beneficio", y por el mismo lapso, la accesoria de rigor.

La revocación de la rebaja basada en el artículo 374 del C. P. y la consecuente denegación del subrogado, originaron el descontento de la defensa, cuya protesta devino a través de esta impugnación extraordinaria.

LA DEMANDA

Sostiene el defensor común de los procesados que la sentencia es violatoria, en forma directa, del artículo 374 del C. P., por falta de aplicación.

Explica que la norma mencionada confiere al juez la potestad de disminuir la pena en proporción de la mitad a las tres cuartas partes cuando

antes de dictarse sentencia de primera instancia el responsable restituye el objeto materia del delito o su valor e indemniza los perjuicios ocasionados a la víctima y considera que como en el caso en debate a los procesados les quedaba imposible la devolución de que habla la ley porque el vehículo fue recuperado por la fuerza pública, de manera que dieron cumplimiento a la única opción que les quedaba, que era indemnizar los perjuicios "previa estimación de los mismos por el ofendido", haciéndose acreedores a la rebaja de pena que en el fallo de primera instancia les reconoció, y por ende al subrogado de la ejecución condicional.

Añade que el Tribunal incurrió en un error de "diagnosis jurídica porque ha dejado de aplicar el premencionado artículo 374 del Código Penal porque objetiva y subjetivamente ha ignorado su cabal aplicación".

Finaliza la disertación solicitando a la Corte casar la sentencia y restablezca los reconocimientos contenidos en la primera instancia.

El Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal objeta la pretensión casacional y sugiere el mantenimiento de la decisión cuestionada, por considerar, de una parte, que la demanda está técnicamente mal concebida al aducir falta de aplicación del artículo 374 del C. P., porque el sentenciador reconoció la existencia y validez de ese precepto, de donde infiere el funcionario que debió proponerse como sentido de la violación la errada interpretación de esa disposición.

De otra parte, acogiendo como suyas las reflexiones contenidas en el fallo impugnado, afirma que carece de razón la censura porque indemnizaciones como la realizada en este proceso no traducen un verdadero arrepentimiento del delincuente, sino el deseo de hacerse a la rebaja punitiva, como según dice, lo refleja la alegada inocencia de los sentenciados en la comisión del atentado patrimonial. Tras discurrir sobre la burla que frecuentemente envuelve la oportunidad indemnizatoria en esta clase de hechos punibles, refiriéndose a la condición de miembro del Ejército Nacional de uno de ellos, precisa:

"Además, cuando en ese tráfico del crimen organizado operan felinamente miembros corruptos de los cuerpos de seguridad, su acción se torna inmensamente más temible por el soporte que de ellos recibe y porque una sociedad engañada y vilipendiada por aquellos en quienes espera encontrar seguridad, se ve más expuesta a la inclemencia del delito y a la traición de semejantes antisociales."

Consideraciones de la Corte

Referente al aspecto técnico de la demanda, que el Procurador Delegado glosa por considerar que el censor invoca equivocadamente la falta de aplicación del artículo 374 del C.P. pues ha debido aducir la errada interpretación

de la norma porque el fallador reconoció su existencia y validez, anota la Corte, siendo su criterio ya reiterado, que a la exclusión evidente de un precepto sustancial, -falta de aplicación-, el sentenciador puede llegar al interpretar equivocadamente el alcance del texto legal; por contraste la errada interpretación como forma de violación directa de la ley sustancial, supone siempre la correcta selección de la norma y su aplicación, pero con una intelección defectuosa.

Por esta causa, cuando, como en el evento materia de examen, donde el demandante depreca la aplicación de un precepto sustancial que el fallador de las instancias no aplicó porque le atribuyó un alcance diferente al que correspondía, siendo el propio para regular el caso, el sentido de la transgresión a invocar es la falta de aplicación. Como así lo hizo el casacionista, su demanda técnicamente no merece objeción. Se aparta pues la Sala en este sentido, del criterio del Ministerio Público.

En lo concerniente a lo fundamental del reparo casacional, impera recordar que la Corte, en fallo mayoritario del 23 de noviembre de 1998 con ponencia del magistrado Dr. Arboleda Ripoll, dejó sin piso las exigencias de arrepentimiento al procesado en la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios de que trata el artículo 374 del C. P., y que consideran necesario tanto el Tribunal que emite la sentencia recurrida, como la Procuraduría Delegada, en su concepto que por este aspecto no comparte la Sala, al cambiar el criterio hasta entonces imperante sobre los motivos que pudieran haber determinado al inerimindo a acogerse a esa norma restituyendo el objeto materia del delito o su valor e indemnizando los perjuicios ocasionados al ofendido antes de que se dicte sentencia de primera instancia, para lograr la aminoración de su pena, pues consideró que aparte de la restitución e indemnización en los términos en ella establecida, "Las motivaciones que hayan podido haber determinado su decisión, o los sentimientos que haya experimentado al hacerlo, no son aspectos que determine la aplicación o no de la consecuencia jurídica. De allí que su exigencia sea ilegítima".

También *dijo la Corte que "si el objeto material fue recuperado, o no alcanzó a ser objeto de apoderamiento como acontece en las tentativas, la reducción se obtiene si el responsable indemniza los perjuicios causados con el hecho punible, de acuerdo con la estimación que de ellos haga bajo juramento el perjudicado, o la que pericialmente se realice (art. 295 C. P. P.), a la vez que precisó que esa reparación "debe ser integral. Esto significa que las restituciones e indemnizaciones deben ser totales, no parciales. Los resarcimientos incompletos, solo ameritan el reconocimiento de la circunstancia genérica de atenuación prevista en el artículo 64.7 del Código Penal"*.

De estas estipulaciones, resultantes de la hermenéutica del artículo 374 del C. P. se infiere que en el caso materia de examen los procesados no hicieron la integral reparación que exige esta disposición para ser merecedores de la rebaja que consagra, la cual comprende la restitución del objeto materia del delito o su valor y el pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

El proceso revela que el ofendido y perjudicado no se constituyó parte civil, e hizo un personal avalúo de las abolladuras causadas a su vehículo por efecto del hurto sin pronunciarse sobre los daños morales que el violento despojo de su bien le ocasionó, estimativo económico para cuyo depósito judicial la defensa de los implicados solicitó autorización. El juzgado entonces instructor expidió la orden deprecada (fls. 47 y 45) y les otorgó la libertad provisional (fls. 48-49).

Por su parte, el juzgado 26 Penal del Circuito, fallador, como quedó visto, sin ningún análisis al respecto, dio por satisfecha totalmente la exigencia de la reparación y reconoció la reducción de la mitad de la pena (fl. 109).

El rastreo del contenido procesal consolida el incumplimiento de la totalidad de la exigencia legal para hacerse acreedores a la rebaja punitiva que el a quo concedió y el Tribunal revoca acertadamente, aunque con reflexiones que la Corte no comparte.

En punto a la connotación de la reparación de que se habla y sus consecuencias procesales, la Corte, en providencia del 25 de junio de 1998, con ponencia del magistrado Pinilla Pinilla, reiterativa de pronunciamiento anterior, expedido el 22 de junio de 1988, precisó:

"... la indemnización que exige también la norma (C. P. art. 374) debe ser plena o suficiente, en el sentido de tal concepto, para que produzca el efecto indicado. Y en este caso , señalados únicamente los perjuicios materiales por el perito, con prescindencia de los morales, el juez sin precisar estos conforme a sus facultades o anotar tal vacío, dio como suficiente la indemnización, para disponer la reducción referida cuando faltaba este requisito, sin el cual no podía entenderse atendido debidamente el precepto.

"No obstante lo anteriormente expresado, podría argüirse que el procesado consignó la suma señalada en la sentencia en comento, como perjuicios y que esto indicaba su ánimo de resarcimiento, lo que hacía posible la reducción comentada. A este respecto son pertinentes las razones expuestas por la Procuraduría Tercera Delegada, ya que no existiendo parte civil -se reitera y siendo incompleta la tasación efectuada, como se expresa en el mismo dictamen, puesto que se prescindió de los perjuicios morales, no puede darse por satisfecho este requisito. Lo cual no ocurriría, si habiendo intervenido el perjudicado en tal calidad no hubiera reclamado, pudiéndose entender que se conformaba con el señalamiento de perjuicios con la limitación indicada.".

"Es al Juez a quien corresponde prudencialmente señalar el valor del daño moral no susceptible de valoración pecuniaria (art. 106 C. P.), que escapa a toda regulación por medio de peritos, de donde, ni se precisa nombrarlos para ese efecto ni esperar sus resultados, que habrán de ser necesariamente negativos, para entrar a señalar su monto por el Juez dentro del límite máximo fijado por la ley, como lo ha indicado la Sala desde tiempo atrás (Sentencia del 26 de agosto de 1982, M. P. Dr. Darío Velásquez Gaviria, negrilla ausente en el texto orgtnal.)."

"El legislador, dentro de la política criminal, de la misma manera que establece unos topes de pena de mayor a menor severidad y graduaciones según la nocividad del delito, el bien jurídico tutelado, las repercusiones sociales, familiares y personales del agravio, su modo de realización, la magnitud del irrespeto a las normas de convivencia, el mal uso de la libertad, etc., puede seleccionar cuáles hechos delictivos son susceptibles de que se postergue la ejecución de la pena, para permitirle al Juez librar condicionalmente de sus consecuencias a quienes no parezcan requerir tratamiento penitenciario, observada su personalidad y, ya en el caso particularizado, la naturaleza y modalidades del hecho punible".

Consecuencia de la revocación decretada por el Tribunal, de la rebaja penal reconocida por el *a quo*, son entonces, la fijación de la sanción en el *quantum* que señala la sentencia acusada y la revocación del subrogado de la ejecución condicional.

En ese orden es preciso advertir que el Tribunal inaplicó correctamente la norma, porque no hubo indemnización, tal como se dejo anotado. El objeto de la casación es el restablecimiento de la legalidad que en el caso materia de estudio no se quebró, por parte del Tribunal.

Se desestimará por tanto, la censura.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. DEVUÉLVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópieses y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL - Requisitos factor subjetivo - Readaptación social

En verdad, hechos como este implican el máximo de esfuerzo en procura de la resocialización, lo que supone que la persona transite los varios pasos que constituyen el tratamiento, uno de los cuales es, ciertamente, el relacionado con el trabajo y el estudio. Pero a este siguen otros, por ejemplo la educación orientada a la afirmación del conocimiento y del respeto por los valores humanos, por las instituciones y por las normas de convivencia; la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa, deportiva y las relaciones de familia dirigidas, mancomunadamente, a las necesidades particulares de la personalidad; el estudio científico de ésta, producto de labores interdisciplinarias de abogados, psiquiatras, trabajadores sociales, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas, etc.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 196 Proceso N° 16485

VISTOS

La Sala resuelve la petición de libertad presentada por el apoderado del señor Oscar Maldonado Rodríguez, quien estimó reunidos los requisitos para reconocer a su defendido el derecho a la libertad provisional con fundamento en el artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con relación al requisito objetivo:

1. Según lo establecido en el artículo 72 del Código Penal, el procesado tiene derecho a su libertad condicional cuando haya cumplido las dos terceras (2/3) partes de la pena impuesta.

2. Mediante sentencia de febrero 15 de 1999, el Juzgado 51 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, condenó al señor Oscar Maldonado Rodríguez

a cuarenta y cinco (45) meses de prisión, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad a través de providencia del pasado 10 de mayo; en consecuencia, las dos terceras (2/3) partes de la pena impuesta corresponden a treinta (30) meses de prisión.

3. El procesado se encuentra privado de su libertad desde el 12 de enero de 1998, en consecuencia, hasta el día de hoy (13 de diciembre de 1999) ha cumplido 23 meses efectivos de prisión.

4. El artículo 82 de la Ley 65 de 1993 establece que se tienen en cuenta los abonos de un (1) día de reclusión por dos (2) días de trabajo (8 horas), de estudio (6 horas) o de enseñanza (4 horas); al respecto se han acreditado los abonos por estudio que se relacionan a continuación: Certificado 4209 febrero de 1998: 108 horas de estudio; marzo de 1998: 126 horas de estudio; abril de 1998: 120 horas de estudio; mayo de 1998: 114 horas de estudio; junio de 1998: 114 horas de estudio; Certificado 7367 julio de 1998: 132 horas de estudio; agosto de 1998: 114 horas de estudio; septiembre de 1998: 126 horas de estudio; Certificado 02041 octubre de 1998: 126 horas de estudio, para un total de mil ochenta (1.080) horas de estudio, que corresponden a 180 días de estudio, y por consiguiente hacen un abono de noventa (90) días por concepto de estudio.

5. Se acreditaron los abonos por trabajo que a continuación se relacionan: Certificado 7865 noviembre de 1998: 240 horas de trabajo; diciembre de 1998: 248 horas de trabajo -con relación a este mes, únicamente se reconocerá el máximo legal posible de horas trabajadas en días hábiles, esto es, 200 horas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 100 de la Ley 63 de 1993-; Certificado 01654 enero de 1999: 152 horas de trabajo como ordenanza; febrero de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza; marzo de 1999: 168 horas de trabajo como ordenanza; Certificado 02838 abril de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza; mayo de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza; junio de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza; Certificado 04912 julio de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza; agosto de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza; septiembre de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza; Certificado 05375 octubre de 1999: 160 horas de trabajo como ordenanza, para un total de dos mil cuarenta (2.040) horas de trabajo, que corresponden a 255 días de trabajo, y por consiguiente hacen un abono de ciento veintisiete (127) días por concepto de trabajo.

6. De acuerdo con lo expuesto en precedencia se acreditaron los siguientes tiempos: veintitrés (23) meses de privación efectiva de la libertad, más tres (3) meses de abono por estudio, más cuatro (4) meses siete (7) días de abono por trabajo, para un total de treinta (30) meses siete (7) días: si las dos terceras (2/3) partes de la pena impuesta son treinta (30) meses de prisión, se encuentra satisfecho el requisito objetivo establecido para reconocer el derecho a la libertad provisional solicitada.

Con relación a los requisitos subjetivos:

1. Se allegaron las actas de disciplina 014, 019 y 028, así como las calificaciones de conducta 5156, 1326, acta 28 y la certificación extraordinaria de conducta.

2. Debe precisar la Sala, que para el reconocimiento del derecho a la libertad provisional con fundamento en el artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal, no es suficiente el cumplimiento de las dos terceras (2/3) partes de la pena impuesta, estudiar, trabajar o enseñar durante el tiempo de reclusión y observar buena conducta en el establecimiento carcelario, pues el artículo 72 del Código Penal exige que se verifiquen los "antecedentes de todo orden" y la personalidad -no únicamente la personalidad del individuo con posterioridad a la comisión del delito, como lo expresa el defensor del procesado-.

3. En virtud de lo expuesto, considera esta Sala de la Corte que no es procedente reconocer al procesado el derecho a la libertad provisional con fundamento en el artículo 415-2 del Código de Procedimiento Penal, pues no se satisfacen los elementos subjetivos de valoración que corresponde efectuar al funcionario judicial, en procura de realizar un diagnóstico suficiente para formular su pronóstico sobre la adaptación social del procesado.

En efecto, uno de "los antecedentes de todo orden" que suministra el proceso es la misma naturaleza de la conducta, que no sólo evidencia la lesión del bien jurídico del patrimonio económico, sino que la forma en que se desarrolló pone de presente una especial insensibilidad en el actuar de Oscar Maldonado Rodríguez al concertar y preparar con ponderación el hecho punible, utilizar junto con otras personas armas de fuego para someter a los vigilantes de la bodega Incolens, proceder a destrozar las seguridades internas, tomar poder sobre los bienes que allí se encontraban y finalmente amarrar a los celadores para asegurar su huida.

En verdad, hechos como este implican el máximo de esfuerzo en procura de la resocialización, lo que supone que la persona transite los varios pasos que constituyen el tratamiento, uno de los cuales es, ciertamente, el relacionado con el trabajo y el estudio. Pero a este siguen otros, por ejemplo la educación orientada a la afirmación del conocimiento y del respeto por los valores humanos, por las instituciones y por las normas de convivencia; la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa, deportiva y las relaciones de familia dirigidas, mancomunadamente, a las necesidades particulares de la personalidad; el estudio científico de esta, producto de labores interdisciplinarias de abogados, psiquiatras, trabajadores sociales, terapeutas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas, etc.

Como el señor Maldonado Rodríguez ha iniciado esos pasos, pero no los ha culminado, se aleja de la normatividad carcelaria y penitenciaria sobre el tratamiento penitenciario con fines de resocialización y, por consiguiente, con fundamento se puede afirmar que aún no se encuentra readaptado, sobre todo si se comparan sus características comportamentales, especialmente con los artículos 9, 10, 63, 79, 80, 94, 142 s.s. de la Ley 65 de 1993.

4. Por las razones expuestas, no se accede a la petición de libertad formulada por el defensor del procesado Oscar Maldonado Rodríguez.

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

RESUELVE:

1. Negar la petición de libertad provisional formulada por el defensor del procesado Oscar Maldonado Rodríguez.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION - Causal primera

A la luz del numeral 3o. del artículo 225 del C. de P.P., en el escrito deben exponerse en forma clara y precisa los fundamentos de la causal aducida y citarse las normas que se estimen transgredidas, exigencias que relacionadas con la causal 1a. de casación, cuerpo segundo, tomada como fundamento legal por el censor en este caso, requiere individualizar las pruebas sobre las cuales recayó el error de evaluación que se atribuye a la sentencia; precisar la clase y la especie de error en el estudio de esa prueba cometido por el fallador; y, acreditar su importancia decisiva en el fallo, en cuanto pueda determinar la variación de su sentido y alcance. Además, el cuestionamiento y la consecuente demostración, debe cobijar a todas las pruebas de apoyo de la decisión

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.198 Proceso 16145

VISTOS

En observancia de lo dispuesto en el artículo 226 del C. de P.P. decide la Corte sobre la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 24 de julio de 1998 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que condena a Diego Augusto Gaitán Ávila y Mario Miranda Téllez como coautores del delito de Concusión.

ANTECEDENTES

1. El 3 de septiembre de 1996 cuando a eso de las 10 de la noche Fredy Alonso Arias se desplazaba en una motocicleta de su propiedad por la carrera 10 con calle 22 de esta ciudad capital, fue interceptado por los agentes de Tránsito Diego Augusto Gaitán Ávila y Mario Miranda Téllez, quienes, después de exigirle los documentos del vehículo y del seguro de accidente, aduciendo que el artefacto tenía problemas de legalidad y que la placa parecía ser falsa, razones por las cuales debían inmovilizarlo y llevar el caso a

conocimiento de la Fiscalía, a la par que le exigieron dinero, pero como el ciudadano carecía de él, lo condujeron a las dependencias del Tránsito, en donde los agentes retuvieron los documentos originales, le dieron fotocopia de los mismos y ellos se quedaron con aquellos, solicitándole esta vez la cantidad de cuatrocientos mil pesos, para cuya entrega señalaron el Hotel Dann de la avenida 15 con calle 103 al día siguiente. Este comportamiento determinó al ofendido a presentar denuncia contra los inescrupulosos funcionarios, a raíz de lo cual se organizó un operativo que arrojó como resultado la captura de los implicados.

2. Acusados, por el delito de concusión mediante resolución que fue confirmada en segundo grado el 11 de septiembre de 1997 (fls. 367 cd. ppl. y cd. Fisc.), fueron condenados por este hecho punible en fallo de primera instancia por el Juzgado 6o. Penal del Circuito (fls. 86 y ss. cd. fallo 1a- I.).

3. Apelada esta decisión por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito le impartió confirmación a través de la sentencia contra la cual se interpuso el recurso de casación por el mismo sujeto procesal, cuya sustentación adelantan con las demandas cuya revisión formal ocupa la atención de la Sala.

Las Demandas

Dos escritos de idéntico contenido, uno a nombre de cada uno de los procesados presentó su defensor común en estos resumidos términos:

"De conformidad con el numeral primero del artículo 220 del C. de P.P. ... demando la sentencia ... por razón de manifiestos y graves errores de hecho y de derecho, en la aplicación de la norma sustantiva ...".

Bajo el subtítulo de "Error de Hecho" consigna la definición que la jurisprudencia ha hecho del llamado falso juicio de identidad, pasando a afirmar que el Tribunal basó su fallo en cuatro pruebas: "el haz testimonial del denunciante y la versión de Víctor Julio Márquez ..., la grabación en video de la intervención de los policías y la inmovilización "de los incriminados " (sic), afirmando a renglón seguido, sin indicar en qué prueba basa su aserto, que el fallador no tuvo en cuenta "que el señor denunciante orquestó el plan por medio de un familiar que tiene en la Policía...". A continuación, aludiendo a las imágenes del video dice que esta prueba no se tuvo en cuenta porque no revela que los procesados recibieron "dinero alguno paquete simulador". Insiste que se trató de "un montaje con medios televisivos", añadiendo que "la zona de captura era el medio donde desarrollaban su trabajo" los condenados, y se pregunta si la cita fue puesta por el ofendido. Agrega que "con las circunstancias testimoniales, las dos instancias tejieron la farsa ... para condenar ...".

Sostiene que en la audiencia el perito que examinó el video, al responder una pregunta de la defensa afirmó que no hubo entrega de dinero; que esta prueba fue distorsionada; que "la verdad de los hoy condenados por medio de sus dichos no fueron tenidos en cuenta" . Anota que tampoco se valoró que la captura de los procesados ocurrió en su "lugar de operatividad". Al terminar la exposición en lo referente al error de hecho que considera dado, precisa que se

trató de violación indirecta de la ley sustancial. Precisa que hubo varias normas transgredidas, pero cita tan solo el artículo 247 del C. de P.P..

A continuación, bajo el acápite de "Error de derecho", que trata como "segundo cargo", advierte que pretende "relievar el alcance dado por el fallador a la prueba que procesalmente objetiva, se yerra en la evaluación que la misma Ley concede ... cuanto hace el fenómeno del *in dubio pro reo* ...".

Asevera que los hechos constitutivos del delito de concusión no pueden extraerse con certeza; además no hay prueba que permita afirmar abuso del cargo por los procesados "para decir, que su comportamiento fue antijurídico y doloso".

Asegura que en el acta "de simulación de entrega de los billetes" se dice que estos los suministró el denunciante y este en su declaración afirma que no fue así.

En relación con el testimonio del denunciante dice que es incoherente porque afirmó que uno de los policiales le exigió cuatrocientos mil pesos "pero nunca lo identificó" y al caer en cuenta de su error dijo que la exigencia provino de ambos, situación de la cual extrae la presencia de la duda probatoria imposible de eliminar.

En el video no aparece que los procesados recibieran el paquete "de que se habla". Sostiene que el *a quo* consideró que el delito existía con o sin entrega del dinero siempre que mediara cualquiera de las acciones descritas en la norma tipo, pero asegura el censor que "nunca se exigió dinero" como para estar "frente a alguno de los verbos rectores y la acción se complementaba ... con la entrega ... que no se llevó a cabo. El perito concluyó que la afirmación no permitía emitir concepto en detalle sobre las distintas acciones realizadas por los actores en escena, ni establecer con certeza la entrega de objeto alguno a los procesados. Dedica los dos párrafos siguientes a discurrir sobre el concepto de la sana crítica en materia de pruebas, lo que le permite concluir que en este proceso el fallador otorgó al testimonio del ofendido "un valor probatorio que en ninguna manera podía corresponderle, porque el mismo es interesado", y por ello se incurrió en error de derecho.

Considerando demostrados los errores enunciados cree desvirtuada la certeza del hecho punible y la responsabilidad requerida para condenar por el artículo 247 del C. de P.P. respecto de cada uno de sus poderdantes, y hace énfasis en la presencia de la duda "con relación al testimonio del denunciante y sus amigos" asegura que "no existió una verdadera valoración de la prueba ..." y "no se le dio la plena validez a la inocencia de los encartados ...". Finalmente depreca la casación para que en sentencia sustitutiva se absuelva a los procesados.

Consideraciones de la Corte

Por ser el recurso de casación una impugnación de carácter técnico, la ley de procedimiento establece requisitos de forma en la redacción de la demanda, de cuya observancia depende que se le someta al trámite de rigor.

Es así como, a la luz del numeral 3o. del artículo 225 del C. de P.P., en el escrito deben exponerse en forma clara y precisa los fundamentos de la causal aducida y citarse las normas que se estimen transgredidas, exigencias que relacionadas con la causal 1a. de casación, cuerpo segundo, tomada como fundamento legal por el censor en este caso, requiere individualizar las pruebas sobre las cuales recayó el error de evaluación que se atribuye a la sentencia; precisar la clase y la especie de error en el estudio de esa prueba cometido por el fallador; y, acreditar su importancia decisiva en el fallo, en cuanto pueda determinar la variación de su sentido y alcance. Además, el cuestionamiento y la consecuente demostración, debe cobijar a todas las pruebas de apoyo de la decisión.

Las demandas bajo examen, lejos de atender estos hitos insoslayables, toman como pretexto impugnatorio la causal de casación antes mencionada, pero se sustraen de ella en la medida en que su fundamentación se encausa por una visión de los hechos creada por la subjetividad de su signatario, que no se ancla en ningún error de hecho o de derecho aducible en casación sea falso juicio de existencia, o falso juicio de identidad dentro de la categoría del error de hecho; o, falso juicio de convicción, falso juicio de legalidad, dentro de la del error de derecho-, y que por tanto termina haciendo imprecisa y confusa la causa del reparo.

De observar es, cómo no obstante indicar con precisión los elementos de juicio en que dice se basó el fallo adverso y cuestionado: los testimonios del denunciante y de Víctor Julio Márquez, la grabación en video "de la intervención de los policías" y la arbitraria inmovilización que hicieron del vehículo en que se transportaba aquel, se abstiene el censor de señalar cuáles son los errores judiciales de evaluación de esos medios, prefiriendo afirmar insistentemente respecto de los testimonios, que el denunciante "orquestó el plan por medio de un familiar ...", que se trató de un montaje, que "las dos instancias tejieron la farsa ...para condenar". En cuanto al video, pese a que consignó en la introducción de la censura la definición del error de hecho por falso juicio de identidad, afirma que la prueba no fue tenida en cuenta -situación constitutiva de falso juicio de existencia-, aunque a renglón seguido asegura que lo que sucede es que las imágenes del video no demuestran que los procesados hayan recibido dinero alguno "del paquete simulador". Añade luego, en demanda de crédito para sus clientes, que sus dichos no fueron tenidos en cuenta, confundiendo lo que sería un error por falta de apreciación de la prueba, con una situación extraña al recurso, como es el grado de credibilidad que para el sentenciador asume un elemento de juicio a través de la crítica racional, aspecto este que no puede ser reducido a reparo casacional sin que se demuestren los errores evaluativos.

La imprecisión conceptual campea también al hablar de "error de derecho" buscando estructurar el principio de la duda imposible de eliminar, porque el discurso de reduce a afirmar que los hechos constitutivos del delito no pueden extraerse con certeza, que no hay prueba sobre abuso del cargo por los procesados; que en el acta "de simulación de entrega" dice que los

billetes fueron suministrados por el denunciante, pero este declara que no fue así, circunstancias estas, intrascendentes dentro del reparo porque no tocan con lo intrínseco del tema cuestionado y que no permiten a la Corte conocer el motivo del mismo.

Por lo demás, la crítica que hace bajo el acápite de error de derecho al testimonio del denunciante en punto a credibilidad al considerarlo incoherente, no acredita esa clase de error, como tampoco lo logra, el afirmar que "nunca se exigió dinero" basado en las imágenes del video tomado cuando el denunciante, ya puesto el asunto en manos de la Policía acudió a cumplir la cita para supuestamente entregar a los dos servidores públicos implicados la suma que le habían exigido cuando lo interceptaron, olvidando el censor que al haber sido cometido el delito desde este momento, tenía que haber demostrado el error en la evaluación del testimonio del denunciante.

De otro lado, la apreciación del peritaje y de la prueba testimonial por el fallador no puede ser objetada por error de derecho en la forma de falso juicio de convicción, que es lo que parece querer afirmar el censor, porque no existe tarifa preestablecida que confiera determinado valor a esas pruebas, para cuya apreciación cuenta el sentenciador con la herramienta legal de la crítica racional establecida en el artículo 254 del C. de P. P.

La notable confusión argumental bajo la cual aparece expuesta la fundamentación del cargo presentado, descarta la viabilidad del recurso a la luz del artículo 226 del C. de P.P..

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

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LÍMINE* las demandas de casación presentadas en este proceso y por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Diego Augusto Gaitán Ávila y Mario Miranda Téllez contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que los condena como coautores del delito de concusión. 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, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DETENCION DOMICILIARIA - Variación del lugar

"2.1. La figura de "residencia alterna" a que se hace mención en la solicitud, no está prevista en el estatuto procesal penal colombiano, particularmente en lo que hace relación a la unidad de vivienda de una persona sobre quien se ha impuesto una medida de aseguramiento de detención, que en todo caso es restrictiva de la libertad así se propicie cumplirla en la propia morada, la cual debe entenderse de manera singular, entre otros motivos para que no constituya un favor adicional de desigualdad por las disímiles condiciones habitacionales al alcance de cada asegurado domiciliariamente.

2.2. El control de la detención domiciliaria, para todos los efectos legales, le resultará muy difícil de ejercer al Inpec, entidad que en todo caso debe velar por el adecuado cumplimiento de las medidas privativas de la libertad y la observancia y certificación de los diferentes aspectos a ellas atinentes, función que no podría atender apropiadamente en un predio rural, a no ser a unos costos muy elevados, que el estado no tiene por qué asumir para la custodia de una persona cuya verdadera residencia es urbana." (f. 35 cd. 1).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Nilson E. Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N°198 Proceso N° 15273

VISTOS

Resuelve la Sala la solicitud presentada por el defensor del doctor Saulo Arboleda Gómez, para que se le permita cambiar el lugar de su detención domiciliaria, durante el tiempo comprendido entre el próximo 20 de diciembre y el 11 de enero del año 2000.

LA PETICIÓN

Manifestando que el procesado permanece en detención preventiva desde el día 8 de junio de 1998, tiempo durante el cual "ha demostrado acatamiento irrestricto a la justicia colombiana, y con respeto ha mantenido

el régimen propio de su detención preventiva, sin quebranto ninguno, sin que haya salido de detención cautelar ni siquiera mediante permiso por breves días, en el lapso mencionado de año y medio", e invocando el principio de la dignidad de las personas privadas de libertad, la analogía de esta situación con la prevista en el artículo 415-5 del Código de Procedimiento Penal y la indeterminación del tiempo que transcurrirá antes de que, por el cúmulo de asuntos a cargo de la Sala, pueda producirse la sentencia, el defensor del doctor Saulo Arboleda Gómez, solicita que se le conceda, "al menos un permiso de cambio de domicilio temporalmente, siempre presto a la órdenes de la H. Sala, que le permitan reducir la tensión física y sicológica que le ha producido la medida cautelar hasta el día de hoy".

Señala como domicilio alterno "la casa que tiene en Fusagasugá, en la vereda 'El Placer' de nombre 'La Arboleda'... donde fijará su residencia sometido a todos los compromisos de comparecer cumplidamente ante la Sala como hasta ahora", y permanecería entre el 20 de diciembre de 1999 y el 11 de enero del año 2000.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

En este mismo proceso, con fecha 15 de diciembre de 1998 la Sala negó el cambio temporal de la residencia donde debe darse el cumplimiento de la detención domiciliaria del doctor Saulo Arboleda Gómez, por las siguientes consideraciones:

"2.1. La figura de 'residencia alterna' a que se hace mención en la solicitud, no está prevista en el estatuto procesal penal colombiano, particularmente en lo que hace relación a la unidad de vivienda de una persona sobre quien se ha impuesto una medida de aseguramiento de detención, que en todo caso es restrictiva de la libertad así se propicie cumplirla en la propia morada, la cual debe entenderse de manera singular, entre otros motivos para que no constituya un favor adicional de desigualdad por las disímiles condiciones habitacionales al alcance de cada asegurado domiciliariamente.

2.2. El control de la detención domiciliaria, para todos los efectos legales, le resultará muy difícil de ejercer al Inpec, entidad que en todo caso debe velar por el adecuado cumplimiento de las medidas privativas de la libertad y la observancia y certificación de los diferentes aspectos a ellas atinentes, función que no podría atender apropiadamente en un predio rural, a no ser a unos costos muy elevados, que el estado no tiene por qué asumir para la custodia de una persona cuya verdadera residencia es urbana." (f. 35 cd. 1).

Como quiera que la situación jurídica en que se encuentra el doctor Saulo Arboleda Gómez no ha variado, y en el escrito del defensor no se traen argumentos distintos que analizar, salvo la sugerida analogía con lo señalado por el citado artículo 415-5 con relación a la audiencia pública, ya concluida en el presente proceso, por lo cual no resulta atinente, y la referencia a la indeterminación del tiempo que, por virtud de la inmensurable carga de trabajo, se tomaría para dictar la sentencia que de manera definitiva resuelva el asunto,

muy real pero que no da lugar a lo aspirado, la Sala despachará desfavorablemente la solicitud.

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

RESUELVE:

DENEGAR el cambio del inmueble donde debe seguir cumpliendo la detención domiciliaria el doctor Saulo Arboleda Gómez, solicitado por su defensor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar Secretaria.

EXTRADICION - Proceso en Colombia

Conviene señalar en relación con la petición uniforme elevada por el Ministerio Público y de la defensa técnica, de diferir la entrega al instante en que se le resuelva la situación jurídica al reclamado en nuestro país, en concordancia con lo reglado por el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, la Sala se abstendrá de pronunciarse, en virtud a que esta materia escapa al objetivo del concepto, y porque concierne al Gobierno Nacional decidir sobre ese particular.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C. catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.198 Proceso N° 15013

VISTOS

Decide la Sala sobre la petición de extradición elevada por el Gobierno de Suiza de su súbdito Martín Peter Rissi.

ANTECEDENTES

1. A través del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Embajada de Suiza con nota verbal No. 053, solicitó la extradición del ciudadano suizo Martín Peter Rissi

PETICIÓN QUE ACOMPAÑÓ CON LA SIGUIENTE DOCUMENTACIÓN

1.1. Orden de captura expedida contra el reclamado el 17 y 18 de junio de 1998 por el Juez 3º de Instrucción de Berner Jura Seeled.

1.2. Copias de las disposiciones penales sustantivas que describen y sancionan el delito atribuido al solicitado; y de la ficha dactilar.

2. El Ministerio de Relaciones Exteriores conceptuó que por no existir convenio aplicable al presente caso es procedente obrar de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Penal; y remitió la documentación a su homólogo de Justicia y del Derecho.

3. La cartera de Justicia y del Derecho en armonía con lo normado por el artículo 553 del Código Procesal Penal, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, pidió al Gobierno de Suiza enviar copia autenticada de la resolución de acusación o de la providencia equivalente a ella, con miras a obtener el perfeccionamiento del expediente.

4. El Despacho del señor Fiscal General de la Nación con resolución del 27 de agosto de 1998, decretó la captura con fines de extradición de Martín Peter Rissi

5. Junto con la nota verbal No. 68 del 10 de septiembre de 1998, la Embajada de Suiza allegó el acta de acusación dictada el 31 de agosto de ese año por el Juez 3º de Instrucción de Berner Jura Seeland, en la cual le imputa al reclamado en extradición "contravención múltiple cuantitativamente calificada, y cometida en pandilla con fines comerciales contra la ley de estupefacientes"; de cuyo texto interesa transcribir los siguientes apartes:

" El día 16.08.1996 el juez de instrucción 1 de Biel abrió acción penal contra Rissi Martin por detención ilegal y promoción de la prostitución y contra Sekwarr Michel por fomento de la prostitución mediante iniciación de una investigación preliminar. Con la continuación de esta investigación preliminar fue encargado el 01.01.1997 el suscrito juez de instrucción.

"Los días 20 y 22 de abril de 1998 el suscrito juez de instrucción fue informado por el señor Martín Zbinden del servicio central, del BAP en el sentido de que contra Rissi, Martin existe la sospecha de haberse hecho culpable de una contravención contra la Ley de Estupefacientes. Existen indicios de que Rissi, quien supuestamente permanece en Bogotá (Colombia) desde el 02.04.1998, estaría enviando traficantes de droga (mulas) a Suiza.

"El 22.04.1998 la investigación penal contra Rissi, Martin fue ampliada al hecho de la contravención múltiple cuantitativamente calificada en pandilla contra la Ley de Estupefacientes a causa de la sospecha de que él actúa como el jefe de una banda que introduce cocaína de contrabando de Colombia a Suiza y la distribuye allá.

"El 27.04.1998 el suscrito juez de instrucción fue informado por los señores Wm Standermann y Sommer de la policía judicial de Biel en el sentido de que el día 24.04.1998 pudo ser detenida en el aeropuerto de Ginebra la traficante Gehovana Muñoz Barbosa quien fuera enviada por Rissi Martin de Colombia a Suiza. Ella había ingerido 90 bolitas llenas de cocaína. Su amigo Leonardo Orellana Cuevas, quien pretendió recogerla en el aeropuerto, también pudo ser detenido.

"El 13.05.1998 se abrió la investigación penal contra Gehovana Muñoz Barbosa y Leonardo Orellana Cuevas por medio de una investigación preliminar por contravención contra la Ley de Estupefacientes.

"El 19.8.98 la acción penal fue ampliada contra Kreyeziu Albert mediante la iniciación de una investigación preliminar por contravención contra la Ley de Estupefacientes. KREYEZIU, Albert fue detenido con auto del mismo día.

"II. Rissi Martin deberá ser presentado al Comando de Policía del Cantón de Berna (sección de pesquisas) con el fin de efectuar o finalizar el proceso penal iniciado contra él por contravención múltiple cuantitativamente calificada que se comete en pandilla con fines comerciales según el artículo 19, inciso 1 y 2, lit a, b y c de la Ley de Estupefacientes.

"III. Contra el sindicado existe a raíz de los resultados de la investigación efectuada hasta la fecha, la siguiente sospecha fundamentada:

"1. En la vivienda del sindicado en Bruhlstrasse 43 en Biel se encontró un arma, una pesa y drogas (Protocolo de interrogación de Gehovana Muñoz Barbosa de fecha 08.06.1998, pagina 3 y del 11.06.1998, pagina 1, F.2 y protocolo de interrogación de Leonardo Orellana Cuevas de fecha 02.06.1998, página 3, F.9).

"2. El sindicado ha molido y empacado en marzo de 1998 en su vivienda Bruhlstrasse 43 en Biel las drogas duras. Gehovana Muñoz Barbosa anotaba las cantidades de la mercancía. Se trataba de aprox. 300 a 400 g. de cocaína (Protocolo de interrogación de Gohovana Muñoz Barbosa de fecha 08.06.1998, página 3, F.8, protocolo de interrogación de Leonardo Orellana Cuevas de fecha 02.06.1998, página 3, F.8.).

"3. René Berger había frecuentado varias veces la vivienda del sindicado con el fin de buscar droga. Se trataba en cada caso de 100 g. (Protocolo de interrogación de Leonardo Orellana Cuevas de fecha 09.06.1998, páginas 8 y 9).

"4. El sindicado, según afirmaciones de Gohovana Muñoz Barbosa de fecha 28.05.1998, pág. 8, F.18, ha transferido en varias ocasiones dinero a Bogotá. Supuestamente para una firma de nombre SARO y más tarde para una compañía de nombre FREEWAY.

"5. Leonardo Orellana Cuevas, de conformidad con sus declaraciones del protocolo de interrogación de fecha 02.06.1998 (p.4, F.10) vendió para el sindicado y su amiga Angela aprox. 10 bolitas de heroína.

"6. El sindicado envió entre el mes de enero de 1998 y el mes de abril de 1998 por medio de 7 mulas (personas que ingieren la cocaína y la elimínan posteriormente) de Colombia a Suiza. Dichas personas se llaman: Alex, Angel, Orlando, Jessy y Gehovana. Alex y Angel vinieron 2 X (protocolo de interrogación de Leonardo Orellana Cuevas de fecha 15.06.1998, pág. 2, F.2 y protocolo de Gehovana Muñoz Barbosa de fecha 11.06.1998, p. 31, F.7-9).

"7. Las mulas transportaron aprox. 100 bolitas de cocaína cada uno de aprox. 8 gramos la bolita (Protocolo de interrogación de Gehovana Muñoz Barbosa de fecha 26.04.1998, p.1, F.2 y de fecha 11.06.1998, p.3, F.7-9).

"8. Gehovana Muñoz Barbosa parte de la suposición de que el mismo inculpado y su amiga Angela con motivo de su regreso a Suiza en enero de 1998 transportaron cocaína a Suiza (Protocolo de interrogación de fecha 08.06.1998, P.4 de Gehovana Muñoz Barbosa).

"9. El inculpado llegó el 5 o 6 de enero de 1998 en compañía de su amiga Angela a Zurich, unos pocos días antes de llegar Alex, una de las mulas. La droga traída por Alex les fue entregada (Protocolo de interrogación de Gehovana Muñoz Barbosa de fecha 11.06.1998, p.2, F.6 y p.3, F.9).

"10. El sindicado ha recogido aprox. El 15.03.1998 y el 19.03.1998 una mula en cada oportunidad (Orlando y Angel) (Protocolo de interrogación de Gehovana Muñoz Barbosa de fecha 11.06.1998, p.4)

"11. El sindicado ha exhortado el 19.04.1998 a Gehovana Muñoz Barbosa para que transportara drogas en su viaje de regreso de Bogotá a Suiza (Protocolo de interrogación de fecha 26.05.1998, p.6, F.13 y de fecha 08.06.1998, p.6) y la acompañó el día de su salida al aeropuerto (Protocolo de interrogación de Gehovana Muñoz Barbosa de fecha 28.05.1998, p. 7, F.14).

"12. En el protocolo de fecha 08.06.1998, p.6 Gehovana Muñoz Barbosa afirma que ella piensa que el sindicado y su amiga son los jefes.

"13. En el protocolo de fecha 09.06.1998 (p.8) Leonardo Orellana Cuevas afirma que los negocios del sindicado lo constituye el tráfico de drogas.

"14. En el protocolo de interrogación de fecha 16.07.1998 René Berger afirma que él sabía que Rissi Martin hacía llevar las drogas de Bogotá a Suiza. También es cierto que él había vendido drogas para Rissi Martin en Biel y otras partes.".

6. La Oficina de Asuntos Internacionales de la Fiscalía General de la Nación, comunicó que a Martín Peter Rissi se le informó el 8 de septiembre de 1998, de la expedición de la resolución de captura con fines de extradición. Que el mismo individuo se encuentra privado de la libertad a cargo del proceso No. 33774 que en su contra adelanta la Dirección Regional de Fiscalías de esta ciudad, por los delitos de concierto para delinquir referido al narcotráfico y las conductas establecidas en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997.

7. Esta Sala de Casación recibió el expediente proveniente del Ministerio de Justicia y del Derecho, con el fin de rendir el concepto de rigor.

8. Dentro del término probatorio previsto en el artículo 556 del Código Procesal Penal, se trajeron al legajo los siguientes medios de convicción:

8.1. La Dirección Regional de Fiscalías de esta ciudad, hizo saber que dentro del proceso seguido a Martín Peter Rissi, el 28 de diciembre profirió en su contra resolución de acusación por los delitos de tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir referido al narcoúráfico: decisión contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación.

También remitió fotocopias autenticadas de la ampliación de indagatoria y de la acusación.

8.2. Dictamen pericial en donde se concluye que las huellas de la reseña tomada a Martín Peter Rissi por el Departamento Federal de Justicia de Suiza, y las contenidas en la tarjeta de control de internos llevada por la Cárcel Modelo, corresponden a una misma persona.

8.3. A través del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Embajada de Suiza en Colombia, envió las notas verbales 075 y 096 del 9 de agosto y 15 de septiembre del presente año, y con ellas copia de los artículos 176, 179 y 234 de la Ley Procedimental Penal del Cantón de Berna del 15 de marzo de 1995, aclarando que estas normas son aplicables al marco del artículo 19 de la ley federal de estupefacientes del 3 de octubre de 1951. Posteriormente ratificó que ese cuerpo normativo fue operado para expedir el acta de acusación contra Martín Peter Rissi

Documentación traducida y autenticada en debida forma.

9. Fueron presentados en término los siguientes alegatos:

9.1. El Procurador Primero Delegado, sugiere a la Corporación profiera concepto favorable a la extradición por estimar reunidos los requisitos exigidos por el artículo 558 del Código de Procedimiento Penal; condicionándola a que previamente se le defina su situación jurídica en el proceso que se sigue en su contra en nuestro país, por hechos ocurridos entre los meses de abril y mayo de 1998.

9.2. Por su parte la apoderada del solicitado en extradición, considera que la duda que quiso despejar la Corte con la prueba decretada de oficio, permanece sin dilucidar por cuanto no se ha traído al expediente el documento firmado por el Juez 3º de Instrucción de Berner Jura Seeland; insistiéndose en que se acepten las normas presentadas por la Embajada de Suiza como posiblemente violadas, sin que se sepa si realmente ellas fueron aplicadas al caso. Postula que se debe insistir en la petición, pues ella es la prueba reina para emitir el concepto.

De otra parte, y en atención a que el proceso que adelanta la Fiscalía se encuentra pendiente de decidir el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de acusación, pide se espere al fallo para dar aplicación si fuere el caso a lo normado por "el Estatuto Penal vigente".

Consideraciones de la Sala

En consideración a que no existe tratado de extradición con Suiza, la demanda de extradición pasiva del señor Martín Peter Rissi, ha cursado en consonancia con lo previsto en las disposiciones contenidas en el Libro V, capítulo III del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, el concepto que ha de emitir la Sala, debe fundamentarse, según las voces de la preceptiva del artículo 558 del Código de

Procedimiento Penal, en la validez formal de la documentación presentada, en la demostración plena de la identidad del solicitado, en el principio de la doble incriminación, y en la equivalencia de la providencia proferida en el exterior con la resolución de acusación.

1. De la validez formal de la documentación:

Este primer elemento, encuentra pleno desarrollo con los documentos enviados por el Gobierno de Suiza, atendiendo cabalmente las formas que sobre la materia regla nuestra legislación interna.

Efectivamente, la petición de extradición fue formalizada por la Embajada de Suiza en nuestro país mediante la nota verbal No. 053 del 23 de julio de 1998 a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, en ella informa que el reclamado Martín Peter Rissi nació el 30 de junio de 1962, siendo arrestado el 7 de mayo de 1998 por el D.A.S., prosiguiendo en su contra el proceso No. 33774 por violación a la Ley 30 de 1986 la Fiscalía General de la Nación; a ella se agregó la orden de captura del 17 y 18 de julio de ese año, librada por el señor Juez Tercero de Instrucción de Berner Jura - Seeland, la tarjeta dactilar, y la transcripción de las normas legales que tipifican y sancionan el delito imputado. Posteriormente y a petición del Ministerio de Relaciones Exteriores, fue incorporada al expediente el acta de acusación proferida el 31 de agosto de 1998, la cual comporta una relación detallada de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron los hechos que engendraron la reclamación, singulariza el cargo por el cual se acusa "contravención múltiple cuantitativamente calificada que se comete en pandilla con fines comerciales según el artículo 19, incisos 1 y 2, lit. a, b y c de la Ley de Estupefacientes"; y relaciona las pruebas en que estriba la acusación.

Resumiendo, la solicitud de extradición fue hecha por vía diplomática, a ella se adjuntó transcripción del acta de acusación, se detallaron los actos que propiciaron la solicitud denotando el lugar y las fechas en que fueron realizados; se aportaron los datos necesarios para establecer la plena identidad de la persona reclamada, junto con la copia de las disposiciones aplicables para este caso.

Documentación que además de haber sido autenticada de acuerdo con las normas del país requirente, fueron traducidas al castellano.

Cumplidas las exigencias previstas en el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, la Sala tiene por demostrado este requisito.

2. Plena identidad del reclamado:

Es evidente que con los medios de prueba que obran en el expediente se patentiza que la persona reclamada en extradición es la misma que está privada de la libertad a órdenes de la Fiscalía General de la Nación, en virtud del proceso No. 33774, y a quien el Ente Acusador notificó la resolución de captura con fines de extradición.

Ciertamente, desde el momento en que fue formalizada la demanda de extradición la Embajada de Suiza en nuestro país, aseveró que el señor Martín Peter Rissi, fue capturado por miembros del D.A.S. y puesto a disposición de la Fiscalía en razón al proceso No. 33774 por contravenir la Ley 30 de 1986, información que vino a ser confirmada por el Fiscal Regional a cuyo cargo se adelanta la investigación, remitiendo con ese propósito copia de la ampliación de la indagatoria, y de las resoluciones con que le resolvió la situación jurídica, y luego lo llamó a juicio.

Para despejar cualquier duda que pudiera persistir sobre este requisito, el resultado del cotejo técnico dactiloscópico, practicado por un experto adscrito al Departamento Administrativo de Seguridad "D.A.S.", a la reseña decadactilar de Martín Peter Rissi enviada por el Departamento Federal de Justicia de Suiza, y a la tarjeta de control de internos llevada en la Cárcel Modelo a nombre de Martín Peter Rissi, afirma que las impresiones dactilares corresponden a una misma persona.

Además, la defensa técnica sin ambages ha admitido que la persona privada de la libertad es la misma que es requerida en extradición, pidiendo en armonía con el Ministerio Público, se condicione su entrega a la previa definición de su situación jurídica en nuestro territorio.

Así pues, estas pruebas bastan para dar por comprobado este nuevo elemento del concepto.

3. Principio de la doble incriminación:

A tenor del acta de acusación proferida por el señor Juez 3º de Instrucción de Berner Jura Seeland, Martín Peter Rissi es reclamado en extradición por el delito de "Contravención múltiple cuantitativamente calificada que se comete en pandilla con fines comerciales según el artículo 19, incisos 1 y 2, lit a,b y c de la Ley de Estupefacientes"; preceptos que en lo pertinente dicen:

"ART. 19.

"1. Quien cultiva ilícitamente plantas conteniendo alcaloide o cáñamo para la preparación de estupefacientes.

Quien ilícitamente produce, cosecha, transforma o trabaja estupefacientes,

Quien ilícitamente almacena, envía, transporta, importa o realiza...

Quien ilícitamente los ofrece, reparte, vende, facilita consigue, dispone, pone en circulación o entrega;

Quien ilícitamente los posee, guarda, compra o consigue de otra forma,

Quien se dispone a eso.

Quien financia la circulación ilícita de estupefacientes o facilita su financiación,

Quien invita al consumo de estupefacientes en público o hace pública la compra o el consumo de estupefacientes.

Será, si comete el hecho dolosamente, penado con cárcel o multa. En casos graves, la pena es penitenciaria o cárcel no menos de un año, la cual puede ser combinada con una multa, de hasta un millón de francos.

"2. Un caso grave se presenta sobre todo, cuando el autor:

a. Sabe o tiene que suponer que la contravención se relaciona a una cantidad de estupefacientes que puede poner en peligro, la salud de muchas personas;

b. Actúa como miembro de una banda, los cuales se han reunido para ejercitar la circulación de estupefacientes ilícita.

c. Realiza por el tráfico profesional un gran volumen de negocios o un beneficio considerable."

Delito que también es tipificado y reprimido en Colombia por el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 modificado por el artículo 17 de la Ley 365 de 1997, ya que el delito de "tráfico, fabricación o porte de estupefaciente" se comete, entre otras hipótesis, con la conservación, venta, exportación y transporte de estupefacientes, conductas que se le atribuyen al reclamado por el Estado que demanda su extradición. Además, el quantum punitivo previsto en el numeral 1° del artículo 549 también concurre, puesto que el injusto penal es castigado en nuestro país con prisión no inferior a 4 años.

Así las cosas, para la Corte es patente que el requisito de la doble incriminación se encuentra acreditado.

4. Equivalencia de las decisiones:

De la misma manera, a juicio de la Sala, la equivalencia del acta de acusación proferida por el Juez 3º de Instrucción de Berner Jura - Secland, con la resolución de acusación reglada por los artículos 441 y 442 del Código de Procedimiento Penal, se encuentra comprobada. En efecto, en ella se hace un relato de los hechos por los cuales se acusa al reclamado en extradición, incluyendo por supuesto las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los identifican, y su adecuación típica.

Pero además de estos puntos de coincidencia, importa resaltar como particularidad trascendente que este acto procesal pone fin a la investigación preliminar y da inicio al juicio oral, equivalente a la naturaleza jurídica de la resolución de acusación, que finiquita la instrucción y da comienzo al juzgamiento.

Ahora, en lo que tiene que ver con la solicitud de la defensora del reclamado, atinente a que las normas remitidas no son suficientes para resolver las dudas que sobre este punto se cernían, la Sala discrepa de su postura por las siguientes razones:

Recibidos de la Embajada de Suiza -traducidos-, los textos de los artículos 176, 179 y 234 de la Ley de Procedimiento Penal del Cantón de Berner, que regularon la expedición del acta de acusación, no existe duda que esa decisión es equivalente a la resolución de acusación, ya que no obstante

reglamentar los dos iniciales preceptos la detención preventiva y la orden de captura, lo que podría llevar a pensar que el acta de acusación se equipara a la medida de aseguramiento, el texto del artículo 234 de ese ordenamiento jurídico despeja cualquier duda, puesto que fija como objetivo de la investigación preliminar, establecer si una persona debe comparecer ante el Tribunal juzgador a causa de la acción que se le imputa, amén de servir para preparar el juicio oral. Con este trámite se evidencia que el acta de acusación es presupuesto para acometer el juicio oral; además, que en la etapa preliminar el funcionario investigador está facultado para dictar detención preventiva, y consecuencialmente ordenar la captura. He ahí la razón por la cual la captura que presupone la detención preventiva a tenor del artículo 179 de la obra en cita -fue librada por el Juez de Instrucción el 17 de julio-, y el acta de acusación el 31 de agosto siguiente.

Así pues, de lo atrás analizado se deduce el lleno de los requisitos previstos en el capítulo III del Título 1º, libro V del Código de Procedimiento Penal, lo cual conduce a la Corte a emitir concepto favorable a la solicitud de extradición.

Conviene señalar en relación con la petición uniforme elevada por el Ministerio Público y de la defensa técnica, de diferir la entrega al instante en que se le resuelva la situación jurídica al reclamado en nuestro país, en concordancia con lo reglado por el artículo 560 del Código de Procedimiento Penal, la Sala se abstendrá de pronunciarse, en virtud a que esta materia escapa al objetivo del concepto, y porque concierne al Gobierno Nacional decidir sobre ese particular.

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

RESUELVE:

CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano Suizo Martín Peter Rissi, quien es solicitado por el Gobierno de su país, por el delito de narcotráfico.

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 E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA - Indagatoria - Ciudadano honorable/ **INDAGATORIA** - Finalidad/ **INDAGATORIA-Interrogatorio**

1. El respeto por los derechos fundamentales como el de defensa del sindicado al momento de rendir su indagatoria, ha sido tema recurrentemente tratado por esta Sala, que aún cuando el primer inciso del artículo 148 del C. de P. P. autorizaba la habilitación de ciudadanos honorables no servidores públicos para esa ocasión, no vaciló en reconocer su transgresión en los eventos en que consideró injustificada esa habilitación; sin embargo, a raíz de la expedición por la Corte Constitucional, de su sentencia C.049 del 8 de febrero de 1996, declarando la inexequibilidad de ese segmento normativo, esta Sala continuó aceptando la validez del nombramiento de esos ciudadanos como defensores para la indagatoria, salvo manifiesta irregularidad, claro está, siempre y cuando hubiera ocurrido antes del referido fallo constitucional. Así se ha precisado en varios pronunciamientos, unos de ellos el auto del 6 de mayo de 1998 (M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

2. La función de la indagatoria es permitirle a quien la rinde conocer y explicar unos hechos posiblemente delictivos que se le imputan, independientemente de su calificación jurídica, la cual se encuentra reservada para los momentos de la resolución de la situación jurídica, la acusación y la sentencia.

3. Es la propia ley -artículo 360 del C. de P. P.- la que dispone indagar por los hechos que originaron la vinculación, que no son otros que los estructurantes de la imputación, plasmada posteriormente con su encuadramiento jurídico en las decisiones fundamentales que se adoptan a lo largo del proceso, esto es, la que define su situación jurídica, la que califica el mérito probatorio, y finalmente la sentencia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 198 Proceso N° 12696

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 16 de mayo de 1996 por el Tribunal Nacional, mediante la cual con modificación y parcial revocación de la de primera instancia se condena a Mónica Victoria Correa Alzate a la pena principal de 10 años de prisión y multa por valor equivalente a 10 salarios mínimos legales como coautora del delito de omisión de informes sobre actividades terroristas -artículo 4º Decreto 180 del 1988, Decreto 2266 de 1991-.

En la misma providencia se declara la nulidad de lo actuado en relación con los coprocesados Ana Ligia Rueda y José Urbano Ortiz.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Al tener conocimiento el bloque de búsqueda de la Policía Nacional que en un inmueble rural ubicado en la vereda Artillero, sector Aguas Frías, Barrio Belén de Medellín se podía encontrar Pablo Escobar Gaviria, el 11 de octubre de 1993, se practicó una allanamiento al referido predio logrando decomisar los siguientes elementos: tres radios de comunicación, dos antenas y un cargador de baterías, así como material de uso privativo de la Fuerza Pública consistente en un fusil Ak-47, tres proveedores para el mismo, un fusil Colt- R-15, un proveedor para este y abundante munición calibre 223, dinero en considerable cantidad; y aunque el individuo buscado logró evadir a la autoridad, en el referido inmueble se logró la captura de las mujeres Ana Ligia Rueda y Mónica Victoria Correa Alzate y el conductor de un taxi que fue requerido por radioteléfono con el fin de prestarle ayuda, mensaje que fue interceptado por el citado Bloque de Búsqueda de esa manera se capturó a José Urbano Ortiz Rueda.

Una Fiscalía Regional de Medellín abrió la investigación y vinculó mediante indagatoria a los referidos, contra todos los cuales profirió resolución de acusación por los delitos de omisión de informes sobre actividades delictivas terroristas tipificado en el artículo 4º. del Decreto 180 de 1988, convertido en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 y contra la referida Ana Ligia Rueda además por porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de la Fuerza Pública, en calidad de cómplice. (fls. 411 y ss. cd. 1). Esta providencia fue confirmada en apelación el 18 de enero de 1995 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

Celebrado el juicio, un juzgado regional emitió fallo de condena contra todos los procesados por los mismos delitos, (fls. 114 y 150 cd. 2) de la resolución acusatoria; pero el Tribunal Nacional, al conocerlo en apelación y por consulta, considerando que se había transgredido el derecho de defensa de los procesados Ana Ligia Rueda y José Urbano Ortiz Rueda por haber sido oídos en indagatoria sin la asistencia de profesionales del derecho -pese a haber sucedido antes de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 148 del C. de P. P. en el aparte que lo permitía- declaró respecto de estos la nulidad de lo actuado desde su declaración indagatoria excepción hecha "de las pruebas que fueron legal y oportunamente allegadas", mien-

tras que en relación con Mónica Victoria Correa Alzate, con modificación a la pena, confirmó la sentencia condenatoria. (fls. 39-79 cd. Tr.).

Esta procesada interpuso dentro de la oportunidad legal el recurso extraordinario contra la sentencia de segundo grado.

LA DEMANDA

El defensor sostiene que la sentencia fue dictada en juicio viciado de nulidad con fundamento legal en el artículo 220 causal 3ª del Código de Procedimiento Penal.

Cargo primero:

La procesada fue oída en indagatoria el 13 de octubre de 1993 sin la asistencia de abogado, pues para la ocasión se le nombró como defensora a la ciudadana Liliana Calle, quien no es abogada, con violación del derecho de defensa consagrado en el inciso 3º del artículo 29 de la Constitución Nacional.

Agrega que la irregularidad no fue subsanada por el hecho de que al día siguiente, en ampliación de su indagatoria la procesada fue asistida por el abogado Néstor Salgado. "tanto menos -precisa- cuanto que en aquella pretendida diligencia de ampliación... no fue interrogada acerca de las circunstancias y hechos de que trata el artículo 359 del C. de P. P., ni mucho menos en cuanto al delito de omisión de información sobre actividades terroristas" por el cual posteriormente fue acusada y condenada. Tampoco se la interrogó sobre sus condiciones civiles y personales, con el pretexto de que había sido preguntada sobre esto en la primera sesión de la diligencia.

Con estas omisiones del funcionario investigador se transgredió a la procesada el derecho de defensa. Estima que la ampliación del acto inválido "no tiene la virtualidad para convertirlo en vigoroso o eficaz jurídicamente".

Cargo Segundo:

Sin embargo de haber planteado en la censura precedente los hechos en que lo hace consistir, lo reitera de manera independiente:

La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por quebranto del derecho de defensa, en cuanto la procesada no fue interrogada ni el 13 ni el 14 de octubre de 1993, fechas en que rindió indagatoria, "acerca del delito de omisión de informes sobre actividades terroristas" por el cual fue acusada y condenada. En apoyo a de su argumento transcribe en extenso un fallo del 27 de agosto del 92, de esta Corte, por encontrarlo pertinente.

Asegura que la incriminada "ninguna manifestación hizo sobre el delito" de omisión de información sobre actividades terroristas "por la sencilla razón de que nada le preguntaron acerca de ese aspecto. Por ejemplo , teniendo en cuenta lo expuesto por la H. Corte ...en la sentencia transcrita... Hubiera podido explicar, como todo lo indica que es la realidad, que no tuvo conocimiento de que el señor que llegó a la casa en la cual fue capturada hubiese

realizado u ordenado llevar a cabo actos terroristas, y que, por lo mismo, no podía informar a las autoridades acerca de hechos inexistentes, o hipotéticamente, aceptar que sí existieron tales actividades por parte del mencionado sujeto u otras personas, pero no los comunicó a la justicia por temor fundado a que atentaran contra su vida, etc., o planteando circunstancias de atenuación".

Estimando transgredido el derecho de defensa a la procesada, con apoyo en los dos reproches, formula su solicitud casacional deprecando que la Corte decrete la nulidad de lo actuado a partir e inclusive de la diligencia de indagatoria.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal en su concepto prohíja el segundo cargo de la demanda y por tanto, sugiere acceder a la solicitada casación.

Para desechar el primer aspecto tratado en el cargo -no haber sido asistida la procesada en la primera sesión de su indagatoria por un profesional del derecho-, reconoce el funcionario que esta diligencia se cumplió antes de la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 148 del C. de P. P. que lo autorizaba, advierte que el tema "... se despacha desfavorablemente... dada la naturaleza de una ciudad con las características de Medellín, en la que ... prestan su servicio buen número de abogados", no obstante lo cual considera que la irregularidad denunciada no tuvo ocurrencia porque las dos sesiones de indagatoria conformaron "una unidad espacio-temporal" y en la segunda la procesada sí contó con la asistencia de un abogado que tuvo ocasión de "controvertir las imputaciones efectuadas en la indagatoria inicial". En relación con la alegada omisión de las formas exigidas por el artículo 359 del C. de P. P. para la recepción de la indagatoria sostiene que esa unidad conformada por las dos sesiones de la indagatoria relevaba a la Fiscalía de repetir esas formas que se habían cumplido en la primera.

En alusión a la falta de interrogatorio sobre el delito por el cual la procesada fue acusada y condenada, a que también refiere el censor en este cargo, considera que este reparo desconoce la técnica de la demanda de casación por tratarse de una causa de nulidad "con una base argumental totalmente diversa" que no puede desarrollarse en el mismo discurso, sino por separado, como lo hizo al presentar un segundo cargo sobre el tema.

Haciendo eco al segundo cargo de la demanda, considera con el casacionista, que la procesada no fue interrogada en su indagatoria "por las circunstancias fácticas alusivas al delito o, respecto de aquellas relacionadas con cualquiera de las conductas que encierran el tipo por el que se le llamó a juicio y luego se le condenó", y en el interrogatorio "se basó primordialmente en auscultar algunas circunstancias fácticas concomitantes a su captura o que le antecedieron, ilustrativas pero inconexas totalmente con las sindicaciones ...".

Tras un breve análisis de la necesidad del correcto interrogatorio en la injurada y su importancia, y advirtiendo con referencia a un segmento

jurisprudencial que trae en apoyo de su criterio, que no puede exigirse que en esa clase de diligencia deba enterarse al procesado "de la calificación jurídica que hasta el momento recibe la conducta objeto de reproche", y que "si ya mediaba una decisión sobre su situación jurídica enmarcando provisionalmente la conducta en el tipo ..., se hacía menester indagar nuevamente a la sindicada ... para así corregir las deficiencias de las anteriores diligencias...", termina por admitir el motivo de nulidad alegado por la defensa, sugiriendo que debe declararse "hasta la indagatoria a efectos de que se corrija el yerro".

CONSIDERACIONES

Al cargo primero que afirma la nulidad del proceso por dos razones: la primera, por desconocimiento del derecho de defensa, al haber sido escuchada en la primera sesión de esa diligencia con la asistencia de una ciudadana carente de la calidad de abogada, y la segunda, por no haberla interrogado el Fiscal en la indagatoria sobre los hechos constitutivos del delito por el cual fue acusada y condenada.

Aunque el factor técnico de la demanda se resiente porque pese a tratarse de dos motivos diferentes de nulidad, los involucra en la misma censura, cuando lo debido, conforme a lo preceptuado en el artículo 225-4 del C. de P. P., era separarlos y argumentar independientemente; no obstante es preciso reconocer que la falla aparece enmendada por el propio demandante al formular como cargo segundo sus objeciones por la deficiencia del interrogatorio formulado a la sindicada en la indagatoria. Se fijará entonces la atención de la Corte, en el primer aspecto de este reparo: el nombramiento de una persona no profesional del derecho para asistir a la procesada en la primera sesión de su indagatoria, que se cumplió el 13 de octubre de 1993.

El respeto por los derechos fundamentales como el de defensa del sindicado al momento de rendir su indagatoria, ha sido tema recurrentemente tratado por esta Sala, que aún cuando el primer inciso del artículo 148 del C. de P. P. autorizaba la habilitación de ciudadanos honorables no servidores públicos para esa ocasión, no vaciló en reconocer su transgresión en los eventos en que consideró injustificada esa habilitación; sin embargo, a raíz de la expedición por la Corte Constitucional, de su sentencia C.049 del 8 de febrero de 1996, declarando la inexequibilidad de ese segmento normativo, esta Sala continuó aceptando la validez del nombramiento de esos ciudadanos como defensores para la indagatoria, salvo manifiesta irregularidad, claro está, siempre y cuando hubiera ocurrido antes del referido fallo constitucional. Así se ha precisado en varios pronunciamientos, unos de ellos el auto del 6 de mayo de 1998 (M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

En ese orden, la procesada comenzó a rendir su indagatoria el 13 de octubre de 1993 a las siete de la noche, cuando se encontraba en plena vigencia la autorización de habilitar personas honorables no servidoras públicas para asistir en indagatoria, y aunque la diligencia se surtió en Medellín,

ciudad en donde efectivamente existen numerosos abogados, ni el recurrente lo demuestra, ni el proceso lo revela, que la designación de la ciudadana que la asistió en esa oportunidad fue fruto de la arbitrariedad del funcionario investigador, de otro lado por la hora nocturna en que se inició la diligencia, (fls. 23 y ss. cd. 1), es muy posible que los abogados en ejercicio no estuvieran en disponibilidad, de manera que no existió el pregonado quebranto del derecho de defensa, que generosamente el Tribunal Nacional dio por desconocido por la misma causa para los otros procesados al anular la actuación, en desafortunada decisión que si no cobijó a la recurrente, fue porque ésta solicitó ampliación de la diligencia al día siguiente y designó abogado de confianza para que la asistiera (fls. 51 y ss. cd. Id.).

Síguese por consecuencia, la improsperidad de este reparo.

Tampoco el cargo segundo tiene la virtualidad de remover el fallo demandado.

Radica esta acusación en que la procesada en su indagatoria no fue interrogada por el Fiscal "acerca del delito de omisión de informes sobre actividades terroristas previsto en el artículo 4°. del Decreto 180 de 1988" por el cual fue enjuiciada y condenada.

Al desarrollar el planteamiento el demandante asevera que la incriminada "no hizo ... ninguna manifestación en cuanto al delito precitado ... por la sencilla razón de que nada le preguntaron acerca de ese aspecto", de donde colige que se le desconoció el derecho de defensa y el proceso debe ser anulado desde la injurada.

La función de la indagatoria es permitirle a quien la rinde conocer y explicar unos hechos posiblemente delictivos que se le imputan, independientemente de su calificación jurídica, la cual se encuentra reservada para los momentos de la resolución de la situación jurídica, la acusación y la sentencia. Así lo ha sostenido la Corte y es preciso reiterarlo hoy ante la situación que refleja el proceso en el cual se ha dictado la sentencia recurrida.

En ese orden el interrogatorio contiene los hechos materia del proceso y por lo tanto es errónea la apreciación del censor, con mayor razón cuando de las respuestas suministradas por la acusada, no hay duda sobre el conocimiento que ella tenía frente a los cargos que se le imputaban.

De esa manera, del texto de las diligencia de indagatoria se evidencia que se le hicieron conocer los hechos que motivaron su vinculación y a partir de ello suministró las explicaciones que estimó del caso, consistentes en una persistente evasiva sobre los motivos de su presencia en la finca allanada, no sin afirmar que conocía a través de los medios de comunicación al delincuente Pablo Escobar Gaviria y que este portaba dos armas, una de ellas, un fusil que ella pudo ver cuando su compañera de permanencia en el inmueble lo puso al alcance de Escobar en el momento en que se disponía a abordar el helicóptero en el cual se evadió del lugar poco antes de llegar la Fuerza Pública...

En la primera sesión, luego de sus generales de suministró como versión sobre los motivos de la captura:

"... Ya al otro día nos encontramos doña Ana Ligia Rueda y yo... Yo me fui con Ana Ligia para San Antonio ... Llegamos a la finca iban siendo las seis de la tarde y en esa finca no había nadie. Ana Ligia ... abrió la pieza y la cocina ella llevaba llaves a la casa grande de la finca no entramos. Hicimos la comida nos acostamos ya estaba oscuro. Como a eso de las nueve de la noche del domingo llegó un señor, tocó y nos dijo hola y no nos dio la cara entonces él tenía llaves de la casa grande..., abrió y entró él se acostó y apagó las luces. Al lunes el señor se levantó a las once de la mañana pidió un desayuno doña Ana Ligia... se lo llevó ... Como a la una de la tarde yo salí de la cocina y en la tablillita dejó el señor que había llegado dejó una ropa sucia yo la cogí y la lavé junto con una mía y de la señora Ana ... Yo me fui a lavarla y cuando terminé de lavarla me senté con la señora en la cocina a ver televisión. Cuando nosotras estábamos en la cocina a eso de las cuatro ... de la tarde del día lunes salió de la casa de él el señor que había llegado yo miré hacia la ventana de la cocina y vi pasar un señor que llevaba una camiseta roja y una chaqueta azul, como medio barbadito, como cumbambón ... sin bigote, con cabello crespo y estaba peinado ... y se fue él salió por detrás de la casa. Como a eso de las cinco ... llegó un helicóptero, yo estaba en la cocina y entonces salí y me senté en una banquita ... cuando al momento llegaron tres policías ...".

A las preguntas más caracterizadas del interrogatorio replicó:

"Pregunta: Cómo, cuándo y dónde conoció usted a Ana Ligia Rueda? Respuesta: Yo la conocí en un almacén ...De eso hace seis meses ...yo la volví a ver y la saludé fue casualidad que nos hubiéramos encontrado en la oriental ...y me dijo que si no quería acompañarla a cuidar una finca, y como ella está tan viejita , yo la acompañaba y ahí quedamos de encontrarnos el domingo ..., para irnos a esa finca ...Pregunta: Sabía usted a qué lugar iba a acompañar a Ana ... Respuesta: No señora, Yo le pregunté para donde íbamos y ella me contestó que para una finca de San Antonio, que era de propiedad de una señora Helena yo no le pregunté el apellido y ella tampoco me lo dijo yo no la conozco a ella tampoco ...Pregunta: Le dijo a usted Ana ... qué labores iban a desempeñar en la finca? Respuesta: A cuidar la finca. ... Pregunta: Por qué motivo Ana ... la escogió a usted para acompañarla a cuidar la finca? Respuesta: Yo no se. Pregunta: Qué la motivó a usted a acompañar a Ana ... Respuesta: Porque me dio pesar para acompañarla. Ella no me obligó ni nada, yo me fui y no le hice ninguna pregunta al respecto ... Pregunta: Sabe usted si Ana ... conocía al señor que llegó a la finca que estaban cuidando? Respuesta: No, no sé si lo conocía. Pregunta: Cuando el visitante llegó a la finca, qué actitud tomó la señora Ana, ...? Respuesta: Nada, no dijo nada, él entró a la casa y nosotras nos quedamos en la pieza y nos acostamos ... Pregunta: Preguntó usted en algún momento quién era el visitante...? Respuesta: A nadie. Pregunta: En este momento sabe usted quién fue el señor que visitó la finca?. Respuesta: El coronel me dijo que era Pablo Escobar. Pregunta: Conoce

usted a Pablo Escobar? Respuesta: No. No lo visto nunca, lo he visto por televisión. Pregunta: Usted dice haber visto a Pablo Escobar por televisión. se le pareció al señor que visitó la finca ? Respuesta: No, no. Pregunta: Sabe usted en qué lugar fueron encontradas las armas decomisadas en el operativo, al igual que el dinero?. Respuesta: En la casa de la finca en donde estaba el señor que visitó la finca. Todo lo sacaron de la casa y lo tiraron en el piso y ahí fue donde los vi en el corredor. Pregunta: Sabe usted manejar armas? Respuesta: No. Pregunta: Ha pertenecido o pertenece usted algún grupo de narcotraficantes?. Respuesta: No. Pregunta: Pertenece o ha pertenecido usted a un grupo ilegalmente armado?. Respuesta: No, yo no conozco eso. Pregunta: Conoce usted o ha tratado personalmente a integrantes de grupos de narcotraficantes? Respuesta: No. Pregunta: Conoce usted o ha tratado personal y directamente a integrantes de grupos ilegalmente armados? Respuesta: No. ".(fls. 28-29 cd. 1)

Al día siguiente, por solicitud de la propia sindicada, fue conducida a ampliar su indagatoria (fl.49):

Pregunta: Sírvase hacernos un relato claro y preciso de los puntos que desea ampliar ... Respuesta: Que cuando llegó el helicóptero, la señora Ana Ligia ..., ... fue ella a la pieza del señor que habitaba allá y sacó una arma larga y un maletín, se fue detrás de la casa y junto a un potrerito ahí los dejó. Allí dejó el arma larga y el maletín y ya. ... También deseo manifestar ...-aquí describe físicamente al individuo de que ha venido hablando- Cuando el señor llegó así para la casa él llegó con dos maletines, uno largo y otro pequeño, un maletín largo y entonces el coronel dijo: que ahí estaba dizque un fusil..., ahí habían unas carpas y un poco de cosas, los maletines eran más bien negros, el señor se entró a la pieza, para la casa de él y ya no volvió a salir más ... Pregunta: Había visto usted esta persona con anterioridad? Respuesta: No señor nunca. Pregunta: Sabe usted si el mismo señor conversó algo con la señora Ana ... Respuesta: No señor, ella y yo estuvimos juntas .. Pregunta: Conoce usted personalmente o en fotografías a Pablo Escobar Gaviria? quien es requerido públicamente por la justicia colombiana? Respuesta: Vea en el batallón me mostraron unas fotos y ninguna de esas es ese señor, las fotos que me mostraron eran del señor Pablo Escobar, ninguna de esas era, porque ninguna se parece a él, al señor Pablo Escobar, yo lo conozco a él en fotografías. ...Pregunta: Dentro de los dos maletines que se le colocan ...reconoce usted alguno de estos, como el que doña ... lanzó hacia el potrero? Respuesta: Este maletín que me acaban de poner de presente, ese es el que sacó la señora ... de la casa y lo llevó al potrero ...Y el otro maletín ... también con ese también llegó ese señor ... ...Pregunta: Libremente así es su voluntad sírvase decirnos si las dos armas de fuego que le coloco de presente las ha visto si los reconoce?... Respuesta: Sólo la negra, que es la que sacó esa señora ... De la pieza del señor, el tal Pablo Escobar, con el bolso negro (la indagada indica el fusil Colt AR-15 calibre 323 ...Pregunta: Libremente díganos sabe usted qué contenían esos dos maletines? Respuesta: No lo sé cuando el señor llegó que los llevaba...Pregunta: Cuál fue la reacción de Ana..., cuando sintió los moto-

res o ruido del helicóptero? Respuesta: no las dos saltmos ... Ella vio cuando vio que el helicóptero aterrizó fue cuando entró a la misma pieza y sacó el maletín y el fusil ...(fls. 51-55).

La persistente negativa de la sindicada en el interrogatorio demarcó la pauta del interrogatorio al investigador, y es evidente que a pesar de su reticencia, este le hizo saber que el sujeto del relato era la persona buscada ampliamente en el país; de tal suerte que al interrogarla sobre las actividades que cumplió este sujeto durante el tiempo que permaneció en el lugar, ella replicó refiriendo el episodio del porte de unas voluminosas armas de fuego y su apresurada salida en helicóptero intentando llevarse una que su compañera Ana Ligia pretendió entregarle en el lugar en donde aterrizó la aeronave.

De las preguntas y las respuestas surge con absoluta claridad que la mujer fue enterada por el fiscal, de los hechos que en el devenir del proceso, fueron calificados como "omisión de información oportuna sobre la presencia de terroristas" que describe y sanciona el artículo 4°. del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el 2266 de 1991, en estos términos: "El que conociendo de la presencia de terroristas, o sus planes y actividades para cometer alguna de las conductas contempladas en el artículo 1° omitiere informar oportunamente sobre ellos a la autoridad competente...; este artículo 1° establece: "Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión...". Además, es cierto que por la época de los hechos materia de la indagatoria era de conocimiento público en el territorio Nacional, por su amplia difusión en los medios de comunicación, -hecho notorio- las actividades terroristas de Escobar Gaviria, de quien la procesada admitió que lo conocía por haberlo visto en la televisión y en fotografías.

Es exagerado pretender que desde la misma indagatoria que se recibe al imputado al poco tiempo de sucedidos los hechos, deba entérasele de la calificación jurídica que hasta el momento recibe la conducta objeto de reproche, como equivocadamente lo pretenden el casacionista y el Procurador Delegado, que se empeñan en desconocer la evidencia del interrogatorio, pues es la propia ley -artículo 360 del C. de P. P.- la que dispone indagar por los hechos que originaron la vinculación, que no son otros que los estructurantes de la imputación, plasmada posteriormente con su encuadramiento jurídico en las decisiones fundamentales que se adoptan a lo largo del proceso, esto es, la que define su situación jurídica, la que califica el mérito probatorio, y finalmente la sentencia.

Sobre este aspecto la Sala ratifica lo dicho en anterior oportunidad:

"En efecto, es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 360 del C.P.P. al imputado debe interrogársele 'en relación con los hechos que originaron su vinculación', pero no sobre los tipos penales concretos que se consideren infringidos por parte del instructor, pues además de que la disposición en cita en ninguna forma posibilita ese interesada hermenéutica no resulta lógica ni menos comprensible ante la realidad y dinámica de la investigación penal, toda vez que la explicación que el Estado requiere al imputado es sobre su conducta entendida dentro del contexto fáctico, que es lo que a la postre posibilita el correspondiente análisis jurídico positivo, conforme sucedió en este caso.

Esto no significa, por tanto, que al imputado no se le deba interrogar sobre todos los cargos que obre en su contra, sino que la ley no exige la precisión técnico jurídica de la estructura analítica del delito para que el indagado explique su actuar dentro de tan elevado y complejo marco conceptual; de ahí que resulte realmente infundado el cargo frente al caso concreto, pues resulta evidente que al procesado se le preguntó sobre los hechos constitutivos del atentado contra la vida e integridad personal" (sentencia del 3 de junio de 1998, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote).

Por lo anotado, no sobra advertir que el sindicado, al defenderse de los hechos concretos, por los que se le interroga desde ese momento ejerce su defensa, y tal como lo ha puntualizado la Corte, no es necesario encasillar los hechos en una figura delictiva concreta, pues lo que el Estado requiere del imputado es la respuesta sobre su conducta "entendida dentro del contextofáctico, que es lo que a la postre posibilita el correspondiente análisis jurídico positivo" conforme sucedió en este caso.

Estas precisiones dejan sin fundamento la pretensión casacional y demarcan la discrepancia de la Corte con el concepto del Ministerio Público.

No se casará pues, la sentencia.

En mérito, la *Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal*, en desacuerdo con el concepto de la Procuraduría, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese y Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS - Clases/**LIBERTAD PREPARATORIA** - Naturaleza

Los beneficios administrativos de que trata el Título XIII de la Ley 65 de 1993, son: los permisos hasta de 72 horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciarías abiertas, sin que se hable de la libertad provisional como pretende hacer ver el procesado, puesto que está última y conforme a la ley deberá ser estudiada, como lo ha venido haciendo la Corte, bajo las previsiones del artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 72 y 72 A del Código Penal, según el caso. En cambio la preparatoria (art.148 Ley 65/93), sólo la concederá el Consejo de Disciplina, con la aprobación del Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, conforme lo dispone el numeral 5° de la disposición ya comentada y previo el cumplimiento de las exigencias allí establecidas, con la base de que los fallos respectivos se encuentren debidamente ejecutoriados, situación que no es la del aquí petente, en razón a que en esta sede se surte el recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 198 Proceso N° 15120

VISTOS

El procesado Elkin Yesid Barajas Pardo, quien se encuentra recluido en la Cárcel Nacional Modelo de esta ciudad, solicita a esta Corporación se le conceda la libertad provisional con apoyo en los artículos 415.2 del Código de Procedimiento Penal y 150 de la Ley 504 de 1999. Con su escrito adjuntó certificados de trabajo y Actas de la Junta de evaluación de trabajo, estudio y enseñanza, así como la de calificación de conducta.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de fecha 13 de enero de 1998 un Juzgado Regional de Medellín, condenó al procesado Elkin Yesid Barajas Pardo a la pena priva-

tiva de la libertad de sesenta y seis (66) meses de prisión y multa equivalente a $2.378.670.oo, como autor responsable del delito establecido en el inciso 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Nacional en fallo del 11 de mayo siguiente, el que ahora es objeto del recurso de casación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La pretensión del libelista deberá entenderse como la de querer obtener su excarcelación por pena cumplida, en razón a que en varias oportunidades la Sala le ha dicho al procesado Barajas Pardo que en su favor no concurren las exigencias del elemento subjetivo de que trata el artículo 72 del Código Penal, motivo por el cual para poder disfrutar la libertad provisional que depreca, esta se analizará bajo el presupuesto de que acredite el cumplimiento de los 66 meses de prisión impuestos en los fallos de instancia.

Ahora bien, en lo que se relaciona con que en su favor concurre lo dispuesto en el "artículo 150 de la Ley 504 de 1999", dicha pretensión deberá ser analizada bajo los presupuestos del artículo 30 ibídem, en razón a que este modificó el inciso 2° del Art. 150 de la Ley 65 de 1993, que es al parecer al que se refiere el libelista, puesto que en su solicitud dice que no está siendo procesado o condenado por un nuevo delito y que por lo tanto no se le puede negar ningún beneficio de establecimiento abierto, dentro de los cuales según el procesado está, la libertad provisional.

No le asiste razón al aquí acusado, en razón a que *los beneficios administrativos de que trata el Título XIII de la Ley 65 de 1993, son: los permisos hasta de 72 horas, la libertad y franquicia preparatorias, el trabajo extramuros y penitenciarías abiertas, sin que se hable de la libertad provisional como pretende hacer ver el procesado, puesto que está última y conforme a la ley deberá ser estudiada, como lo ha venido haciendo la Corte, bajo las previsiones del artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 72 y 72 A del Código Penal, según el caso. En cambio la preparatoria (art. 148 Ley 65/93), sólo la concederá el Consejo de Disciplina, con la aprobación del Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, conforme lo dispone el numeral 5ª de la disposición ya comentada y previo el cumplimiento de las exigencias allí establecidas, con la base de que los fallos respectivos se encuentren debidamente ejecutoriados, situación que no es la del aquí peticionario, en razón a que en esta sede se surte el recurso extraordinario de casación.*

Hecha la anterior aclaración y previa la revisión del expediente se tiene que Barajas Pardo fue privado de su libertad el pasado 23 de febrero de 1996, es decir, que por detención física contabiliza cuarenta y cinco (45) meses y veinte (20) días, por trabajo, conforme a los certificados que reposan en el expediente más los que adjunta con escrito petitorio, el aquí acusado acredita 6.032 horas, las que de conformidad con lo previsto en el artículo 82 de la Ley 65 de 1993, le representan una redención de pena de doce (12)

meses y diecisiete (17) días, y por estudio acreditó 126 horas, para una rebaja adicional de diez (10) días, factores que sumados arrojan un total de cincuenta y ocho (58) meses y diecisiete (17) días, insuficientes para acreditar el cumplimiento de los 66 meses de prisión impuestos en los fallos de instancia.

En mérito de expuesto, la *Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, NIEGA al procesado Elkin Yesid Barajas Pardo 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 Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION - Ambiente de inseguridad que afecta a los funcionarios

Atinadas luces contribuye a este efecto la cita del auto del 2 de marzo de 1999, por medio del cual la Sala de Casación Penal, con ponencia del Honorable Magistrado, Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, declaró fundada la solicitud de cambio de radicación que hiciera el Juez Segundo Penal del Circuito de Armenia, en la causa que tiniciaba por los mismos acontecimientos contra el señor (...), el cual expresó:

"En realidad, no resulta sensato aducir que el poder político de un personaje de la región puede poner en vilo la independencia o imparcialidad de los funcionarios judiciales, como sentimiento motivado en esa mera consideración, porque ello equivale a decir que los administradores de justicia no quieren exponerse cuando se trata de investigar a quienes están vinculados de una u otra manera con el poder, sin que existan razones objetivas y manifiestas de intereses, lazos o perturbaciones generalizadas puestas por órganos que institucionalmente deben apoyar la administración de justicia (corrupción grave de los cuerpos de policía judicial, por ejemplo), que por sus dimensiones sí comprometerían extendidamente la capacidad de acción de un número indeterminado de servidores judiciales.

Semejante pretexto, sí que desprestigiaría la administración de justicia, porque, de un lado, le queda a la comunidad esa amarga sensación de una discriminación en el ejercicio del poder punitivo, en atención a la posición social, política o económica del imputado, y de otra parte, a quienes tal privilegio detentan, el regocijo de que, por su sola condición y la exteriorizada incomodidad de sentirse investigados, bastaría para inhabilitar a los jueces, sin que por los actores se hayan desplegado acciones claras de obstaculización a la marcha de la administración de justicia, las cuales deben ser generalizadas, porque, en tratándose del cambio de radicación, no se trata de descalificar a funcionarios individualmente considerados sino a todos los que tienen la facultad de resolver conflictos en la región.

Lo que sí genera preocupación es un ambiente de inseguridad que afecta por parejo a la comunidad y a los funcionarios judiciales de la

mencionada zona, como consecuencia de encadenadas y sucesivas acciones delictivas de secuestro, homicidio, conformación y promoción de bandas de sicarios, enriquecimiento ilícito, falsas denuncias y constreñimiento ilegal, en todo lo cual de alguna manera se hacen imputaciones al congresista (...), razón por la cual, en atención al fuero, se han enviado a la Corte las respectivas copias, atribuciones cuya verdad o falsedad obviamente apenas está en proceso de verificación..."

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 198 Proceso N° 16590

VISTOS

La sala resuelve la solicitud de cambio de radicación elevada conjuntamente por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Armenia y la Procuradora Treinta y Ocho Judicial Penal, en la causa adelantada contra el señor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, por el delito de homicidio agravado en concurso homogéneo.

SITUACIÓN FÁCTICA

Los acontecimientos que dieron origen al presente proceso penal fueron descritos de la siguiente manera en la resolución de acusación:

"El 2 de enero de 1997, a eso de las 10:00 p.m., en predios de la finca La Brasilia, vereda Puerto Espejo, comprensión Municipal de Armenia (Quindío), policiales de la Estación de Puerto Espejo, que acertaron a pasar por allí en labores de patrullaje, observaron que dos cuerpos ardían, por cuyo motivo intervino para evitar que fueran consumidos totalmente por las llamas, dando de inmediato cuenta a la autoridad respectiva para la práctica del levantamiento de los cadáveres.

Las primeras averiguaciones permitieron establecer que uno de los cuerpos correspondía a Fernando Celis Franco a. "El Mono" y el otro al del ingeniero Juan Guillermo Acosta, conociéndose la versión, a través de los dichos de familiares del primero, que ambos se habían dado cita en el parque de la Tebaida hacia las tres de la tarde de ese día, cumpliendo así con la promesa que "El Mono" le hiciera a Carlos Alberto Oviedo Alfaro, para quien trabajaba como guardaespaldas, de "sacarle" a determinado sitio al ingeniero, con cuya esposa Oviedo tenía relaciones amorosas, desconociéndose desde esa hora el paradero de los dos, hasta cuando fueron hallados sin vida. Al momento de salir de su casa a eso de la 1:30 de la tarde, también dijo "El Mono" que ese día iría a encontrarse con Oviedo, para que le pagara tres millones de pesos que le debía por un "trabajo" que le había hecho, consistente en matar a un "duro" con el que éste había tenido algún problema."

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El acopio probatorio enseñó que con aquellos sucesos estaban vinculados los señores Juan Ernesto Vásquez Corrales, Guillermo Antonio Diez Alfaro y Carlos Alberto Oviedo Alfaro, hermano del anterior y entonces Representante a la Cámara por el Departamento del Quindío.

2. En relación con Juan Ernesto Vásquez Corrales y Guillermo Antonio Díez Alfaro, Fiscales Seccionales de Armenia, iniciaron proceso penal por el delito de homicidio; sin embargo, la fase sumarial fue adelantada por Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, con sede en Santa Fe de Bogotá.

Un Fiscal Regional adscrito a dicha Unidad, cerró parcialmente la investigación respecto del sindicado Díez Alfaro, en contra de quien profirió resolución de acusación el 7 de julio de 1998.

Por el factor territorial la causa contra Díez Alfaro, fue iniciada en la ciudad de Armenia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito, cuyo titular solicitó y obtuvo cambio de radicación del asunto hacia la Capital de la República, como lo dispuso la Sala de Casación Penal, en auto del 2 de marzo de 1999.

3. En virtud del fuero constitucional del señor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, por su calidad de Congresista, la investigación en su contra originada en los mismos acontecimientos fue adelantada por la Sala de Casación Penal, proceso de única instancia radicado bajo el número 12.717, en el que la Corporación calificó el mérito del sumario con resolución de acusación, en auto del 16 de diciembre de 1998, con ponencia del Honorable Magistrado, Doctor Dídimo Páez Velandia.

4. El Consejo de Estado, en sentencia del 13 de julio de 1999, decretó la pérdida de la investidura de Congresista del Representante a la Cámara Carlos Alberto Oviedo Alfaro, motivo por el cual la Sala de Casación penal, en auto del 7 de septiembre de 1999, declinó competencia y ordenó la remisión del asunto al reparto de los Jueces Penales del Circuito de Armenia (Quindío), a cuya disposición quedó el procesado, privado de la libertad.

5. Correspondió la causa al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Armenia, Despacho que avocó el conocimiento el 27 de octubre de 1999, y dos días después solicitó el presente cambio de radicación en memorial que coadyuva la Procuradora Treinta y Ocho Judicial Penal.

ARGUMENTOS DE LOS PETICIONARIOS

Luego de hacer un recuento general del acontecer fáctico, con el fin de destacar que por los mismos hechos se adelantaron investigaciones separadas contra Guillermo Antonio Díez Alfaro y su hermano Carlos Alberto Oviedo Alfaro, sugieren que uno y otro caso deben abordarse jurídicamente de similar manera, puesto que iguales son las circunstancias que los rodearon al

momento de suceder y que ahora continúan, cuando se trata de su juzgamiento, especialmente por la notoria influencia "pública, social, deportiva, burocrática y particularmente política", que el ex parlamentario ejercía y sigue ejerciendo en todo el territorio quindiano.

Agregan que aquellas connotaciones especiales que concurren en el señor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, "en cualquier oportunidad pueden tener incidencia extraña en la imparcialidad e independencia que debe asistir en todo momento a la administración de justicia al decidir el grave y delicado conflicto que ahora nos ocupa, máxime cuando en desmedro del mismo Dr. Oviedo Alfaro, como es hecho notorio en la región, se ventilan en otros Despachos Judiciales del país, especialmente vinculados a la Fiscalía General de la Nación, plurales investigaciones por sucesos de sangre y otros procederes violatorios de la normatividad penal, conjunto de facetas que incide de manera seria y grave en la imperturbable serenidad que debe anidar en cualquier funcionario de la rama judicial que en este sector del país deba verse enfrentado a la solución de tan complejos y serios asuntos en circunstancias tales que pueden verse menoscabadas las garantías procesales de cualquiera de los intervinientes en el proceso penal."

Por ello, concluyen, así como la Sala de Casación Penal ordenó el cambio de radicación del proceso adelantado contra Guillermo Antonio Díez Alfaro, para que el juicio se adelantara en la ciudad de Bogotá, con mayor razón debe accederse a mudar la sede del juzgamiento correspondiente al principal acusado de los sucesos ilícitos, que es precisamente su hermano Carlos Alberto Oviedo Alfaro.

Haciendo énfasis en los motivos de la solicitud transcriben buena parte del auto del 2 de marzo de 1999, por el cual la Sala de Casación Penal ordenó el cambio de radicación del proceso del señor Guillermo Antonio Díez Alfaro, y para facilitar la comprensión del problema agregan copia de las decisiones judiciales mencionadas en el acápite de la actuación procesal.

Consideraciones de la Sala

1. De conformidad con el numeral 8° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es competente para decidir sobre la solicitud formulada, toda vez que pretende el cambio de radicación de un distrito judicial a otro y el asunto ya está en la etapa del juzgamiento.

2. El cambio de radicación es un mecanismo jurídico perentoriamente regulado, a través del cual puede exceptuarse la regla general de competencia deducida por el factor territorial y, de paso, el principio del juez natural, cuando esté probado de manera fehaciente, que en el territorio donde se está adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento,

y la seguridad del sindicado o su integridad personal, como lo estipula el artículo 83 ibídem.

Es, entonces, fin primordial del cambio de radicación asegurar que el fallo sea proferido por un juez que esté en el medio adecuado para que pueda dispensar una recta, cumplida y eficiente administración de justicia, cuando por converger alguna de las circunstancias anteriores, la serenidad ideal en el juez competente por el factor territorial se hubiere quebrantado.

La circunstancia concreta en que se ubique la solicitud de cambio de radicación que haga alguno de los sujetos procesales o el funcionario judicial que esté conociendo de la actuación, deberá estar probada o poder comprobarse objetivamente en las actuaciones, siendo obligatorio para quien la propone señalar específicamente y de manera sustentada las razones que motivan la petición.

No obstante, la exposición de tales motivos no podrá consistir en raciocinios subjetivos, ni en suposiciones, ni en valoraciones aisladas acerca de la conveniencia de variar la sede del juzgamiento, sino en el aporte o señalamiento de los medios de convicción idóneos que permitan adoptar la decisión con respaldo en la realidad.

El funcionario llamado a resolver sobre la solicitud de cambio de radicación, no puede sustituir en esta labor probatoria al sujeto procesal que lo ha promovido, puesto que la naturaleza esencialmente dispositiva del procedimiento que dice relación con la materia, radica esta carga exclusivamente en cabeza del interesado.

4. Se deduce que el cambio de radicación es una medida extrema que se adoptará cuando definitivamente ya no existan mecanismos jurídicos alternativos destinados a neutralizar las causas que lo generan, o cuando habiéndose acudido a otras formas de prevenir o remediar el conflicto latente y extraño al proceso penal, no se hubieren obtenido los resultados esperados.

5. Los lineamientos esenciales que caracterizan el cambio de radicación, se verifican en la petición elevada por la Juez Cuarta Penal del Circuito y la Procuradora Delegada ante el mismo Despacho, pues argumentan en debida forma y en concreto los motivos por los cuales "la serenidad ideal" que debe concurrir en el administrador de justicia, la publicidad del juzgamiento y las garantías de los sujetos procesales, se ven afectadas como consecuencia de la causa que se le adelanta en contra del señor Carlos Alberto Oviedo Alfaro.

Atinadas luces contribuye a este efecto la cita del auto del 2 de marzo de 1999, por medio del cual la Sala de Casación Penal, con ponencia del Honorable Magistrado, Doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego, declaró fundada la solicitud de cambio de radicación que hiciera el Juez Segundo Penal del Circuito de Armenia, en la causa que iniciaba por los mismos acontecimientos contra el señor Guillermo Antonio Díez Alfaro, el cual expresó:

"En realidad, no resulta sensato aducir que el poder político de un personaje de la región puede poner en vilo la independencia o imparcialidad de los funcionarios judiciales, como sentimiento motivado en esa mera consideración, porque ello equivale a decir que los administradores de justicia no quieren exponerse cuando se trata de investigar a quienes están vinculados de una u otra manera con el poder, sin que existan razones objetivas y manifiestas de intereses, lazos o perturbaciones generalizadas puestas por órganos que institucionalmente deben apoyar la administración de justicia (corrupción grave de los cuerpos de policía judicial, por ejemplo), que por sus dimensiones sí comprometerían extendidamente la capacidad de acción de un número indeterminado de servidores judiciales.

Semejante pretexto, sí que desprestigiaría la administración de justicia, porque, de un lado, le queda a la comunidad esa amarga sensación de una discriminación en el ejercicio del poder punitivo, en atención a la posición social, política o económica del imputado, y de otra parte, a quienes tal privilegio detentan, el regocijo de que, por su sola condición y la exteriorizada incomodidad de sentirse investigados, bastaría para inhabilitar a los jueces, sin que por los actores se hayan desplegado acciones claras de obstaculización a la marcha de la administración de justicia, las cuales deben ser generalizadas, porque, en tratándose del cambio de radicación, no se trata de descalificar a funcionarios individualmente considerados sino a todos los que tienen la facultad de resolver conflictos en la región.

Lo que sí genera preocupación es un ambiente de inseguridad que afecta por parejo a la comunidad y a los funcionarios judiciales de la mencionada zona, como consecuencia de encadenadas y sucesivas acciones delictivas de secuestro, homicidio, conformación y promoción de bandas de sicarios, enriquecimiento ilícito, falsas denuncias y constreñimiento ilegal, en todo lo cual de alguna manera se hacen imputaciones al congresista Carlos Alberto Oviedo Alfaro, razón por la cual, en atención al fuero, se han enviado a la Corte las respectivas copias, atribuciones cuya verdad o falsedad obviamente apenas está en proceso de verificación.

De todas maneras, el sentimiento de inseguridad generalizado entre los funcionarios judiciales de Armenia, que ha llevado hasta la implementación de las investigaciones por fiscales regionales y con la colaboración de testigos reservados, fundado en la realidad de que la ciudad vive la agudización de hechos violentos de grave impacto social, sin duda se proyecta nocivamente sobre la independencia e imparcialidad de la administración de justicia. Es decir, aunque la norma del artículo 83 sólo habla directamente de la seguridad del procesado como factor fundante del cambio de radicación, lo cierto es que una afectación de tal envergadura, que repercute en el ánimo de un número indeterminado de jueces, indudablemente pone en cuestión el necesario equilibrio para decidir, causa que sí está expresamente dispuesta como motivo de mutación del asiento de las diligencias.

A menester, entonces, apartar este caso no sólo del municipio de Armenia sino del respectivo distrito judicial, pues esa desafortunada incertidumbre

de la judicatura Quindiana puede reflejarse en actitudes que afecten la imparcialidad, bien en favor ora en contra de los procesados o del requerimiento de justicia por parte de la sociedad."

6. Tratándose de los mismos hechos y por mantenerse incólumes las circunstancias que motivaron el cambio de radicación en el proceso contra Guillermo Antonio Díez Alfaro, se declarará fundada la solicitud formulada por la Juez Cuarta Penal del Circuito de Armenia y por la Procuradora Treinta y Ocho Judicial, sin que sea necesario redundar en las razones que evidencian la alteración de las condiciones necesarias que exige la ley procesal penal para poder adelantar sin interferencia de ninguna especie el juzgamiento de una persona acusada.

El conocimiento de esta causa se asignará a los Jueces Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá, pues por ubicación y la magnitud de este Distrito Judicial sin duda se minimizará la interferencia de los factores de perturbación.

7. Paralelamente al trámite de este cambio de radicación, el defensor del señor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, en ejercicio del derecho de petición, solicita a la Sala considerar la posibilidad de asignar el conocimiento del asunto directamente al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, toda vez que en dicho Despacho actualmente se adelanta, por estos mismo sucesos, el juicio contra el señor Guillermo Antonio Díez Alfaro, hermano del anterior.

Explica el memorialista que su pretensión tiene como finalidad preservar los principios de comunidad de la prueba, economía procesal, inmediación y continuidad o concentración procesal.

Como quiera que en esta oportunidad la Sala se ocupa exclusivamente de una solicitud de cambio de radicación, incidente que debe ser resuelto de plano mediante auto contra el cual no procede recurso alguno, carece de competencia para adentrarse en valoraciones probatorias diversas, como las necesarias para decidir sobre la acumulación de procesos por conexidad, que indirectamente plantea el señor defensor.

Una petición en tal sentido deberá formularse ante el respectivo Juez Penal del Circuito, quien, como lo establece el artículo 95 del Código de Procedimiento Penal, decidirá mediante auto interlocutorio susceptible de los recursos ordinarios.

La falta de competencia de la Corte Suprema de Justicia, la incompatibilidad latente entre el incidente de cambio de radicación y la solicitud de acumulación de procesos, en este evento concreto, más los motivos anteriores inhiben a la Sala de adoptar determinaciones en uno u otro sentido.

Por la Secretaría de la Sala se comunicará lo decidido en este auto al señor defensor y al señor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, quien se encuentra privado de la libertad en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota."

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

RESUELVE:

Primero: Declarar fundada la solicitud de cambio de radicación elevada por la Juez Cuarta Penal del Circuito y la Procuradora Treinta y Ocho Judicial Penal de Armenia.

En consecuencia, asignar el conocimiento del proceso a los Jueces Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá, efecto para el cual el juez hasta ahora competente enviará el expediente al reparto de los mencionados funcionarios.

Segundo: Abstenerse de decidir la solicitud formulada por el señor defensor del procesado Carlos Alberto Oviedo Alfaro.

Tercero: Comunicar lo decidido en el presente auto al señor Carlos Alberto Oviedo Alfaro, quien se encuentra privado de la libertad en la Penitenciaría Central de Colombia La Picota, y a su defensor.

Cópiese, comuníquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Maníilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Interés: Identidad sustancial en el objeto de la impugnación/**APELACION**-Naturaleza del instituto/ **IRA E INTENSO DOLOR**-Error frente a las circunstancias de la injusticia y la gravedad de la provocación/**PERJUICIOS**-Cuando media reconocimiento de ira e intenso dolor

1. Si bien, en principio, este control de procedibilidad del recurso se concreta en la confrontación objetiva de las pretensiones alegadas en la apelación instancial del fallo del ad quem *y en la casación, lo que generalmente se facilita por la clara exclusión argumentativa y conclusiva, tanto de las sentencias como de las alegaciones recursivas, ello no necesariamente significa que se trate de una labor mecánica de simple constatación formal remitida a la elemental comparación de las nominaciones jurídico-legales con que se distinga a los fenómenos en cuestión, dejando de lado la complejidad sustancial que pueda presentarse, tanto en los temas tratados como en la forma en que han sido analizados por los jueces y por los impugnantes, y en las propias circunstancias procesales que en cada caso se presenten, pues por tratarse de un juicio de valor, los sustentos argumentales fáctico-jurídicos no pueden quedar absorbidos fatalmente por conclusiones huérfanas de explicaciones demostrativas, que no siempre pueden presentar la homogeneidad excluyente de los fenómenos físicos, sino que por el contrario, ante la imposibilidad de recurrir a argumentos generales propias de aquellos saberes, es el juicio alternativo dependiente de la dinámica probatoria el que a la manera de hipótesis se impone proponer, necesaria y progresivamente individualizada ante la dificultad de convicción que las propuestas hayan recibido en anteriores decisiones, pero que dada la naturaleza misma de los hechos, así se ubiquen en un distinto concepto dogmático, se torna imprescindible incluirlas, pues imposible resulta su exclusión, no obstante que quien las haya inicialmente valorado desmienta su verdad, quedando latente su reconocimiento para una apreciación posterior, en el evento en que a ello haya lugar.*

Admitir lo contrario, equivaldría, entre otras cosas, a desconocer precisamente la evolución que ha tenido en nuestro sistema procesal penal la interposición del recurso de apelación, pues al establecerse la exi-

gencia de su sustentación, que lo fue mediante el artículo 58 de la Ley 2ª. de 1984, y que ha continuado hasta el ordenamiento actual. artículo 215, es claro que una tal exigencia tiene como fin conocer las argumentaciones de hecho y jurídico-legales del impugnante, sin que el recurso quede, como en las legislaciones anteriores, sometido a la iniciativa de la oficiosidad por desconocerse cuál era el punto específico de la inconformidad, corriéndose el riesgo de que no fuera tratado por el ad quem; *de ahí que desde esa época esta Corporación al fijar su alcance haya precisado que dicha exigencia constituye "una carga del impugnante que le obliga a señalar en concreto las razones de su disentimiento con la providencia recurrida y que lo llevan a postular una determinación diferente que sea menos gravosa para sus intereses procesales", y que si bien no es "necesaria la exhaustiva presentación de argumentos para demostrar inconformidad con la resolución apelada, pues basta con enumerar en el oportuno escrito, en forma clara y precisa los fundamentos del disenso", esto no significa que pueda darse por cumplida "cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como "si hay prueba de los hechos", "no están demostrados los hechos" u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad o imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado", ya que siendo la apelación "una faceta del derecho de impugnación, expresión ésta derivada de la voz latina "impugnare", que significa "combatir, contradecir, refutar", tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponerlo, expresando la idea con criterio tautológico, mediante la pertinente crítica jurídica, para acusar la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar, por ende, su revocatoria o su modificación", como lo sostuvo esta Sala en auto del 11 de septiembre de 1984, compartiendo igual pronunciamiento de la Sala Civil de esta Corporación del 30 de agosto del mismo año...*

Como la regulación procesal para efectos de la sustentación del recurso de apelación difiere de la exigida para igual propósito en la de casación, la determinación del interés para recurrir del impugnante en este último caso impone, por las razones ya expuestas, confrontar el fallo de primera instancia, con el fundamento de la apelación y el del recurso extraordinario, sin perder de vista que por no establecer la ley para la primera técnica ni limitación argumental alguna como ocurre con la casación, se requiere del análisis de los temas examinados y decididos y los cuestionados por el sujeto procesal inconforme, por cuanto debido a la unidad inescindible que integran las decisiones finales del a quo *y del* ad quem *en todo aquello que no sea revocado por este*

último, pueden surgir fenómenos o decisiones perjudiciales para el recurrente con el resto del pronunciamiento, que por no haber sido tenidas en cuenta por el Juez de primer grado, tampoco lo haya hecho el Tribunal, evento en el cual obviamente no podían ser objeto de apelación por su inexistencia...

El interés para recurrir en casación, como en esencia no lo es tampoco en punto de los demás recursos, no puede ser entendido en un marco simplemente formal, pues por definición es sustancial no únicamente porque se constituye en un supuesto de procedibilidad de la impugnación, sino porque de él depende el ejercicio de un derecho, más aún de rango constitucional entre nosotros, hasta el extremo que bien puede afirmarse cómo aunque teóricamente es diferenciable el interés de la impugnación propiamente dicha, es lo cierto que en su ejercicio se vinculan de tal forma que integran una unidad, pues sin el uno desaparece el otro. Y si su naturaleza es, entonces, sustantiva, de contera los presupuestos para establecerlo deben tener la misma connotación, por no decir su misma esencia, excepción hecha de casos como los de la audiencia especial y la sentencia anticipada, en los que la propia normativa predetermina los eventos en los que se presume la existencia de dicho interés, en los demás, le corresponde al juez deducir valorativamente el gravamen que le cause o le pueda causar una determinada decisión al impugnante, imponiéndose, por ende, el análisis integral de las referidas piezas procesales sin que fatalmente sea la sola determinación de un instituto jurídico, o mejor dicho, el nomen juris de éste el que implique colegir si al casacionista le asiste interés para recurrir por no corresponder a lo decidido en primera instancia sino que, contrario sensu, se requiere evaluar, desde luego para estos efectos la complejidad de lo resuelto y alegado ante los juzgadores ordinarios para a partir de allí poder concluir la concurrencia o no del referido soporte de la impugnación extraordinaria, pues el hecho de que a un determinado supuesto fáctico o jurídico se le hagan derivar consecuencias diversas o que jurídicamente pueda admitir enfoques distintos no podría ser motivo para negar la procedencia del recurso, toda vez que la base argumental, a la postre, fundamento del análisis, opuesto a lo que se le pensarse, puede ser determinante para colegir el interés para recurrir, sobre todo en aquellos casos en que la decisión tomada ha exigido la exclusión de otras hipótesis.

2. En estas condiciones, y siendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal en el sentido de que el reconocimiento de dicha diminuente punitiva solo es procedente cuando el agente actúa "en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno, grave e injusto", se impone precisar que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia reiterada por la Sala desde antaño, en casos en donde los hechos presentan contingencias como las aquí ocurridas, esta especial circunstancia impone obligatoriamente el estudio de "los an-

tecedentes subjetivos y objetivos de la cuestión", de tal manera que es al Juez al que le corresponde calificar, de acuerdo con ello, la gravedad y la injusticia de la provocación a efectos de determinar si la reacción del autor del hecho obedece a una profunda mengua y exaltación emocional que sin darle lugar a la reflexión, actúa inmediatamente o en forma más o menos pausada dependiendo en todo caso de su personalidad, pues se trata de un aspecto que necesariamente afecta la psiquis del autor, debiéndose, de todas formas, distinguir en el delito emocional, al igual que en el pasional, cuyas connotaciones y expresiones en el mundo de lo fáctico tienen matices bien diversos desde el punto de vista psicológico y las reacciones que pueden desencadenar en el individuo, pues es lo que a su turno permite diferenciar entre los dos estados que a la manera de disminuente punitiva consagra la norma en cita, esto es, la ira del intenso dolor, ya que es claro cómo no se trata de fenómenos idénticos, sino por el contrario psicológica y jurídicamente diferenciables, toda vez que como concretamente lo precisara el profesor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola en su obra "Delitos contra la vida y la integridad personal" (tercera edición. Editorial Temis, 1956, pág.232), "...En verdad, síquicamente hablando, son dos estados diferentes. La ira explota súbitamente ante la agresión ofensiva, podría decirse sin elaboración mental alguna, porque es en cierto modo una manifestación elemental y primaria de la personalidad. El dolor, en cambio, puede tomarse por dos aspectos diferentes: a) como sensación mortificante y aguda, proveniente de causa interna o externa capaz de producir la reacción emotiva instantánea; en este sentido podría hablarse de dolor físico; b) como sentimiento de carácter hondo, gradual que aprisiona el ánimo y trastorna el equilibrio normal de la vida síquica; en este segundo sentido podría decirse que es un dolor moral".

Estos estados, no obstante, que en forma regular deben corresponder psíquicamente a la realidad que el sujeto agente afronte, pueden presentarse putativamente, en eventos en los cuales los supuestos de la gravedad e injusticia de la provocación los aprehende erróneamente en la medida en que a partir de circunstancias material y objetivamente verificables y demostradas en el proceso, particularmente para él, tienen una diversa significación a la que tendría para un observador imparcial y objetivo a posteriori...

Bajo esta realidad procesal, forzoso es concluir que debido a una mentirosa información, erróneamente se genera en la psiquis de Ariza Alvarez una perturbación emocional de intenso dolor que indudablemente lo impulsó a actuar como lo hizo porque creyó estar ante una injusta y grave provocación de Juan Rubio. Se trata pues, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia de un error sobre una de las circunstancias estructurantes de esta aminorante punitiva, como lo reconoció la Sala al analizar este fenómeno a la luz del vigente Código

Penal en sentencia del 10 de junio de 1998 con ponencia de quien ahora finge como tal.

3. Cuando el delito se comete bajo el estado de ira, por cuanto como se desprende de los elementos estructurantes de esta atenuante punitiva, el hecho delictuoso es motivado por una grave, ajena e injusta provocación de quien es sujeto pasivo del hecho punible, pues en tales condiciones, es indudable que siendo el comportamiento de la víctima el que desencadena la reacción delictual la reparación del daño sufrido a causa de su propio actuar no puede hacerse en forma plena, sino parcial.

Sin embargo, en casos como el presente, en donde el reconocimiento de la ira tiene como fuente la aceptación de un error del autor del hecho sobre las circunstancias la injusticia y gravedad de la provocación, por lo que resulta a los fines del derecho penal de autor, de vital importancia la percepción y las condiciones personales en que se hallaba cuando se afectó emocionalmente a tal punto que actúa ilícitamente en contra de quien cree erradamente que era su ofensor, no procede disminución alguna por concepto de la acción indemnizatoria, toda vez, que el mal comportamiento de la víctima solo queda en el campo de la percepción errada que se forma el agente y no realmente en quien descarga su ira o dolor causándole grave perjuicio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre catorce (14) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 198 Proceso N° 12343

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Danis Ariza Alvarez contra la sentencia proferida el 17 de mayo de 1996 por el Tribunal Superior de Ibagué, que confirmó la dictada por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual se condenó a dicho procesado a la pena principal de 25 años y 4 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años como autor del delito de homicidio simple en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal, al igual que al pago de $38'000.000 como indemnización por los perjuicios materiales y 400 gramos oro por los morales, ocasionados por el delito contra la vida, disponiéndose, de otra parte, el decomiso del revólver calibre 38 largo con capacidad para 5 tiros No. J514741.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Entre Juan Rubio Pérez y Arnoldo Ariza Alvarez -primos hermanos en segundo grado-, existía desde algunos meses atrás desavenencias porque

al parecer el segundo había tenido relaciones amorosas o pretendía sentimentalmente a Rosalbina Castro Ariza, esposa del primero, por lo que en varias oportunidades, y preferiblemente cuando se encontraba embriagado Juan insultaba a aquél, llegando inclusive a amenazarlo de muerte con un revólver.

El 21 de mayo de 1995, en el Municipio de Alvarado, Departamento del Tolima, al frente de la gallera, sitio en el que Arnoldo se encontraba descargando aguacates se presentó Juan nuevamente amenazándolo al tiempo que lo agredía con un machete, ante lo cual el primero se defendió con igual arma causándose mutuas lesiones sin mayor gravedad. Sin embargo, terminada esa riña, Arnoldo Ariza ingresó por unos minutos a la casa de la señora Aydee Ospina y luego de que ésta le hiciera algunas curaciones se marchó en su vehículo a la casa de su padre. Entre tanto, y cuando ya Juan se disponía a irse para la finca donde residía, llegó al lugar Jairo Ariza, hermano de Arnoldo, quien se encontraba cerca, pues le habían informado que a aquél lo habían matado, reclamándole por lo sucedido con su hermano al tiempo que lo cogía del cuello de la camisa, soltándolo finalmente ante la intervención del Agente de la Policía Alberto Ramírez Ortiz, momento en que, en bicicleta, llegó al sitio Danis Ariza, porque mediante llamada telefónica a su casa en donde se encontraba tomándose algunas cervezas le dijeron que fuera de inmediato a ese lugar porque habían matado a Arnoldo, procediendo a dispararle a Juan Rubio en tres oportunidades con el revólver que su padre días antes le entregara para que cuidara unos cultivos de café.

En el mismo instante se presentó la Policía, a la que ya se le había puesto en conocimiento de que por los lados de la gallera se estaba presentando una fuerte riña, interviniendo el Sargento Luis Carlos Bermúdez Velásquez, quien se lanzó a forcejear con Danis Ariza lográndole quitar el revólver, aunque aquél logró huir sin ser capturado a pesar de la persecución de que fue objeto por parte de dicho funcionario y el Agente Carlos Rivas Grueso, pues a la postre, la oscuridad del lugar le facilitó evadir la acción de la autoridad, regresándose entonces los agentes al sitio de los hechos para trasladar al lesionado en el vehículo oficial hasta el Hospital de Venadillo, a donde llegó sin vida.

De tales hechos el Comandante de la Estación de Policía de Alvarado rindió informe al Juzgado Promiscuo Municipal de esa Localidad poniendo a disposición el revólver calibre 38, niquelado, de cañón recortado, cachas de madera, marca Smith Wesson No. J514741, No. 8581C, con capacidad para 5 tiros, con tres vainillas y tres cartuchos para el mismo que le fuera quitado a Danis Ariza la noche de los acontecimientos, lo cual le sirvió de soporte al Juez para abrir formalmente la investigación mediante auto del 23 de mayo de 1994 ordenando su captura con el fin de vincularlo mediante indagatoria.

Así, luego de escuchar en declaración al Sargento Luis Carlos Bermúdez, al Agente Carlos Rivas y varias personas que tuvieron conocimiento de los

hechos o presenciaron algunos de sus momentos, por auto del 24 de mayo remitió las diligencias, por competencia, a la Unidad de Fiscalías de Lérida, en donde le correspondió a la número 39, despacho que a su turno, el 21 de junio las envió a la Unidad de Fiscalía de Vida de la ciudad de Ibagué, en donde el 22, al día siguiente, se hizo presente José Uriel Canal Cardona manifestando que tenía en su poder un arma utilizada el día de los hechos, por lo que de inmediato se le escuchó en declaración, diligencia en la que hizo entrega de un revólver calibre 38 largo identificado con el número 5257 y 6 proyectiles para el mismo, manifestando que lo había encontrado debajo del cuerpo del lesionado al lado de la cintura cuando le ayudó a la Policía a subirlo al vehículo en que lo trasladaron a Venadillo. Más adelante, por resolución del 28 de ese mismo mes, la Jefe de dicha Unidad ordenó emplazar a Danis Ariza mediante edicto que se fijó el 29, luego de lo cual, el 13 de julio siguiente, la Fiscalía 4ª, a la que le fue repartido el asunto, lo declaró persona ausente nombrándole defensor de oficio y procediendo el 3 de agosto a resolverle la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como autor del delito de homicidio simple en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal.

Recepcionada múltiple prueba testimonial, allegado el dictamen de necropsia y de balística practicado al arma decomisada, así como el informe de las Fuerzas Armadas en el sentido de que el salvoconducto del revólver 38 largo No. J514741 fue expedido a nombre de Marco Fidel Ariza Pérez, el 9 de septiembre de 1994 se decretó el cierre del ciclo instructivo, decisión contra la que el defensor de Ariza Alvarez interpuso recurso de reposición que le fue resuelto desfavorablemente el 26 de septiembre siguiente, procediéndose finalmente, es decir, el 11 de noviembre del mismo año, a calificarse el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del sindicado por el delito de homicidio agravado por la indefensión de la víctima, en concurso con el de porte ilegal de armas para la defensa personal, proveído que fue impugnado en apelación por la defensa y confirmado el 19 de enero de 1995 por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué.

En la etapa del juicio se decretaron algunas de las pruebas solicitadas por la defensa, la parte civil reconocida durante la instrucción y otras de oficio, negándose asimismo la nulidad impetrada por el apoderado del acusado aduciendo violación al principio de la investigación integral por haberse citado equivocadamente al testigo Alberto Gil a un lugar distinto del que se tenía conocimiento en el proceso, llevándose a cabo finalmente la audiencia pública a la que se presentó Danis Ariza Alvarez en forma voluntaria, acto en el que se materializó su captura. En dicha diligencia el acusado explicó que su no comparecencia al proceso se debió al temor que tenía por las represalias que en su contra pudiera tomar la familia de Juan Rubio; por su parte, el Fiscal en su intervención solicitó el reconocimiento a favor del procesado del estado de ira e intenso dolor, mientras que la defensa lo hizo impetrando la legítima defensa putativa.

En estas condiciones, y excluyendo en relación con el delito de homicidio la circunstancia específica de agravación imputada en la acusación, por cuanto no concurría la prueba que permitiese deducirla con certeza, procedió el Juez de conocimiento a proferir el fallo condenatorio de primer grado en los términos ya indicados, el cual al ser recurrido en apelación por el defensor insistiendo, como lo hizo en la audiencia pública, en el reconocimiento de la causal de justificación de la legítima defensa putativa, habida cuenta, que atendidos los antecedentes de las malas relaciones entre Arnoldo Ariza y la víctima y las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y el estado emocional del procesado para esos momentos, bien podía colegirse que cuando le disparó a Juan Rubio lo hizo por defender a un tercero, que en este caso era su hermano Jairo, toda vez, que de conformidad con varios de los testigos que declararon en el proceso, en ese momento la víctima hizo el ademán de sacar un arma que cargaba en la cintura del pantalón, fue confirmada por el Tribunal en los términos igualmente expuestos en precedencia.

La Demanda

Al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, un cargo formula el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, acusándola de violar indirectamente y por falta de aplicación el artículo 60 del Código Penal por haber desconocido a favor del incriminado la circunstancia de atenuación punitiva de la ira e intenso dolor, a consecuencia de lo cual se aplicó indebidamente el artículo 61 ibidem, "por tergiversación de algunos elementos probatorios, incidiendo consecuencialmente en la determinación de la pena que debió ser inferior a la impuesta en el fallo impugnado", pues hasta el propio Fiscal en la audiencia pública la dejó a consideración del Juez y fue "dibujada por el procesado en su intervención en la audiencia pública".

Así, en orden a demostrar la censura, afirma el casacionista que el Tribunal erró en la apreciación de varias pruebas "en relación con el grado de culpabilidad y de responsabilidad consiguiente", ya que de la intervención de Ariza Alvarez en la audiencia pública, la única que tuvo durante todo el proceso por motivos que él mismo explicó, así como de las declaraciones de Griselda Cortés, Juan de Jesús Rubio, Alis Torres Cortés, María Gloria Rodríguez de Pérez, Jorge Burgos Valenzuela, Guillermo Moreno Torres, Carlos Arturo Vargas Rodríguez, Leonela Bonilla Quiñones, Rosalbina Castro Sánchez, Mauricio Cárdenas Rojas, Aydee Ospina Torres, Arnoldo Ariza Alvarez, Omar Pérez Palma, Rafael Castañeda Rojas, Joel Flórez Gamboa, los Agentes Francisco Alberto Ramírez Ortiz y Juan Carlos Rivas Grueso y el Sargento Luis Carlos Bermúdez Velásquez, en una valoración no tergiversada, se establece que:

a. Existían problemas de celos entre Juan de Jesús Rubio y Arnoldo Ariza, al punto que el primero ya en anteriores oportunidades había agredido varias veces al segundo, e incluso lo había amenazado de muerte, situación de la que estaban enterados tanto Jairo como Danis Ariza Alvarez.

b. En las primeras horas de la noche del 21 de mayo de 1994, Juan Rubio y Arnoldo Ariza se encontraron frente a la gallera, habiendo el primero agredido con machete al segundo, ataque del que éste también se defendió con igual arma, procediendo alguien a avisarle a Jairo que habían matado a su hermano, como lo hizo otra persona con Danis Ariza.

c. Las referidas noticias, hicieron que los hermanos Ariza Alvarez se trasladaran de inmediato al sitio llegando primero Jairo "y de inmediato vio a Juan de Jesús y, mientras alguien le decía que bajara hijueputa, habló con Mauricio Cárdenas Rojas quien se lió en pelea con Jaime Ramírez, y el acuelló por la camisa a Juan Rubio y le reclamó por lo que había hecho con su hermano Arnoldo, manteniéndolo asido por el cuello, hasta que le pidieron que lo soltara", siendo en esos momentos en que hace su aparición Danis Ariza y aparte de que ya le habían manifestado por teléfono que habían matado a Arnoldo, "ahora ve que ya el presunto victimario, Juan de Jesús, las emprende contra el otro de sus hermanos o sea contra Jairo viéndolos enfrentados y como intentando sacar un arma de la pretina y sin más le disparó por tres veces, como lo sintetizó en su propia intervención en la audiencia pública".

Y de ello, dice, se concluye que conforme a los conceptos modernos de la dinámica del delito y la emoción, "debió ser grande su sorpresa, su sobresalto, su ira contra el victimario", pues no solo sabía de antemano las agresiones y amenazas de muerte de que era víctima su hermano de parte de Juan Rubio, sino que también tenía conocimiento de que estaba armado porque ya una vez lo había atacado con un revólver, sino que esa noche, cuando se encontraba en su casa le avisan que acababan de matar a Arnoldo, cuando llega al sitio ve que aquél "ya atentaba contra su otro hermano, Jairo, a quien vio en peligro, y en todo caso lleno de ira, miedo, y en todo caso presa de perturbación emosional (sic) disparó una y otra vez sobre el victimario de su hermano Arnoldo y agresor actual osado y peligroso de su otro hermano, Jairo Ariza, disparó sobre él una y otra vez", cumpliéndose, en esta forma, las exigencias del artículo 60 del Código Penal para que se reconociera a favor de su defendido la diminuente de la ira e intenso dolor, sobre los cuales "el Tribunal nada dijo", desconociendo el contenido material ,"tanto del dicho del procesado, como de todos los testimonios antes enunciados".

Este ataque, explica, tiene cabida en este asunto, por cuanto si bien el Tribunal no se refirió a esta diminuente punitiva, tomando los fallos de primera y segunda instancia como una unidad inescindible, como en efecto se integran, "tenemos que el Juzgado de la primera instancia sí lo consideró tangencialmente, quizá por el planteamiento hecho por la Fiscalía en el sentido de que la existencia de la atenuante de la ira la dejaba a discreción del juzgador, pero no le dio cabida al considerar intrascendente la llamada telefónica, la que no se traduce en comportamiento grave e injusto, que haga procedente el atenuante", y en estas condiciones, así el Tribunal no se haya pronunciado al respecto, avaló el pronunciamiento del *a quo*, es decir, negó

igualmente el reconocimiento de la ira, no obstante que para desechar "la justificante alegada reiteradamente" "interpreta bien" el hecho antecedente que le sirvió al juez de primer grado para negar la aplicación del artículo 60 del Código Penal, no entendiéndose por qué no reconoció oficiosamente la ira, dándole un real alcance a los argumentos del apelante, pues en él nunca estuvo ausente el aspecto emocional con que actuó el procesado.

Seguidamente y en orden a "sustentar y demostrar" la censura dice el demandante que procederá a señalar "las pruebas que en este sentido fueron ignoradas o distorsionadas por el juzgador, en su único intento o esfuerzo por descartar la causal de justificación, como era la de una legítima defensa de terceros, o sea de su hermano Jairo Ariza Alvarez, planteada centralmente por la defensa, a través de la causal cuarta del artículo 29 del C.P.", refiriéndose de inmediato a lo sostenido por Ariza Alvarez en la audiencia pública sobre la forma como se enteró de lo que estaba ocurriendo entre su hermano Arnoldo y Juan Rubio y lo que presenció cuando llegó al lugar y encontró que Jairo estaba forcejeando con aquél y luego de que éste soltara a Juan, la gente le gritaba que tuviera cuidado porque estaba armado, procediendo entonces a dispararle al ver que intentó sacar un arma de la pretina de su pantalón para luego huir ante el temor de las represalias de los familiares de la víctima, enfatizando en la sugerencia que hiciera la Fiscalía luego de conocida la versión del acusado, en el sentido de que dejaba a criterio del Juez el reconocimiento del estado de ira e intenso dolor en su favor.

Insiste, pues, en que se encuentra demostrada dicha aminorante de pena, y aunque para negarla el Juzgador "deterioró" en su real contenido la versión rendida por Ariza Alvarez durante la audiencia pública, ésta encuentra corroboración en otras pruebas "a las cuales no se les ha dado su verdadera trascendencia", pues que Arnoldo y Juan tenían problemas porque presuntamente el primero pretendía a la esposa de la víctima y por esa razón ya se habían enfrentado verbalmente, lo relatado por Griselda Pérez Cortés, Juan de Jesús Rubio, Alis Teresa Chacón, María Gloria Rodríguez de Pérez, Jorge Burgos Valenzuela, Guillermo Moreno Torres, Carlos Arturo Vargas Rodríguez y Leonela Bonilla Quiñones, e incluso Rosalbina Castro Sánchez, esposa de Juan, sostuvo que "su esposo la celaba con Arnoldo Ariza, pero que si bien él la cortejaba, ella no le había aceptado nada, pero su esposo algunas veces le reclamó".

En cuanto al enfrentamiento ocurrido el día de los hechos entre Arnoldo Ariza y Juan Rubio y la noticia de que habían matado al primeramente mencionado, refiere el casacionista que declararon en el proceso Mauricio Cárdenas Rojas, Aydee Ospina Torres, Arnoldo Ariza Alvarez, Jairo Ariza Alvarez, Omar Pérez Palma, Rafael Castañeda Rojas, Joel Flórez Gamboa y Rafael Guzmán Lerma.

Por su parte, señala que Jaime Alberto Ortegón García, afirmó que él se encontraba en la casa de Danis Ariza pagándole una deuda, cuando aquél

recibió una llamada y de inmediato salió en una bicicleta, respondiéndole ante la pregunta sobre qué pasaba, que acaban de matar a Arnoldo, habiendo escuchado después que hubo un muerto.

Y, sobre el acápite final del desenvolvimiento de los hechos, esto es, sobre la participación de Danis Ariza, también declararon todas las personas ya mencionadas y los Agentes Francisco Alberto Ramírez, Juan Carlos Rivas Grueso y el Sargento Luis Carlos Bermúdez Velásquez.

Así, pasando a lo que titula como supuesto condicionante del artículo 60 del Código Penal, se apoya en un autor nacional para relacionar los elemen tos estructurantes de la referida aminorante de pena, afirmando a renglón seguido, que las pruebas mencionadas en precedencia constituyen el fundamento para entenderla como demostrada, pues no obstante lo manifestado por Ariza Alvarez en la audiencia pública, que en este asunto fue la única oportunidad que tuvo con la justicia para sincerarse sobre lo ocurrido, por cuanto su no comparecencia con anterioridad a dicho momento fue explicada allí, el Tribunal "fincó la autoría en sus afirmaciones y demás probanzas antes expuestas, así enfatizó e interpretó bien, así como para descartarle el agravante del aprovechamiento del estado de indefención (sic), como para desechar la justificante reiteradamente solicitada, la del art. 29 del art. 29, nral. 4ª), pero los deterioró en cuanto a la gravedad de la acción de provocación o comportamiento ajeno, que consideró intrascendente, y por ende el estado psíquico de la ira se mengua en extremo, hasta el punto de no atenuar su reacción delictiva", a pesar de ser tan "revelador" lo sostenido por el procesado sobre su estado psíquico "en el que incurrió su iracundia" al recibir la noticia sobre la muerte de su hermano y por ello, provocado gravemente ante un hecho ajeno e injusto, "pues que provenía, y así se lo debieron de comunicar, de su único enemigo que tenía su hermano, o sea de Juan de Jesús Rubio" salió en su bicicleta encontrando en el sitio de los hechos a Jairo, su otro hermano, enfrentado con aquél y son todos esos antecedentes que suceden los que acrecentaron la ira y el dolor, haciendo los disparos.

Al referirse a la trascendencia del hecho, reitera, que el Tribunal "deterioró" las pruebas sobre la provocación, gravedad, injusticia y ajenidad para no aplicar el artículo 60 del Código Penal y hacerlo indebidamente con el 61 *ibidem*.

Por tanto, solicita, se "case parcialmente" el fallo impugnado y se reforme en el sentido de "ajustar la punibilidad a los hechos probados en el proceso aplicando la atenuación o reducción de la pena a los límites fijados en el artículo 61 del Código Penal, que de aplicarse debidamente entonces por el reconocimiento de la ira y del intenso dolor del artículo 60 *ibidem*, reducirá la pena, será bien aplicado".

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Precisando en primer término el Delegado que la demanda está técnicamente bien presentada, pues la proposición y desarrollo del cargo "guardan

concordancia con la causal invocada y tratándose de un falso juicio de identidad se dedicó el libelista a tratar de demostrar el error del tribunal en la apreciación de las pruebas y cómo dicho yerro lo llevó a desvirtuar la diminuente punitiva", agrega que, además, es cierto que la sentencia impugnada no se ocupó de los presupuestos del estado de ira, como que sus consideraciones se contrajeron a exponer por qué el procesado no actuó amparado por la justificante de la legítima defensa.

Bajo esta premisa, sostiene el Procurador que no obstante haber admitido el *a quo* que Ariza Alvarez para el día de los hechos se encontraba bajo una perturbación emocional debido a llamada telefónica que recibiera, concluyó que ello no representa un comportamiento grave, ajeno e injusto, como pasa a demostrarlo con la transcripción del aparte pertinente para destacar que "comprendió" equivocadamente la comunicación con el contenido de la misma, pues se refería a la muerte de Arnoldo Ariza, hermano del procesado, y por esa razón fue "el medio a través del cual el acusado se puso en antecedentes de una situación, esta sí generadora de una perturbación anímica grave, capaz de alterar la serenidad propia del destinatario de la noticia", hecho al que debe agregársele que sus ánimos y perturbación emocional fueron aún más exaltados, cuando percibe directamente que su otro hermano está en un enfrentamiento "cuerpo a cuerpo" con Juan Rubio.

Se refiere de nuevo al contenido del artículo 60 del Código Penal, señalando que debió analizarse el caudal probatorio para establecer en forma razonada la existencia o ausencia de los elementos de dicha aminorante punitiva, procedimiento que omitió el Juez al limitarse a exponer que el comportamiento ajeno, grave e injusto constitutivo de la provocación fue la llamada telefónica, "lo que lo llevó a ignorar las verdaderas causas del actuar del acusado" y a su turno, el Tribunal ninguna consideración hizo sobre el tema, a pesar que de acuerdo con las pruebas recaudadas y apreciadas por los juzgadores, se deducen como ciertos los conflictos que antecedentemente existían entre Arnoldo Ariza y Juan Rubio, así como el conocimiento que de ello tenían los familiares de aquellos y que por esa razón ya en anteriores oportunidades habían tenido enfrentamientos en los que Juan había utilizado un revólver; que el 21 de mayo de 1991 se presentó una nueva riña entre estos dos, en la que cada uno utilizó un machete, habiendo resultado Arnoldo levemente lesionado y de ello se les informó a Jairo y a Danis Ariza, pero indicándoles que su hermano estaba muerto y por tal motivo éstos se dirigieron al sitio de los hechos; que Jairo llegó primero y discutió con Juan por lo sucedido con Arnoldo y en medio del desarrollo de tal episodio se presentó Danis, procediendo, ante tal situación, a dispararle a Juan de Jesús Rubio Pérez.

Lo anterior, demuestra, entonces, que no se trata de una historia del procesado, pues de los medios de prueba que corroboran la ocurrencia de esos acontecimientos se deduce, insiste, que Ariza Alvarez estaba alterado al momento de cometer el delito, "en razón a los antecedentes de conflicto personal que se habían presentado, a la información que había recibido y

consideraba cierta de que su hermano Arnoldo había sido muerto y a la situación por él observada, en la cual su otro hermano Jairo, se enfrentaba a su contrincante. Esta perturbación de ánimo, indudablemente constituye un estado de ira desencadenante de la acción delictiva".

Insiste, pues, que de la valoración que de la prueba "debe hacerse", se impone colegir que, según la percepción visual y auditiva de Danis Ariza Alvarez para el día de los hechos, se encontraba ante una provocación grave e injusta generada por Rubio Pérez, quien, de acuerdo al convencimiento del procesado atacó a sus dos hermanos, uno de los cuales ya estaba muerto. Y aún así, dice el Ministerio Público, el Tribunal valoró equivocadamente los medios probatorios ya que por ese motivo concluyó que cuando Danis llegó al lugar de los hechos lo hizo con el ánimo de pelear con quien había reñido con su hermano, "hasta el punto de que sin enterarse de lo que acontecía, fulminó de una vez al interfecto", no obstante que reconoce que para entonces se encontraba turbado emocionalmente ante la noticia de la muerte de Arnoldo, como lo demuestra con la transcripción del aparte pertinente, cuando precisamente esos elementos eran suficientes para aplicar el artículo 60 del Estatuto Sustantivo, lo que significa que se configura el error de hecho por falso juicio de identidad alegado por el casacionista.

Se refiere, en ese sentido, al testimonio de José Vicente Bernal, precisando que al valorarlo, los falladores de instancia la desconocieron en cuanto ha manifestado sobre los problemas y conflictos que de tiempo atrás tenía Rubio Pérez con Arnoldo Ariza Alvarez, "y se dejó de analizar la importante situación de que este testigo no pudo dar fe del estado de perturbación anímica del acusado, no porque no se presentara, sino porque no vio a Ariza Alvarez en el momento de los sucesos que dieron origen a la actuación".

Igual, dice, ocurrió con la declaración del Agente de la Policía Nacional, Juan Carlos Rivas Grueso, al que las instancias le dieron credibilidad sobre lo narrado sobre los hechos, pero desconociendo lo referido en el sentido de que de Danis Ariza le habían informado que a su hermano Arnoldo lo "habían picado a machete"; y en el mismo sentido, el Sargento Luis Carlos Bermúdez Velásquez, también advirtió sobre los conflictos que de tiempo atrás tenía la víctima con uno de los hermanos del aquí procesado, lo sucedido antes de que llegara Danis y disparara y el forcejeo para quitarle el arma.

Por ello, colige, que de esta forma de apreciar los testimonios se deduce su tergiversación, pues se dedujo de tal prueba "solamente una parte de las conclusiones que materialmente se pueden extraer", máxime que otras personas, como las que cita el casacionista así lo manifestaron bajo juramento, reiterando lo expuesto anteriormente, para, finalmente y luego de transcribir un aparte de jurisprudencia de esta Sala sobre las connotaciones del estado de ira e intenso dolor, afirmar que en este asunto se cumplen los elementos condicionantes de tal diminuente punitiva.

Solicita, por tanto, se estime la demanda y en consecuencia se case el fallo impugnado dictando uno sustitutivo, reconociéndole a Danis Ariza Alvarez la disminución de pena a que se refiere el artículo 60 del Código penal.

CONSIDERACIONES

1. Siendo que la pretensión del casacionista se centra en el reconocimiento que aspira haga la Corte del estado de ira a favor de su representado y que la finalidad de la apelación al recurrir el fallo de primera instancia era sacar avante la legítima defensa putativa que para entonces pretendía, necesario es establecer, en primer lugar, si le asiste al ahora extraordinario recurrente interés para el reclamo casacional, pues el hecho de que la sentencia del Tribunal se haya promovido a iniciativa de este mismo sujeto procesal y no ser la nulidad lo que impetra, requiere, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, identidad en el objeto de impugnación, habida consideración de los alcances del principio de limitación de los fallos de segunda instancia previsto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 34 de la Ley 81 de 1993), según el cual, "la apelación permite revisar únicamente los aspectos impugnados", pues si el tema propuesto extraordinariamente no se debatió en la apelación, se carece de decisión por cuestionar, como lo sostuvo la Sala en sentencia del 22 de septiembre del año en curso, con ponencia de quien aquí cumple igual función, reiterando, a su turno y en lo pertinente, las decisiones del 11 de febrero y del 20 de abril de esta misma anualidad, con ponencia de los Magistrados, doctores Dídimo Páez Velandia y Fernando Arboleda Ripoll, respectivamente.

2. Sin embargo, *y si bien, en principio, este control de procedibilidad del recurso se concreta en la confrontación objetiva de las pretensiones alegadas en la apelación tristancial del fallo del ad quem y en la casación, lo que generalmente se facilita por la clara exclusión argumentativa y conclusiva, tanto de las sentencias como de las alegaciones recursivas, ello no necesariamente significa que se trate de una labor mecánica de simple constatación formal remitida a la elemental comparación de las nominaciones jurídico legales con que se distinga a los fenómenos en cuestión, dejando de lado la complejidad sustancial que pueda presentarse, tanto en los temas tratados como en la forma en que han sido analizados por los jueces y por los impugnantes, y en las propias circunstancias procesales que en cada caso se presenten, pues por tratarse de un juicio de valor, los sustentos argumentales fáctico-jurídicos no pueden quedar absorbidos fatalmente por conclusiones huérfanas de explicaciones demostrativas, que no siempre pueden presentar la homogeneidad excluyente de los fenómenos físicos, sino que por el contrario, ante la imposibilidad de recurrir a argumentos generales propios de aquellos saberes, es el juicio alternativo dependiente de la dinámica probatoria el que a la manera de hipótesis se impone proponer, necesaria y progresivamente individualizada ante la dificultad de convicción que las propuestas hayan recibido en anteriores decisiones, pero que dada la naturaleza misma de los hechos, así se ubiquen*

en un distinto concepto dogmático, se torna imprescindible incluirlas, pues imposible resulta su exclusión, no obstante que quien las haya inicialmente valorado desmienta su verdad, quedando latente su reconocimiento para una apreciación posterior, en el evento en que a ello haya lugar.

3. Admitir lo contrario, equivaldría, entre otras cosas, a desconocer precisamente la evolución que ha tenido en nuestro sistema procesal penal la interposición del recurso de apelación, pues al establecerse la exigencia de su sustentación, que lo fue mediante el artículo 58 de la Ley 2ª. de 1984, y que ha continuado hasta el ordenamiento actual, artículo 215, es claro que una tal exigencia tiene como fin conocer las argumentaciones de hecho y jurídico-legales del impugnante, sin que el recurso quede, como en las legislaciones anteriores, sometido a la iniciativa de la oficiosidad por desconocerse cuál era el punto específico de la inconformidad, corriéndose el riesgo de que no fuera tratado por el ad quem; de ahí que desde esa época esta Corporación al fijar su alcance haya precisado que dicha exigencia constituye "una carga del impugnante que le obliga a señalar en concreto las razones de su disentimiento con la providencia recurrida y que lo llevan a postular una determinación diferente que sea menos gravosa para sus intereses procesales", y que si bien no es "necesaria la exhaustiva presentación de argumentos para demostrar inconformidad con la resolución apelada, pues basta con enumerar en el oportuno escrito, en forma clara y precisa los fundamentos del disenso", esto no significa que pueda darse por cumplida "cuando el impugnante se limita simplemente a calificar la providencia recurrida de ilegal, injurídica o irregular; tampoco cuando emplea expresiones abstractas tales como 'si hay prueba de los hechos', 'no están demostrados los hechos' u otras semejantes, puesto que aquellos calificativos y estas expresiones, justamente por su vaguedad o imprecisión no expresan, pero ni siquiera implícitamente, las razones o motivos de la inconformidad del apelante con las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez en su proveído impugnado", ya que siendo la apelación "una faceta del derecho de impugnación, expresión ésta derivada de la voz latina 'impugnare', que significa 'combatir, contradecir, refutar', tiene que aceptarse que el deber de sustentar este recurso consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponerlo, expresando la idea con criterio lautológico, mediante la pertinente crítica jurídica, para acusar la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar, por ende, su revocatoria o su modificación", como lo sostuvo esta Sala en auto del 11 de septiembre de 1984, compartiendo igual pronunciamiento de la Sala Civil de esta Corporación del 30 de agosto del mismo año.

Así, entonces, si bien es cierto que no es lo exigible para sustentar el recurso de apelación que se acuda a dilatadas y complejas conceptualizaciones jurídicas, sino que es suficiente la concresión objeto del disenso, es igualmente claro que ello no implica confundir la argumentación con la afirmación sino que de lo que se trata es de exigir la proposición de los argumentos pertinentes para inferir un hecho a partir de la explicación expuesta, que

resulte aceptable por verdadera, no porque sea verificable en el campo de las ciencias experimentales, sino dentro de las probabilidades que brinden las pruebas allegadas al proceso, lo cual no implica desconocer las "premisas sobreentendidas" que puedan corresponder a leyes causales universalmente aceptadas, que, desde luego, no excluyen las justificaciones particulares que se imponga hacer, pues esa verdad no es deducida como sucede con la jurídica, que debe declarar el juez de acuerdo con la lógica, la experiencia común y la ciencia.

4. Así, la argumentación puede partir de diversas hipótesis tendientes a rebatir o confrontar las que ha considerado el juez de instancia necesario agotar para demostrar la que mediante un juicio sometido a las reglas de la sana crítica cree corresponde a la verdad probatoria, o limitarse a una de ellas por ser la que considera debe desvirtuar para el logro de la pretensión, o por la naturaleza del fenómeno discutido y ante el repudio entre sí de las dos o más hipótesis objeto de análisis por parte del juzgador, tratar una de ellas, valiéndose de la exclusión de una para fortificar la siguiente, o también puede suceder, que por centrarse la problemática a resolver en la confrontación entre dos institutos que por la polarización de posiciones entre defensor y juez se haya tornado imprescindible abordarlos para que como consecuencia del análisis resulte incompatible uno de ellos. En fin, *como la regulación procesal para efectos de la sustentación del recurso de apelación difiere de la exigida para igual propósito en la de casación, la determinación del interés para recurrir del impugnante en este último caso impone, por las razones ya expuestas, confrontar el fallo de primera instancia, con el fundamento de la apelación y el del recurso extraordinario, sin perder de vista que por no establecer la ley para la primera técnica ni limitación argumental alguna como ocurre con la casación, se requiere del análisis de los temas examinados y decididos y los cuestionados por el sujeto procesal inconforme, por cuanto debido a la unidad inescindible que integran las decisiones finales del a quo y del ad quem en todo aquello que no sea revocado por este último, pueden surgir fenómenos o decisiones perjudiciales para el recurrente con el resto del pronunciamiento, que por no haber sido tenidas en cuenta por el Juez de primer grado, tampoco lo haya hecho el Tribunal, evento en el cual obviamente no podían ser objeto de apelación por su inexistencia.*

5. En estas condiciones, *el interés para recurrir en casación, como en esencia no lo es tampoco en punto de los demás recursos, no puede ser entendido en un marco simplemente formal, pues por definición es sustancial no únicamente porque se constituye en un supuesto de procedibilidad de la impugnación, sino porque de él depende el ejercicio de un derecho, más aún de rango constitucional entre nosotros, hasta el extremo que bien puede afirmarse cómo aunque teóricamente es diferenciable el interés de la impugnación propiamente dicha, es lo cierto que en su ejercicio se vinculan de tal forma que integran una unidad, pues sin el uno desaparece el otro. Y si su naturaleza es, entonces, sustantiva, de contera los presupuestos para establecerlo deben tener la misma connotación, por no decir su misma esencia, excepción hecha de casos*

como los de la audiencia especial y la sentencia anticipada, en los que la propia normativa predetermina los eventos en los que se presume la existencia de dicho interés, en los demás, le corresponde al juez deducir valorativamente el gravamen que le cause o le pueda causar una determinada decisión al impugnante, imponiéndose, por ende, el análisis integral de las referidas piezas procesales sin que fatalmente sea la sola determinación de un instituto jurídico, o mejor dicho, el nomen juris de éste el que implique colegir si al casacionista le asiste interés para recurrir por no corresponder a lo decidido en primera instancia sino que, contrario sensu, se requiere evaluar, desde luego para estos efectos la complejidad de lo resuelto y alegado ante los juzgadores ordinarios para a partir de allí poder concluir la concurrencia o no del referido soporte de la impugnación extraordinaria, pues el hecho de que a un determinado supuesto fáctico o jurídico se le hagan derivar consecuencias diversas o que jurídicamente puedan admitir enfoques distintos no podría ser motivo para negar la procedencia del recurso, toda vez que la base argumental, a la postre, fundamento del análisis, opuesto a lo que suele pensarse, puede ser determinante para colegir el interés para recurrir, sobre todo en aquellos casos en que la decisión tomada ha exigido la exclusión de otras hipótesis.

6. Así, y para el caso concreto, se tiene que efectivamente al apelar el ahora recurrente del fallo de primera instancia, su petición fue la de reclamar para el procesado el reconocimiento de una legítima defensa putativa de un tercero, es decir, de una casual de inculpabilidad por error sobre la antijuridicidad de la conducta, con el argumento de que su representado disparó al ver a Juan Rubio Pérez cuando intentaba sacar un arma de la pretina del pantalón, supuesto que a la vez, unido a la noticia que acababa de recibir de que ese mismo sujeto había matado a su otro hermano, Arnoldo, enfatiza en el momento ex ante de los hechos para relievar el estado anímico en que por el conjunto de circunstancias en que se desarrollaron, desencadenaba necesariamente una reacción de su parte, no sólo por lo que observó cuando llegó al lugar de los acontecimientos y el actuar del hoy occiso, sino porque unidas estas circunstancias al estado anímico que traía por la nefasta información que le habían dado, hacían imposible una reacción serena y distinta. Sin embargo, ahora, retomando como sustento de su argumentación el estado emocional del procesado para el momento en que exteriorizó su acción objeto de reproche, fundamentado en las circunstancias antecedentes y concomitantes al desenlace fatal, y retomando la injusticia y gravedad del ataque, deja de lado la petición de instancia para centrar el análisis en el estado de ira e intenso dolor, aclarando que no resulta extraño en el ámbito de la defensa, como que oficiosamente solicitó este reconocimiento el Fiscal en el debate público y por esta razón el Juez de Primer Grado se refirió al mismo para desecharlo, lo que le implicó recuperarlo para hacer ver que la problemática era más trascendente, pues ese estado emocional no se había quedado en la ira e intenso dolor sino que había implicado que su defendido creyera que actuaba en legítima defensa del derecho a la vida de un tercero.

7. En estas condiciones, en principio, y si tomáramos como punto de definición para establecer si al censor le asiste interés para recurrir en casación el solo *nomen juris* del instituto punitivo que ahora reclama le sea reconocido al procesado, confrontándolo con el que fue el objeto de su pretensión al apelar el fallo de primera instancia, tendríamos que colegir su negativa, como que mientras aquél únicamente implica una disminución en la pena, éste conlleva la ausencia de culpabilidad, es decir, que las dos pretensiones resultarían excluyentes, y además, siendo coherentes con los presupuestos teóricos expuestos en precedencia, mal podría alegarse en este extraordinario recurso errores *in tudicando* respecto a fenómenos jurídicos sobre los cuales no se pronunció el *ad quem* en respeto a la limitante legal de la vertical impugnación.

8. No obstante, vista con detenimiento la situación que se presenta, la conclusión a que se llega es la opuesta, pues da cuenta la sentencia de primera instancia que ante la petición del Fiscal en el sentido de que se le reconociera al incriminado el estado de ira e intenso dolor previsto en el artículo 60 del Código Penal, se pronunció al respecto negándola con el argumento de que una llamada telefónica –la que se le hizo informándosele que habían matado a su hermano Arnoldo- no constituía una grave ofensa, motivo por el cual, apoyándose en las pruebas existentes en el proceso, al apelar de este fallo la defensa del procesado dedicó la base argumental de su alegación a demostrar la injusticia y la gravedad de la ofensa para ubicarla en una complejidad mayor del estado emocional en que se encontraba para el momento de los hechos Danis Ariza Alvarez, hasta el punto de creer que actuaba en legítima defensa de la vida de su hermano Jairo, procediendo el Tribunal a confirmar la sentencia impugnada sin referirse al estado de ira, desde luego, por cuanto la final pretensión del recurrente apuntaba al reconocimiento de la legítima defensa putativa en favor de su procurado, que como bien lo precisó el *ad quem*, es causal de inculpabilidad, esto es, un error de prohibición o sobre la antijuridicidad, como también se la conoce, quedando así, por la unidad inescindible que integran los dos fallos en todo aquello que no sea revocado o modificado por el superior, avalada en el fallo de segundo grado la negación del estado de ira e intenso dolor a favor del procesado.

9. Siendo ello así, es claro que no obstante tratarse de dos institutos diversos, cuyas consecuencias jurídicas son también disímiles, en tanto que con el de la legítima defensa, entendida como causal de inculpabilidad, se buscaba la absolución y con el de la ira e intenso dolor la disminución de la pena, no puede perderse de vista que el supuesto argumental tanto en la apelación como en el único cargo que ahora se propone en casación, guardan comunidad en cuanto a la importancia que para el censor tuvo en el desarrollo de los hechos y la ejecución de la conducta por parte del procesado las circunstancias antecedentes que incidieron en la perturbación emocional de aquél, profundizando en el común elemento de la injusticia y gravedad que caracterizan ambas figuras, bien en la agresión (art. 29.4 C.P.)

o en el comportamiento ajeno causante de la provocación (art. 60 C.P.), que en estas condiciones, dicho sea desde ya y con el fin de corroborar, así sea como argumento a posteriori, el interés que le asiste al casacionista para la formulación de esta censura, bien podía haberse decidido por el *ad quem* a pesar de no impetrarse expresamente por el apelante, pues una tal posibilidad la admite la limitante de competencia que dispone el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, en la medida en que al permitírsele al superior, en tratándose de la apelación, "revisar únicamente los aspectos impugnados", habida cuenta que las facultades del superior, no se reducen a la simple declaración de procedencia de una pretensión entendida en la literalidad de las expresiones, sino en su contenido, hasta el punto de que, inclusive, de llegar a colegir la viabilidad de una decisión distinta a la pedida, favorable al procesado, así deberá hacerlo, aunque ella no implique la confirmación ni la revocatoria del fallo dictado por el *a quo*, pues no resultaría jurídico, por ejemplo, que ante una atipicidad o una causal de justificación o de inculpabilidad o el reconocimiento de un estado de ira e intenso dolor, se obvie su declaración por hacer primar la forma legal aplicando una hermenéutica restrictiva de la expresión "aspectos impugnados".

Es que, que este baremo lo que establece es un límite al recurrente en el sentido de exigirle precisión en el aspecto cuya revisión pretende para que sea revocado, modificado, aclarado o adicionado, pero no una restricción a la oficiosidad favorable, pues una tal interpretación resultaría desconocedera de la propia Constitución Política y por ende, del modelo de Estado que ella consagra, como que en un Estado de Derecho Social y Democrático no podría admitirse que ante el imperio de aplicar una disposición benigna al incriminado, no obstante estar en el momento procesal para su aplicación, sus jueces se nieguen a hacerlo sacrificando los principios y postulados que lo inspiran, con el único fin de sacar avante el ámbito formal de la norma, como igualmente y ante una situación similar lo sostuviera la Sala en casación del 10 de septiembre de 1991, con ponencia del Magistrado, doctor Gustavo Gómez Velásquez.

10. Así y posibilitado procesalmente el censor para atacar en casación el fallo del Tribunal por violación indirecta de la ley sustancial por yerros en la apreciación probatoria consistentes en su distorsión, esto es, por falsos juicios de identidad, pues a consecuencia de ello considera se dejó de aplicar al tasar la pena el artículo 60 y se aplicó indebidamente el 61, los dos del Código Penal, ya que si bien el *ad quem* no se pronunció sobre la diminuente de la ira e intenso dolor, por la unidad inescindible que conforman los dos fallos de instancia en todo aquello que no ha sido revocado o modificado, debe entenderse, como lo afirma el recurrente, que esta decisión quedó avalada por el *ad quem* bajo el argumento de que la referida llamada telefónica no constituía una grave, injusta y ajena provocación, procederá la Sala a examinar el cargo, apartándose desde ya de esa apreciación probatoria, pues en verdad como lo glosa el Procurador, se trata de una conclusión francamente llevada al absurdo.

11. En efecto, planteado adecuadamente el cargo, se tiene, que a pesar de que con los diversos testimonios recaudados en esta investigación los juzgadores de instancia dieron por probados los conflictos personales que de tiempo atrás se venían presentando entre Arnoldo Ariza y Juan Rubio por celos en relación con la esposa de este último, quien además, era el que los propiciaba y ya en una oportunidad había utilizado un revólver y amenazado de muerte a Arnoldo, de lo que estaban enterados los familiares de uno y otro; así mismo, que el día de los hechos fue Rubio Pérez el que inició la agresión contra Arnoldo Ariza al frente de la gallera donde éste se disponía a descargar unos aguacates en la que terminaron ambos enfrentándose con machete, resultando levemente lesionado Arnoldo; que de ello le avisaron tanto a Jairo como a Danis Ariza Alvarez pero indicándoles que a su hermano lo habían matado, habiendo concurrido en primer lugar Jairo a reclamarle a Juan Rubio lo sucedido, y que una vez que mediara entre éstos el Agente Ramírez para que no continuaran la riña apareció Danis y disparó, todo se redujo por los juzgadores a encuadrar tales hechos al momento en que se produjeron las deflagraciones y a la consecuente muerte de Juan Rubio, limitando, así, la relevancia jurídica de los mismos.

12. Tanto el Juez como el Tribunal admitieron que efectivamente Ariza Alvarez llegó al lugar de los hechos con su ánimo perturbado, pues solo contaba con la noticia de la muerte de Arnoldo y sin embargo, sus consideraciones frente a la valoración conjunta de la prueba se redujo a establecer a cuál grupo de testigos le daban mayor mérito en relación a la supuesta tenencia de un arma por parte de Juan Rubio al momento en que Danis Ariza Alvarez hiciera su aparición y disparara en su contra, lo que significa, como lo atina a afirmar el Procurador, que se distorsionó la prueba, pues se desconoció que prácticamente al unísono todos los testigos avalados o demeritados sobre la existencia de un revólver en poder de la víctima son contestes en afirmar que de tiempo atrás existían problemas de celos entre Arnoldo y Juan, así como del comportamiento agresivo que éste constantemente mostraba por este motivo.

En efecto, habiendo el Tribunal acogido íntegramente la valoración que hiciera el juzgado del grupo de testigos conformado por José Vicente Granada Bernal, el agente de la Policía Juan Carlos Rivas Grueso, el Sargento también de la Policía, Luis Carlos Bermúdez Velásquez y el cuñado de Juan Rubio, Mauricio Cárdenas Rojas, a quienes se les valoró únicamente en cuanto expresaron no haberle visto arma alguna a la víctima el día del insuceso, para concluir con base en ellos que Danis Ariza Alvarez no actuó amparado por una causal de justificación, los distorsiona al descontextualizarlos, pues aquellos también refirieron de manera clara que entre Arnoldo, hermano del procesado, y Juan existían problemas desde hacía algún tiempo y ya en varias ocasiones se habían enfrentado, tanto que es Granada Bernal quien afirma que "creo que el finado fue el que fue a buscarle el problema" a Arnoldo, pues cuando lo vio llegar se fue para allá, afirmando no haber visto el momento que se hicieron los disparos porque estaba adentro del negocio de su propiedad cuando ello ocurrió.

Juan Carlos Rivas, por su parte dice que escuchó los tiros cuando iba llegando al sitio con el Sargento, por lo que, cuando se bajaron, el segundo estuvo forcejeando con un individuo al que le quitó un revólver, y sobre el motivo de lo ocurrido, responde que "Si, porque según hechas las averiguaciones, ellos el finado y el señor Arnoldo Ariza, se encontraban por los lados de la gallera peleando, y según eso le informaron al joven Danis que al hermano o sea a Arnoldo lo habían picado a machete, entonces por eso deduzco que fueron los hechos", puntualizando también que personalmente conoció de un enfrentamiento entre Juan Rubio y Arnoldo y la requisa que por tal motivo le hicieran al primero en las canchas de tejo, porque según la información telefónica que en esa oportunidad se suministró, aquél se encontraba armado con un revólver.

Por su parte, el Sargento Luis Carlos Bermúdez Velásquez, al ratificarse del informe mediante el cual puso a disposición el arma decomisada a Danis Ariza y enteró a la autoridad judicial de lo ocurrido, manifestó que precisamente conoce a Juan Rubio porque en una oportunidad "fue citado al Cuartel para tomarle una exposición que tenía con el señor Arnoldo Ariza", que se hizo presente en el lugar de los hechos junto con el Agente Carlos Grueso porque cuando regresaban de comer "se acercó un muchacho que ahora no recuerdo diciendo que había una pelea la verraca al pie de la gallera" y cuando llegaron allí "en ese momento estaba disparando un arma este señor Danis Ariza, pues se supo que era él después que cogió el arma porque se identificó bien la persona, además cuando yo alcancé a coger el revólver y forcejeando con este señor se lo alcancé a quitar".

Y, Mauricio Cárdenas Rojas, afirmó que supo "que peleaban por celos y que en varias ocasiones se habían presentado riñas entre ellos -refiriéndose a Juan Rubio y a Arnoldo Ariza-", que cuando Danis Ariza hizo los disparos no sabe que estaba haciendo Jairo, "porque cuando él me sacó, Jairo regresó hacia la multitud".

13. Es más, resulta francamente contradictoria la posición del *a quo*, sobre este tópico, puesto que no obstante que para concluir que no se configuraba en este asunto la causal específica de agravación imputada en la resolución acusatoria por la indefensión de la víctima, adujo que "el sindicado cuando se vio impulsado a cometer el hecho jamás previó la situación de indefensión de la víctima, luego no se puede afirmar que su voluntad inicial era el aprovechamiento de ese estado para obtener su propósito", en punto de la diminuente, sostiene que "desde ningún punto de vista se puede admitir que esa conducta fue desarrollada bajo el estado de ira, pues aunque emocionalmente hubiese podido padecer una determinada alteración por el recibimiento de la llamada, tal situación no se traduce en comportamiento, ajeno, grave e injusto que conlleve a la concesión de la atenuante".

14. Por ello, tampoco fue más acertado el Tribunal al ocuparse de la legítima defensa subjetiva planteada por el apoderado del procesado, ya que si bien no se refirió al tema de la ira por no haber sido objeto de la apelación,

el desarrollo y el contexto en que se desenvuelven los hechos lo obligaba a referirse a las condiciones emocionales del sujeto activo del delito, y por tanto, sobre este tópico apuntó que: "Es entonces evidente que el comportamiento desplegado por Danis Ariza obedeció al impulso homicida, al enterarse que habían agredido a su hermano Arnoldo Ariza, el cual no morigeró a pesar de la distancia que recorrió en su bicicleta hasta el lugar de los hechos, por lo que es responsable de los delitos que se le imputan y por los cuales se le impone la consiguiente pena", argumento al cual, con acierto se refiere el casacionista cuando expone que "el Tribunal en el fallo impugnado fincó la autoría en sus afirmaciones y demás probanzas, así enfatizó e interpretó bien, así como para descartarle el agravante del aprovechamiento del estado de indefensión, como para desechar la justificante reiteradamente solicitada, (la del art. 29.4 del C.P.) pero los deterioró en cuanto a la gravedad de la acción de provocación o comportamiento ajeno, que consideró intrascendente, y por ende el estado de ira se mengua en extremo, hasta el punto de no atenuar la acción delictiva".

15. Es que, como insistentemente lo reclama el demandante, si bien en todos los procesos es necesario no dejar de lado los precedentes del actuar delictivo, en este asunto en particular cobran especial y trascendental importancia los antecedentes que rodearon la motivación de la presencia de Danis Ariza en lugar de los hechos, no pudiéndose, como lo hicieron los jueces de instancia, tomar el contexto probatorio únicamente referido a la objetividad de su actuar en punto de la ejecución de la conducta delictiva, toda vez que por esa parcializada vía necesariamente se llega a deducciones que no corresponden al contenido material e integral de la prueba, pues si bien demuestra que, como él mismo lo admitió en la versión rendida en la audiencia pública, fue la persona que disparó contra Juan Rubio, también es cierto que hubo otros elementos de juicio que tuvieron directa y real incidencia en el autor desde el punto de vista de sus condiciones personales, íntimas o subjetivas, como también con acierto lo señalan el censor y el Delegado, no pudiéndose desconocer que cuando éste llega al lugar donde se habían ya enfrentado a machete su hermano Arnoldo y Juan Rubio, Jairo y este último seguían discutiendo y si bien ya se encontraban separados por la intervención del Agente Ramírez, quien estaba intentando calmar los ánimos, tampoco había tenido oportunidad de desvirtuar la noticia y el convencimiento con el que salió de su casa, en el sentido de que Arnoldo estaba muerto.

16. *En estas condiciones, y siendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal en el sentido de que el reconocimiento de dicha diminuente punitiva solo es procedente cuando el agente actúa "en estado de ira o de intenso dolor, causado por comportamiento ajeno, grave e injusto", se impone precisar que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia reiterada por la Sala desde antaño, en casos en donde los hechos presentan contingencias como las aquí ocurridas, esta especial circunstancia impone obligatoriamente el estudio de "los antecedentes subjetivos y objetivos de la*

cuestión", de tal manera que es al Juez al que le corresponde calificar, de acuerdo con ello, la gravedad y la injusticia de la provocación a efectos de determinar si la reacción del autor del hecho obedece a una profunda mengua y exaltación emocional que sin darle lugar a la reflexión, actúa inmediatamente o en forma más o menos pausada dependiendo en todo caso de su personalidad, pues se trata de un aspecto que necesariamente afecta la psiquis del autor, debiéndose, de todas formas, distinguir en el delito emocional, al igual que en el pasional, cuyas connotaciones y expresiones en el mundo de lo fáctico tienen matices bien diversos desde el punto de vista psicológico y las reacciones que pueden desencadenar en el individuo, pues es lo que a su turno permite diferenciar entre los dos estados que a la manera de diminuente punitiva consagra la norma en cita, esto es, la ira del intenso dolor, ya que es claro cómo no se trata de fenómenos idénticos, sino por el contrario psicológica y jurídicamente diferenciables, toda vez que como concretamente lo precisara el profesor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola en su obra "Delitos contra la vida y la integridad personal" (tercera edición, Editorial Temis, 1956, pág.232). "...En verdad, síquicamente hablando, son dos estados diferentes. La ira explota súbitamente ante la agresión ofensiva, podría decirse sin elaboración mental alguna, porque es en cierto modo una manifestación elemental y primaria de la personalidad. El dolor, en cambio, puede tomarse por dos aspectos diferentes: a) como sensación mortificante y aguda, proveniente de causa interna o externa capaz de producir la reacción emotiva instantánea; en este sentido podría hablarse de dolor físico; b) como sentimiento de carácter hondo, gradual que aprisiona el ánimo y trastorna el equilibrio normal de la vida síquica: en este segundo sentido podría decirse que es un dolor moral".

Estos estados, no obstante, que en forma regular deben corresponder psíquicamente a la realidad que el sujeto agente afronte, pueden presentarse putativamente, en eventos en los cuales los supuestos de la gravedad e injusticia de la provocación los aprehende erróneamente en la medida en que a partir de circunstancias material y objetivamente verificables y demostradas en el proceso, particularmente para él, tienen una diversa significación a la que tendría para un observador imparcial y objetivo a posteriori.

17. En el presente asunto, este es el fenómeno que se presenta, pues indiscutiblemente conforme a la prueba recaudada y teniendo en cuenta los antecedentes a la acción homicida unidos a la situación a la que se vio enfrentado el procesado cuando llegó al sitio donde se desarrollaban los hechos, es el estado de intenso dolor el predicable, en la medida en que si bien, objetivamente no concurren los elementos condicionantes a que se refiere el artículo 60 del Código Penal, porque en realidad la noticia que telefónicamente le dieran a Danis Ariza no resultó ser cierta en cuanto a la muerte de uno de sus hermanos, toda vez que Arnoldo solo quedó levemente lesionado en la riña que con machete sostuvo con Juan Rubio Pérez y que cuando llegó al lugar al que le fuera indicado encontró a Jairo y a Juan ya separados por el Agente Francisco Alberto Ramírez -y no en enfrentamiento "cuerpo a cuerpo" como lo afirma el Delegado-, pero aún discutiendo sobre lo que aquél le

había hecho a Arnoldo, quien para ese momento ya no se encontraba allí porque se había ido para la casa de su padre, no significa que desde la perspectiva del autor no se pueda predicar un comportamiento grave e injusto por parte de Rubio Pérez, ya que lejos de que fuera cierto o no que la hoy víctima estuviera armada e intentara sacar un revólver de su pretina, como en forma insistente y equivocada en este aspecto lo aduce la defensa con el ánimo de introducir un elemento más de juicio que permita determinar la magnitud de la alteración emocional de Danis Ariza, cuando ya los juzgadores descartaron con creces tal situación al desechar la infructuosa teoría de una defensa subjetiva; es el cúmulo de información antecedente que tenía el procesado la que le permitía tomar como cierta la noticia sobre la muerte de su hermano Arnoldo y sólo guiado por esa profunda desestabilización interna de dolor es que de inmediato tomó su bicicleta y al llegar al sitio indicado sin mediar palabra dispara contra el presunto autor del hecho de sangre que aparentemente lo enlutaba, y ello, no significa ánimo vindicativo o pendenciero como erradamente lo entendieron Juzgado y Tribunal al mutilar parcialmente la prueba descartando de su contexto estos precisos e importantes hechos anteriores al comportamiento de Ariza Alvarez y solo en relación a él, pues nótese que es el último que hace su aparición a la calle donde presumía muerto a Arnoldo y donde encuentra a Jairo reclamándole a Juan sobre lo sucedido con aquél, al que además no ve en ese lugar, y por eso, como acertadamente lo dice el demandante, turbado como iba en su ánimo, de inmediato disparó contra quien de antemano sabía tenía conflictos personales con su hermano y lo había amenazado de muerte al punto de que habían estado en la Inspección de Policía.

18. *Bajo esta realidad procesal, forzoso es concluir que debido a una mentirosa información, erróneamente se genera en la psiquis de Ariza Alvarez una perturbación emocional de intenso dolor que indudablemente lo impulsó a actuar como lo hizo porque creyó estar ante una injusta y grave provocación de Juan Rubio. Se trata pues, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia de un error sobre una de las circunstancias estructurantes de esta aminorante punitiva, como lo reconoció la Sala al analizar este fenómeno a la luz del vigente Código Penal en sentencia del 10 de junio de 1998 con ponencia de quien ahora finge como tal, al afirmar:*

"Importa *ab initio* destacar, que el error recaído en los elementos que dan lugar a un tipo privilegiado, v.g., la atenuante de la ira e intenso dolor, ha sido plenamente aceptado por un sector de la doctrina extranjera y por la nacional de manera prácticamente unánime.

Basta con recordar cómo, ya en su "Programa de Derecho Criminal" Francisco Carrara dedicara especial acápite a dicho tema –que es objeto de mención en la cita jurisprudencial referida adelante– hasta las obras de más reciente aparición sobre la materia, aún cuando ya no sustentados en el mismo fenómeno justificador de su pensamiento clásico, sino recogiendo los nuevos contenidos y alcances dogmáticos de la culpabilidad.

Así mismo, que desde antaño la jurisprudencia de la Corte se ha pronunciado sobre el particular, en decisión que merece recordarse, si se tiene en cuenta que los aspectos teóricos y jurídico sustanciales que le sirvieran de fundamento, no obstante haberse emitido en vigencia del Código Penal de 1936, conservan validez en la hora actual. En efecto, con ponencia del Magistrado Luis Carlos Pérez en casación del 8 de junio de 1972, dijo la Corte:

'El concepto de provocación tiene en rigor el sentido de conducta inadecuada y deliberada para suscitar protestas de inconformidad en una persona determinada, esto es, que en ese acto se ha venido reconociendo tanto la voluntad de producirlo como el ánimo mortificante. De este modo, la provocación debe ser realmente ocurrida y efectivamente injusta. Pero pueden presentarse situaciones en las que, sin proponérselo el agente afecta a otro que, a su turno, se siente agraviado injustamente y reacciona como si el estímulo se le hubiera dirigido de manera expresa. Trátase de hipótesis en las que sin existir la provocación objetiva, pueden generar estados de ira con virtualidad jurídica atenuante. Son casos en que lo putativo equivale a lo real, es decir, en que lo pensado o supuesto se valora como si hubiera ocurrido. Y si aquél juicio equivocado es base de la defensa putativa inculpable por error de hecho, según el artículo 23 del Código Penal, también puede serlo de la atenuante descrita en el artículo 28. Nuestra ley no impide favorecer con este instituto a quien reacciona con ira por errónea suposición del hecho ajeno, de su naturaleza provocadora o de su injusticia, o de todos estos factores unidos. Con todo, es preciso que el supuestamente provocado haya procedido con explicable error en la interpretación de la realidad.

Desde el punto de vista doctrinario esta posición jurídica, que amplía el elemento básico de la atenuante, encuentra respaldo, entre otros, en Carrara, quien situó la provocación no dirigida en el campo de las razonables apreciaciones del acusado, así: 'Es constante el principio de que al hombre no se le pueden poner a cargo errores del intelecto, si no es (en los casos congruentes) en razón de la culpa. Pero cuando el error ha inducido al hombre a la conciencia de no delinquir o de delinquir menos, su dolo se debe juzgar según el estado de su intelecto y no según la verdad de las cosas, ignorada por él en el momento de la acción. Esto lleva a la regla de que, tanto en la coacción como en la provocación y en el justo dolor, no debe buscarse la justicia de la ira o del temor en la verdad de los casos cual se ha revelado a la fría investigación del Juez, sino a la razonable opinión del acusado. Si (a modo de ejemplo) alguno apaleó a un hombre que encontró de noche en su casa, porque lo creyó amante de su mujer, siendo que era el amante de la sirvienta, in rei veritate, y dolor y su enojo fueron injustos. Pero, sin embargo, sería injusto negarle la excusa cuando él tuvo causa razonable para engañarse con su falsa credulidad' (Programa del Curso de Derecho Criminal, número 331).

La restricción de la atenuante del artículo 28 (art. 60 vigente) solo a los casos de provocación real tiene su origen en los intérpretes del Código Penal

Italiano de 1930, que rechazan expresamente el aspecto putativo o erróneo de la misma, y lo hacen en virtud de lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 59 de dicho cuerpo legal, que dispone: 'si el agente considera por error que existen circunstancias agravantes o atenuantes, éstas no son valoradas contra o a favor de él'. Pero mientras existió el Código de 1890 en Italia, la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país admitió permanentemente la provocación putativa cuando la reacción del provocado no era culposa ni estaba fundada en apreciaciones irrazonables.

La jurisprudencia colombiana sobre el artículo 28 ha tratado muchas veces la provocación objetiva o real, que consiste según ella, en 'irritar o estimular a alguien con palabras y obras para que se enoje', pero no se había pronunciado aún, como lo hace ahora, respecto de la provocación subjetiva, que como está expuesto, no debe dejar de reconocerse ya que las normas rectoras de la culpabilidad no solo no lo impiden sino que permiten aceptarla'.

En efecto, si de conformidad 40.3 del Código Penal, la realización del hecho con la convicción errada e invencible de que se está amparado por una causal de justificación, sirve como base para aceptar el tipo permisivo que da lugar a la legítima defensa excluyente del juicio de responsabilidad, con igual razón y lógica jurídica debe sostenerse como condición fundamentadora válida disminuir la responsabilidad de la conducta.

Sin embargo, lo que verdaderamente importa precisar, es que no cualquier error posibilita aceptar la atenuante. A este propósito es determinante analizar la subjetividad del agente, es decir, lo que se representa condicionado por sus circunstancias personales, debiendo obrar prueba suficiente que permita reconocer la existencia de un motivo o causa objetiva que conduce a deformar la realidad.

Es clara, entonces, la exigencia de este elemento objetivo-racional. Por un lado, permite aceptar que en un caso concreto, el hecho ha de ser juzgado con arreglo a la situación supuesta por el agente y no conforme a la situación real. Es decir, que no se puede analizar la conducta desde la perspectiva de un observador imparcial, sino atendiendo a la razón del sujeto; por el otro, impone al juzgador la necesidad de verificar el fundamento objetivo en que se soporta la aprehensión fallida de la realidad".

Así pues, que en este asunto, no cabe duda que Danis Ariza Alvarez, cometió el hecho impulsado por el intenso dolor que le causara la noticia sobre la muerte de su hermano Arnoldo, información que lo indujo en error sobre la provocación ajena, grave e injusta de parte de Juan Rubio, enemigo declarado de aquél y a quien, además, encuentra enfrentado con su otro hermano Jairo, aunque ya separados por la intervención del Agente Francisco Alberto Ramírez, pero escucha que el motivo de ello son los reclamos que Jairo le hace a la víctima por lo ocurrido con Arnoldo, a quien el procesado no ve en la escena de los hechos, y convencido como estaba de su muerte, dispara contra su presunto victimario.

19. Se impone, entonces, casar el fallo impugnado debiéndose graduar la pena dentro de los límites establecidos en el artículo 60 del Código Penal, según el cual, la sanción para el delito cometido bajo esta especial circunstancia será "no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo de la señalada en la respectiva disposición", teniéndose en este caso que como el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 (que modificó el artículo 323 del Código Penal) señala para el delito de homicidio simple prisión entre 25 y 40 años, los extremos mínimo y máximo se reducen a 8 años y 4 meses y 20 años, respectivamente, marco punitivo legal del cual se debe partir por disponer una pena cuantitativamente mayor que la establecida para el delito del porte ilegal de armas para la defensa personal, para el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo primero del Decreto 3664 de 1986 está señalada entre uno y 4 años de prisión.

En estas condiciones, y siendo que la circunstancia específica de agravación del numeral 7° del artículo 323 del Código Penal objeto de la acusación fue descartada por los juzgadores de instancia, y no concurriendo en este caso ninguna de las circunstancias genéricas de agravación punitiva de que trata el artículo 66 ibídem y por el contrario, atendiendo la menor gravedad del hecho homicida al haber sido cometido bajo uno de los estados emocionales a que se refiere el artículo 60 del Estatuto Sustantivo, como quedó demostrado, las propias modalidades en que se desarrolló que en ninguna forma implicaron el despliegue de medios distintos que a los de un delito ocasional y el menor grado de reproche que en tales eventos se impone en punto de la culpabilidad, quedando descartada cualquier otra circunstancia de agravación o incidente negativo en la personalidad del agente que implique no partir del mínimo legal para la tasación de la pena, se tomará como base los 8 años y 4 meses de prisión aumentados en 4 meses por el delito contra la seguridad pública para un total de 8 años y 8 meses de prisión como pena principal tiempo al que, consecuentemente, se reducirá la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

20. De otra parte, no obstante que dicho reconocimiento en la conducta del procesado, en principio, implicaría, como su consecuencia la disminución en los perjuicios en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, según el cual "la apreciación del daño está sujeto a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso imprudentemente a él", a partir del cual la doctrina y la jurisprudencia civil han elaborado la teoría de la concurrencia de culpas, bajo el entendido de que, siendo la regla general que todo el que causa un daño está en la obligación de repararlo, bien pueden presentarse excepciones en cuanto a la indemnización total o parcial, dependiendo del comportamiento de la víctima, esto es, que se haya expuesto imprudentemente, ya que quien acepta un riesgo o a él conscientemente se enfrenta no puede posteriormente quejarse del perjuicio que como consecuencia de ello se derive en su contra.

21. Tal es lo que ocurre en materia penal cuando el delito se comete bajo el estado de ira, por cuanto como se desprende de los elementos

estructurantes de esta aminorante punitiva, el hecho delictuoso es motivado por una grave, ajena e injusta provocación de quien es sujeto pasivo del hecho punible, pues en tales condiciones, es indudable que siendo el comportamiento de la víctima el que desencadena la reacción delictual la reparación del daño sufrido a causa de su propio actuar no puede hacerse en forma plena, sino parcial.

22. Sin embargo, en casos como el presente, en donde el reconocimiento de la ira tiene como fuente la aceptación de un error del autor del hecho sobre las circunstancias la injusticia y gravedad de la provocación, por lo que resulta a los fines del derecho penal de autor, de vital importancia la percepción y las condiciones personales en que se hallaba cuando se afectó emocionalmente a tal punto que actúa ilícitamente en contra de quien cree erradamente que era su ofensor, no procede disminución alguna por concepto de la acción indemnizatoria, toda vez, que el mal comportamiento de la víctima solo queda en el campo de la percepción errada que se forma el agente y no realmente en quien descarga su ira o dolor causándole grave perjuicio.

En efecto, en el presente asunto no puede desconocerse que si bien, fue Juan Rubio Pérez quien inició la riña con machete frente a Arnoldo Ariza, ésta no fue una circunstancia conocida por Danis ni tampoco la que desencadenó su reacción emocional, pues cuando llegó al sitio de los hechos tal episodio había cesado y Juan se encontraba en discusión con Jairo Ariza, solo que el procesado hace allí su aparición bajo el convencimiento de que ya ha matado a Arnoldo, a quien no ve porque para entonces ya se había marchado de allí, y aparte de ello advierte a su otro hermano reclamándole a Juan por la agresión que había tenido con Arnoldo, luego en esas condiciones, objetivamente hablando desde el punto de vista de la víctima, no hubo de su parte exposición imprudente al daño causado.

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 el fallo impugnado en el sentido de condenar a Danis Ariza Alvarez a la pena principal de 8 años y 8 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como autor del delito de homicidio simple cometido en estado de intenso dolor en la persona de Juan Rubio Pérez en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que se da cuenta en la parte motiva de esta sentencia.

2. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Aclaración de voto), *Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

ACLARACION DE VOTO

(12.343).

Honorables Señores Magistrados:

Con todo respeto, permítanme ustedes escribir mis razones por las cuales en la Sala correspondiente opté por aclarar el voto. Son las siguientes:

1. En primer lugar, sobre decir que estoy de acuerdo con la decisión y, en parte, con sus motivaciones. Simplemente diría que por las generalidades allí señaladas no hay disputa, que sí surge frente al caso concreto, cuando se compara con la normatividad. Y déjenme agregar, además, que sin ningún inconveniente es válido decir que cuando se presenta el denominado delito emocional "putativo", su cimiento aplicativo es, sin duda, el numeral 3º del artículo 40 del C.P., con fundamento en el *Principio General del Derecho* conocido como "analogía".

2. El disenso apunta a otro aspecto: en el asunto analizado por la Corte no surge evidente el delito emocional "putativo", sino el verdadero, tal como aparece regulado en el artículo 60 del C.P. en efecto:

La norma acabada de citar concibe la diminuente entendida como la comisión del hecho en estado de ira o de intenso dolor "...causado por comportamiento ajeno grave e injusto...". No hay duda, por lo que dice la prueba que conforma el expediente, que esa conducta ajena grave e injusta se venía intensificando de tiempo atrás, en forma paulatina, como consecuencia de la rivalidad y continuos disturbios habidos entre el occiso, Juan Rubio Pérez, y un hermano del procesado, Arnoldo Ariza Alvarez, seguramente por problemas relacionados con una dama.

El día de los acontecimientos lamentables, trenzados en lucha Rubio Pérez y Arnoldo, alguien se comunicó con los hermanos de éste, Jairo y Danis, y el dato obtenido por este último fue mentiroso, pero recibido: su hermano Arnoldo se hallaba muerto. Se dirigió en bicicleta, entonces, al sitio de los hechos y a más del eslabón provocativo constituido por la comunicación sobre el deceso, cuando llegó se encontró con uno más: su otro hermano, Jairo, también se hallaba cuerpo a cuerpo con Rubio Pérez, todo ello a que Arnoldo ya no estaba en el terreno de los sucesos pues, como se sabe, ya se había alejado del sitio. Y luego, inmediatamente, abrió fuego sobre aquél y le causó la muerte.

Varias escenas, así, constituyen la provocación ajena, grave e injusta: los antecedentes de inconvenientes entre su hermano y el finado, realidad verificada en el proceso, porque existía; aparición suya en el momento en que su otro hermano, Jairo, peleaba o por lo menos forcejeaba con Rubio, ya en ausencia de Arnoldo, escena cierta, material, ocurrida; y de ellas era protagonista importante la víctima. Y otra: la muerte telefónica de Arnoldo, noticia que si bien no fue totalmente real, sí lo fue parcialmente porque Arnoldo en verdad no había muerto pero sí había sido agredido por Rubio Pérez.

De lo anterior se desprende con mucha facilidad que el comportamiento ajeno, grave e injusto no fue "creído" o "imaginado" por Danis Ariza Alvarez. No. La prueba enseña que en verdad existió la conducta provocadora por parte de Rubio, solo que desenvuelta en el tiempo, entidad perceptible que no puede ser desconocida por un dato erróneo que recibiera Danis, ya al final del desencadenamiento lamentable. Y la prueba abunda en el expediente sobre esa realidad, que es sencillamente verificable.

3. La tercera consecuencia obvia de lo expuesto resulta elemental. Se imponía casar la sentencia por la concurrencia de la modificante punitiva prevista en el artículo 60 del C.P., pero en forma directa, no indirecta, es decir, sin la vuelta por el No. 3º del artículo 40 del C.P.

Y en el evento de que existiera duda sobre la "realidad" o "irrealidad" del comportamiento ajeno, grave e injusto, bien recibida sería una guía doctrinal que, mirada en toda su extensión e integrada con el resto vinculado a la cita que será hecha, indica que aquella radical distinción entre lo objetivo y lo subjetivo no solo es inconveniente sino, hoy, alejada del mundo. En efecto, a propósito de otros fenómenos, pero con raíces similares, ha dicho el Profesor George P. Fletcher:

"En la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes, los casos de error o de defensa putativa se distinguen claramente, en la terminología y en sus consecuencias jurídicas, de la legítima defensa real basada en los criterios de inminencia, necesidad y proporcionalidad. La diferencia esencial es que la legítima defensa real justifica el uso de la fuerza, mientras que la defensa putativa meramente la excusa".

"En el derecho norteamericano, y especialmente en el de New York, no existe esta distinción entre defensa real y errónea. Más bien parece orientado a casos de error en la defensa, asumiendo que lo que desde el punto de vista subjetivo debido a una errónea percepción de la realidad, se considera verdadero, también lo sería desde el punto de vista de una correcta percepción de la inminencia, la necesidad y la proporcionalidad. Conforme a ello, el CPNY admite la defensa propia siempre que el defensor 'crea razonablemente' que se dan las condiciones de la misma..." (En defensa propia. Valencia –Esp-, tirant lo blanch, 1992, T.F. Muñoz Conde y F. Rodríguez Marín, págs. 64/65).

Por esa razón, un sector de la jurisprudencia española considera que la "creencia racional y fundada" en la existencia de una agresión equivale a la

agresión misma y admite, por tanto, también en este caso la legítima defensa (ibídem).

En estas condiciones, explico mi voto.

De los Honorables Señores Magistrados

Seguro Servidor

Alvaro Orlando Pérez Pinzón

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR
- Competencia por razón de la cuantía

El artículo 73 del C. de P.P., modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 11, al atribuir el conocimiento de delitos cuya competencia depende del factor cuantía, a los Juzgados Penales Municipales, establece:

"La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho"...

Para el año de 1995, en que el procesado incurrió en el delito, el monto del salario mínimo legal mensual era $118.933,50, (Dto.2872 de 1994) es decir, que cincuenta de estos salarios sumaban cinco millones novecientos cuarenta y seis mil seiscientos setenta y cinco pesos ($5.946.675).

Como el monto del delito que se juzga supera los cincuenta salarios mínimos legales mensuales del año del delito -1995-, la competencia para conocer de este juicio es de los Jueces Penales de Circuito Especializados, como bien lo considera el Juzgado de esta clase que reclama la competencia. En este sentido se dirimirá el diferendo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.198 Proceso N° 16220

VISTOS

Dirime la Corte la colisión positiva de competencia suscitada entre el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá y el Juzgado Penal del Circuito Especializado con sede en Neiva, para conocer de este juicio que se adelanta contra Orlando Beltrán Cuéllar, por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares tipificado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991.

ANTECEDENTES

1. Por información suministrada por el ex Congresista Álvaro Benedetti Vargas dentro del proceso que se le adelantaba, con miras al logro de benefi-

cios por colaboración eficaz con la justicia, tuvo conocimiento la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia de que el ex Representante a la Cámara, doctor Orlando Beltrán Cuéllar, recibió en el año de 1995 dineros procedentes del denominado "Cartel de Cali", específicamente de manos del "confeso narcotraficante Miguel Rodríguez Orejuela", en cuantía de siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000) representandos en dos cheques, el primero, por cinco millones de pesos, que fue cambiado en la ciudad de Cali y el otro por dos millones y medio de pesos, girado a nombre de Juan Díaz por la firma "Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda", empresa fachada del "Cartel de Cali"- y endosado y depositado en una de sus cuentas por Carlos Torres, que se desempeñaba como miembro de la unidad legislativa del ex parlamentario sindicado y quien transfirió a favor de éste a través de un cheque, dos millones de pesos.

2. El 29 de diciembre de 1998, la Vicefiscalía General de la Nación confirmó la resolución de acusación proferida en primera instancia por la Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, con llamamiento a juicio contra el ex Representante a la cámara, doctor Beltrán Cuéllar, por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares tipificado en el artículo 1o. del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 (cd. o. 2a. inst. Fisc. y c. o. 4), siendo el proceso remitido a un Juzgado Regional con sede en Neiva para el adelantamiento del juicio.

3. Por virtud de la Ley 504 de 1999 el defensor del procesado solicitó al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá provocar colisión positiva de competencia al Juzgado Penal del Circuito Especializado, cognoscente, (fls. 1 y ss. cd. col comp.), por considerar que es a esos Despachos a los que corresponde continuar conociendo del proceso.

4. Resolviendo la petición del abogado el Juzgado 1o. Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante auto del 23 de julio de 1999 (fl.45 cd. id.), decidió aceptar el conocimiento del proceso y oficiar al Juzgado Penal del Circuito Especializado 'Reparto' o al que se le haya asignado, 'para que proceda a enviar el proceso contra Orlando Beltrán Cuéllar a este juzgado'. (fls. 48-49 id.).

Fundamenta esta decisión advirtiendo que antes de la Ley 504 de 1999, que es de aplicación inmediata, para la competencia del delito de enriquecimiento ilícito no se tenía en cuenta la cuantía del hecho punible, pero esta normatividad fijó en cincuenta o más salarios mínimos legales la competencia de los Juzgados Penales de Circuito Especializados; añade que la cuantía del delito materia del proceso es inferior a tal equivalente de acuerdo al monto del salario mínimo legal mensual porque es de siete millones quinientos mil pesos ($7.500.000), sin embargo de lo cual a renglón seguido afirma:

"... y ante el hecho claro de que el monto de la cuantía que se debe tener en cuenta es el equivalente a salarios mínimos de 1995, lo procedente es aceptar la competencia para conocer de este asunto ..." (fl. 48).

5. El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Neiva, al que se le repartió el juicio, aceptó el conflicto y mediante auto del 9 de agosto de 1999 decidió también declararse competente para conocer de la causa adelantada contra Orlando Beltrán Cuéllar por el delito de enriquecimiento ilícito. En consecuencia ordenó remitir a esta Sala los cuadernos originales para que se dirima el supradicho conflicto de competencia.

Previamente a decidir consideró que la postura del despacho colisionante es contradictoria ya que la cuantía del delito, para el año 1995, cuando se cometió, es muy superior a los cincuenta salarios mínimos legales de que trata la ley 504 de 1999, siendo esas la época y cuantía a que debe adecuarse la competencia, por virtud de lo establecido en el artículo 73 del C. de P.P..

Además destaca que el delito no tuvo ocurrencia en la capital de la república, pues los cheques de que da cuenta el proceso fueron girados al implicado en la ciudad de Cali y uno de ellos, por la operación de canje, cobrado en la ciudad de Neiva. Por otro lado y con fundamento en cita jurisprudencial que estima pertinente, considera inane hablar de favorabilidad o desfavorabilidad de la ley como justificación del cambio de competencia. (fls. 106 c. o. 5).

CONSIDERACIONES

1. *El artículo 73 del C. de P.P., modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 11, al atribuir el conocimiento de delitos cuya competencia depende del factor cuantía, a los Juzgados Penales Municipales, establece:*

"La competencia por la cuantía se fijará definitivamente teniendo en cuenta el valor de los salarios mínimos legales vigentes al momento de la comisión del hecho".

2. A su vez, el artículo 71 del C. de P.P., modificado por el artículo 5o. de la Ley 504 de 1999 establece que los Jueces Penales del Circuito Especializados conocen en primera instancia de:

"14.- ... enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 10 del Decreto 2266 de 1991) cuando el incremento patrimonial no justificado se derive en una u otra forma de las actividades delictivas a que se refiere el presente artículo, cuya cuantía sea o exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales".

3. El proceso enseña que el ex Parlamentario fue acusado del delito de enriquecimiento ilícito de particulares tipificado en el artículo 1o. del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10o. del Decreto 2266 de 1991, por haber recibido dinero en cuantía de siete millones quinientos mil ($7.500.000) pesos de manos del confeso narcotraficante Miguel Rodríguez Orejuela.

3.1. *Para el año de 1995, en que el procesado incurrió en el delito, el monto del salario mínimo legal mensual era $118.933,50, (Dto.2872 de 1994) es decir, que cincuenta de estos salarios sumaban cinco millones novecientos cuarenta y seis mil seiscientos setenta y cinco pesos ($5.946.675).*

4. Como el monto del delito que se juzga supera los cincuenta salarios mínimos legales mensuales del año del delito -1995-, la competencia para conocer de este juicio es de los Jueces Penales de Circuito Especializados, como bien lo considera el Juzgado de esta clase que reclama la competencia. En este sentido se dirimirá el diferendo.

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

RESUELVE:

DECLARAR QUE LA COMPETENCIA para conocer de este juicio contra el ex Representante Orlando Beltrán Cuéllar es el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Neiva. Con copia de esta providencia, infórmese al Juzgado 1o.Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGALIDAD DE LA PENA-Técnica en casación/ LEGALIDAD DE LA PENA-Límite máximo/ DOSIFICACION PUNITIVA -Límite máximo

1. Aunque no desconoce la Sala que el principio de legalidad de las penas es constitucionalmente un fundamento del debido proceso, ello no significa, que en eventos como el presente, el yerro del sentenciador sea de procedimiento, sino que, por el contrario, es de juicio, en la medida en que recae en el proceso intelectivo sobre la aplicación de la normatividad que regula el caso, lo cual, en términos de técnica casacional se concreta en una típica exclusión evidente, dejándose de aplicar el tope máximo legal de pena vigente para la época de los hechos, que por virtud del deber de casar oficiosamente el fallo, conforme así lo manda el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, a ello procederá la Sala, dejando en claro que la demanda debe desestimarse.

2. Si bien ab initio, *el principio de legalidad de los delitos y de las penas consagrado en la Constitución Política en el artículo 29 como presupuesto del debido proceso, de conformidad con el cual nadie en Colombia puede ser juzgado con base en una normatividad distinta a la vigente para el momento en que realice el acto que se le impute, salvo que una norma posterior resulte más favorable al caso concreto, necesario es precisar que en lo que tiene que ver con las penas, este principio no puede comprenderse como dirigido exclusivamente a los mínimos y máximos que como consecuencia jurídica haya previsto el tipo penal objeto de aplicación, sino que debe estar imperativamente integrado al límite general que para su cuantificación impone la ley sustantiva penal, sin que ninguna razón por importante que parezca pueda relativizarla, esto es, que en todos los casos si la pena aritméticamente obtenida es superior al baremo máximo legal, necesariamente debe quedar fijada en éste.*

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

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 14456

VISTOS

Mediante sentencia del 13 de noviembre de 1996, un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, D.C., en dos causas acumuladas, condenó a José Jilmer Alvarado Herrera y a María Elena Herrera Iles a las penas principales de 36 años de prisión y multa de 1600 salarios mínimos vigentes como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado del que fueron víctimas Luis H. Cuéllar, Félix Trujillo, Pedro Almario Rojas y Guillermo Moya, en concurso heterogéneo con los de porte ilegal de armas para la defensa personal, tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y utilización ilegal de insignias y uniformes de la Fuerza Pública. Por tales punibles más el de infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986, se le impuso a Wilson Alvarado Herrera 39 años de prisión y multa de 1.700 salarios mínimos, en tanto que a Luis Carlos Betancourth Ochoa, Gabriela Alvarado Herrera y a Gildardo Hoyos se les condenó a las penas de 28 y 30 años de prisión y multa de 1.150 y 1.400 salarios mínimos legales vigentes, respectivamente, al primero por los secuestros extorsivos agravados de Luis H. Cuéllar y Félix Trujillo, y a los segundos por los mismos delitos, pero respecto de Guillermo Moya y Pedro Alfonso Almario, en concurso con los de porte ilegal de armas para la defensa personal y de uso privativo de las Fuerzas militares y utilización ilegal de uniformes e insignias de la Fuerza Pública. A todos los procesados se les impuso, también, la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años.

Apelada la anterior decisión por José Jilmer Alvarado Herrera, María Elena Herrera Iles, Gabriela Alvarado Herrera, Gildardo Hoyos y sus defensores, mediante proveído del 16 de junio de 1997, el Tribunal Nacional declaró la nulidad parcial de lo actuado respecto de Wilson Alvarado Herrera a partir del auto que decretó la acumulación de causas a fin de que se llevara a cabo diligencia de formulación y aceptación de cargos dentro del proceso radicado bajo el No. JR3222; reformó el fallo impugnado en relación con los procesados apelantes en el sentido de precisar que la condena impuesta excluía el cargo por el delito de porte ilegal de armas para la defensa personal; revocó lo pertinente a la nulidad parcial decretada por el Juez de primer grado en cuanto al ilícito de concierto para secuestrar "y en su lugar condenar a José Jilmer Alvarado Herrera, María Elena Herrera Iles y Luis Carlos Betancourth Ochoa por este reato conforme a lo expuesto en la parte motiva", dejando la sanción privativa de la libertad en 36 años; redujo a 29 años la pena principal de prisión impuesta a Gabriela Alvarado, Gildardo Hoyos y la aumentó a dicho tope para Luis Carlos Betancourth Ochoa; ordenó la devolución del vehículo de placas PK 8775 al apoderado de Alberto Herrera Iles, al igual que la motocicleta de placas KIB 09 al representante de Rosario Ramos de Rivera y confirmó en lo demás la sentencia de primera instancia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los primeros fueron detalladamente resumidos por el *a quo*, así:

"A) ...CAUSA No. JR3096: los hace consistir el acervo probatorio allegado oportuna y legalmente a ésta, que el día once (11) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991); hacia las 11:00 aproximadamente, en el sitio denominado el mirador, ubicado entre el Cerro de Gabinete y la Ruidosa, fue interceptado el señor Luis H. Cuéllar, cuando se trasladaba de la ciudad de Neiva a Florencia en compañía de su esposa Betty Silva de Cuéllar y la doméstica María Antonia, en el vehículo Nissan Patrol, color rojo, de placas PY3979, por varios individuos quienes vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, a tiempo que los amenazaban con armas de fuego de corto y largo alcance, tales como revólveres normales y magnum, subametralladoras y fusiles, amén que les hacía saber que eran miembros del XIII Frente de las FARC.

Como en ese momento cruzaba por el mismo sitio el señor Félix Trujillo, quien viajaba de Florencia a Neiva, en el campero Trooper de su propiedad, en compañía de un hijo igualmente fue abordado por los delincuentes.

Una vez que los asaltantes redujeron a la absoluta impotencia a las familias citadas, utilizaron por varias horas el vehículo del señor Trujillo, transportando unas cajas grandes de madera que al parecer contenían armamento, siendo así como una vez identificados este (Trujillo) y Luis H. Cuéllar, fueron separados de sus acompañantes y conducidos a un monte no muy lejano de la vía, los mantuvieron en cautiverio en unos cambuches hasta el día 28 de junio de 1991 cuando decidieron liberarlos, después de que ejerciendo presión hacia los familiares de los plagiados, lograron que éstos les entregasen la suma de Cuarenta Millones de Pesos, por el rescate de cada uno, o sea, en total, ochenta millones.

A lo anterior resta agregar que a raíz de que en el sector se siguieron cometiendo hechos punibles de la misma naturaleza, las autoridades lograron descubrir que se trataba de la banda de delincuentes compuesta entre otros por José Jilmer Alvarado Herrera, María Elena Herrera Iles, Luis Carlos Betancourth Ochoa y Wilson Alvarado Herrera.

...B) ...CAUSA No. JR3222: En primer término se sabe que el día catorce de abril de 1992, cuando el ingeniero Pedro Alfonso Almario Rojas, se movilizaba con su esposa y sus pequeños hijos, en el vehículo Nissan Patrol, color amarillo, de placas NA4384, conducido por Carlos Humberto Leguizamón, en el sitio 'Alto del Niño', ubicado en la carretera que de Florencia (Caquetá), conduce al Departamento del Huila, fueron interceptados por seis sujetos encapuchados, quienes vistiendo prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares y utilizando armas de corto y largo alcance, tales como revólveres, subametralladoras y fusiles, lograron secuestrar al primero de los citados (a Pedro Alfonso Almario Rojas), por cuya liberación exigían la suma de Cuarenta Millones de Pesos.

El día 15 de abril de 1992, el piloto Jairo Jilmero Moya Méndez, quien viajaba con Guillermo Moya Córdoba por la misma vía que de Neiva conduce a Florencia (Caquetá), fue interceptado por tres encapuchados, quienes vistien-

do prendas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y portando armas de corto y largo alcance, le exigían la suma de Cien Millones de Pesos, pues argumentaban que según la información llegó a su conocimiento que poseía mucho dinero. Fue así como el compañero de Moya Méndez, o sea, Moya Córdoba convino permanecer con los plagiarios, en tanto que aquél se dirigía a la ciudad de Bogotá para gestionar la adquisición de la suma finalmente acordada, la cual debería cancelar el día martes 21 de abril del mismo año. Por consiguiente, los delincuentes privaron de la locomoción a Moya Córdoba, internándolo en lugar montañoso, concretamente en el sitio donde mantenían secuestrado a Pedro Alfonso Almario Rojas.

Las familias de los plagiados nombraron emisarios para contactar a los secuestradores, lo que así hicieron, logrando que les rebajase el monto pedido en la suma de treinta millones de pesos cada uno; valor que no fue entregado a los delincuentes, pues el día 21 de abril, fecha en que se debía cumplir la cita tuvieron un enfrentamiento con el ejército, por lo que debieron emprender la huida y más tarde dejar en libertad a los plagiados Almario Rojas y Moya Córdoba, con la exigencia que posteriormente debían llevar al sitio que se les indicaba, quince y diez millones de pesos respectivamente, si querían evitar problemas.

Estos dos secuestros fueron los que dieron origen al descubrimiento del grupo de malcantes, pues las autoridades imprimieron vigilancia en el sitio denominado 'La Ruidosa' y sectores aledaños, pues allí era donde se venían desarrollando las fechorías, siendo como al sostener un enfrentamiento con unos sujetos que lograron huir, al inspeccionar el lugar donde fueron vistos, el soldado Jairo Montes Collazos encontró en un cerro ubicado a 150 metros de la carretera, cerca de un tronco caído cubierto con ramas, un fusil R-15, una subametralladora Heckler, una subamentralladora Miniuzzl, un revólver Magnun 357, un revólver Ruger 38L, dos revólveres Llama calibre 38L, un proveedor para fusil R-15, dos proveedores para subametralladora, munición para R-15 y para 9 m.m. y una chapuza para R.38L.

Además, en el sitio donde mantenían cautivos a los plagiados Pedro Alfonso Almario Rojas y Guillermo Moya Córdoba, fueron encontrados una gorra camuflada, una estufa de gasolina, cinco cobijas, cuatro camisas, tres pantalones, un pasamontañas, platos plásticos y otros.

En virtud del hallazgo del material bélico, el ejército continuó vigilando estratégicamente el lugar con miras a establecer si alguien aparecía en su búsqueda, lo cual dio resultado positivo pues se hicieron presente los sujetos Hermidez Martínez Muñoz y Gerardo Ortega Castro en una moto; el primero se dirigió al sitio donde se encontraron las armas en tanto que el segundo lo esperaba en una tienda en la carretera. Actitud que se consideró sospechosa y por ende se les intimó captura, con el ítem que a Hermidez Martínez se le encontró el reloj Orient que le había sido sustraído al plagiado Pedro Alfonso Almario Rojas.

Hermidez Muñoz decidió confesar desde el primer momento su participación en algunos de los hechos punibles, en tanto que delató a varios de los compañeros del grupo delincuencial, indicando a las autoridades que éstos podían ser localizados en Popayán o en La Plata Huila, lo cual originó que la Unidad Investigativa de Orden Público, previa comisión impartida por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, radicado en Florencia (Caquetá), el día primero de mayo de 1992, hacia las 11:00 horas, llevara a cabo allanamiento y registro en el inmueble ubicado en la carrera 6ª No. 7-97 Barrio el Pomo del Pueblo de la Plata (Huila), que culminó con la captura de María Elena Herrera Iles, Gabriela Alvarado Herrera, José Jilmer Alvarado Herrera, Luis Carlos Betancourth Ochoa, Wilson Alvarado Herrera y James Alexander Jiménez, ya que no solo se les señalaba como integrantes de la banda de maleantes, sino que entre otros elementos fueron decomisados, una gorra camuflada del Ejército Nacional, 150 cartuchos calibre 9m.m., 188 gramos netos de marihuana, 666 gramos de semilla de amapola, una camioneta Ford, placas PK8785,una motocicleta Honda 185 c.c., color blanco y amarillo, una motocicleta Honda XL125 color roja, placas VBA26 y una motocicleta Yamaha, placa LAF58".

Los primeros hechos relacionados fueron puestos en conocimiento a la autoridad judicial el 12 de junio de 1991 por el Departamento de Policía de Caquetá, esto es, lo pertinente al secuestro de que fueron víctimas Luis H. Cuéllar y Félix Trujillo, con base en el cual la Unidad Investigativa de Orden Público de la SIJIN de Florencia ordenó iniciar la indagación preliminar mediante auto del 14 de ese mismo mes y año, remitiendo posteriormente el diligenciamiento al Juzgado 95 de Orden Público de Santa Fe de Bogotá, D.C., en donde se llevó a cabo un reconocimiento fotográfico con un testigo de identidad reservada, quien identificó José Jilmer Alvarado Herrera, María Elena Herrera Iles, Luis Carlos Betancoaurth Ochoa, Hermidez Martínez Muñoz, Wilson Alvarado Herrera, Gildardo Hoyos, William Hernán Burgos Córdoba y Andrés Felipe Castillo. Al mismo tiempo se informó que dentro de la investigación 9618, seguida en otra Fiscalía Regional de esta misma ciudad por el secuestro de Guillermo Moya Córdoba se habían capturado, vinculado mediante indagatoria y afectadas con medida de aseguramiento de detención preventiva varias de las personas reconocidas por el testigo reservado.

Así, ya en vigencia del Decreto 2.700 de 1991, una Fiscalía Regional de Santa Fe de Bogotá, D.C., por resolución del 25 de mayo de 1993 abrió formalmente la investigación ordenando la vinculación de José Jilmer Alvarado Herrera, María Elena Herrera Iles, Luis Carlos Betancourth Ochoa, Wilson Alvarado, Hermidez Hernández y Andrés Felipe Castillo, y luego de escuchar en indagatoria a los cuatro primeros mencionados, el 13 de julio del mismo año les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautores del delito de secuestro extorsivo agravado, en concurso con el de concierto para secuestrar; decisión que fue recurrida en reposición por el Agente del Ministerio Público y repuesta mediante pro-

veído del 21 de septiembre siguiente "en el sentido de incluir en la calificación provisional, la manifestación expresa de un concurso de secuestros, con concierto para cometerlos".

Perfeccionada en lo posible la investigación, el 11 de mayo de 1994 se decretó su cierre parcial en relación con Wilson Alvarado, María Elena Herrera Iles, Luis Carlos Betancourth Ochoa y José Jilmer Alvarado Herrera, calificándose el mérito probatorio del sumario el 18 de julio de ese mismo año, con resolución acusatoria en contra de éstos por los delitos de secuestro extorsivo agravado de que fueron víctimas Luis H. Cuéllar y Félix Trujillo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2790 de 1990, adoptado como legislación permanente mediante Decreto 2266 de 1991, al tiempo que dispuso que continuara la investigación respecto de los demás imputados aún no vinculados, por los delitos de porte de armas de y utilización ilegal de uniformes e insignias de uso privativo de la Fuerza Pública.

Apelada la anterior decisión por los defensores de los procesados, el 19 de octubre de 1994 recibió confirmación de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, habiendo avocado el conocimiento del proceso en la etapa del juicio un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá, D.C., en donde luego de abrir el juicio a pruebas y decretar las solicitadas por las partes, el 16 de agosto siguiente citó para sentencia, no obstante que el 3 de noviembre del mismo año, cuando se encontraban las diligencias al Despacho para proferir el fallo correspondiente a la primera instancia, a petición del defensor de Alvarado Herrera, decretó la acumulación del proceso JR3222, seguido contra éste y Wilson Alvarado Herrera, María Elena Herrera Iles, Hermídez Martínez Muñoz, Gabriela Alvarado Herrera, Gildardo Hoyos y James Alexander Jiménez, a quienes el 6 de julio de 1994 otra Fiscalía Regional de esta misma ciudad les había proferido resolución de acusación como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado cometido sobre Pedro Alfonso Almario Rojas y Guillermo Moya Córdoba el 14 y 15 de abril de 1992 en la vía Neiva Florencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2790 de 1990, en concurso con los de porte ilegal de armas de defensa personal y de uso privativo de la Fuerza Pública (artículos 1º y 2º del Decreto 3664 de 1.986), utilización ilegal de uniformes e insignias de las Fuerzas Militares (artículo 19 del Decreto 180 de 1.988) e infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1.986; proveído en el que se precluyó la investigación en favor de Luis Carlos Betancourth Ochoa y Gerardo Antonio Ortega Castro, respecto de quienes se dispuso su libertad inmediata. Tal calificatorio fue apelado por el Ministerio Público, y habiendo conocido la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional por esa razón y por virtud de la consulta de las preclusiones mencionadas, el 25 de enero de 1995 decretó la nulidad parcial en lo que tiene que ver con Hermídez Martínez Muñoz y James Alexander Jiménez, a partir del cierre del ciclo instructivo, disponiendo la libertad inmediata del primero y la confirmó en lo demás. Dicho proceso se encontraba corriendo el término para alegar previo a la sentencia, por lo que, cumplido ello se dictó la de primera instancia, que al ser apelada por los procesados José Jilmer Alvarado Herrera, Gabriela Alvarado

Herrera, María Elena Herrera Iles y Gildardo Hoyos, recibió confirmación del entonces Tribunal Nacional con las modificaciones especificadas en precedencia.

El fallo de segundo grado fue recurrido en casación por el Defensor Público de José Jilmer Alvarado Herrera y el procesado Gildardo Hoyos, siendo declarado desierto respecto de este último por auto del 16 de marzo de 1998 por no haber presentado la correspondiente demanda sustentatoria.

LA DEMANDA

En el único cargo que formula, el Defensor Público del procesado José Jilmer Alvarado Herrera acusa el fallo impugnado con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pues se dictó en un juicio viciado de nulidad por afectación del debido proceso.

Explica entonces a continuación que el principio de la legalidad de la pena previsto en el artículo 29 de la Carta Política, entendido como los límites dentro de los cuales las sanciones penales tienen legal operancia es un imperativo del debido proceso, por manera que su quebranto afecta la validez del mismo; que es precisamente lo que acontece en el presente asunto toda vez que los hechos por los que se condenó, entre otros, a su defendido ocurrieron el 11 de junio de 1991 y 14 y 15 de abril de 1992, calificándolos como constitutivos de un concurso de delitos, siendo el más grave de ellos el de secuestro extorsivo agravado previsto en el artículo 6º del Decreto 2790 de 1990 por ser la disposición vigente y que preveía una pena que oscilaba entre 20 y 25 años y multa de 1.000 a 2.000 salarios mínimos legales mensuales.

Indica, entonces, que por tratarse de diversos punibles juzgados dentro de un mismo proceso le son aplicables las normas del concurso de delitos, esto es, los artículos 26 y 28 del Código Penal, precisando que la última disposición en cita se encontraba vigente para la época de los hechos y disponía como límite máximo de pena, 30 años de prisión, pues su modificación vino a introducirse con la expedición de la Ley 40 de 1993 que estableció en el artículo 31 la posibilidad de exceder el tope señalado "en los episodios delictuosos descritos en tal normatividad penal; norma que por ser posterior a los hechos investigados, resultaba inaplicable al caso por elementales razones de legalidad y favorabilidad de la ley penal y que hoy se encuentra expresamente derogada por el artículo 26 de la Ley 365 de 1997".

En este sentido, enfatiza que tanto el Juez como el Tribunal al individualizar la pena correspondiente a José Jilmer Alvarado excedieron en 6 años el límite máximo de sanción imponible desconociendo, así, el principio de legalidad de esta clase de sanciones en desmedro del debido proceso, "agravio que por afectar exclusivamente la sentencia impugnada deberá ser enmendado casando parcialmente la misma, para reducir la pena conforme a la normatividad jurídica imperante, esto es, imponiendo al acusado José Jilmer Alvarado Herrera como máxima pena, la de 30 años de prisión, prevista como

sanción para reprimir el concurso de hechos punibles por los que fue llamado a responder (Art. 28, inc. 2º del Código Penal)".

Solicita, por tanto, que se case el fallo impugnado en el sentido de "rebajar en seis años de prisión", la pena impuesta a su representado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal, solicitud que con fundamento en el artículo 243 ibídem dice hacer extensiva respecto de la también procesada María Helena Herrera Iles.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL:

Para el Ministerio Público el demandante tiene razón en su pretensión casacional, pues el principio de legalidad se encuentra previsto en el artículo 29 de la Carta Política y primero del Código Penal, cuyos textos transcribe de inmediato, para concluir que la ley aplicable a un determinado asunto es la vigente al momento de la comisión del hecho, y en este asunto las que fueron imputadas al procesado ocurrieron en junio de 1991 y abril de 1992, fechas para las que el inciso segundo del artículo 28 del Estatuto Sustantivo –que también reproduce– establecía como límite en caso de concursos, 30 años de pena privativa de la libertad, siendo posteriormente modificado por las Leyes 40 de 1993 y 365 1997, respectivamente.

Concluye, así, que del "simple cotejo de la fecha en que se cometieron los secuestros y demás delitos por los que se juzga a Alvarado Herrera, es claro advertir que estaba vigente la limitante de 30 años para la pena privativa de la libertad", pues la Ley 40 de 1993 empezó a regir el 20 de enero de ese año, "entonces al imponerle una pena de treinta y seis (36) años de prisión, el principio de legalidad se vio vulnerado y por consiguiente se afectó el derecho al debido proceso".

En consecuencia, solicita casar parcialmente la sentencia recurrida, declarando la nulidad por vulneración al debido proceso en cuanto al principio de legalidad de la pena.

CONSIDERACIONES:

1. Con la pretensión de que se respete el principio de legalidad de las penas, acusa el demandante el fallo de segundo grado de haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, al haber desconocido el sentenciador el límite legal señalado para la pena de prisión, atendiendo como debe ser a la normatividad vigente para la época en que se cometieron los hechos punibles por los que fue juzgado Alvarado Herrera, lo cual implica de suyo un desconocimiento de la aplicación de la ley más favorable que impone, a su juicio, la ruptura del fallo decretando su nulidad para que en su lugar se dicte uno de reemplazo en el sentido de "rebajar seis años de prisión" a su defendido.

2. Así propuesto el ataque, forzoso resulta precisar en primer lugar, que ni el demandante ni el Delegado tienen razón en cuanto al motivo de casación escogido, pues si bien es cierto que resulta posible plantear extraordinariamente la nulidad del fallo y solicitar como consecuencia que

se dicte uno de reemplazo en los términos previstos por el artículo 229-1 del Código de procedimiento Penal, no puede desconocerse que, en todo caso, la causal tercera del artículo 220 del Estatuto Procesal, indiscutiblemente hace relación a yerros *in procedendo* que, en estos eventos, son predicables con exclusividad del Juez de segundo grado y se concretan en la decisión misma como ocurre con la falta de motivación respecto de algunos de los extremos de la relación procesal, que por no implicar el retrotraimiento de actuación a un determinado estadio, pues al haberse rituado correctamente el proceso, se posibilita a la Corte corregirlo mediante el pronunciamiento de reemplazo.

3. Ahora bien, y *aunque no desconoce la Sala que el principio de legalidad de las penas es constitucionalmente un fundamento del debido proceso, ello no significa, que en eventos como el presente, el yerro del sentenciador sea de procedimiento, sino que, por el contrario, es de juicio, en la medida en que recae en el proceso intelectivo sobre la aplicación de la normatividad que regula el caso, lo cual, en términos de técnica casacional se concreta en una típica exclusión evidente, dejándose de aplicar el tope máximo legal de pena vigente para la época de los hechos, que por virtud del deber de casar oficiosamente el fallo, conforme así lo manda el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, a ello procederá la Sala, dejando en claro que la demanda debe desestimarse.*

4. Es un hecho evidente en este proceso que el Juez Regional que falló en primera instancia la relación jurídico procesal respecto de José Jilmer Alvarado Herrera, siendo congruente con los delitos imputados en las resoluciones de acusación de las causas acumuladas, lo condenó a la pena principal de 36 años de prisión, aplicando para ello el Decreto 2.790 de 1991, incrementando de la pena base para el delito más grave que consideró era el de secuestro extorsivo agravado, otras diversas cantidades punitivas por los demás delitos ejecutados en concurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Código Penal, para fijarla en dicho tope.

Sin ninguna consideración sustancial sobre este máximo de pena, el entonces Tribunal Nacional al decidir la apelación que interpusiera el defensor de este procesado contra el fallo del *a quo* lo confirmó, no obstante que en punto de la adecuación típica de los comportamientos objeto de la atribución penal subsumió el delito de porte ilegal de armas de defensa personal en el imputado por armas de uso privativo de la fuerza pública, al tiempo que revocó lo pertinente a la nulidad decretada en primera instancia por el punible de concierto para secuestrar por el cual lo condenó.

5. En estas condiciones, tanto el *a quo* como el *ad quem*, si bien aplicaron las normas penales vigentes para el momento en que se realizaron los actos ilícitos imputados en relación con las penas establecidas para cada uno de los delitos y para el concurso, no tuvieron en cuenta que el régimen punitivo en nuestra legislación positiva no es indeterminado temporalmente, sino que por el contrario, al encontrarse prohibida por mandato constitucional la privación perpetua de la libertad, tienen un límite habida cuenta del

reconocimiento que se hace, como en efecto corresponde, no de la pena como ente absoluto, sino de las funciones que ella debe cumplir en un Estado de Derecho Social y Democrático, razón por la cual posibilita previo cumplimiento de los criterios que la propia ley determina, su incremento, que por tal motivo en ninguna forma es libre, pues sin que interese la gravedad o el número de delitos, la pena a imponer la ha determinado como máximo la misma ley al considerar que ese *quantum* es suficiente como sanción por el o los delitos cometidos.

6. Así, y *si bien* ab initio, *el principio de legalidad de los delitos y de las penas consagrado en la Constitución Política en el artículo 29 como presupuesto del debido proceso, de conformidad con el cual nadie en Colombia puede ser juzgado con base en una normatividad distinta a la vigente para el momento en que realice el acto que se le impute, salvo que una norma posterior resulte más favorable al caso concreto, necesario es precisar que en lo que tiene que ver con las penas, este principio no puede comprenderse como dirigido excusivamente a los mínimos y máximos que como consecuencia jurídica haya previsto el tipo penal objeto de aplicación, sino que debe estar imperativamente integrado al límite general que para su cuantificación impone la ley sustantiva penal, sin que ninguna razón por importante que parezca pueda relativizarla, esto es, que en todos los casos si la pena aritméticamente obtenida es superior al baremo máximo legal, necesariamente debe quedar fijada en éste.* Por ello, el inciso segundo del artículo 28 del Decreto 100 de 1980, vigente desde el 24 de enero de 1981 hasta el 19 de enero de 1993, pues a partir del 20 del mismo mes y año entró a regir el Estatuto Antisecuestro, Ley 40 de la misma anualidad, establecía, que "En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá ser de 30 años", límite que esta última ley fijó en 60 años, pero únicamente en relación a los delitos allí previstos, dejándolo en 30 para los demás, y que en la actualidad en virtud de la ley 365 de 1997 vigente desde el 21 de febrero de 1997 se estableció en forma general en 60 años.

7. Bajo este supuesto, y siendo que los delitos imputados al ahora recurrente se cometieron en el mes de junio de 1991 y abril de 1992, la normatividad aplicable era la vigente para esas fechas, es decir, que el límite máximo de punibilidad a imponer estaba señalado por el inciso segundo del artículo 28 del Decreto 100 de 1980, no pudiendo rebasar los 30 años de prisión, aplicándose las normas posteriores en cita, pues los hechos no se encontraban regulados por estas disposiciones cuando se cometieron: de ahí que deba proceder la Corte, como ya se advirtió, a casar parcial y oficiosamente el fallo impugnado para ajustar la pena impuesta al máximo legal vigente para los delitos por los que se condenó en las instancias a Alvarado Herrera, haciéndose lo propio respecto de la procesada María Elena Herrera Iles, a quien también se le condenó a 36 años de prisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 228 y 243 del Código de Procedimiento Penal, aclarando que, esta determinación se impone tomarla también oficiosamente y no por razón de la solicitud que en tal sentido eleva el censor, pues es evidente que carece de interés para hacerlo en su nombre por no ser su defensor.

El cargo, por ende, prospera.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda.

2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de ajustar al máximo legal de 30 años de prisión, la pena principal impuesta a los procesados José Jilmer Alvarado Herrera y María Elena Herrera Iles, como coautores de los delitos de secuestro extorsivo agravado en concurso homogéneo, porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares y utilización ilegal de uniformes e insignias de uso de la Fuerza Pública.

3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

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, (no hay firma); *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTORSION-Competencia, tránsito de legislación/
FAVORABILIDAD-Normas sobre competencia y procedimiento

Los hechos denunciados ocurrieron a partir del mes de diciembre del año de 1985, época para la cual estaba vigente la ley 2ª de 1984, en cuyo texto se autorizó la creación de jueces especializados y un procedimiento especial y breve para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo. En efecto, el mencionado estatuto comenzó a regir el 17 de enero de 1984 (diario oficial 36450), y los primeros jueces especializados del país fueron autorizados por el decreto reglamentario 374 del mismo año (febrero 15), cuya tarea fue reforzada por los denominados "jueces de instrucción criminal especiales", según lo previsto en el decreto 2329 de igual anualidad (noviembre 21), pues en algunas regiones del país eran insuficientes los jueces especializados designados o en otras aún no se habían puesto en funcionamiento.-

Es la razón por la cual el proceso en este caso fue adelantado en buena parte por el juzgado 11 de instrucción criminal especial de Villavicencio, por el trámite indicado en los artículos 13 y siguientes de la ley 2ª de 1984, y no por un juez de instrucción criminal ordinario.

Posteriormente, la competencia de los jueces especializados y de los de instrucción criminal especiales, se amplió a algunos delitos de narcotráfico y manipulación de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, según lo dispuesto en los decretos 468 y 565 de 1987, respectivamente.

Por medio del decreto 1631 de 1987 (agosto 27), se crearon los jueces de orden público que recibieron una parte de la competencia de los jueces especializados y de instrucción criminal especiales, a cuyo conocimiento siguió el delito de extorsión y conforme con el procedimiento especial señalado en los artículos 13 y siguientes de la ley 2ª de 1984 (art. 9°).

El decreto 474 de 1988 (4 de marzo) reorganizó la jurisdicción de orden público y, de conformidad con el artículo 2°, a los jueces de orden público correspondía el conocimiento del delito de extorsión con fines terroristas (decreto 180/88, art. 25); mientras que, según el artículo 23,

numeral 3° del mismo estatuto, la extorsión prevista en el artículo 355 del Código Penal seguiría de competencia de los jueces especializados.

El mismo decreto creó el Tribunal Superior de Orden Público, con jurisdicción en todo el territorio nacional, con el fin de proveer en segunda instancia los asuntos conocidos en primera por los jueces de orden público (artículos 1° y 2°).

Sin solución de continuidad, el decreto 2790 de 1990 dispuso la continuación de los jueces y el tribunal de orden público, ya con la distinción entre jueces de instrucción y de conocimiento, cuya competencia comprende el delito de extorsión en todas sus modalidades (art. 9°, numeral 2°, modificado por el decreto 099 de 1991), además del injusto de rebelión (numeral 7°). El procedimiento es especial como en la ley 2ª de 1984, aunque incluye algunas variables, porque sustituye la audiencia pública por un trámite de citación a audiencia y traslado a las partes para alegar de conclusión (arts 18 y siguientes).

Posteriormente, el artículo 3° del decreto 1676 modificó el numeral 2° del artículo 9° del decreto 2790 de 1990, para disponer que los jueces de orden público conocerían del delito de extorsión en todas sus modalidades, cuando la cuantía fuera o excediera de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.oo) o la conducta buscara facilitar actividades terroristas.

De acuerdo con esta última previsión, si la imputación fuera únicamente por el hecho punible de extorsión, el caso entonces podría haber pasado a los jueces de instrucción criminal ordinarios, dado que ninguno de los delitos de esa naturaleza imputados alcanzaba la cuantía indicada. Sin embargo, como lo advirtió la Sala en el auto del 27 de mayo de 1992, la competencia debía continuar en la jurisdicción de orden público, en razón del delito de rebelión que se investigaba en conexidad con los de extorsión y homicidio, conforme con lo dispuesto en el numeral 7° y el parágrafo del artículo 9° del decreto 2790 de 1990, en el sentido que quedó modificado por el decreto 099 de 1991.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 5° transitorio del decreto 2700 de 1991 (código de procedimiento penal), la jurisdicción de orden público fue integrada a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual los jueces de orden público pasaron a denominarse jueces regionales y el tribunal superior de orden público cambió su caracterización por la de tribunal nacional. Por otra parte, la competencia de la integrada jurisdicción regional quedó señalada en el artículo 71 del estatuto procesal penal, además de lo dispuesto en los decretos de estado de sitio convertidos en legislación permanente que no fueron desaprobados por la Comisión Especial (Constitución Política, artículo 8° transitorio).

Igualmente, el artículo 9° del Decreto 2790 de 1990 (tal como quedó en el texto del decreto 099 de 1991), fue convertido en legislación permanente por el artículo 4° del decreto 2271 de 1991, de modo que

continuaba el conocimiento de este asunto en cabeza de los jueces regionales, en razón del delito de rebelión conexo con el de extorsión. En la misma disposición, se le dio continuidad al procedimiento especial dispuesto en los artículos 18 y siguientes del decreto 2790 de 1990, aunque el estatuto procesal penal también introdujo algunas restricciones en materia de libertad provisional, por ejemplo.

Así las cosas, desde el mismo momento de la ocurrencia de los hechos debatidos en este proceso, ellos estaban sometidos a competencia y procedimiento especiales, bien por el delito de extorsión ora por la conexidad con el hecho punible de rebelión. No se advierte entonces la violación al principio de legalidad del juez y del procedimiento, máxime que nada impide la aplicación general inmediata de las normas sobre competencia y ritualidad, conforme con los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887, sin perjuicio de la favorabilidad que incumbe a cualquier juez o funcionario judicial que ostente en su momento el conocimiento del proceso.

Por lo demás, el tema fue elucidado en decisión de un conflicto de competencias correspondiente a la Sala Plena de esta Corporación, en los siguientes términos:

"La competencia y los procedimientos, en principio, obedecen a reglas legales preexistentes, pero ello no obsta la aplicación general inmediata de los cambios legislativos en dicha materia, pues se trata de un asunto con marcado interés público en el cual el Estado no puede quedar maniatado ineluctablemente a una predeterminación, mas en cada caso, como suele ocurrir en todo tránsito de legislación estimulado bien por la derogación ora por la inexequibilidad, el funcionario judicial que en últimas ostente la competencia deberá examinar la procedencia o improcedencia de un eventual juicio de favorabilidad de la ley anterior o de la posterior, de acuerdo con inciso 3° del artículo 29 de la Constitución. En suma, el examen de la garantía de la favorabilidad en un evento concreto, bien en materia penal ora procesal penal de efectos sustanciales, supone que se ha definido previamente el funcionario competente y el procedimiento, elementos cuya determinación, conforme con lo visto, corresponde siempre a la última ley adoptada (art. 10 C. P. P.)" (auto de 7 de mayo de 1998. M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

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

Magistrado Ponente Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 12512

VISTOS

Admitida la demanda por su consideración formal, decide la Corte el recurso extraordinario de casación que en su momento presentó el defensor

del procesado Marco Antonio Fonseca García, contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional el 29 de marzo de 1996, por medio de la cual condenó al acusado a la pena principal de ochenta y cinco (85) meses de prisión, como autor responsable de un concurso homogéneo de injustos de extorsión.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal ha emitido concepto adverso a las pretensiones.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En la ciudad de Villavicencio, el día 1° de abril de 1987, el señor Gonzalo Mendoza Lozano puso en conocimiento de la autoridad que varios individuos, entre los que identificó a Marco Antonio Fonseca García, alias *"el periodista"* y reconocido como miembro del séptimo frente del grupo subversivo denominado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC-EP, y también militante del partido político Unión Patriótica, UP, lo visitaron en distintas oportunidades a su finca "La Maporita", situada en la vereda "El Trueno" del corregimiento "El Retorno", comprensión del hoy departamento del Guaviare, con el fin de hacerle exigencias económicas en el siguiente orden: en el mes de diciembre de 1985, le pidieron la suma de cien mil pesos ($ 100.000.oo) para dejarlo vivir tranquilo con su familia en la región, dinero que el requerido les entregó de inmediato porque lo tenía disponible; en el mes de marzo de 1986, le solicitaron quinientos mil pesos ($ 500.000.oo), para cuya entrega se le fijó un plazo de ocho (8) días, y así se cumplió por uno de los hijos de la víctima en la finca "Canoas" de propiedad del señor *Arnoldo Zuluaga*; y en el mes de agosto del último año citado, una vez más bajo amenazas, le requirieron la entrega de dos millones de pesos ($ 2.000.000.oo), efecto para el cual le concedieron plazo de un mes.

Como el ofendido se negó a entrar la última cantidad solicitada, los sujetos advirtieron a la familia *Lozano Roldán* que "se atuvieran a las consecuencias", y después les enviaron diversos mensajes anónimos en los que los conminaban a salir de la región por ser "personas indeseables y colaboradoras del ejército", y en el último escrito les anunciaron que tomarían en rehenes a uno de los miembros de la familia, con el fin de exigir la entrega de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.oo).

Finalmente, el 24 de marzo de 1987, varios sujetos sorprendieron y le dieron muerte a Daniel Humberto Lozano Roldán, uno de los hijos del denunciante, en la trocha "Las Acacias" de la vereda "El Trueno", cuando en compañía de algunos trabajadores llevaba una remesa, hecho sobre el cual informa el quejoso que también fue una represalia por su resistencia a entregar el dinero.

Puesta en marcha la investigación por parte del Juzgado 11 de Instrucción Criminal Especial de Villavicencio -6 de abril de 1987- (fs. 5), se supo que el Juzgado 22 de Instrucción Criminal radicado en San José Guaviare adelantaba indagación preliminar por hechos conectados con los que conocía aquel despacho, razón por la cual fueron unidos los trámites (fs. 107 y

120) y más tarde enviados a la jurisdicción de Orden Público de esta ciudad capital, produciéndose a continuación una colisión negativa de competencias, dirimida por la Corte Suprema en el auto del 27 de mayo de 1992 para asignársele a la justicia especializada de orden público.

Ya en funcionamiento la Fiscalía General de la Nación, un fiscal regional asumió el conocimiento de la investigación el 25 de mayo de 1993, vinculó formalmente por medio de indagatoria a Marco Antonio Fonseca García y, según providencia del 27 de enero de 1994, profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautor de tres (3) delitos de extorsión en concurso con los de homicidio agravado y rebelión (fs. 148, 250 y 258).

Clausurada la investigación, el competente calificó el mérito del sumario en resolución del 5 de octubre de 1994, por medio de la cual acusa al procesado por tres (3) hechos punibles de extorsión, dos (2) de ellos agravados por la cuantía y uno de éstos en el grado de tentativa (C. P., arts. 22, 355 y 372-1), en concurso con los injustos de rebelión (art. 125) y homicidio agravado por la sevicia y la puesta en indefensión de la víctima (arts. 323 y 324-6 y 7-). Tal acusación fue confirmada en segunda instancia por la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Nacional, según resolución fechada el 27 de enero de 1995 (cuaderno 2ª instancia Fiscalía, fs. 18).

Asumió el conocimiento un Juzgado Regional de esta capital, abrió el juicio a pruebas, ordenó algunas y citó para sentencia, la que se profirió el 29 de diciembre de 1995. En esta decisión, el sentenciador condena al procesado a la pena principal de diez (10) años, como autor y cómplice de los delitos de extorsión y rebelión, respectivamente, y lo absuelve por el injusto de homicidio. Deduce la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por tiempo igual al previsto como pena principal, y le impone la obligación de pagar el equivalente a cuarenta (40) gramos de oro, por concepto de perjuicios irrogados (cuaderno original 1, fs. 462, 497 y 535 y cuaderno original 2, fs. 12).

El fallo de primer grado fue revisado por la doble vía de apelación y consulta, según providencia del 29 de marzo de 1996, ocasión en la cual el Tribunal Nacional confirmó la condena sólo por los tres (3) delitos de extorsión y la absolución por el ilícito de homicidio; declaró prescrita la acción penal por el delito de rebelión y ordenó cesar procedimiento en razón de tal infracción, y finalmente redosificó la pena principal para situarla en ochenta y cinco (85) meses de prisión, tiempo que igual sirvió de medida para la sanción accesoria y fijó el monto de los perjuicios en el equivalente a doscientos (200) gramos de oro.

La Demanda de Casación

1. Causal Tercera. Nulidad.

Con el argumento de que para el momento de los hechos no se encontraba vigente la justicia especial regional o de orden público, pues ésta comenzó

a regir en enero de 1988, el censor considera que al procesado debió juzgársele mediante el proceso propio de la jurisdicción ordinaria.

Reconoce su permanente insistencia dentro del proceso en procura de sacar avante tal criterio, el cual no fue aceptado en el entendido de que las normas de carácter procedimental tienen aplicación inmediata, pero no hubo advertencia de los funcionarios de que sobre esos preceptos también es aplicable el principio de favorabilidad, ya que aquéllos no están destinados simplemente a fijar competencias o disponer ritualidades adjetivas, sino también a consagrar los recursos contra las decisiones judiciales, los términos probatorios, el debate dentro del plenario, los motivos de detención preventiva y los medios de defensa, entre otras cosas, lo que permite inferir que entre uno y otro procedimiento pueden afectarse derechos del procesado, caso en el cual se hallaba el procesado Fonseca García, de cara a la indiscutible conclusión de que tenía más garantías frente a un procedimiento ordinario que en aquél por el cual fue juzgado, cuya aplicación iba destinada, por excepción, a la delincuencia organizada, como lo enseñan los considerandos del Decreto 180 de 1988.

De tal suerte que, aún interpretándose con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de la anterior Constitución Política, de acuerdo con el grave riesgo que ofrece la hermenéutica referida a que la ley de procedimiento es de aplicación inmediata y respecto de ella no pueden pregonarse "derechos adquiridos" por ser de orden público, la segunda parte del mismo artículo hace imperativo en lo sustantivo y en lo procesal, si es el caso de tránsito de legislación, la aplicación de la ley más favorable.

Así expuesta la situación, estima el demandante que el presente proceso es nulo, porque la justicia regional y antes de orden público, carecía de competencia para su desarrollo.

2. Cargo subsidiario. Causal Primera. Violación indirecta.

En el espacio destinado por el libelista a esta censura, aduce la indebida apreciación de que fueron objeto los testimonios del denunciante y sus hijos, lo que dio lugar a la aplicación indebida de los artículos 355, 372-1 y 22 del Código Penal, cuando lo indicado era aplicar el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, dado que no se satisfacían los presupuestos para condenar.

Afirma que el Tribunal reconoció cómo eran contradictorias las exposiciones de los miembros de la familia *Lozano Roldán*, "así sea en lo más recóndito de las mismas", razón por la cual nada seguro y claro existía en los juicios del fallador, sino por el contrario un "temor de errar". No podía el funcionario declarar la existencia de la certeza y condenar en consecuencia, a pesar de las contradicciones que él mismo reconoce en la prueba de cargos, pues realmente no se sabe si el procesado cometió la conducta de extorsión investigada, en las tres oportunidades que la familia *Lozano Roldán* dice haber sido compelida.

A renglón seguido, el recurrente destaca que el fallo es "errático, parcializado y deformado" en cuanto al análisis de la prueba de descargos, dado que no es cierto que todos los declarantes vivieran fuera de la región, y algunos de ellos manifestaron no haber visto al procesado con prendas de uso de las fuerzas legales del Estado o con armas ni que les constara que él exigiera dinero a los campesinos y, contrario a lo sostenido por Justino Rojas Tamayo, en el sentido de que el acusado formaba parte de un grupo de insurrectos, eso fue desmentido por algunas autoridades del gobierno local, volcándose de esta manera la lógica, pues no es posible que en una región escasamente poblada unos conozcan las supuestas actividades subversivas de Fonseca García y en cambio otros las ignoren.

Concluye con una observación adicional, en el sentido de que el Tribunal incurrió en error aritmético al sumar los factores de pena, pues, tras partir de sesenta y cinco (65) meses de prisión, anunció que incrementaría dicha base en diez (10) por el concurso, lo cual sumaría entonces setenta y cinco (75) meses de prisión y no ochenta y cinco (85) como al final se determinó. Pide en este sentido la corrección del yerro aritmético.

Del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere la desestimación de los cargos, de acuerdo con los siguientes planteamientos:

Sobre la nulidad resalta que el tema soporte de su petición constituyó ley del proceso de imposible retorno en sede de casación, comoquiera que la competencia del asunto fue decidida por la Corte mediante pronunciamiento fechado el 27 de mayo de 1992, previo el análisis de las conductas investigadas, las que relacionadas con actividades de la subversión permitieron asignar el ejercicio de la acción penal a la jurisdicción de orden público.

Agrega cómo en todo caso no asiste razón al recurrente, dado que cuando ocurrieron los hechos se encontraba vigente el procedimiento diferencial establecido por la Ley 2ª de 1984, en cuyo marco de aplicación se hallaba el delito por el cual fue condenado el procesado.

Dicha reglamentación sufrió diversas variaciones posteriores, pero sin afectar la procedencia del trámite excepcional en relación con el delito de extorsión, hasta cuando ese cúmulo de decretos excepcionales se convirtió en legislación permanente.

Frente a esa preceptiva, dice el representante del Ministerio Público, cobra mayor fuerza la imposibilidad de plantear el conflicto de leyes netamente procesales en el tiempo, so pretexto del principio de favorabilidad, más si se tiene en cuenta que a pesar de las múltiples demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra de las normas de la justicia de orden público, tanto la Corte Suprema, cuando tenía competencia para ello, y después la Corte Constitucional las han declarado exequibles.

Sobre el segundo cargo, después de delatar la total ausencia de técnica en la elaboración de la demanda por la falta de determinación de la clase de error y su modalidad, pasa al contenido de aquélla para manifestar que todo se reduce a una crítica probatoria propia de instancia, con no muy acertados comentarios que reviven tendencias peligrosistas hoy por hoy erradicadas del sistema, como que busca resaltar el poderío de pruebas testimoniales, con el solo fundamento de que provienen de entornos sociales privilegiados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Nulidad.* El actor estima que su defendido fue juzgado por funcionarios incompetentes y con base en un procedimiento establecido con posterioridad a los hechos, pues, según su apreciación, la justicia especial regional, antes denominada justicia de orden público, comenzó a funcionar en el mes de enero de 1988.

Pues bien, de acuerdo con lo establecido probatoriamente en el proceso, los hechos denunciados ocurrieron a partir del mes de diciembre del año de 1985, época para la cual estaba vigente la ley 2ª de 1984, en cuyo texto se autorizó la creación de jueces especializados y un procedimiento especial y breve para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo. En efecto, el mencionado estatuto comenzó a regir el 17 de enero de 1984 (Diario Oficial 36450), y los primeros jueces especializados del país fueron autorizados por el decreto reglamentario 374 del mismo año (febrero 15), cuya tarea fue reforzada por los denominados "jueces de instrucción criminal especiales", según lo previsto en el decreto 2329 de igual anualidad (noviembre 21), pues en algunas regiones del país eran insuficientes los jueces especializados designados o en otras aún no se habían puesto en funcionamiento.

Es la razón por la cual el proceso en este caso fue adelantado en buena parte por el juzgado 11 de instrucción criminal especial de Villavicencio, por el trámite indicado en los artículos 13 y siguientes de la ley 2ª de 1984, y no por un juez de instrucción criminal ordinario.

Posteriormente, la competencia de los jueces especializados y de los de instrucción criminal especiales, se amplió a algunos delitos de narcotráfico y manipulación de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, según lo dispuesto en los decretos 468 y 565 de 1987, respectivamente.

Por medio del decreto 1631 de 1987 (agosto 27), se crearon los jueces de orden público que recibieron una parte de la competencia de los jueces especializados y de instrucción criminal especiales, a cuyo conocimiento siguió el delito de extorsión y conforme con el procedimiento especial señalado en los artículos 13 y siguientes de la ley 2ª de 1984 (art. 9º).

El decreto 474 de 1988 (4 de marzo) reorganizó la jurisdicción de orden público y, de conformidad con el artículo 2º, a los jueces de orden público correspondía el conocimiento del delito de extorsión con fines terroristas (de-

creto 180/88, art. 25); mientras que, según el artículo 23, numeral 3° del mismo estatuto, la extorsión prevista en el artículo 355 del Código Penal seguiría de competencia de los jueces especializados.

El mismo decreto creó el Tribunal Superior de Orden Público, con jurisdicción en todo el territorio nacional, con el fin de proveer en segunda instancia los asuntos conocidos en primera por los jueces de orden público (artículos 1° y 2°).

Sin solución de continuidad, el decreto 2790 de 1990 dispuso la continuación de los jueces y el tribunal de orden público, ya con la distinción entre jueces de instrucción y de conocimiento, cuya competencia comprende el delito de extorsión en todas sus modalidades (art. 9°, numeral 2°, modificado por el decreto 099 de 1991), además del injusto de rebelión (numeral 7°). El procedimiento es especial como en la ley 2ª de 1984, aunque incluye algunas variables, porque sustituye la audiencia pública por un trámite de citación a audiencia y traslado a las partes para alegar de conclusión (arts 18 y siguientes).

Posteriormente, el artículo 3° del decreto 1676 modificó el numeral 2° del artículo 9° del decreto 2790 de 1990, para disponer que los jueces de orden público conocerían del delito de extorsión en todas sus modalidades, cuando la cuantía fuera o excediera de cinco millones de pesos ($ 5.000.000.oo) o la conducta buscara facilitar actividades terroristas.

De acuerdo con esta última previsión, si la imputación fuera únicamente por el hecho punible de extorsión, el caso entonces podría haber pasado a los jueces de instrucción criminal ordinarios, dado que ninguno de los delitos de esa naturaleza imputados alcanzaba la cuantía indicada. Sin embargo, como lo advirtió la Sala en el auto del 27 de mayo de 1992, la competencia debía continuar en la jurisdicción de orden público, en razón del delito de rebelión que se investigaba en conexidad con los de extorsión y homicidio, conforme con lo dispuesto en el numeral 7° y el parágrafo del artículo 9° del decreto 2790 de 1990, en el sentido que quedó modificado por el decreto 099 de 1991.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 5° transitorio del decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), la jurisdicción de orden público fue integrada a la jurisdicción ordinaria, razón por la cual los jueces de orden público pasaron a denominarse jueces regionales y el tribunal superior de orden público cambió su caracterización por la de tribunal nacional. Por otra parte, la competencia de la integrada jurisdicción regional quedó señalada en el artículo 71 del estatuto procesal penal, además de lo dispuesto en los decretos de estado de sitio convertidos en legislación permanente que no fueron desaprobados por la Comisión Especial (Constitución Política, artículo 8° transitorio).

Igualmente, el artículo 9° del Decreto 2790 de 1990 (tal como quedó en el texto del decreto 099 de 1991), fue convertido en legislación permanente por el artículo 1° del decreto 2271 de 1991, de modo que continuaba el conocimiento de este asunto en cabeza de los jueces regionales, en razón del delito de rebelión conexo con el de extorsión. En la misma disposición, se le dio continuidad

al procedimiento especial dispuesto en los artículos 18 y siguientes del decreto 2790 de 1990, aunque el estatuto procesal penal también introdujo algunas restricciones en materia de libertad provisional, por ejemplo.

Así las cosas, desde el mismo momento de la ocurrencia de los hechos debatidos en este proceso, ellos estaban sometidos a competencia y procedimiento especiales, bien por el delito de extorsión ora por la conexidad con el hecho punible de rebelión. No se advierte entonces la violación al principio de legalidad del juez y del procedimiento, máxime que nada impide la aplicación general inmediata de las normas sobre competencia y ritualidad, conforme con los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887, sin perjuicio de la favorabilidad que incumbe a cualquier juez o funcionario judicial que ostente en su momento el conocimiento del proceso.

Por lo demás, el tema fue elucidado en decisión de un conflicto de competencias correspondiente a la Sala Plena de esta Corporación, en los siguientes términos:

"La competencia y los procedimientos, en principio, obedecen a reglas legales preexistentes, pero ello no obsta la aplicación general inmediata de los cambios legislativos en dicha materia, pues se trata de un asunto con marcado interés público en el cual el Estado no puede quedar maniatado indefectiblemente a una predeterminación, más en cada caso, como suele ocurrir en todo tránsito de legislación estimulado bien por la derogación ora por la inexequibilidad, el funcionario judicial que en últimas ostente la competencia deberá examinar la procedencia o improcedencia de un eventual juicio de favorabilidad de la ley anterior o de la posterior, de acuerdo con inciso 3° del artículo 29 de la Constitución. En suma, el examen de la garantía de la favorabilidad en un evento concreto, bien en materia penal ora procesal penal de efectos sustanciales, supone que se ha definido previamente el funcionario competente y el procedimiento, elementos cuya determinación, conforme con lo visto, corresponde siempre a la última ley adoptada (art. 10 C. P. P.)" (auto de 7 de mayo de 1998, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego).

Desde la vigencia de la ley 2ª de 1984, estatuto vigente al momento de los hechos investigados, se consagraron restricciones en los términos y causales de excarcelación para los procesos por delitos de extorsión y, posteriormente, para los conexos con el injusto de rebelión.

Aunque parece posible especular sobre la mayor benignidad puntual de un trámite como el de la ley 2ª de 1984, que de todas maneras conservaba la audiencia pública de juzgamiento (arts. 16 y 18), en relación con el rito sustitutivo previsto en los decretos 2790 de 1990 y 091 de 1991, lo cierto es que el actor se limita a hacer invocaciones genéricas que equivocadamente toman como referente el procedimiento ordinario (no el especial de la ley 2ª) y, en todo caso, no intenta la más leve demostración del perjuicio concreto recibido por el procesado en materia de garantías fundamentales, en razón de haber optado por una diligencia en lugar de la otra aparentemente más benévola (C. P. P., art. 308-2).

En este orden de ideas, como no existe una demostración clara y precisa de la violación del debido proceso como competencia y ritualidad, ni del consecuente daño en la aplicación de supuestos procedimientos menos garantistas, no puede prosperar la nulidad pregonada por el demandante.

2. *Violación indirecta.* La falta de técnica es la nota característica de esta censura, pues el recurrente antes que guiar sus pasos dentro de la senda constructora de un adecuado juicio contra la sentencia, reemplaza la ineludible obligación por la de desconocer a su talante la labor de análisis hecha por el dispensador de justicia en materia de pruebas.

En reiteradas ocasiones, la Corte ha señalado la importancia de la claridad y la precisión de los fundamentos que sustentan la causal que se aduce, pues ello constituye en últimas el ingrediente principal con el cual el juez de casación puede admitir o desconocer la existencia del error que por su trascendencia llegue a derruir la presunción de acierto y legalidad del fallo que se confuta en sede extraordinaria.

No obstante lo dicho, tales pautas dejaron de ser previstas por el recurrente, quien limitó su censura a la ingrávida consideración de que algunas pruebas testimoniales fueron indebidamente apreciadas, pero ni siquiera informa en qué aspecto el juzgador trastornó el contenido material de las mismas, si es que sugiere en su objeción un falso juicio de identidad, que laxamente puede inferirse de la presentación general que da al cargo.

En razón de tal confusión, de seguro es por lo que sin mesura alguna el censor termina combatiendo el grado de credibilidad otorgado por el fallador a los testimonios, sin advertir el imperio racional de la libre apreciación que sobre las pruebas gobierna la actividad judicial, siendo el único camino acertado en procura de restarle vigor a una valoración dada, el poner sin hesitación alguna al descubierto una malformación en el juicio, debido a la inaplicación de la lógica o a la desatención de los parámetros impuestos por la experiencia y la ciencia.

Como nada de esto último hace el censor, su posición unilateral no vence la más apropiada expuesta por el Tribunal, en el sentido de haber adquirido certeza, entre otras, por medio de las pruebas combatidas, las que vale la pena aclarar, en ningún momento opacaron la esfera de conocimiento del juzgador, como lo denuncia el libelista, sino que, *contrario sensu*, el *ad quem* ciertamente reconoció contradicciones entre los deponentes, pero, en razón del contexto probatorio y la oportunidad diferente que cada uno ellos tuvo en la percepción de los hechos, las estimó insubstanciales para demeritar el propósito de demostrar la existencia de los tres (3) hechos punibles de extorsión y la participación en ellos del procesado *Fonseca García*.

En este orden, el recurrente pone en cabeza del juzgador algo de su propia cosecha, hecho que acaba por restarle poder de refutación a su demanda, la que al referirse a la falta de armonía entre los dichos de los testigos acerca de las actividades que desarrollaba el acusado, hace un ejercicio equivocado

en la medida que bajo ningún criterio racional cabe la idea de que para poder condenar a una persona deben coincidir latamente los testigos, pues de ser así imposible resultaría cualquier juzgamiento.

El Tribunal sensatamente admite cómo es posible que los funcionarios o personajes destacados de la región sólo conocieran las actividades políticas abiertas y legales del procesado sobre las que certificaron o declararon, pero que ello no le quitaba credibilidad a lo atestado por los campesinos del lugar en relación con unos hechos de extorsión y subversión, que realmente ocurrieron en la zona rural y no el ámbito urbano donde normalmente se desenvuelven aquellos testigos de favor.

En efecto, textualmente apuntó el *ad quem*:

"Puede que a estas últimas personas les conste el buen comportamiento del acusado frente a algunas de sus actividades políticas, pero eso no lo es todo: inútiles resultan sus certificaciones de conducta cuando se debaten hechos de los cuales esos personajes no supieron. Las decisiones judiciales alejadas se encuentran de recomendaciones políticas o de los representantes de la iglesia, y por muy importantes en la vida política o religiosa que llegasen a ser quien saben del procesado y conozcan sus múltiples virtudes, eso en nada afecta la demostración que le incrimina. Mayor crédito merece el relato de unos campesinos que sí vivieron de cerca la situación, a lo afirmado por otras personas de renombre que de ella no supieron, o por lo menos eso dicen" (cuaderno Tribunal Nacional, fs. 39 y 40).

Por lo anterior, es innegable el desatino en la labor desarrollada por el demandante, quien intenta en vano sacar provecho, con el auspicio de una particular valoración de las pruebas que obviamente conviene a sus intereses, pero en todo caso transgresora de las reglas impuestas para la función pública de administrar justicia.

De modo que, según lo expuesto, la prueba de descargos no fue pretermitida ni distorsionada por el fallador, sino que se pasó por el tamiz de la racionalidad y examinada en conjunto con la de cargos.

El segundo reparo tampoco está llamado a prosperar.

Ahora bien, en atención a la parte final del texto de demanda, por medio del cual el actor pide una corrección de un supuesto yerro aritmético cometido en la tasación de la pena, con el entendido de que el Tribunal sumó mal las cifras correspondientes, como si se tratara de una maniobra tendiente a generar artificiosa confusión o en el mejor de los casos debida ésta a una falta de adecuada lectura de la sentencia, la verdad es que no existe el pregonado error, pues el *ad quem*, después de haber establecido la pena de 65 meses correspondiente al delito de mayor gravedad, escribió:

"Por cada uno de los otros dos delitos en concurso... atendiendo los mismos parámetros de dosificación punitiva, viene a bien un incremento de diez (10) meses, que sumados a la pena base arrojan como resultado una sanción

definitiva a imponer de ochenta y cinco (85) meses de prisión..." (cuaderno Tribunal, fs. 44. Se ha destacado).

Por lo demás, ni más faltaba que si los otros dos delitos concurrentes de extorsión hipotéticamente pudieran sancionarse de manera independiente con penas de 2 a 10 años y 16 meses a 10 años y 10 meses, respectivamente, en la fórmula del concurso de hechos punibles el "otro tanto" apenas alcanzara a 10 meses de prisión.

Se colige entonces la inexistencia del supuesto error en la práctica de la operación matemática.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia objeto de impugnación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar (No hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACUMULACION JURIDICA DE PROCESOS-De la justicia ordinaria a los de la regional/ **DERECHO DE DEFENSA**-Justicia Regional-Ausencia de debate oral/ **INVESTIGACION INTEGRAL** Técnica para alegar su vulneración/ **TESTIMONIO**-Retractación/ **FALSO JUICIO DE EXISTENCIA**

1. Como era obvio, la referida acumulación conllevaba la aplicación de las normas especiales que regulaban el trámite de los procesos de competencia de la justicia regional a partir del momento en que se decretó aquella, por lo que no tienen cabida las consideraciones del actor, pues en este caso el cambio de juzgador, con variación de procedimiento, no puede representar una "cortapisa" al debido proceso o al derecho de defensa para los sujetos procesales, pues todos los procedimientos que establece la ley están condicionados a la preservación de los derechos y garantías fundamentales por mandato superior.

2. El debido proceso es principio expresamente consagrado en el artículo 29 de la C.N. el cual impide al funcionario pasar por alto al asumir el conocimiento de los trámites judiciales adoptar decisiones con desconocimiento del rito establecido para la investigación o el juzgamiento de los delitos sometidos a su conocimiento. De ahí que la determinación de no practicarse las pruebas en la audiencia pública no constituya vicio alguno que produzca efectos en la estructura del proceso o en las garantías de los sujetos procesales, pues en virtud a lo ordenado en el artículo 457 del C.P.P., el debate oral no tenía lugar en los juicios adelantados en la justicia regional, y de otra parte, con base en el artículo 250 del C.P.P., siendo el Juez Regional el máximo director del proceso, procedió a decretar y al mismo tiempo a no autorizar la práctica de algunas pruebas, decisión que se tomó, como lo advirtiera el operador de la justicia, con base en la "pertinencia, conducencia y utilidad" de aquellas para la realización de los propósitos de la actuación.

3. Infundado resulta sostener que se desconoció el principio establecido por el artículo 333 del C.P.P., pues se ha debido demostrar que los medios de convicción que se echan de menos habrían logrado una orientación distinta de la sentencia, lo que no se hizo, por lo que se quedó sin establecer la injerencia de aquellas en el fallo en aras a la prosperidad de lo pretendido con la censura.

4. El testigo que rectifica lo dicho en una declaración anterior, se retracta, lo cual no quiere decir necesariamente que la verdad esté contenida allí. Sólo a través del análisis comparativo, de conjunto con la prueba recaudada, escudriñándose la sinceridad, espontaneidad, verosimilitud, proximidad a la realidad, permite establecer la razón del comportamiento del declarante, y únicamente un resultado positivo de ese examen constituye motivo justificado para atender el cambio de versión.

5. El error de hecho por falso juicio de existencia ocurre cuando se supone un elemento de convicción que no obra en el proceso o se omite la apreciación de uno que ha sido legalmente incorporado, resultando viable su invocación cuando por su contenido se determine que otra hubiera sido la decisión tomada en la sentencia objeto de ataque.

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

Magistrado Ponente Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 13420

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación presentado por el defensor del procesado Juan René García Beltrán contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional (3 de diciembre de 1996), la que confirmó parcialmente la dictada por un Juez Regional de esta capital, quien condenó a José Jaime Torres Díaz a 41 años de prisión, como coautor de los delitos de homicidio agravado, concierto para delinquir y conservación ilegal de armas; a Juan René García Beltrán a 40 años de prisión como coautor del delito de homicidio en Alberto Cañón Roncancio, y a Juan Ignacio Tenjo Gamboa a 5 años de prisión como coautor de los delitos de concierto para delinquir e infracción al artículo 2 del decreto 3664 de 1986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Proceso por homicidio agravado en Alberto Cañón Roncancio.

En horas de la noche del 26 de febrero de 1994 se le dio muerte a Carlos Alberto Cañón. El cuerpo sin vida fue hallado al día siguiente en inmediaciones del barrio Turbay Ayala, con los siguientes signos de violencia: Fractura en la región frontal derecha, herida con exposición de masa encefálica en la zona temporo - parietal - frontal derecha, herida circular en el brazo izquierdo, en la región para - escapular externa izquierda, en el hemitórax derecho y en el dorso de la mano derecha.

El funcionario que practicó la diligencia de levantamiento del cadáver recepcionó allí mismo las declaraciones de María Inés de Fajardo, vecina del lugar en mención, y de María Isabel Roncancio Beltrán, abuela del occiso.

Oído el relato de Blanca Inés Cañón sobre las circunstancias en que los hechos ocurrieron y los autores de la muerte de su hijo, la Fiscalía, el 22 de abril de 1994, ordenó abrir investigación penal. Se recibió indagatoria a Juan René García Beltrán, quién dijo llamarse Jhon Jairo Pinzón Duarte, igualmente se oyó en descargos a Juan David Gamboa Vidal, Jose Jaime Torres Díaz y Juan Ignacio Tenjo Gamboa. Con resoluciones de fecha junio 8 y 22 de julio de 1994 se impusieron medidas de aseguramiento a los indagados consistentes en detención preventiva, excepto a Juan David Gamboa Vidal.

Se oyó en declaración en la etapa de instrucción a Gloria Esperanza Torres, Víctor Manuel Camacho Ruiz, Eudoro Aranda Penagos, Elsy Aranda Rodríguez, Hernando López Calderón, Gloria García Coronel, René Reuis Moyano, Roberto Rodríguez Gaona y Luis Alberto Corredor. Igualmente se practicó diligencia de reconocimiento de personas con la intervención de la testigo Blanca Inés Cañón Beltrán y el procesado Jhon Jairo Pinzón Duarte, otra diligencia de la misma naturaleza con la participación de los declarantes Blanca Inés Cañón Beltrán, Víctor Manuel Camacho Ruiz y los procesados José Jaime Torres Díaz y Juan Ignacio Tenjo Gamboa.

Cerrada parcialmente la investigación, la Fiscalía calificó su mérito el 24 de noviembre de 1994, acusando a Juan René García Beltrán, Juan Ignacio Tenjo Gamboa y José Jaime Torres Díaz, como coautores de homicidio agravado en el menor Alberto Cañón Roncancio, precluyendo la investigación a Juan David Gamboa Vidal Vargas, providencia que fue confirmada (1 de enero de 1995) al resolverse la apelación interpuesta por el defensor de los procesados.

La causa le correspondió al Juzgado 18 Penal del Circuito, despacho que con auto del 23 de marzo de 1995 decretó la práctica de pruebas para ser evacuadas en la audiencia pública, algunas a petición del defensor y otras de oficio.

Con auto del 10 de mayo de 1995 se ordenó remitir las diligencias al Juzgado Regional para que fueran acumuladas a la causa que allí se adelantaba contra José Jaime Torres Díaz y otros.

2. Proceso adelantado por el Juzgado Regional por los delitos de concierto para delinquir e infracción al artículo 2 del Decreto 3664 de 1986.

La incautación de material bélico en la diligencia de allanamiento practicada en el inmueble de la carrera 18 Este número 9-69 de Santa Fe de Bogotá, dio lugar a la apertura de investigación penal a la que fueron vinculados Juan Ignacio Tenjo Gamboa y Jhon Fredy Gamboa, Martha Lucía Cepeda Barona y José Jaime Torres Díaz por los delitos de concierto para delinquir y violación al artículo 2° del Decreto 3664 de 1986, en la que luego de oídos en indagatoria se les impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Cerrada la investigación, se calificó mediante resolución de enero 30 de 1995, imputándole a los procesados los delitos previstos en los artículos 186 del C.P. y el artículo 2° del Decreto 3664 de 1986.

La causa correspondió a uno de los Juzgados Regionales de Santa Fe de Bogotá, despacho que mediante providencia del 17 de mayo de 1995 fijó fecha para recibir declaración a Martín Díaz González y Carlos Arturo Restrepo, así como al Jefe de la Unidad Nacional de Policía Judicial con código 318.

El 24 de mayo de 1995, en el proceso radicado al JR 3201, el Juzgado Regional ordenó acumular el expediente 14.254 que por homicidio venía tramitando el Juzgado 18 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, suspendiéndose la actuación de este último para igualar el estado procesal de las causas.

Mediante auto del 18 de agosto de 1995 el Juzgado de conocimiento advirtiendo la imposibilidad jurídica de practicar en audiencia pública las pruebas ordenadas por el Juzgado 18 Penal del Circuito, habida consideración del trámite especial para los delitos de competencia de la justicia regional, bajo los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas en el juicio, dispuso revocar la autorización de recibir algunos testimonios que consideró no acordes con los fines del proceso.

Mediante providencia del 29 del diciembre de 1995 el Juzgado Regional conforme a lo estipulado en el artículo 457 del Decreto 2790 de 1990 ordenó poner a disposición de los sujetos procesales el expediente por el término de 8 días para presentar alegatos de conclusión, los que una vez recibidos, procedió a finalizar la causa dictando la sentencia de primera instancia, y posteriormente el Tribunal Nacional profirió la de su competencia, decisiones cuyo contenido fue precisado anteriormente.

La Demanda

Primer cargo. Nulidad.

El demandante presenta como cargo principal la nulidad, con base en lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C.P.,(sic) irregularidades éstas que según aquél son de carácter sustancial y que afectaron garantías de los sujetos procesales en la instrucción y juzgamiento, como el derecho de defensa. Igualmente reclama la invalidación de lo actuado por no haberse acatado lo dispuesto en el artículo 333 del C.P.P., esto es, el principio de la investigación integral. El cargo lo fundamenta así:

1. A pesar de que Juan René García era ajeno a los hechos investigados por la justicia regional, su causa fue acumulada con una que allí cursaba, sin tenerse en cuenta las cortapisas que ello representaba para el debido proceso y el derecho de defensa, las que son inherentes a dicho procedimiento.

2. Por petición de la defensa el Juez 18 Penal del Circuito que conocía del proceso por el delito de homicidio decretó la práctica de las pruebas que se le solicitaron, las que ordenó evacuar en la audiencia pública, pero en forma "inexplicable" el Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá revocó la decisión de oír en declaración a las personas que estuvieron presentes en el momento

de la diligencia de levantamiento del cadáver, eran vecinas al lugar donde se encontró el cuerpo sin vida, conocedores de las actividades de los procesados, o personas que de "una u otra forma" conocían las circunstancias que rodearon los hechos.

Las pruebas omitidas tienen incidencia en el resultado final, por lo que se desconoció el principio de la investigación integral, debiéndose decretar la nulidad a partir del auto de fecha 18 de agosto de 1995, proferido por el Juzgado Regional.

Segundo Cargo.

Subsidiariamente el casacionista presenta como cargo contra la sentencia el haberse proferido con desconocimiento de la ley sustancial por error de hecho y de derecho en la apreciación de determinadas pruebas. Todas estas violaciones conllevan a aplicar en favor del procesado la duda (art. 445 del C.P.P).

1. Error de hecho por falso juicio de identidad.

1.1. Las declaraciones recepcionadas en la diligencia de allanamiento a Eudoro Aranda, Elcy Aranda y Hernando López, y sus posteriores ampliaciones, fueron tergiversadas, al otorgárseles un sentido que objetivamente no tienen, error que se debió al haberse omitido la apreciación de una parte de la prueba, de no ser así, se estaría admitiendo que desde un principio se hicieron cargos en contra del impugnante y los demás implicados, cosa que aquellos no han admitido.

1.2. Considera que se violaron los artículos 180, 247, 254 y 445 del C.P.P., por falta de una valoración de conjunto, conforme a las reglas de la sana crítica, pues se observa un análisis ambiguo de las pruebas, haciéndoseles producir efectos que no se derivan de su contexto.

1.3. Se solicita casar la sentencia para que se elabore la misma sin el yerro denunciado.

2. Error de hecho por falso juicio de existencia.

2.1. El impugnante acusa al fallador de haber omitido relacionar en la sentencia una carta publicada por el diario el Tiempo y dirigida a la Defensora del Lector, suscrita por más de 150 habitantes del barrio Parejo – Turbay Ayala, donde se infirma la propaganda siniestra de la denunciante.

2.2. De otra parte ninguna valoración se hizo en la sentencia respecto a la partida eclesiástica de bautizo de Víctor Manuel Camacho Ruiz, con la que se acreditaba el parentesco de consanguinidad con la denunciante, destruyendo de paso la seriedad y credibilidad de los cargos efectuados a Juan René García y José Jaime Torres, ex yernos de aquella.

2.3. Tampoco se valoró el experticio sobre las diversas armas que se vincularon al proceso y que se cotejaron con el proyectil extraído al cuerpo de la

víctima, el cual dio un resultado negativo, desvirtuando las acusaciones a los incriminados.

2.4. Se solicita casar la sentencia por la trascendencia del error cometido.

3. Error de derecho por falso juicio de convicción.

3.1 En la sentencia se le confirió valor probatorio a la diligencia de reconocimiento en fila de personas practicada el 17 de agosto de 1994, cuando en ella no se cumplieron las formalidades propias, incurriéndose en un falso juicio de legalidad, por omisión de los requisitos establecidos en el artículo 368 del C.P.P., lo que dio lugar a la inaplicación de los artículos 246, 247, 248 y 250 del C.P.P.

3.2. Con la citada diligencia se dieron por reconocidos a Juan René García Beltrán y José Jaime Torres Daza, sin que los declarantes señalaran previamente si conocían a las personas con anterioridad, por lo que la defensa debió dejar constancia de ello y además que en la intervención de Blanca Inés Cañón el otro testigo había escuchado la descripción dada por aquella.

3.3. Al hacer referencia el demandante a la incidencia del error lo califica de "falso juicio de convicción", el que por razón de su magnitud al no valorar se el medio, enerva los elementos incriminadores para condenar a los procesados.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere no casar el fallo acusado, con base en:

Primer Cargo. Nulidad.

En los procesos que para entonces se tramitaban en los juzgados regionales no se practicaba diligencia de audiencia pública. Habiéndose acumulado el proceso que conocía el juez ordinario al que se adelantaba en el primero de los despachos en mención, era necesario además, por competencia, decidir sobre la pertinencia y conducencia de las pruebas, luego de lo cual el juez de conocimiento tomó las determinaciones procedentes, entre ellas revocó algunas de las autorizadas por el Juzgado 18 Penal del Circuito, mediante decisión que no es arbitraria y que además fue afortunada en cuanto a que tales pruebas no eran trascendentes.

Segundo Cargo.

1º.- Error de hecho por falso juicio de identidad.

Los funcionarios de instancia le otorgaron credibilidad a las declaraciones de los testigos a que se refiere el censor, ocurriendo que éstos entregaron una información en la diligencia de allanamiento y posteriormente se retractaron. Tales medios, al lado de otros, permitieron la elaboración de la sentencia condenatoria.

Lo que pretende el libelista es que le otorgue credibilidad a las retractaciones, criterio de valoración que no establece la adulteración del contenido de la prueba, la que por lo demás se apreció en su justo contenido.

2. Error de hecho por falso juicio de existencia.

La no relación de una prueba en la sentencia no implica falso juicio de existencia si ella nada aporta a la investigación por ser intrascendente. Esto es lo que ocurre con la carta enviada al diario el Tiempo, donde no se ofrece ningún respaldo probatorio a los hechos referidos en el proceso, pues no se aporta ningún dato de interés.

El Juzgado Regional se refirió a la partida eclesiástica de bautizo de Víctor Manuel Camacho Ruiz, considerando que ello no le restaba importancia a la declaración por su parentesco con la denunciante. En otras palabras el valor probatorio que el sentenciador dio a la prueba, fue diferente al pretendido por el demandante.

En cuanto al experticio sobre las armas incautadas, se concluye que éste no dio ningún resultado negativo como lo sostiene el recurrente, lo que allí se informa es que el análisis no puede ser realizado, motivo por el cual no fue relacionado en la sentencia, por cuanto que su conclusión no era determinante para la decisión.

3. Error de derecho por falso juicio de convicción.

Inicialmente el cargo se presenta como un falso juicio de convicción por haberse valorado irregularmente la prueba aportada al proceso, aunque luego, refiriéndose a las formalidades propias de aquella, califica el error como un falso juicio de legalidad.

La Fiscalía desvirtuó la constancia dejada por la defensa en la diligencia de reconocimiento, prueba en la que no se pretermitió ninguno de los requisitos señalados en el artículo 368 del C.P.P. Además no fue aquella fundamental en la construcción de la sentencia condenatoria, pues los medios obrantes en el expediente tenían entidad suficiente para endilgarle responsabilidad a Juan René García. Tan evidente resulta ello, que éste no fue reconocido en dicho acto procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Primer cargo. Nulidad.

La Sala decide el recurso extraordinario, examinando primeramente la nulidad propuesta.

1. El artículo 91 del Código de Procedimiento Penal permite a partir de la resolución de acusación la acumulación, entre otros eventos, "Cuando contra una misma persona se estuvieren siguiendo dos o más procesos aunque en éstos figuren otros procesados", mandato complementado por el art. 96 ibídem, el cual establecía que con preferencia debía conocer del asunto la justicia regional cuando hubiere de acumularse un proceso de otros jueces.

Estas disposiciones, dados sus presupuestos, permitió en el *sub judice* acumular el expediente radicado al número 14.254, seguido contra Juan Ignacio Tenjo Gamboa, José Jaime Torres Díaz y Juan René García Beltrán, con la causa radicada al número JR3201 adelantada en un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá contra los dos primeros de los mencionados y Martha Lucía Cepeda Bayona, por los delitos previstos en los artículos 186 del C.P. y 2° del Decreto 3664 de 1994.

2. *Como era obvio, la referida acumulación conllevaba la aplicación de las normas especiales que regulaban el trámite de los procesos de competencia de la justicia regional a partir del momento en que se decretó aquella, por lo que no tienen cabida las consideraciones del actor, pues en este caso el cambio de juzgador, con variación de procedimiento, no puede representar una "cortapisa" al debido proceso o al derecho de defensa para los sujetos procesales, pues todos los procedimientos que establece la ley están condicionados a la preservación de los derechos y garantías fundamentales por mandato superior.*

3. Bajo estas premisas ha de examinarse la reclamación del demandante en cuanto a la decisión asumida por el Juez Regional mediante auto del 18 de agosto de 1995, cuando dispuso revocar la orden de recibir algunas declaraciones autorizadas por el Juez 18 Penal del Circuito en el expediente 14.254, para ser recepcionadas en la audiencia pública.

4. *El debido proceso es principio expresamente consagrado en el artículo 29 de la C.N. el cual impide al funcionario pasar por alto al asumir el conocimiento de los trámites judiciales adoptar decisiones con desconocimiento del rito establecido para la investigación o el juzgamiento de los delitos sometidos a su conocimiento. De ahí que la determinación de no practicarse las pruebas en la audiencia pública no constituya vicio alguno que produzca efectos en la estructura del proceso o en las garantías de los sujetos procesales, pues en virtud a lo ordenado en el artículo 457 del C.P.P., el debate oral no tenía lugar en los juicios adelantados en la justicia regional, y de otra parte, con base en el artículo 250 del C.P.P., siendo el Juez Regional el máximo director del proceso, procedió a decretar y al mismo tiempo a no autorizar la práctica de algunas pruebas, decisión que se tomó, como lo advirtiera el operador de la justicia, con base en la "pertinencia, conducencia y utilidad" de aquellas para la realización de los propósitos de la actuación.*

5. La prueba no decretada carecía de contundencia demostrativa, como puede observarse con María Isabel Roncancio Beltrán y María Inés De Fajardo, quienes declararon a los folios 10 y 11 (c.o.), no suministrando mayor información en relación con el crimen, sin que el demandante haya demostrado la posesión por parte de aquellas de datos con capacidad de modificar la decisión, al contrario las convocó simplemente porque estuvieron presentes en la diligencia de levantamiento del cadáver, sin que con ello se demuestre la trascendencia requerida. Además, ha de decirse que el argumento de que la abuela de la víctima (la primera de las mencionadas) desmiente al testigo

Víctor Manuel Camacho Ruiz es una circunstancia indemostrada, como bien lo acota el Agente del Ministerio Público, ya que carece de una referencia probatoria al respecto, y por lo mismo resulta improcedente como fundamentación en técnica del recurso de casación.

Conforme al artículo 250 del C.P.P., las declaraciones de Abel Gutiérrez, Alvaro Rojas, Jorge Mora, Ruth Quijano y Angélica Quijano resultan ineficaces por cuanto que no conducen a establecer los hechos materia del proceso. Aquellos se limitaron a suscribir una nota dirigida a la Defensora del Lector del Tiempo sin que allí se registre dato alguno que de manera específica aluda a las circunstancias que rodearon el crimen, por lo que ninguna incidencia representa tal escrito con respecto a la decisión tomada por los falladores de instancia.

La razón expuesta en el párrafo anterior hizo igualmente improcedentes las declaraciones de Luis Garzón (citado porque donde la suegra de él sus hermanos guardaban armas), Alberto N (Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio Belén - Lourdes, a quien oyeron decir que Jhon Jairo Pinzón Duarte estaba en una lista de los que iban a robar), Pedro Pinzón (por ser familiar de Jhon Jairo Pinzón y vivir en el barrio Belén), Juliana o Ana Julia Cañón (vivió con Juan René García), Rosa Ana Roncancio (mencionada por ser hija de Blanca Inés Cañón), Diva de los Angeles Cañón (tuvo amistad con Juan René García), Stella Cañón (encontró muerto a Alberto Cañón), Carmen Rosa Roncancio (en una ocasión abalearon su casa, la golpearon, la robaron, maltrataron a una hija, encontrándose entre los malhechores Nelson Garzón), Ana Cecilia López de Mora, Ana Tulia Hernández (se realizó diligencia de allanamiento en sus casas sin hallazgo de evidencia alguna), Pedro Pablo Arenas Roncancio (amigo de Alvaro Garzón), Mauricio Rojas (integrante de una banda que dio muerte a Bernardo Ruiz y a Serpa), y Pedro Jiménez Roncancio (miembro de la banda los pillos). Como puede verse estas personas fueron citadas respecto de situaciones que nada aportan sobre la muerte de Carlos Alberto Cañón Roncancio, por lo que su vinculación al proceso no conduce a una decisión diferente.

Las únicas personas citadas para declarar sobre quiénes llevaban al joven Cañón antes de ocurrir el hecho y se les atribuye responsabilidad en los hechos, fueron Ana Herlinda Lopéz y María del Carmen Rodríguez. La primera, su hermano la citó como la persona que junto a él y su esposa se percataron de ello, acción que iba siendo ejecutada por Jaime Torres, René García y Alvaro Garzón. La segunda fue referida por su esposo Eudoro Aranda Penagos, para indicar que a ella le constaba lo que él había declarado. Desde este punto de vista los hechos sobre los que debían testificar aquellas, fueron conocidos oportunamente en el expediente por el juzgador a través de otros medios de convicción, resultando sin trascendencia el no haberse recibido tales declaraciones.

6. La denuncia que el actor hace con la nulidad constituye una propuesta del impugnante con la que no se acredita la existencia de una irregularidad

sustancial y sus planteamientos no tienen la relevancia que les quiere dar, en estas condiciones nulitar la actuación sólo conllevaría a una repetición inoficiosa de aquella, pues no se advierte que se haya afectado el debido proceso, el derecho de defensa del procesado, ni la investigación integral.

7. No basta relacionar una serie de pruebas y mencionar qué se pretende demostrar para deducir de allí la obligación de los jueces de autorizar la práctica de aquellas, a condición de no desconocer el principio de investigación integral. Si el examen de lo solicitado no conduce a un resultado positivo sobre la utilidad del medio de convicción con respecto a lo indagado, también es deber del juez no autorizar su práctica, como ocurrió en el *sub judice*, luego de hacerse un ponderado estudio sobre la conducencia de las pruebas y pertinencia de los hechos que se pretendían acreditar.

Infundado resulta sostener que se desconoció el principio establecido por el artículo 333 del C.P.P., pues se ha debido demostrar que los medios de convicción que se echan de menos habrían logrado una orientación distinta de la sentencia, lo que no se hizo, por lo que se quedó sin establecer la injerencia de aquellas en el fallo en aras a la prosperidad de lo pretendido con la censura.

Segundo cargo.

1. Error de hecho por falso juicio de identidad.

1.1. El testigo que rectifica lo dicho en una declaración anterior, se retracta, lo cual no quiere decir necesariamente que la verdad esté contenida allí. Sólo a través del análisis comparativo, de conjunto con la prueba recaudada, escudriñándose la sinceridad, espontaneidad, verosimilitud, proximidad a la realidad, permite establecer la razón del comportamiento del declarante, y únicamente un resultado positivo de ese examen constituye motivo justificado para atender el cambio de versión.

1.2. El Juez, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, debe sopesar las versiones encontradas y acoger la que le sea digna de credibilidad procurando desentrañar lo que corresponda al proceso. En el *sub judice* el recurrente no demostró que el Tribunal hubiese incurrido en error de facto al dejar de apreciar las retractaciones, correspondiendo la fundamentación que presenta con el cargo más a una divergencia de criterio que a una violación indirecta de la ley sustancial.

1.3. Desacertado resulta el que se le atribuya al Juzgador errores de apreciación que no cometió. Es lo que ocurre cuando el demandante cree que Eudoro Aranda, Elsy Aranda y Hernando López no se retractaron de lo expuesto en la diligencia de allanamiento, sino que "niegan haber dicho lo que aparece en las actas", tergiversándose la prueba al omitirse apreciar lo expuesto por ellos en la versión que suministraron el 6 de octubre de 1994.

1.4. Lo primero que se hace notar en el cargo que se estudia es la falta de objetividad en los señalamientos, pues en el caso de Eudoro Aranda Penagos

éste no niega haber declarado como lo hizo ante la Fiscalía en la diligencia de allanamiento practicada el día 19 de agosto de 1994, aquella es una aseveración del defensor que no se compadece con lo señalado por el testigo, quien expuso: "si hice algún comentario fue totalmente una equivocación que cometí" (F-365). Lo mismo dígase de Elsy Aranda, la que no negó en su versión rendida el 6 de octubre de 1994 (F – 367) haber hecho las manifestaciones contenidas a los folios 260 a 262 y 267, solamente se limitó a dar una respuesta diferente a la que había suministrado en las anteriores oportunidades en cuanto a los responsables de la muerte de Alberto Cañón.

1.5. Hernando López, al folio 369, además de modificar la narración que hizo el 19 de agosto de 1994 (F – 262 c.o.), insinúa que por orden del Fiscal se cambiaba lo que iba declarando, lo que no mereció credibilidad a los falladores de instancia, con sobrada razón, por ausencia de soporte probatorio. Véase no más como Elsy Aranda, esposa de Hernando López, en declaración rendida al folio 267 del cuaderno original, señala que una de las personas que la enteró de lo que ella relata fue precisamente su cónyuge, narración que coincide por lo demás con la dada por aquél en la declaración visible al folio 262.

1.6. Estas consideraciones apuntan a establecer que no fue equivocada la decisión de los fallos de instancia al determinar que se presentó una retractación respecto de la cual y dados los factores de ponderación, como el conjunto de la prueba recaudada, las informaciones de los integrantes de la Policía Judicial, el miedo de los declarantes, no merecía ninguna credibilidad la postura asumida por los órganos de prueba el 6 de octubre de 1994. Estos en sus relatos iniciales fueron espontáneos, coherentes, hicieron incriminaciones claras, explicando con suficiencia su conocimiento respecto a las singularidades de lo testificado.

1.7. El censor en este caso esquiva a su conveniencia el análisis de conjunto de la prueba para lograr cambiar el resultado del fallo acusado, queriendo desconocer el mérito que el fallador les asignó y sin comprobar que éste desconoció las reglas de la sana crítica para arribar a las decisiones que se consignaron en la sentencia. Pero debe recordarse que en casación no es fundamento válido para la prosperidad de las pretensiones la simple disparidad de criterios con el juzgador respecto de la valoración probatoria, pues ello no conduce a que se considere ilegal la decisión, como lo ha pretendido en este caso el recurrente, lo que carece de trascendencia, pues la casación no es una tercera instancia que dé lugar a revivir los debates agotados en las instancias.

2. Error de hecho por falso juicio de existencia.

2.1. *El error de hecho por falso juicio de existencia ocurre cuando se supone un elemento de convicción que no obra en el proceso o se omite la apreciación de uno que ha sido legalmente incorporado, resultando viable su invocación cuando por su contenido se determine que otra hubiera sido la decisión tomada en la sentencia objeto de ataque.*

2.2. El demandante equivocadamente le atribuye al Tribunal error por falso juicio de existencia al omitir valorar en el fallo el memorial dirigido por algunas personas integrantes de la comunidad del barrio Turbay Ayala a la Defensora del Lector del diario el Tiempo y el experticio practicado a las armas que se vincularon al proceso.

2.2.1. Quienes suscriben el memorial en mención hacen conocer su inconformidad por haberse vinculado a Juan René García Beltrán, José Jaime Torres y Juan Ignacio Tenjo a la banda de Los Gasolinos, a quienes consideran que no están vinculados con actividades delictivas, procediendo a descalificar los señalamientos que hace en su denuncia Blanca Inés Cañón, por ser la madre del occiso, esposa y cuñada de miembros de la citada banda, negando el que la familia de ella haya tenido que desaparecer del sector.

2.2.2. El 14 de junio de 1996 el Instituto de Medina Legal, refiriéndose a la prueba solicitada por el Juzgado Regional en el sentido de cotejar los cartuchos disparados con las armas vinculadas al proceso con el proyectil hallado en la diligencia de necropsia en el cuerpo de la víctima, señaló que como este último elemento no fue allegado no fue posible hacer la confrontación, procediendo a dar recomendaciones en caso de insistirse en la prueba.

2.2.3. La referencia que se acaba de hacer de las pruebas pone de presente, así no hubieren sido relacionadas en las sentencias de instancia, que no se incurrió en falso juicio de existencia, pues ninguna trascendencia tienen con respecto a la decisión asumida por los falladores. El escrito que se dirigió al Tiempo ninguna alusión específica hace a la materialidad del hecho punible o a la responsabilidad de sus autores, y el resultado de la prueba de balística no fue favorable al procesado como lo pretende hacer ver el censor, pues aquella no se pudo practicar por no haberse allegado la "totalidad de los elementos requeridos", según se lee en el texto del dictamen.

2.2.4. Como se advirtió y ahora se reitera, la ilegalidad del fallo no está tanto en la no consideración de la prueba, sino en los efectos con respecto al juicio de responsabilidad, pero en virtud de lo expuesto, tales medios no tienen potencialidad para modificar la sentencia impugnada.

2.3. Resulta cierto, como lo anotó el demandante, que no se hizo alusión en la decisión a la partida de bautizo de Víctor Manuel Camacho Ruiz, pero esta circunstancia no legitima el cargo por omisión en la apreciación de la prueba, porque en virtud del principio de la unidad jurídica que gobierna a los fallos de instancia, el reparo queda sin fundamento, pues el Juzgado Regional sí consideró expresamente las circunstancias fácticas a las que se refiere el citado documento, cuando dijo: "De la cuestionada versión de Víctor Manuel Camacho, quien resultó tener grado de parentesco con la madre de la víctima no se deduce con claridad cuál habría sido el grado de injerencia del anotado (sic) en mención en el evento criminoso".

Pero de otra parte, y de ello se cuida el censor de hacer referencia, tal medio de convicción no debía ser estimado, por cuanto que no fue allegado

en las oportunidades y con las formalidades establecidas por la ley, ya que el acta fue entregada sin previa autorización judicial, luego de cerrada la investigación, por el apoderado con los alegatos precalificatorios (F – 415 Cud. del Juzgado 18 Penal del Circuito), sin que tal situación hubiese sido convalidada en el auto que decretó las pruebas de la causa (agosto 18 de 1995). Esta sola circunstancia conlleva al fracaso del cargo, pues cuando el reproche se enmarca en el campo del falso juicio de existencia ha de demostrarse la legalidad del medio señalado como omitido, requisito del cual no goza la partida de bautizo a la que se viene haciendo referencia.

3. Error de derecho por falso juicio de legalidad.

Los errores de técnica en que incurrió el actor en la formulación del cargo impiden a la Sala hacer un pronunciamiento de fondo sobre el mismo.

Refiriéndose el demandante a la diligencia de reconocimiento en fila de personas practicada el 17 de agosto de 1994, sostiene que se realizó sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 368 del C.P.P. Al haberle otorgado el sentenciador valor probatorio a dicho medio incurrió en un "falso juicio de legalidad", no obstante lo cual, en la fundamentación del reproche sostiene que el yerro consistió en un "falso juicio de convicción".

Los vicios en la formación de la prueba o el desconocimiento de los requisitos para su eficacia, trascienden cuando el fallador estima el medio como fundamento de la sentencia, a pesar de su ilegalidad, produciéndose un error *in iudicando*. También puede ocurrir que en el fallo, a pesar de la legalidad de aquella, se le niegue el valor que la ley le asigna o se le conceda uno que el legislador no le otorga. Estas situaciones conducen a la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, correspondiendo lo primero al falso juicio de legalidad (las pruebas se han practicado o incorporado con desconocimiento de las disposiciones que condicionan su validez) y los segundos al falso juicio de convicción (se ignoran las reglas que tarifan el valor de la prueba).

El demandante, en el cargo y respecto del mismo medio probatorio, acusó la sentencia de segunda instancia de haber incurrido en error de derecho por falso juicio de legalidad y de convicción, lo cual resulta contradictorio, pues en este último se parte de la base de la existencia del medio probatorio y su aporte regular al proceso, lo cual se niega con el primero.

Nuestro actual sistema procesal penal carece de norma alguna que tarife el valor de la prueba de reconocimiento en fila de personas, su apreciación se rige por el sistema de la persuasión racional, lo que explica de suyo, por qué el ataque a la sentencia en este caso por falso juicio de convicción resulta inaceptable.

5. Lo dicho es suficiente para que la Sala no case el fallo impugnado.

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

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

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 (No hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PERMISO ADMINISTRATIVO-Delitos de competencia de los Jueces Especializados/

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, el permiso administrativo a que se refiere el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a los procesados por delitos de competencia de los Jueces Especializados, siempre que hubieren descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 11836

VISTOS

El procesado Humberto Rentería Calero ha solicitado reconocimiento de redención de pena, precisando que su propósito es el de obtener el beneficio administrativo de las setenta y dos horas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 504 de 1999, el permiso administrativo a que se refiere el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a los procesados por delitos de competencia de los Jueces Especializados, siempre que hubieren descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta.* En consecuencia, debe la Corte pronunciarse de manera provisional y sólo para dicho efecto sobre la petición de redención de pena por trabajo y estudio que se ha presentado por el acriminado.

2. Humberto Rentería Calero fue condenado a la pena principal de 128 meses de prisión, por infracción a los artículos 33 y 38 de la ley 30 de 1980, en concurso con el punible del art. 44 ibídem. La sentencia de primera instancia fue proferida por un Juez Regional de Cali, la que confirmó el Tribunal Nacional el 10 de octubre de 1995, al desatar el recurso de apelación que contra dicha providencia se interpuso, modificándola para tasar la pena en los términos que se han indicado.

3. El peticionario se encuentra privado de la libertad desde el 26 de mayo de 1994, por lo que hasta la fecha lleva en detención preventiva 66 meses y 21 días. A este tiempo no se le puede sumar el trabajo y el estudio de que dan cuenta los certificados aportados, por cuanto que dichas actividades no cuentan con el acta de evaluación a que se refiere el artículo 101 de la ley 65 de 1993. Además no se allegó la calificación de la conducta por el Consejo de Disciplina con una antigüedad no mayor a tres meses (art. 532 del C.P.P.).

5. Para efectos del artículo 29 de la Ley 504 de 1999 que nos ocupa, se necesita haber cumplido el setenta por ciento de la sanción impuesta, equivalentes en el *sub judice* a 89 meses y 18 días de prisión. El tiempo que tiene Rentería Calero de estar purgando pena no supera el mínimo del *quantum* exigido como factor objetivo, motivo por el cual la Sala se abstendrá de reconocer la redención de pena solicitada.

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

RESUELVE:

Abstenerse de reconocer a Humberto Rentería Calero el reconocimiento provisional de la redención de pena por trabajo y estudio, solicitada con la finalidad de tramitar el permiso administrativo previsto en el artículo 147 de la ley 65 de 1993.

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 (No hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Concreción del error

1. No debe olvidarse que por la fecha de las diligencias de indagatoria y su correspondiente ampliación, 10 y 13 de octubre de 1994, se encontraba vigente el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que autorizaba la designación de un ciudadano honorable que asistiera en la indagatoria del imputado, cuando para el acto no pudiere contarse con abogado inscrito que cumpliera tal cometido.

Y si bien, como lo recuerda la Delegada, la referida disposición fue separada del ordenamiento jurídico mediante sentencia de inexequibilidad proferida por la Corte Constitucional el ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, sus efectos, al proyectarse hacia el futuro, no alcanzan a cobijar actuaciones consolidadas durante el tiempo en que el precepto se mantuvo vigente.

2. Desde la puesta en vigencia del actual estatuto procesal penal, la Corte dejó sentado que no por haber suprimido la ley la obligación de precisar en la demanda si el error probatorio en que incurrió el juzgador es de hecho o de derecho, había desaparecido la carga de indicar en qué consistió el desacierto cometido en la apreciación probatoria, o la de precisar las normas medio cuya inaplicación condujo a la transgresión de la ley sustancial, o la de señalar el sentido de la violación, si ésta tuvo lugar por aplicación indebida o por la falta de aplicación de determinado precepto sustancial.

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

Magistrado Ponente Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 11781

VISTOS

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia,

condenó al procesado Luis Alberto Ossa Gallego por el concurso de delitos de homicidio voluntario y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aproximadamente a las once de la noche del nueve de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, en la plaza principal del municipio de Guarne en el Departamento de Antioquia, a consecuencia de un disparo con arma de fuego que le impactó en la región fronto-temporo-parietal, fue herido el ciudadano Iván Darío Jaramillo Sánchez, siendo por ello trasladado al Hospital de la localidad y posteriormente a la Policlínica Municipal de Medellín, donde falleció el día siguiente.

Por estos hechos y en situación de flagrancia, en el lugar mismo de los acontecimientos, la policía capturó a Luis Albeiro Ossa Gallego a quien le incautó un revólver marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, cuatro cartuchos para el mismo y una vainilla, que portaba sin contar con la correspondiente autorización oficial.

Abierta la investigación por la Unidad Unica de Fiscalía de Guarne (fl. 3), el diez de octubre siguiente se vinculó mediante indagatoria a Luis Albeiro Ossa Gallego. En dicha diligencia, para los efectos que interesan al presente recurso, consta lo siguiente:

"Al efecto el suscrito Fiscal le hizo saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista en esta diligencia y manifestó que no tiene, por lo que el despacho le nombra de oficio al señor Pedro Julio Ochoa Gil titular de la cédula número 3.495.477 expedida en Guarne quien estando presente aceptó el cargo y se le dio posesión del mismo de conformidad con los artículos 139, 147 y 332 del C. de P. Penal por cuya gravedad juró cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo y no violar la reserva del sumario. Al sindicado se le puso de presente el contenido del artículo 33 de la C. Nacional en armonía con el 358 del C. de P. Penal y se dejó en completa libertad para declarar exhortándolo a que diga la verdad y conteste en forma clara a las preguntas que se le formulen.- Se le impuso además el contenido de los artículos 37, 38 y 299 del C. de P. Penal que trata de las rebajas o mejor de la terminación anticipada del proceso y rebaja de penas por confesión.- Seguidamente el indagado libre de todo apremio y sin juramento alguno fue interrogado de conformidad con los artículos 357 y 359 de la misma obra así:"

A una pregunta formulada en relación con los hechos materia de investigación, el sindicado respondió:

"...Yo estaba tomándome unos aguardientes en el café de don Vicente llamado El Dorado, yo estaba solo, lo único que me acuerdo es que yo estaba muy borracho, demasiadamente borracho y el señor Iván Darío Jaramillo el lesionado me ofendió, me sacó una navaja, de ahí salimos en discusión hasta la esquina del Nebraska y ahí sí le pegué un tiro no estoy consciente, estaba totalmente borracho. Eso es todo" (fls. 4 y ss.).

El día once de octubre se oyó en declaración a Germán de Jesús Alvarez Pinzón, y, el trece siguiente se escuchó al sindicado en diligencia de ampliación de indagatoria en la cual consta lo siguiente:

"Al efecto el suscrito Fiscal le hizo saber el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo asista en esta diligencia y manifestó que no tiene, por lo que el despacho le nombra de oficio a la señora Marleny Chaverra Franco titular de la cédula número 43.422.825 expedida en Guarne, quien estando presente aceptó el cargo y se le dio posesión legal del mismo por cuya gravedad juró cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo y no violar la reserva del sumario. Al sindicado se le puso de presente el contenido del artículo 33 de la C. Nacional en armonía con el 358 del C. de P. Penal y se dejó en completa libertad para declarar exhortándolo a que diga la verdad" (fl. 12).

Por proveído de catorce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, la Fiscalía de Guarne definió la situación jurídica del indagado Luis Albeiro Ossa Gallego, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, en determinación que se notificó en la misma fecha de su proferimiento al sindicado y al personero (fls. 14 y ss.).

Días luego, en memorial hecho llegar a la Unidad de Fiscalía el 18 de octubre siguiente, el procesado Ossa Gallego confirió poder a un profesional del Derecho para que lo represente en el curso del proceso (fl. 18), y en esa misma fecha, luego de habérsele reconocido personería y tomado posesión del encargo, solicitó fotocopia de lo actuado (fls. 19).

Posteriormente, después de llevarse a cabo la etapa de recaudo probatorio con activa participación del defensor y previa clausura del ciclo instructivo, (fl. 80), el dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra del procesado por el concurso de delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fls. 93 y ss.) en determinación que una vez notificada personalmente en la misma fecha de su proferimiento, al procesado, su defensor y el agente del Ministerio Público, cobró ejecutoria en esa instancia por no haber sido objeto de impugnación (fl. 110).

El trámite del juicio fue asumido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro, en donde se llevó a cabo el acto oral de juzgamiento (fls. 142 y ss.), y se puso fin a la instancia por sentencia proferida el catorce de junio de mil novecientos noventa y cinco condenando al procesado Luis Albeiro Ossa Gallego a la pena principal de veinticinco (25) años y tres (3) meses de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez años, y al pago en concreto de los perjuicios ocasionados con el hecho, en razón a declararlo penalmente responsable del concurso de delitos imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 151 y ss.).

Esta determinación fue oportunamente impugnada en apelación por el defensor, recurso que se resolvió por sentencia de segunda instancia proferida el diecinueve de diciembre siguiente, mediante la cual el Tribunal Superior

de Antioquia la confirmó íntegramente, adicionándola en el sentido de disponer la expedición de copias para la investigación del posible delito de falso testimonio en que pudieron incurrir Germán de Ríos Vanegas, Gonzalo de Jesús Montoya Hurtado, Juan David Zapata García y Jorge Nelson Zapata Zapata (fls. 212 y ss.).

Contra el fallo de segundo grado, en oportunidad el procesado y su defensor interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem* (fls. 263), y dentro del término legal se presentó el correspondiente libelo sustentatorio (fls. 276 y ss.) siendo admitido por la Sala (fls. 3 cno. Corte).

LA DEMANDA

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

Primer cargo. Principal. (nulidad por violación del derecho de defensa).

Aludiendo la configuración en el proceso de la causal de ineficacia de los actos procesales prevista por el artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal, el actor demanda de la Corte casar el fallo impugnado, anular lo actuado a partir inclusive de la diligencia de indagatoria llevada a cabo el 10 de octubre de 1994, y, en consecuencia, decretar la libertad del procesado Ossa Gallego, a tenor de lo previsto por el artículo 415-4 *ejusdem*.

Pasando por referirse a los "dos grandes modelos de sistema penal" que en opinión del casacionista existen, las disposiciones constitucionales que a su criterio permiten ubicar el sistema penal colombiano en el marco "liberal o garantista" y proseguir enunciando las normas rectoras del procedimiento penal, sostiene que el sujeto sometido al ejercicio de la acción penal tiene derecho a recurrir al especialista en leyes como así se consagra en los artículos 138 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

En ese sentido afirma que si la diligencia de versión y la indagatoria del procesado, antes que medios de prueba, constituyen medios de defensa, "resulta obvio que la entrevista entre imputado y defensor, antes de la diligencia, constituye un paso previo de enorme importancia para la construcción de la defensa", pues no basta que en la injurada se tenga interés en declarar la verdad, sino que "es igualmente trascendental saber exponer la verdad y ello solamente le puede ser indicado por su asesor abogado".

Debido precisamente a la importancia que en el proceso penal tiene la correcta asistencia jurídica, previa y posterior a la indagatoria, prosigue, los Altos Tribunales del País han reiterado la exigencia de que esa función solamente pueden ejercerla "los abogados titulados o al menos los estudiantes de derecho que culminan su formación profesional con las prácticas dentro de los Consultorios Jurídicos" y, en tal medida alude al pronunciamiento de esta Sala, proferido el 30 de agosto de 1995, y al de la Corte Constitucional

de fecha 8 de febrero de 1996, mediante el cual se declaró la inexequibilidad parcial del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal.

En este caso, sostiene, para la indagatoria llevada a cabo el 10 de octubre de 1994, a menos de veinte horas de haber ocurrido los hechos, el procesado Luis Albeiro Ossa Gallego no contó con asesoría jurídica antes de concurrir a declarar sin juramento, y en la diligencia no tuvo la presencia de un abogado titulado, y a pesar de que con posterioridad estuvo asistido de un abogado quien intervino activamente en la actuación, en los inicios de ésta el procesado estuvo ausente de la mínima orientación profesional especializada.

Si se toma en cuenta que para la fecha de su indagatoria el imputado Ossa Gallego "seguramente se encontraba bajo los efectos del alcohol ingerido la víspera en que ocurrieron los hechos y seguramente que afectado emocionalmente por la gravedad de los mismos y del compromiso penal, tal diligencia no debió efectuarse", según sostiene el libelista, o al menos no debió llevarse a cabo sin que antes de ella hubiera consultado con un abogado experto.

Así, continúa, la forma desconcertada como el procesado responde las preguntas formuladas en la indagatoria, muestra que le resultó perjudicial no contar con orientación profesional para explicar su participación y la de la víctima en los hechos materia de investigación.

Y luego de referir la declaratoria de inexequibilidad parcial del artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sostiene que "los efectos hacia el futuro de las sentencias de control constitucional no pueden tocar el efecto retroactivo que el artículo 29 de la Constitución Política dispone para las normas permisivas o favorables", menos en este caso en el cual la sentencia no ha adquirido fuerza de cosa juzgada, pues "mientras no exista sentencia definitiva las consecuencias de la sentencia C-49 de febrero 8 de 1996 pueden surtir efectos dentro del proceso actual en lo que podría llamarse efecto retrospectivo".

La nulidad que denuncia, concluye, no es inocua sino sustancial porque afecta el derecho de defensa reconocido por el artículo 29 de la Constitución Nacional y 1º del C. de P. P. y si bien no se le debatió en el término previsto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, la misma disposición autoriza que se proponga en el trámite del recurso extraordinario de casación, y debe decretarla la Corte por no existir otro remedio procesal para sanear el procedimiento viciado.

Segundo Cargo. Subsidiario. (Violación indirecta de la ley sustancial).

Esta censura la apoya el actor en las previsiones de la causal primera de casación, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que el fallo de segunda instancia violó indirectamente la ley sustancial, cuya transgresión concreta en la falta de aplicación del artículo 29-4 del Código Penal, al incurrir el Tribunal en error en la aprecia-

ción de la confesión de Luis Alberto Ossa Gallego y el testimonio de Juan David Zapata, Gonzalo Montoya y Germán Ríos.

Partiendo de sostener que la casación no constituye una tercera instancia en donde resulte viable adelantar debates probatorios ya surtidos en las etapas ordinarias del proceso, y referir la posición de la Corte, fundada en la naturaleza del instrumento como es concebida por la legislación y la doctrina, según la cual los jueces de instancia son soberanos en la función de apreciar la prueba y que por lo mismo el Tribunal de Casación no puede suplantarlos e inmiscuirse en dicho campo, alude que "de lo que se trata en la presente demanda es de recurrir al implícito carácter relativo y no absoluto de dicha soberanía, pues si ésta fuera tal carecería de sentido que la ley abriera el camino a la impugnación extraordinaria con fundamento en la violación indirecta de la ley penal material como derivación de un error en la estimación probatoria".

Afirma que contrario a los sistemas anteriores en los cuales en materia de apreciación probatoria, sobre las hipótesis de desacierto posibles de incurrir se diferenciaba entre errores de hecho y de derecho, el actual estatuto procesal solo consagra como motivo de casación en dicho campo el haber incurrido el juzgador en error en la apreciación de determinada prueba.

Siguiendo las enseñanzas de un reconocido tratadista de la ciencia jurídica, sostiene que la facultad valorativa de la prueba por los jueces, no es absoluta, "sino que está sometida a restricciones objetivas de naturaleza normativa-jurídica", en posición que corresponde a un sistema político en el cual todos los actos de los funcionarios están sometidos a controles, sin que existan competencias discrecionales. Por esto, reproduce un aparte de la doctrina de aquél, según la cual "todos los preceptos relativos al procedimiento penal, a la competencia, a las formas, al derecho de defensa, a la libertad y plenitud de la discusión, y, en una palabra, a la regularidad de las pruebas y de los pronunciamientos, pertenecen al orden público, pues interesan a todos los ciudadanos y son instrumentos para la protección del derecho. Y en esta protección se resume como fin, no ya primario sino único, la razón de ser de la autoridad pública y la legitimidad del gobierno, que el menor número ejerce sobre el mayor número de ciudadanos".

Las enseñanzas del ilustre Carrara, prosigue, tienen vigencia no solo en el marco de la escuela Clásica, "sino dentro de todo posible sistema penal liberal o garantista", y están fuera de lugar, en los sistemas totalitarios en donde la casación sería instrumento en favor de los gobernantes, no de los ciudadanos, tal vez con el propósito de anular sentencias absolutorias o favorecedoras.

En tal medida, continúa, si bien el instrumento valorativo de las pruebas en las instancias ha de ser consagrado en la ley y respetado por ésta, esto no significa que tal facultad sea absoluta y discrecional, sino que se encuentra limitada por la función garantizadora del derecho penal liberal y en la racio-

nalidad que debe inspirar la lógica de la sana crítica en la apreciación de la prueba.

Expone que los motivos íntimos de la conducta solamente son posibles de demostrarse por vía indirecta debiendo prestarse atención a la manifestación que de los mismos haga el agente. En este caso, el dolo en el comportamiento ha sido demostrado "por la misma confesión del procesado y por otras referencias objetivas, pero los últimos motivos de tal propósito solo pueden ser conocidos por el testigo de ellos, es decir, el mismo sujeto agente".

La manifestación sincera hecha por el procesado en la indagatoria, no ha sido creída por los funcionarios. Su inseguridad, "marcada no solamente por la ignorancia de su situación jurídica (incrementada por su procedencia rural), ha sido manejada en su contra como producto de la mala fe, desconociendo no solo esas particulares circunstancias subjetivas adversas sino vulnerando la presunción constitucional de la buena fe". Esto, en opinión del impugnante, porque mientras la acusación se cimentó en la declaración de la hija del occiso quien se encontraba cerca de los protagonistas, se le negó credibilidad a la versión del procesado. Además, la declaración de Luz Dary Jaramillo no se enfrenta con la injurada de Ossa Gallego sino con las declaraciones de terceros que se presumen imparciales, como Germán Ríos Vanegas, Gonzalo Montoya Hurtado y Juan David Zapata García quienes sacan avante la explicación que de su conducta suministró el procesado, y sin embargo fueron descalificados por haber llegado al proceso a través de la hermana del sindicado Margarita Ossa Gallego, con lo que se dejó sin piso la garantía constitucional de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

Afirma que al declarante Juan David Zapata se le preguntó si al ingresar a la oficina y cuando salía Germán Ríos, otro de los declarantes de descargo, se encontró con él, con lo que se da a entender "que entre ambos declarantes existía acuerdo torticero sobre la forma como debían declarar, no para favorecer a la verdad de la justicia sino al interés del conocido o amigo".

Cuestiona que la providencia materia de impugnación realiza el análisis probatorio, no con base "en criterios serios y sólidos sino totalmente intranscendentes" como sucede al descalificar a Margarita Ossa como si fuera sospechosa pues al Tribunal no le bastaba que esta testigo declarara haber hablado con Germán Ríos y no con Juan David Zapata y Gonzalo Montoya, sino que igualmente tuvo que haber hablado con todos ellos, y si nada dijo al respecto, es porque estaba mintiendo.

También para el Tribunal los dichos de los declarantes Ríos, Zapata y Montoya, no solo merecen desaprobación sino investigación penal por falso testimonio, "pero no por desacuerdos esenciales, sino por imprecisiones circunstanciales de espacio, tiempo y modo". Es así como, "el Juzgador sos-

pecha que el procesado miente, luego tienen que mentir forzosamente quienes avalan su dicho".

El Tribunal, prosigue, descalifica las injuradas a partir de cotejarlas por simples detalles, "olvidando que las condiciones de la primera indagatoria, por lo menos, fueron tan adversas emocional y psíquicamente, que era necesario examinarla con enorme cautela, pues cierto fue que al momento de ejecutar el hecho su autor se encontraba bajo los efectos perturbadores del alcohol, lo que seguramente trastornó sus funciones de recordación".

En opinión del impugnante ningún mérito se le concedió a Blanca Janeth Osorio cuando sostuvo que cuando el hoy occiso Iván Darío Jaramillo se encontraba en estado de embriaguez, era muy problemático, tal vez porque de modo indirecto respalda la confesión del procesado. "La irrazonada pos tergación de esta prueba, afecta la intangibilidad de la soberanía valorativa del fallador y fundamenta la petición final", según afirma.

"En caso de que se estimare por la Honorable Corte Suprema que tales supuestos no existen, considero que entonces se violó indirectamente el artículo 60 del mismo estatuto sustancial penal, pues por lo menos el comportamiento de la víctima fue injusto y grave y desencadenó el desequilibrio emocional que finalmente determinó el comportamiento homicida del procesado y la muerte de su víctima".

Con fundamento en esta censura, concluye, la Corte debe casar parcialmente el fallo ameritado, y dictar el que deba reemplazarlo "como que en la demanda aparece demostrado el error de hecho en que el Tribunal ha incurrido en la apreciación de las pruebas identificadas en el capítulo de la fundamentación de la segunda causal, el cual fue determinante sobre la parte dispositiva del fallo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Respecto del primero de los cargos que son postulados contra el fallo del Tribunal, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal comienza por manifestar que evidentemente el proceso demuestra que Luis Albeiro Ossa Gallego rindió indagatoria asistido por el señor Pedro Julio Ochoa y en la diligencia de ampliación de la injurada, tampoco contó con la colaboración de un profesional del derecho ya que como tal actuó la señora Marleny Chaverra.

Solo a partir del diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro el sindicado fue asistido por un profesional del derecho quien según su criterio llevó a cabo actividades de defensa, sin que se llegue a advertir el conculcamiento de los derechos fundamentales del implicado.

Si bien esta es la realidad que el proceso ofrece, ello no basta para llegar a concluir la violación de las garantías constitucionales dado que es necesario evaluar si el trámite llevado a cabo se cumplió siguiendo las normas jurídicas por entonces vigentes, de forzosa observación por tratarse de dis-

posiciones de orden público, y por tanto cobijadas por la presunción de constitucionalidad.

Lo dicho por cuanto en opinión de la Delegada la configuración de las nulidades procesales no depende de las reformas introducidas al rito, sino del efectivo quebranto de las disposiciones que como normas constitutivas del debido proceso hubiera promulgado el legislador en desarrollo de los principios constitucionales, de obligatoria obediencia por los funcionarios judiciales. Esto para concluir que si un trámite se cumplió siguiendo el rito señalado para el momento en que se llevó a cabo, la modificación introducida a la norma que lo regula por la puesta en vigencia de una nueva legislación o con ocasión de una sentencia de constitucionalidad, no puede afectar su legalidad, en tanto que a los intervinientes les era imposible conocer de ante mano la reforma para adaptar a ella la conducta a seguir.

En ese sentido destaca que el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, vigente a partir de la expedición del Decreto 2700 de 1991 hasta el ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, cuando se lo declaró inexequible por la Corte Constitucional, si bien pudo haber sido estimado contrario a la Constitución por algunos doctrinantes y funcionarios, tuvo fuerza obligatoria en el procedimiento pues además de contar con respaldo legal al no reñir abiertamente con algunos de los mandatos de la Carta Política, el referido precepto solo podía ser inaplicado en casos específicos en los que el funcionario judicial, en ejercicio de la facultad de control difuso de constitucionalidad, declarara su contrariedad con las disposiciones de la Carta Política, y ordenara corregir los efectos de la inexequibilidad.

Mientras un pronunciamiento de esta clase no fuera producido, los funcionarios podían hacer uso de la autorización contenida en el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal y designar como defensor en la indagatoria a un ciudadano honorable, sin que por ello se llegare a generar vicios en la actuación, porque la conducta asumida se ajustaba a lo establecido por la ley.

Por esto, si la disposición que se menciona estuvo vigente desde 1991 hasta el 8 de febrero de 1996 cuando se la separó del ordenamiento jurídico a raíz de un pronunciamiento de constitucionalidad, es claro que la actuación cumplida con base en ella en el mes de octubre de 1994, no se encuentra viciada de nulidad, precisamente por haber sido llevada a cabo con fundamento en un rito autorizado por la ley.

Respecto del argumento que el demandante expone, en el sentido de tratarse de una nulidad sobreviniente porque a pesar de corresponder a un procedimiento autorizado por la ley, la disposición mantenía la implícita vulneración de garantías constitucionales, la Delegada conceptúa que el tema ya fue objeto de estudio por la Corte en oportunidades anteriores, en pronunciamientos según los cuales las sentencias de constitucionalidad tienen efectos hacia el futuro de modo tal que la seguridad jurídica no puede verse menoscabada por una decisión posterior a su trámite. La pregonada

retroactividad de las decisiones de inexequibilidad, solo opera en los mismos casos en que debe reconocerse la aplicación de la ley penal más favorable, lo que no sucede con la norma fundamentalmente ritual, en donde cumplido el acto con arreglo a la norma vigente, agota la posibilidad de un vicio que surja de una circunstancia posterior.

Dada entonces la claridad de los pronunciamientos de la Corte sobre el particular, la Delegada estima innecesario ahondar el punto para llegar a concluir que el cargo no merece prosperidad.

2. Respecto de la segunda censura que la demanda propone al fallo del Tribunal, y relacionada con la incursión por el juzgador en errores en la apreciación probatoria, la Delegada sostiene que el impugnante no acertó en su postulación dado que no cumple las exigencias inherentes al recurso extraordinario, pues omite concretar el presunto error en las pruebas sobre las que se cimentó la sentencia, y no ubica sus inconformidades en la transgresión de una norma de derecho sustancial, de modo que, en tales condiciones, la Corte no cuenta la posibilidad de establecer en concreto lo ilegal de la decisión y la manera de restablecerla, ya que tampoco determinó el sentido en que habría de proferir el fallo de sustitución.

Con la exposición que se hace en la demanda, sostiene el Concepto, el impugnante cree demostrar un error de hecho, pues si bien como lo alude, el poder decisorio en las instancias no es absoluto dado que se halla limitado por la ley y las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas, es lo cierto que el fallo de segundo grado se ampara en las presunciones de acierto y legalidad que en esta ocasión no son objeto de ataque en sede extraordinaria.

En la formulación del cargo no se logra destacar la configuración de algún error por falso juicio de existencia o de identidad en la apreciación de las pruebas en que se fundamentó la sentencia materia de impugnación, sino que, por el contrario, se incurre en la improcedente crítica a la valoración probatoria. Es así como, observa la Delegada, el impugnante inicia manifestando su desacuerdo con el mérito persuasivo otorgado por los juzgadores al testimonio de Luz Dary Jaramillo, hija de la víctima, el cual fue acogido por el Tribunal tomándolo como la narración fiel del suceso materia de investigación.

Sostiene que para el fallador de segundo grado no fue desconocida la existencia de dos grupos de declarantes: uno a favor y otro en contra del procesado. No obstante, en cumplimiento de su función de evaluación integral de las pruebas, logró descubrir que el parentesco con el occiso de uno de los testigos, no era razón suficiente para desvirtuar su dicho si no observaba ánimo de perjudicar al procesado. Por el contrario, abrigó severas dudas sobre la credibilidad que merecían las declaraciones de Germán Ríos, Gonzalo Montoya y Juan David Zapata, las que desestimó, no por el hecho de haber sido allegados a través de la hermana del procesado, sino por evidenciar contradicciones e imprecisiones de tal envergadura que, en opinión del

sentenciador, pretendieron mostrar una realidad distinta de lo ocurrido, siendo esta la razón para haber dispuesto la expedición de copias a fin de que se investigara el posible delito de falso testimonio en que habrían incurrido, pues, además, resultaba de gran notoriedad en sus relatos la omisión en brindar información importante como la relacionada con la presencia de la hija del occiso en el lugar de los hechos y la amistad que guardaban con el procesado; eso sin contar con que el lapso de tiempo que se tardó en hacer conocer su existencia a los funcionarios.

La referencia tangencial a la aplicabilidad de lo dispuesto por el artículo 29-4 del Código de Procedimiento Penal, o la pretensión subsidiaria de que se reconozca la atenuante punitiva de la ira e intenso dolor, en opinión de la Delegada no resultan suficientes para que la Corte pueda hacer un pronunciamiento de fondo sin transgredir el principio de limitación, pues no fue destacada la ocurrencia de un error, ni se logró demostrar violación indirecta a la ley sustancial, siendo estas las razones para invocar la desestimación del cargo.

3. Con fundamento en lo expuesto, el Procurador sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado por razón de los cargos que le son formulados (fls. 5 y ss. cno. Corte).

Se Considera

Al observar la Sala que las censuras postuladas contra el fallo del Tribunal obedecen al criterio de prioridad con que en rigor lógico han de ser formuladas en sede casacional, abordará su estudio en el mismo orden en que han sido señaladas en la demanda.

Primer cargo. (Nulidad por violación del derecho de defensa).

Sea lo primero advertir que el recurso extraordinario de casación tiene instituida como una de sus finalidades, la posibilidad de demostrar la transgresión de la ley por el fallo de segunda instancia, y en tal medida, desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad de que se encuentran amparados.

Precisamente debido a esto, compete al actor acreditar en el libelo que al menos uno de los motivos susceptibles de invocarse en casación logra configuración en el proceso, y que por tanto el fallo con que se le puso fin, amerita desquiciamiento.

No obstante, en la demanda de casación que se presenta a nombre de Luis Albeiro Ossa Gallego, aunque no de modo expreso ni en ese orden, el actor propone la invalidación de lo actuado por violación del derecho de defensa a partir de tres supuestos que se desentrañan de su escrito: 1) que el procesado no contó con asistencia técnica profesional antes de la diligencia de indagatoria; 2) que la misma ha debido posponerla el Fiscal ante el hecho de que el procesado "seguramente" se encontraba aún bajo los efectos del alcohol y afectado emocionalmente por la gravedad de los hechos y el com-

promiso penal; y, 3) que en la indagatoria no contó con la presencia de un abogado titulado.

Respecto del primer punto, es de decirse que el impugnante omite señalar la concreta norma de procedimiento en la que se hubiere establecido el requisito, según el cual, previamente a la diligencia de indagatoria, como acto de vinculación al proceso, un sindicado debe haber sido asesorado por un abogado, y que al no cumplirse con este presupuesto de ineludible acatamiento, tal forma de vinculación al proceso no puede llevarse a cabo, o que de surtirse en las aludidas circunstancias, por transgredir el ordenamiento jurídico, se hallaría afectada en su validez.

En estas condiciones, al corresponder la postura expuesta apenas a una particular expectativa sobre la forma como la ley de rito habría de regular la obligatoriedad de contar el imputado con asistencia técnica jurídica en la fase anterior a su vinculación procesal, y no a un argumento que se afinque en determinado precepto procesal, se incumple el deber de demostrar que el fallo fue proferido en un juicio viciado de nulidad, como correspondería hacerlo de acuerdo con la causal de casación aducida.

En relación con el segundo de los argumentos que en pro de la invalidación de lo actuado el actor expone, se observa por la Corte que el mismo no corresponde a otra cosa que a una particular apreciación sobre las circunstancias en que Luis Albeiro Ossa Gallego rindió indagatoria, sin respaldo en la actuación llevada a cabo, pues de la lectura de la diligencia se colige, de una parte, que por razón de la lucidez del indagado el funcionario de instrucción no vio necesidad de dejar constancia sobre su estado anímico al rendir la declaración, y, de otra, de la plenitud de sus facultades mentales en que se encontraba, de lo cual da cuenta, entre otros el siguiente aparte, con el que se desvirtúa el supuesto fáctico en que se apoya el comentario que hace el libelista, y se descarta la configuración del aludido motivo de nulidad:

"Me llamo Luis Albeiro Ossa Gallego, no me tienen apodos, soy hijo de María Dolly y Efraín, nací en Guarne en julio 9 de 1967, resido en la vereda El Sango en Los Arrayanes, titular de la cédula de ciudadanía número 70.752.440 expedida en Guarne, estudié hasta segundo de bachillerato en el Liceo Santo Tomás de Aquino de esta localidad, soy obrero, soy soltero, no tengo obligaciones, no tengo ninguna clase de propiedades, me gano el mínimo mensualmente, estuve detenido acá en Guarne, sindicado de Homicidio, eso fue en el año de mil novecientos ochenta y siete, estuve por cuenta del Juzgado 34 Inscriminal de Rionegro y Segundo Superior de Medellín, no fui condenado, salí en libertad condicional por cinco años, el occiso se llamaba Eduardo Alzate, no he tenido más sindicaciones, he vivido en La Ceja y Guarne, en ninguna otra parte más, me gustan las bebidas alcohólicas, ninguna clase de estupefacientes, en mi familia no ha habido locos, no he sufrido enfermedades de la mente o infecto contagiosas que me prohíban vivir en comunidad, estuve detenido ciento veinte días por el anterior homicidio".

Y, en cuanto hace al reproche que se postula por no haber contado el procesado Luis Albeiro Ossa Gallego con un abogado titulado en el acto de su vinculación al proceso mediante declaración sin juramento, es de decirse que si bien es cierto que la afirmación en tal sentido hecha encuentra respaldo en la actuación, no sucede igual con la trascendencia jurídica que se persigue darle.

Recuérdese, como se dejó expuesto en los antecedentes procesales, que al ponerle de presente el Fiscal el derecho de designar defensor que lo asistiera en el curso de la actuación, Luis Albeiro Ossa Gallego manifestó no tener a quién nombrar siendo esta la razón por la cual se procedió a proveerle defensor de oficio, recayendo la designación en el señor Pedro Julio Ochoa Gil, como igual ocurrió en la ampliación de la indagatoria en donde, también de oficio, la fiscalía nombró a la señora Marleny Chaverra Franco, personas éstas respecto de las cuales todo indica que no ostentan la condición de abogados titulados.

Ello, sin embargo, carece de la relevancia jurídica que se persigue darle a la actuación, llevada a cabo en las referidas circunstancias, pues *no debe olvidarse que por la fecha de las diligencias de indagatoria y su correspondiente ampliación, 10 y 13 de octubre de 1994, se encontraba vigente el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que autorizaba la designación de un ciudadano honorable que asistiera en la indagatoria del imputado, cuando para el acto no pudiere contarse con abogado inscrito que cumpliera tal cometido.*

Y si bien, como lo recuerda la Delegada, la referida disposición fue separada del ordenamiento jurídico mediante sentencia de inexequibilidad proferida por la Corte Constitucional el ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis, sus efectos, al proyectarse hacia el futuro, no alcanzan a cobijar actuaciones consolidadas durante el tiempo en que el precepto se mantuvo vigente.

Sobre el punto, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, en términos que vale la pena recordar:

"De acuerdo con lo que ahora dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, desde antes definido por la jurisprudencia constitucional y también señalado por esta Sala, entre otras providencias en las de fecha 26 de junio de 1996, casación 9280, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel ('en ese momento no solo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente'); 25 de julio de 1996, casación 9577, y 6 de mayo de 1998, casación 11053, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, la sentencia de la Corte Constitucional, de fecha 8 de febrero de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, que declaró la inexequibilidad de las disposiciones citadas en el párrafo anterior, sólo produce efectos hacia

el futuro, al no haberse realizado mención a alguna hipotética retroactividad, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de la facultad claramente conferida por los expresos preceptos legales vigentes en el momento de su realización" (Sent. Cas. Oct. 21/98. Rad. 10240. M.P. Dr. Pinilla Pinilla).

Del mismo modo, más recientemente, la Sala reiteró su postura sobre el tema que en esta oportunidad nuevamente se somete a su consideración:

"En repetidos pronunciamientos esta Sala ha sostenido que la declaración de inexequibilidad del artículo 148 del estatuto procesal Penal solo produce efectos hacia el futuro, no siendo posible pretender, so pretexto de esta circunstancia sobreviniente, la invalidación de un proceso cuya ritualidad ha sido adelantada de acuerdo con lo establecido en los cánones legales vigentes".

"Esto no significa, como acertadamente lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, que el procesado, con anterioridad al fallo de inexequibilidad de la Corte Constitucional, careciera del derecho a ser asistido en su indagatoria por un abogado titulado, o que esta garantía fundamental pudiera ser desconocida por los funcionarios judiciales. Lo que ocurre es que el intérprete no puede ignorar la existencia de la preditada norma legal, que habilitaba en casos especiales a personas honorables para que asumieran la defensa del imputado en la indagatoria, ni desconocer que la ineficacia de los actos procesales deriva de la violación de la ley, que no de su acatamiento o conformidad con ella".

"La Corte ha sido clara en sostener que el derecho a la defensa es una prerrogativa intangible, debiendo su ejercicio ser real, continuo y unitario, y que es obligación del funcionario judicial asegurar su concreción en todo momento, atendiendo, desde luego, las especiales circunstancias en que se desarrolla el proceso, y los instrumentos legales de que dispone para hacerlo (Cfr. Cas. Sept. 22/98, M. P. Dr. Arboleda Ripoll, entre otras).

...

"En cuanto dice relación con el cumplimiento de las condiciones establecidas en dicho precepto para que pudiera procederse por vía excepcional a la designación de una persona honorable como defensora del imputado, es de precisarse que la norma solo autorizaba esta habilitación cuando en el lugar no hubiera abogado inscrito, condición que ha venido siendo entendida por la Corte, no en el sentido de ausencia material de profesionales en la ciudad sede del Despacho, sino desde una perspectiva de disponibilidad, atendidas las circunstancias en las cuales debe ser recibida la injurada" (Sent. Cas. Enero 20/99. Rad. 12792. M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

Si se toma en consideración que la indagatoria de Luis Alberto Ossa Gallego y la ampliación de la misma tuvieron lugar cuando aún se encontraba vigente el inciso primero del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, ningún reproche capaz de comprometer la validez de dichos actos cabe for-

mular por haber sido designadas personas honorables para que asumieran la defensa del imputado.

Y por si acaso quedare alguna duda sobre la inmaculación de la garantía constitucional de ser defendido por un abogado titulado, es de recordarse que a partir de la fecha de la ampliación de indagatoria (jueves 13 de octubre de 1994), al día 17 siguiente en que el imputado otorgó poder a un abogado para que lo asistiera procesalmente, transcurrió solamente un día hábil, el viernes 14, en el cual ninguna actividad probatoria fue desplegada como para suponerse que por dicho motivo se hubiere transgredido el derecho de defensa.

Entonces, al no haberse configurado en el proceso el motivo invalidatorio que se postula al fallo del Tribunal, se impone declarar la improsperidad del cargo.

Cargo Segundo. (Violación indirecta de la ley sustancial).

El actor malentiende la modificación introducida al instituto de la casación por el Decreto 2700 de 1991, en el sentido de suprimir las categorías de errores probatorios, antes explícitos, en que se puede incurrir por los jueces en la labor de apreciación probatoria y establecer la fuerza persuasiva de cada uno de los medios de convicción allegados al proceso. Debido precisamente a la errada concepción que se tiene sobre la violación indirecta de la ley sustancial, en la demanda no se desarrolla una concreta hipótesis de error probatorio, como tampoco se logra exteriorizar la pregonada violación indirecta de la ley sustancial según parte de anunciarse en la postulación del cargo, y al no cumplirse ninguno de estos presupuestos indispensables para el pronunciamiento de fondo por la Corte, se determina la improsperidad de la censura.

Desde la puesta en vigencia del actual estatuto procesal penal, la Corte dejó sentado que no por haber suprimido la ley la obligación de precisar en la demanda si el error probatorio en que incurrió el juzgador es de hecho o de derecho, había desaparecido la carga de indicar en qué consistió el desacierto cometido en la apreciación probatoria, o la de precisar las normas medio cuya inaplicación condujo a la transgresión de la ley sustancial, o la de señalar el sentido de la violación, si ésta tuvo lugar por aplicación indebida o por la falta de aplicación de determinado precepto sustancial.

Al efecto, baste con recordar lo dicho por la jurisprudencia de esta Corte, recién entrado en vigencia el estatuto que gobierna actualmente la materia (Decreto 2700 de 1991):

"De acuerdo con la exigencia normativa del Código vigente cuando se elaboró la demanda y conceptuó el Ministerio Público, el cargo debía precisar si el error alegado era de hecho o de derecho, pues en el primer caso éste debía aparecer manifiesto en los autos. El nuevo estatuto procesal simplemente dice, que 'si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recu-

rrente'. Lo cual indica que ahora no es esencial que el error planteado se califique como de hecho o de derecho, pero esto no significa que no se exija que con total claridad se determine en qué consiste la inconformidad, para así mismo saber a qué debe apuntar su fundamentación".

"El demandante que alega violación indirecta está obligado a concretar si el error cometido por el fallador consistió en no tener en cuenta una prueba, o en haber apreciado una inexistente, o en tergiversar su contenido fáctico; o desde otro punto de vista, el haber valorado una prueba ilegalmente aducida al proceso, o haberle dado un valor mayor o menor del que la ley le tenga señalado. Estas alternativas no son una imposición de la Corte sino de la lógica, pues en la labor apreciativa de las pruebas ellas presentan todas las posibles fallas que puede cometer el juzgador".

"Así las cosas, cuando el censor sostiene que hubo deficiente y torcida apreciación de los testimonios, el cargo no surge con la claridad requerida, y al tratar de precisarlo acudiendo a la fundamentación, allí lo que se encuentra es que en opinión del recurrente la sentencia de primera instancia y el concepto del Fiscal del Tribunal son más acertados que la decisión, pero sin demostrar por qué".

"La claridad en la presentación del error que sirve de base al reproche, así como la demostración de su existencia y trascendencia son requisitos esenciales para que la demanda de casación pueda tener éxito, y cuando el cumplimiento de estas exigencias se omite, como ocurre en el caso en estudio, la conclusión no puede ser otra que su desestimación" (Sent. Cas. Sept. 29/92. Rad. 6668. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Es cierto, como se alude en la demanda, que los jueces en sus fallos no gozan de absoluta libertad en la función de apreciar los medios de convicción y asignarles su mérito persuasivo, ya que tal facultad se halla limitada por los postulados de la ciencia, la lógica, la experiencia y el sentido común, en los cuales se inspira la sana crítica como método de valoración probatoria. Sin embargo, en este caso el actor no postula ni llega a demostrar que el Tribunal hubiere incurrido en violación de las reglas de la persuasión racional.

La fundamentación del cargo estriba en otorgar particular valor probatorio a la indagatoria del procesado, por fuera del asignado por los juzgadores, demeritar la exposición de Luz Dary Jaramillo y perseguir que se confiera credibilidad a los testimonios de Germán Ríos Vanegas, Gonzalo Montoya Hurtado, Juan David Zapata García y Blanca Janeth Osorio, pero sin mencionar siquiera qué en concreto dijeron los mencionados personajes, cuál fue el mérito atribuido por los juzgadores a sus dichos, por qué en tal labor incurrieron en errores de hecho, si fue por falsos juicios de existencia, identidad o transgresión de las reglas de la sana crítica, cuáles fueron las disposiciones medio inaplicadas, o si a la violación de la ley sustancial se

llegó por falta de aplicación o por aplicación indebida de determinado precepto, nada de lo cual se ensaya.

Contrario al criterio que evidencia el actor, a pesar de la puesta en vigencia del Decreto 2700 de 1991, de la demanda de casación se exige el cumplimiento de una serie de presupuestos de orden técnico consustanciales a su naturaleza de recurso extraordinario y que permiten diferenciarlo de un alegato propio de las instancias del proceso. Tanto es esto, que omite indicar cuál habría de ser el sentido de la decisión a adoptar por la Corte para el caso de optar por el desquiciamiento del fallo, al punto de no saberse en últimas si lo perseguido es la absolución por aparecer acreditado que el procesado actuó amparado por la causal de justificación de la conducta mencionada en el artículo 29-4 del Código Penal o porque habiendo realizado un comportamiento típicamente antijurídico y culpable, debe ser condenado solo que dentro de los límites punitivos previstos por el artículo 60 *ejusdem*, lo cual por entrañar proposiciones excluyentes ameritaba formulación y desarrollo separado.

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.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar (No hay firma), *Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDAGATORIA-Interrogatorio/ **NULIDAD**-Deficiente interrogatorio al procesado/ **NULIDAD**-Técnica en casación/

1. Ante todo, es preciso recordar que el texto del artículo 382 del decreto 050 de 1987, vigente para la época en que se llevó a cabo la indagatoria, hoy reproducido casi textualmente por el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, decía:

"Preguntas al indagado en relación con los hechos. Una vez cumplidos los requisitos del inciso anterior, el juez interrogará al procesado en relación con los hechos que originaron su vinculación".

Como se ve, al tenor de la norma transcrita, no hay obligación de cuestionar al indagado por la existencia de precisos y definidos delitos, sino por la ocurrencia de hechos posiblemente contrarios al ordenamiento legal penal, pues, en el momento procesal oportuno, el funcionario judicial, apreciando los elementos de convicción hasta entonces aducidos, realizará el proceso de adecuación típica.

2. Independientemente de lo deficiente o no del interrogatorio, ningún objeto tendría decretar la nulidad, pues si uno de los principios que las rigen es el de instrumentalidad, al tenor del cual no se declarará la nulidad de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado (art.308.1 del C. de P. P.), se encuentra que las finalidades de la injurada se cumplieron, ya que (...) fue vinculado al proceso y a lo largo del mismo se defendió no sólo del punible de falsedad sino del de estafa, de manera que ninguna razón habría para invalidar lo actuado, para vincular al diligenciamiento a quien ya fue vinculado, ni para que se defienda de un delito cuya imputación conoció oportunamente y del cual se ha defendido, a la par con la falsedad, sin que haya habido sorprendimiento alguno.

3. Como lo ha reiterado la Sala, si las nulidades son un medio para preservar la estructura del proceso y las garantías de los sujetos procesales, quien las invoque debe fundamentarlas en debida forma, indicando el motivo de la nulidad en que se apoya, la irregularidad sustancial que alega, la manera como ésta socava la estructura del proceso o afecta las garantías de los sujetos procesales, su incidencia en el fallo, y la actuación que en virtud del yerro queda viciada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 199 Proceso N° 11899

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, el 16 de enero de 1996, en la que al confirmar íntegralmente la del Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, fechada el 26 de septiembre de 1995, condenó a Jaime Parra Aristizábal a las penas principales de 60 meses de prisión y multa de quinientos mil pesos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como autor de los delitos de falsedad material de particular en documento público y estafa.

HECHOS

El juzgador de segundo grado los sintetizó en los siguientes términos:

"Fueron denunciados el día seis de febrero de mil novecientos noventa y uno por el señor Francisco José Sardi (como liquidador de la sociedad Santa Rita Ltda), quien afirma que mediante escrituras públicas 1136 del 20 de abril de 1968 y 859 del 13 de febrero de 1960, de la Notaría Tercera del Círculo de Cali, los señores Pedro J. Ángel y Artemo Franco Mejía aparecen vendiendo al señor Jaime Parra Aristizábal los inmuebles correspondientes a las matrículas inmobiliarias números 370 0149021 y 370-0145570, lo que es falso, pues dichos bienes jamás fueron enajenados. En el proceso se acreditó que ambas escrituras eran falsas, el papel en el cual fue consignada la N° 1136 sólo fue expedido por el Estado siete meses con posterioridad a la fecha del instrumento, además las firmas y sellos del notario y vendedores también son falsos".

ACTUACIÓN PROCESAL

Con fundamento en la denuncia penal y en la ampliación de la misma, presentada por Francisco José Sardi Domínguez, el entonces Juzgado 35 de Instrucción Criminal de Cali, el 25 de febrero de 1991, dictó auto cabeza de proceso.

Admitida como parte civil la sociedad en liquidación Santa Rita Ltda., decretado el embargo especial de unos inmuebles, según providencias del 19 de marzo y del 7 mayo de 1991, respectivamente, y practicadas unas pruebas, se escuchó en diligencia de indagatoria a Jaime Parra Aristizábal y a Artemo Franco Mejía, a quienes, luego de allegados otros medios de convicción, la Fiscalía 23 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Cali, a donde pasó el proceso, les resolvió la situación jurídica, el 4 de noviembre

de 1993, con medida de aseguramiento de detención preventiva, para el primero, por los delitos de falsedad material de particular en documento público y estafa, y precluyendo la investigación para el segundo, decisión ésta que fue revocada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de dicha ciudad, mediante resolución del 2 de febrero de 1994.

Posteriormente, como el defensor de confianza de Parra Aristizábal renunció al poder y toda vez que no fue posible comunicar al sindicado dicha determinación, se le designó uno de oficio, el 7 de marzo del citado año.

A solicitud de la parte civil, el 15 de septiembre de 1994 se ordenó la cancelación de los registros de las escrituras números 1136, del 20 de abril de 1968, y 859, del 13 de febrero de 1960, protocolizadas en la Notaría 20 del Círculo de Cali. Agotado un incidente de objeción a un dictamen pericial, por resolución del 27 de mismo mes y año se precluyó la investigación a favor de Artemo Franco Mejía.

Perfeccionada la instrucción, se calificó el mérito del sumario, el 13 de diciembre de 1994, con resolución de acusación en contra del procesado Parra Aristizábal, por los delitos de falsedad material de particular en documento público y estafa agravada, previstos en los artículos 220, 356 y 372.1 del Código Penal, decisión que quedó ejecutoriada el 27 de diciembre siguiente.

El expediente pasó al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali que, luego de tramitar el juicio, pronunció la sentencia de primera instancia, el 26 de septiembre de 1995, en la que condenó a Jaime Parra Aristizábal a las penas principales de 60 meses de prisión y multa de quinientos mil pesos y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como autor de los delitos imputados en el pliego de cargos.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de la mencionada ciudad lo confirmó íntegramente, el 16 de enero de 1996.

La Demanda de Casación

El defensor del procesado Jaime Parra Aristizábal, al amparo de la causal tercera de casación, formula cuatro cargos contra la sentencia de segundo grado, debido a que se profirió "en un proceso donde se violó el derecho de defensa y, por ende, el debido proceso".

Primer cargo

Afirma que su defendido fue "sometido a diligencia de indagatoria sin habérsele hecho las advertencias previstas en el art. 380 del decreto 050 de 1987, vigente para la época en que se ritualizaba esta diligencia".

En lo que denominó fundamento del cargo, explicó que el sindicado, conforme a la citación que se le hizo, compareció con su defensor, para posteriormente iniciarse la diligencia "como lo preveía el Art. 380 del Código

de Procedimiento Penal". Sin embargo, en su criterio, "no se le hicieron a Jaime Parra Aristizábal las advertencias que se trata de una diligencia de injurada, que no se le iba a tomar juramento, que no estaba obligado a declarar contra sí mismo y todo lo que en sí preveía" la citada norma, observaciones que el funcionario instructor estaba en la obligación de hacer, pese a que el procesado, quien tenía 70 años, estuviese asistido de su defensor.

Considera que su procurado rindió indagatoria sin conocer lo que afrontaba, y si bien se le interrogó por unos hechos relacionados con la investigación, de todos modos tal omisión conllevó la violación del derecho de defensa, pues, insiste, "debió el instructor explicarle qué era lo que el juzgado iba a hacer con él".

Luego de explicar la relevancia que tienen las formalidades en la indagatoria, que el funcionario no puede dejar de cumplir, pues se constituyen en garantía para el imputado, y de resaltar cómo esa diligencia no sólo es una forma de vincular a la persona al proceso, sino que se erige en un acto material de defensa, ya que allí el imputado, sin estar obligado, puede confesar, contribuyendo así con la administración de justicia, reitera que las omisiones en el cumplimiento de la ley "afectaron el derecho de defensa del procesado, porque tratándose de una persona de 70 años de edad, que ha trajinado en la vida, merecía tener conocimiento de las garantías que la ley le concede".

Por lo tanto, estima que hubo violación de los artículos 296 y 380 del Código de Procedimiento Penal, pues el haberse omitido su contenido "implicó mengua de sus derechos como indagado para asumir una responsabilidad sincera ante la justicia de aceptar la autoría de un hecho punible que aparece plasmado en el proceso".

Segundo cargo

Dice que el acusado fue condenado por el delito de estafa, cuando en la indagatoria no se le formuló ninguna pregunta relacionada con los hechos atinentes a dicho ilícito.

Fundamenta su afirmación sosteniendo que se le interrogó sobre los hechos por los cuales aparecía obteniendo "los derechos de dominio y posesión de los lotes de terreno que eran de propiedad de la sociedad 'Santa Rita Limitada'. Todo el interrogatorio se centralizó en querer saber cómo había podido lograr el sindicado escriturarse esos inmuebles sabiendo que ni el señor Artemo Franco y mucho menos Pedro Angel intervinieron en los actos públicos".

Advierte que la defensa solicitó en la audiencia pública que se tuviera en cuenta la omisión del funcionario instructor al no interrogar al indagado "por las negociaciones que había efectuado posteriormente a la obtención del registro de la escrituras". No obstante, el Tribunal, al desatar el recurso de apelación, respondió que no tiene trascendencia el no haber cuestionado

al sindicado por el delito de estafa imputado, argumentando que la defensa guardó silencio sobre el tema durante todas las oportunidades procesales que tuvo, réplica que, en su sentir, es desafortunada, ya que si bien el procesado tuvo sus defensores, "no son estos profesionales del derecho a quienes les corresponde defenderse de los cargos en una indagatoria, máxime cuando ellos no pueden intervenir".

Por ello, dice, es necesario el pronunciamiento en casación, con el fin de saber si "resulta ajustado al debido proceso" que a una persona se le someta a indagatoria y la misma se desarrolle en torno a la existencia espúrea de unos títulos, sin interrogar por la estafa y, luego, resulte con medida de aseguramiento y una acusación por ambos delitos. Cierto es que se debió recurrir a tales decisiones, pero la verdad es que Parra Aristizábal era quien debía responder por dicha conducta punible y no su defensor, además que la falta de impugnación de aquellas providencias no convalida la irregularidad.

Arguye que la estafa, "resulta de alguna manera autónoma al delito de falsedad en documento público. La estafa no se cometió contra la entidad Santa Rita Limitada. O sea que no es el delito de estafa originario de esa falsedad cometida contra Santa Rita Limitada. La estafa se cometió contra Moisés Cohén Sión y Jaime Ortiz Manzano, personas naturales independientes de Santa Rita Limitada. Luego el interrogatorio era obligatorio sobre ese hecho punible, cometido contra el patrimonio económico de Cohen y el señor Manzano".

En su criterio, la mencionada omisión implicó una violación al derecho de defensa que, como así lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, resulta trascendente porque la pena impuesta le impide la "posibilidad de obtener el beneficio de una libertad condicional".

Cita como norma infringida el artículo 382 del Decreto 050 de 1987.

Tercer cargo

Considera que se violó el derecho de defensa del sindicado, por cuanto que el defensor de oficio que se le nombró no fue debidamente notificado de la designación, produciendo la Fiscalía unas decisiones que, por ese motivo, no tuvo oportunidad de impugnar, como la preclusión de la investigación a favor de Artemo Franco y la cancelación de los títulos.

En el capítulo que denominó fundamento del cargo, explica cómo el 3 de marzo de 1994, el defensor del procesado renunció al mandato y, ese mismo día, la Fiscalía 23 Delegada ordenó citar al procesado para comunicarle la decisión tomada por dicho profesional del derecho y para que procediera a designar otro, pues de lo contrario se le nombraría uno de oficio. Como en la dirección a donde se libró la citación no era conocido Parra Aristizábal, no se logró su comparecencia, razón por la cual se le nombró como defensor de oficio al doctor César Paz Gallego. Sin embargo, dice, no hay constancia en el proceso de que el oficio N° 2075 del 8 de marzo de 1994, mediante el cual se

informaba al citado profesional sobre su designación oficiosa, hubiese sido enviado.

Agrega que el 15 de septiembre de 1994, la Fiscalía ordenó la cancelación de las escrituras números 859 y 1136 y el 27 del mismo mes y año resolvió precluir la investigación a favor de Artemo Franco Mejía, decisiones que fueron tomadas sin que su prohijado tuviera la oportunidad, por medio de su abogado, de interponer los recursos ordinarios, pues si bien "aparecen comunicaciones dirigidas" al defensor de oficio, "no hay constancia" que éste hubiera sido informado, trámite que se quedó en un simple formalismo, ya que nunca se agotó el esfuerzo por enterarlo, ni existe certeza de que las haya recibido.

Reconoce que los títulos de propiedad eran falsos y, por lo mismo, debía restablecerse el derecho, pero "tampoco queda justificado tomar esas decisiones a espaldas del sindicado", por lo que "se violó el derecho de defensa".

Cuarto Cargo

Manifiesta que se "violó el derecho de defensa y el debido proceso de los señores Jaime Ortíz Manzano y Moisés Cohen Sión al tomar la decisión de cancelar los títulos de adquisición de derechos de dominio y posesión de una parte de estos lotes de terreno sin darles oportunidad de ser oídos".

Inicia la sustentación de la censura admitiendo, nuevamente, que las escrituras números 859 y 1136, del 13 de febrero de 1960 y del 20 de abril de 1968, respectivamente, son falsas, razón por la cual la Fiscalía ordenó su cancelación, según el artículo 61 del C. de P.P., decisión que se comunicó al Registrador de Instrumentos Públicos para que cancelara las "matrículas inmobiliarias 370-0145570 y 370-0352261 que correspondían a las matrículas segregadas de los folios inmobiliarios correspondientes a los lotes de terreno que Jaime Parra Aristizábal adujo compró a Santa Rita Limitada".

No obstante, dice, "no aparece en el expediente ninguna de las escrituras donde Jaime Parra Aristizábal transfirió una parte del área de terreno adquirida por compra a Santa Rita y cuyos adquirentes fueron Moisés Cohen Sión y Jaime Ortiz Manzano, quienes al no ser vinculados al proceso "no tuvieron oportunidad de defenderse y sin existir los instrumentos públicos contentivos de tales ventas, se procedió a cancelar" las citadas matrículas.

Más adelante agrega:

"El interés jurídico de Jaime Parra Aristizábal radica en que tales negociaciones las hizo con esas personas y sin probarse la estafa cometida contra Moisés Cohén Sión y Jaime Ortiz Manzano se les cancela los títulos. Ese interés jurídico se extiende al hecho de no haber sido indagado por la estafa que se le atribuyó en la resolución de acusación y en la sentencia motivo de censura".

Por último, reitera que en la fecha en que se ordenó la cancelación de los títulos, su poderdante no tenía defensor.

Como normas infringidas cita los artículos 14 y 61 del C. de P. P., las que considera indebidamente aplicadas, puesto que al no haber sido vinculados al proceso los señores Cohen Sión y Ortiz Manzano, no se les dio oportunidad de ser escuchados frente a la decisión relacionada con la cancelación de las mencionadas escrituras, por lo que se les vulneró el debido proceso y el derecho de defensa.

Finalmente, bajo el capítulo que denominó "PETICIÓN", solicita a la Corte casar el fallo impugnado y, consecuencialmente, anular todo lo actuado a partir de la indagatoria de su defendido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Considera que las advertencias contempladas en el artículo 380 del decreto 050 de 1987, no se le hicieron al procesado al momento de rendir indagatoria, por lo que resulta cierta la omisión denunciada.

Pero, dice, el que no se haya hecho constar la actividad del funcionario judicial respecto a ese asunto, no significa que no se hubiese cumplido con dicho deber, ni que se haya generado un motivo de anulación del acto procesal.

La finalidad de la mencionada norma, la que no se limita a un simple formalismo, impone al funcionario instructor una conducta protectora de las garantías de quien va a rendir indagatoria, "de manera que su inobservancia solamente adquiere la trascendencia necesaria para ser considerada como una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, o para declarar una violación del derecho de defensa, cuando se pueda comprobar que el silencio del funcionario, afectó alguno de los derechos del sindicado protegidos por la disposición que se comenta".

En tal aspecto es deficiente la demanda, ya que el actor simplemente enunció el hecho y, seguidamente, reclamó una nulidad, sin demostrar que su defendido desconocía sus derechos, o que no le fueron advertidos por el defensor que lo asistió, o que a consecuencia de la denunciada omisión, narró hechos contrarios a sus intereses.

Por el contrario, agrega, el estudio del expediente permite colegir que al inicio de la diligencia se enteró al imputado que se trataba de una indagatoria, a la que asistió voluntariamente con su defensor, quien hubo de enterarlo sobre el alcance de la misma y sus derechos, a demás que de su contexto no se deduce ningún acto que hubiese atentado contra las garantías que lo cobijaban, así como tampoco existe constancia por parte del defensor de que éstas hayan sido vulneradas.

Por consiguiente, sugiere la desestimación del cargo.

Segundo cargo

Considera cierto que al procesado en la indagatoria no se le preguntó sobre a los hechos constitutivos del delito de estafa por el que se le dictó

medida de aseguramiento, resolución de acusación y sentencia, pues basta un análisis de dicha diligencia para percatarse que el funcionario instructor se limitó a interrogarlo sobre "la forma como adquirió los inmuebles de propiedad de la sociedad Santa Rita Limitada, pero nada se le preguntó con relación a la posterior transferencia de una parte de esos lotes de terreno a los terceros compradores; de ello solamente aparece en el acta una simple referencia, cuando el incriminado informa saber el motivo de la diligencia".

Opina que esa referencia no "comporta el reconocimiento o la imputación del delito de estafa, ni siquiera un cuestionamiento con relación" a ese ilícito, no siendo tampoco relevante la contestación que se dio en la sentencia de segundo grado a las alegaciones de la defensa que denunciaban dicho vicio. A continuación transcribe uno de sus apartes, para colegir:

"Se infiere de esta manifestación del *ad quem* que de manera equivocada niega la posibilidad del acto de defensa del procesado en la diligencia de indagatoria, conocida como medio legal para la vinculación de un imputado al proceso y como medio de defensa, según lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia. La argumentación, ciertamente, hace alusión a la improsperidad de los alegatos de la defensa, pero sin abordar, como le era exigible, el análisis de la particular situación procesal: la existencia del interrogatorio reclamado; la oportunidad que se le concedió al incriminado para explicar su conducta, específicamente referida al delito contra el patrimonio económico y a la trascendencia que ello haya podido tener en la actuación".

Estima importante destacar que el sindicado se presentó voluntariamente a rendir indagatoria, bajo la concepción de que afrontaba un delito contra la fe pública, respecto del cual suministró todas las explicaciones que consideró necesarias. No obstante, nada dijo de la estafa, como tampoco el instructor lo cuestionó sobre las circunstancias que permitieran a Parra Aristizábal ejercer su derecho a la defensa, no pudiéndose olvidar que siendo importante el ejercicio de la defensa técnica, no lo es menos la intervención del acusado, a quien se le debe otorgar la oportunidad y los medios de defensa material, "dentro de los cuales resulta vital su posibilidad de explicar los hechos materia de indagación".

Luego de cuestionar la manera como el *ad quem* examinó la defensa material y de resaltar la importancia jurídica de la diligencia de indagatoria, concluye sosteniendo que a "Jaime Parra Aristizábal no se le cuestionó por el delito de estafa por el que posteriormente se le acusó y condenó, con lo cual se cercenó su derecho a la defensa con relación a ese delito".

En consecuencia, considera que el cargo debe prosperar y, por lo mismo, solicita a la Corte "casar parcialmente la sentencia impugnada, declarar la nulidad de lo actuado con relación al delito de estafa, a fin de que se devuelva la actuación a la fiscalía y allí se reponga lo ilegalmente actuado".

Tercer cargo

Conceptúa que esta censura, también propuesta por la vía de nulidad, aparece inadecuadamente formulada, pues el actor "no se ocupa de demos-

trar que la ausencia de un defensor pudo restringir las facultades de defensa del procesado".

Anota que es incuestionable que una vez renunció el defensor de confianza, se enviaron al sindicado los oficios pertinentes para comunicarle tal decisión, lo que no se pudo lograr por su ausencia en el lugar que había registrado como el de su residencia, procediendo la fiscalía, en aras de garantizarle sus derechos, a designarle uno de oficio, profesional a quien se le envió la comunicación respectiva, "pese a lo cual no se presentó a apersonarse del encargo que le había sido encomendado".

De todos modos, advierte, el que el doctor Manuel Iván Montaño, quien lo venía representando, haya renunciado al poder no implica que el procesado se hubiese quedado sin defensor, toda vez que de conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1°, numeral 25, del decreto 2282 de 1989, "la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales, cuando en este lugar exista el servicio, y en su defecto como lo disponen los numerales 1° y 2° del artículo 320".

Por lo tanto, como la resolución que aceptó la renuncia del poder, fechada el 3 de marzo de 1994, no fue notificada por estado ni el poderdante fue enterado de ella, según lo dispone el citado artículo 320, debería entenderse que dicho abogado "continuaba ligado a su obligación y, para relevarse de ella, le era necesario preocuparse de que la renuncia fuera comunicada a su asistido".

Pero, dice, como es evidente que se aceptó inmediatamente la renuncia al abogado de confianza, y respecto del que se le designó de oficio no existe constancia de que se le haya enterado del nombramiento ni que haya actuado en el proceso, necesario es concluir que el procesado estuvo sin defensor en el lapso comprendido entre el 3 de marzo y el 28 de octubre de 1994.

Sin embargo, agrega, durante dicho período no se practicaron diligencias trascendentes para la situación jurídica del sindicado, ya que solamente se produjeron las resoluciones por medio de las cuales se ordenó la cancelación de las escrituras falsas y se precluyó la investigación a favor de Artemo Franco, decisiones que, sujetas a la legalidad, en manera alguna le infirieron daño a Jaime Parra Aristizábal, además que resulta sorprendente que una vez clausurada la investigación, hubiese aparecido el procesado otorgando poder a un abogado, dentro del término para alegar, lo que hace pensar que aquél dió lugar a la irregularidad, "pues se ocultó por un período largo, a tal punto que en el sitio advertido como lugar para estar en contacto con el despacho judicial, declararon no conocerlo".

Como no existió vulneración al derecho de defensa ni anomalía que incidiera en el fallo, conceptúa que el cargo debe ser desestimado.

Cuarto cargo

Sostiene que la censura es improcedente, "en la medida en que entraña la defensa de intereses que son ajenos al recurrente, en tanto que el agravio que podría haberse inferido con la decisión judicial, no toca los intereses de quien propuso el recurso extraordinario, sino de terceros que no han manifestado su inconformidad sobre el punto..."

Tampoco adquiere interés jurídico el impugnante cuando dice que no se probó la estafa cometida contra los señores Cohen Sion y Ortiz Manzano, o que al sindicado no se le interrogó en la indagatoria por dicha ilicitud, ya que en lo atinente al primer aspecto, es materia que debió reprocharse bajo los postulados de la causal primera, mientras que en lo que respecta al segundo, la Delegada ya lo analizó en apartes anteriores.

Por improcedente, pide a la Corte desestimar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Son cuatro los cargos que al amparo de la causal tercera de casación formula el libelista contra la sentencia de segundo grado, sin que, en acatamiento a la técnica del recurso, y teniendo en cuenta el alcance de las nulidades invocadas, frente a la validez de la actuación, hubiera señalado su jerarquía, esto es, cuál era principal y cuáles subsidiarias.

Primer cargo

Afirma el censor que cuando el procesado rindió indagatoria, el entonces Juez 35 de Instrucción Criminal de Cali no le hizo las advertencias que consagraba el artículo 380 del Decreto 050 de 1987, vigente para la época, lo que, en su concepto, violó su derecho de defensa, pues desconoció "qué era lo que estaba afrontando", además que se vio impedido para asumir una "responsabilidad sincera ante la justicia de aceptar la autoría de un hecho punible que aparece plasmado en el proceso".

Ninguna razón le asiste al impugnante, por los motivos que a continuación se expresan.

La censura, así formulada, se queda en el enunciado, sin ningún desarrollo y huérfana de la debida demostración, lo que conduce a su improsperidad.

En efecto, el actor no se ocupó en demostrarle a la Corte que en realidad a su defendido, al momento de rendir indagatoria, no se le hicieron las advertencias que para ese entonces se encontraban consagradas en el artículo 380 del Decreto 050 de 1987 (hoy artículo 358), pues el que no haya quedado constancia en el acta de su cumplimiento por parte del funcionario instructor, no implica indefectiblemente la ocurrencia del tal omisión, quedando así incólume la presunción de legalidad de dicho acto procesal.

Tales deficiencias en la construcción del reproche se hacen más ostensibles si se tiene en cuenta que el imputado se presentó voluntariamente a

rendir indagatoria acompañado de su defensor, sin que el libelista haya demostrado que aquel ignoraba sus derechos y sin que tampoco haya evidenciado que éstos fueron vulnerados, pues no comprobó, ni aparece, que se le haya recibido juramento, o se le haya apremiado, u obligado a decir algo contrario a sus intereses o a declarar contra sus parientes, o que se le haya desconocido el derecho a nombrar un abogado de su confianza, el que, por otra parte, ninguna protesta hizo al respecto.

Finalmente, tampoco se demostró la trascendencia de la pretendida irregularidad, esto es, cómo afectó el derecho de defensa del acusado e incidió desfavorablemente en el contenido del fallo.

De otra parte, el libelista tampoco enseñó ni se entiende de qué manera esa presunta omisión le impidió "aceptar la autoría de un hecho punible" y hacerse acreedor a los respectivos beneficios.

En las condiciones precedentes, el cargo se rechaza.

Segundo Cargo

La censura de nulidad que impetra, la fundamenta el casacionista en que a Jaime Parra Aristizábal se le resolvió la situación jurídica, se le acusó y condenó por el delito de estafa, sin que en la indagatoria se le hubiese formulado "ninguna pregunta" relacionada con los hechos atinentes a la defraudación, lo que afectó su derecho a la defensa.

Al igual que en la anterior censura, no demuestra la trascendencia de la irregularidad denunciada, es decir, cómo esa presunta omisión afectó la garantía de la defensa de Parra Aristizabal e incidió desfavorablemente en la parte dispositiva del fallo, lo que sería suficiente para desestimar el reproche.

Sin embargo, tampoco se ajusta a la verdad procesal, como lo afirma el demandante y como lo considera el Procurador Delegado, que al procesado en la diligencia de indagatoria, no se le hubiera cuestionado sobre los hechos relacionados con el delito de estafa por el que fue condenado.

Ante todo, es preciso recordar que el texto del artículo 382 del decreto 050 de 1987, vigente para la época en que se llevó a cabo la indagatoria, hoy reproducido casi textualmente por el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, decía:

"Preguntas al indagado en relación con los hechos. Una vez cumplidos los requisitos del inciso anterior, el juez interrogará al procesado en relación con los hechos que originaron su vinculación" (se subrayó).

Como se ve, al tenor de la norma transcrita, no hay obligación de cuestionar al indagado por la existencia de precisos y definidos delitos, sino por la ocurrencia de hechos posiblemente contrarios al ordenamiento legal penal, pues, en el momento procesal oportuno, el funcionario judicial, apreciando los elementos de convicción hasta entonces aducidos, realizará el proceso de adecuación típica.

Planteadas así las cosas, debe la Sala afirmar que leída y analizada la diligencia de indagatoria que Jaime Parra Aristizábal rindió el 16 de agosto de 1991 (fl. 100 del Cuaderno 1), se concluye que se le interrogó por las conductas que originaron su vinculación al proceso, las que, posteriormente, y a partir de la resolución de detención, fueron calificadas como falsedad material de particular en documento público y estafa.

En efecto, debe recordarse que en el texto de la denuncia y en la ampliación de la misma, se afirmó que teniendo la Sociedad Santa Rita Ltda. el dominio de dos lotes de terreno, ubicados en la ciudad de Cali, los mismos aparecieron como de propiedad del señor Jaime Parra Aristizábal, cuando "en realidad esta venta nunca existió, pues la Sociedad nunca vendió", concluyendo que las escrituras números 1136 y 859, suscritas el 20 de abril de 1968 y el 13 de febrero de 1960, y registradas en la Oficina de Instrumentos Públicos de dicha ciudad el 4 de diciembre y el 3 de agosto de 1990, respectivamente, no se ajustan a la verdad y, además, que Parra aparece vendiendo esos lotes a Elías o Moisés Cohen, al parecer propietario de la agencia Aviatur.

De esos hechos no sólo fue informado en la indagatoria, sino que desde el primer momento hizo saber que estaba enterado de los mismos, como emerge de su texto:

"Preguntado: Sírvase manifestarle al Despacho si sabe usted el motivo por el cual se encuentra rindiendo esta diligencia. Contestó: Me figuro inmediatamente que tiene que ser por unos lotes que le compré a la sociedad 'Santa Rita', de los cuales me di cuenta que tenía problemas en este Juzgado uno de los lotes fue vendido al señor Guido Libreros, más que todo fue cedido ese terreno al señor Guido Libreros ... el señor Guido Libreros le vendió ese terreno al señor Jaime Ortiz, a mí me tocó hacerle la escritura al señor Jaime Ortiz".

"Preguntado: Sírvase decirnos quién considera usted que sea el autor o partícipe de los hechos denunciados. Se le coloca de presente al indagado la denuncia. Contestó: Yo considero que ese señor Artemo Franco que a los treinta años está reclamando una propiedad y la otra a los 23 años..." (las subrayas fuera del texto).

Por lo tanto, desde la diligencia de indagatoria el imputado sabía y fue interrogado no sólo por aparecer documentalmente como adquirente de unos lotes que no se le habían vendido por su legítimo propietario, la Sociedad Santa Rita Ltda, sino como vendedor de los mismos a terceras personas, lo que originó que desde que se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva tales hechos fueron calificados como falsedad material de particular en documento público y estafa.

Por otra parte, *independientemente de lo deficiente o no del interrogatorio, ningún objeto tendría decretar la nulidad, pues si uno de los principios que las rigen es el de instrumentalidad, al tenor del cual no se declarará la nulidad de un acto cuando cumpla la finalidad para la cual estaba destinado (art.308.1*

del C. de P. P.), se encuentra que las finalidades de la injuruia se cumplieron, ya que Parra fue vinculado al proceso y a lo largo del mismo se defendió no sólo del punible de falsedad sino del de estafa, de manera que ninguna razón habría para invalidar lo actuado, para vincular al diligenciamiento a quien ya fue vinculado, ni para que se defienda de un delito cuya imputación conoció oportunamente y del cual se ha defendido, a la par con la falsedad, sin que haya habido sorprendimiento alguno.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

Este reproche lo hace consistir el libelista en que su defendido careció de defensa desde el instante en que, el 3 de marzo de 1994, se aceptó la renuncia que presentó su abogado de confianza, hasta el 20 de octubre del mismo año, cuando le otorgó poder a otro. Y pese, dice, a que en ese lapso se le designó uno de oficio, de todos modos no existe constancia de que se le hubiese comunicado dicha designación ni que hubiera actuado en el diligenciamiento.

El reproche se queda en el enunciado, sin que se hubiera sustentado en debida forma, pues *como lo ha reiterado la Sala, si las nulidades son un medio para preservar la estructura del proceso y las garantías de los sujetos procesales, quien las invoque debe fundamentarlas en debida forma, indicando el motivo de la nulidad en que se apoya, la irregularidad sustancial que alega, la manera como ésta socava la estructura del proceso o afecta las garantías de los sujetos procesales, su incidencia en el fallo, y la actuación que en virtud del yerro queda viciada.*

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el demandante no cumplió los anteriores requisitos, ya que no comprobó la existencia de la irregularidad sustancial, esto es, que el defensor de oficio nunca se enteró de la designación, ni cómo las diligencias efectuadas en el lapso mencionado afectaron los intereses del procesado e incidieron desfavorablemente en sentido de la sentencia.

Los anteriores desatinos serían suficientes para rechazar el cargo, sin embargo, no es cierto que la carencia de defensor técnico entre el 3 de marzo y el 20 de octubre de 1994, hubiera afectado esa garantía fundamental del procesado y transcendido en el sentido del fallo, ya que las únicas actuaciones importantes, en ese lapso, como lo recoge la censura, fueron las resoluciones en las que se cancelaron, por su comprobada falsedad, que reconoce el impugnante, las escrituras públicas 859 y 1136 y se precluyó la investigación a favor de Artemo Franco, sin que aparezca, como lo conceptúa el Delegado, que tales determinaciones hubieran variado la situación jurídica del acusado o afectado sus intereses defensivos.

El cargo no prospera.

Cuarto cargo

Aduce el actor que a los señores Jaime Ortiz Manzano y Moisés Cohen Sión se les "violó el derecho de defensa y el debido proceso", por cuanto que habiendo adquirido por compra los multicitados lotes, que Jaime Parra Aristizábal les vendió, "no fueron vinculados al proceso" ni "tuvieron la oportunidad de defenderse", máxime cuando se ordenó la cancelación de las respectivas matrículas inmobiliarias sin estar probada la estafa presuntamente cometida contra ellos.

Tal como lo advierte el Procurador Delegado, resulta improcedente la impugnación sobre dicho aspecto, toda vez que el libelista carece no sólo de interés sino de legitimidad.

En efecto, es evidente que el demandante sólo tiene poder para asistir al procesado Jaime Parra Aristizabal, más no para representar intereses ajenos, respecto de los cuales no se le ha otorgado mandato alguno y, mucho menos, de personas que no son sujetos procesales dentro de este diligenciamiento.

En cargo se desestima.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar (no hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

DERECHO DE CONTRADICCION-Prueba antes de la vinculación del procesado/ **DERECHO DE CONTRADICCION**-Facultad de contrainterrogar al testigo

1. Es evidente que en un Estado social democrático de derecho, la verdad no se puede investigar a cualquier precio, pero también lo es que su búsqueda, finalidad fundamental del proceso, como método de reconstrucción histórica, no se puede sacrificar frente a un pretendido derecho de contradicción que se podrá ejercer ampliamente a lo largo de la actuación. Además, la ley expresamente autoriza la práctica de pruebas antes de la vinculación de una persona como procesada, razón de más para pensar que no puede haber ninguna irregularidad (art. 319 y 323 del C. de P. P.).

2. El derecho de contradicción no está reducido al contrainterrogatorio de los testigos, sino que tiene un ámbito mucho más amplio y se ejerce también cuando el elemento de convicción se critica en sí mismo y con respecto al resto del material probatorio, cuando se solicitan pruebas, cuando se impugna, cuando se alega, etc.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 199 Proceso N° 11616

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Juan Carlos Rivas Molina contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, emitida el 9 de noviembre de 1995, por medio de la cual, al revocar en su integridad la del Juzgado 28 Penal del Circuito de la misma ciudad, lo condenó a la pena principal de 40 años y 6 meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el lapso de 10 años, como autor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS

Fueron sintetizados así, por el Juzgador de segunda instancia:

"Los hechos que nos ocupan tuvieron ocurrencia el 10 de mayo de 1994, en área urbana de esta ciudad de Cali, y, específicamente, en el interior de la casa de habitación ubicada en la carrera 13 A Nro. 52-46, cuando a eso de las 11:35 u 11:40 a. m., Diana Mercedes Ríos Cardona, moradora de dicho inmueble, quien abrió la puerta, fue balcada por un sujeto de sexo masculino, quien le disparó desde el exterior del portón, lesionándola con seis proyectiles, cuatro que la impactan por delante y dos detrás, los que produjeron su deceso de forma casi instantánea y en el mismo lugar de los hechos. Se sabe que en momentos antes el novio de la hoy occisa, Juan Carlos Rivera Molina, había abandonado dicho inmueble con actitud de disgusto y que desde la diligencia de levantamiento del cadáver a él se le imputó la autoría del homicidio. El autor del ilícito logró huir una vez consumado el mismo".

ACTUACIÓN PROCESAL

Practicadas unas diligencias preliminares, la Fiscalía 83 de la Unidad Previas-Uno, mediante resolución del 27 de mayo de 1994, declaró abierta la instrucción.

Allegados varios testimonios, fue escuchado en diligencia de indagatoria Juan Carlos Rivas Molina, resolviéndosele la situación jurídica, el 23 de agosto siguiente, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal.

Perfeccionada la instrucción, el mérito de sumario fue calificado, el 19 de diciembre del mismo año, con resolución de acusación en contra del procesado, por los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, decisión que cobró ejecutoria el 5 de enero de 1995.

La etapa del juicio la tramitó el Juzgado 28 Penal del Circuito de Cali que, luego de dar cumplimiento al artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, celebró la diligencia de audiencia pública y pronunció la sentencia de primera instancia, en la que absolvió al procesado de los cargos formulados en la resolución de acusación.

Apelado el fallo por el fiscal, el Tribunal Superior de Cali, el 9 de noviembre de 1995, lo revocó, condenando al procesado a la pena principal de 40 años y 6 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como autor de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

El defensor al amparo de las causales primera y tercera formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal. Sus argumentos se sintetizan de la siguiente manera:

Causal Tercera

Acusa al fallador de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por cuanto, a su juicio, se estructuran las causales segunda y tercera del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Inicia su escrito afirmado que primeramente tratará lo referente a las irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Luego de transcribir la parte correspondiente del auto del 30 de mayo de 1994, mediante el cual el instructor ordenó la captura del procesado, con el objeto de que rindiera indagatoria y el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta que el funcionario judicial conocía suficientemente a la persona que iba a vincular al proceso y el teléfono del mismo, sin que previamente lo hubiese emplazado.

Asevera que en ese lapso se recibieron 11 testimonios, sin que el procesado pudiera controvertirlos, tal como lo señala la Constitución Política y el Código Procesal, al no estar vinculado legalmente al proceso.

Dice que la violación al debido proceso se hace más notoria, si se considera que la persona requerida se dirigió al funcionario judicial para que la emplazara y la declarara ausente, a fin de que se le nombrara "defensor y poder ejercer el derecho de contradicción".

Señala que después de capturado el procesado y de haber rendido indagatoria, su defensor solicitó se fijara fecha y hora para la práctica de todas y cada una de las diligencias a realizarse dentro del proceso penal y que se le notificara, con el objeto de intervenir y de ejercer el derecho de contradicción, no obstante lo cual se recibieron varias declaraciones sin citar al abogado, quien no pudo ejercer el derecho de contrainterrogar.

Aduce como otra "irregularidad sustancial", el hecho de que la defensora suplente hubiera solicitado la práctica de una prueba que fue negada, en decisión que el defensor y el procesado recurrieron en apelación. Reconoce que si bien el primero de los citados desistió de la impugnación, la Fiscalía ignoró el interpuesto por el segundo, máxime, cuando no existían peticiones contradictorias.

Luego de copiar una nota secretarial referente al recurso, dice que "la verdad es que el señor procesado no sustentó el recurso, por no haberse tramitado por él".

Anota que al procesado privado de la libertad se le debe informar cuándo empiezan a correr los términos para sustentar una impugnación, pues de lo contrario todo se quedaría en sólo aspiraciones. "Mientras ésto no se cumpla, la tramitación del recurso no se ha realizado", por lo que se está en presencia de una nueva irregularidad sustancial que afectó el debido proceso.

Asegura que el defensor volvió a solicitar se señalara fecha y hora para la recepción de varios testimonios que cita, lo que no fue cumplido, no obstante haber sido ordenado por el Fiscal y que lo único que aparece en el expediente son las copias de las boletas de comparendo a los testigos, pero sin que figure ninguna comunicación al defensor o a la abogada suplente.

Por otra parte considera que todas las actuaciones del Fiscal surtidas a partir del folio 32 vuelto en adelante, fueron avaladas por su auxiliar, recal-

cando que en todas las decisiones judiciales deben aparecer la firma del funcionario judicial y la de su secretario o la de su auxiliar.

Sin embargo, sostiene, en la resolución de acusación no existe sello "referente a la firma del fiscal", ni firma, ni sello de su auxiliar, lo que indica que éste no avaló esa resolución, lo que constituye otra irregularidad sustancial que afectó el debido proceso.

Por lo expuesto, solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, declarar "en cuál estado queda el proceso y disponer su envío al funcionario competente ...".

En cuanto a la vulneración del derecho a la defensa, se refiere inicialmente a un escrito que presentó el defensor, en el sentido de que se fijara día y hora para recibir ampliación del testimonio de Dora Luz Cruz Jacuechime, con el fin de contrainterrogarla, petición que fue negada por el instructor, con el argumento de que ésta ya había declarado ampliamente, lo que debió decidir mediante providencia interlocutoria motivada, situación que aquí no se dió, "luego, la violación al derecho a la defensa es palmario".

Dice que así la citada deponente hubiese declarado ampliamente, si el defensor no participó en el interrogatorio, el Fiscal no podía adoptar dicha determinación, pues viola el derecho de contradicción de la prueba.

Tan importante es esta declaración, que el Juzgado consideró pertinente escucharla en ampliación, en razón a que su versión inicial difiere de lo que comunican los investigadores y los parientes del sindicado, pero no obra en el proceso prueba sobre la citación y, sin embargo, aunque se ordenó recibirla el 27 de marzo, su testimonio aparece practicado un día después.

Como otro hecho que atenta contra el derecho de defensa, aduce el consistente en que en el proceso se ordenó un dictamen que debía realizar el Instituto de Medicina Legal con la intervención de siquiatras y grafólogos, con el objeto de establecer si el acusado es "ambidextro, diestro o siniestro", peritaje que nunca se pudo llevar a cabo, no obstante ser fundamental, pues dentro del diligenciamiento hay dos testigos que sostienen que el agresor disparó con la mano derecha y el defensor dejó constancia cuando finalizó la indagatoria que Rivas Molina la suscribió con la mano izquierda.

De igual manera, denuncia como otro atentado contra el derecho de defensa, la circunstancia de que en el diligenciamiento hay constancias de que el procesado padece de anormalidades síquicas, por lo que el defensor solicitó la realización del respectivo examen, pedimento que fue negado mediante auto de cúmplase, con la consideración de que al momento de la comisión de los hechos no se encontraba en situación de inimputabilidad.

Sostiene que el argumento esgrimido por el instructor es desatinado, en razón a que él no era el calificado para decir si el procesado era imputable o no, usurpando funciones de los médicos especializados. Además, que tal determinación ha debido tomarla por auto interlocutorio, con lo cual infrin-

gió el artículo 333 del C. de P. P. que obliga investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado y a las demás partes.

Respecto a la transcripción de un casete, que fue negada por el Fiscal mediante resolución visible a folio 294 del cuaderno original, acota que el citado funcionario debió cumplir con lo ordenado por el artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, y aunque en la etapa del juicio el defensor la solicitó y fue ordenada, tampoco se realizó, siendo esa prueba fundamental para el esclarecimiento de los hechos.

Por lo expuesto, solicita a la Corte que declare la nulidad de lo actuado a partir del momento "en que el Fiscal negó señalar día y hora para contrainterrogar, argumentando que la testigo Dora Luz Cruz Jacuechime había declarado varias veces, y por lo mismo, cerrado la puertas al procesado para, por medio de su defensor, controvertir tal prueba vertida en su contra y, disponer el envío del mismo al Fiscal para que proceda a citarla para el contrainterrogatorio de ley".

"Cargo segundo"

Como censura subsidiaria, acusa al sentenciador de haber violado indirectamente la ley sustancial, por errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de la prueba, lo que lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 30 de la ley 40 de 1993 y 1° del decreto 3664 de 1986.

Luego de copiar una parte del fallo de segundo grado, respecto a la credibilidad que se le otorgó al testimonio de Dora Luz Cruz, dice que el sentenciador olvidó que el mismo "fue mal allegado al proceso puesto que no se permitió al defensor contrainterrogarla", de conformidad con lo estipulado en los artículos 1°, 7º y 29 de la Constitución Nacional, pues cuando se recibió no se había escuchado al procesado en indagatoria, lo que califica como un error de derecho.

Posteriormente reitera que la ampliación del citado testimonio fue solicitada tanto por el defensor principal como por la abogada suplente, en 2 ocasiones, pero el instructor la negó, con un simple auto de sustanciación, con el argumento de que ya había declarado ampliamente y con suficiencia en autos. Que ya el proceso en manos del juez, se insistió en la práctica de esta prueba, el que la ordenó, destacando su importancia, y libró la orden de comparendo, "pero una persona que firmó como 'Dary' dijo que la testigo vive en Bogotá y no sabemos su dirección"..

Igualmente señala que a folio 9 del cuaderno original y respecto al reconocimiento fotográfico que hizo Ricardo Velázquez Falla, se observa que el Fiscal le enseñó una fotografía, lo que demuestra lo "arbitrario" del mismo. Ahora bien, en el acta de la diligencia se habla de "sendas fotos", sin que se sepa que se quiso decir.

Cuenta que de la misma acta se infiere que el testigo Ricardo Velázquez Falla estaba "junto a la otra testigo, nada menos que la madre de la occisa", para lo cual se permite transcribir algunos de su apartes.

Agrega que en tratándose de un reconocimiento fotográfico, se debió designar un defensor de oficio, ya que los requisitos son iguales a los realizados en fila de personas.

A renglón seguido copia otras consideraciones del fallo, en cuanto a la credibilidad que se le dio al testimonio de Jorge Enrique Mosquera y dice que el "reconocimiento fotográfico a que se le sometió fue mal aducido al proceso, ya que no intervinieron el defensor de oficio y el agente del Ministerio Público, conforme lo impone el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal.

Además, dicho testimonio tampoco fue controvertido por la defensa, violándose el debido proceso, siendo una "prueba más mal arrimada al proceso, un error de derecho indudable y por el cual el sentenciador dijo 'este testimonio merece credibilidad', al contrario de su demeritación por el *a quo*".

En cuanto al testimonio de Harold Pulgarín Zuluaga, arguye que se debe descartar, pues quien lo recibió fue el técnico judicial, siendo "ya suficientemente conocido cómo el único que está facultado para tomar el juramento al testigo e interrogarlo es el Funcionario Judicial", por lo que concluye que la prueba fue "mal aducida al proceso y al haberla considerado en contra del encausado lo hizo el fallador por haber incurrido en error de derecho".

Dice que en la diligencia de ampliación, Pulgarín ya no aseveró que quien había disparado había sido el procesado "sino uno que se parecía a él, lo cual es absolutamente diferente", aseveración que respalda con las pertinentes transcripciones.

En cuanto a la diligencia de reconocimiento en fila de personas realizada por este deponente, copia una parte de la sentencia de primera instancia en lo que atañe a la credibilidad que se le dio, para concluir que el Tribunal tergiversó "indiscutiblemente la prueba, puesto que en 4 sesiones de un reconocimiento en fila de personas es obvio que en una de ellas, la última el presunto reconocedor tiene que acertar. Una especie de ruleta rusa para el procesado. O como en el popular juego del balero: en alguna habría que enchoclar".

Asevera que no cabe duda que se cometió un error de hecho al rescatar "este testimonio en vez de haberlo desechado, como era lo legal".

En cuanto al testimonio de Patricia Sepúlveda Peláez, copia un aparte de su declaración y dice que el sentenciador al apreciar esta prueba cometió un error de derecho, ya que "fue pésimamente aducida a la causa puesto que nunca se controvirtió" y, además, el reconocimiento hecho por ella, con base en fotografías, carece de toda validez, en razón a que se realizó sin la presencia del defensor y el agente del Ministerio Público.

Posteriormente, vuelve a transcribir una parte del fallo respecto de las declaraciones de Nelson Rojas, Edwin Jaramillo y Jesús Tovar, quienes afirmaron que "cualquiera que fuese quien disparó, ese sujeto no era Juan Carlos Rivas Molina".

Seguidamente anota que los testimonios de Jesús Antonio Tovar Valenzuela y Edwin Jaramillo Pérez, fueron recibidos conforme a la ley, esto es, en presencia del defensor. Empero, asegura, constituye un error de hecho ostensible, por tergiversación de la prueba menospreciar lo importante de cada una de estas versiones "en el sentido de que el autor de los disparos fue un individuo diferente a Juan Carlos Rivas Molina".

Prosigue el casacionista copiando las consideraciones del Tribunal, en cuanto a la estimación que le otorgó a la declaración de Carmen Elisa Velázquez, quien asevera que cinco minutos antes de que ocurrieran los hechos, vio a Juan Carlos y a Diana peleando, prueba que fue tergiversada, "puesto que oculta lo fundamental y es que la señora afirma rotundamente que el autor de los disparos no fue el enjuiciado".

Manifiesta que como es una exigencia que el recurrente en casación analice toda la prueba, procederá, por lo tanto, a ello.

Anota que Armando Ríos Gaviria no presenció "el acontecimiento trágico", según lo asevera.

En el mismo sentido, la señora Luz Dary Cardona de Ríos se encontraba realizando sus labores habituales y, por tal motivo, no vio "el acontecimiento doloroso". Situación que también se puede predicar de María Del Pilar Pamplona Dávila y Germán Acevedo Suárez.

En lo que atañe a la diligencia de ratificación y ampliación del informe por parte del agente de la Policía Nacional James Barona, dice que no se refiere a ella, por cuanto fue juramentado e interrogado por el Técnico Judicial, situación que también es predicable de la señora Pamplona Dávila, María Elena Molina y Willian Armando Ríos Cardona.

Asegura, igualmente, que Elizabeth Burgos de Perdomo, Ana Lucía Ocampo Acevedo, Lesly Agredo Perdomo, Carlos Dannery Flórez Torres, Fabio Molina Arteaga, Raúl Quintero y Willian Armando Ríos Cardona, no observaron los hechos.

Respecto al testimonio de Jonever García Fontal y al examen de balística, sostiene que se cometió un error de hecho, pues éste afirma que nunca le prestó su arma al procesado y el examen de balística concluye que los disparos homicidas no salieron de dicha arma, lo que avala lo sostenido por el indagado.

También predica el mismo desatino respecto de la ampliación de la declaración de María Elena Molina y de los testimonios de Rosa Elena Sánchez Londoño y Luisa Fernanda Mejía Miranda, quienes, a su juicio, corroboran las explicaciones del procesado, en el sentido "que cuando los disparos él escuchaba misa en el santuario de 'La Milagrosa' en Cali."

Es enfático en afirmar que igual yerro de hecho se cometió frente a los testimonios de Carlos Julio Jaramillo Cardona, Maritza Rivas Molina, Fernando Antonio Agudelo y Helmer Hernando Maquillón Colorado, quienes de

una u otra manera respaldan el dicho del procesado y de las personas que afirman que éste no fue el autor de los disparos.

Concluye aseverando que las anteriores equivocaciones llevaron al Tribunal a aplicar indebidamente los artículos 323 y 324.7, modificados por los artículos 29 y 30 de la ley 40 de 1993, y el 1° del decreto 3664 de 1986, "en vez de haber aplicado el principio del *in dubio pro reo*, consagrado en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal".

Solicita a la Corte casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, absolver a Juan Carlos Rivas Molina.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

a) Acerca del cargo principal

En lo que respecta al reproche de nulidad, dice que el cargo no fue construido conforme a la técnica casacional, en razón a que en los reparos que formula, no demostró cómo tales errores de actividad afectaron las garantías fundamentales o vulneraron la estructura del proceso.

Sostiene que cuando se trata del derecho de defensa, "el actor debe precisar, además de las actuaciones procesales que considera lesivas a la garantía fundamental, la norma que se vulnera, y cómo esta violación incidió de manera adversa en las garantías constitucionales y legales del procesado, cosa que no logra hacer el demandante".

De igual manera, señala que el actor desacierta en la petición que hace, ya que también era su obligación que indicara el momento a partir del cual se hace necesario invalidar la actuación. Sin embargo, en lo atinente a la formulada en el capítulo sexto del libelo, en el cual solicita que se declare la nulidad desde el momento en que el Fiscal negó señalar el día y la hora para contrainterrogar a la testigo Dora Luz Cruz Jacinchime, estima que "atenta contra la claridad que debe tener el cargo, como quiera que frente al mismo no se unifica la pretensión, valga decir, lo solicitado a la Corte".

No comparte el argumento del libelista, según el cual el procesado no pudo controvertir las pruebas que se allegaron con anterioridad a su vinculación, por no habérsele emplazado y declarado persona ausente, pues el artículo 353 del C. de P. P. establece que la persona contra la cual obren imputaciones tiene derecho a solicitar la indagatoria, pero no a pedir que se le declare persona ausente. Aquí se obró conforme al procedimiento, ya que una vez individualizado el imputado, se dispuso vincularlo mediante indagatoria, ordenando su captura, la que se logró el 18 de agosto de 1994.

Agrega que es lógico y normal que una vez se tenga noticia de un hecho punible se proceda a recaudar probanzas, ya que sería inoperante esperar hasta la vinculación del procesado, pues "Tendría que desaparecer la denominada investigación previa".

En consecuencia, acota, el hecho de que se hubiesen recaudado pruebas en las diligencias preliminares no constituye vulneración del principio de contradicción. Además, una vez abierta formalmente la investigación, se ordenó la captura del imputado y se continuó recaudando pruebas, con las formalidades legales, sin que la actuación pudiera detenerse, por no haberse presentado el procesado o no haberse conseguido su aprehensión.

Igualmente, dice que podría afirmarse que se vulneró el principio de contradicción, por no haberse fijado día y hora para la práctica de las diligencias y, por ende, sin notificar al defensor. Sin embargo, debe reconocerse que era imperioso para el letrado estar pendiente del proceso para cumplir cabalmente la gestión que le fue asignada en el mandato y adoptar una postura activa.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto contra la providencia del 11 de octubre de 1994, expresa que sí fue debidamente tramitado, pero que el defensor desistió del mismo y el procesado no lo sustentó. Además, que si hay peticiones contradictorias y aquél desistió, tal manifestación cobijaba al procesado.

Respecto a la denunciada irregularidad de que en la resolución de acusación no aparece la firma del auxiliar ni sello en la rúbrica del fiscal, conceptúa que al tenor de lo dispuesto por el artículo 157 del C de P.P, "si por costumbre en algunas actuaciones se estampa el sello de la entidad judicial, esto no constituye una condición esencial para la validez de la actuación, así la circunstancia de que no aparezca la firma del auxiliar en la resolución en la cual se acusa al sindicado, da entender que éste no actuó en ella, o que por descuido no la firmó, pero no que no la avala, de ser así se habría dejado constancia en tal sentido; esta circunstancia, la falta de la firma, constituye ciertamente una irregularidad, pero de carácter formal que no tiene fuerza para generar la invalidez de la actuación".

En cuanto a la notificación de la resolución de acusación, ninguna irregularidad se cometió, pues al sindicado detenido se le notificó personalmente y al defensor por estado, por lo que no existe violación del debido proceso y del derecho a la defensa. Igual comentario debe hacerse frente al auto que negó pruebas, concretamente la ampliación del testimonio de Dora Luz Cruz y el dictamen psiquiátrico, en razón a que la circunstancia de que la providencia diga simplemente "cúmplase" no desnaturaliza su carácter de interlocutoria y, por tanto, es susceptible de los recursos de ley.

Así mismo argumenta que las razones expuestas por el funcionario judicial para negarlas fueron legales y válidas, ya que es a él al que le corresponde determinar su procedencia dentro de los parámetros del artículo 250 del C. de P. P.

En cuanto atañe a la omisión de la declaración de Dora Luz Cruz, la transcripción de unos casetes y el peritaje para establecer si el procesado era zurdo, diestro o ambidextro, no obstante haber sido decretadas, censura al

demandante que no haya demostrado su incidencia frente a las conclusiones del fallo, sin que, por otra parte, se vislumbre que podían modificar la situación del procesado, pues Dora Luz ya había declarado en dos ocasiones y los casetes se referían a las versiones de Harold Pulgarín y Ricardo Velásquez quienes declararon directamente ante el instructor. Además, su no incorporación no fue por la desidia del funcionario, sino que, respecto a la última de las probanzas citadas, no existía el experto que pudiera realizarla.

b) Acerca del cargo subsidiario

Conceptúa que el censor no cumplió con los parámetros técnicos, habida cuenta que "ataca en forma simultánea por error de hecho y error de derecho, y no se detiene en la vía por la cual se llegó a ellos. Esta mixtura de ataques no es admisible dentro de un mismo cargo, dado que cada tipo de error tiene un fundamento y alcance diferente, por lo que se hace imperativo realizarlos de manera independiente".

Dice que los ataques se quedaron en un simple enunciado, pues, como si se tratara de una tercera instancia, el censor "intenta contraponer su personal punto de vista frente a la valoración de las pruebas que hace el juzgador, no se encuentra en el libelo un desarrollo lógico jurídico que conduzca desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña la sentencia de segunda instancia".

Por otra parte, en cuanto a los reconocimientos fotográficos efectuados por Ricardo Velásquez y Patricia Sepúlveda, dice que son parte de su declaración y no una prueba independiente, por lo que no se pueden exigir los requisitos del artículo 369 del C. de P. P.

En cuanto al reconocimiento efectuado por Harold Pulgarín dice que por la razones que aduce el demandante, sin demostrar falla alguna, pudo ser cuestionado por falso juicio de identidad pero no de legalidad, como lo hizo.

Ahora bien, frente al testimonio del citado Pulgarín es cierto, acota, que fue juramentado e interrogado por un Técnico Judicial y no por el funcionario judicial, lo cual lo hace inválido. Pero como fue ampliado con el lleno de las formalidades legales y luego se efectuó reconocimiento en fila de personas, la irregularidad se tornó intranscendente.

En lo concerniente a los testimonios de Nelson Rojas, Edwin Jaramillo, Jesús Tovar y Carmen Elisa Velásquez, asevera que no demostró los falsos juicio de identidad denunciados.

En cuanto al falso juicio de existencia por omisión con respecto a varios testimonios y al análisis balístico, señala que no demostró su trascendencia, esto es, cómo de no haberse omitido tales medios de convicción, otro hubiera sido el sentido de la sentencia.

Así mismo, que no es cierto que hubieran sido ignorados, sino que fueron apreciados en conjunto, para concluir que no tenían la fuerza suficiente para desvirtuar las que incriminaban a Juan Carlos Rivas.

Termina concluyendo que a pesar de los esfuerzos de libelista para referirse a toda la prueba, no logra resquebrajar los fundamentos lógico-jurídicos de la sentencia, por lo que sugiere a la Sala no casarla.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo:

Al amparo de la causal tercera, el censor acusa al Tribunal de haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, por cuanto se "estructuran las causales segunda y tercera del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal", esto es, existen irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y el derecho de defensa.

Razón le asiste al Procurador Delegado cuando conceptúa que el reproche adolece de protuberantes desaciertos técnicos que lo condenan al fracaso.

En efecto, al interior del mismo reproche aduce vulneración de las garantías de la defensa y del debido proceso, las que, al tenor de la argumentación expuesta, han debido ser objeto de censuras separadas, en acatamiento al principio de autonomía de los cargos, que rige este extraordinario recurso; y, además, teniendo en cuenta el alcance de la invalidez frente al proceso, ha debido señalar cuál era principal y cuál subsidiario.

Además, no dice cuál es la actuación que debe invalidarse en virtud del vicio, limitándose a aseverar que solicita a la Sala declarar "en cuál estado queda el proceso".

Sin embargo, no son esas las únicas fallas del libelo, sino que no distingue entre error de estructura y error garantía, pues hay irregularidades que aduce por los dos motivos de nulidad, como ocurre con la imposibilidad de que la testigo de cargo Dora Luz Cruz fuera contrainterrogada por la defensa. Así mismo, plantea como vicios de estructura, presuntas informalidades atinentes al derecho de defensa, como la imposibilidad de asistir al interrogatorio de los testigos de cargo, por falta de citación.

Por otra parte, la falta de claridad y precisión del libelo también se pone de presente si se considera que la alegada imposibilidad de contrainterrogar a los testigos de cargo, concretamente en lo relacionado con Dora Luz Cruz, también la postula por la causal primera, por error de derecho por falso juicio de legalidad.

Finalmente, el casacionista se limita a enunciar una serie de irregularidades que según su parecer se cometieron por el fallador, pero sin demostrar su incidencia, esto es, cómo se afectó la estructura del proceso o la garantía de defensa del procesado.

Aunque los anteriores yerros en la confección del libelo serían suficientes para rechazar el cargo, de todas maneras no es cierto que la sentencia se haya proferido en un juicio viciado de nulidad, como se entra a analizar, así:

1°. En cuanto a que se practicaron pruebas antes de ser vinculado Rivas Molina al proceso, entre ellas el testimonio de Dora Luz Cruz, sin que se atendiera su petición de ser declarado persona ausente y nombrarle defensor de oficio, para poder ejercer el derecho de contradicción, además de que el impugnante no demuestra cómo esa supuesta informalidad pudo socavar la estructura del proceso, cómo lo denuncia, no aparece que en ninguna irregularidad se haya incurrido, pues no sería razonable y redundaría en contra del éxito de la investigación, por la urgencia que requiere, y de la eficacia de la administración de justicia, que sólo se pudieran practicar pruebas después de la vinculación del procesado.

Es evidente que en un Estado social democrático de derecho, la verdad no se puede investigar a cualquier precio, pero también lo es que su búsqueda, finalidad fundamental del proceso, como método de reconstrucción histórica, no se puede sacrificar frente a un pretendido derecho de contradicción que se podrá ejercer ampliamente a lo largo de la actuación. Además, la ley expresamente autoriza la práctica de pruebas antes de la vinculación de una persona como procesada, razón de más para pensar que no puede haber ninguna irregularidad (art. 319 y 323 del C. de P. P.).

Por otra parte, si el ahora condenado quería comparecer lo más pronto al proceso a defenderse, ha debido presentarse ó solicitar la indagatoria y no huir al exterior, como lo reconoce.

Finalmente, el Fiscal ajustó la actuación a la ley, pues una vez abrió investigación e individualizó el presunto autor, ordenó su captura, para recibirle indagatoria (art. 375, ibidem).

2°. En lo referente a que una vez capturado e indagado Rivas, el defensor deprecó que se señalara fecha y hora para la práctica de las diligencias y se le citara para intervenir en las mismas y contrainterrogar a los testigos, lo que no se hizo, tampoco evidencia cómo esa alegada informalidad socavó la estructura del proceso, como lo postula

Más aún, si inferimos que el libelista quiso referirse a la vulneración del derecho de defensa, tampoco muestra cómo fue desconocido, ni cuáles fueron las preguntas que dejó de formular y que habrían cambiado el sentido del fallo. Pero, por otra parte, no se entiende que existiendo defensor principal y suplente, que habiéndose anexado varias de las boletas de comparendo al diligenciamiento y que teniendo el deber de estar pendientes de la actuación, no se hubieran enterado de las fechas de las diligencias.

Así mismo, *el derecho de contradicción no está reducido al contrainterrogatorio de los testigos, sino que tiene un ámbito mucho más amplio y se ejerce también cuando el elemento de convicción se critica en sí mismo y con respecto al resto del material probatorio, cuando se solicitan pruebas, cuando se impugna, cuando se alega, etc.*

3°. En lo concerniente a que no se tramitó en debida forma el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de octubre 11 de 1994, que denegó

la práctica de una prueba y que fue declarado desierto, tampoco evidenció el demandante cómo ésta alegada informalidad resquebrajó la estructura del proceso, máxime cuando el defensor desistió del mismo y el procesado no lo sustento.

4°. En lo atinente a que en la resolución de acusación no existe sello en la firma del fiscal y no aparece la firma de la auxiliar, no señala el casacionista de qué manera se afectaron las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento y el único remedio sea declarar la nulidad, con mayor razón si se considera que la falta de sello no constituye vicio alguno, y que la segunda informalidad denunciada es intranscendente.

En cuanto a la infracción al derecho de defensa, además de los desatinos anotados, es preciso señalar lo siguiente:

1.- En lo referente a que se negó la fijación de fecha y hora para contrainterrogar a Dora Luz Cruz Yacuechime, por medio de un simple auto de sustanciación, cuando ha debido hacerse por providencia interlocutoria, nó es exacto que hubiera sido así, ya que como lo sostiene el Delegado, la circunstancia de anotar "cúmplase", no le cambia su naturaleza a una providencia que fue debidamente motivada. Además, el reproche queda en el enunciado, pues no dice el censor cuáles fueron las preguntas que no pudo hacer y que hubieran cambiado el sentido de la declaración y del fallo.

Por otra parte, insiste la Sala, el derecho de contradicción no es reductivo y no se limita a poder contrainterrogar al testigo.

2.- En lo que respecta a que no se practicó la prueba tendiente a demostrar si el procesado era diestro, siniestro o ambidextro, además de que no se demuestra su trascendencia, tampoco hay informalidad imputable a las instancias, ya que aunque se decretó no se pudo llevar a cabo por falta de un experto en la materia.

3°.- En lo relacionado con la no práctica de una prueba psiquiátrica al procesado, tampoco hay informalidad, pues el Fiscal, dentro de la discrecionalidad que le da la ley para rechazar las pruebas inconducentes o impertinentes, la negó por considerar que no había elemento de juicio que indicara que en el momento de ejecutar la conducta Rivas Molina era inimputable, a lo que se debe añadir que nunca aceptó haber sido el autor del hecho.

4.- Finalmente, en lo que atañe con la no transcripción de unos casetes, tampoco se demuestra su incidencia, es decir, cómo de haberse efectuado la transcripción, el sentido del fallo hubiese sido favorable al acusado. Por otra parte, la alegada informalidad aparece inane, pues tales grabaciones se refieren a las declaraciones de Harold Pulgarín y Ricardo Velásquez, que testificaron directamente ante el Fiscal.

El cargo no prospera.

Segundo cargo:

Esta censura que el recurrente enruta por los senderos de la causal primera, habida cuenta que el Tribunal violó indirectamente la ley sustancial, por errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de la prueba, lo que lo llevó a aplicar indebidamente los artículos 30 de la ley 40 de 1993 y el 1° del Decreto 3664 de 1986, también adolece de errores en su construcción y fundamentación que dan al traste con la censura, así:

1°. En cuanto a que se incurrió en error de derecho al no permitirse al defensor contrainterrogar a Dora Luz Cruz Yacuechime, no sólo no se indica el falso juicio que lo determinó, si de legalidad o convicción, sino que también se invoca por la causal tercera, en forma equívoca e imprecisa, como ya se analizó.

2°. En lo que respecta a la crítica que efectúa al reconocimiento fotográfico efectuado por Ricardo Velásquez, no indica la naturaleza del error ni el falso juicio que lo determinó, ni su incidencia.

3°. En lo relacionado con el error de derecho que denuncia en lo atinente al reconocimiento fotográfico efectuado por Jorge Enrique Mosquera y al testimonio rendido por él, no dice cuál fue el falso juicio que lo determinó y, además, se desvía a la causal tercera, cuando argumenta que se violó el debido proceso y el derecho de defensa, pues no se permitió al defensor contrainterrogarlo, desconociendo el principio de autonomía de las causales.

4°. En lo concerniente al testimonio de Harold Pulgarín, incurre en ostensible contradicción, pues con relación a este elemento de convicción alega, a la par y dentro del mismo cargo, error de hecho por tergiversación de la prueba y error de derecho, sin percatarse que son inconciliables, pues en el primero se acepta la legalidad en la aducción de la prueba y su validez jurídica, en tanto que en el segundo se niega su existencia jurídica.

5°. En lo referente a la declaración de Patricia Sepúlveda, en cuya apreciación asevera se incurrió en error de derecho, tampoco señala el falso juicio que lo determinó y se desvía a la causal tercera, cuando afirma que se desconoció el principio de contradicción.

6°. En cuanto a los testimonios de Nelson Rojas, Edwin Jaramillo, Jesús Tovar y Carmen Elisa Vásquez, quienes sostienen que el autor del hecho no fue Rivas Molina, denuncia el casacionista error de hecho, pero no lo demuestra, limitándose a oponerse a la credibilidad negada por el fallador a los mismos.

7°. Finalmente, en lo atinente al error de hecho que acusa con referencia a las personas que informan que en el momento del insuceso el procesado se encontraba en otro lugar y de los que dice fueron ignoradas por el Tribunal, tampoco demuestra desatino sino que el recurrente simplemente se opone a la credibilidad negada a tales elementos de convicción, en el análisis conjunto de la prueba y conforme a los principios de la sana crítica.

EL CARGO NO PROSPERA.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese y devuélvase a la oficina 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 (No hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PREVARICATO - Elemento subjetivo

El delito de prevaricato (art. 149 C.P.) no exige que la decisión manifiestamente ilegal se anime de la voluntad de hacer mal o de favorecer, o tenga esa connotación o móvil; basta que el funcionario decida en contra de la evidencia procesal y de la ley con el conocimiento y la voluntad de que así procede, correspondientes, para que sea dable hablar de prevaricato.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No.199 Proceso N° 14017

Por apelación interpuesta por el defensor de Miguel Angel Anzoátegui Morillo, revisa la Sala la sentencia de octubre 29 de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena condenó a dicho procesado a 18 meses de prisión por el delito de prevaricato activo cometido cuando se desempeñaba como juez 3º de Instrucción Criminal de dicha ciudad.

Al referido acusado se le concedió la condena de ejecución condicional.

ANTECEDENTES

LOS HECHOS

1.- Aproximadamente en el año de 1963 Gonzalo Zúñiga Torres entregó a su hermano Rafael una "casa-finca ubicada en la subida al Cerro de la Popa" de la ciudad de Cartagena, con el fin de que este último residiera allí con su mujer María Petronila Pardo y sus hijos Rafael Gonzalo y Luis Eduardo Zúñiga Pardo.

Dicha familia vivió allí hasta que en Julio 20 de 1989 falleció Rafael Zúñiga Torres, por lo que a partir de entonces Gonzalo empezó a presionar a los Zúñiga Pardo para que abandonaran el inmueble. Rafael Gonzalo Zúñiga Pardo se fue a vivir aparte y la propiedad de la casa-finca en cabeza de Gonzalo Zúñiga Torres, empezó a ser cuestionada por los Zúñiga Pardo, quienes así se lo hicieron saber a aquél por escrito (fl. 14 Anexo 5), quien respondió

en carta de Junio 14 de 1991 (fl. 17 id.) dirigida a "María Pardo Vda. de Zúñiga".

"...Toca advertir a ti, a Eduardo y Jorge que desde la muerte de mi hermano Rafael celebré contrato de arrendamiento con Rafael Zúñiga Pardo, quien cumplió la orden de su padre al respecto. Como ese contrato de arrendamiento no lo ha podido cumplir Rafael, pues me adeuda más de 8 meses de canon de arriendo, he instaurado contra él la respectiva acción judicial de lanzamiento".

"En esas circunstancias les solicito, con mucha pena, como ya se lo notifiqué judicialmente a Rafael, la desocupación de la casa, ya que voy a someterla a reparación total para que la habite mi hija María Victoria luego de su próximo matrimonio. Les doy plazo de 30 días para desocupar a partir de la fecha, esta casa" (se subraya).

Efectivamente, a folio 19 aparece el formato No. VU- 3656633, "papel documentario Minerva", en el cual se elaboró el contrato de arrendamiento de fecha enero 16 de 1989, entre los citados Gonzalo Zúñiga Torres y su sobrino Rafael Gonzalo Zúñiga Pardo, a través del cual se arrienda la referida "casa y el lote donde está construida" por la suma de $30.000.oo. Igualmente allí se dice que "este contrato reemplaza a uno verbal que existía desde 1975".

- El mismo citado junio 14 de 1991, Gonzalo Zúñiga Torres da poder a un abogado para que inicie el respectivo proceso de lanzamiento "contra Rafael Zúñiga Pardo" (fl.1 cdno. No. 4), presentándose la respectiva demanda ante el Juzgado 7ª Civil Municipal de Cartagena. Los residentes en el inmueble, María Petronila y Luis Eduardo Zúñiga Pardo, por conducto de abogado, tacharon de falso el referido contrato (fls.8 y 9) y se dictó sentencia de agosto 2 de 1991 (fl.11), mediante la cual se decretó el lanzamiento pedido.

En la diligencia de "restitución" del inmueble (fl.18), Luis Eduardo Zúñiga Pardo estuvo en contra de la misma oposición que no le fue aceptada por ser "beneficiario" del contrato, como hermano de Rafael Gonzalo, quien, como se vio, ya no residía allí.

2.- Frente a este resultado, María Petronila Pardo y Luis Eduardo Zúñiga Pardo formularon denuncia penal el 15 de julio de 1991 contra Gonzalo Zúñiga Torres y Rafael Gonzalo Zúñiga Pardo, por los delitos de fraude procesal y estafa (fl. 1 Anexo 5).

El Juzgado 3º de Instrucción Criminal de Cartagena, a cargo del doctor Miguel Anzoategui Morillo, abrió la investigación (fl. 21) y el 2 de agosto de 1991 recibió de Legis la siguiente respuesta (fl. 29).

"Le estamos certificando que la Referencia Formas Minerva 55-01 Nro. VU-3656633 fue procesada con nuestra Orden de Producción 20826 y se entregó en bodega de Producto Terminado el 14 de marzo de 1991" (se subraya).

Practicadas varias pruebas, el apoderado de la parte civil solicitó el proferimiento de la medida asegurativa pertinente (fl. 60), pero el juzgado se abstuvo de decretársela por medio de auto de noviembre 18 de 1991 (fl. 66).

Se llevaron a cabo otras diligencias, se cerró investigación, el apoderado de la parte civil pidió acusación (fls.110 a 116), y el Juzgado cesó procedimiento en auto de marzo 2 de 1992 (fl.125 cit. Anexo 5).

La parte civil apeló esa decisión y anotó que no le parecía posible que el señor juez hubiese sido "tan ciego" al ignorar la evidencia probatoria (fl.133).

Ya en vigencia la Fiscalía General de la Nación, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal conoció en segunda instancia y, mediante resolución de agosto 12 de 1992 (fl. 126 Anexo 3), revocó la providencia anterior y acusó a los sindicados por los delitos de falsedad y fraude procesal previstos en los artículos 221 y 182 del Código Penal.

Con algunas modificaciones, el Tribunal de Cartagena confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito y condenó a Gonzalo Zúñiga Torres y Rafael Gonzalo Zúñiga Pardo a 18 meses de prisión por el delito de falsedad, el cual, estimó, "absorbía" el de fraude procesal y con éste formaba un concurso aparente de infracciones (Anexo 4).

3.- Luis Eduardo Zúñiga Pardo procedió entonces a denunciar al Juez Doctor Anzoátegui Morillo (fl.1 cdno. Nro.1), iniciándose así el proceso que terminó con la sentencia condenatoria objeto ahora de apelación ante la Corte.

La sentencia impugnada

Dicha providencia, proferida en armonía con la resolución acusatoria de septiembre 29 de 1995, considera sustancialmente:

1.- Al decidir la cesación de procedimiento objeto de reproche, el procesado se dedicó a analizar los aspectos de la posesión y la propiedad del inmueble, aspectos que no eran de trascendencia para la investigación penal que se adelantaba, porque en ella lo "importante era demostrar el empleo del documento reputado de falso, para inducir en error al Juez Civil. Es decir si se utilizó el contrato de arrendamiento como maniobra fraudulenta para recuperar el inmueble de quienes lo tenían" (fl.78).

2. Se le dio credibilidad a los dichos de los sindicados, no obstante sus "visibles inconsistencias" (Id), pues no es cierto que el referido contrato remplaza otro por escrito, sino uno de carácter verbal y, además, en el mencionado contrato que sirvió para engañar al Juez 7º Civil Municipal, aparte de consignarse mentiras, se lo hace aparecer con fecha 16 de enero de 1989, cuando el respectivo formato "Sólo salió al comercio en marzo de 1991, tal como lo certificó Legis" (fl.80)

3.- Dice el procesado Rafael Gonzalo Zúñiga Pardo que el contrato se autenticó, lo cual no es cierto, "pues de haberse llevado a la Notaría, el Juez

Civil Municipal que conoció del proceso de lanzamiento, hubiera apreciado la disparidad entre la fecha de autenticación y la de celebración del referido contrato que aparece en el documento" (fl. cit. infra).

4.- El documento de contrato se hizo en términos mentirosos para probar que el demandado Zúñiga Pardo se encontraba en mora (fl. 81), pero la realidad procesal muestra que éste ya no residía en el inmueble respectivo y que fue su hermano Luis Eduardo quien se hizo presente en la diligencia de restitución del bien, todo lo cual "Se convierte en otro hecho indicador de que la elaboración del contrato de arrendamiento se efectuó para utilizarlo dentro del proceso civil y lograr así obtener la salida del referido inmueble de la señora María Petronila Pardo y sus hijos Luis Eduardo y Jorge Alberto, quienes realmente lo habitaban" (fl. 83 infra.).

5. Siendo "Tan visibles" las pruebas en contra de los sindicados, la providencia censurada resulta manifiestamente ilegal, pues "una decisión de esa naturaleza exige certeza sobre la inexistencia de las infracciones" (fl. 89 y 90) y, además, "era de fácil entendimiento el texto del artículo 34 del Decreto 050 de 1987 entonces vigente, y la prueba arrimada a ese proceso claramente impedía la posibilidad de tomar la determinación adoptada por el Juez. Además el funcionario acusado tenía gran experiencia como administrador de Justicia puesto que venía desempeñando la actividad de juez desde el 1º de septiembre de 1979, según consta en el certificado expedido por la Secretaría del Tribunal Superior de Cartagena (Fol. 97, C.O.)". (fl. 93).

6.- Es cierto que el Tribunal revocó la sentencia de primera instancia y sólo condena por falsedad, pero estuvo de acuerdo en que se estructuraba el delito de fraude procesal al reunirse todos los elementos que integran dicha figura. Solo que estimó el delito de fraude procesal como un acto posterior copenado (fl.94).

"De todas maneras –concluye la sentencia impugnada— el Doctor Anzoátegui Morillo en la providencia calificatoria del sumario no entró a estudiar los punibles de falsedad y fraude procesal, sino que centralizó su análisis en aspectos como la de la existencia de un contrato verbal de arrendamiento, hecho que estaba demostrado y que no tenía trascendencia para el proceso penal adelantando. Por ende, no cabe alegar ahora las disímiles interpretaciones que los distintos funcionario han efectuado sobre la tipicidad de los comportamientos endilgados a Zúñiga Torres y Zúñiga Pardo, para invocar la ausencia de dolo frente al Prevaricato" (fl.cit). (sic).

La impugnación

Para pedir la revocación del fallo de primera instancia, argumenta el señor defensor del procesado:

Se está en presencia de un error judicial no de acto prevaricador (fl.114), porque al calificar el sumario con cesación de procedimiento se hizo con los mismos argumentos que el procesado adujo para abstenerse de proferir me-

dida de aseguramiento, circunstancia que no tuvo en cuenta el Tribunal en su sentencia y agrega que para el acusado era imprescindible analizar "que los denunciantes ni eran poseedores ni propietarios como afirmaban en su denuncia".(fl.115) tema éste que el acusado razonadamente hizo punto central de la cesación de procedimiento que se le reprocha, expuso las razones por las cuales pese a la inexactitud de la fecha en el contrato, no se configuraba la falsedad, el contrato no era mas que el reemplazo de un anterior, que a su vez se había efectuado para reemplazar uno verbal, lo que constituye una explicación posible, lógica y no contradicha por prueba alguna.

Atenido a la cita de un doctrinante añade que el funcionario "no debe forzar la resolución acusatoria" (fl.116), menos en este caso, donde el procesado no había encontrado mérito para proferir medida de aseguramiento, así que a lo sumo, el procesado habría incurrido en "una eventual negligencia" (fl.117). además de que los temas de la posesión y la propiedad no eran en momento alguno ajenos al caso resuelto.

Y sustentando el criterio del error invencible cita doctrina y jurisprudencia error de tipo afirmando que además de impedir en ese caso la afirmación del dolo en el actuar del proceso no se acredita la existencia de un relación de amistad, o de una especial consideración favorecedora de los sindicados.

Plantea también que por no existir la falsedad ni el fraude procesal que se proponían a la mesa de trabajo del doctor Anzoátegui Morillo (fl.120), no se puede afirmar que al cesar procedimiento hubiese incurrido en un delito de prevaricato.

En este sentido se ocupa de la simulación en el derecho civil, para decir que ella "podrá ser herramienta de delito cuando comporte un daño, como podría suceder en la estafa, mas no en el proceso que se analiza.

A ese respecto el Tribunal estima que la sentencia si tenía idoneidad para lanzar a cualquier morador por cuanto se exigía la desocupación del inmueble, apreciación de la cual discrepa el defensor, pues dice que aunque parezca paradójico se afinca en las mismas consideraciones jurídicas que expuso el juez civil cuando resaltó que, precisamente el proceso sólo tenía relevancia para los dos comprometidos, generándose legalmente con esa sentencia el arma en favor de los que denunciaron a su poderdante.

"La fecha de creación del papel no es parte del documento" (fl.122): "Si hoy como deudor suscribo una letra con dos años de antelación, porque conscientemente estoy reponiendo la letra que al acreedor se le extravió o deterioró, no cometo delito alguno de falsedad. Como no lo comete el magistrado que suscribe una decisión adoptada antes en unas hojas que solo fueron creadas días después" (fl.cit.).

Según el apelante, "Cuando el mismo contrato afirma que está reemplazando uno anterior deteriorado, nos está advirtiendo el por qué de la fecha posterior, y es ella la razón que diluye de inmediato el juicio de reproche. Que se exija que ha debido decir que el contrato reemplaza uno anterior que a su

vez reemplazó uno verbal es decir mucho y decir nada porque la falsedad no puede estribar en la omisión de la exacta referencia, porque entonces el reproche no responde exactamente al cargo que se hace en la medida en que se está admitiendo el supuesto de que si hubiese dicho toda esa leyenda histórica, a pesar de la fecha de creación del papel, indiscutiblemente no habría aun así repito, delito de falsedad". (fd).

Por ello se pregunta si puede el fraude procesal con un juez advertido de la verdad óntica a la que es indiferente? "se pregunta el impugnante a folio 122 infra, y acota que el juez sólo debe atenerse a La verdad cartular" (fl. 123 supra) y precisa que "la falsedad ideológica no era materia de sus decisiones", y agrega que no puede existir engaño sobre aspectos "Del todo irrelevantes" (id.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.- Un primer tema a observar: el impugnante basa buena parte de su alegato en personales afirmaciones, según las cuales los delitos de falsedad y fraude procesal que investigó el procesado Anzoátegui Morillo "no existían" o se exhibían como dudosos y permeables a diversas interpretaciones, hasta el punto que el fallar dicho caso el Tribunal únicamente consideró la existencia de la falsedad.

Pero no: ha insistido esta Sala en que las sentencias están amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad, y la que aquí se dictó consideró plenamente demostrados ambos referidos delitos contra la fe pública y la Administración de Justicia, haciéndose consistir el primero (falsedad material) en la elaboración total del documento contrato y, el segundo, en la utilización de éste para engañar al Juez 7o Civil Municipal y así lograr que se dictara una correspondiente sentencia de lanzamiento (fls.30 y ss. Anexo No. 4), producida la cual "Se agotó" el delito de fraude (fl.49 infra.).

En sentir del Tribunal, se trata en este caso de un concurso aparente entre esos dos delitos (fl. 50 a 58), en el que el fraude resulta "un acto posterior copenado" (fl. 58).

Dicha sentencia estuvo precedida de la resolución acusatoria, en la cual (fl. 126 Anexo 3) se dijo que como Gonzalo Zúñiga Torres no pudo, "por los medios legales", hacer que su cuñada y su sobrino (María Petronila y Luis Eduardo Zúñiga Pardo) abandonaran el inmueble, se valió de la complicidad de Rafael Gonzalo Zúñiga Pardo y procedió a elaborar, en 1991, el contrato de arrendamiento entre los dos, al cual se le colocó fecha de enero 16 de 1989, para en esas condiciones afirmar moroso al arrendatario y así proceder a la demanda correspondiente.

Igualmente la referida providencia acusatoria, puso de presente la certificación de Legis, las contradicciones de los sindicados y la carta de junio 14 de 1991 en la que Gonzalo Zúñiga Torres le dice a María Petronila que el contrato con Rafael Gonzalo lo celebró después de fallecido Rafael Zúñiga

Torres (20 de julio de 1989), pero ya se vio que el contrato exhibe fecha bastante anterior.

Así las cosas, en dicha acusación de segunda instancia se reitera que los mencionados hechos están demostrados "de manera tan evidente que es imposible dejar de apreciarlos" (fl.128, se subraya), calificando luego la delincuencia de "indubitable".

Esas tajantes afirmaciones precisamente se oponen de manera frontal a las que el juzgado aquí acusado hizo en la cesación de procedimiento que constituye el acto prevaricador por el cual viene condenado.

En efecto, como dice el fallo apelado, las consideraciones en que se basó la cesación de procedimiento son del todo impertinentes para sustentar tal decisión, como las que atañen a la posesión y a la propiedad del bien inmueble a restituir, y también –agrega en esta oportunidad la Sala— las concernientes a las "solemnidades que le imprimió el contrato a la relación contractual anterior" (fl. 128 Anexo 5), lo "explicable" que resulta la escogencia de su otro sobrino (Rafael Zúñiga Pardo) como su arrendatario, y la siguiente consideración en lo que atañe al documento contentivo del contrato.

"Al analizar este documento, se advierte que en él consta la aclaración pertinente de que con él se reemplaza a otro verbal que existía de antaño, y explican a la vez, que este nuevo sucedía a otro escrito que se había deteriorado.

Todo ello, es factible que hubiese sucedido así, por lo que el Juzgado no encuentra como (sic) alguno de que hubiese violación a la ley penal por parte de los aquí sindicados" (fl.129).

En definitiva, en dicha providencia el procesado no hizo ninguna consideración que tuviera que ver con los delitos revelados por la instrucción que calificaba. ¿Donde alguna referencia a que el contrato se elaboró en 1991, pero con fecha 1989, a la carta de junio 14 donde el demandante Gonzalo Zúñiga Torres le dice a María Petronila que celebró el contrato después de julio 20 de 1989 y a las flagrantes contradicciones y diferencias que, sobre aspectos esenciales, mostraron en sus indagatorias los sindicados Zúñiga Torres y Zúñiga Pardo?.

Ahora bien: ante semejante evidencia de hechos, ¿qué incidencia penal tiene en cabeza de quién estaba la posesión y/o la propiedad del inmueble, temas que casi copan los folios que terminaron en la cesación de procedimiento reprochada? De verdad que ninguna.

Esa manera tan ostensible como el acusado "desvió" las consideraciones sustento de su decisión, de verdad que no solo se opone rotundamente al "error judicial" a la "equivocación", a "la eventual negligencia", al "error invencible", al "error de tipo", sino que al contrario ponen en evidencia el dolo como inspiración de un malicioso actuar frente a la certeza de que la argumentación del caso no hubiese dado para decidir de la manera como aparece.

El acusado dejó enteramente de lado las pruebas que comprometían a los sindicados en los delitos investigados y se aplicó, reitérase, a análisis meramente "civiles" con respecto al contrato, a la simulación, a la no potencialidad de ésta para dañar porque no podía afectar a personas ajenas a los contratantes, [como si no estuviese obligado a ver que el inmueble le fue efectivamente restituido al apoderado del demandante (fl. 18 cdno. 4)] y a las referidas calidades de poseedor y propietario.

Así que, como dijo la acusación, por fraude y falsedad resultaba "imposible" no tener en cuenta la ya citada prueba de cargo, la cual finalmente arrojó certeza de que el contrato de arrendamiento fue "inventado" para demandar y así obtener el lanzamiento y la restitución que - también constaba en el proceso - pretendía Gonzalo Zúñiga Torres desde que su hermano Rafael falleció.

El anterior aserto se robustece si se considera que el acusado es juez desde el año de 1982 (fl. 97 cdno. 1), experiencia que torna menos aceptable el error alegado.

Al contrario, el dolo del acusado se pone más de manifiesto si se recuerda que tanto para la resolución de la situación jurídica, como para la calificación, ambas decisiones (finalmente favorecedoras de los sindicados Zúñiga) estuvieron presididas de sendos alegatos del apoderado de la parte civil en los cuales resaltaba contundentemente de la prueba de cargo, en términos de hacer "imposible" pasarla desapercibida, ya que con esa actividad el apoderado habría sacado al procesado del descuido o del error que alega el impugnante.

Dice el recurrente que en el primero de esos autos (el que se abstuvo de imponer medida de aseguramiento) el procesado Anzoátegui Morillo dio los mismos argumentos luego expuestos para cesar procedimiento, lo cual, mostraría la falta de dolo. Pero la Sala piensa lo contrario, es decir, que en las concretas circunstancias anotadas, esa decisión antecedente lleva es a confirmar la malicia de la actuación, aparte de que se trata de momentos procesales diversos, no exigiéndose en el primero de ellos "plena prueba" para una u otra decisión, requisito que sí es propio de la cesación de procedimiento.

2. En otro aspecto, que no diga nada el proceso sobre "la amistad" entre los sindicados Zúñiga y el juez Anzoátegui Morillo, es argumento del impugnante que deviene inane, pues el *delito de prevaricato (art. 149 C.P.) no exige que la decisión manifiestamente ilegal se anime de la voluntad de hacer mal o de favorecer, o tenga esa connotación o móvil; basta que el funcionario decida en contra de la evidencia procesal y de la ley con el conocimiento y la voluntad de que así procede, correspondientes, para que sea dable hablar de prevaricato.*

En suma, se ve claro que los ataques hechos a la sentencia que se revisa, no logran ni en mínimo grado debilitar el sustento de "certeza" inherente a la misma, que, por tal motivo, recibirá en esta instancia confirmación.

Hallándose ya el expediente al Despacho del Magistrado Sustanciador, el funcionario acusado hizo llegar un sentido escrito en el que solicita que la decisión de instancia se profiera a su favor, tomando en cuenta sus invariables explicaciones procesales, reconociéndole su buen comportamiento anterior y por ende que los hechos imputados son el fruto de un error, nunca de la mala fe.

La sola extemporaneidad del escrito impediría considerar la alegación adicional del procesado, como que hacerlo redundaría en un desequilibrio de partes, dado que los demás intervinientes no tuvieron ocasión de conocer esta argumentación del proponente. Adicionalmente se dirá que las inquietudes del memorialista hallan respuesta en la invocación que de la prueba analizada se realizó. Teniendo en cuenta que por ministerio de la Ley, le es obligado al Juez - en este caso a la Corte - analizar la prueba en su conjunto y no tan solo la que beneficie o desmejore la situación del procesado, análisis conjunto que trasunta decisión que ha sido ya enunciada.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo recurrido.

2.- Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar (No hay firma), *Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CARGOS EXCLUYENTES-Técnica/ **TESTIMONIO**-Retractación

1. El reconocimiento de la causal de inculpabilidad alegada por el recurrente implica aceptar no solo la plena demostración de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta atribuida al procesado, sino también la certeza sobre la existencia misma del motivo de inculpabilidad invocado. Por ello, no es posible, sin que se violenten las leyes de la lógica, alegar simultáneamente la existencia de dudas sobre estos mismos tópicos, para solicitar con base en ellas la absolución del incriminado. Dado el carácter excluyente de dichos reproches, se imponía no solamente formularlos de manera separada, sino en forma subsidiaria, ya que es imposible su prosperidad coetánea.

2. No es cierto que ante las reglas de la sana crítica la retractación del testigo imponga necesariamente el que se descarte de plano dicho medio probatorio. En reciente pronunciamiento la Sala indicó que " ... la retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso (....) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas . No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa..." (Casación. mayo 25 de 1999, Rad. 12855, M. P. Dr. Carlos E. Mejía E.)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999)

Magistrado Ponente Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 11429

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Belarmino Velasco contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, el 23 de agosto de 1995, mediante la cual confirmó la del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, fechada el 6 de junio de 1995, que lo condenó a la pena principal de 26 años de prisión, multa de $2.000.00, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término de 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio simple y lesiones personales culposas, en las personas de Pedro Miguel Vargas, Carlos Arturo Villamil y Agustín Quintero, respectivamente, en concurso con el punible de porte ilegal de armas de defensa personal.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente se declaró ajustada la demanda a las exigencias legales.

Corrido el respectivo traslado, el Procurador Primero Delegado en lo penal solicitó no casar el fallo recurrido. Corresponde a la Sala, ahora, decidir de fondo sobre el asunto.

HECHOS

El 10 de julio de 1994 Pedro Miguel Vargas se encontraba departiendo y tomando licor con varios amigos en la cafetería de propiedad de Luz Dary Rodríguez, localizada cerca de la plaza de mercado del municipio de Ubaté. Aproximadamente a las 8:30 p. m., Pedro Miguel Vargas salió a la calle, sin haberse despedido de sus compañeros; segundos después, cuando apenas se había alejado unos pocos metros del citado establecimiento, recibió 4 impactos de proyectiles de arma de fuego disparada por Belarmino Velasco, a cuya consecuencia falleció esa misma noche en el hospital municipal. Los señores Carlos Arturo Villamil Alarcón y Juan Agustín Quintero, quienes se encontraban esa noche a pocos metros del lugar de los hechos, también resultaron heridos a consecuencia de los disparos efectuados por Belarmino Velasco. Este último fue retenido por la policía gracias a la oportuna intervención de Otoniel Cáceres Estupiñan, quien al escuchar los disparos salió del establecimiento y vio a su amigo Pedro Miguel herido y caído en el suelo, y como Belarmino Velasco se alejaba del lugar portando el revólver en su mano, corrió tras de él, impidiendo que huyera.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con base en el informe de la policía, mediante el cual pone a disposición al capturado Belarmino Velasco y el arma de fuego decomisada, la Unidad de Fiscalía de Ubaté decretó la apertura de instrucción criminal el 11 de julio de 1994. Una vez escuchado el imputado en diligencia de indagatoria y practicadas varias pruebas, la misma Fiscalía le define la situación jurídica el 18 de julio siguiente, afectándolo con medida de detención preventiva.

Cerrada la investigación el 5 de octubre de 1994, el mérito del sumario se calificó con resolución de acusación en contra del procesado como autor responsable de los delitos de homicidio simple en la persona de Pedro Miguel Vargas Vargas, lesiones personales culposas causadas a Carlos Arturo Villamil y Juan Agustín Quintero, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, mediante proveído de noviembre 16 de 1994. Apelada como fuera esta decisión por el defensor del incriminado, la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé y Cundinamarca la confirmó el 22 de diciembre de 1994.

En la etapa del juicio le correspondió conocer al Juzgado Penal del Circuito de Ubaté, donde el 23 de mayo de 1995, una vez practicados diversos elementos de convicción, se realizó la vista pública. El 6 de junio de 1995 el citado Juzgado Penal del Circuito dictó sentencia de primera instancia, en la que condenó a Belarmino Velasco a la pena principal de 26 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de 10 años, como autor responsable del concurso de delitos de homicidio simple, lesiones personales culposas, y porte ilegal de armas de defensa personal, providencia ésta que fue recurrida en apelación y confirmada el 23 de agosto de 1995, por la Sala de decisión Penal del tribunal Superior de Cundinamarca.

LA DEMANDA

1. El impugnante ataca el fallo de segundo grado al amparo de la causal de casación consagrada en el inciso segundo del numeral 1º. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Formula un único cargo: *" Es la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho en la apreciación de las pruebas por tergiversación o distorsión a el sentido de las mismas"* (sic); cita los artículos 40 -1 del Código penal y 445 del Código de procedimiento penal, como las normas sustanciales violadas.

2. Para sustentar el reproche hace un análisis de la prueba testimonial recaudada, y concluye que el juicio de responsabilidad que se hace en la sentencia se fundamenta en las declaraciones de Otoniel Cáceres y Reinaldo Quintero, toda vez que, como lo reconocen los falladores de instancia, ninguno de los otros testigos, ni los mismos heridos, *" se percató directamente del momento de los tiros, quién los produjo, ni en cuáles circunstancias"*

2.1. En seguida, se propone demostrar que en relación con estos dos testimonios *"se incurre en error de hecho porque se tergiversan o distorsionan el sentido de la prueba ya que se hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto"*.

Para ello transcribe la parte de la injurada en la que el procesado hace sus descargos, en el sentido de que fue abordado por el occiso, cuando se encontraba cerca de unas cafeterías esperando una buseta para irse para la casa, quien intentó atracarlo con un revólver, y como él le agarró el arma con ambas manos, ésta se disparó en el forcejeo, con las consecuencias fatales

que hoy se conocen. Luego, cuando quiso dirigirse hacia la policía para entregar el arma y contar lo sucedido, llegó un compañero del primer sujeto, quien lo agarró para quitarle el revólver, y en ese preciso momento se hizo presente la policía.

Señala que esta versión del procesado debe tenerse como cierta mientras no aparezca prueba que la desvirtúe.

2.2. Y precisamente es lo que no logran, según el recurrente, los citados testimonios de Otoniel Cáceres y Reinaldo Quintero Rodríguez.

2.2.1. El primero porque, como él mismo lo señala expresamente en su declaración, no vio cuando el arma fue disparada. Solo escuchó los disparos, y cuando salió a la calle observó a varios metros de distancia que el otro iba hacia arriba para la Rápido del Carmen, a paso ligero, con el revólver en la mano. Es decir *"este testigo no observó... el momento preciso y las circunstancias en que se producen los disparos (...) no desmiente o contradice lo afirmado por Belarmino Velasco..."*

2.2.2. Del segundo, Reinaldo Quintero Rodríguez, dice que es el único testigo de cargo, el que incrimina directamente al procesado, pero no se le puede creer porque se trata de una persona mentirosa, como el mismo testigo lo reconoce en su segunda versión, la rendida el 9 de marzo de 1995, cuando asegura que en su primera declaración, del 11 de julio de 1994, mintió por presiones y amenazas que le hiciera un tal Julio César Torres, pero realmente no vio cuando sucedieron los disparos, sólo los escuchó, y además afirma que a quien le había visto el arma fue *"al hombre que salió de aquí, al muerto"*.

Asegura el casacionista que ante las reglas de la sana crítica del testimonio, este testigo perdió toda credibilidad. Le reprocha al sentenciador haber dividido ese testimonio, que se recibiera en dos oportunidades, dándole credibilidad a la primera versión, y descartando la segunda. Concluye que *"Incurre la sentencia de segunda instancia en un error manifiesto en la interpretación de esta prueba, lo que se ha debido hacer es restarle todo valor a ésta declaración..."*.

De no haberse incurrido en dicho error de hecho, la sentencia hubiese sido de carácter absolutorio, por no haberse desvirtuado los descargos del procesado, debiéndose reconocer la causal de inculpabilidad prevista en el artículo 40-1 del C. P.

Pero de no creérsele al sindicado, se habría llegado a la duda, en el análisis de la prueba, y en consecuencia, a la aplicación del in dubio pro reo de que trata el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

3. Cuestiona igualmente la valoración que el tribunal le da al dictamen pericial de balística, pues considera que incurre en el error de darle pleno valor probatorio, ya que dicho medio probatorio también debía ser analizado a la luz de las reglas de la sana crítica.

3.1. Transcribe las preguntas que se le formularan al perito y las respuestas que éste le suministra a la justicia, para demostrar que los fundamentos de las mismas son subjetivos, pues es la lógica del perito la que lo lleva a inferir las conclusiones acerca de la imposibilidad de que durante un forcejeo se pudiera hacer más de un disparo: también sus inferencias relacionadas con la trayectoria de los proyectiles y la distancia en que se producen los disparos, se basan en meras posibilidades, y lo que es posible puede ser o no ser; y mediante posibilidades no se llega a la certeza, sino a la duda.

En conclusión, "*El error en la apreciación de las pruebas, es de manifiesto en el proceso, este error condujo a la violación del artículo 40 numeral primero del Código Penal, y al artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, debiéndose casar la sentencia de segunda instancia, y en su lugar dictar la sentencia de reemplazo, absolviendo al sindicado...*".

Concepto de Ministerio Público

1. El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que las pretensiones del demandante no pueden ser acogidas, en razón a los evidentes yerros de técnica que presenta la censura.

1.1. En un solo cargo el libelista plantea la presunta transgresión al artículo 40-1 del C. P., y al mismo tiempo la violación del artículo 445 del C. de P. P., ataques que considera excluyentes, y por lo tanto debían presentarse separadamente y de manera subsidiaria.

Al solicitar la aplicación de la causal de inculpabilidad del citado artículo 40-1 del C. P. (por caso fortuito o fuerza mayor) en favor del procesado, está reconociendo que realizó conducta típica y antijurídica, mas no culpable. Pero al invocar el artículo 445 del C. de P. P., parte de la existencia de dudas sobre la culpabilidad del acusado. Cada uno de estos ataques debe tener su propia fundamentación y capacidad para anular o casar la sentencia, y debe ser planteado por separado y de manera subsidiaria.

1.2. El error de hecho por falso juicio de identidad aducido por el actor es infundado, pues el juzgador en manera alguna tergiversó o distorsionó el contenido objetivo de las pruebas señaladas por el impugnante. Señala que en el fondo lo que pretende el libelista es criticar el análisis y valoración que el fallador efectuó tanto de la indagatoria del procesado, como de los medios de convicción relacionados por aquél, lo cual no es de recibo en sede del recurso extraordinario. Recuerda que este recurso es una oportunidad para examinar problemas específicos de ilegalidad de la sentencia y de la aplicación del derecho objetivo en ella, pero no para abrir un nuevo debate sobre la prueba.

2. En cuanto a la causal de inculpabilidad invocada por el demandante, señala que ella no tiene ningún respaldo procesal. Las fotografías tomadas en la diligencia de inspección, la ubicación de las heridas, la trayectoria de

los proyectiles, y el dictamen del perito en balística, permiten descartarla de manera fundamentada, tal como lo hiciera el fallador.

3. Tampoco se puede aceptar el in dubio pro reo alegado por el casacionista, pues en el caso en estudio no ha habido duda del sentenciador, que es la única que cuenta frente a la legalidad de la sentencia, ya que ella no es objetiva - no está en la prueba - y la consideración subjetiva del demandante no suple la potestad judicial de valorar y conocer del fallador.

En consecuencia, considera que el cargo formulado por el impugnante debe desecharse. Solicita no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Tal como lo resalta el representante del Ministerio Público, la censura en estudio presenta evidentes yerros de técnica, que tornan imprósperas las pretensiones del impugnante.

1.1. Si bien es permitido formular cargos excluyentes, éstos deben plantearse separadamente y de manera subsidiaria, al tenor del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, inciso 2º., numeral 4º. El censor hace caso omiso a este mandato legal, ya que dentro de un mismo y único cargo aduce la presunta violación de los artículos 40-1 del Código Penal, y 445 del Código de Procedimiento Penal, sin señalar, además, el sentido de dicha violación, si lo es por falta de aplicación o indebida aplicación, aspecto este que debe indicar el demandante, pues dichos sentidos tienen contenidos propios y diferenciables, que no le es dado a la Sala entrar a determinar o inferir, suplendo o complementando la actividad del censor, en virtud del principio de limitación que gobierna este extraordinario recurso.

El reconocimiento de la causal de inculpabilidad alegada por el recurrente implica aceptar no solo la plena demostración de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta atribuida al procesado, sino también la certeza sobre la existencia misma del motivo de inculpabilidad invocado. Por ello, no es posible, sin que se violenten las leyes de la lógica, alegar simultáneamente la existencia de dudas sobre estos mismos tópicos, para solicitar con base en ellas la absolución del incriminado. Dado el carácter excluyente de dichos reproches, se imponía no solamente formularlos de manera separada, sino en forma subsidiaria, ya que es imposible su prosperidad coetánea.

1.2. Aunque el censor no lo dice de manera expresa, el error de hecho que plantea en la apreciación de la prueba testimonial y de la indagatoria del procesado tiene que ver con la objetividad de su significación probatoria, esto es, se refiere a un error de hecho por falso juicio de identidad. Así se infiere de su enunciado: "*error de hecho en la apreciación de las pruebas por tergiversación o distorsión a el sentido de las mismas*" *(sic)*. Sin embargo, no desarrolla en forma técnica y precisa dicho cargo. Obsérvese que no indica ni demuestra en qué términos el sentenciador pudo haber distorsionado el elemento probatorio en su contenido fáctico: si le hace decir más de lo que su

texto reza , o menos de lo que su contenido encierra, o algo totalmente distinto de aquello que en realidad expresa.

La Sala ha señalado en forma reiterada que el error de hecho por falso juicio de identidad se produce cuando se distorsiona el contenido objetivo del medio probatorio, haciéndole decir lo que no dice. Quien lo propone en casación debe probarle a la Corte la tergiversación, señalando con claridad qué dice materialmente la prueba y qué fue lo que le hizo decir el juzgador. Se trata de una labor física de comparación de contenidos (el de la prueba vista en su propia objetividad con el contenido de ella expresado en la sentencia) y nunca de confrontación de valoraciones sobre la misma.

Precisamente el cargo inicialmente planteado bajo el supuesto error de hecho por falso juicio de identidad, devino, en su desarrollo, en un reproche a la valoración probatoria realizada en la sentencia. Pero en este evento, para la correcta presentación de la censura y su consiguiente estudio, no es suficiente la confrontación de los criterios personales acerca de la forma como debió haberse valorado la prueba, ni afirmaciones genéricas sobre la incidencia del supuesto yerro en el fallo atacado. Es necesario que el casacionista precise de qué manera la valoración hecha por el fallador desconoce los principios que informan la sana crítica (las reglas de la experiencia, de la lógica o las leyes de la ciencia), y cómo en relación con el conjunto probatorio, el error tiene la virtualidad de enervar los fundamentos de la sentencia. Nada de ello hace el libelista. Además sus críticas no solo aparecen vacías de demostración, sino que carecen de fundamento.

1.3. *No es cierto que ante las reglas de la sana crítica la retractación del testigo imponga necesariamente el que se descarte de plano dicho medio probatorio. En reciente pronunciamiento la Sala indicó que " ...la retractación no es por sí misma una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes. En esta materia, como en todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico, de comparación, a fin de establecer en cuál momento dijo el declarante la verdad en sus opuestas versiones. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, y este motivo debe ser apreciado por el Juez, para determinar si lo manifestado por el testigo es verosímil, obrando en consonancia con las demás comprobaciones del proceso (....) si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas . No se trata de una regla de la lógica, la ciencia o la experiencia, en consecuencia, que cuando un declarante se retracta, todo lo dicho en sus distintas intervenciones pierda eficacia demostrativa..."* (Casación, mayo 25 de 1999, Rad. 12855, M. P. Dr. Carlos E. Mejía E.)

No se trata que el sentenciador hubiera escindido el testimonio que se rindiera en dos oportunidades, para aceptar como cierta una parte, y declarar inverosímil la segunda. Sencillamente valoró las dos exposiciones a la luz del conjunto probatorio, y llegó de manera fundamentada a la conclu-

sión, según la cual el testigo sí mintió pero en la versión que suministrara ocho meses después de su primera declaración. Su primer testimonio, al día siguiente de ocurridos los hechos, es amplio, espontáneo y pormenorizado. Concuerda con lo indicado por lo otros testigos, con lo que revelan las fotografías y gráficas tomadas en la diligencia de inspección judicial, así como con el contenido y conclusiones del dictamen de balística.

1.4. Tampoco corresponde a la verdad la afirmación del libelista en el sentido de que los dos únicos testimonios de cargo, los de Reinaldo Quintero Rodríguez y Otoniel Cáceres, se hubieran analizado y valorado por el fallador de manera aislada, y no en su conjunto, a la luz de todo el haz probatorio, para inferir y demostrar así el presunto error de apreciación. No. El Tribunal hizo un análisis minucioso de todos y cada uno de los elementos de convicción obrantes en el plenario, y los valoró en su conjunto. Por el contrario, es el impugnante el que pretende valorar los dos testimonios por él mencionados, aislados del resto del caudal probatorio. Por ello, no hace mención al testimonio del agente de la policía Luis Antonio Reyes Romero (Cuaderno del Juzgado, fol. 76), quien de manera clara señala que al momento de la captura de Belarmino Velasco, le encontró en la cintura la "chapuza" en la que supuestamente cargaba el revólver, elemento este que fue enviado junto con el arma a la sección de criminalística del C.T.I., donde se estableció que el arma decomisada "casa perfectamente" en la referida "chapuza". Obsérvese que dicho testimonio fue recibido a los tres días de producirse la captura del incriminado, y como lo señala el fallador no hay motivo alguno para dudar de dicho testimonio. ¿Cómo aceptar que el procesado no portaba el arma, si en la cintura cargaba la "chapuza" donde ésta era guardada?

1.5. Igual sucede con la crítica que le hace el censor a la valoración que de la prueba pericial hace el fallador. No señala ni demuestra de qué manera dicha valoración desconoce los principios de la sana crítica. Además, falta a la verdad al señalar que los fundamentos del dictamen son meramente subjetivos. El propio recurrente se contradice, pues a renglón seguido afirma que dicho dictamen reúne plenamente todos los requisitos del artículo 267 del C. de P. P. : "de ser claro, preciso y detallado, que en él se expliquen los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos de las conclusiones". Olvida que fueron los mismos testigos y el procesado, quienes le suministraron la información al despacho en relación con la distancias, las posiciones, las circunstancias del forcejeo, etc. y que las conclusiones concuerdan con la ubicación de las heridas y la trayectoria de los proyectiles, según se consignara en el acta de necropsia respectiva.

En realidad, lo único que el casacionista demuestra es su inconformidad con el mérito que el sentenciador le otorgó a la indagatoria de Belarmino Velasco, los testimonios de Reinaldo Quintero y Otoniel Cáceres, así como al dictamen pericial de balística, planteamiento éste que no puede constituir yerro susceptible de ser atacado por esta vía extraordinaria. Olvida que el juzgador goza de poder discrecional para apreciar los elementos probatorios

a la luz de la sana crítica, y que solo está limitado por las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Dentro de tales límites no se puede cuestionar la credibilidad otorgada a un medio de prueba, ni mucho menos pretender el libelista anteponer sus personales criterios, a las valoraciones realizadas por el juez. Con ello, abandona el marco que ha sentado previamente.

EL CARGO NO PROSPERA.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar (No hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

POLICIA JUDICIAL-Facultades

Ciertamente conforme lo dispone el art. 313 del C. de P.P., una vez iniciada la instrucción, que bien puede serlo en razón de auto o resolución de preliminares, o de formal investigación penal, la policía judicial sólo podrá actuar por orden del fiscal o del juez, según el caso, de donde se sigue que la iniciativa para la práctica de diligencias queda restringida para estas autoridades a adelantar aquellas pruebas cuyo encargo se le haya deferido por comisión.

De lo contrario, en estos casos, en principio, la policía judicial carece de legitimidad para actuar en actividades de instrucción, pues si ya se ha producido la apertura de previa investigación, cualquier diligencia destinada a nutrir de elementos probatorios la actuación, únicamente es dable bajo la exclusiva orden y dirección del juez, la Fiscalía y el Ministerio Público, conforme lo dispone el art. 320 ibídem.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diciembre quince (15) de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 11338

VISTOS

El Juzgado 36 Penal del Circuito de Medellín mediante sentencia del 27 de junio de 1.995 condenó a Antonio José David Higuita por los delitos de hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal a la pena principal de 50 meses de prisión y a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, absolviéndolo por el punible de secuestro simple que fuera igualmente objeto de acusación.

Interpuesto contra este proveído el recurso de apelación por el representante del Ministerio Público, la Fiscalía y el defensor, el Tribunal Superior de dicha ciudad mediante fallo del 4 de septiembre de ese mismo año revocó la decisión absolutoria para en su lugar también condenar al procesado por el delito de secuestro simple, fijando definitivamente la pena en 9 años y 6 meses y multa en el equivalente a 110 salarios mínimos legales mensuales y

en la misma proporción incrementó la accesoria interdictiva, confirmando en lo demás el fallo.

Oponiéndose a la sentencia de segundo grado el defensor de David Higuita interpuso el recurso extraordinario de casación que ahora resuelve la Corte.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 13 de julio de 1994 a eso de las ocho de la noche con destino final Barranquilla, salió de la empresa "Expreso de carga" ubicada en la ciudad de Medellín el vehículo camión marca Dodge de placas TK-1609 conducido por Reinaldo Augusto Arbeláez Rendón, siendo escoltado en moto por Wilson de Jesús David Graciano, en compañía de los coteros Willmar de Jesús Hernández Córdoba y Jairo de Jesús Villa Suaza quienes lo acompañarían hasta el Terminal de Transportes, sin embargo, habiendo llegado a este lugar y en momentos en que aquéllos decidieron descender del vehículo fueron abordados por varios hombres y una mujer quienes provistos de armas de fuego con las cuales doblegaron su voluntad, los llevaron hasta el sitio denominado "La Posada del Amor", en donde permanecieron retenidos por espacio de cuatro horas, apoderándose de mercancías de diversa índole avaluadas en más de diez millones de pesos, algunos elementos del camión y la motocicleta. Por estos hechos y gracias a las pesquisas de las autoridades, algunos días después fue capturado Antonio José David Higuita.

En la madrugada del día 14, Reinaldo Augusto Arbeláez Rendón formuló denuncia ante la Fiscalía 175, ordenándose de inmediato la práctica de diligencias previas (fl.5), siendo escuchados en desarrollo de las mismas los testimonios de David Graciano (fl.7), Hernández Córdoba (fl.9) y las del jefe de bodega y el de seguridad de la empresa "Expreso de Carga", Fernando Mauricio Cardona Gil (fl.16) y Carlos Alberto Romero Chaves (fl.35), respetivamente.

Como a disposición de la Fiscalía 28 Seccional de la Unidad de Patrimonio Económico fueron puestos varios individuos a quienes se les imputaba haber descargado en inmediaciones del Club de Telecom parte de la mercancía hurtada, el dos de agosto posterior los testigos David Graciano y Hernández Córdoba realizaron, con resultados negativos, diligencia de reconocimiento en fila, advirtiéndose por este último que "en un día de la semana pasada, no recuerdo cuál, estuvimos en la Policía Vial que queda por San Diego y resulta de que a mí allá me enseñaron un libro donde aparecen algunos rostros, fotografía de los denominados 'Piratas Terrestres', en los cuales aparecía la foto de uno de los asaltantes que nos cogieron a nosotros y nos quitaron el camión y a quien yo reconozco" (fl.40).

Mediante resolución del 3 de agosto la Fiscalía 171 a quien por asignación correspondiera este asunto, dispuso se realizara por parte de Hernández Córdoba diligencia de reconocimiento fotográfico en las dependencias de la Policía Vial, la cual se cumplió en presencia del Ministerio Público el día 5 posterior, obteniéndose resultado positivo en relación con quien aparecía

con el nombre de "Antonio José Cadavid Higuita" cuya fotografía fue observada entre las cuatro obrantes al folio 25 del libro de registro de "Piratas Terrestres" de la Policía Vial (fl.44).

Mediante oficio No. 128 del 29 de agosto de 1994, a solicitud de la Fiscalía, el Jefe del Grupo de Antipiratería, TE. Eduardo Gómez Escamilla remitió a la investigación sendas fotografías de "Antonio José Cadavid Higuita" -de quien aparece registro de haber sido capturado el 10 de diciembre de 1993 sindicado de hurto a un camión cargado con diversos elementos-, además de los testimonios recepcionados por ese organismo en desarrollo de las primeras averiguaciones el 16 de julio, a Reinaldo Augusto Arbeláez y Jairo de Jesús Villa Suaza, así como los de Javier Enrique Díaz Gómez y Hernando Vargas Borda, estos dos últimos empleados de "La Posada del Amor". Constancia se dejó en desarrollo de las atestaciones de estos tres últimos, de haber reconocido dentro del Album fotográfico de piratas terrestres que se conserva en dicha institución a "Cadavid Higuita", para Villa Suaza como quien tomó parte activa en los hechos punibles materia de averiguación y por éstos como quien en la noche de los hechos permaneció por algún tiempo dentro del referido establecimiento en compañía de otros hombres y una mujer (fls.61 y ss.).

Mediante resolución del 31 de agosto siguiente se declaró abierta la investigación (fl.78), vinculándose el 10 de septiembre a través de indagatoria una vez fue capturado a Antonio José David Higuita, quien manifestó en esta diligencia y en las posteriores ampliaciones de la misma, que después de prestar el servicio militar trabajó en una empresa de vigilancia llegando a ser escolta en el transporte de mercancías y concretamente en relación con las actividades realizadas el día 13 en la noche, precisó encontrarse para esa fecha viajando por carretera en compañía de su jefe y cuñado Campo Alberto Díaz Roa. Admitió ser suyas la fotografías que remitidas por el Jefe del Grupo Antipiratería se incorporaron al folio 63 del expediente, no obstante dejarse expresa constancia de que, contrariamente a la apariencia que el pelo largo le da en ellas y el bigote, a la injurada se presentó "motilado, casi tuso" y con el bigote recortado. En relación con los hechos que le eran imputados expresó su absoluta ajenidad, ratificándose en esta postura procesal en posteriores ampliaciones (fls. 84, 116, 235). La situación jurídica le fue resuelta mediante resolución del 16 de septiembre con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado (fl.94).

Bajo juramento se escuchó a Hernando Vargas Borda (fl.104) y en ampliación de testimonio a Jairo de Jesús Villa Suaza (fl.101) y a Wilmar de Jesús Hernández Córdoba (fl.106), ratificándose cada cual en el reconocimiento fotográfico que hicieran de David Higuita ante las autoridades policivas y Fiscalía, además de ser precisado por este último en razón de haber sido miembro de la Policía Nacional, que el arma portada por el sindicado en la noche de autos era una pistola 7.65 mm.

Una vez practicada diligencia de reconocimiento en fila de personas, con negativos resultados, por parte de Hernández Córdoba (fl.115), David Graciano y Arbeláez Rendón (fl.156) y recibido testimonio a Campo Alberto Díaz Roa (fl.255), cuñado del procesado, éste negó haber estado en compañía de ésta para la noche del 13 de julio de 1994, toda vez que acorde con la planilla de carga No. 7211 aportada al folio 238, si bien viajó con aquél a la ciudad de Barranquilla aproximadamente el 6 de julio, de paso hacia Cali y Quito el día 9 por la noche o 10 de ese mes, David Higuita se quedó en Medellín y ya no lo acompañó más, el 7 de diciembre se declaró cerrada la investigación, calificándose el mérito de las pruebas el 29 de diciembre mediante el proferimiento de resolución acusatoria en contra del procesado por los delitos de secuestro simple, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Tramitada la etapa del juicio y cumplida la audiencia pública, en desarrollo de la cual se amplió una vez más el testimonio de Hernández Córdoba, siendo contundente en señalar que tenía certeza sobre el reconocimiento fotográfico hecho a uno de los asaltantes, pese a no ocurrir igual con el cumplido en fila de personas puesto que en esta diligencia "estaba sin pelo, sin bozo, sus facciones eran más distintas. Y nunca podría asegurar que es la misma puesto que cambió totalmente", se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos reseñados precedentemente.

DEMANDA

Con amparo en el cuerpo segundo de la primera causal del art. 220 del C. de P.P., dos reproches propone el defensor de David Higuita contra la sentencia impugnada, el primero por error de derecho fundado en falso juicio de legalidad y el otro por error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por omisión, que habrían llevado al fallador a aplicar indebidamente los arts. 350.1, 351.6 y 10, 372 y 269 del C.P. y art. 1 del Decreto 3664 de 1986.

a) Advierte en primer orden el actor que los reconocimientos fotográficos obrantes a los folios 44, 65, 66 y 67, llevados a cabo por Hernández Córdoba, Villa Suaza, Díaz Gómez y Vargas Borda y que inconcusamente fueron pieza basilar para proferir la medida de aseguramiento, la acusación y las sentencias, conforme se reconoce en el propio texto de estas últimas decisiones, fueron incontrovertiblemente aducidos en forma irregular al proceso, incurriéndose así en ostensible error de derecho por falso juicio de legalidad.

En efecto, precisa cómo en el practicado con presencia de Díaz Gómez, que es al que en concreto alude el fallador, no estuvo el Ministerio Público y tampoco se designó a un defensor de oficio, no obstante que si la persona sometida a reconocimiento había participado en un delito de hurto en el mes de diciembre como allí se consignó y su reconocimiento se produjo en julio, era forzoso su nombramiento, al igual que allegarse las fotografías que hicieron parte de tal diligencia, lo que es igualmente predicable de los de-

más reconocimientos practicados por el Jefe de Antipiratería que obran a folios 65, 66 y 67.

Agrega en todo caso el actor que: "Considero, además, que el Jefe de Antipiratería no tenía facultades para practicar la diligencia de reconocimiento fotográfico en Julio 16 de 1994, como quiera que la investigación previa la venía adelantando, a partir de la denuncia elevada por Reinaldo Augusto González (sic.), a Fiscalía Delegada 175".

Más irregular resulta aun, en su concepto, el reconocimiento fotográfico visto al folio 44, por las siguientes razones: no se le interrogó al testigo sobre los rasgos de la persona que iba a reconocer, no se allegaron al proceso las demás fotografías que hicieron parte del reconocimiento, la diligencia estuvo condicionada pues el álbum no lo fue de fotografías de diversas personas sino de "piratas terrestres" y, finalmente, no se le nombró defensor pese a tratarse de una persona a quien se le imputaba un delito.

Se desconoció así, en consecuencia, el contenido de los arts. 246, 368 y 369 del C. de P.P. y 29 de la Carta Política, incurriéndose en evidente error de derecho por falso juicio de legalidad que llevó al sentenciador a aplicar indebidamente los preceptos que describen las conductas por las cuales se condenó al procesado.

b) De otra parte, para el demandante incurrió el sentenciador en error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, al ignorar las diligencias de reconocimiento en fila de personas obrantes a los folios 115 y 156, de conformidad con las cuales ninguno de los testigos Hernández Córdoba, David Graciano y Arbeláez Rendón pudieron señalar a David Higuita como a uno de los partícipes en los hechos punibles, pues de haberlas tenido en cuenta la única decisión viable era la absolución de David Higuita.

Así, solicita a la Sala casar la sentencia y dictar el fallo absolutorio correspondiente.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO EN LO PENAL

Para el señor Representante del Ministerio Público, en relación con el primer reproche, si bien inicialmente el actor identifica el error de derecho como recaído sobre diligencias de reconocimiento fotográfico, culmina involucrando como parte del yerro anunciado las declaraciones obrantes a folios 65, 66 y 67, cuando en estricto sentido solamente la que aparece al folio 44 tendría esa calidad, lo que de inmediato explica por qué en su decurso no intervino el Ministerio Público y así mismo por qué no era aplicable respecto de ellas el artículo 369 del C. de P.P., justificándose en cambio plenamente su práctica por la autoridad que las adelantó en ejercicio de las funciones de policía judicial que le asistían en dicha indagación previa conforme al art. 320 ibídem.

Pero además, y así se dejó consignado en las instancias, no podía en desarrollo de la diligencia llevada a efecto por Hernández Córdoba nombrar-

se a un defensor, toda vez que precisamente a través de ellas se pretendía identificar a los partícipes en el hecho, pues no existía imputado conocido. En igual sentido si bien se reconoce que no hubo una descripción previa del reconocido, con posterioridad en la diligencia de reconocimiento en fila tal caracterización de la persona sí se hizo.

Ahora y si bien debe admitirse que no fueron aportadas al proceso las demás fotografías que habría servido de contraste en la diligencia, como también que la misma estuvo condicionada por tratarse de piratas terrestres, no pudiendo otorgársele el valor que la ley le asigna ello no obsta, en criterio del Delegado para estimarla como indicio leve de incriminación, según lo señalado por la Corte en decisión del 23 de octubre de 1995.

Adicionalmente, no fue en verdad el reconocimiento fotográfico la única prueba que sirvió de fundamento al sentenciador para la condena, conforme se lee en el fallo de primer grado, de conformidad con el cual, "claro está que el citado reconocimiento está adobado con indicios de tal naturaleza que no permiten quitarle la responsabilidad al acusado porque concatenada toda la prueba se llega a la certeza legal de su responsabilidad", destacándose así como indicios en contra de David Higuita, el no encontrarse el día de los hechos en la ciudad de Medellín, cuando su cuñado lo desmintió; el testimonio del cantinero Javier Enrrique Díaz Gómez, quien lo señaló como quien en esa misma fecha ingresó al establecimiento "La posada del amor" y a quien al registrarlo le encontró en su poder una pistola.

Las anteriores razones, para el Delegado, conducen a la improsperidad del cargo.

Ahora, sobre el segundo reparo, no es verdad que se hubieran ignorado las diligencias de reconocimiento en fila, toda vez que ellas fueron tenidas en cuenta procesalmente, solo que no se les dio mayor importancia en la medida en que allí se reconoce los evidentes cambios físicos que presentaba el procesado, siendo por ello incapaces de derribar las analizadas en la sentencia con miras a la declaración de responsabilidad penal deducida en contra del procesado, por lo que no concurre, entonces, el yerro denunciado, imponiéndose, también, su fracaso.

CONSIDERACIONES

1. El primer cargo propuesto por el defensor del procesado Antonio José David Higuita contra el fallo impugnado, se funda en el cuerpo segundo de la primera causal del art. 220 del C. de P.P., acusándolo de error de derecho en la apreciación de las pruebas derivado de un falso juicio de legalidad.

2. Refiérese para comenzar el casacionista inicialmente a los testimonios que el 16 de julio de 1994 rindieron Jairo de Jesús Villa Suaza, Javier Enrique Díaz Gómez y Hernando Vargas Borda ante el Jefe del Grupo de Antipiratería de la ciudad de Medellín TE. Eduardo Gómez Escamilla, censurando su legalidad, inicialmente, por cuanto tratándose, como en su criterio se trata, de diligencias de reconocimiento fotográfico, no se habría cumplido

con los requisitos señalados en la ley para su práctica y específicamente por no habérsele designado defensor al procesado, ni intervenido el Ministerio Público, al igual que no allegarse las fotografías que hicieron parte de tales diligencias. A renglón seguido, sin embargo, recogiendo el anterior argumento, termina por concluir que el Jefe de Antipiratería no tenía facultades para practicar esas pruebas en la medida en que ya la Fiscalía había iniciado investigación previa.

3. Pues bien, coincidiendo en este aspecto con el concepto emitido por el señor representante del Ministerio Público, necesario es advertir sobre el preliminar cuestionamiento que a dicha prueba hace el demandante, que dada la naturaleza de las diligencias cuya irregular práctica se afirma, esto es, en el claro entendido de que se trata de testimonios en desarrollo de los cuales a manera de complemento se enseñó a los deponentes un álbum fotográfico de quienes estaban clasificados por la Policía Metropolitana del Valle del Aburrá, Sección de Policía Judicial e Investigación, Grupo de Antipiratería, como "piratas terrestres", fácil resulta comprender que, stricto sensu, al no tratarse de diligencias de reconocimiento fotográfico, exigir para éstas aquellos requisitos propios de actos de compilación probatoria distintos, resulta por completo equivocado.

De esta manera, el cargo carecería de cualquier fundamento, pues si las pruebas cuya legalidad se cuestiona sobre la base de que por sus características han debido acopiarse en riguroso cumplimiento de pautas legales, que en la hipótesis presente serían las señaladas por el art. 369 del C. de P.P. para el reconocimiento fotográfico, cuando corresponden a elementos de comprobación de índole distinta, esto es, testimonial, siéndoles por consiguiente ajenas esas exigencias en su práctica, no podría sobre ellas recaer dentro de los linderos del error de derecho expuesto, un juicio de desaprobación jurídica respecto a la manera como fueron recepcionadas.

4. Sin embargo, no sucede igual con la afirmación del censor según la cual carecía de competencia el Jefe del Grupo de Antipiratería Terrestre para practicar motu proprio prueba alguna, si se tiene en cuenta que para el 16 de julio de 1994, cuando se recibieron los aludidos testimonios, ya la Fiscalía había iniciado investigación previa, toda vez que mediante resolución del 14 de julio anterior, la Fiscalía 175 Delegada dispuso: "Con base en la denuncia que antecede, practíquese investigación previa, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 40 de la Ley 81 de 1.993, con el fin de identificar e individualizar al autor o partícipe del ilícito denunciado; además de determinar si lugar (sic) al ejercicio de la acción penal o no".

De esta manera y *ciertamente conforme lo dispone el art. 313 del C. de P.P., una vez iniciada la instrucción, que bien puede serlo en razón de auto o resolución de preliminares, o de formal investigación penal, la policía judicial solo podrá actuar por orden del fiscal o del juez, según el caso, de donde se sigue que la iniciativa para la práctica de diligencias queda restringida para estas autoridades a adelantar aquellas pruebas cuyo encargo se le haya deferido por comisión.*

De lo contrario, en estos casos, en principio, la policía judicial carece de legitimidad para actuar en actividades de instrucción, pues si ya se ha producido la apertura de previa investigación, cualquier diligencia destinada a nutrir de elementos probatorios la actuación, únicamente es dable bajo la exclusiva orden y dirección del juez, la Fiscalía y el Ministerio Público, conforme lo dispone el art. 320 ibidem.

5. Siendo ello así, razón asistiría al actor respecto al hecho de que las pruebas practicadas por el Jefe del Grupo de Antipiratería carecerían de validez en razón a la oportunidad en que fueron recaudadas, contrariamente al criterio expuesto sobre el particular por el señor Procurador Delegado, toda vez que estarían viciadas en su extrínseca formación, debiéndoselas tener, conforme a lo dispuesto por el art. 29 constitucional, inciso final, como inexistentes.

6. Sin embargo, siendo conocido que en punto de la primera causal casacional, específicamente en lo que respecta a la violación indirecta de la ley sustancial bien por errores de hecho o de derecho, es imperativo para el libelista desquiciar la totalidad de fundamentos en que se ha sustentado el fallo, con miras a obtener, como se pretende en este caso, una decisión diametralmente opuesta a la adoptada en la sentencia, que lo sería de absolución, inocuo resulta con miras a la prosperidad de una censura que o no se impugnen la totalidad de pruebas valoradas por el sentenciador, o apenas en forma parcial en esta sede se reconozca que las controvertidas extraordinariamente ostentan yerros jurídicos o fácticos en su apreciación.

7. De suerte que, tal y como sucede en este caso, al tiempo que el libelista omitió señalar cuáles serían las repercusiones que sobre el fallo tendría reconocer la inidoneidad de tales elementos de persuasión, lo que dicho sea de una vez, también eludió en relación con la diligencia de reconocimiento fotográfico practicada por la propia Fiscalía, respecto de la cual se referirá a continuación la Sala estableciendo las razones por las cuales amerita ese reproche una negativa respuesta, bien puede afirmarse que en punto a la técnica casacional el reparo adolece de una correcta formulación y desarrollo, en la medida en que no se establece en manera alguna la incidencia que el yerro acusado tendría en el fallo, es decir, cuáles serían sus efectos sobre el mismo.

8. Y, si bien desde luego esta omisión del demandante necesariamente genera consecuencias negativas frente a sus pretensiones casacionales, conforme ya se advirtió, la falta de razón respecto a la también sostenida ilegalidad de la diligencia de reconocimiento fotográfico adelantado por la Fiscalía con el testigo Wilmar de Jesús Hernández Córdoba, permite anticipar la total improsperidad de la censura, toda vez que en condiciones tales la sentencia impugnada se mantiene incólume, pues además, conforme se verá, concurren otros elementos de convicción que sustentan en perfecta armonía con la prueba cuestionada la responsabilidad del procesado.

9. En efecto, aduce igualmente el censor la ilegalidad de la diligencia de reconocimiento fotográfico practicada por la Fiscalía 171 Delegada el 5 de agosto de 1994, dentro de la cual una de las víctimas de los hechos punibles investigados, el ex agente de la policía Wilmar de Jesús Hernández Córdoba, que para el momento de su ocurrencia trabajaba como cotero y acompañaba en la cabina del camión al conductor Reinaldo Arbeláez Rendón, reconoció dentro del archivo fotográfico de la Policía Judicial Antipiratería Terrestre a Antonio José David Higuita como uno de los integrantes del grupo de asaltantes que, además de mantenerlos privados de la libertad durante varias horas, se apoderaron de bienes varios en la noche del 13 de julio de 1994, básicamente haciendo notar como irregularidades de esta diligencia vistas al folio 44, no haberse interrogado al testigo sobre los rasgos de la persona que iba a reconocer, no allegarse al proceso las demás fotografías que hicieron parte del reconocimiento, estar condicionada la diligencia por el hecho de tratarse de un álbum de "piratas terrestres" y, finalmente, no nombrarse defensor al procesado, pese a tratarse de una persona a quien se le imputaba un delito.

10. Acorde con lo dispuesto por el art. 369 del C. de P.P., tratándose de diligencias de reconocimiento por medio de fotografías deberán tenerse "las mismas precauciones de los reconocimientos en fila de personas". Atendiendo a esta explícita remisión que sobre los preceptos reguladores del reconocimiento en fila de personas hace dicho precepto, esto es, a los arts. 367 y 368 ibídem en lo que resulta compatible a una y otra prueba, el primer reparo que a la legalidad del reconocimiento fotográfico en este caso hace el demandante está dado por no haberse dejado previamente constancia de la descripción de la persona que se iba a reconocer.

Pues bien, en tal sentido es indiscutible que en el texto mismo de dicha diligencia no se dejó anotada la descripción que el testigo hizo de la persona que iba a reconocer, sin embargo ningún reparo merece este hecho si se tiene en cuenta que constituyéndose en el antecedente inmediato de esta prueba la diligencia de reconocimiento en fila que en relación con otras personas privadas de la libertad por cuenta de otra investigación hiciera Hernández Córdoba y al final de la cual individualizara en detalle a la persona que estaba dispuesto a señalar fotográficamente por antecreder a su práctica la observación en el registro de piratas terrestres del Comando de la Policía Metropolitana del Valle del Aburrá, indiscutiblemente tal reseña debe integrarse al acto probatorio cuestionado, pues, como lo precisa el Delegado, "al respecto vale decir que si bien no se hizo en tal momento, la diligencia retomó el contenido del reconocimiento en fila de personas que hiciera el mismo testigo (folio 39) cuando dijo 'ese tipo es más o menos de 1.70 de estatura, robusto, contextura gruesa, él es trigueño, de pelo indio, motilado como estilo redondo pero atrás es largo y estoy seguro que esa fotografía es de ese tipo'".

11. Ahora, la crítica referida al hecho de no allegarse al proceso las restantes fotografías que complementaron la correspondiente al procesado David

Higuita, en la conformación del mínimo de 6 a que se refiere el precepto 369 en cita y que en principio también obtendría objetiva verificación, en el fondo configura un reparo más de índole formal que sustancial ajeno por tanto a un serio cuestionamiento de legalidad de la prueba en sí misma considerada, como que desapercibe que la garantía implícita en el mínimo número de retratos que deben ser observados por el testigo se mantuvo incólume, habida cuenta de que la atención sobre un álbum completo con más de 25 folios y en cada uno 4 fotografías, es prenda de garantía sobre la salvaguarda de este requisito en desarrollo de su práctica, encontrándose precisamente en el mayor volumen de las observadas la explicación de por qué no se incorporaron al expediente las restantes cotejadas a la hora de la identificación.

1. De lo expuesto fácilmente se colige que, tampoco admite objeción alguna el hecho de que la diligencia se hubiese efectuado sobre un álbum de "piratas terrestres", habida cuenta de que por la naturaleza de los punibles investigados, este procedimiento era el más conducente en el descubrimiento de aquellas personas sobre quienes podía en un momento dado recaer sospechas sobre su participación, por estar dedicadas a la piratería terrestre y así ser conocidas por las autoridades policivas pero en manera alguna condicionaba, como no podía hacerlo, el resultado, positivo a la postre, de la prueba practicada, toda vez que solamente el concreto señalamiento efectuado sobre David Higuita permitió consolidar la pesquisa, promovida inicialmente como un elemento de persuasión más en la búsqueda de quienes eran responsables de las conductas delictivas objeto de averiguación.

13. Por la misma razón, el funcionario judicial se abstuvo, con acertado criterio desde luego, de nombrar un defensor de oficio, pues si para esa oportunidad no existía imputado individualizado y menos identificado, tal designación en abstracto no podía hacerse, siendo en cambio imperativo precisar que en desarrollo de esta diligencia estuvo presente el delegado del Ministerio Público, sin que, por este motivo o por algún otro, dejara constancia de no haberse respetado las formas propias legalmente exigidas para su adelantamiento, de donde fácil es concluir, pues corresponde a la realidad procesal destacada, que ningún reparo merece el aludido reconocimiento a través de fotografías.

1. Siendo ello así, no solamente esta prueba sale avante del juicio de legalidad a que la sometiera el casacionista y que equivocadamente respalda el Procurador Delegado encontrando en el hecho de no hacerse el aporte de las demás fotografías motivo suficiente para ello, cuando esta menor irregularidad no apareja, conforme quedó visto ningún vicio sobre el medio de convicción, sino que aunada a las demás probanzas, particularmente indiciarias y el contundente, detallado y minucioso testimonio de Wilmar de Jesús Hernández Córdoba, concretado en diversas ampliaciones, constituyen, conforme se establece claramente en los fallos de primera y segunda instancia, la prueba suficiente para consolidar el juicio de responsabilidad en cabeza de Antonio José David Higuita.

El cargo no prospera.

15. Ahora, en lo que tiene que ver con el segundo reproche, este referido a la presunta omisión en que habría incurrido el sentenciador de las diligencias fallidas de reconocimiento en fila de personas practicadas en desarrollo de este proceso con relación a David Higuita, lo primero que debe señalarse al respecto es la absoluta falta de fundamento de la censura y basta para ello con detenerse a repasar el fallo de primer grado, que dado su carácter se complementa con el del Tribunal, para constatar que expresa referencia hizo el juzgador sobre la citada prueba, descartando su significación probatoria, como no podía ser de otra forma, dada la modificación que a sus rasgos característicos hizo en ella el procesado, como que además de aparecer en tales diligencias prácticamente rapado y sin bigote, después de que su fisonomía para el momento de los hechos evidenciaba abundante melena y bozo.

En efecto, el Juzgado 36 Penal del Circuito, sobre este particular precisó que la diligencia de reconocimiento "no reviste mayor trascendencia, pues de la constancia dejada por la señora Fiscal que dirigió ese acto procesal, ello obedeció a que aquél se había recortado su cabello y por tanto su fisonomía cambia, si no radicalmente, sí para un acto como este que se realiza en fracciones de minutos o segundos", esta fue, precisamente, la razón dada por el excepcional testigo Hernández Córdoba para explicar en desarrollo mismo de la audiencia pública, los motivos por los cuales no fructificó el reconocimiento personal y sí el fotográfico acorde con lo observado en la noche de los hechos, esto es, que "En la foto se encuentra la persona con pelo largo y sus facciones de la cara son muy distintas, puesto que en la fila esta persona estaba sin pelo, sin bozo, sus facciones eran más distintas . Y nunca podría asegurar que es la misma puesto que cambió totalmente".

En consecuencia, esta censura, tampoco prospera.

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

Resuelve:

No casar fallo recurrido.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Maruilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar (No hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Técnica en casación/ **DERECHOS DEL CAPTURADO**-Carácter imperativo de su enteramiento/ **DERECHOS DEL CAPTURADO**-Constancia escrita/ **NOTIFICACION AL PROCESADO PRIVADO DE LA LIBERTAD**/ **DICTAMEN PERICIAL**-Traslado

1. Por consiguiente, como insistentemente se ha reiterado, no solo son predicables de los vicios in iudicando las exigencias de orden técnico en la impugnación extraordinaria, sino que ellas también se afirman con igual rigor de los defectos in procedendo de que se acusa la sentencia y específicamente tratándose de estos últimos, no basta con que se advierta la concurrencia de desarreglos dentro del trámite procesal para que por ese solo motivo sea atendible un reparo de nulidad, o que cualquier alteración en el trámite de un proceso conduzca inexorablemente a su invalidación, de donde tomando en cuenta este criterio, decantado por la doctrina y la jurisprudencia desde antiguo, el actual Estatuto Procesal Penal ha dedicado una norma a destacar aquellos principios orientadores de las nulidades y su convalidación, mereciendo especial relevancia entre estos el comprendido en el numeral segundo del artículo 308, de conformidad con el cual "Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento", esto es, el de trascendencia que de suyo implica desechar una posible nulidad del proceso en exclusivo interés de la ley, de donde debe repudiarse cualquier pretensión invalidatoria mientras no conlleve a una real afectación de las garantías procesales y consiguientemente que redunde en un verdadero perjuicio para los sujetos intervinientes en el trámite penal.

2. El precepto en cita contiene aquel conjunto de garantías que como manifestación del principio de reserva legal a la restricción de la libertad, deben comunicarse a una persona tan pronto ha sido aprehendida; así, se impone informarle sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó, también sobre los derechos que le asisten a entrevistarse inmediatamente con un defensor, a indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión, a rendir versión espontánea sobre los hechos que se le imputan cuando se trate de investigación

previa, con la advertencia de que puede guardar silencio sobre la incriminación y a no ser incomunicado.

De estos derechos individuales del capturado surge claro que, en principio, para el Estado es imperativo dado su carácter prescriptivo enterar al aprehendido sobre su existencia, esto es, que la comunicación de ellos incuestionablemente debe hacerse, garantizando así la viabilidad de su real y oportuno ejercicio. No obstante, conforme sucede con algunas expresiones de la defensa material, regida por la autonomía del sujeto, dicha dinámica resulta en la mayoría de las oportunidades eminentemente facultativa, debido a que algunos de tales derechos pueden o no traducir conductas positivas por parte del aprehendido, conforme sucede con la posibilidad de requerir o hacer una inmediata designación de un profesional del derecho, o de enterar de su captura a alguna persona o prescindir de ese anuncio, o, en fin, en los casos en que es viable, porque no se quiera rendir versión espontánea previa a la indagatoria...

Pero además, también asiste razón al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando acota que del contenido del precepto es claro que la obligación consiste en comunicar al aprehendido los derechos de que goza, sin que tal prevención, aun bajo el extremo y confuso entendimiento que de ella hace el actor, pueda supeditarse la validez de los actos subsiguientes, "pues frente a ellos adquiere una dimensión propia el derecho a la defensa técnica y material, la cual se ha de estudiar en el curso del proceso para determinar su respeto", de donde "supeditar la validez del proceso a la formalidad de una constancia escrita sobre el ejercicio de cada uno de los derechos no solamente resulta ser una posición demasiado formalista, sino que además constituye una exigencia que no está prevista en la ley y que dilataría de tal manera la actuación procesal, que en no pocos casos impondría la inmovilidad de las actuaciones, hasta que se satisficieran las exigencias de la constancia escrita".

3. En efecto, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos, como es el caso del Código Contencioso Administrativo, en los cuales la ley expresamente prevé que en todos los actos de este carácter debe especificarse por parte del ente estatal que los profiera los recursos que caben contra ellos, esto no sucede en el Estatuto Penal, limitándose únicamente el referido artículo 194 a disponer la información que sobre el particular debe dársele al incriminado privado de la libertad, dejándose constancia de ello ante las autoridades carcelarias y en el expediente mismo, con lo cual lo que se pretende es garantizar la defensa material pero en ninguna medida eliminar, excluir o suplir la técnica, siendo por tanto imprescindible entender que una tal omisión solo resulta relevante ante el proceso penal cuando con ella se haya vulnerado el derecho que le asiste al procesado, bien directamente o por intermedio de su defensor, de recurrir las decisiones que lo afecten.

4. La cuarta censura que también lo es por causal tercera, plantea el reiterado y común argumento de conformidad con el cual la sentencia se habría dictado dentro de un proceso viciado de nulidad, al omitir el juzgador dar traslado de los diversos dictámenes periciales allegados al proceso, pese así perentoriamente disponerlo el numeral 2o. del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal.

Pues bien, basta al propósito de responder a este reproche con recordar que para la Sala la aludida omisión no pase de ser una informalidad de la cual está ausente cualquier carácter sustancial en la medida en que "el hecho de no surtir el traslado del dictamen a las partes, es una irregularidad intrascendente, que no afecta el debido proceso ni lesiona el derecho de defensa, en casos como el presente donde los sujetos procesales tuvieron la oportunidad de conocerlo y por tanto pudieron objetarlo, pedir su aclaración o ampliación" (Cas. 21 de abril de 1994 M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre quince (15) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 11504

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Riquel Méndez Méndez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 28 de septiembre de 1995, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chaparral (Tol.) el 14 de junio del mismo año, que lo condenó a la pena principal de 51 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio doble y hurto calificado y agravado en grado de tentativa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Estos sucedieron el 19 de agosto de 1994 en el interior del local en donde funcionaba la agencia principal de la Cooperativa de Caficultores del Tolima ubicado en la carrera 9ª. N°. 1-29 del Barrio Santa Luisa de Chaparral, adonde llegaron en horas del mediodía cuatro hombres enmascarados portando armas de fuego, ordenando de inmediato a Heriberto Sabogal Silva que les entregara la suma de 10 millones de pesos que según sus informaciones aquél había retirado en esa mañana de una entidad bancaria, sin embargo la víctima antes que obedecer a los asaltantes los enfrentó y reaccionó disparando en varias oportunidades el revólver Smith Wesson que portaba, dando de baja a Gonzalo Méndez Méndez e hiriendo en el brazo derecho a Riquel Méndez Méndez, quien respondió disparando con un revólver 38 especial, marca Llama, en contra del valeroso ciudadano y de su hijo Yusedquid Sabogal Robles, produciéndoles la muerte en forma instantánea. Enseguida y tras dejar abandonada el arma en el lugar, Riquel Méndez Méndez y sus compiches abordaron un taxi en el cual se transportaron

hasta la carrera 9 con calle 4ª., separándose para huir a pie, propósito fallido en relación con aquél como quiera que al haber iniciado las autoridades su persecución fue capturado en la vivienda ubicada en la carrera 12 No. 8-65 adonde ingresara con el propósito de ocultarse.

A cargo de la Fiscalía 28 de la Unidad Seccional de Chaparral, estuvo la diligencia de levantamiento de los cadáveres (fls.2 y ss.), que se cumplió en la morgue del Hospital San Juan Bautista de Chaparral, escuchándose los testimonios del taxista Jorge Augusto Campos Romero (fl.10), de los menores José Javier Granada Páramo (fl.13), de William Alfredo Pérez Martínez (fl.17), de Abigail Otavo de Torres (fl.15) y Juan de la Cruz Torres (fl.19), estos dos últimos, propietarios de la vivienda dentro de la cual fue aprehendido Méndez Méndez.

En el Oficio No. 281 del 19 de agosto de 1994, por medio del cual la Unidad Investigativa de Policía Judicial del Departamento de Policía del Tolima puso a disposición de la Unidad de Fiscalía Seccional de Chaparral a Riquel Méndez Méndez, se anotó:

"El antes en mención fue capturado en la residencia del señor Juan de la Cruz Torres identificado con la cédula Nro. 2'281.962 de Chaparral Tolima natural de la misma, casado, residente en la carrera 12 No. 8-65. Barrio Pueblo Nuevo de esta localidad. Y siendo testigo de la captura en mención la señora Abigail Otavo de Torres identificada con la cédula No. 28'682.649 de Chaparral, 48 años de edad, natural de Chaparral esposa del antes en mención. Luego el capturado fue conducido a las instalaciones del Cuartel de Policía donde posteriormente se llevó al Hospital de la localidad por encontrarse herido en el antebrazo derecho por arma de fuego" (fl.27).

Así mismo el Comandante Zona Cinco de Policía de Chaparral dejó expresa constancia de haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, enterando al aprehendido sobre los delitos que le eran imputados y por los cuales fue capturado, esto es, "atraco a mano armada y homicidio" y comunicándole del derecho que le asistía de informar a un familiar sobre su situación, entrevistarse con un abogado, ser escuchado en versión libre, no ser incomunicado y solicitar servicios de atención médica (fl.29).

Abierta formal investigación el 19 de agosto posterior (fl.34), se oyó en indagatoria al sindicado, quien precisó inicialmente ser conocedor de la razón por la cual se producía su vinculación al proceso penal, esto es, por estar acusado de homicidio, sosteniendo igualmente que su participación en los hechos se habrían concretado en prestar vigilancia "afuerita" del local, toda vez que ni siquiera habría portado armas, hasta cuando sonaron varios disparos y encontrándose herido huyó del lugar (fl.41).

Allegada al proceso nueva prueba testimonial, como también el dictamen sobre exploración dactiloscópica al revolver marca Llama calibre 38 especial, cuyos resultados fueron negativos (fl.76), el 26 de agosto se resol-

vió la situación jurídica a Méndez Méndez profiriéndose en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio (fls.90 y ss.).

Una vez remitidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses los protocolos de necropsia (fls.99 y ss.) y sus adiciones (fls.176 y ss.), al igual que el informe fotográfico del C.T.I. del Tolima (fls.118 y ss.) y realizada diligencia de inspección judicial al lugar de los hechos (fl.183), como también obtenido el resultado del estudio pericial de clasificación de armas por la División de Criminalística del C.T.I. (fls.186 y ss.), se cerró la investigación, profiriéndose el 14 de diciembre de 1994 resolución acusatoria por los delitos de homicidio y hurto calificado en la modalidad de tentativa, además de compulsarse copias para que se investigara por separado la participación que el menor Drigelio Méndez Méndez tuvo en los hechos, la cual fue confirmada por el superior mediante proveído del 24 de enero de 1995.

Avocado el conocimiento por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Chaparral y abierto el juicio a pruebas, por auto del 31 de marzo de 1995 se decretaron en su totalidad aquellas solicitadas por el defensor de Méndez Méndez y el representante de la parte civil, practicándose copiosa prueba testimonial, inspección en el lugar de los hechos y avalúo de los perjuicios. Celebrada la audiencia pública, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancia en los términos que se dejaron consignados en precedencia.

LA DEMANDA

Con amparo en las causales tercera y primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, cinco cargos propone el defensor del procesado Riquel Méndez Méndez contra la sentencia impugnada: cuatro por vía de nulidad y el último por violación indirecta de la ley, atribuyéndole carácter de principal al primero y de subsidiarios a los restantes.

Causal Tercera

a) Sostiene en la primera censura el actor, que la sentencia habría sido dictada dentro de un proceso viciado de nulidad, como quiera que si bien el Comandante de la Zona Quinta de la Policía Nacional le impuso al procesado Méndez Méndez

b) el catálogo de derechos del capturado a que se refiere el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, "no hay constancia alguna de que tales derechos se hubieran hecho realmente efectivos en la práctica".

El deber de informar a la persona privada de la libertad de tales derechos no puede entenderse como una simple formalidad, ya que por el contrario implica que debe concretarse en un acta la efectividad de cada uno de ellos, pues su falta implica el desconocimiento del "principio rector del debido proceso" consagrado los artículos 29 de la Constitución Política y 304.2 del Estatuto Procesal Penal.

Se tiene así en detalle que, sobre el derecho de comunicarse con su familia no obra ninguna constancia, pese a que en el propio Municipio de Chaparral residía su tía Beatriz Méndez; respecto de la posibilidad de entrevistarse con un abogado, es claro que pese a haber sido capturado un día viernes, el lunes siguiente se le designó al doctor Oscar Enrique Luna Valderrama "quien posiblemente ya para entonces tenía limitaciones para el ejercicio de su profesión, porque murió el 22 de octubre de 1994"; en relación con el derecho a no ser incomunicado, aun cuando "esto en realidad pudo ser así", en el proceso no existe constancia sobre el lugar en que permaneció; tampoco obra certificación alguna de que al procesado se le hubiera prestado atención médica y tampoco existe sobre el particular evaluación médico-legal.

b) En el segundo reproche acusa la vulneración del debido proceso, toda vez que el sentenciador habría desconocido el mandato del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual al imputado debe interrogársele sobre los hechos que originan su vinculación, lo cual no se habría cumplido en el presente caso.

En efecto, critica la costumbre de comenzar la indagatoria por la "infaltable pregunta al procesado de si sabe el motivo por el cual está rindiendo esa diligencia", como sucedió en este caso, aun cuando califica de "manifiestamente caótica" la "parte central de" la instructiva, pues parecería "que quien interrogara no fuera un Fiscal titulado de abogado, sino el mismísimo Cantinflas", dejando de lado la pregunta "concreta y acertiva (sic.) acerca de los cargos que le aparecían hasta ese momento y sobre su grado y modalidad de participación", máxime cuando el cuestionario pareció estar dirigido a un testigo y no a un "coautor" de los hechos, de donde todo lo actuado a partir de la indagatoria estaría afectado de nulidad.

c) También por vulneración del debido proceso (arts. 29 de la C.P. y 304.2 el C. de P.P.), sostiene en el tercer cargo el censor que se habría desconocido el contenido del artículo 194 del Estatuto Procesal Penal, mediante el cual se impone que al notificársele al procesado privado de la libertad cualquiera de las providencias de que trata el art. 186 ibídem, se deje constancia de que se le informó "sobre los recursos que proceden".

Pues bien, a Riquel Méndez Méndez le fueron notificadas durante la etapa sumarial en forma personal las resoluciones por medio de las cuales le fue resuelta la situación jurídica, negada la libertad, decretado el cierre investigativo y proferido pliego de cargos; como también durante el juicio, de los autos por medio de los cuales se decretaron pruebas, se fijó hora y fecha para la celebración de la audiencia pública, así como de las sentencias de primera y segunda instancia.

Sin embargo, en ningún momento se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 194 en referencia, toda vez que siempre se omitió señalar en forma concreta los recursos que procedían en cada caso particular, de donde es evidente que concurre una irregularidad sustancial lesiva del debido proce-

so, afectándose lo actuado a partir de la notificación de la resolución que resolvió la situación jurídica.

d) Bajo el mismo supuesto de ataque propone el actor un cuarto reproche, afirmando que la sentencia se dictó dentro de un proceso viciado de nulidad al no haberse corrido traslado a los sujetos procesales de los distintos dictámenes periciales practicados, tales como los protocolos de autopsia y sus adiciones, los experticios de balística, el avalúo de perjuicios y los planos del sitio de los hechos, privándose así a los distintos intervinientes en el proceso de la oportunidad de controvertir dichas pruebas, razón por la cual, carecerían de "las calidades de legalidad, regularidad y oportunidad que para toda prueba judicial, en materia penal, se reclama", perdiendo así cualquier valor, configurándose así una irregularidad sustancial lesiva del debido proceso.

Causal Primera.

Acusa el censor la sentencia de ser violatoria por la vía indirecta de la ley sustancial, con fundamento en la causal primera del artículo 220 "por falso juicio de identidad", por haber vulnerado el Tribunal las "normas de derecho sustancial contenidas en los artículos 2, 21, 36, 323 y 324 del Código Penal".

Hace relación enseguida el demandante a los "supuestos" de los cuales partió el Tribunal para afirmar no solamente la adecuación típica de la conducta del procesado a la descripción del delito de homicidio sino su responsabilidad en tales punibles, preguntándose a renglón seguido cuáles son las pruebas en que se basa tal imputación, pues desde su margen éstas no existen, sin que pueda deducirse únicamente a través del indicio de presencia que su defendido fue uno de los coautores de los punibles, pues Méndez Méndez ha sido categórico en sostener que se encontraba desarmado y nunca se le sometió a una prueba que resultaba necesaria, como lo era el guantelete por el sistema de absorción atómica.

Así las cosas y "pese a la ausencia total de prueba directa" que permita saber si cuando el procesado acudió con sus hermanos "Gonzalo" y "Drigelio" al lugar de los hechos, tenía la intención de matar y si portaba arma de fuego, se lo condenó por el delito de homicidio, esto es "sin respaldo fáctico suficiente", debiendo esta "situación ser remediada en sede de casación", como lo impetra a la Sala.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

Causal Tercera

Referido al primer cargo, afirma el Ministerio Público que las garantías señaladas en el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, no persiguen objetivo diferente de el de asegurar al implicado privado de la libertad el ejercicio de la defensa. Sin embargo, este precepto hace obligatoria la comunicación de los derechos al aprehendido, pero no por ello condiciona la validez de los actos subsiguientes, razón por la cual es inadmisible una propuesta

como la aducida en este caso por el actor en casación, máxime cuando el procesado "fue adecuadamente enterado de sus derechos".

El cargo, entonces, debe ser desechado.

Con relación al segundo reproche, que se ocupa del contenido de la indagatoria, basta con revisar esta diligencia para desvirtuar la afirmación según la cual se ignora en qué momento el procesado reconoció el motivo para rendir libre de juramento esa versión. Además, reiteradamente fue interrogado sobre los hechos, sin que exista el menor equívoco al respecto.

De otra parte, no es exigible como bien se sabe, que se elaboren en la indagatoria interrogatorios de contenido jurídico relativos a la entidad de los hechos, sino que su cometido es averiguar sobre la participación que en ellos ha tenido el sindicado, en tal sentido debe entenderse el contenido del artículo 360 ibídem, motivos estos suficientes para rechazar el cargo.

Ahora, respecto de la tercera censura responde el Delegado que si bien dentro de las múltiples notificaciones que se produjeron en forma personal al procesado de diversos proveídos tanto en la etapa de investigación como en el juicio no se indicaron los recursos que procedían contra ellas, lejos está este hecho de constituir una irregularidad sustancial que afecte el debido proceso, pues entendida la notificación dentro de los actos de comunicación, el cometido de ellos se cumple con el legal enteramiento del contenido de las diversas decisiones al imputado, manteniéndose en todo caso incólume la defensa técnica, sin que en relación con la mayoría de los proveídos a que alude el actor se hubiese ejercido el contradictorio interponiendo recursos. La irregularidad propuesta no tiene asidero y no debe prosperar.

En cuanto al cuarto reproche, es cierto que de ninguno de los dictámenes obrantes en el proceso se dio traslado a las partes, omisión que, en todo caso, no limita en manera alguna el ejercicio de la defensa, pues la activa participación de ésta le permitió conocer el contenido de cada una de dichas pruebas, siendo además bastante claro que acorde con el numeral 2o. del artículo 270 del Estatuto Procesal Penal, el cuestionamiento de dicha prueba es perfectamente viable hasta antes de que finalice la audiencia pública, razón de más para que el cargo no pueda prosperar.

Causal Primera

El cargo que por violación indirecta de la ley sustancial propone el actor por falso juicio de identidad, plantea un evidente desconocimiento de la valoración de las pruebas que hiciera el juzgador, sobre la base de que acorde con lo expresado por el procesado no podría, según el demandante, imputársele el delito de homicidio. Se trata en estricto sentido de una crítica probatoria, en donde se descalifica inclusive el serio, detallista y claro testimonio de Heriberto Rodríguez y en general la prueba de cargo, en un desarrollo ostensiblemente antitécnico que, por lo mismo no puede tener éxito.

CONSIDERACIONES

Causal Tercera

1. Es la de nulidad, como bien se sabe, una causal independiente para impugnar en casación las sentencias de segunda instancia, lo que de suyo indica que no se trata de un mecanismo de libre formulación, pues al igual que los demás motivos señalados en forma taxativa en la ley, ella está revestida de aquellas exigencias que dada su naturaleza y características le son propias y que básicamente dicen relación a su contenido sustentatorio por cuanto debe claramente señalarse si la irritualidad demandada proviene de la falta de competencia de los funcionarios judiciales, el desconocimiento de las formas propias del juicio o la violación del derecho de defensa, pues en razón de la especificidad que las enmarca trátase de circunstancias que de concurrir imponen demostrar la real afectación de los derechos de los distintos sujetos intervinientes en el proceso penal.

2. *Por consiguiente, como insistentemente se ha reiterado, no solo son predicables de los vicios in iudicando las exigencias de orden técnico en la impugnación extraordinaria, sino que ellas también se afirman con igual rigor de los defectos in procedendo de que se acusa la sentencia y específicamente tratándose de estos últimos, no basta con que se advierta la concurrencia de desarreglos dentro del trámite procesal para que por ese solo motivo sea atendible un reparo de nulidad, o que cualquier alteración en el trámite de un proceso conduzca inexorablemente a su invalidación, de donde tomando en cuenta este criterio, decantado por la doctrina y la jurisprudencia desde antiguo, el actual Estatuto Procesal Penal ha dedicado una norma a destacar aquellos principios orientadores de las nulidades y su convalidación, mereciendo especial relevancia entre estos el comprendido en el numeral segundo del artículo 308, de conformidad con el cual "Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial, afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento", esto es, el de trascendencia que de suyo implica desechar una posible nulidad del proceso en exclusivo interés de la ley, de donde debe repudiarse cualquier pretensión invalidatoria mientras no conlleve a una real afectación de las garantías procesales y consiguientemente que redunde en un verdadero perjuicio para los sujetos intervinientes en el trámite penal.*

3. Estas conocidas nociones sobre la naturaleza, contenido, alcance y técnica casacional que ampara a las nulidades, imprescindible resulta recordarlas, dada la pertinencia que ellas tienen frente a las censuras de nulidad que el defensor de Méndez Méndez ha propuesto, bien sea individualmente consideradas o en su necesario conjunto estudio y valoración, pues de uno u otro modo llégase a la conclusión de que mediante ellas se está patrocinando una injustificada exaltación de las formas sobre el contenido, desbordando así la preservación de la estructura de los actos y de su teleológica función en desarrollo del proceso penal conducente a provocar la garantía de los

derechos de quienes en él participan, por una inusitada presentación de situaciones que en algunos casos no llegan siquiera a configurar irregularidades y que en otros, aun reconociéndoles esta calidad, están alejadas por completo de la condición de ser sustanciales como para desembocar en la invalidez de los actos jurídico-procesales cumplidos y por ende, en la anulación del fallo cuyo quebrantamiento se pretende mediante la impugnación extraordinaria.

4. Así, en el primer cargo que por esta vía presenta el demandante, manifiesta que pese a ser prevenido el procesado sobre los derechos que le asistían una vez fue capturado, acorde con el artículo 377 del Código de Procedimiento Penal, "no hay constancia alguna de que tales derechos se hubieran hecho realmente efectivos en la práctica".

"El precepto en cita contiene aquel conjunto de garantías que como manifestación del principio de reserva legal a la restricción de la libertad, deben comunicarse a una persona tan pronto ha sido aprehendida; así, se impone informarle sobre los motivos de la captura y el funcionario que la ordenó, también sobre los derechos que le asisten a entrevistarse inmediatamente con un defensor, a indicar la persona a quien se le deba comunicar su aprehensión, a rendir versión espontánea sobre los hechos que se le imputan cuando se trate de investigación previa, con la advertencia de que puede guardar silencio sobre la incriminación y a no ser incomunicado.

De estos derechos individuales del capturado surge claro que, en principio, para el Estado es imperativo dado su carácter prescriptivo enterar al aprehendido sobre su existencia, esto es, que la comunicación de ellos incuestionablemente debe hacerse, garantizando así la viabilidad de su real y oportuno ejercicio. No obstante, conforme sucede con algunas expresiones de la defensa material, regida por la autonomía del sujeto, dicha dinámica resulta en la mayoría de las oportunidades eminentemente facultativa, debido a que algunos de tales derechos pueden o no traducir conductas positivas por parte del aprehendido, conforme sucede con la posibilidad de requerir o hacer una inmediata designación de un profesional del derecho, o de enterar de su captura a alguna persona o prescindir de ese anuncio, o, en fin, en los casos en que es viable, porque no se quiera rendir versión espontánea previa a la indagatoria.

Cosa distinta es, desde luego, que se oculte al sindicado las razones de su captura, o que no obstante solicitar su inmediata entrevista con un profesional del derecho no se le dispense un letrado, o que pese el imputado requerir que se entere de su aprehensión a alguna persona, en ningún momento esto se haga por la autoridad que lo tiene a su disposición o que, en fin, se le mantenga absolutamente incomunicado, como que esto conllevaría a un evidente desconocimiento de los derechos del capturado conforme al claro contenido del artículo 377 en mención, aun cuando tampoco tendrían directa relación con el debido proceso, como presunta garantía vulnerada a la que se ha referido el censor, sino con el derecho a una adecuada defensa.

5. Y, aun cuando se desconoce cuál es el sentido que le da el actor a la expresión según la cual no se establece en el proceso que los derechos del capturado se hubiesen hecho "realmente efectivos en la práctica", resulta indiscutible en el caso concreto que, como el propio demandante lo reconoce, el Comandante de la Zona Cinco de Policía con sede en Chaparral dejó expresamente consignados en el Acta No. 0035 del 10 de agosto de 1994 aquellas prerrogativas legales del capturado, firmando el enterado de conformidad, sin dejar en dicho momento ni en uno posterior constancia negativa de habérsele hecho nugatoria alguna de tales garantías y antes por el contrario, a la afirmación del censor según la cual pese a estar herido no se le prestó asistencia médica, en el Oficio No. 281 de la misma fecha se anotó que una vez aprehendido "fue conducido a las instalaciones del Cuartel de Policía donde posteriormente se llevó al hospital de la localidad por encontrarse herido en el antebrazo derecho por arma de fuego".

Pero además, también asiste razón al señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, cuando acota que del contenido del precepto es claro que la obligación consiste en comunicar al aprehendido los derechos de que goza, sin que tal prevención, aun bajo el extremo y confuso entendimiento que de ella hace el actor, pueda supeditarse la validez de los actos subsiguientes, "pues frente a ellos adquiere una dimensión propia el derecho a la defensa técnica y material, la cual se ha de estudiar en el curso del proceso para determinar su respeto", de donde "supeditar la validez del proceso a la formalidad de una constancia escrita sobre el ejercicio de cada uno de los derechos no solamente resulta ser una posición demasido formalista, sino que además constituye una exigencia que no está prevista en la ley y que dilataría de tal manera la actuación procesal, que en no pocos casos impondría la inmovilidad de las actuaciones, hasta que se satisficieran las exigencias de la constancia escrita".

EL CARGO NO PROSPERA

6. Como segundo reproche sostiene el demandante la vulneración del debido proceso, toda vez que el sentenciador habría desconocido el mandato del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal, que impone el deber de interrogar al imputado sobre los hechos que originan su vinculación al proceso.

Pues bien, contrariamente a lo sostenido por el censor, en la indagatoria efectivamente el procesado reconoció las razones por las cuales se le estaba escuchando libre de juramento y si bien pretendió mantenerse al margen de la posesión de armas de fuego y apenas reconoció en desarrollo de los hechos un papel de simple vigilante, narró el decurso de estos a través de las distintas preguntas que se le formularon, tomando perfecto conocimiento de que la imputación que se le hacía lo era por los delitos de homicidio y hurto, como ya se había dejado suficientemente en claro en el acta de derechos del capturado al informársele que la sindicación lo era por "atraco a mano armada y homicidio", consecuente con ello expuso la manera como ante la exigencia

de dinero hecha a los moradores en la Cooperativa de Caficultores del Tolima en Chaparral, aquellos respondieron mediante el empleo de armas de fuego, haciendo lo propio el grupo al cual éste pertenecía para luego huir del lugar.

Carece, por tanto, de seriedad la crítica que el actor hace a la que denomina "costumbre" de empezar la indagatoria por la "infaltable pregunta al procesado de si sabe él motivo por el cual está rindiendo esa diligencia", pues si bien acorde con el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal el "funcionario judicial interrogará al imputado en relación con los hechos que originaron su vinculación", a la comprobación de si el indagado intervino en los sucesos averiguados indiscutiblemente estuvo orientada la diligencia en este caso, sin que el funcionario judicial esté atado por una camisa de fuerza sobre la técnica de interrogatorio que emplea, salvo que la formulación de preguntas no se hagá en "forma legal y correcta" como lo señala el artículo 363 *ibídem*, pues en casos semejantes el defensor las puede objetar.

Pero además y como lo observa el Procurador Delegado:

"Es cierto que en el desarrollo de la indagatoria no se hicieron preguntas con contenido estrictamente jurídico o, dijérase mejor aun no se preguntó al procesado con términos técnicos acerca de su participación en el hecho ilícito. Pero ello no constituye irregularidad alguna, pues la exigencia de hacer un cuestionario con la precisión jurídica del delito, grado y modalidad de la participación, como lo aduce el censor, no está regulada en el ordenamiento jurídico, toda vez que la indagatoria no es momento procesalpara hacer calificaciones jurídicas del hecho, sino para averiguar la participación del implicado en el delito objeto del proceso y permitirle al indagado arguir todo cuanto sea necesario en su defensa"

Por tanto, este cargo tampoco prospera.

7. En la tercera censura afirma el casacionista el desconocimiento del contenido del artículo 194 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual en las notificaciones hechas al procesado privado de la libertad debe informársele "sobre los recursos que proceden contra" los diversos proveídos, dejándose constancia de ello en la dirección de la cárcel, la asesoría jurídica y en el expediente.

En este caso, si bien se desconoce si en la dirección carcelaria o en la oficina de la asesoría jurídica de la misma, se dejó alguna constancia sobre los recursos que procedían respecto de las decisiones que se le notificaron a Méndez Méndez, es lo cierto y en ello le asiste razón al demandante, que en el proceso tales anotaciones no se encuentran. No obstante, necesario es precisar que disposiciones de esta naturaleza no pueden ser interpretadas gramatical o exegéticamente, como lo pretende el censor, sino otorgándoseles el sentido que emane de la sistematización normativa procesal y estableciendo los fines que con un tal imperativo se pretenden cumplir.

En efecto, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos, como es el caso del Código Contencioso Administrativo, en los cuales la ley expresa-

mente prevé que en todos los actos de este carácter debe especificarse por parte del ente estatal que los profiera los recursos que caben contra ellos, esto no sucede en el Estatuto Penal, limitándose únicamente el referido artículo 194 a disponer la información que sobre el particular debe dársele al incriminado privado de la libertad, dejándose constancia de ello ante las autoridades carcelarias y en el expediente mismo, con lo cual lo que se pretende es garantizar la defensa material pero en ninguna medida eliminar, excluir o suplir la técnica, siendo por tanto imprescindible entender que una tal omisión solo resulta relevante ante el proceso penal cuando con ella se haya vulnerado el derecho que le asiste al procesado, bien directamente o por intermedio de su defensor, de recurrir las decisiones que lo afecten.

En este evento, no se observa en el expediente referencia o circunstancia alguna, por remota que sea, que permita inferir que este medio de defensa fue desconocido y que la misma omisión haya incidido definitiva y negativamente en el proferimiento del fallo condenatorio que ahora se impugna, excepción hecha de la afirmación que hace el casacionista sin ningún respaldo probatorio, hasta el punto de limitar la censura a su simple enunciación, eludiendo cualquier precisión en torno a la demostración y trascendencia del cargo, creyendo suplir esta exigencia con la transcripción del precepto y la lista que hace de cada una de las decisiones que le fueron notificadas personalmente a Méndez Méndez.

Es cierto, claro está, que la ley impone esta obligación respecto del procesado detenido y que en aras de garantizar la defensa material del incriminado se impone cumplir, pero igualmente lo es, que tras sacar avante la exégesis de la norma se pierda su real sentido, que no puede ser uno distinto al de garantizar plenamente el derecho a la defensa y éste no se agota exclusivamente por la que ejerza el procesado sino, por el contrario, y en forma mayúscula, adquiere su verdadera dimensión por la defensa técnica, hasta el punto de que ante alguna contrariedad de criterios entre las dos, por disposición legal, prima esta última.

Por tanto, no puede entenderse que con miras a hacer primar la forma, se desconozca el contenido y teleología del mandato, hasta el extremo de afirmar la invalidez de lo actuado, como inexplicablemente lo hace el casacionista, por el hecho de no haberse dejado constancia sobre el enteramiento que debió hacérsele al procesado de los recursos que procedían contra las decisiones que le fueron favorables, como sucede con el auto por medio del cual en la etapa del juicio se decretaron las pruebas que el mismo defensor solicitó. Es que, si se llevare hasta las últimas consecuencias la literalidad de la norma, tendría que admitirse que aun en los eventos en que el incriminado haya recurrido de un proveído, pero no se haya dejado la referida constancia, también se habría vulnerado el derecho a la defensa por este motivo, lo cual demuestra la inconsistencia de un tal planteamiento, no porque se desconozca el derecho inmanente en aquel precepto, sino porque lo que importa es en cada caso concreto establecer si con tal omisión efectivamente se vulneró, sin que pueda tenerse como fatal demostración de

lo contrario el hecho de que no se hubiere impugnado una determinada providencia, ya que como derecho que es, con claros fundamentos de subjetivo, es obvio que queda a la discrecionalidad del sujeto procesal su ejercicio.

ESTE CARGO NO PROSPERA.

9. *La cuarta censura que también lo es por causal tercera, plantea el reiterado y común argumento de conformidad con el cual la sentencia se habría dictado dentro de un proceso viciado de nulidad, al omitir el juzgador dar traslado de los diversos dictámenes periciales allegados al proceso, pese así perentoriamente disponerlo el numeral 2o. del artículo 270 del Código de Procedimiento Penal.*

Pues bien, basta al propósito de responder a este reproche con recordar que para la Sala la aludida omisión no pase de ser una informalidad de la cual está ausente cualquier carácter sustancial en la medida en que "el hecho de no surtir el traslado del dictamen a las partes, es una irregularidad intrascendente, que no afecta el debido proceso ni lesiona el derecho de defensa, en casos como el presente donde los sujetos procesales tuvieron la oportunidad de conocerlo y por tanto pudieron objetarlo, pedir su aclaración o ampliación" (Cas. 21 de abril de 1994 M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Trátase una vez más, de elevar a la categoría de irregularidad sustancial un hecho verdaderamente irrelevante, máxime cuando destinado el traslado a los sujetos procesales a hacer viable el ejercicio del contradictorio, en el caso concreto, quien acude a la impugnación extraordinaria en representación de Méndez Méndez, por haber iniciado su intervención letrada en este asunto desde la investigación, presentando los pertinentes alegatos precalificatorios, impugnando la resolución acusatoria, así como teniendo una muy activa participación durante la etapa del juicio solicitando pruebas, en ejercicio de esta diligente labor defensiva contó también con la plena oportunidad y garantías para solicitar la aclaración, ampliación o adición de los diversos dictámenes a que alude, e igualmente para objetarlos hasta antes de que finiquitara la audiencia pública, sin haber manifestado en ningún momento su oposición con dichas pruebas, lo que contrario sensu indica muy a las claras su conformidad con ellas, siendo elocuente constatación de ello el hecho de haber valorado en desarrollo de la audiencia pública algunos de los resultados periciales, para fundar así los alegatos orales en búsqueda de la absolución del procesado.

Intrascendente la informalidad propuesta como nulidad, la prosperidad de este cargo debe igualmente negarse.

Causal Primera

9. Ostensiblemente antitécnica es la proposición y desarrollo del único reparo amparado en la primera causal del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pues salvo afirmar que el sentenciador incurrió en "falso juicio de identidad", que aun cuando no se precisa necesariamente estaría

comprendido dentro del error de hecho, ninguna relación comporta este teórico supuesto con la confrontación probatoria que enseguida se abre paso, entre los argumentos del actor y la valoración que de las distintas pruebas hiciera el sentenciador, sabido como es que el denominado falso juicio de identidad concurre cuando el juzgador distorsiona el contenido de la prueba haciéndole producir efectos que desbordan su tangible y objetivo sentido.

Por eso repudia con la naturaleza de esta modalidad de yerro en el sentido expresado, la crítica generalizada que hace el actor al fallo del Tribunal, comenzando por discrepar con la adecuación típica que se hiciera de la conducta de Méndez Méndez en el delito de homicidio y la responsabilidad que se le atribuyera, a través de una implícita inconformidad referida a la valoración de los distintos medios de convicción, preguntándose cuáles son las pruebas en que se basa tal imputación, pues en su concepto éstas no existen dentro del proceso.

Continuando con este singular método y dando por supuesto que sólo podría haberse deducido el indicio de presencia en contra del procesado, sin que fuese suficiente para su condena, discrepa además de que en el proceso se haya demostrado que su presencia en el lugar estuviera encaminada a privar de la vida a persona alguna, pues el propio Méndez Méndez fue categórico en sostener que se encontraba desarmado.

Y si estos argumentos distan por completo de configurar el sostenido falso juicio de identidad, para mayor desconcierto y perplejidad alude enseguida al hecho de no haber sido el procesado sometido a la prueba de guantelete por el sistema de absorción atómica, pese a la importancia que la misma habría tenido, desplazando así el argumento en un mixtura irreconciliable hacia la causal tercera de casación.

Al margen de esta inconexa argumentación, desaperecibe el actor que en la consolidación del fallo condenatorio, entre otra prueba testimonial el sentenciador a quo valoró las declaraciones de los menores José Javier Granada Páramo y William Alfredo Pérez Martínez "quienes estando muy cerca al lugar de los hechos, durante su desarrollo, no observaron a ninguna persona a la entrada del establecimiento y por el contrario sí afirman a una voz que el asaltante que salió herido corriendo y que se le cayó el arma de las manos lo hizo de dentro del mismo", revelaciones perfectamente coincidentes con la descripción que del individuo que disparó el arma en contra de Heriberto y Yusedkid Sabogal, hiciera Humberto Rodríguez Triana, por tratarse del único de los agresores que salió herido del interior del local.

En consecuencia, la afirmada tergiversación probatoria no concretada en prueba alguna, resulta así, absolutamente infundada y, por ende, el reparo debe desecharse.

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

RESUELVE:

NO CASAR el fallo recurrido.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Madrilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar (No hay firma), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPENSACION DE CULPAS-No tiene aplicación en el campo penal/ **IN DUBIO PRO REO**-Técnica para alegarlo en casación

1. Dado que el censor toma como punto de apoyo del reparo un aparte de las disquisiciones teóricas consignadas por la Corte en la providencia del 23 de junio de 1994, en relación con un caso, como lo recuerda la Procuraduría, en que se discutía no el fenómeno de la compensación de culpas, sino en la concurrencia de culpas -un homicidio culposo causado por el concurso de dos conductores en sendos vehículos cuya investigación terminó eximiendo de responsabilidad a uno de estos-, porque, consciente la Corte de que el principio de la compensación de culpas tiene validez en el campo del derecho privado, en donde se controvierten intereses fundamentalmente de contenido patrimonial y por esta causa de posible conciliación, lo que no sucede en el terreno del derecho penal en donde es el interés de orden público el que activa la intervención del Estado, no es cierto que esta Corporación haya aceptado en punto a responsabilidad penal el fenómeno que reclama el demandante.

2. Cuando en la demanda de casación se reclama la aplicación del principio de la duda con fundamento en que el Tribunal incurrió en errores de apreciación probatoria -violación indirecta de la ley sustancial-, es imperioso para el casacionista indicar las pruebas en que recayeron esos errores y demostrar que a causa de ellos se declaró probada la responsabilidad cuando era tal la incertidumbre, que solo podía impartirse la absolución. Así lo ha precisado en repetidas oportunidades la Corte, porque solo en presencia de esos demostrados yerros es que puede desconocerse la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo impugnado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre quince (15) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No.199 Proceso N° 13283

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 21 de no-

viembre de 1996, que con modificación a la de primera instancia, condena a Guillermo Araméndiz Hernández a la pena principal de dos años de prisión y a la correspondiente accesoria, como autor responsable a título de culpa, del homicidio de José Miguel Varón.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Refiere la sentencia de segunda instancia que "a eso de las 6:30 del día trece de agosto del año 1994 colisionaron los vehículos automóvil de servicio público de placas WT 5161 el cual era conducido por Araméndiz Hernández Guillermo y la motocicleta Yamaha de placas ADY 61 conducida por José Miguel Varón en el sitio de la Avenida Guabinal con Avenida 60 de esta ciudad -se refiere a Ibagué, aclara la Sala-, y produciendo como consecuencia el fallecimiento de este último nombrado".

Al sindicado se le imputó el delito de homicidio culposo, en resolución de acusación proferida el 5 de enero de 1995, por parte de la Fiscalía a la que correspondió adelantar la investigación. (fls. 145-153 cd.1).

Rituada la causa, el Juzgado 10o. Penal del Circuito de Ibagué celebró la audiencia y dictó sentencia de condena (fls. 45 y ss. cd. 3), que al conocerla por apelación de la defensa, el Tribunal confirmó con modificación referente al monto de la indemnización de los perjuicios ocasionados con la infracción.

Contra el fallo ad quem, se alzó el mismo sujeto procesal interponiendo el recurso de casación del que ahora se ocupa la Sala. (fls. 3 y ss. cd. Tr.).

LA DEMANDA

En estos términos se expresa el recurrente:

Cargo primero.- La sentencia es violatoria, en forma directa, de los artículos 329 y 21 del C.P., por, precisa, "errónea interpretación de las dichas normas al considerar que no se puede eximir de responsabilidad penal por compensación de culpas en materia penal", postulado este que apoya en lo preceptuado por los artículos 8o. de la Ley 153 de 1887, 6° del C. de P.P., y 230 de la C.N. y en un fragmento jurisprudencial inserto en la sentencia de esta Corte del 23 de junio de 1994, que encuentra pertinente.

Tomando como propia la alusión al fenómeno de compensación de culpas consignado a manera de reflexión introductoria al tema que trató en esa ocasión la Corte, considera el censor errada la interpretación dada por el Tribunal a los preceptos anotados, porque en el caso concreto no hay vínculo de causalidad entre la culpa y el daño a la víctima, dado "que en este vínculo concurre en forma insoslayable ... la culpa de la víctima", aserción que respalda en el comportamiento que tuvo en los hechos, los cuales describe el demandante. En referencia legal cita también el artículo 2.341 del C.C.

Concluye que la sentencia debe ser revocada y su poderdante absuelto.

Cargo segundo.- Subsidiario. La sentencia es violatoria, en forma indirecta, de los artículos 329 del C.P., por aplicación indebida, y del 445 del C. de P.P., por falta de aplicación, en virtud del error de derecho cometido por el fallador en la apreciación de las pruebas.

A partir de la negativa del Tribunal a aplicar el fenómeno jurídico de la compensación de culpas, hace énfasis en los factores que cataloga demostrativos de la culpa de la víctima y de su transgresión de los reglamentos de tránsito, porque, dice, "las circunstancias referidas tampoco lo autorizaban para actuar en la forma como lo hizo ... Quiere decir ... que nos encontramos frente a un evento del cual se desprende, si se quiere realmente arribar al concepto de una justicia integral y equitativa, la reducción de perjuicios, tal como lo ha establecido la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al comentar el art. 2.357 C. C.".

Precisa las violaciones al reglamento de tránsito del motociclista occiso como no portar el casco protector y conducir la motocicleta sin luces encendidas, vertidos al proceso, asegura, por el propio sindicado, y los testimonios de Norberto Rondón y Rodolfo Galeano.

A continuación estima que si el Tribunal reconoció la concurrencia de culpas del procesado y el occiso en el accidente no hay claridad sobre la causa determinante de la muerte, y entonces no se puede "determinar con exactitud" y existe duda "que se reclama en favor del sindicado", y al no aplicarla el Tribunal violó directamente el artículo 445 del C. de P.P. que consagra el principio de presunción de inocencia. Por consiguiente, solicita la revocación de la sentencia condenatoria y en su lugar la absolución para su cliente.

El Ministerio Público

Opuesto a los reparos de la demanda se muestra en su concepto el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, que al referirse al primero, descarta la violación directa de los artículos 229 y 21 del C.P. en la sentencia, porque la responsabilidad penal es individual, y por tanto a una persona se la juzga por el acto que se le imputa, sin que la confluencia de conductas en un resultado delictual pueda desvirtuar su compromiso penal.

Entonces, una persona responde por la comisión de un delito cometido a título de culpa por omisión del deber de cuidado que le imponía el desarrollo de determinada actividad, sin que sea dable "compensar su injusta actitud con la culpa que simultáneamente se predique respecto de la propia víctima".

Añade que el fenómeno de la compensación de culpas no rompe el nexo causal entre la actividad culposa y el daño producido, y sólo tiene incidencia en la tasación del quántum de los perjuicios, para los casos en que la víctima se ha expuesto al daño en forma imprudente, según lo normado por el artículo 2357 del C.C.. Por último considera errada la interpretación del casacionista a la expresión "delitos iguales se borran o disuelven por mutua

compensación" para aplicarla al caso concreto, porque ello implicaría categorizar como delito la actitud imprudente de la víctima: también es errada la alusión a la sentencia del 23 de junio de 1994 de la Corte, que citó el censor en auxilio de su tesis, porque esta pieza jurisprudencial alude a la concurrencia de culpas para un resultado delictivo, y no a la compensación de culpas.

La oposición al cargo segundo, la expresa el funcionario criticando a la demanda la omisión en señalar la especie de error de apreciación probatoria que endilga a la sentencia, pues "salvo su personal referencia en relación con el croquis levantado, el testimonio de Norberto Rendón y el dictamen pericial", ninguna precisión registra la censura sobre el error que pregona.

También desconoce la técnica casacional el escrito, al afirmar, primero, que la sentencia es violatoria en forma indirecta del artículo 445 del C. de P.P., y en párrafo posterior que la violación de esta norma fue de naturaleza directa; tampoco explica por qué razón se vulneró el tipo penal del artículo 329 del C.P.. Además, el cargo contiene planteamientos inconciliables al aceptar y negar dentro de la misma argumentación la responsabilidad del procesado en el delito a título de culpa, al reclamar la compensación de culpas y posteriormente el reconocimiento de la duda.

CONSIDERACIONES

Primera Censura.- Violación directa de los artículos 329 y 21 del C.P., por errada interpretación, al rechazar el fallador el fenómeno jurídico de la compensación de culpas en materia penal.

No vislumbra la Corte el yerro de que habla el casacionista, en primer término, porque a ninguna de las normas mencionadas el Tribunal imprimió interpretación distinta de la correspondiente a su contenido, que en ambas es de suma claridad para cualquier intérprete.

En segundo lugar, y *dado que el censor toma como punto de apoyo del reparo un aparte de las disquisiciones teóricas consignadas por la Corte en la providencia del 23 de junio de 1994, en relación con un caso, como lo recuerda la Procuraduría, en que se discutía no el fenómeno de la compensación de culpas, sino en la concurrencia de culpas -un homicidio culposo causado por el concurso de dos conductores en sendos vehículos cuya investigación terminó eximiendo de responsabilidad a uno de estos-, porque, consciente la Corte de que el principio de la compensación de culpas tiene validez en el campo del derecho privado, en donde se controvierten intereses fundamentalmente de contenido patrimonial y por esta causa de posible conciliación, lo que no sucede en el terreno del derecho penal en donde es el interés de orden público el que activa la intervención del Estado, no es cierto que esta Corporación haya aceptado en punto a responsabilidad penal el fenómeno que reclama el demandante.*

Discurrió en ese proveído, con ponencia del entonces magistrado Dr. Gómez Velásquez, así la Sala:

"6.- Ciertamente que la compensación de culpas, en cuanto toca con la responsabilidad penal, exige de entrada como requisito el que la víctima haya aportado un comportamiento de acción o de omisión que de cierto apreciable modo influya en la producción del resultado que la afecta. Si es total o sobresalientemente ajena a esta situación, mal haría en trasladarse a ese ámbito el fenómeno del concurso o conjugación de conductas culposas de los posibles procesados, pues se estaría computando algo inexistente y que carece de toda incidencia en el análisis del hecho cumplido. De otro lado, cuando es dable visualizar ese tópico, ello conduce a un atemperamiento de sanciones penales o incidencias resarcitorias de perjuicios, pero no a la condonación absoluta de la culpa deducible a un procesado. Si el comportamiento del ofendido es de tal magnitud que termina por presentarse como el factor de producción de esa consecuencia, pues se estará en una ausencia de conducta culposa en el procesado, que muy seguramente, recibió el influjo de una fuerza mayor o un caso fortuito. Pero mientras éste exhiba en su haber un actuar culposo significativo, lo atinente a la víctima solo amortiguará, en los terrenos indicados, esas resonancias propias, pero no llegará a sofocar totalmente la exigible reacción del organismo penal de justicia, que se ve así excitado e indescartable en su ejercicio".

Este criterio fue reiterado en sentencia del 28 de agosto de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Nilson Pinilla, y es el que aplicó el Tribunal en este concreto caso, cuando reconoció que:

"la víctima se desplazaba, de occidente a oriente, por la avenida Guabinal, a una distancia mayor de un metro de la acera u orilla derecha, por lo que, aportó, en realidad de verdad, una insoslayable cuota de culpa en la producción del resultado materia de esta investigación. Esta situación es de fácil captación para cualquier intérprete y desde luego con implicaciones imperativas, no en el campo penal, en donde, se repite, el principio de 'paria delicta mutura compensatione dissolvuntur' no se aplica sino en lo atinente a las consecuencias civiles que se derivan del hecho punible". (fl. 10 cd. Tr.).

Habiendo interpretado el Tribunal correctamente en su sentido y alcance las disposiciones cuya transgresión afirma el censor, como así lo reconoce también el Ministerio Público, impera concluir que este cargo no prospera.

Segunda Censura.- Violación indirecta del artículo 329 del C. P. por indebida aplicación y correlativa falta de aplicación del 445 del C. de P.P. "por error de derecho en la apreciación de las pruebas".

Cuando en la demanda de casación se reclama la aplicación del principio de la duda con fundamento en que el Tribunal incurrió en errores de apreciación probatoria -violación indirecta de la ley sustancial-, es impertoso para el casacionista indicar las pruebas en que recayeron esos errores y demostrar que a causa de ellos se declaró probada la responsabilidad cuando era tal la incertidumbre, que solo podía impartirse la absolución. Así lo ha precisado en repetidas oportunidades la Corte, porque solo en presencia de esos demostra-

dos yerros es que puede desconocerse la presunción de acierto y legalidad que ampara el fallo impugnado.

En la censura que se estudia ningún error en el examen probatorio del Tribunal individualiza y demuestra el censor, dejando el reparo incompleto; pero como además, renglones adelante afirma que el Tribunal reconoció la duda y sin embargo no la aplicó, por lo que "violó directamente el artículo 445 ...", también el reproche es confuso e impreciso, impidiendo así a la Corte conocer el verdadero motivo de discrepancia con el fallo, toda vez que simultáneamente pregona dos conceptos de violación de la ley sustancial que son inconciliables porque en la violación indirecta la objeción se arraiga en la errada apreciación de la prueba, mientras que en la directa lo que no se cuestiona es justamente ese aspecto del fallo.

Las inconsistencias técnicas de esta censura reclaman su improsperidad.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

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

Cópiese y Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar (No hay firma), *Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Interés, pretensión más gravosa

Como claramente se advierte, no es que se haya conculcado la legalidad de la pena supuesto que el juzgador con respeto de los topes punitivos establecidos en los respectivos preceptos infringidos dedujo la correspondiente sanción; pero lo que sí hizo incorrectamente fue aplicar la detracción por la sentencia anticipada sólo a una parte de lo atinente a los cargos aceptados, desfase que paradójicamente en vez de perjudicar a los procesados terminó favoreciéndolos, dada la menor cantidad de pena que a la postre se les impuso diferente de la que en verdad merecían. De ahí que se afirme que los libelistas carecen de interés para recurrir, pues, de admitir sus pretensiones de redosificación de la sanción corporal, habría que enmendar el error con sacrificio del postulado de la no reformatio in pejus.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Aprobado Acta No. 199 Poceso No. 12004

VISTOS

En virtud del recurso de casación que con las respectivas demandas interpusieron los defensores de los procesados *Horacio Mira Muñoz, John Jairo Martínez Chalarca* y *Jorge Iván Gaviria Muñoz*, conoce la Sala del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 31 de octubre de 1995, que confirmó con modificaciones la condena impartida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de la misma ciudad contra los mentados procesados, por los injustos de hurto calificado con circunstancias de agravación y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A eso de las 7:00 de la mañana del día 4 de marzo de 1992, cuando apenas se aprestaban a iniciar su jornada laboral los operarios de la firma "Confecciones Bromo Ltda.", ubicada en la Calle 33, N° 65C-67 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Medellín, abruptamente irrumpieron en sus instala-

ciones entre cuatro y cinco individuos exhibiendo armas de fuego, quienes luego de reducir a la impotencia a los allí presentes y dejarlos recluidos en uno de los servicios sanitarios existentes en el lugar, se apoderaron de diversos elementos -prendas de vestir, maquinaria de la fábrica, marquillas y otros enseres-, no sin antes obligar a la secretaria de la empresa a elaborar una supuesta orden de remisión de los mismos.

Embalado y depositado el producto del hurto en un automotor que para el efecto se tenía dispuesto, seguidamente los intrusos emprendieron la huida, pero a poca distancia del lugar donde se produjo el latrocinio, una patrulla de agentes de la Policía Nacional que casualmente rondaba por el sector interceptó el vehículo de placas LD 52-24, en el que transportaba la mercancía expoliada y a cuyo volante iba René de Jesús Bustamante Rodríguez llevando como pasajero a *Horacio Mira Muñoz*. Al verse descubierto, el conductor no tuvo más que admitir la procedencia ilícita de los elementos y, señalando el sitio de residencia del presunto cabecilla de la banda, *Jorge Iván Gaviria Muñoz*, quien logró evadirse, condujo a los policiales a la casa de habitación situada en la Kra. 50D, 65-38 donde se halló un rollo de las marquillas birladas, una pistola Colt automática, calibre 22, un proveedor y 5 proyectiles para la misma, e igualmente una sub-ametralladora Browing 9 mm., con su proveedor y 10 cartuchos.

Además de la aprehensión de los inicialmente nombrados, en dicha residencia se produjo la captura de la esposa de *Gaviria Muñoz*, de un condiscípulo de éste, *John Jairo Martínez Chalarca*, y de un hermano de la mujer.

El Juzgado 38 de Instrucción Criminal de la época con sede en Medellín abrió formal investigación, vinculó mediante indagatoria a los aprehendidos, y sólo en contra de *Horacio Antonio Mira Muñoz* y *John Jairo Martínez Chalarca* dispuso la detención preventiva sin excarcelación, al resolverles la situación jurídica. Producida la indemnización de perjuicios en favor de los ofendidos, el mismo despacho concedió la libertad provisional a los detenidos.

Posteriormente se presentó voluntariamente el otro imputado, *Jorge Iván Gaviria Muñoz* y, oído en descargos, también fue cobijado con la medida detentiva pero con excarcelación. A la Fiscal 29 Delegada de la Unidad Segunda de Patrimonio le correspondió calificar el mérito del sumario y por resolución del 5 de enero de 1995 profirió acusación contra los indagados como presuntos autores de los delitos de hurto calificado y agravado, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

El Juzgado 25 Penal del Circuito de Medellín conoció del juicio, oportunidad durante la cual los acusados solicitaron la terminación anticipada del proceso mediante la aplicación del artículo 37 del C. de P. Penal. Acogida la petición por el Juzgado, conforme con el pliego de cargos profirió condena el 8 de junio del mismo año poniendo fin a la instancia e imponiéndole a cada uno de los procesados, *Martínez Chalarca*, *Mira Muñoz* y *Gaviria Muñoz*, la pena principal privativa de la libertad de cincuenta y cinco (55) meses y veinticinco (25) días de prisión, la accesoria de interdicción en el ejercicio de

derechos y funciones públicas por un término de diez (10) años, así como la obligación de pagar en forma solidaria la suma de 9'345.000 pesos, a título de perjuicios materiales, y el equivalente a 500 gramos oro como perjuicios morales, en favor de los afectados con la ilicitud. Dispuso así mismo el decomiso de las armas de fuego incautadas, y a los sentenciados les negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, ordenando en consecuencia su captura.

Impugnado el fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó mediante el suyo del 31 de octubre de 1995, pero con las siguientes reformas: declaró que en definitiva la pena principal a purgar por los justiciables sería de veintitrés (23) meses y veinte (20) días de prisión, en tanto la accesoria la redujo al mismo lapso de la privativa de la libertad. Y, de igual manera, revocó la condena por perjuicios y en su lugar absolvió a los implicados del pago de los mismos.

Contenido de las Demandas

Dos censuras en sendas demandas presentadas a nombre de cada uno de los procesados formulan los impugnantes contra la sentencia de segundo grado atacada, que por versar sobre reproches idénticos y estar confeccionadas bajo similares términos, la Sala las estudiará conjuntamente. Veamos:

Primer cargo:

Al amparo de la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, los impugnantes acusan la sentencia de violar directamente la ley sustancial "*por interpretación errónea del inciso final del artículo 37 ibidem, modificado por el artículo 3o. de la ley 81 de 1993. Es decir, la sentencia impugnada cometió un grave error de sentido en torno a los términos en que el legislador define la rebaja de pena por sentencia anticipada (1/6 parte) cuando el procedimiento abreviado se activa y perfecciona en la etapa del plenario.*" -Subrayas en el texto-.

Diciendo los recurrentes realizar algunas "*precisiones*" en torno a la materia debatida, aducen que en tratándose de la figura del concurso de hechos punibles, el Tribunal al dosificar la sanción imponible lo hizo con manifiesto "*sesgo en la hermenéutica correcta del instituto*", y luego de argüir sobre las razones político-criminales que llevaron al legislador a su consagración, en el desarrollo y fundamentación del cargo sostienen que el *Ad-Quem* se equivocó en la medida en que la rebaja de la sexta parte de la pena debió cobijar "*todos los punibles comprendidos en la resolución de acusación (...)*"; dicha rebaja procede, insisten, "*respecto de la pena acordada para el concurso, vale decir, la pena definida para el delito de hurto calificado y agravado y, desde el régimen de los concursos, para el porte de arma de fuego de defensa personal (...).*"

Empero, como el Tribunal no lo entendió así, por cuanto sólo hizo la rebaja indicada en el precepto supuestamente vulnerado "*apenas en términos del*

primer delito, sin lugar a dudas el más grave" -el hurto, se aclara-, aunque seleccionó correctamente la norma aplicable, erróneamente la interpretó -error de sentido al no tener un cabal entendimiento de la misma, incurriendo así en violación directa del citado Art. 37. A la sanción deducida para el hurto, explican, debió sumarle la que correspondía por el concurso con el porte ilegal, y obtenido el incremento de aquélla, procedía sobre esta cifra la rebaja pertinente.

Además del precepto reseñado con antelación, citan como también infringidos el artículo primero (1°) del Código Penal habida consideración de la violación del principio de legalidad de la pena, dada la manera incorrecta de realizar la susodicha *rebaja*, e igualmente los artículos 350 y 351 *ibídem*, y 1° del decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991. Que se case "*parcialmente*" el fallo recurrido, y en su lugar se profiera el sustitutivo que consulte cabalmente lo normado en el inciso final del citado Art. 37 del C. de P. Penal, es a lo que finalmente aspiran los impugnantes extraordinarios.

Segundo Cargo:

También al amparo de la Causal primera, cuerpo primero del Art. 220 del Código de Procedimiento Penal, los censores acusan el fallo impugnado de infringir en forma directa la ley sustancial por *interpretación errónea* del numeral 2° del Art. 68 del C. Penal, puesto que "*la sentencia hizo una desafortunada hermenéutica de las exigencias legislativas*" en torno al fenómeno de la condena de ejecución condicional, negando su concesión a los procesados. De esta manera, "*subrogándose*" en la voluntad del legislador, el *Ad-Quem* profirió una decisión "*soberanamente discrecional (...) en medio de un monumental desorden*", aducen.

Previo a señalar los supuestos errores de sentido contenidos en la determinación cuestionada, y con el extraño epígrafe de "*una Moción de Procedimiento*", los casacionistas explican que con lo afirmado en líneas precedentes lo que pretenden significar es "*la duplicidad decisoria*" en la que descansa aquélla, dado el doble pronunciamiento que se hizo sobre el mismo punto -la no procedencia del subrogado ; primero, en razón del monto de la pena imponible (superior a 3 años de prisión), y luego por no concurrir el segundo requisito que para la concesión del mentado sustituto penal demanda la norma supuestamente infringida, esto es, el elemento subjetivo, lo que en últimas implica colegir la necesidad de tratamiento penitenciario para los implicados. De una tal argumentación, advierten, lo que se evidencia es la ostensible "*contradicción fundamental*" al interior del pronunciamiento reprochado.

En la fundamentación del cargo, a pesar de anunciar que no van a oponer "*nuestra particular convicción a la hipotética consideración por parte del Tribunal de los hechos, los delitos y la personalidad del sindicado (...) lo que hacemos es mostrar el carácter etéreo y gaseoso de las conclusiones del Tribunal (...)*", habida cuenta que interpretando erróneamente el numeral 2° del artículo 68

del C. Penal, parece haber entendido que el legislador dispusiera tal exigencia para que "*los juzgadores hagan una decisión discrecional sobre ella o para que los juzgadores la entiendan insatisfecha por la vía de formulaciones generales y abstractas.*"

Aseguran los censores que la decisión atacada "*quiebra*" la doctrina que por largos años ha venido imperando en la Sala acerca de la *debida motivación* que debe preceder a un tal pronunciamiento, y con apoyo en lo que sobre el punto se dijo en las sentencias de casación de marzo 10/81 y abril 24/92, cuyos apartes pertinentes transcriben, no empece admitir la *juiciosa reflexión* hecha por el *Ad-Quem* para recomendar el tratamiento penitenciario de rigor, iteran que el fallador "*hizo una formulación de etiquetas y vaguedades para degenerar el subrogado, en una desgraciada equivocación sobre el sentido del numeral 2º del artículo 68 CP, y en una desafortunada propensión a la discrecionalidad desbocada, tan extraña al sentido político del Estado de Derecho, que es precisamente poder controlado y limitado*", pues, como lo enseña la Corte Constitucional, "*en el estado de derecho no hay facultades absolutamente discrecionales. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional.*"

Sin pretender entrar en discusiones de índole probatoria, que de hacerlo darían al traste con la pretensión, advierten los demandantes, no obstante estar "*bien demostrado*" en el proceso que los acusados carecen de antecedentes judiciales, lo que significa que son delincuentes primarios, y que voluntariamente resarcieron los daños irrogados, a más que dos de ellos, *Martínez Chalarca* y *Gaviria Muñoz*, son estudiantes universitarios, aspectos estos que si bien fueron objeto de análisis en el fallo no produjeron consecuencia alguna, "*sólo por la mala comprensión de sentido*" de la norma violada, cuya interpretación errónea "*desorientó el camino justo que era la aplicación del artículo 68 del C.P.*", recaban. Fuera de este precepto, señalan como también violados los artículos 69 y 12 *ibidem*.

Solicitan pues los impugnantes se case "*parcialmente*" el fallo recurrido, para que en su lugar se profiera "*la correspondiente sentencia sustitutiva que reconozca el error cometido por el ad-quem*", en los términos en que dicho yerro ha sido demostrado.

Concepto del Procurador Delegado

1. El objeto de censura que por la vía de la violación directa de la ley sustancial los casacionistas han demandado como errónea interpretación del inciso final del Art. 37 del C. de P. Penal, no puede ser más evidente, aduce el agente del Ministerio Público, puesto que la reducción de la sexta parte a la que alude el precepto cuya vulneración arguyen, debió realizarse una vez *individualizada* la pena imponible, es decir, después de considerar la sanción establecida para el injusto más grave -indudablemente el delito contra el patrimonio económico-, incrementada en la proporción correspondiente por el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, tal como lo prevé el artículo 26 del C. Penal, habida cuenta de la admisión de responsabilidad por

el concurso de hechos punibles objeto de imputación en el respectivo pliego de cargos. Esa dosificación punitiva, hechas las deducciones de rigor, se contraería a veinticinco (25) meses de prisión, es el concepto del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal (E).

Pero, ¡qué paradoja!, advierte, pues no obstante ser cierta la equivocación argüida, también lo es que "*so pretexto de probar un yerro puedan los casacionistas hacer más gravosa la situación de sus defendidos*", habida cuenta que la pena impuesta por el fallador -23 meses y 20 días de prisión-, resulta ser inferior a la pretendida por los censores -25 meses-, lo cual "*debe considerarse como típica falta de interés para intentar la casación del fallo.*"

"*Por eso la pretensión deviene insólita, inaceptable, brusca, sin razón de ser por falta de análisis de los censores de la situación propiamente dicha y debe despacharse negativamente este primer cargo*", es su conclusión.

2. La formulación de esta censura dentro del esquema de la técnica casacional se traduce, en primer término, en indebida proposición del cargo y, en segundo lugar, carece "*de la demostración de los supuestos determinados por la ley como necesarios para la concesión del subrogado.*" En efecto, la reseña jurisprudencial traída por los demandantes para apoyar su tesis, no deja ver cómo los argumentos allí expuestos "*se subsumen eficazmente en el caso*", por el contrario, veladamente invocan circunstancias que en opinión de los censores hacen a los procesados merecedores de la suspensión de la ejecución de la sentencia tales como ser delincuentes primarios, ausencia de antecedentes judiciales y, para dos de ellos, su calidad de estudiantes, situaciones estas que trasladan el reproche a la errónea estimación de probanzas propia de la violación indirecta.

Ahora, la no utilización de "*expresiones sacramentales*" para referirse al punto, mal puede tenerse como acto omisivo por cuanto si se repara integralmente en lo que acerca de la materia se dijo en la sentencia, claramente se verá que el Tribunal para negar el subrogado impetrado tuvo a bien considerar la "*naturaleza y las modalidades del hecho punible*", cuestión esta en relación con la cual los libelistas "*guardaron absoluto silencio dejando la arremetida sin razones que le pudieran brindar viabilidad.*" Fuera de indicar que dicho beneficio no constituye un favor del juzgador sino un derecho de los procesados, nada hacen los censores por demostrar el cargo y, en tal medida, "*la decisión del Tribunal no comporta afectación en ningún sentido*", como que las circunstancias que dicen echar de menos en el análisis del *Ad-Quem*, fueron tenidas en cuenta para poder colegir la necesidad del tratamiento penitenciario reprochado. No fue pues una decisión arbitraria y mucho menos ajena a la realidad procesal. En consecuencia, la censura está llamada al fracaso.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A) De la violación directa del Art. 37 del C. de P. P.

Desde ya se dirá que la falta de interés jurídico en los demandantes para procurar la casación parcial del fallo recurrido, torna impróspera su preten-

sión a pesar de la correcta formulación de esta censura, como bien lo advierte el Procurador Delegado.

Ciertamente, nada ortodoxa resulta ser la dosificación punitiva realizada por el sentenciador de segunda instancia, así la pena finalmente impuesta comporte una mayor benignidad frente a la calculada por el *A-Quo*, o de cara a la realmente imponible. Sin embargo, los yerros destacados por los casacionistas no los habilita para impetrar la remoción parcial del fallo con apoyo dizque en la afectación del principio de legalidad, cuando lo cierto es que, no empece a tales equivocaciones, el marco punitivo o sea los extremos mínimo y máximo de la pena fueron respetados. Veamos:

La acusación versó sobre el concurso de hechos punibles de hurto calificado (Art. 350-1 C.P.), agravado por las circunstancias descritas en los Arts. 351-10 y 372-1 *ibidem*, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y sus respectivas municiones, regulado en el Art. 1° del Dcto. 3664 de 1986 acogido como legislación permanente por su similar 2266 de 1991, Art. 1°, todo ello en armonía con el Art. 26 del Código Penal. Respecto de tales imputaciones los acusados admitieron su responsabilidad, y conforme con ese pliego de cargos se profirió el correspondiente juicio de reproche.

Pues bien, bajo el supuesto de la concurrencia de las causales genéricas de agravación punitiva contempladas en el Art. 66, ordinales 3 y 4 del Código Penal -se dificultó la defensa de los bienes al agraviado y se obró con preparación ponderada del hecho-, el Tribunal para la tasación de la pena no partió del mínimo de la sanción establecida para el delito más grave que es el hurto calificado (24 meses), sino que lo hizo tomando como base 30 meses -cifra menor de la aducida por el *A-Quo* que fue de 36 meses-, a lo que agregó 10 meses por haber sido perpetradas las delincuencias por más de dos personas, sumando a todo ello 12 meses porque el valor de los bienes objeto de apoderamiento ilícito superó los $100.000, lo que arroja un subtotal de pena imponible en relación con el acto lesivo del patrimonio económico de 52 meses de prisión.

Hasta aquí, ningún yerro se advierte; empero, el dislate se presenta en el paso siguiente porque en vez de proceder a la rebaja reconocida por la reparación de los perjuicios irrogados a los ofendidos, lo que hizo fue aplicar la disminución de la sexta parte correspondiente al acogimiento a la terminación anticipada del proceso (Art. 37, inciso final del Código de Procedimiento Penal), para luego hacer el incremento por el concurso (art. 26 C.P.), dejando para último lugar la rebaja del Art. 374 del estatuto represor.

El desatino es evidente, porque aplicada como debió hacerse la disminución punitiva con cargo a la reparación integral a los 52 meses deducidos por el acto contra el patrimonio económico -que el Tribunal cuantificó en la mitad (1/2)-, la base de la punición queda en 26 meses; y si a este guarismo se le suman los 4 meses que el *ad quem* consideró oportuno incrementar por el concurso, la sanción se sitúa en los 30 meses que, reducidos en una sexta

(1/6) parte por efecto de la terminación anticipada del proceso conforme con lo previsto en el inciso final del Art. 37 del C. de P. Penal, valga decir una disminución de 5 meses, el resultado final de la pena sería de 25 *meses de prisión*, esto es, una sanción superior a la realmente deducida en el fallo cuestionado que fue de 23 meses y 20 días.

Como claramente se advierte, no es que se haya conculcado la legalidad de la pena supuesto que el juzgador con respeto de los topes punitivos establecidos en los respectivos preceptos infringidos dedujo la correspondiente sanción; pero lo que sí hizo incorrectamente fue aplicar la detracción por la sentencia anticipada sólo a una parte de lo atinente a los cargos aceptados, desfase que paradójicamente en vez de perjudicar a los procesados terminó favoreciéndolos, dada la menor cantidad de pena que a la postre se les impuso diferente de la que en verdad merecían. De ahí que se afirme que los libelistas carecen de interés para recurrir, pues, de admitir sus pretensiones de redosificación de la sanción corporal, habría que enmendar el error con sacrificio del postulado de la no reformatio in pejus.

El cargo no prospera.

B) De la violación directa del Art. 68 del C. Penal.

No obstante admitir los demandantes que la casación no es una tercera instancia, o advertir los mismos que no es su deseo oponer "*nuestra particular conjetura a la hipotética consideración por parte del Tribunal de los hechos, los delitos y la personalidad de los sindicados*", determinación que sin embargo catalogan de "*juiciosa reflexión*" cuando el *Ad-Quem* asume el estudio de la necesidad de tratamiento penitenciario que era menester prodigar a los acusados, o de reiterar que en últimas su aspiración no se finca en discusiones de índole probatoria, lo cierto es que con este reproche lo que se pretende hacer ver es que el juzgador con su determinación de negar el subrogado de la condena de ejecución condicional, procedió de manera arbitraria y contradictoria, amén de que veladamente sugieren ausencia de motivación en la veda del sustituto penal.

Una tal argumentación se traduce en un desvío del sendero escogido para argüir la presunta violación, porque cuando se esperaba que circunscribieran el ataque al plano de lo estrictamente jurídico, esto es a la discusión sobre la subsunción de la norma en los hechos concebidos según la evaluación probatoria del sentenciador, se desvió el reproche a lo que el proceso informa en cuanto a la calidad de "*delincuentes primarios*" de los procesados por su buena conducta anterior, es decir a hechos tales como la carencia de antecedentes judiciales, de la voluntad de los justiciables de reparar los perjuicios irrogados a los ofendidos y a la circunstancia de ser dos de ellos estudiantes universitarios; de todo lo cual infieren los libelistas que los acusados revelan una personalidad no proclive al delito, lo que a su juicio los hace merecedores del sustituto penal.

Empero, como esos factores dicen relación con el tema probatorio, el cargo debió formularse como violación indirecta, máxime si lo que en el fondo se plantea es un presunto error de hecho equiparable al falso juicio de identidad o a una violación a las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria, y no la simple falta de aplicación de un precepto sustancial frente a una motivación del sentenciador que en verdad ellos estimaran correcta, como quieren hacerlo parecer.

En efecto, a los razonamientos que el Tribunal expuso dentro del análisis que de la personalidad de los procesados realizó, los cuales se transcriben en la propia demanda, los censores oponen sus propias conclusiones. Veamos:

Según los casacionistas, el Juzgador dijo: "*no puede dudarse que la forma de comisión del hecho delictivo revela la personalidad, la manera de ser del individuo, y de que hay comportamientos delictuosos que en razón a las circunstancias que rodean su realización, despiertan en la sociedad un común sentimiento de inseguridad y zozobra*". A estos argumentos responden los impugnantes que cuando el Tribunal de Medellín se expresa de esa manera, "*por vía general (...) está hablando de una manera que comporta una juiciosa reflexión sobre el delito, su naturaleza y sus repercusiones, y no discutiendo desde la realidad procesal si los delitos, los que han sido concretamente materia de condena, y la personalidad del sindicado, concretada con la información extractada de los folios, razonablemente recomendaban el 'tratamiento penitenciario'. Es decir, el Tribunal hizo una formulación de etiquetas y vaguedades para denegar el subrogado, en una desgraciada equivocación sobre el sentido del numeral 2º del artículo 68 CP, y en una desafortunada propensión a la discrecionalidad desbocada, tan extraña al sentido político del Estado de Derecho (...).*"

A más de que se da al traste con la aparente *inmotivación* argüida, lo que se evidencia en el pasaje anterior es la pretensión de los demandantes de que la Corte acoja en esta sede de casación sus alegaciones, como si se tratara de una instancia adicional, y deseche el análisis que el sentenciador con autoridad y ceñido a la legalidad hizo, manera de fundamentar ajena al sentido de la violación aducida.

No prospera la censura.

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 y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, (No hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CASACION-Exigencias/VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL-Modalidades-Técnica/ERROR DE HECHO POR FALSO JUICIO DE EXISTENCIA-Técnica/ERROR DE HECHO POR FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Técnica/INDICIO-Técnica para atacarlo en casación

1. Si el trámite del recurso de casación corresponde a un sistema rogado y de carácter dispositivo, es al actor a quien compete de manera detallada relacionar una a una las normas que encuentra violadas, así como indicar, también minuciosamente, el cómo y el por qué de su apreciación, demostrar la existencia del error y precisar su trascendencia, para conseguir acreditar que de no haber sido por el yerro, el fallo hubiera sido sustancialmente diverso, pues le está vedado a la Corte suponer o inquirir por el alcance que con el cargo globalmente planteado se quiere dar a cada una de las disposiciones invocadas como violadas.

2. La demanda omitió el cumplimiento de las previsiones legales requeridas en este procedimiento especial, caracterizado por los principios de taxatividad, limitación y prioridad, pues la violación de la ley sustancial puede realizarse por dos vías: la directa y la indirecta.

En la primera se aceptan los hechos y las pruebas como fueron apreciadas por el juzgador, pero se censura la falta de aplicación de la ley (exclusión evidente), su aplicación indebida o su interpretación errónea; cada una de estas censuras tiene una naturaleza diversa.

En la segunda, la violación de la ley tiene lugar con relación a los medios de convicción, por lo que el demandante está obligado a precisar si el error consistió en omitir la apreciación de pruebas obrantes en el proceso (falso juicio de existencia de la prueba por omisión), en suponer pruebas que no figuran en el trámite (falso juicio de existencia de la prueba por suposición), en tergiversar el alcance de la prueba (falso juicio de identidad), en considerar pruebas ilegalmente aducidas (falso juicio de legalidad), o en darles un valor diferente al que la ley les señala (falso juicio de convicción).

3. Los errores de hecho por falso juicio de existencia con ocasión de la violación indirecta, como los formulados por la defensa, únicamente pueden plantearse a partir de la omisión o de la suposición de pruebas,

en consecuencia, si el censor no indicó cuál prueba fue desatendida o qué elemento probatorio fue supuesto sin hallarse en el proceso, con expresión del por qué de su censura, y lo más importante, sin precisar la trascendencia de tal omisión o suposición, el cargo no prospera.

4. Como ya lo ha expuesto esta Corporación, si lo que se ataca es el hecho indicador, que admite cualquiera de las modalidades de error de hecho (por falso juicio de existencia o por falso juicio de identidad) y de derecho (por falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción), -ésta última hipótesis de muy poca ocurrencia en nuestro medio por la ausencia de tarifa legal-, le corresponde al censor precisar en qué consistió el yerro, y de qué manera ello influyó en el resultado formal o material respecto del señalamiento o no del hecho indicado.

Pero si lo que se deseaba era atacar el proceso de inferencia lógica, le correspondía al demandante precisar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el por qué los falladores realizaron de manera indebida la deducción para arribar o no hacerlo, a la estructuración del hecho indicado, pues en atención a que la inferencia lógica es el resultado de un proceso intelectual valorativo, el único ataque posible es a través del error de hecho -no por falso juicio de existencia como lo planteó el demandante- por transgresión de los principios de la sana crítica, por lo cual compete al censor 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 o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios específicos en una determinada materia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre quince (15) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 12396

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el apoderado de la parte civil contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en la cual se absolvió a la señora Amparo Echeverry Escobar.

HECHOS

El 14 de noviembre de 1990 se realizó entre una persona que se identificó como Rosa Stella Colorado de Piedrahita (hipotecante) y el señor Rodrigo Mejía Jiménez (acreedor), la escritura pública de hipoteca No. 946, en la Notaría Veinte del Círculo de Medellín, mediante la cual, la primera constituyó en favor del segundo hipoteca abierta de primer grado hasta por la cantidad de diez millones de pesos ($10.000.000.oo), sobre un lote de terreno ubicado en el barrio "El Estadio" de la ciudad de Medellín; con ocasión del contrato men-

cionado, el señor Diego Mejía Naranjo, hijo del acreedor, giró un cheque por la suma de nueve millones cuatrocientos mil pesos ($9.400.000,oo), una vez efectuados los descuentos de intereses, estudio de títulos y comisión.

La persona que se identificó como Rosa Stella Colorado de Piedrahíta fue presentada por la señora Amparo Echeverry Escobar a los señores Mejía; cuando se hicieron exigibles los intereses, la deudora no los canceló, razón por la cual los acreedores se dirigieron a quien la había presentado, y días después ésta les comunicó que la persona que había suscrito la escritura de hipoteca no era la verdadera Rosa Stella Colorado de Piedrahíta.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.Los señores Rosa Stella Colorado de Piedrahíta y Diego Mejía Naranjo formularon denuncia el día 1º de febrero de 1991, fecha en la cual, el Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal de Medellín dispuso la práctica de diligencias preliminares; el 13 de febrero de 1991 se dictó el auto cabeza de proceso.

2.El 15 de febrero se presentó demanda de constitución de parte civil, cuya admisión se produjo el 18 de febrero, en la cual se reconoció como sus titulares a la verdadera señora Rosa Stella Colorado de Piedrahíta y al señor Diego Mejía Naranjo.

3.El 25 de enero de 1991 la señora Amparo Echeverry Escobar presentó denuncia por los mismos hechos, la cual correspondió al Juzgado 54 de Instrucción Criminal de Medellín, que ordenó la indagación preliminar el 25 de enero, y remitió las diligencias al Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal, en el que ya se había dictado auto cabeza de proceso el 22 de febrero de 1991.

4.El Juzgado Cuarto de Instrucción Criminal escuchó en indagatoria a la señora Amparo Echeverry Escobar el día 26 de febrero de 1991 y se abstuvo de imponer medida de aseguramiento cuando resolvió su situación jurídica; esta decisión fue apelada por la apoderada de la parte civil, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín se abstuvo de conocer de la impugnación por estimar que la parte civil carecía de interés.

5.La investigación fue asumida por la Fiscalía General de la Nación el 3 de julio de 1992, la cual cerró la investigación el 11 de enero de 1995 y calificó el mérito del sumario el 23 de febrero de 1995 con resolución de acusación en contra de la señora Amparo Echeverry Escobar; en dicha providencia profirió medida de aseguramiento consistente en caución prendaria.

6.El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Medellín llevó a cabo la audiencia pública el 5 de febrero de 1996, y dictó sentencia absolutoria el 6 de marzo del mismo año; esta decisión fue impugnada por el apoderado de la parte civil, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 7 de junio de 1996.

7. El apoderado de la parte civil interpuso recurso de casación, cuya demanda fue presentada en oportunidad.

LA DEMANDA

Para atacar la sentencia de segunda instancia, el demandante invocó como causal de casación la violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, por falso juicio de existencia sobre la prueba testimonial e indiciaria.

1.Estimó que no se le dio el verdadero alcance a la prueba testimonial de los señores Jorge Alberto Mejía Salazar, Rodrigo Mejía Jiménez al ser comparadas con la declaración del Notario Veinte del Círculo de Medellín, con lo cual resultaba "elementalmente comprensible" el compromiso de responsabilidad de la señora Amparo Echeverry Escobar en los delitos de falsedad y estafa.

2.Consideró que de las mismas declaraciones surgen indicios en contra de la procesada, desde la perspectiva del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, tales como: a) Manifestar que a través de su inmobiliaria se cancelarían los intereses; b) Presentar a los señores Mejía a la supuesta señora Rosa Stella Colorado de Piedrahita y abogar en su nombre para obtener el préstamo; c) Exponer ante el Notario que conocía a la señora Rosa Stella; d) Solicitar a los señores Mejía que el cheque saliera a su nombre; e) El reparto de las comisiones, de las cuales únicamente recibió $50.000,oo; f) El indicio de mala justificación, al girar de su cuenta más de ocho millones de pesos a la supuesta Rosa Stella Colorado, a quien después expresó que no conocía.

3. Consideró violados los artículos 220, 227 y 356 del Código Penal, pues se absolvió cuando había mérito para condenar; por lo cual solicitó a la Corte casar la sentencia impugnada y proferir fallo de sustitución en el que se condene a la señora Amparo Echeverry Escobar.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugirió a la Corte no casar la sentencia recurrida, pues consideró que el censor no indicó si el error pregonado de la sentencia de segunda instancia radicó en un falso juicio de existencia (por omisión o suposición) o en un falso juicio de identidad; si el censor indicó que el fallador no dio a la prueba testimonial e indiciaria el alcance que realmente tiene, no se trató de un error de hecho, sino de un error de derecho por falso juicio de convicción, asunto prácticamente ajeno a nuestro sistema procesal que carece de tarifa legal. Tampoco el censor demostró la trascendencia del error, sino que se limitó a revivir el debate acerca de la comprensión que los falladores tuvieron de las pruebas recaudadas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Estima la Sala que es improcedente casar la sentencia de segunda instancia, por las consideraciones que a continuación se exponen:

CONSIDERACIONES GENERALES

1. Si el trámite del recurso de casación corresponde a un sistema rogado y de carácter dispositivo, es al actor a quien compete de manera detallada relacionar una a una las normas que encuentra violadas, así como indicar, también minuciosamente, el cómo y el por qué de su apreciación, demostrar la existencia del error y precisar su trascendencia, para conseguir acreditar que de no haber sido por el yerro, el fallo hubiera sido sustancialmente diverso, pues le está vedado a la Corte suponer o inquirir por el alcance que con el cargo globalmente planteado se quiere dar a cada una de las disposiciones invocadas como violadas.

2.La demanda omitió el cumplimiento de las previstones legales requeridas en este procedimiento especial, caracterizado por los principios de taxatividad, limitación y prioridad, pues la violación de la ley sustancial puede realizarse por dos vías: la directa y la indirecta.

En la primera se aceptan los hechos y las pruebas como fueron apreciadas por el juzgador, pero se censura la falta de aplicación de la ley (exclusión evidente), su aplicación indebida o su interpretación errónea; cada una de estas censuras tiene una naturaleza diversa.

En la segunda, la violación de la ley tiene lugar con relación a los medios de convicción, por lo que el demandante está obligado a precisar si el error consistió en omitir la apreciación de pruebas obrantes en el proceso (falso juicio de existencia de la prueba por omisión), en suponer pruebas que no figuran en el trámite (falso juicio de existencia de la prueba por suposición), en tergiversar el alcance de la prueba (falso juicio de identidad), en considerar pruebas ilegalmente aducidas (falso juicio de legalidad), o en darles un valor diferente al que la ley les señala (falso juicio de convicción).

Como cada causal trae consecuencias diversas para el proceso, deben ser invocadas en capítulos separados, con indicación de cuáles son principales o subsidiarias, si son excluyentes. Los fundamentos deben evidenciar el error del fallador, con incidencia en la ley sustancial, en los derechos o en las garantías procesales; todo lo cual fue omitido por el demandante, que no aplicó ninguna de tales reglas.

CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

1.El defensor anunció en el escrito de sustentación que presentaba un cargo único, referido a la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, por falso juicio de existencia; no obstante, no precisó si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín omitió la apreciación de alguna prueba o supuso pruebas que no obraban en el proceso, pues se limitó a formular su reproche en la comparación de las declaraciones de los señores Jorge Alberto Mejía Salazar, Rodrigo Mejía Salazar y el Notario Veinte del Círculo de Medellín, para concluir que de ellas es "elementalmente comprensible" la responsabilidad de la señora Amparo Echeverry Escobar, pero sin indicar la forma

en que arribó a tal conclusión, y más aún, sin precisar la omisión o la suposición en las que incurrió el fallador de segunda instancia.

2.En el desarrollo del cargo, el demandante insiste en que no se dio a las pruebas obrantes en el proceso el alcance que les correspondía, pero tampoco precisa cuál fue el yerro del Tribunal para que las pruebas no arrojaran los pretendidos alcances que quería hacer valer; nótese que en la decisión de primera instancia fueron valoradas las pruebas que menciona el defensor, y de manera detallada se plasman los criterios de valoración que sustentan la conclusión de la sentencia, es decir, la absolución de la procesada, que posteriormente fue confirmada por el Tribunal; luego la falencia en el desarrollo del cargo imposibilita a la Corte, de acuerdo con el principio de limitación, identificar el yerro imputado al fallador de segunda instancia por el censor.

3.*Los errores de hecho por falso juicio de existencia con ocasión de la violación indirecta, como los formulados por la defensa, únicamente pueden plantearse a partir de la omisión o de la suposición de pruebas, en consecuencia, si el censor no indicó cuál prueba fue desatendida o qué elemento probatorio fue supuesto sin hallarse en el proceso, con expresión del por qué de su censura, y lo más importante, sin precisar la trascendencia de tal omisión o suposición, el cargo no prospera.*

4. Si el impugnante refiere que a la prueba testimonial "no se le dio el alcance que realmente tiene" su censura apunta es a la violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, por falso juicio de identidad, y no por falso juicio de existencia como lo argumentó; pero además de la indebida elección de la causal planteada, tampoco expuso en qué consistió la distorsión o la tergiversación de la prueba, como era su obligación, razón de más para reiterar que el cargo no prospera, no sin antes precisar que en virtud del principio de limitación, le está vedado a la Corte seleccionar la causal, el motivo, el sentido del ataque y los argumentos para acreditar el yerro invocado por el demandante.

5. En el fallo de segunda instancia (folios 372 y 373) el Tribunal hace una evaluación de las declaraciones de los señores Mejía, y de ellas extrae algunas conclusiones sobre el comportamiento comercial de la señora Amparo Echeverry Escobar, para soportar la absolución.

6.En cuanto se refiere a los indicios, el fallador de segunda instancia declaró que estos "encuentran respuesta justa" y que "no persuaden al fallador" sobre la responsabilidad de la procesada; pero aún más, el censor no distinguió si su censura se refería a los hechos indicadores o al proceso de inferencia lógica que sobre ellos debió realizar el Tribunal, pues *como ya lo ha expuesto esta Corporación*[1], *si lo que se ataca es el hecho indicador, que admite cualquiera*

[1] Por ejemplo sentencias de 9 de agosto de 1999, septiembre 15 de 1999, diciembre 16 de 1999, Magistrado ponente doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar; Sentencia de septiembre 30 de 1999, Magistrado ponente doctor Jorge Aníbal Gómez Gallego; sentencia de octubre 28 de 1999, Magistrado ponente doctor Alvaro Orlando Pérez Pinzón, entre otras.

de las modalidades de error de hecho (por falso juicio de existencia o por falso juicio de identidad) y de derecho (por falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción), -ésta última hipótesis de muy poca ocurrencia en nuestro medio por la ausencia de tarifa legal-, le corresponde al censor precisar en qué consistió el yerro, y de qué manera ello influyó en el resultado formal o material respecto del señalamiento o no del hecho indicado.

Pero si lo que se deseaba era atacar el proceso de inferencia lógica, le correspondía al demandante precisar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el por qué los falladores realizaron de manera indebida la deducción para arribar o no hacerlo, a la estructuración del hecho indicado, pues en atención a que la inferencia lógica es el resultado de un proceso intelectual valorativo, el único ataque posible es a través del error de hecho -no por falso juicio de existencia como lo planteó el demandante- por transgresión de los principios de la sana crítica, por lo cual compete al censor 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 o una regla constante de la experiencia común o aceptada y practicada en medios específicos en una determinada materia. En este asunto, el censor olvidó que a él correspondía probar los yerros y que no basta enfrentar su particular evaluación del caso con la valoración que ha realizado el Tribunal.

Además de lo anterior, el censor formuló un cargo único, en el cual se dirigió indiscriminadamente contra la evaluación de las pruebas directas y contra el no reconocimiento de los indicios que él estimó acreditados, sin atender que si el ataque se dirige contra los indicios, tanto desde el punto de vista del hecho indicador como desde el ángulo de la inferencia lógica, se tienen que separar los cargos e invocarlos de manera subsidiaria.

7. De manera clara el fallador de segunda instancia, con base en la evaluación conjunta de la pruebas recaudadas, llega a la conclusión que la misma procesada, así como los señores Mejía, fueron engañados hábilmente por quien suplantó a la señora Rosa Stella Colorado de Piedrahíta, lo cual dejó exenta de responsabilidad penal a la señora Amparo Echeverry Escobar, a la vez que desvirtuó los múltiples indicios planteados por el censor, quien además de las fallas técnicas en la censura de los indicios, se limitó a enfrentar su criterio personal con la valoración del Tribunal, lo cual no es de recibo en el trámite de este recurso extraordinario.

8. En consecuencia, si de acuerdo con el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, los elementos constitutivos del hecho o la responsabilidad de los procesados pueden acreditarse con cualquier medio probatorio, sin que exista tarifa legal, no puede censurarse por vía del error al fallador, que previa crítica a los elementos de juicio recaudados, decide soportar su decisión en aquellos que según las reglas de la sana crítica y mediante su valoración conjunta, coherente y armónica con las demás pruebas, estima como importantes y aptos para soportar su fallo de absolución, razón por la cual deja de lado otros elementos probatorios que considera innecesarios, irrelevantes,

intrascendentes o simplemente no aptos ni demostrativos de los hechos, ni de la responsabilidad que investiga o falla.

9.El fallo del Tribunal del Distrito Judicial de Medellín tiene presunción de acierto y de verdad, por lo que no resulta procedente en este especial y extraordinario trámite, revivir el debate acerca de la evaluación, aptitud, capacidad y credibilidad otorgadas por los juzgadores a los elementos probatorios para arribar a la sentencia absolutoria proferida, sin demostrar que ello se hizo violando normas sustanciales.

10.Si tal como se expresó, el demandante realizó una proposición indebida y carente de técnica del cargo, y si además éste no fue aceptado, se concluye que la sentencia impugnada no puede ser casada como lo solicita el censor en su petición final, y tanto menos proferir sentencia estimativa de sustitución.

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

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, (No hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CASACION-Errores en la apreciación de las pruebas

Si bien el recurso extraordinario de casación admite el ataque de las sentencias por errores consumados en la apreciación de las pruebas, ello no desvía el fin basilar de la impugnación, cual es el de garantizar la legalidad del fallo, de tal manera que sólo se caracterizan de ese modo los excesos o carencias de orden material o la falta grotesca a las reglas de la lógica o la experiencia común o científica en la evaluación de los medios probatorios.

No se trata de mostrar la lógica de las apreciaciones del demandante sobre la prueba, que de pronto caben dentro de la amplitud del discurso racional en un mundo social de probabilidades, sino de establecer que las actitudes o inferencias del sentenciador resultan absurdas, precisamente porque lo atacado son los juicios de valor de un fallo de segundo grado que, si no es tocado por la arbitrariedad, goza de presunción de acierto y de legalidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., quince de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta N° 199 Proceso N° 12939

VISTOS

Examina la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado por el defensor del procesado Luis Manuel Arrieta Ramos (a. "revolvito"), quien fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Montería, según sentencia fechada el 17 de septiembre de 1996, por medio de la cual se impuso al acusado la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor del delito de homicidio simple.

Ha conceptuado desfavorablemente a la pretensión, el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El día 21 de noviembre de 1991, aproximadamente a las 7:00 horas de la mañana, se hallaba Olibardo José Mercado Caldera en un kiosco situado en la vereda "Guaimarito" del municipio de Sahagún (Córdoba), cuando llegó al

mismo lugar Luis Manuel Arrieta Ramos, al mando de su vehículo campero "Daihatsu", acompañado de su esposa *Lucinda Bedoya Delgado* y su hija menor *Vianny Juliany Arrieta Bedoya*, mas, como entre los dos varones existían desacuerdos anteriores como colindantes que ellos eran de fincas en la región, se suscitó una discusión que derivó en enfrentamiento físico, porque mientras el segundo exhibió un revólver, el primero esgrimió un machete, momento en el cual éste recibió dos (2) impactos de arma de fuego que dieron al traste con su vida tres (3) días después de haber sido internado en el hospital regional de la ciudad de Sincelejo, al paso que resultó dañado el vidrio de la portezuela izquierda del automotor por un golpe propinado con el arma cortocontundente.

La investigación fue iniciada por el entonces Juzgado Catorce de Instrucción Criminal, radicado en Sahagún, despacho que, en principio, vinculó por medio de indagatoria a los cónyuges Luis Manuel Arrieta Ramos y Lucinda María Bedoya Salgado, pues en el interior del vehículo fueron hallados dos (2) revólveres y se anunciaba que la dama también había disparado (cuaderno original 1, fs. 8, 26 y 30).

Por medio de auto fechado el 2 de diciembre de 1991, el instructor ordenó la detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, en contra del sindicado *Luis Manuel Arrieta Ramos*, pero a la vez se abstuvo de decretar igual medida de aseguramiento en relación con su esposa *Lucinda María Bedoya Salgado* (C. 1, fs. 56).

En sendos autos se admitió como parte civil a las señoras Ruby del Carmen Guerrero Ortega y Teresa de Jesús Galván Racero, atendidas por el mismo abogado, en representación de sus hijos menores procreados con la víctima (C. 1, fs. 118 y C. 2, fs. 34).

Cerrada la investigación, la juez instructora calificó el mérito sumarial el 20 de marzo de 1992, por medio de resolución acusatoria que profirió en contra del procesado *Arrieta Ramos* por el delito de homicidio simple, de acuerdo con la previsión del artículo 323 del Código Penal, que prevé una pena de prisión de diez (10) a quince (15) años, mas también ordenó cesar procedimiento en favor de la sindicada *Lucinda María Bedoya Salgado* (C. 2, fs. 34 y 109). Tal decisión fue impugnada por el procesado, su defensor y el abogado de la parte civil, este último sólo en relación con la cesación de procedimiento, pero la misma fue confirmada integralmente la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Montería, según providencia fechada el 23 de julio de 1992 (cuaderno Fiscalía 2ª instancia, fs. 61).

Asumió el conocimiento del juicio el Juez Penal del Circuito de Sahagún, funcionario que practicó algunas pruebas dentro del acto de audiencia pública y, por medio de sentencia fechada el 12 de febrero de 1993, absolvió al procesado, en razón de que no era clara la causa de la muerte infligida a la víctima (C. 3, fs. 1, 33-98 y 99).

Apelado el fallo de primer grado por el representante de la parte civil, el Tribunal Superior de Montería revocó la absolución y condenó al procesado

a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor del delito de homicidio simple, según decisión adoptada el 18 de mayo de 1993 (cuaderno Tribunal, fs. 15).

Interpuesto y sustanciado debidamente el recurso extraordinario de casación, la Corte decidió casar el fallo demandado, por medio de decisión proferida el 6 de julio de 1995, en el sentido de decretar la nulidad de la sentencia acusada, con el fin de que el Tribunal hiciera un nuevo pronunciamiento de segunda instancia que recogiera "el análisis íntegro de la prueba y del debate, y la respuesta de las alegaciones defensivas", pues el *ad quem* había ignorado completamente lo ocurrido en el curso de la audiencia pública (Corte Suprema de Justicia, C. 1, fs. 44-72).

El Tribunal dictó nuevo fallo de segundo grado, fechado el 17 de septiembre de 1996, oportunidad en la cual revocó la sentencia absolutoria de primera instancia y, en lugar, condenó al procesado *Luis Manuel Arrieta Ramos* a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor del delito de homicidio previsto en el artículo 323 del Código Penal. Le impuso además la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un término de cinco (5) años; negó al acusado el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenó su captura; le situó la obligación de pagar los perjuicios ocasionados en cuantía de dos mil trescientos (2.300) gramos de oro; y, finalmente, ordenó copias para investigar las presuntas falsedades consignadas en la sentencia de primer grado (cuaderno Tribunal, fs. 139-174).

LA DEMANDA

El censor acoge la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de reprochar al fallo del Tribunal Superior de Montería una violación indirecta de la ley sustancial, en vista de la aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal y la falta de aplicación del artículo 29, numeral 4 del mismo estatuto. Tal transgresión se produjo por error de hecho "manifiesto y trascendente", en relación con algunas pruebas que fueron ignoradas, otras supuestas y unas más que se vieron tergiversadas por agravio a las reglas de la sana crítica.

En subsidio, el actor reclama el reconocimiento de un exceso en la legítima defensa, de conformidad con el artículo 30 del Código Penal.

1. En cuanto a la petición principal, el demandante expone cómo el Tribunal "desvirtúa totalmente" la inspección judicial que demuestra la ruptura del vidrio de un "campero grande", por acción violenta de la víctima que se lanzó sobre el procesado con una peinilla o machete, razón por la cual éste no tuvo alternativa distinta a la de disparar el arma de fuego para defender su vida, la de su esposa y su hija. Tal desfiguración de la mencionada prueba ocurrió porque el *ad quem* supuso que los daños en el automotor habían ocurrido después de los hechos, de pronto porque así se lo había dicho el acusado a uno de los policiales que atendió el procedimiento, cuando debió tenerse en cuenta lo expresado en la indagatoria y no en el informe policivo, conforme con el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce que se desconoció completamente la necropsia, prueba médico-legal que indica cómo el lesionado recibió el disparo "en las axilas", lo cual pone en evidencia que fue impactado en el preciso momento que alzó el brazo para atacar violentamente al procesado, motivo por el cual éste no tuvo alternativa distinta a la de dispararle para defender su vida y la de su familia.

El Tribunal ha desfigurado los testimonios de *Víctor Acosta Hoyos* y *Teófilo Alberto Peñate Alvarez*, recibidos en la audiencia pública, quienes fueron testigos presenciales de los hechos y declararon en favor del procesado. Uno y otro deponentes aseveran que *Olibardo José Mercado Caldera* tomó la iniciativa en el ataque y golpeó con una "rula" el vehículo del señor *Luis Manuel Arrieta Ramos*, quien se desplazaba por el lugar, dañándole de esta manera el espejo retrovisor y el vidrio de la puerta delantera izquierda, momento en el cual se escucharon los disparos.

Dichos deponentes explican que el procesado detuvo su vehículo en el lugar, debido a que otro automotor estaba atravesado en la vía e impedía su paso, oportunidad que aprovechó *Olibardo José Mercado Caldera* para comenzar a insultarlo y después "se le abalanzó con peinilla en mano rompió la puerta, el vidrio y el procesado no le quedó otra alternativa que dispararle". En cuanto a la referencia del carro que obstaculizaba el tráfico, los testigos cuentan con el aval de los agentes de policía que intervinieron en el procedimiento.

El fallador rechaza dichas declaraciones con el argumento de que llegaron tardíamente al proceso (un año después de los hechos) y además se le ocurrieron fantasiosas, cuando en realidad ellas fueron recibidas "con todos los requisitos del procedimiento" dentro de la audiencia pública, pues, si esto fuera irregular, no tendría sentido la práctica de pruebas en el curso de tan fundamental acto. Por otro lado, el testimonio de *Teófilo Alberto Peñate Alvarez* había sido solicitado por el defensor 22 días después de los hechos, y también alcanzó a ser ordenado por la juez de instrucción en auto del 23 de diciembre de 1991.

Los mencionados testimonios son los únicos creíbles, según lo cree el impugnante, dado que armonizan con otras pruebas, entre ellas, la inspección judicial practicada al automotor, el testimonio de los agentes de policía *Alberto Valencia Muñoz* y *Fidencio Román Tovar Trujillo*, quienes atendieron el caso, y el del particular *Orlando Manuel León Cantillo*, medios probatorios que dan cuenta de la ruptura del vidrio y el hallazgo de trozos del material en el suelo. De modo que, según lo expone el actor, también los tres testimonios que se mencionan fueron ignorados en la sentencia y el Tribunal violó de contera el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, norma según la cual las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto y conforme con las reglas de la sana crítica.

Expone que si las versiones de *Acosta y Peñate* no fueran tan importantes para explicar la conducta del procesado el día de los hechos, entonces la

corte no hubiera anulado la sentencia de segundo grado para que fueran tenidos en cuenta.

El *ad quem* siempre ocultó lo relativo a los pedazos de vidrio hallados en el piso a la hora de la inspección judicial, y el ataque frontal al procesado que de tal huella se deriva, porque de esta manera quedaba acreditado que en realidad la víctima atacó al procesado y a su familia, actitud frente a la cual al agredido sólo le quedaba la oportunidad de defenderse legítimamente con uno de los revólveres que llevaba dentro de su automotor.

En relación con los testimonios de cargo rendidos por Argelio José Arrieta Pérez y Gabriel Antonio Algarín Arrieta, el recurrente dice que es absurdo creer en dichas versiones, orientadas a mostrar que el acusado llegó hasta el kiosco a provocar a la víctima, pues resulta imposible que aquél asumiera tal actitud para poner en riesgo a su esposa y su hija, a esa hora de la mañana cuando iba rumbo a su finca, máxime que existía su prevención por las confrontaciones anteriores con la familia de finado y "precisamente el procesado presentó denuncia penal en contra de ellos".

No es verosímil que si el procesado amenazaba a la víctima con un revólver desde el interior de su vehículo, entonces ésta se hubiera lanzado como un "superhombre" sobre él con un machete. La lógica y elemental reacción del amenazado con arma de fuego era la de correr o alejarse, pero nunca exponerse como lo dicen los testigos de cargo.

Pero los testimonios de acusación ni siquiera son contestes, porque el testigo *Gabriel Antonio Algarín Arrieta* admite que, en el desarrollo de la discusión, *Olibardo Mercado* "le dio un planazo al carro", antes de que se escucharan las detonaciones, lo cual significa que tal deponente sí reconoce un ataque previo de la víctima que no ha sido aceptado igualmente por el testimoniante *Argelio José Arrieta Pérez*.

Por otra parte, las versiones incriminatorias son todavía más sospechosas si se tiene en cuenta que el testigo *Argelio José Arrieta Pérez* era amigo íntimo de la víctima, dado que crecieron juntos en la misma región, y uno de esos dos testimoniantes, el día de los hechos, también atacó con un garrote al procesado, según lo dicen las personas que declararon en la audiencia pública.

No le parece al demandante razonable el rechazo del testimonio de la menor *Vianny Juliany Arrieta Bedoya*, quien expuso que la víctima rompió el vidrio e introdujo el machete al interior del vehículo, tratando de degollar a su padre, pues dicha versión coincide con las explicaciones del procesado y las demás pruebas, dado que si bien ninguno de los ocupantes resultó lesionado, ello se debió a que el conductor repelió oportunamente el ataque con su revólver.

Tras hacer la distinción entre "provocar" y "agredir", en el sentido de que la primera conducta comporta apenas estimular o excitar a otro, mientras que la segunda significar realizar cualquier acción u omisión que implique

daño a otra persona, el recurrente expone que los protagonistas en este caso "se provocaron", pues aún los testigos de cargo admiten que hubo discusión entre ellos, sólo que la reacción de la víctima fue desproporcionada y por ello el victimario tenía derecho a actuar en legítima defensa. En efecto, el procesado solamente exhibió su revólver dentro del automotor, sin agredir a la víctima, pues si hubiera querido hacerlo, de una vez le dispara.

No es posible determinar, como lo hizo el Tribunal, que el día de los hechos el acusado quería matar premeditadamente a *Olibardo Mercado Caldera*, pues se opone a tal propósito la existencia de denuncias anteriores del procesado en contra de la familia de la víctima, por los daños que le causaban en su heredad y a su ganado, amén de que si así fuera, en tal fecha no se hubiera hecho acompañar de su familia sino de los trabajadores que ya regularmente lo hacían por los pleitos planteados. En este sentido, el fallador ignoró los testimonios de *Alfonso Salgado Causil* y *Jairo Ayus*, las personas que en algunas ocasiones acompañaban al procesado a su finca, así como la versión del médico veterinario *Quimio César Luna Palomino*, quien en más de una ocasión le tocó tratar a algunos bovinos de propiedad del acusado, precisamente en razón de las heridas ocasionadas por sus vecinos.

Acoge el actor el concepto rendido por el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, dentro del trámite del anterior recurso de casación, según el cual las cosas no pueden situarse dentro de los parámetros de un "pretexto de legítima defensa", pues, si bien es forzoso aceptar que hubo un reclamo de parte del procesado, el mismo no tenía la entidad suficiente para legitimar la reacción del presunto ofendido, armado de machete.

Sostiene también el censor que en la definición de este caso, debe estarse a lo dicho por el procesado en la indagatoria y en el acto de audiencia pública, pues, además de que lo respaldan los testimonios recibidos en la misma diligencia, la inspección judicial, el dictamen de necropsia y las demás pruebas antes resaltadas, tampoco el Tribunal tuvo en cuenta que se trata de un ejemplar padre de familia y un reconocido ganadero que ha hecho su fortuna a costa de un intenso trabajo en la región.

Finalmente, el demandante resume la presencia de todos los elementos de la legítima defensa: necesidad de defensa, agresión actual e inminente, violencia injusta y defensa proporcionada a la agresión. Agrega cómo aún si se admitiera que el procesado provocó a la víctima con insultos, la reacción de ésta fue "notoriamente desproporcionada", pues le quedaba fácil evitar el enfrentamiento.

2. Como petición subsidiaria, el demandante propone el reconocimiento del exceso en la legítima defensa, conforme con el artículo 30 del Código Penal, con el fin de que el procesado acceda a la condena de ejecución condicional, ya que se trata de un hombre de sanos antecedentes, ganadero próspero, buen padre de familia y que desgraciadamente tuvo ese encuentro casual con uno de sus "eternos enemigos".

CONCEPTO DEL PROCURADOR

Opina el Procurador Delegado que la censura no puede prosperar por dos razones básicas:

1. En relación con los presuntos errores de hecho en la apreciación de la prueba, el ataque no precisa de qué manera y porqué el fallador omitió pruebas fundamentales que obran en el proceso (falso juicio de existencia por omisión), o supuso otras que materialmente no se contaban en el legajo probatorio (falso juicio de existencia por suposición). Tampoco demuestra el actor la violación a las reglas de la sana crítica, tras una supuesta tergiversación de medios probatorios que tampoco hace evidente (falso juicio de identidad).

2. En el fondo, el libelista simplemente contrapone su criterio al análisis y valoración que el juzgador hizo de las siguientes pruebas: indagatoria de *Luis Manuel Arrieta Ramos*, inspección judicial practicada al campero Daihatsu de placas PS-8191, en la cual se determinan los daños ocasionados en la puerta delantera izquierda, y las declaraciones de *Argelio José Arrieta Pérez, Gabriel Antonio Algarín, Vianny Arrieta Bedoya, Jairo Ayus y Luis Alfonso Salgado*.

Tal modo de proceder no es admisible en sede del recurso extraordinario de casación, pues la sana crítica es función propia del fallador, la cual no puede atacarse por la razón de que no coincida con los planteamientos del impugnante, salvo el caso de error de hecho que aquí no se demuestra (art. 254 C. P. P.). Es que si la valoración del sentenciador no es absurda, ni quebranta las reglas de la experiencia y, en síntesis, no contraría la verdad, no es posible aducir transgresión a los postulados de la sana crítica.

El censor se duele de que el Tribunal no le otorgue credibilidad a las pruebas mencionadas, que fueron corroboradas por los testimonios de *Víctor Acosta y Teófilo Peñate*, y que haya menospreciado la inspección judicial porque el sindicado le hubiese dicho a los policías que el vehículo sólo había recibido un golpe. Sin embargo, el recurso de casación no es la ocasión de un nuevo debate probatorio, pues se trata de un juicio técnico orientado a establecer errores en la apreciación o valoración de la prueba o en la aplicación objetiva del derecho. Si el fallador le concede mayor credibilidad a ciertas pruebas, o rechaza otras, es cuestión de convicción racional.

Admite el Procurador que fueron omitidas en el fallo las declaraciones de *León Cantillo, Orlando Manuel León* y las de los policías *Alberto Valencia y Fidencio Tovar*, pero dichas pruebas por sí solas ni valoradas en conjunto, a la luz de la sana crítica, podrían fundamentar la legítima defensa como causal excluyente de la antijuridicidad, como tampoco la atenuante por exceso en la defensa.

Las pruebas omitidas coinciden en señalar que fue roto el vidrio de la puerta del automotor en que se movilizaba el procesado, pero ello por sí solo no tiene la trascendencia para probar la legítima defensa o su exceso. Ade-

más, si se alega el error de hecho por falso juicio de existencia en la modalidad de omisión, es necesario que demandante demuestre la trascendencia del vacío, como que, de haber sido considerados medios de convicción que se echan de menos, sin duda quedaría en evidencia la inocencia del procesado o probada la justificante, como aquí se propone.

El Ministerio Público estima que en este caso no existe legítima defensa, porque el procesado fue el provocador de los hechos, pues revólver en mano desafiaba a *Olibardo Mercado Caldera* para que saliera a la carretera y, además, en razón de que el homicidio se produjo en medio de una riña.

Conforme con las pruebas, el homicidio se cometió en desarrollo de una pendencia iniciada por el acusado, pues éste insultaba y retaba a la víctima por haberle tumbado una puerta de su finca. *Olibardo*, después de negar la imputación, blandió una peinilla y le rompió el vidrio de la puerta delantera izquierda, momento en el cual *Luis Manuel* le disparó con los resultados conocidos.

De acuerdo con doctrina que cita el Procurador Delegado, la legítima defensa se excluye en la riña, porque dentro de una contienda provocada y aceptada recíprocamente, los dos retadores se encuentran en circunstancias antijurídicas, pues ambos tratan de causar daño y admiten que a ellos pueda inferírseles, de modo que no es posible configurar la legítima defensa que en todo caso supone una violencia injusta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cargo principal

En verdad, como lo sostiene el Procurador Delegado, el demandante ha invocado correctamente la violación indirecta de la ley sustancial, y hasta refiere de manera general la producción de errores de hecho como falso juicio de existencia y falso juicio de identidad, pero en el curso de las demostraciones no enseña vacíos o absurdos detectados en la sentencia atacada, sino una diferente perspectiva en la valoración de los medios probatorios y la determinación de los hechos.

En efecto:

El Tribunal no desfiguró el contenido material de la diligencia de inspección judicial practicada sobre el vehículo marca Daihatsu, de placas PS-8491, de propiedad del procesado, pues, por el contrario, reconoce que en dicha oportunidad se constataron "seis (6) o más golpes entre machetazos, hundimientos, destrozos, rayones, etc...", sólo que advierte en tales huellas un propósito de exageración en el dicho o de distorsión de la verdad por parte del procesado y por ello le desconoce valor, dado que los hallazgos fueron constatados trece (13) días después de los hechos, y además ellos riñen con la manifestación que hizo el sindicado a la policía, poco después del incidente, en el sentido de que "el carro sólo había recibido un golpe con machete que le rompió el vidrio..." (Cfr. sentencia del Tribunal, fs. 170).

De esta manera, el *ad quem* nunca ocultó que la víctima hubiera roto el vidrio de la puerta delantera izquierda del automotor de propiedad del procesado, sólo que aclara que se produjo ese golpe único y no los seis (6) o más que se quisieron aparentar.

Se notará que la sentencia cuestionada siempre ha reconocido que la víctima golpeó el automotor, sólo que lo hace en el siguiente contexto de prueba y razonamientos:

"En el caso sub-examen las cosas no sucedieron de manera extraña. Está comprobado que quien inició las agresiones verbales y las provocaciones fue Luis Arrieta, quien desde que notó la presencia de Mercado Caldera en el kiosco, la arremetió en su contra, no sólo con palabras obscenas, injuriosas y desafiantes, sino también humillándolo con el revólver e incitándolo para que saliera a la carretera, a la vez que le increpaba: 'tú fuiste..., yo vengo a es a matarte y le apuntó varias veces con el revólver...', como lo afirma uno de los testigos presentes en el lugar. Ante esta situación, la víctima reaccionó como era de esperarse, con una peinilla que portaba en la mano, golpea al carro donde se encontraba Arrieta y éste con su revólver le dispara de frente en dos ocasiones, accionando nuevamente su arma cuando la víctima camina herida para detrás del carro.." (cuaderno Tribunal, fs. 168. Se ha subrayado).

Así las cosas, no es cierto que el juzgador haya trastornado materialmente el contenido de la inspección judicial, simplemente que de manera racional no acepta que todos los daños observados en el vehículo hayan sido ocasionados por obra de la víctima, en vista de la discrepancia con la manifestación inicial del procesado, hecha en momentos más cercanos al día de los hechos (cuaderno original 1, fs. 3). Además, no basta que las observaciones hayan quedado consignadas en una diligencia de inspección judicial regularmente practicada, pues todas las pruebas deben apreciarse por el juez conforme con el método de la sana crítica (art. 254 C. P. P.).

Por otra parte, si queda demostrado que el Tribunal jamás ha negado la reacción violenta de la víctima con un machete, hasta el punto de quebrarle el vidrio de la puerta delantera izquierda al automotor en el que se hallaba el procesado, no tiene sentido atacar la sentencia por un falso juicio de existencia respecto de los testimonios de *Alberto Valencia Muñoz, Fidencio Román Tovar Trujillo* (agentes de la policía) y el particular *Orlando Manuel León Cantillo*, pues el hecho que pretende el actor por dichos medios probatorios (ruptura del vidrio) ha sido aceptado expresamente en el fallo.

No se ha negado la existencia del hecho atinente a la ruptura del vidrio, sino que el impugnante pretende darle un alcance diferente al mismo, con el fin de apuntalar allí la legítima defensa alegada, pues el fallador, al paso que reconoce esa parte de los episodios violentos, con explicaciones plausibles descarta la causal de justificación.

Explica el Tribunal:

"A criterio de esta Colegiatura la causal reclamada por el señor ejercitante de la defensa no está llamada a prosperar en este asunto, porque en el plenario no aparece demostrada la justificante en mención; por el contrario, lo que se aprecia en autos es que la actitud y la intención del procesado eran las de dar muerte a su contrincante de turno como realmente ocurrió, y no simplemente la de defender un derecho injustamente atacado, así vemos que el procesado primero provoca la víctima con ultrajes y humillaciones, incitándolo para que saliera a la carretera y cuando éste reacciona ante el desafío, de inmediato le asesta los disparos de gracia que más tarde lo llevaron a la tumba..." (fs. 169).

En otro aparte dice el *ad quem*:

"Por lo expuesto considera la Sala que es improcedente reconocer la justificante de legítima defensa en favor del señor Luis Arrieta no solo porque no se encuentra demostrado que su actuar se debió a la necesidad de repeler un ataque grave, injusto e inminente contra su vida, como lo sostiene la defensa, sino porque como ya se dejó sentado, fue él el provocador, quien con revólver en mano injuriaba y desafiaba a Olibardo Mercado para que saliera a la carretera..." (fs. 170).

Es decir, según los planteamientos del Tribunal, la ruptura del vidrio no fue una acción agresiva de *Olibardo Mercado Caldera* sino su reacción "como era de esperarse", pues en el momento era retado a salir del kiosco y amenazado con un revólver. Por ello, no deja de ser arbitrario que el actor aluda a una reacción desmedida de la víctima, al lanzarse sobre el victimario y golpear el vidrio con un machetazo, pues es algo que en el furor del conflicto se concilia con la entidad de la afrenta y la grave amenaza que significaba la exhibición y dirección en su contra de un arma de fuego.

El texto de la sentencia enseña, como lo entendió el Procurador Delegado, que la actitud del procesado provocó una riña en la que éste no podía pretextarse pasible de una reacción desmesurada de *Olibardo Mercado Caldera*, pues fue la manera que el ofendido escogió, a tono con las circunstancias difíciles que sólo el vivía, para enfrentarse a quien, además de las palabras injuriosas, esgrimía peligrosamente un revólver dirigido a su contrincante. Por otra parte, a quien ahora es finado el derecho no le podía exigir que en la ocasión se alejara cobardemente y evitara el riesgo y el desafío, pues tales contingencias las había asumido el procesado con su inicial conducta retadora, sería además por los antecedentes de enemistad entre los rijosos que la caracterizaban como tal.

Al impugnante le parece que no debió concederse mérito a los testimonios de *Argelio José Arrieta Pérez y Gabriel Antonio Algarín Arrieta*, pues lo narrado por ellos, cuando muestran al procesado como el provocador, es inverosímil frente a la circunstancia de que éste no se iba a arriesgar de tal manera delante de su familia, ni la víctima era un "superhombre" para lanzarse con-

tra otra persona que lo amenazaba con revólver. Resalta el actor, además, que existía riesgo de parcialidad de los testigos por su amistad íntima con la víctima.

Sin embargo, nada caprichoso se advierte en el examen de estas declaraciones en la sentencia, pues, por el contrario, razonablemente se expone su valor en los siguientes términos:

"Por lo visto precedentemente resultan más atendibles las declaraciones de Gabriel Algarín y Argelio Arrieta Pérez cuya presencia en el lugar de los acontecimientos está plenamente demostrada y de manera categórica relatan que quien inició las agresiones verbales y las ofensas humillantes fue Luis Arrieta, quien por lo demás se hallaba en posesión de dos revólveres dentro de su vehículo. Y es que por los antecedentes en las relaciones de Luis Arrieta y la familia Mercado se infiere lógicamente que quien podría sentirse motivado o con razón para reclamar era precisamente Luis Arrieta, no sólo porque de tiempo atrás tenía pleitos con los Mercado sino porque el día antes de la reyerta, como lo afirma en la audiencia, había sido informado por una vecina de nombre Eusebia que quien le había roto o tumbado una de las puertas de la finca había sido Olibardo Mercado, por ello como lo cuentan los testigos, una vez vio a éste en el Kiosco de El Guáimaro, inmediatamente empezó a reclamarle de la manera ya conocida y a desafiarlo con revólver en mano para que saliera a la carretera, y efectivamente cuando Olibardo se le acercó le propinó los disparos de gracia que más tarde acabaron con su existencia..." (fs. 166. Se ha destacado).

En relación con los testimonios de *Víctor Acosta Hoyos y Teófilo Alberto Peñate Alvarez*, recibidos en la audiencia pública y según los cuales la iniciativa de la ofensa verbal y física la tomó *Olibardo José Mercado Caldera*, el Tribunal no ha distorsionado su contenido, sino que simplemente los repudia "no sólo por la manera fantasiosa y exagerada como relatan los hechos, sino por las circunstancias en que rindieron sus versiones transcurrido un (1) año dos (2) meses de la tragedia..." (fs. 165).

El demandante dice que *Teófilo Alberto Peñate Alvarez* no es testigo de última hora, como lo moteja el fallador, pues fue referido por el defensor desde el memorial del 20 de diciembre de 1991, ocasión en la cual solicitó su testimonio, y ordenada su declaración en el auto del 23 de diciembre siguiente, es decir, apenas transcurridos algunos días después de los hechos (cuaderno original 1, fs. 161 fte. y vto.).

En realidad, el Tribunal no reprocha la mención de última hora de tales personas como testigos, sino que "resulta incomprensible que habiendo presenciado lo ocurrido, no hubiesen acudido a prestar esa colaboración inmediatamente, o pocas semanas, o pocos meses después de la tragedia, especialmente Víctor Acosta, quien además de amigo viajaba ese día del insuceso a la finca de Arrieta Ramos a arreglar una madera que habían negociado..." (cuaderno Tribunal, fs. 165. Énfasis añadido).

Por otra parte, cuando el Tribunal se ocupa de la verosimilitud de los señalamientos hechos por los testigos *Argelio José Arrieta Pérez y Gabriel Antonio Algarín Arrieta*, tal como se transcribió en párrafos antecedentes, de contera da razones adicionales para no aceptar lo dicho a última hora y de manera equívoca por los deponentes *Acosta y Peñate*.

De modo que, según lo expuesto en la sentencia cuestionada, no es que el Tribunal haya sacado consecuencias absurdas de los testimonios de *Víctor Acosta Hoyos y Teófilo Alberto Peñate Alvarez*, como para alentar la idea de un *falso juicio de identidad*, sino que no les reconoce inferencias meritorias en la reconstrucción de los hechos, después de un examen global y racional de toda la prueba.

Ahora bien, no es cierto que la Corte haya insinuado una idea de preponderancia de tales testimonios en el fallo de casación fechado el 6 de julio de 1995, pues allí simplemente se anuló la sentencia de segundo grado porque no hizo ningún juicio de valor sobre las pruebas y debates ocurridos durante la audiencia pública, a pesar de que éstos habían quedado consignados en sendas cintas magnetofónicas cuyo contenido no fue invocado ni transcrito en la decisión. La orden de que se examinaran dichas pruebas y los alegatos no significaba, ni mucho menos, que inexorablemente debían aceptarse en sus manifestaciones, sino que habrían de tenerse en cuenta bien para admitirlas como sensatas ora para rechazarlas por absurdas o arbitrarias, pues sólo de tal manera se daba cumplida vigencia a los principios de publicidad, contradicción y defensa cuando se sentencia después estar seguros de haber escuchado las direcciones dialécticas y opuestas del proceso.

Lo más seguro es que, si de distorsión de las pruebas se pudiera hablar, en tales yerros incurre es el demandante y no la sentencia a las que se los atribuye, porque, según su apreciación, el dictamen de necropsia señala que la víctima recibió un disparo "en las axilas", lo cual sería sugerente de que el ofendido fue repelido cuando atacaba injustamente al procesado, pero la verdad es que tal prueba pericial revela una herida circular, correspondiente a orificio de entrada, en el tercio medio de la región paraesternal izquierda (cuaderno original 1, fs. 132 y 135).

Así las cosas, inútil resulta hacer otras observaciones sobre las inquietudes del demandante relacionadas con el presunto desconocimiento de los testimonios de *Vianny Juliany Arrieta Bedoya, Quimio César Luna Palomino, Luis Alfonso Salgado Causil y Jairo Ayus*, pues toda su pretensión se finca en mostrar alternativas lógicas para otra explicación de los hechos, obviamente enderezada a sacar avante la legítima defensa.

Si bien el recurso extraordinario de casación admite el ataque de las sentencias por errores consumados en la apreciación de las pruebas, ello no desvía el fin basilar de la impugnación, cual es el de garantizar la legalidad del fallo, de tal manera que sólo se caracterizan de ese modo los excesos o carencias de orden material o la falta grotesca a las reglas de la lógica o la experiencia común o científica en la evaluación de los medios probatorios.

No se trata de mostrar la lógica de las apreciaciones del demandante sobre la prueba, que de pronto caben dentro de la amplitud del discurso racional en un mundo social de probabilidades, sino de establecer que las actitudes o inferencias del sentenciador resultan absurdas, precisamente porque lo atacado son los juicios de valor de un fallo de segundo grado que, si no es tocado por la arbitrariedad, goza de presunción de acierto y de legalidad.

No puede aceptarse el cargo postulado.

2. En cuanto a la pretensión subsidiaria, basada en el reconocimiento de un exceso en la legítima defensa, el actor no exhibe la más mínima argumentación sobre los presupuestos de esta figura plasmados en el artículo 30 del Código Penal, ni menos enseña la clase de error cometido por el sentenciador al dejar de aplicar la respectiva disposición.

Tampoco da lugar a esa segunda pretensión.

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 objeto de impugnación.

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, (no hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FISCAL/FISCAL-Interés para recurrir-Límites de su pretensión/**CASACION**-Ausencia de interés: Consecuencias jurídicas

Nada impide, en el método de enjuiciamiento de naturaleza mixta que nos rige, que el fiscal, como sujeto procesal, haga peticiones a favor del acusado, incluso que impetre su absolución, si así lo aconsejan los elementos de convicción recaudados. Pero lo que resulta ilógico e improcedente, frente a la absolución, es que pida la invalidez de lo actuado para garantizar, en una nueva tramitación, la defensa de la acusada, con lo que le causaría grave perjuicio, pues implicaría, como lo sostiene el Delegado, revivir la controversia jurídica sobre la responsabilidad penal que ya fue precluida en su favor, de donde emerge la absoluta falta de interés de la fiscalía para deprecar la nulidad.

Por otra parte, y en lo atinente a las consecuencias jurídicas de la ausencia de interés, ha dicho la Sala que si aparece desde cuando se interpone el recurso, éste no debe concederse y si equivocadamente se procede a ello, deberá decretarse la nulidad del trámite ilegalmente adelantado. En otras ocasiones, la falta de interés sólo viene a concretarse al conocerse las pretensiones de la demanda de casación, evento en el cual deberá rechazarse in limine la misma y declararse desierto el recurso. Pero si se admite el libelo, o la carencia de interés solo se hace ostensible al decidir el recurso, se desestimará la demanda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 11229

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del 17 de agosto de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Neiva al revocar integralmente la proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, absolvió a la procesada Elvia Lucía García Cano de los delitos

de homicidio agravado y falsa denuncia que le fueron imputados en la resolución de acusación.

HECHOS

El juzgador de segunda instancia los reseño así:

"En la mañana del 21 de septiembre de 1993, Elvia Lucía García Cano denunció, ante la Oficina de la Unidad Investigativa de Policía Judicial Sijin, del municipio de La Plata, que desde aproximadamente siete u ocho meses atrás era víctima de extorsiones por el mono Andrés que la amenazaba con secuestrarle los niños, de anunciarle nexos con 'los muchachos', aludiendo a la guerrilla y, durante ese lapso le alcanzó a entregar cerca de tres y medio millones de pesos en cantidades de quinientos mil pesos y con billetes de la más alta denominación. Que para ese día debía entregarle antes del medio día la suma de cien mil pesos y para por la tarde quinientos mil más.

"En ampliación de denuncia relata que en cumplimiento del operativo organizado por los policiales, debió ella acudir a la cita del medio día en el parque de La Pola para que mientras ella le decía que solo podía entregarle el dinero por la tarde, la policía tomarle fotos para poder identificarlo. No aceptando el señor Andrés la entrega del dinero para la cinco o seis de la tarde en ese mismo lugar, la citó para las siete y media de la noche en la cantina de Celmira, lugar al que se negaba entrar Elvia Lucía, pero la policía le sugirió que cumpliera sin entrar al establecimiento, para darle captura en la calle mientras contaba el dinero. Ocurrido ésto debía ella regresar a la Estación de Policía para un reconocimiento.

"Poco antes de las ocho de la noche Elvia Lucía estacionó su motocicleta al otro lado de la calle, frente al establecimiento mencionado, donde el señor Andrés se encontraba sentado junto a la puerta en compañía de la propietaria del mismo y, mediante seña, lo invitó a que fuera hasta donde ella se encontraba, pero Andrés le insistió y, con la advertencia de Celmira de no encontrarse nadie dentro de la cantina, aceptó entrar y en una mesa los dos, ella le hizo entrega del dinero que él empezó a contar. Estando en ello, a los pocos segundos entraron dos agentes vestidos de civil, lo encuñonaron y a la voz de 'quieto', él los miró y se recostó contra la pared, pero ella no lo vio armado, sino que salió inmediatamente, mientras Celmira parada en la puerta de la esquina, le decía que no se fuera. Afuera escuchó disparos y se dirigió a la policía para posterior reconocimiento y allí se enteró que Andrés había sido dado de baja".

ACTUACIÓN PROCESAL

Después de la indagación preliminar, la Fiscal 23 Seccional de La Plata (Huila), mediante resolución del 3 de junio de 1994, declaró abierta la instrucción y ordenó escuchar en indagatoria a Elvia Lucía García Cano.

Cumplida la anterior diligencia, la situación jurídica le fue resuelta, el 3 de noviembre del mismo año, con medida de aseguramiento de detención preventiva, por el delito de homicidio agravado.

Cerrada la investigación, el mérito del sumario fue calificado, el 13 de enero de 1995, con resolución de acusación contra la procesada, como coautora de los delitos de homicidio agravado y falsa denuncia, la que quedó ejecutoriada el 25 del mismo mes.

El expediente pasó al Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata (Huila) que, luego de tramitar la etapa del juicio, profirió la sentencia de primera instancia, el 5 de julio de 1995, en la cual condenó a la procesada a la pena principal de 40 años y dos meses de prisión y multa de $500.oo y a la accesoria de rigor, como coautora de los delitos imputados en la resolución de acusación.

Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de Neiva, al desatar el recurso, lo revocó en su integridad, absolviéndola, el 17 de agosto siguiente.

La demanda de casación

Cargo único.

La Fiscal 23 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de La Plata (Huila), bajo los lineamientos de la causal tercera de casación formula un único cargo contra de la sentencia de segunda instancia, por cuanto considera que la misma se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Asevera la recurrente que cuando a la procesada se le escuchó en versión libre y en indagatoria, el 3 de junio y el 30 de septiembre de 1994, respectivamente, no fue asistida por abogado titulado, "no obstante que en la cabecera del Circuito de La Plata (Huila), ejercen normal y habitualmente varios profesionales del derecho, vulnerándose el derecho fundamental, consagrado en el art.29 de la Constitución Nacional en cuanto hace a la defensa técnica en la etapa del sumario y del juicio".

Luego de citar como infringidos los artículos 4, 13, 29 y 85 de la C. P., concluye aseverando que "en presencia de la nulidad del proceso no hay ninguna argumentación válida para diferir su decreto o abstenerse de hacerlo, por cuanto la inexistencia del proceso o la nulidad del mismo, impide cualquier pronunciamiento sobre aspectos sustantivos en favor o en contra del procesado que no nació a la vida jurídica, puesto que para que nazca es necesaria su indagatoria asistido por un profesional del derecho, por mandato del artículo 29 de la C. N.", por lo que solicita la invalidez de lo actuado, "ordenando rehacer todas las diligencias que afecten los intereses de la procesada y que nacieron de un juicio viciado de nulidad".

Alegatos de los no recurrentes

El defensor de la procesada se opone a las pretensiones de la libelista, por cuanto asevera que ella misma fue la causante del error que ahora pretende

alegar en sede de casación, por cuanto aceptó la presencia en la indagatoria de alguien carente del título de abogado, sin que aparezca, por otra parte, la trascendencia del vicio denunciado, cuando la procesada fue absuelta, por lo que resultaría inane "revertir el proceso sólo para darle oportunidad a la indagada de que en su injurada esté el abogado defensor".

Luego de reseñar una providencia de esta Corporación en torno al principio de protección y de resaltar la falta de interés para recurrir por parte de la fiscal, sostiene:

"Queda entonces el interrogante de orden ético, lógico y jurídico: Está la Fiscalía en este caso concreto legitimada para alegar en casación la nulidad así generada cuando a pesar de haberle violado ella el derecho de defensa durante una parte del sumario y creando por lo tanto ella misma el vicio de nulidad, no sufrió la procesada los nefastos efectos de la defensa técnica en esa parte del sumario. Ciertamente la defensa técnica sólo empezó con el alegato previo a la calificación. Pero a pesar de la ya dicha omisión de la Fiscalía en la indagatoria, a la postre resultó vencedora su presunción de inocencia ante la absoluta carencia de prueba incriminadora.

"Quien verdaderamente pudo tener interés jurídico en alegar la ausencia de defensa técnica durante una parte de la etapa sumarial, era la misma procesada. Pero si ella o su defensor veían que la prueba aducida por el ente acusador en nada le destruía su presunción de inocencia, tenía pleno derecho a no alegar dicha nulidad. Por ello tal vez se puede pensar que la salvedad del numeral 3° ya dicho solo es aplicable cuando la carencia de defensa técnica ha tenido incidencia desfavorable en la suerte jurídica de quien precisamente la Constitución Nacional y la ley procesal penal quisieron proteger con la Institución del derecho de defensa. Pero no ya por la Fiscalía cuando en sentencia se ha declarado la inocencia del procesado".

Agrega que al lado del derecho de defensa técnica, la Constitución consagra otros a favor del procesado que no pueden desconocerse so pretexto de aquél, cuando no ha resultado trascendente para sus intereses jurídicos, como la presunción de inocencia, que en este caso debe primar sobre la innecesaria declaratoria de nulidad, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas y el de favorabilidad, todos de raigambre constitucional, siendo más acorde a los intereses de la acusada, "reconocer su inocencia después de las oportunidades probatorias ya agotadas, que decretar una nulidad para procurar, ya tardíamente un defensor abogado en la indagatoria, con lo cual solamente se obtendrá el resultado práctico de una dilación injustificada en el proceso". Así mismo, dice, se infringiría el principio de equidad, "máximo regulador del derecho" y se haría prevalecer lo adjetivo sobre lo sustancial, por lo que pide desestimar la pretensión de nulidad de la impugnante.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Asevera el Representante del Ministerio Público que el cargo formulado contra la sentencia, no requiere de mayor esfuerzo argumentativo para con-

cluir en su improcedencia, como quiera que es ostensible su contradicción con la lógica y el derecho.

Anota que resulta un contrasentido que el mismo sujeto procesal que originó la irregularidad, demande posteriormente la anulación, máxime cuando la sentencia resultó favorable a los intereses de la procesada.

Resalta que en ningún momento la casacionista demostró la trascendencia del presunto yerro en las decisiones de instancia. "En modo alguno resulta viable alegarla, como sucede en el caso en estudio, cuando la decisión es favorable al encausado, pues si el ejercicio del derecho de defensa tiene por finalidad primordial el conceder al acusado la oportunidad de demostrar su inocencia y ésta ya ha sido declarada por el sentenciador, siendo relevado de todo compromiso frente a la ley penal, carece de interés jurídico quien intente cualquier actuación en tal sentido, pues ello implicaría revivir la controversia jurídica de la responsabilidad penal del procesado que ya ha sido clausurada en su favor".

Al representante de la sociedad le parece sospechosa la actitud de la demandante, pues se observa interés en perjudicar a la procesada.

Afirma que el principio de lealtad impone el deber a los sujetos procesales de ejercer sus derechos acordes con los fines del proceso. "Resulta contrario a este principio, el realizar un acto ilegal y guardar silencio sobre el mismo durante todo el proceso, para esgrimirlo posteriormente como fundamento de una solicitud de nulidad, cuando la decisión final no se aviene a sus pretensiones".

Solicita a la Sala no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En el único cargo aducido, la Fiscal 23 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de La Plata (Huila), solicita se decrete la invalidez de lo actuado, por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, pues la procesada fue escuchada en versión libre y en indagatoria sin la presencia de un abogado, siendo apenas asistida por un ciudadano honorable, con lo que se vulneró su derecho a la defensa.

El cargo será desestimado por falta de interés de la censora, como se analizará.

En efecto, para la admisión de los recursos, tanto de los ordinarios como del extraordinario de casación, es menester que se cumplan dos requisitos, a saber: que se esté legitimado, esto es, que se trate de un sujeto procesal a quien la ley faculta para impugnar, y que se tenga interés, que se manifiesta en el agravio o perjuicio inferido con la decisión.

Para precisarlo, en el caso que ocupa la atención de la Sala, es necesario considerar que la fiscal recurrente pretende que se declare la nulidad para

que se haga efectivo el derecho de defensa técnica de la procesada y, por ende, que se rehagan todas las diligencias que afecten sus intereses.

Nada impide, en el método de enjuiciamiento de naturaleza mixta que nos rige, que el fiscal, como sujeto procesal, haga peticiones a favor del acusado, incluso que impetre su absolución, si así lo aconsejan los elementos de convicción recaudados. Pero lo que resulta ilógico e improcedente, frente a la absolución, es que pida la invalidez de lo actuado para garantizar, en una nueva tramitación, la defensa de la acusada, con lo que le causaría grave perjuicio, pues implicaría, como lo sostiene el Delegado, revivir la controversia jurídica sobre la responsabilidad penal que ya fue precluida en su favor, de donde emerge la absoluta falta de interés de la fiscalía para deprecar la nulidad.

Por otra parte, y en lo atinente a las consecuencias jurídicas de la ausencia de interés, ha dicho la Sala que si aparece desde cuando se interpone el recurso, éste no debe concederse y si equivocadamente se procede a ello, deberá decretarse la nulidad del trámite ilegalmente adelantado. En otras ocasiones, la falta de interés sólo viene a concretarse al conocerse las pretensiones de la demanda de casación, evento en el cual deberá rechazarse in limine la misma y declararse desierto el recurso. Pero si se admite el libelo, o la carencia de interés solo se hace ostensible al decidir el recurso, se desestimará la demanda.

" ... pues siendo que la decisión que correspondería es la del fallo para decidir sobre las pretensiones del casacionista y para ello tiene que haberse cumplido las exigencias sustantivas y procesales previstas por la ley como supuestos, la subsistencia del hecho generador del vicio lo impide, ya que como sucede en casos como el presente, la falta de interés para recurrir por parte del demandante para formular un ataque como el que ha presentado, continúa produciendo, material y jurídicamente, los mismos efectos negativos atribuibles desde el momento en que se recurrió el fallo del Tribunal, no quedándole otra alternativa a la Corte que la de desestimar oficiosamente la demanda, pues la simple inadvertencia de la causa a la hora de concederse el recurso o de inadmitirse la demanda no hace que el vicio pierda eficacia, sino que lo que era causa de rechazo o inadmisión se convierta en causa de desestimación, ya que todo depende de la fase procesal en que se tome la decisión, pues el auto de admisión erróneamente proferido, no obliga a tomar decisión alguna de fondo al estudiar los reparos hechos a la sentencia del Tribunal y determinar el vicio o la índole de la pretensión, dado que carece de fuerza vinculante no porque se estime ilegal, sino porque carece de efecto, y pensar en atribuirle capacidad saneadora al auto de admisibilidad equivaldría, como se ha dicho, a comprometer a la Corte en el nuevo error de asumir una competencia de que carece, la cual queda limitada exclusivamente a tomar esta decisión, dado que el objeto de fallo, como es la demanda, no puede proferirse ante su ineptitud". (Casación N° 10.391, 20 de abril de 1999. M. P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.).

Por las razones expuestas, el cargo se desestima.

Finalmente, como la fiscal recurrente fue la causante de la pretendida irregularidad con la que ahora pretende la invalidez de la actuación, sin que la hubiera decretado o subsanado cuando tuvo en sus manos la dirección del proceso, ni alegado en primera o segunda instancia, sino sólo después de la absolución de la acusada, se dispone expedir copias de lo pertinente con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para que si lo considera del caso inicie la pertinente 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°. Desestimar la demanda.

2°. Por Secretaría de la Sala, expídanse las copias con destino a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, conforme a la parte motiva.

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, (no hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA-Técnica para alegarla en casación/**FALSO JUICIO DE IDENTIDAD**-Concepto/ **ERROR DE INFERENCIA**/***IN DUBIO PRO REO***-Naturaleza de la duda que transciende en casación

1.Si lo que el casacionista echa de menos es la motivación de la construcción del indicio, y por ende sus implicaciones en la parte dispositiva del fallo, la ruta de la censura ha debido ser independiente, pues la falta de motivación de la sentencia no constituye error de juicio sino de actividad o constitución del acto procesal -error in procedendo-, censurable en casación por vía de causal tercera, individualizando la irregularidad denunciada bien sea por ausencia de motivación, motivación incompleta, o dilógica, y demostrando su trascendencia en la vulneración de las garantías de las partes, con la idoneidad suficiente para invalidar lo actuado.

2. El error de hecho por falso juicio de identidad corresponde a los llamados errores de contemplación, para destacar en ello el momento y el aspecto de la actividad probatoria en que se presenta. Como tal, tiene ocurrencia en el momento de fijar el contenido material del medio, el cual es alterado porque el fallador tergiversa, agrega o cercena su contenido, lo que obviamente repercutirá en la determinación de su mérito, pero en el entendido que su objeto es la composición material de la prueba.

El error de inferencia no versa sobre la materialidad del medio, ni corresponde a la fijación de su contenido. Se manifiesta en una fase posterior de la actividad probatoria, al establecer su mérito persuasivo, por desconocimiento o transgresión de las reglas de la sana crítica, como método de valoración de las pruebas.

Se diferencia del de identidad porque se presenta en momento posterior a la fijación del contenido material de la prueba, y supone que ella haya sido correcta, de manera tal que la conclusión es desacertada porque la materialidad del medio, la cual ha sido debidamente fijada, no tolera el tipo de deducción a que se llega, por la indebida aplicación de las reglas que orientan la sana crítica.

3. La duda que trasciende en sede casacional es la que, debidamente acreditada y ponderada de cara al conjunto del plexo probatorio, reviste la

idoneidad suficiente para desquiciar la parte dispositiva del fallo, pero no aquella referida a aspectos circunstanciales del hecho punible, incapaces de resquebrajar el juicio de responsabilidad, como el que ahora se plantea.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 13092

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Neiva condenó a José Alberto Caicedo Prado a la pena principal privativa de la libertad de doce (12) años y seis (6) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de diez (10) años, como autor de tentativa de homicidio; y lo absolvió por el delito de falsa denuncia contra persona determinada.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

José Alberto Caicedo Prado, quien para el momento de los hechos (29 de agosto de 1993) era Capitán de la Policía y se desempeñaba como Comandante de la Policía Vial del Departamento del Huila, desenfundó su pistola y descendió del vehículo Chevrolet Sprint en que se desplazaba, a reclamarle energúmeno a Luis Gerardo Peña Garzón, conductor de una buseta que insistentemente le hacía cambio de luces y le pitaba solicitándole espacio para poderlo adelantar, cuando se desplazaban por la calle 4° entre carreras 5° y 6° de la ciudad de Neiva.

Los conductores se insultaron, encañonaron, y lesionaron mutuamente. El oficial de la Policía resultó levemente herido en el rostro y en el cuello; Peña Garzón recibió ocho (8) impactos de arma de fuego en el hombro y antebrazo izquierdos y en la región toraco-abdominal, por lo que fue internado en un centro asistencial, donde le fue practicada una laparatomía.

Ocho meses después, y luego de haber sido atendido en diferentes centros hospitalarios a consecuencia de la infección por las heridas recibidas, que le ocasionaron varias fístulas colocutáneas y la perturbación funcional del órgano de la digestión, Peña Garzón murió en el Hospital Militar de Santafé de Bogotá.

Dos horas después de ocurrido el enfrentamiento anterior -es decir, a las 2:10 de la madrugada-, Caicedo Prado formuló denuncia por lesiones personales contra "Gerardo Peña", en la Unidad de Denuncias del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía (f. 1).

Con fundamento en ella, la Fiscalía 15 de la Unidad de Investigación Previa y Permanente recibió la versión de Peña Garzón y otros testigos, entre quienes se encuentra el ayudante de la buseta, Carlos Mario Peña Bedoya. El

Cuerpo Técnico de Investigación informó que el oficial denunciante se había negado a la práctica del examen de alcoholemia.

La investigación fue iniciada por el aludido despacho fiscal (f. 44). Luego las diligencias fueron asignadas a la Fiscal Segunda Especializada de la ciudad de Neiva (f. 46), que, dadas las mutuas incriminaciones de los protagonistas de los hechos, los vinculó mediante diligencia de indagatoria. El 31 de agosto de 1994 resolvió la situación jurídica del capitán Caicedo Prado profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el delito de homicidio simple, a la vez que precluyó la investigación en favor de Luis Gerardo Peña Garzón, ante la comprobación de su fallecimiento (fs. 178 a 188).

Con proveído de 22 de noviembre siguiente calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación contra el detenido, como presunto autor de los punibles de homicidio y falsa denuncia (fs. 366 y ss.). Esta decisión fue apelada por la defensa y confirmada el 5 de enero de 1995 por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Neiva, con la aclaración, en torno al punible contra la administración de justicia, que se trata de falsa denuncia contra persona determinada -artículo 176 del Código Penal- (fs. 3 y ss. c. N° 3).

El trámite de la causa correspondió por reparto al Juzgado Octavo Penal del Circuito. Rituada la audiencia pública, en sentencia de 31 de mayo de 1996 descartó el nexo causal entre la conducta del procesado y la muerte de Peña Garzón, a la vez que destacó el peligro desaprobado generado con las heridas causadas, predicando así la existencia de una tentativa de homicidio, de la que absolvió al acusado por considerar que había actuado en legítima defensa. Igual determinación adoptó respecto del punible atentatorio contra la administración de justicia, al considerar que la conducta imputada no configura el delito de falsa denuncia (fs. 201 y ss. c. N° 9).

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Cuarto Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito de Neiva, el 15 de octubre de 1996, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de esa ciudad, al establecer que la provocación provino de José Alberto Caicedo Prado al obstaculizar el paso de la buseta conducida por la víctima y descender de su vehículo esgrimiendo una pistola, la que efectivamente utilizó, revocó la sentencia de primer grado y en su lugar condenó a José Alberto Caicedo Prado a la pena principal de doce (12) años y seis (6) meses de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un lapso de diez (10) años, como autor de tentativa de homicidio en Luis Gerardo Peña Garzón. A la vez confirmó la absolución por el delito de falsa denuncia contra persona determinada (fs. 27 y ss. c. del Tribunal).

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el defensor del procesado José Alberto Caicedo Prado solicita

casar la sentencia impugnada, y que en consecuencia, se le absuelva de los cargos que por el delito de homicidio le fueron imputados en el pliego enjuiciatorio, reconociendo que obró en legítima defensa de su vida.

Dos cargos formula por violación indirecta de la ley sustancial, al considerar que el Tribunal en la sentencia recurrida "hizo aplicación indebida del artículo 223 del Código Penal", e inaplicó el numeral 4° del artículo 29 del mismo estatuto, al incurrir en manifiestos errores de hecho por falso juicio de identidad y falso juicio de existencia en la apreciación de la prueba indiciaria.

Identificó como normas medio de la violación de la ley sustancial denunciada, los artículos 247, 254, 300 y ss., y 445 del Código de Procedimiento Penal.

Primer cargo

Lo hace consistir en falso juicio de identidad por tergiversación manifiesta del contenido fáctico de la prueba indiciaria (integrado por la ocurrencia de disparos al lado izquierdo de la buseta y la demostrada existencia de heridas en el brazo izquierdo del conductor de la misma -hechos indicadores, y la conclusión de que José Alberto Caicedo Prado accionó su arma de fuego contra Luis Gerardo Peña cuando se encontraba al lado izquierdo del citado vehículo -hecho indicado-).

Dice el impugnante que el fallador "realizó una inferencia manifiestamente opuesta a la lógica y ajena a las reglas de la experiencia" (f. 124). La distorsión fáctica, por ende, recae en la inferencia que conduce al hecho indicado.

Los disparos efectuados en el costado izquierdo de la buseta, no permiten concluir que José Alberto Caicedo Prado disparó su arma contra Luis Gerardo Peña cuando se encontraba al costado izquierdo del automotor -agregó-. Si se escucharon unas detonaciones en el costado izquierdo de la buseta y se encontraron huellas del impacto de un proyectil del revólver de Luis Gerardo Peña en el muro ubicado a la izquierda del lugar de los hechos, "nada permite lógicamente inferir que quien accionó su arma fue José Alberto Caicedo. Todo lo contrario, la lógica en este caso indica que la única conclusión posible es que las detonaciones escuchadas fueran causadas por el arma que inequívocamente se sabe fue accionada en el costado izquierdo".

Agregó que el Tribunal no motivó la construcción de este indicio, pues no hizo referencia a ninguna regla de la experiencia mediante la cual pueda llegarse racionalmente a la conclusión que se plantea.

Con relación al segundo hecho indicador, cual es la ubicación de las heridas de Luis Gerardo Peña en el miembro superior izquierdo, destacó que éstas se encuentran ubicadas en el sector del antebrazo más cercano a la mano, de donde infiere la imposibilidad de sostener que el disparo con el que fueron ocasionadas las heridas provino del mismo lado izquierdo, pues una afirmación de ese talante no consulta la movilidad de los miembros superiores.

En este reproche también destacó que por la ausencia de consideraciones relativas a las reglas de la experiencia, tal conclusión, más que una inferencia, constituye una mera sospecha.

Afirmó que la apreciación conjunta de los dos hechos indicadores referenciados, "no permite lógicamente establecer el lugar de donde provino el disparo que causó las heridas en el hoy occiso".

Aduciendo la valoración en conjunto del material probatorio, en el intento por demostrar la trascendencia del yerro alegado, el libelista puso de presente "la ausencia de otros elementos contextuales que de acuerdo con la experiencia acompañarían a los hechos probados que el Tribunal considera 'indicadores', de ser lógicamente válida la inferencia aplicada", con lo que considera demostrado el error de hecho en que incurrió el Tribunal.

Segundo cargo

Acusa por error de hecho el fallo objeto de impugnación. Afirma que el juzgador ignoró la existencia (falso juicio de existencia) de un indicio, con base en el desconocimiento de la demostración del hecho indicador, pues "si el Tribunal reconoce la existencia de una duda probatoria relacionada con el momento en que José Alberto Caicedo recibió el impacto de un proyectil disparado por Luis Gerardo Peña", debió, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, acoger un sucedáneo de prueba, y tener por demostrado aquello que le favorecía al procesado, esto es, "que el disparo en el hombro lo recibió cerca del poste ubicado al lado derecho de la buseta, instantes después del primer episodio de disparos y antes del segundo".

Ese sucedáneo de prueba en aplicación del principio *in dubio pro reo*, sugiere al casacionista deducir, a través de la lógica, "que José Alberto Caicedo fue objeto de una agresión grave, injusta y actual".

En demostración de este aserto, el impugnante consideró indubitable que un disparo dirigido a una persona que da la espalda, constituye un acto de agresión grave e injustificada, con mayor razón si el primer episodio había culminado.

Este segundo error de apreciación probatoria -concluyó-, impidió al Tribunal reconocer la legítima defensa, que inequívocamente se configura al demostrarse, como en efecto lo está, que José Alberto Caicedo únicamente accionó su arma cuando se encontraba al costado derecho de la buseta y en reacción a una agresión grave e injusta por parte de Luis Gerardo Peña Garzón.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

En su concepto el Procurador Delegado advierte que si bien el censor anuncia abstenerse de oponer su criterio personal en la ponderación de las pruebas, y dice limitarse a establecer la falta de conformidad por carencia de sentido lógico entre los hechos indicadores con el indicado, a la postre desliza su propia valoración probatoria, con la que no alcanza a acreditar el error lógico-material en que habría incurrido el fallador.

En relación con el primer hecho indicador, advierte que el Tribunal, con sentido común, lógica y uso de leyes de la experiencia, califica los hechos como una "agresión mutua", suscitada por la conducta de Caicedo Prado, quien como oficial de la Policía debió actuar con más prudencia, en lugar de bajarse de su vehículo blandiendo arma de fuego, lo cual hizo prevenir al otro conductor, legitimándolo para esperarlo con el revólver, pues no podía exigir una actitud pasiva de aquel a quien impidió continuar su marcha, y amenazó con notoria beligerancia, lo que constituye una agresión inminente a la que debió responder el hoy occiso.

Respecto de la fuerza demostrativa del segundo hecho indicador -heridas del occiso en el brazo izquierdo-, la Delegada consideró con mayor peso lógico la conclusión de haber sido desde ese mismo lado que disparó Caicedo Prado.

Admitiendo en el campo de las hipótesis que el origen del disparo contra el conductor de la buseta pudo serlo desde el lado derecho -pues de veras hubo dos episodios de disparos, uno al lado izquierdo y el otro al lado derecho del automotor de servicio público-, lo cierto es que el provocador inicial fue el oficial de Policía, y su conducta antijurídica no legitima su reacción en uno u otro momento, "pues el intercambio de disparos y posiciones no hace lícita una conducta que desde el principio deviene antijurídica. Si la acción ilícita de Caicedo empezó desde el costado izquierdo, no se convierte en lícita porque su contrincante lo haya alcanzado cuando se desplazaba hacia el otro lado" -concluyó- (f. 12 c. de la Corte).

En punto al error de hecho por falso juicio de existencia, el Procurador Delegado destaca que la duda respecto del momento en que fue inferida la herida de Caicedo Prado en el hombro, no genera la trascendencia necesaria para fundar un falso juicio de existencia por omisión, que conduzca a desquiciar el fallo, pues así Caicedo hubiera recibido ese disparo por parte de Peña Garzón, ello no justifica la conducta del acusado, quien estaba actuando injustamente desde el principio, ya que fue él quien concitó el ataque de Peña.

Al amparo de esas premisas, sugiere a la Sala no casar el fallo recurrido.

Consideraciones de la Corte

A manera de premisa inicial

Aunque el actor se refiere al artículo 223 del Código Penal, que define y sanciona la "falsedad por destrucción", como la norma indebidamente aplicada, del contexto del libelo se extracta que la imprecisión obedece a un intrascendente error mecanográfico, como quiera que la condena se profirió por el punible de homicidio, tipificado por el artículo 323 *ejusdem*.

Si lo que el casacionista echa de menos es la motivación de la construcción del indicio, y por ende sus implicaciones en la parte dispositiva del fallo, la ruta de la censura ha debido ser independiente, pues la falta de motivación de la sentencia no constituye error de juicio sino de actividad o constitución del acto

procesal -error in procedendo-, censurable en casación por vía de causal tercera, individualizando la irregularidad denunciada bien sea por ausencia de motivación, motivación incompleta, o dilógica, y demostrando su trascendencia en la vulneración de las garantías de las partes, con la idoneidad suficiente para invalidar lo actuado.

Primer cargo: error de hecho por falso juicio de identidad en la inferencia del indicio.

Si bien la vía de ataque escogida por el censor se acomodaría a la técnica casacional, en cuanto invoca, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera -violación indirecta de una norma de derecho sustancial , error de hecho por falso juicio de identidad, yerra en la conceptualización de este último en cuanto entiende que él puede consistir en la transgresión de los dictados de la lógica, la ciencia y la experiencia en la operación de inferencia lógica, que en este caso, por estar referida a la prueba indiciaria, ubica en la deducción del hecho indicado al establecer el mérito del hecho indicador.

El error de hecho por falso juicio de identidad corresponde a los llamados errores de contemplación, para destacar en ello el momento y el aspecto de la actividad probatoria en que se presenta. Como tal, tiene ocurrencia en el momento de fijar el contenido material del medio, el cual es alterado porque el fallador tergiversa, agrega o cercena su contenido, lo que obviamente repercutirá en la determinación de su mérito, pero en el entendido que su objeto es la composición material de la prueba.

El error de inferencia no versa sobre la materialidad del medio, ni corresponde a la fijación de su contenido. Se manifiesta en una fase posterior de la actividad probatoria, al establecer su mérito persuasivo, por desconocimiento o transgresión de las reglas de la sana crítica, como método de valoración de las pruebas.

Se diferencia del de identidad porque se presenta en momento posterior a la fijación del contenido material de la prueba, y supone que ella haya sido correcta, de manera tal que la conclusión es desacertada porque la materialidad del medio, la cual ha sido debidamente fijada, no tolera el tipo de deducción a que se llega, por la indebida aplicación de las reglas que orientan la sana crítica.

Independientemente de este desenfoque, el intento del casacionista en la fundamentación del cargo, resulta fallido al contraponer su personal apreciación sobre la fuerza suasoria de los hechos indicados, sin individualizar y menos demostrar, las reglas de la lógica, las máximas de la ciencia o los dictados de la experiencia que resultaron desconocidos por el Tribunal, al considerar injusta la conducta ejecutada por el Capitán de la Policía José Alberto Caicedo Prado, excluyendo la legítima defensa deducida en el fallo de primer grado.

Resulta ajeno a la esencia del recurso extraordinario, el oponer el personal y subjetivo criterio del casacionista al del juzgador, pues este medio de

impugnación no constituye una instancia, como quiera que a través de él no se persigue el establecimiento oficioso de la verdad procesal, sino que se cuestiona la legalidad de la sentencia que, por haber sido objeto de revisión a través de los recursos ordinarios, se halla amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

Este proceder, además de excluir la lógica fundamentación que ha de exhibir la proposición y demostración del cargo contra la sentencia en casación, denota la simple discrepancia del recurrente con la racional ponderación de la prueba indiciaria por parte del juzgador, lo que convierte el libelo en un alegato de instancia, con el que, contraviniendo los requerimientos técnicos que debe reunir la demostración del tipo de error de hecho alegado, se pretende contraponer la personal apreciación probatoria al razonado y autónomo análisis en que se cimentó la conclusión de un fallo que adviene jurídicamente inamovible con tan incipiente y antitécnico reproche.

A esta precariedad en la enunciación y demostración del cargo -razón suficiente para declarar la improcedencia de la impugnación-, ha de agregarse que el Tribunal no incurre en transgresión a las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, o en contemplación errada alguna del hecho indicador que cuestiona, porque hubiese supuesto pruebas inexistentes, o ignorado las que obraban en el expediente, sino que efectuó una racional ponderación en conjunto, de conformidad con el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, luego de otorgarle a cada medio de convicción, el mérito que consideró adecuado, sin que las conclusiones de esta autónoma actividad permitan sostener al impugnante, que fueron excluidos indicios conforme a su personal apreciación.

El siguiente acápite de la sentencia reafirma esta conclusión:

"Pese a conductor y ayudante de la buseta Luis Gerardo Peña Garzón y Carlos María Peña- negar que al lado de la ventana izquierda se efectuaron algunos disparos, hechos que mencionan no solamente el procesado Caicedo Prado al asegurar que ahí fue herido con arma de fuego cuando intentaba alejarse, son los mismos ocupantes de este automotor quienes afirman que escucharon a ese lado dos o tres detonaciones -Rodrigo Paojoy, Camilo Zambrano, Fabio Enrique Gómez Lozano y Alexander Polanía Vargas-, ninguno de ellos puede asegurar quien de los dos sujetos disparó primero.

"Se parte del hecho cierto que en ese sitio ocurrió la primera descarga y que ambos dispararon, deducción que se hace teniendo como base las declaraciones aludidas por los ocupantes de la buseta, de la huella dejada por un proyectil en el muro de ese lado, detectado esa madrugada por el Fiscal -fl. 7 cuad. Principal No. 1 y que de cuerdo con el dictamen de balística corresponde a un plomo de revólver -arma utilizada por el hoy occiso-.

"Pero se dice que ambos dispararon, porque también Peña Garzón aparece herido en su brazo izquierdo, de ello dejó constancia el Fiscal al momento de recibirle su versión, cuando además de mencionar las ubicadas en el tórax y parte superior del abdomen lado derecho, consigna: 'también en el

brazo izquierdo presenta cuatro orificios en el tercio distal del antebrazo y carpo' -sic- flios. 3 y 4. Así mismo el legista en su primer dictamen el 21 de septiembre encuentra venda de yeso antebraquial izquierda -fl. 102- y el otro observa miembro superior izquierdo en tubo de yeso mano codo. el 5 de octubre siguiente -fl. 105-. Ya en febrero de 1994 el galeno de Bogotá alude a cicatrices en hombro izquierdo y en tercio distal posterior de antebrazo izquierdo, con hipertrofia leve de miembro superior izquierdo con fuerza muscular levemente disminuida -fl. 132-. Igualmente en el centro asistencial donde primero acudió dejaron la anotación -fl. 1 y 9 cuad. Historias Clínicas-.

"Entonces, no fue un sólo disparo el que se efectuó en ese lado, ventanilla lado izquierdo, sino varios, como aluden los ocupantes de la buseta y efectuados por ambos conductores, desvirtuándose así la afirmación del a-quo en la sentencia -fls. 57 final y 58-, de que en ningún momento Caicedo accionó su pistola y que las heridas propinadas a Peña Garzón lo fueron 'por el flanco derecho de su anatomía'" (f. 44 c. del Tribunal).

Lo contradictorio de la pretensión del casacionista, estriba en el hecho de aceptar "que el incidente lo propició el Capitán José Alberto Caicedo Prado, al asumir una actitud desafiante (al impedir el paso de la buseta) y amenazante (al descender de su vehículo con un arma en la mano)", y a la vez pretender deslegitimar la reacción de Peña Garzón al disparar, frente a esa innegable realidad, en defensa de su integridad.

El censor admite que el hecho indicador sobre el cual se edificó la inferencia que cuestiona por vía extraordinaria, cual es "el abaleo ocurrido en el costado izquierdo de la buseta, está debidamente probado y no será objeto de ningún cuestionamiento" (f. 124). Siendo consecuentes con la aceptación expresa de ese supuesto fáctico, no se puede fraccionar la conducta para afirmar que la reacción del conductor de la buseta -quien había sido provocado y era amenazado con el arma de fuego con que el sindicado lo encañonaba-, no estaba legitimada, y que por lo mismo constituía una injusta agresión de su parte, pues lo que se infiere del hecho indicador aceptado por el casacionista, y así lo estableció el Tribunal en la sentencia, es que actuaba en defensa de su vida, seriamente amenazada por quien, luego de provocarlo obstaculizándole el paso, desciende arma en mano hasta la ventanilla del lado izquierdo del conductor, encañonándolo e insultándolo.

El censor también admite como hecho probado, las heridas sufridas por la víctima en el brazo izquierdo. Premisa que, según el Tribunal, conduce con mayor razonabilidad a afirmar que los disparos iniciales del procesado Caicedo Prado fueron efectuados desde el costado izquierdo del automotor de servicio público, y no del lado derecho -como sugiere el impugnante-, pues una tal conclusión sí entrañaría desconocimiento de los postulados de la ciencia y la experiencia cuya aplicación invoca, al no corresponder la ubicación anatómica de las heridas, con la ubicación del agresor, y la dirección y trayectoria del proyectil.

Independientemente del costado de la buseta desde la cual el capitán de la Policía agredió con arma de fuego al conductor de la misma, su conducta no se justifica, habida consideración de la condición de provocador que él asumió al impedir el paso al conductor que con insistencia lo solicitaba, descender del vehículo, desenfundar el arma, agredirlo de palabra y encañonarlo.

Aplicando a estos antecedentes y circunstancias que enmarcaron la comisión del hecho las reglas de la experiencia infundadamente cuestionadas por el casacionista, no puede esperarse y menos exigirse que el conductor de la buseta asumiera una actitud sumisa, y no se defendiera.

No se evidencia entonces que el Tribunal haya distorsionado la inferencia lógica que le permitió excluir la legítima defensa, que el casacionista pretende deducir a través de tan endeble y antitécnico cuestionamiento de la prueba indiciaria.

No puede olvidarse igualmente que a través de prueba pericial a Peña Garzón le fueron dictaminadas cicatrices no solo en el tercio distal posterior de antebrazo izquierdo, sino también en el hombro izquierdo (f. 132), lo que descarta la movilidad del miembro afectado, como factor para inferir que las heridas pudieron venir del lado derecho. El hombro no tiene la movilidad que le atribuye el censor, y la herida en el antebrazo, lo fue en la cara posterior no anterior, afianzando así la inferencia de la procedencia de las heridas del costado izquierdo de la buseta.

Se reafirma así la tesis del Tribunal, según la cual, en el primer momento en que el oficial de la Policía se acercó a la ventanilla izquierda del vehículo de servicio público y encañonó al conductor, se produjo el intercambio de disparos que lesionó levemente en el cuello al acusado, y en el miembro superior izquierdo a Peña Garzón.

En punto a la crítica que el actor formula a la apreciación conjunta de los hechos indicadores, aquel afirma pero no demuestra, porqué el Tribunal tansgredió las reglas de la lógica al concluir que los hechos demostrados permiten afirmar que los disparos que lesionaron a la víctima provinieron del costado izquierdo de la buseta, pues sólo hace esta afirmación pero no identifica y menos demuestra, cuáles son las reglas de la lógica de las que el Tribunal se habría apartado en sus deducciones.

Según el libelista, la apreciación conjunta de los hechos indicadores antes referenciados, "no permite lógicamente establecer el lugar de donde provino *el disparo* que causó las heridas en el hoy occiso" (Destaca la Sala). Este argumento, además de desconocer abiertamente la realidad procesal que el actor no controvierte, cual es que Peña Garzón no recibió uno sino Ocho (8) disparos, es abandonada a su suerte en el campo de la mera enunciación, pues no realiza esfuerzo alguno por demostrar tal inferencia, y ninguna incidencia tendría, de aceptarse tan inopinado planteamiento, en la demostración de la causal de permisión que el Tribunal excluyó racionalmente al proferir el fallo de condena.

Emerge con claridad entonces la imperfección del razonamiento con el que se pretende demostrar el falso juicio de identidad en que se sustenta la violación indirecta de la ley sustancial.

En últimas como lo advierte el Ministerio Público, resulta intrascendente que los disparos hayan sido efectuados del costado derecho o izquierdo de la buseta, pues una u otra circunstancia no legitima la provocadora, amenazante y riesgosa actuación del capitán de la Policía, al extremo de afirmarse la idoneidad para establecer, a partir de esta insular circunstancia, la justificación de su conducta.

Segundo cargo: Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de existencia del hecho indicador.

Este segundo reproche lo cimienta el autor en la aceptación, por parte del juzgador de segundo grado, de la imposibilidad de establecer en qué momento el oficial de Policía procesado habría sido herido en el cuello -no en el hombro, como erróneamente afirma el impugnante-, sugiriendo la necesidad de otorgar credibilidad al dicho de aquel, quien afirma que lo fue en el segundo episodio de disparos, es decir, cuando se alejaba de la ventanilla izquierda del vehículo de servicio público hacia el poste ubicado al lado derecho de la vía.

La duda que trasciende en sede casacional es la que, debidamente acreditada y ponderada de cara al conjunto del plexo probatorio, reviste la idoneidad suficiente para desquiciar la parte dispositiva del fallo, pero no aquella referida a aspectos circunstanciales del hecho punible, incapaces de resquebrajar el juicio de responsabilidad, como el que ahora se plantea.

Falla además el actor en la demostración de la trascendencia del segundo yerro denunciado, al pretender fraccionar la prueba indiciaria y a partir de ésta, estratificar la conducta, ignorando que en la sentencia se declaró probado que sí existió un episodio inicial de disparos al lado izquierdo de la buseta, en la que el procesado hirió al conductor de la misma en el hombro y brazo izquierdos, y este proceder, por la provocación y amenazas desplegadas por el autor, no aparece justificado, configurándose, por ende, el punible por el que se profirió condena.

En ese desatinado discurrir el censor queda a mitad de camino en el proceso de demostración de la vulneración de las pautas epistemológicas de la sana crítica, pues se reitera, no especifica qué reglas de la lógica, pautas de experiencia, o principios científicos, desconoció el Tribunal al excluir la aplicación de la causal de permisión invocada.

Con prescindencia de la deficiente formulación y desarrollo del reproche, del examen del fallo de segundo grado se advierte que el Tribunal, con innegable lógica material concluyó que hubo intercambio de disparos en el primer episodio -desarrollado al costado izquierdo de la buseta-. Tal conclusión la respaldó el ad-quem en la ponderación de conjunto de todo el acervo probato-

rio, en los antecedentes del hecho, en las incoherencias y desacreditada versión del procesado; y en la versión de varios testigos que escucharon el intercambio de disparos en el lado izquierdo; también en el testimonio de Alexander Polanía, quien vio cuando "el oficial se mandó la mano a la pretina, sacó una pistola y empezaron los disparos, los que escuchó del lado izquierdo y también 'de otros lados'" (fs. 109 y ss. c.o. N° 1); y en las conclusiones de los galenos que examinaron a Peña Garzón, quien recibió ocho (8) disparos (f. 50), de donde dedujo la intención del procesado de acabar con su vida.

Demostradas como se hallan las deficiencias técnicas de la impugnación extraordinaria, y la carencia de fundamento en la formulación del reproche, se declara 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, (no hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Causal tercera/**ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA**-Técnica en casación/**PENA ACCESORIA**-Debida motivación

1. La causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal no es subsidiaria de las demás y que por lo mismo obedece a una metodología y lógica propias que impone como deber ineludible al recurrente señalar con precisión el motivo de nulidad que aduce, la trascendencia que tuvo frente a los intereses del procesado y cómo sus efectos nocivos se proyectaron desfavorablemente en la sentencia.

2. Hace ya varios años que esta Sala ha venido reiterando que cuando la equivocada calificación implica un cambio del nomen juris que corresponda a otro título y capítulo, no obstante de tratarse de errores de naturaleza in iudicando, debe proponerse al amparo de la causal tercera y desarrollarse conforme a los derroteros de la primera con la inexcusable obligación de señalar los desaciertos jurídicos o de apreciación probatoria que incidieron en forma determinante para hacer una equivocada selección del tipo objetivo, por manera que se impone la invalidación de lo actuado para su corrección, ya que en estos eventos no es posible que la Corte entre a proferir fallo de reemplazo, pues estaría haciéndolo sobre una calificación diversa a la del pliego acusatorio y sobre la cual no se defendió el procesado.

3. Se impone para la Sala dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal en orden a restablecer el quebrantamiento de las garantías fundamentales de (...) en lo que respecta a la sanción accesoria de la pérdida de la patria potestad por el término de dos años que le fuera impuesta en el fallo de primera instancia y confirmada por el de segunda, pues la misma no guarda relación con el delito y obedece a una fundamentación que no respeta el principio de legalidad.

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

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado Acta No. 199 Proceso No. 11981

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Luis Carlos Franco Quintero contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 1996 por el Tribunal Superior de Pereira, que confirmó integralmente la dictada por el Juzgado quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se condenó a dicho procesado a la pena principal de 40 meses de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y pérdida de la patria potestad por dos años, así como al pago de los perjuicios ocasionados como autor del delito de hurto calificado y agravado, al tiempo que absolvió a Jairo Franco Quintero de tal infracción, no obstante que a éste y a Miguel López Vélez les impuso 12 y 6 meses de la misma pena privativa de la libertad por hallarlos responsables de los punibles de peculado por uso indebido y receptación, respectivamente, lapso en el que se tasó también la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, concediéndoles la condena de ejecución condicional, subrogado que le fue negado al primero.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En horas de la tarde del 15 de septiembre de 1993 en el sector de Cerritos de la ciudad de Pereira, cuando que se disponían a sacar "una planta eléctrica de un cañausal de la finca Alsacia", fueron aprehendidos los hermanos Luis Carlos y Jairo Franco Quintero, quienes se movilizaban en un campero Toyota de color verde y blanco, de placas OV4659 de propiedad de las Empresas Públicas Municipales, entidad donde el segundo de los mencionados se desempeñaba como conductor.

Ocurrido lo anterior, Luis Carlos le manifestó a los agentes de la Policía que los conduciría a otro lugar donde se encontraban más elementos, procediendo entonces a trasladarse a la carrera 20 No. 21B-25, barrio Providencia, sitio de residencia de María Nelly Franco prima de los dos primeros, habiéndole entregado a la autoridad, una planta eléctrica marca Honda ES4500, No. AMM-075, de color rojo y blanco de 6 caballos de fuerza que horas antes el propio Luis Carlos llevó con el fin de guardarla; posteriormente se dirigieron a la carrera 24 No. 21-59, Barrio Boston, lugar donde habita Miguel López, hallándose un televisor a color, marca Sony, dos teléfonos Intelsa, uno gris y otro vinotinto, una plancha marca Shimasu, una licuadora Osterizer, una sanduchera Oster, un control de alarma magnun-alert, una afeitadora eléctrica Phiplips, una olla a presión, un par de sandalias Adidas, un par de Zapatos Picareli, dos botellas de Wisky Chivas Regal y una y media de Black Label y un maletín plástico de colores, los cuales correspondían a los discriminados en la denuncia que por el delito de hurto formulara el 13 del mismo mes la señora Gloria Inés Alzate, según hechos ocurridos el día 10 en el condominio Villa Gómez en la vereda Andalucía, en la vía Cerritos la Virginia.

Con el informe sobre la captura de los hermanos Franco Quintero y de Miguel López, rendido por el Jefe de la Sijin de Risaralda, así como las actas contentivas de las versiones de los dos primeros mencionados y de José Daricl

Martínez, quien sostuvo ser la persona que contactó a Luis Carlos para que transportara la planta eléctrica, el 16 de septiembre de 1993 la Fiscalía 14 de la Unidad Especializada de Pereira abrió formalmente la investigación vinculando mediante indagatoria a los aprehendidos, luego de lo cual, los puso en libertad, resolviéndoles la situación jurídica el 20 de diciembre de ese mismo año con medida de aseguramiento de detención preventiva, a Luis Carlos por el delito de hurto calificado y agravado y a Jairo Franco Quintero por dicho punible contra la propiedad en concurso con el de peculado por uso indebido y a Miguel López por el de receptación, concediéndoles, a todos, libertad provisional.

Luego de recaudada múltiple prueba testimonial, el 23 de noviembre de 1994 se decretó el cierre de la investigación, calificándose el mérito probatorio del sumario el 4 de enero de 1995 con resolución acusatoria en contra de los incriminados por los mismos delitos que les fueron imputados al definírseles la situación jurídica, disponiéndose, además, la expedición de copias para que se investigará si el testigo José Duriel Martínez "tuvo participación, bien como coautor, cómplice o encubridor del delito".

En la etapa del juicio, el Juzgado quinto Penal del Circuito decretó algunas pruebas de oficio y una vez evacuada la audiencia pública se dictó la sentencia de primer grado, que al ser apelada por el defensor común de los procesados, recibió confirmación del Tribunal en los términos precedentemente expuestos.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal tercera de casación dos cargos propone el defensor de Luis Carlos Franco Quintero contra la sentencia de segunda instancia, así:

Primer cargo

De haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, ataca el demandante el fallo de segundo grado, aduciendo la indebida calificación de la conducta imputada a su defendido en la resolución acusatoria, pues se le consideró "erradamente responsable de 'Hurto' cuando apenas lo era por 'Encubrimiento'".

Así, en orden a demostrar la censura, precisa en primer término que el Tribunal se apoyó "en las mismas deficitarias pruebas del fallo de primer grado", esto es, la presencia de Luis Carlos en el sitio donde fue hallada una de las plantas hurtadas 5 días antes "por malvivientes no identificados"; el depósito de una de ellas en la casa de su prima María Nelly Franco; el conocimiento del lugar en el que fueron guardados los otros elementos y en sus confusas explicaciones sobre el contacto material que tuvo "con partes integrantes del botín", los cuales entendió el *ad quem*, "pobremente apoyados por José Duriel Martínez, el comisionista que encargó a Franco Quintero el transporte de las dos plantas el 15 de septiembre de 1993", cuya versión no

mereció ninguna crítica para descartar su validez, no obstante presentar importante relevancia, al punto que constituye "verdadera prueba de confesión".

En efecto, recuerda el casacionista que en versión rendida ante la Policía Judicial el 15 de septiembre de 1993, el mismo día en que se produjo la captura de Franco Quintero dicho testigo afirmó que él fue la persona a la que un señor Bernardo el día anterior le ofreció las dos plantas eléctricas y le pidió colaboración para conseguir quien las transportara desde el sitio donde estaban; y por eso, explicó, ese día él le dijo a Luis Carlos que fuera por tales elementos "y se quedó esperándolos para recibírselos, en tanto que a él lo aguardaba el dueño de las máquinas en una cafetería contigua". Igualmente, destaca que este deponente hace un relato con mucha propiedad del sitio donde se ocultaban las plantas, como lo demuestra con la transcripción del aparte pertinente de dicha declaración, y precisa que ésta misma persona sostiene que efectivamente Luis Carlos regresó más tarde pero acompañado por la Policía, de ahí que, como no negó ser la persona que le encomendó el transporte, por ser cierta, "los agentes lo llevaron detenido".

Se refiere también a la declaración rendida bajo la gravedad del juramento por este mismo testigo ante la Fiscalía instructora el 3 de noviembre de 1993, en la que reiteró lo sostenido en su versión anterior, "pero aporta valiosas aclaraciones y precisiones" en el sentido de que eran dos plantas; que Luis Carlos se comprometió a ir por ellas; que el mismo Martínez estaba interesado en adquirirlas y además, insistió en que fue él quien le dio las instrucciones a aquél en los términos en que el dueño de los aparatos le había dicho para que las encontrara y tampoco negó ser la persona que estaba esperando que Franco Quintero se las llevara, y sin embargo, dice, el Tribunal "le rastreó las posibles contradicciones que pudieran ofrecerse frente al contenido de la indagatoria de Luis Carlos, todas ellas circunstanciales y anodinas, completamente diferentes a lo medular del asunto, para poder deducir -sin atreverse a afirmarlo frontalmente - que Martínez era declarante sobornado o mal manipulado por Luis Carlos para que respaldara sus 'premeditados ardides'", y por ello, para descalificar esa declaración hubo de ignorar "deliberadamente" que desde el momento mismo de la captura, este procesado advirtió a las autoridades sobre la persona que le había encomendado el transporte de las plantas; que los condujo hasta el lugar donde el referido sujeto lo esperaba y que aquél no negó nada de lo sostenido por el incriminado, ni hubo oportunidad para que lo aleccionaran sobre lo que manifestó en la versión libre y que el propio Martínez le dijo a la Policía que sabía cuál era la persona que había perpetrado el hurto en la finca, como lo manifestó el Agente Parra Córdoba en su declaración "y...'que había una persona en la galería que era algo así como el cabecilla de todo...' (testimonio de C.S. JS. Hernando Galindo Marín)".

Por todo lo anterior, afirma, no podía el Tribunal despreciar la versión de José Dartel Martínez, limitándose con una "lánguida crítica probatoria a tildarlo de 'aparente testigo'", ni concluir que ante las inocuas contradicciones

entre Martínez y el sindicado el segundo mentía, pues en conjunto o aisladamente la deponencia del testigo en referencia hubiera permitido establecer la verdadera participación de Franco Quintero en los hechos posteriores a la comisión del delito, absolviéndolo del hurto o a anular lo actuado desde la resolución acusatoria para que se formulara un cargo por encubrimiento en la modalidad de receptación.

Insistiendo en lo ya expuesto, deduce el censor, que al eliminarse "la presencia procesal de José Daniel Martínez por aquél discutible método de valoración (¿ o desvaloración?)" el Tribunal supuso que Luis Carlos acudió a Cerritos por una de las plantas, llevó la otra a la casa de su prima Nelly y le informó a la Policía del sitio donde se encontraban los otros elementos porque había participado en el hurto, como si la ambigüedad de la prueba no permitiera otra conclusión, máxime que el hecho de haberse trasladado Franco Quintero 5 días después de los hechos a recoger una de dichas plantas no implica "que sólo pudo ocurrir porque fue uno de los ejecutores del hurto"; y el haber guardado la otra en la casa de su prima "apenas significaría que inicialmente fue por aquella donde también se encontraba la segunda" y ello no sería extraño porque las dos conductas se desarrollaron el mismo día con una diferencia de dos horas, lo mismo que ocurrió con los demás objetos guardados en la casa de Miguel López Vélez, lo que significa que "nada de lo atribuído a éste -a Luis Carlos- sucedió aisladamente ni con anterioridad al 15 de septiembte, pero mucho menos a continuación del hurto ni el mismo diez (10) de septiembre...", pues lo único que permiten "intuir" tales acontecimientos es que iban a recibir o recuperar las cosas hurtadas para los que cometieron el ilícito el día 10.

Se ocupa a continuación de las declaraciones de los ofendidos para resaltar que ni ellos tuvieron la imaginación de los juzgadores, transcribiendo al efecto apartes de la versión de Gloria Inés Alzate en cuanto afirmó que no podría decir que fueron los capturados los autores del hurto; Orlando Gómez Iza quien dijo que si entre éstos no estaban los partícipes, podría haber alguien que condujera a la autoridad a los verdaderos responsables, agregando finalmente que debieron ser personas conocedoras de la región teniendo en cuenta las trochas por donde sacaron los elementos, pero que no tenía sospechas sobre nadie.

Finalmente, agrega que al confirmarse la sentencia de primer grado se vulneró el principio de congruencia que debe existir entre los hechos investigados, la acusación y el fallo y a la postre, también se lesionó el derecho de defensa, pues por esa vía se le impuso a Franco Quintero una pena mayor a la que le correspondía, negándole, incluso, el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Solicita, por tanto, se case el fallo impugnado en relación con Luis Carlos Franco Quintero, decretando la nulidad a partir de la resolución que calificó el mérito del sumario.

Segundo cargo

En esta oportunidad, también por motivo de nulidad, acusa el demandante la sentencia de segundo grado aduciendo la vulneración del derecho de defensa por la omisión en la práctica de pruebas que, "debiendo ordenarse de oficio, eran fundamentales para establecer y definir la verdadera situación jurídica del sindicado Luis Carlos Franco Quintero".

Sienta, entonces, como punto de partida de la demostración de la censura la intervención que hiciera el defensor común de los procesados en la audiencia pública al afirmar que la Fiscalía "se fue por el camino más fácil", pues ni siquiera les preguntó en la diligencia de indagatoria a los hermanos Franco Quintero qué hicieron la noche del 10 de septiembre de 1993 y además "dejó por fuera" al sujeto que sabía quiénes habían cometido el hurto, y posteriormente, dice el demandante, el Juzgado y el Tribunal aprovecharon esa falencia para suponer que Luis Carlos cometió el delito, "sin dar espacio a la oportunidad siquiera teórica de que se encontraba en otra parte".

En el mismo sentido, precisa que los Agentes que capturaron a Franco Quintero y a Dariel Martínez manifestaron que aquél les había afirmado saber quién era el autor del hecho, quejándose de inmediato del "comportamiento negligente o permisivo" tanto el ente investigador y el Juez en torno al referido testigo, pues ni siquiera lo vincularon mediante indagatoria, no obstante que resultaba determinante para comprobar las explicaciones de Luis Carlos en el sentido de que nunca estuvo presente en la finca donde ocurrieron los hechos y que Dariel era la única fuente de información que tenía sobre los lugares donde se encontraban algunos objetos de los allí hurtados.

Por ello, concluye, que como tales omisiones son atribuibles únicamente a la administración de justicia, lo que se impone es decretar la nulidad de lo actuado a partir del cierre del ciclo instructivo.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

En el término de traslado a los no recurrentes, el Procurador Judicial No. 149, presentó escrito solicitando la desestimación de las pretensiones de la demanda, afirmando que en lo que tiene que ver con el primer cargo no se presenta la nulidad alegada por indebida calificación de la conducta imputada a Luis Carlos Franco Quintero, pues al resolver su situación jurídica la Fiscalía analizó lo manifestado por este en la diligencia de indagatoria concluyendo que no decía la verdad, ya que inicialmente le manifestó a los Agentes de la Policía que se encontraba buscando unas líneas enterradas para teléfonos y aparte de ello, sabía dónde estaban algunos elementos hurtados, que guardó la planta en la casa de su prima Nelly cuidándose de no hacerlo en su propia residencia y buscó la ayuda de una persona que conducía un vehículo oficial para mejor ocultarse de las autoridades, siendo capturado muy cerca del sitio donde se hallaba la planta eléctrica y el lugar de origen de los elementos hurtados.

Aparte de lo anterior, agrega, la calificación que se hiciera de hurto calificado y agravado conforme los artículos 349, 350.1, 351.9.10 y 372.1 del Código Penal es la correcta, y en dicho proveído se dispuso la compulsación de copias para que se investigara la posible participación de José Dariel Martínez, en aplicación de la excepción al principio de unidad procesal prevista en el Estatuto Procedimental.

Se refiere, así, a las apreciaciones probatorias del juez de primer grado para concluir sobre la responsabilidad penal de Franco Quintero en los hechos por los que se le condenó, sosteniendo que el *ad quem* acertó al confirmarlo explicando suficientemente la tipicidad en cuanto al delito de hurto, de ahí, afirma más adelante que el demandante se haya limitado a citar la causal de casación sin proceder a demostrarla, toda vez que el fundamento de la misma lo constituye la crítica probatoria desde su perspectiva sin evidenciar su incidencia frente al fallo.

Hace algunas consideraciones sobre el apoderamiento tipificador del delito de hurto para concluir que en el presente asunto el Tribunal dedujo la participación de Franco Quintero luego de un análisis de las circunstancias concomitantes y posteriores al hecho, lo que no significa que este procesado hubiese intervenido solo en la fase final, por lo que no existe el encubrimiento en la modalidad de receptación, que además, es un tipo subsidiario, debiéndose tener en cuenta que hubo acuerdo previo y apoderamiento de las cosas muebles ajenas, lo cual "deja por fuera los otros verbos rectores de la Receptación".

En cuanto al segundo cargo, afirma el no recurrente, que el libelista no demostró sus afirmaciones en el sentido de que no indicó la incidencia que tuvo en la investigación frente a los intereses defensivos del procesado o la sentencia misma, y además no se puede desconocer que con la prueba existente se mantiene incólume la decisión cuestionada y aunque parece evidente la participación de José Dariel Martínez en los hechos, la Fiscalía ordenó expedir copias para que se le investigara penalmente y ello en nada afecta la situación de Luis Carlos.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

Primer cargo

Habiendo recordado en primer término los derroteros que conforme a la jurisprudencia de esta Sala deben orientar la proposición de nulidades en casación, para el Delegado el cargo propuesto por violación al debido proceso y derecho de defensa carece de fundamentación, pues el recurrente no demuestra la irregularidad aducida ni las normas que estima infringidas y tampoco indica "la manera como las circunstancias por él anotadas pueden quebrantar el debido proceso, que incluye la garantía fundamental de defensa adecuada".

Igualmente, precisa como yerro técnico del libelo que impide pronunciarse sobre los planteamientos del censor, el quebranto del principio de limitación,

pues al tratar de demostrar la nulidad alegada entremezcla argumentos propios de la causal primera de casación pareciendo dirigir el ataque hacia una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho en la apreciación de las pruebas al sostener que para poder descalificar el testimonio- confesión de Dariel Martínez el Tribunal debió ignorarlo, al igual que lo hizo respecto de las manifestaciones inmediatas que tuvo Luis Carlos Franco ante las autoridades al momento de la captura en el sentido de indicar a la persona que lo había enviado hasta ese sitio a recoger la planta, el lugar donde se hallaban los demás elementos, al igual que el respaldo que tuvo en la actitud de Dariel al no negarle a la Policía que efectivamente fue él quien le encomendó al procesado de dicha tarea, además de saber quién era el autor del hecho.

Segundo cargo

Frente a este reproche, también encuentra el Procurador evidentes desaciertos técnicos que impiden acoger las pretensiones del demandante, ya que no demuestra la clase de nulidad invocada, ni señala las normas quebrantadas, ni "indica la manera como los aspectos por él mencionados puedan vulnerar el derecho fundamental de defensa del procesado".

No obstante lo anterior, para el Ministerio Público las circunstancias aducidas por el demandante no lesionan el derecho de defensa de Luis Carlos Quintero Franco, toda vez, que si bien el instructor no lo interrogó en la indagatoria sobre dónde se encontraba y qué hizo la noche del 10 de septiembre de 1993, esa situación por sí sola no es suficiente, máxime que desde el principio de la investigación "y en las diferentes etapas procesales se le ha formulado el cargo de ser el autor del delito de hurto por el cual ahora se le condena, razón por la cual ha tenido suficiente oportunidad para defenderse de la acusación que se le hace. Así mismo es infundada la queja en cuanto a la no vinculación mediante indagatoria del declarante José Dariel Martínez, pues revisado el expediente se observa que en la resolución de acusación se ordenó expedir copias de lo pertinente para investigar por separado su posible coparticipación en el ilícito".

Solicita, en consecuencia, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Siendo que los dos cargos que formula el demandante lo son por motivo de nulidad, la Sala abordará el estudio de los mismos teniendo en cuenta en primer lugar el de mayor cobertura del proceso, pues de prosperar resultaría inocuo el estudio del segundo, toda vez que estaría referido a un momento procesal que por razón de la invalidación desde un acto anterior también estaría afectado del mismo vicio.

2. Así, entonces, es la censura propuesta en el cargo segundo la que se impone como prioritaria, pues de prosperar, de acuerdo con las pretensiones del libelista, afectaría la actuación desde la resolución del cierre del ciclo instructivo, en tanto que la propuesta en el primero solo afectaría el proceso desde el pliego acusatorio.

En efecto, acusa el censor una nulidad por violación al derecho de defensa que fundamenta en las omisiones de los funcionarios de instrucción y juzgamiento, la primera, en el deficiente interrogatorio hecho a Franco Quintero en la diligencia de indagatoria al no preguntársele donde y qué estaba haciendo la noche en que fue asaltado el condominio Villa Gómez a donde que pertenecían los objetos recuperados la fecha en que se le capturó; y la segunda, a la no práctica de varias pruebas que hubieran permitido aclarar la participación de este procesado en los hechos investigados y la no vinculación del testigo José Daniel Martínez, pues debido a eso, dice, los funcionarios que conocieron de este proceso supusieron que el 10 de septiembre de 1993, aquél se encontraba cometiendo el ilícito contra la propiedad.

3. Siendo, pues, lo reseñado el fundamento demostrativo del ataque casacional, importante es destacar que faltando a los principios que regentan las nulidades y la técnica de este recurso en esta materia, se limita el libelista a varias afirmaciones sobre las circunstancias que tacha de lesivas del derecho de defensa de Luis Carlos Franco Quintero, pues desconoce que *la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal no es subsidiaria de las demás y que por lo mismo obedece a una metodología y lógica propias que impone como deber ineludible al recurrente señalar con precisión el motivo de nulidad que aduce, la trascendencia que tuvo frente a los intereses del procesado y cómo sus efectos nocivos se proyectaron desfavorablemente en la sentencia.*

4. Por ello, la afirmación del demandante de que por no habérsele preguntado a Franco Quintero dónde y qué se encontraba haciendo la noche del 10 de septiembre de 1993, fecha en que se perpetró el hurto investigado en el Condominio Villa Gómez, no deja de ser una aislada referencia que no encuentra trascendencia frente a la decisión de condena y menos pone de presente la vulneración del derecho de defensa del procesado, entendida como la negativa de la oportunidad de dar las explicaciones pertinentes frente a los hechos por los cuales fue investigado y sancionado penalmente, toda vez que deja de lado, que si bien es cierto que en esos precisos términos no se interrogó al procesado, la postura asumida por éste desde el momento mismo de su captura en tanto que se mostró totalmente ajeno a la procedencia de los bienes frente a los cuales no pudo explicar satisfactoriamente su conocimiento y contacto directo permiten colegir que carece de relevancia dicha omisión, toda vez que ante negaciones indefinidas es imposible, por sustracción de materia, la dinamización de la actividad estatal en cuanto a la carga de la prueba, pues lo que a éste le corresponde en materia penal es desvirtuar la presunción con la que constitucional y legalmente se ampara al investigado durante el desarrollo del proceso, permitiéndole, en ejercicio de dicho derecho contradecir las pruebas y los cargos imputados.

5. Lo anterior, sin embargo, no significa que el instructor no esté en la obligación de interrogar a la persona vinculada al proceso penal sobre los hechos concretos que la motivan, lo que sucede, es que, en casos como el presente, la postura negativa de Franco Contreras hacía inane un tal

cuestionamiento, pues no se puede perder de vista que dadas las circunstancias en que se produce su captura, el Fiscal, como era lo que procedía, le pidió las explicaciones pertinentes sobre su presencia en el sitio donde se encontraba una de las plantas hurtadas, así como la de los demás elementos hurtados en la misma noche y en igual lugar, cuya recuperación se dio gracias a la información que él voluntariamente suministrara a los Agentes de la Policía, aunque, se insiste, no pudo explicar satisfactoriamente dicho conocimiento.

6. En este sentido, importa resaltar, que en la diligencia de indagatoria Franco Quintero sí tuvo conocimiento de que los elementos objeto del hurto y cuya ubicación en diferentes lugares era conocida por él, fueron hurtados el 10 de septiembre de 1993 a la señora Gloria Alzate, pues no solo se le preguntó si conocía a aquella, sino a su esposo Fernando Gómez Iza, sino todas las circunstancias que lo involucraban como partícipe en ese hecho, tales como la forma en que se dio cuenta "que en el barrio Boston carrera 24 No. 21-59 tenían guardada una mercancía que resultó ser hurtada a la señora Gloria Inés Alzate el día 10 de septiembre del año en curso" e igualmente se le puso en conocimiento que según el informe policivo: "usted y Jairo Franco Quintero fueron retenidos el 15 de septiembre siendo las catorce horas cuando se disponían a sacar una planta eléctrica de un cañaduzal de la finca Alsacia en un vehículo oficial Toyota campero verde y blanco de placas OV-4659 conducido por Jairo Franco, asimismo que de acuerdo a la información suministrada por usted señaló el sitio donde fueron hallados unos elementos también hurtados donde es ofendida Gloria Alzate. Qué tiene que manifestar al respecto?" en cuya respuesta el indagado insistió en que "yo no sé de mercancía robada", sin que en momento alguno advirtiera, como lo sostiene el demandante, que nunca estuvo en la finca de los ofendidos perpetrando el hurto, pues de ser así, carecería de sentido y lógica su cuestionamiento en este aspecto.

7. Todo lo anterior, entonces, no reporta en modo alguno vulneración al derecho de defensa del procesado en los términos planteados por el casacionista, toda vez que en su desarrollo argumental solo le sirvió para afirmar que esa deficiencia investigativa fue aprovechada por el Fiscal, el Juez y el Tribunal fue "para suponer o imaginar que esa noche el sindicado se encontraba precisamente cometiendo el hurto, sin dar espacio a la posibilidad siquiera teórica de que se encontrara en otra parte", lo cual, a no dudarlo, pone en evidencia, que lejos de pretender demostrar una circunstancia que implique la ruptura del fallo por el motivo de nulidad alegado, se desvía hacia un cuestionamiento probatorio que por su naturaleza imponía la proposición de un cargo al amparo de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, máxime, que en este sentido desconoce el censor el contenido de la sentencia, toda vez, que a una tal conclusión llegó luego de un análisis ponderado de la prueba recaudada y de los indicios que de ellas se podían estructurar, todos con la constante de apuntar a la participación material de Luis Carlos Franco en el hurto cometido la noche del 10 de septiembre de 1993, como bien puede leerse en el fallo recurrido, así:

"Luis Carlos Franco ha pretendido en vano mantenerse alejado de los hechos de compromiso de su responsabilidad directa y es así mismo como al relatar lo del traslado de la planta eléctrica hasta la residencia de su prima, asegura que le dio la dirección a José Dariel y él se trasladó en un taxi, una vez se encontraron en el lugar, le ayudó a bajar el aparato. Pero el testigo en cambio, dice que buscó los servicios de Franco Quintero porque sabía de su oficio de conductor.

No es cierto entonces tal hecho, que de haber ocurrido en la realidad, no podía pasar inadvertido para la persona a quien el enjuiciado aduce, fue su solicitante, todo lo cual indica que Luis Carlos conocía del lugar donde se guardaba la planta eléctrica y aquél donde se ocultaban los demás electrodomésticos, no porque hubiese realizado él (lo primero), ni porque coincidencialmente hubiese visto guardarlos (lo segundo), sino porque, habiendo participado de la sustracción de los mismos, sabía los lugares donde se escondían. De ahí, que sin titubeos, desde el momento de su captura, señaló a los policiales dónde se ocultaban parte de los elementos hurtados".

8. Ahora bien, en cuanto tiene que ver con la omisión en la práctica de pruebas que permitirían aclarar la real participación de Franco Quintero en los hechos objeto de este proceso, no precisa el demandante cuáles hubieran sido éstas y mucho menos cuál su trascendencia frente a la situación del procesado, pues únicamente se limita a cuestionar el hecho de no haberse vinculado al testigo José Dariel Franco Quintero, persona que según los Agentes de Policía que intervinieron en la captura de los hermanos Jairo y Luis Carlos Franco al igual que la retención temporal de aquél, sabía quién era el verdadero responsable del ilícito contra el patrimonio económico, pues un tal argumento es contrario a la verdad que muestra el proceso, ya que como lo recordó el Delegado, en el proveído calificatorio se ordenó la expedición de copias que por separado fuera investigada su posible participación en los hechos.

9. De otra parte, en lo que concierne al cargo formulado también por motivo de nulidad, pero por violación al debido proceso y derecho de defensa por errada adecuación típica de la conducta imputada a Luis Carlos Franco Quintero, importa precisar en primer término que resultan desacertadas las críticas de orden técnico que señala el Procurador como suficientes para su desestimación, esto es, las relacionadas con el hecho de que no obstante acudirse a la causal tercera de casación los argumentos demostrativos del libelista lo son conforme a la causal primera, pues precisamente esto es lo que ha sostenido la jurisprudencia de la Sala cuando el error que se alega tiene que ver con la errada calificación del delito en la resolución acusatoria.

En efecto, *hace ya varios años que esta Sala ha venido reiterando que cuando la equivocada calificación implica un cambio del nomen juris que corresponda a otro título y capítulo, no obstante de tratarse de errores de naturaleza in iudicando, debe proponerse al amparo de la causal tercera y desarrollarse conforme a los derroteros de la primera con la inexcusable obligación de señalar los*

desaciertos jurídicos o de apreciación probatoria que incidieron en forma determinante para hacer una equivocada selección del tipo objetivo, por manera que se impone la invalidación de lo actuado para su corrección, ya que en estos eventos no es posible que la Corte entre a proferir fallo de reemplazo, pues estaría haciéndolo sobre una calificación diversa a la del pliego acusatorio y sobre la cual no se defendió el procesado.

10. Desde este punto de vista, entonces, formalmente no admite reparos la proposición y desarrollo de esta censura, cosa distinta es que, en su pretendida demostración, el casacionista no identifica los yerros apreciativos del fallador, limitándose llanamente a cuestionar la valoración que se hiciera en las instancias sobre la credibilidad que merecía la versión del testigo José Dariel Martínez, para a manera de alegato de instancia terminar en un enfrentamiento de su personalísimo criterio frente a los juzgadores, sin que logre evidenciar yerro alguno en ello, es decir, sin desvirtuar la doble presunción de acierto y legalidad que los ampara.

11. Además, y siendo que el argumento medular del censor se reduce a sacar adelante la postura defensiva de Luis Carlos Franco Quintero en la diligencia de indagatoria, la cual entiende plenamente corroborada por el declarante José Dariel Martínez, respecto de la que afirma, constituye una verdadera confesión sobre su participación en los hechos, debe recordarse que las conclusiones sobre la responsabilidad penal del primero por parte de los falladores se estructuró sobre la concurrencia de hechos indicadores debidamente demostrados, en la medida en que todos apuntaban a señalar a este procesado como autor partícipe en el hurto investigado, lo que significa que a la postre, el demandante cuestiona las inferencias lógicas del fallador sin que a ello le preceda una debida postulación de yerros *in iudicando* de ninguna índole.

12. En efecto, el punto de partida para la demostración de la presunta indebida calificación que alega el casacionista se concreta en la afirmación de que el Tribunal se apoyó "en las mismas deficitarias pruebas del fallo de primer grado" para deducirle responsabilidad penal a Luis Carlos por el delito de hurto, esto es, por su presencia en lugar donde se hallaba una de las plantas objeto del delito cometido 5 días antes, el depósito que hiciera de la otra en la casa de su prima Nelly Franco, el conocimiento que tenía sobre la ubicación de otros elementos y las confusas explicaciones que suministró sobre ese contacto material, circunstancias, que dice el censor, el *ad quem* entendió como pobremente apoyadas por José Dariel Martínez, cuya versión no mereció mayor crítica para descartar su validez, con lo cual desconoce por completo que el fallo de segundo grado se ocupó a espacio por analizar y sopesar razonablemente conforme a las reglas de la sana crítica, por qué dicha declaración en vez de respaldar las exculpaciones de Franco Quintero, lo incriminaban, pues:

"El aparente testigo José Dariel, sí apenas trató de respaldar los embustes de Luis Carlos, aludiendo lo de la recomendación hecha a éste último en

el sentido de recoger una planta eléctrica en el sector de Cerritos, pero contradiciendo en su casi totalidad sus afirmaciones, pues en tanto que Franco Quintero, asegura que Dariel para él era un desconocido, este sostiene conocerlo hace algún tiempo, pues sabe sus nombres y apellidos y su profesión de taxista e incluso la clase de vehículo que conduce, circunstancia ésta última que calló al enjuiciado. Sobre el incidente de haberle solicitado a Luis Carlos le guardara otra planta eléctrica se extrañó el deponente, porque nunca ha sucedido tal situación , no obstante que en su injurada, Franco Quintero refiere que fue una misma persona la que le solicitó guardar el artefacto, e ir al indicado lúgar a recoger otro similar (fl. 27 vto.). La razón de ser de esta contradicción, no es otra que la ausencia de veracidad de sus afirmaciones y que inútilmente trató de respaldar el también mendaz declarante".

Y sobre lo mismo, agregó:

"Razonable entonces que el fallador, no por omisión ni por desdén como sostiene el recurrente, haya dirigido su atención a puntos de su actuación distintos a los que acabamos de relacionar y sobre los cuales, son sofismas y distracciones que ha querido el actor que se entre el examen de la responsabilidad de sus procurados, dejando de lado otros aspectos que muy positivamente nos indican que Luis Carlos Franco Quintero, sabía de los lugares donde se ocultaban parte de los objetos hurtados y del sitio en el paraje de Cerritos donde se guardaba la planta eléctrica, por conocimiento propio y directo y no por los medios que él alude.

Es preciso entonces observar los testimonios de los agentes Edgardo Trejos Trejos, Miro Parra Córdoba y Javier Gálvez Ospina, quienes se hallaban en el paraje de Cerritos en el instante en que hicieron su arribo Jairo y Luis Carlos Franco Quintero a bordo de un vehículo Oficial y se dirigieron, refiere el segundo, que por el surco de caña por donde se hallaba la planta eléctrica, por un instante los perdió de vista, luego volvieron a aparecer y se encaminaron hacia donde habían dejado el automotor, pues escucharon la bulla de otros agentes y los propietarios del artefacto que se acercaban por el sitio.

Luis Carlos entonces llegó, no a tientas, hasta ese sitio a recoger el aparato, sino que conocía directa y perfectamente el lugar. Las señales (moños y demás colocados en los surcos de caña dulce), no eran indicaciones del individuo para él desconocido, sino conocidas e instaladas a propósito durante la ejecución del hurto, a objeto de no confundirse luego cuando regresaran a recoger el artefacto, pues frente a la uniformidad del cultivo fácilmente podrían despistarse".

Por lo anterior, las deducciones que probatoriamente extrae el censor de la versión de José Dariel Martínez, ninguna capacidad demostrativa tienen y mucho menos indican el desconocimiento de su contenido en cuanto afirmó conocer a los autores, para a partir de allí sostener válidamente que el Tribunal supuso la participación de Franco Quintero en los hechos, pues no solo riñe con el principio de no contradicción, toda vez que no puede alegarse

sobre el mismo elemento de prueba su errada apreciación y su desconocimiento, sino que la conclusión a la que por dicha vía se llega no guarda coherencia con el postulado inicial, toda vez que la suposición a que se refiere el casacionista por parte del fallador implicaría colegir que se trata de una conclusión que carece de fuente probatoria, lo cual no ocurre aquí, ya que, como se advirtió, esas fueron las deducciones que conforme a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia común dedujo el ad quem de las pruebas constitutivas de los hechos indicadores que apuntaban al unísono a señalar a Franco Quintero como partícipe en el hurto y no como un mero colaborador posterior como así lo planteara la defensa en la apelación de la sentencia de primer grado.

13. Igualmente inocuo e intrascendente resulta el argumento del recurrente en el sentido de que como los propietarios de los elementos hurtados no señalaron a ninguno de los aprehendidos como autor de los hechos, no podía el Tribunal hacer una tal deducción, pues desconoce por completo que Gloria Inés Alzate y Orlando Gómez Iza, manifestaron no encontrarse en el lugar cuando ello ocurrió, porque solo se enteraron al día siguiente por comunicación que les hiciera su mayordomo.

Así, entonces, no prosperan los cargos.

CASACIÓN OFICIOSA

No obstante lo anterior, *se impone para la Sala dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal en orden a restablecer el quebrantamiento de las garantías fundamentales de Luis Carlos Franco Quintero en lo que respecta a la sanción accesoria de la pérdida de la patria potestad por el término de dos años que le fuera impuesta en el fallo de primera instancia y confirmada por el de segunda, pues la misma no guarda relación con el delito y obedece a una fundamentación que no respeta el principio de legalidad.*

En efecto, en la sentencia de primera instancia la consideración del Juez se limitó escuetamente a afirmar que "su comportamiento torcido, sin lugar a deudas, es un mal ejemplo para sus hijos", desconociendo que ha sido abundante y reiterada la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que esta clase de sanciones accesorias que el legislador dejó a la discrecionalidad del juzgador no pueden imponerse de manera mecánica, pues deben corresponder a una debida fundamentación que involucre su nexo causal con el delito por el cual se imparte condena al sujeto, de manera tal que se demuestre que debido a la conducta realizada, aquél está incapacitado o inhabilitado para ejercer sus derechos como padre, situación que aquí no ocurre, ya que de obedecer a criterios como los expuestos por el sentenciador de primer grado, habría de concluirse en todos los casos que procede, pues la comisión de un delito siempre será mal ejemplo para los hijos.

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

RESUELVE:

1. Desestimar la demanda.

2. Casar oficiosa y parcialmente el fallo impugnado en el sentido de dejar sin efectos la pena accesoria de suspensión en el ejercicio de la patria potestad por el término de dos años que le fuera impuesta al procesado Luis Carlos Franco Quintero.

3. En lo demás queda incólume el fallo impugnado.

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, (no hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

NULIDAD-Omisión de pruebas/DETERMINADOR-AUTOR-Tienen el mismo grado de punibilidad/PREVARICATO-No exige que el sujeto activo se proponga obtener "un provecho"

1. Es sabido que para fundamentar la petición de nulidad por la no práctica de pruebas, es imprescindible demostrar la incidencia de las mismas frente a la comprobación del hecho imputado y/o a la responsabilidad del procesado, obligación que deriva del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal y dista mucho de cumplir los solicitantes.

2. Se ve claro que al haberse acusado y condenado a (...) como "determinador", este error en el término utilizado para precisar el grado de participación (que es de "coautoría", como se dijo) no entraña materialmente irregularidad ninguna, pues de todos modos dicho acusado conoció enteramente y se defendió de los cargos por los cuales fue sentenciado, siendo entonces el referido yerro conceptual un aspecto meramente nominal que en nada incidió en el derecho de defensa de dicho procesado.

3. No es cierta la afirmación de que para que se tipifique el delito de prevaricato es imprescindible que el sujeto activo se proponga obtener "un provecho", pues para la cabal tipificación es suficiente que aquél, con conocimiento y voluntad (es decir dolosamente) profiera una decisión manifiestamente contraria a la ley, la que ya se dijo, ostenta la cuestionada resolución de 30 de diciembre de 1993, aparte de que también quedó precisado "el móvil" que tuvieron los doctores Mosquera y Velasco en dicho punible contra la Administración Pública.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. Edgar Lombana Trujillo

Aprobado Acta No. 199 Proceso No. 14187

Por apelación interpuesta por el procesado Andrés Mosquera Mosquera y su defensor, revisa la Sala la sentencia de diciembre 12 último, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán -en Sala de Decisión Penal integrada por conjueces, ya que los Magistrados titulares se

declararon impedidos por amistad íntima con el doctor Mosquera Mosquera- condenó a dicho procesado -y al coacusado Andrés Felipe Velasco Noguera- a un (1) año y un (1) mes de prisión, cada uno, por el delito de prevaricato.

ANTECEDENTES

Los hechos.

El 16 de diciembre de 1993 la Fiscalía 18 de la Unidad de diligencias previas de Popayán, a cargo del doctor Mauricio Alfonso Cifuentes Guzmán, realizó diligencia de allanamiento en la residencia de la carrera 31 No. 8-45 de dicha ciudad y que habitaba la señora Miljen Rovira Medina Hidrobo, incautando allí los revólveres Smith Wesson calibre 38 largo y Ruger calibre 3.57, varias prendas de uso privativo del Ejército Nacional (gorra, camiseta, riata, canana) y 3 papeletas de marihuana con peso de 11 gramos. En dicho inmueble también estaban un hermano de Miljen -Hilder Medina- y José Jhon Eduard Montenegro.

Dicha fiscalía abrió investigación y escuchó en indagatoria a la mencionada dama aprehendida, luego de lo cual remitió las diligencias a la Unidad Especializada de Popayán, cuyo jefe era el doctor Andrés Mosquera Mosquera, quien, mediante resolución de diciembre 20 las asignó al Fiscal 8° de esa Unidad, doctor Andrés Felipe Velasco Noguera.

Ese mismo día compareció a dicha Unidad el capitán del Ejército Nacional Oswaldo Prada Escobar, quien dijo estar enterado de la incautación de prendas militares y de la retención de una "informante" del Ejército.

Se le oyó entonces en declaración al mencionado oficial, quien dijo pertenecer a la Sección Segunda de Inteligencia del Batallón José Hilario López, ratificando que Miljen "al igual que los otros dos señores que habitan en la casa" son informantes del Ejército como ex subversivos, agregando que el Batallón les entregó a los tres las armas y las prendas referidas, con el fin de que se infiltraran en la guerrilla.

La Fiscalía 8a ordenó la libertad de Miljen Medina Hidrobo, se ordenaron varias pruebas y se amplió la indagatoria de la misma, después de lo cual, por medio de resolución de diciembre 30 de 1993, se resolvió "la situación jurídica" de la nombrada dama, precluyéndosele la investigación, a ella y también a los mencionados Hilder y José Jhon Eduard, quienes ni siquiera estaban vinculados a la misma. Dicha decisión igualmente ordenó entregar los elementos incautados.

Las referidas diligencias que asignó el doctor Mosquera al doctor Velasco Noguera, eran de competencia de la Fiscalía Regional, dada la "utilización ilegal de uniformes e insignias", a más de que para entonces (cuando el doctor Velasco precluyó la investigación) la cantidad de marihuana incautada (11 gramos) era una contravención.

Aproxdmadamente 6 meses antes el doctor Velasco Noguera le prestó al doctor Mosquera Mosquera una motocicleta que hacía parte de un proceso a

su cargo, procediendo el segundo a hacer lo propio con el Batallón José Hilario López. Luego se demostró que dicho vehículo había sido utilizado por los sicarios que dieron muerte a varias personas, sicarios entre los cuales figuraban precisamente el mencionado Hilder Medina, cobijado, como se dijo, por la preclusión de 30 de diciembre que profirió el Fiscal 8° doctor Velasco Noguera.

La sentencia impugnada

Dicha providencia, que se dictó en armonía con la resolución de agosto 30 de 1995 (fl. 152 cdno. No. 2), mediante la cual se acusó a los sindicados Andrés Mosquera Mosquera y Andrés Felipe Velasco Noguera, por el delito de prevaricato (art. 149 C.P.), dice en esencia:

- Mosquera Mosquera determinó a Velasco Noguera para que éste dictara la resolución de diciembre 30 de 1993, por medio de la cual se precluyó la investigación respecto de la sindicada Miljen Medina Rivera Idrobo, Milder Medina y José John Eduard Montenegro, no obstante que estos dos últimos no habían sido vinculados a la investigación.

El referido proveído, además, se profirió "dentro de un proceso que no estaba en la cuerda de sus actividades funcionales" (fl. 462), contradiciendo así la norma adjetiva que le imponía remitir las diligencias a la Fiscalía Regional por "competencia funcional" (fl. 464).

- La prueba obrante en el proceso arroja certeza para condenar a los dos acusados por el delito de prevaricato, quienes se pusieron de acuerdo para proferir la resolución preclusoria, decisión "que no estaba en la cuerda de sus actividades funcionales" (fl. cit.), y agrega que Mosquera Mosquera "ideó y llevó a cabo maniobras tendenciosas por sí solas constitutivas de actos disvaliosos contra la Administración Pública, consolidadas finalmente, como es sabido, con la directa intervención de Velasco Noguera, cuando decidió precluir la investigación y archivar las diligencias".

Enfatiza en que la asignación de las diligencias se hizo en un caso en que la Unidad Especializada no era competente, y que la ilicitud de la conducta se corrobora cuando el doctor Mosquera Mosquera hizo comparecer a su Despacho al Técnico Judicial a su servicio -Hermes Antonio Ocampo- y lo recriminó por haberse negado a firmar las respectivas diligencias y decisiones tomadas: "Es allí donde con más vehemencia aflora su inclinada intencionalidad de vulnerar la ley", se lee al folio 464 citado.

- Reitera la calidad de "determinador" que exhibe el procesado Mosquera (fl. 465 supra.) y hace al respecto algunas consideraciones teóricas.

- Insiste en que la realidad procesal revela la "colaboración" de los procesados con el Batallón José Hilario López y anota que, de no ser así, el doctor Velasco Noguera "sin conocimiento del fin, no hubiese pronunciado semejante esperpento preclusivo" (id).

La impugnación

Los apelantes, quienes sustentan conjuntamente (fls. 474 a 536 cdno. No. 2), consideran:

- Las dos fiscales que intervinieron en la tramitación de las diligencias cumplidas a partir del allanamiento, declararon en el sentido de ratificar lo dicho por el doctor Mosquera Mosquera en cuanto a su inocencia.

Según los testimonios de Hermes Ocampo, Doris Chicangana, doctora María Claudia Sendoya Millán y Jaime Amilkar Pinzón, revelan claramente que el procesado en mención "no se encontraba en la Unidad Especializada al momento del arribo de las diligencias, ni en el momento de la asignación de las mismas", por lo cual el Tribunal yerra cuando deduce que el doctor Mosquera Mosquera "impuso la asignación de las diligencias a la Fiscalía 8a" (fl. cit.).

Insisten en que las diligencias fueron asignadas "a prevención" (fl. 477) y añade que los elementos decomisados y que "presuntamente le daban la competencia a la Fiscalía Regional", no pueden catalogarse de "uniforme militar" y, por tanto la ubicación en "el artículo 123 que punibiliza tal hecho", es dudosa, sin que ello signifique "defender la irregular tramitación que a ese proceso le dio el Doctor Andrés Felipe Velasco Noguera como fiscal octavo de la Unidad Especializada" (fl. 478).

- El hecho de que la declaración del capitán del Ejército Oswaldo Prada Escobar no haya sido firmada por el funcionario que la recepcionó, desmiente al Tribunal cuando afirma que el acusado Mosquera "dirigió" ese testimonio.

- El doctor Mosquera Mosquera no era superior del coprocesado Velasco Noguera, quien, como dice el fallo apelado, es inexplicable que al obrar como lo ha sostenido, "hiciese un favor para una persona que era su enemigo acérrimo, como lo era el ex director Seccional de Fiscalías, doctor Miguel Antonio Muñoz Paladines", enemistad que incluso ratifica Velasco Noguera en su injurada.

Anotan que Hermes Ocampo, Técnico Judicial al servicio de Velasco Noguera, declaró que mecanografió la resolución que se tilda de prevaricadora, por orden de su jefe, "sin que se hubiese hecho presente el Coordinador de la Unidad" (fl. 481).

Es indicio en favor del citado acusado que, éste, una vez se produjo la resolución preclusoria, hizo trasladar de Unidad al doctor Velasco Noguera y nombró en su reemplazo al doctor Jesús Alirio Uribe Cerón, para que éste "se diera cuenta de las graves irregularidades cometidas en el trámite del proceso de marras y pudiese denunciar tal hecho", como efectivamente ocurrió al acudir al Coordinador de la Unidad para que el referido Técnico Judicial Hermes Ocampo, accediera a firmar las diligencias (fl. 481 y 482).

- Velasco Noguera miente al decir que, por presiones del doctor Mosquera, profirió la decisión preclusoria "el último día hábil de 1993", ya que aquel

entregaba la Coordinación de la Unidad el 1° de enero de 1994, "cuando en realidad la fecha de la entrega fue el 13 de enero del año anteriormente mencionado" (fl. cit. infra.), y acota que dicha mentira no fue vista por el fallador.

Insiste en que su defendido "era completamente ajeno a las conductas delincuenciales del doctor Velasco Noguera" (fl. 483), lo cual se corrobora con la manera como entregó las diligencias, con irregularidad manifiesta, a la doctora Doris Paz de López, quien le recibió la Unidad, forma de actuar ésta que no se compadece con la participación que se le atribuye, máxime que es "una persona inteligente y estudiosa, como lo pregonan el Fiscal Instructor y los Conjueces que conforman la Sala de Decisión".

- La doctora Sendoya Millán miente en su declaración cuando dice que al enterarse de que "se iban a robar el expediente de marras para que no se dieran cuenta del delito cometido", instruyó a la nueva Coordinadora Doris Paz de López y ésta procedió a guardarlo bajo llave, ya que si tal cosa hubiera sido cierta, se imponía formular la respectiva denuncia.

- No se practicaron pruebas "de suma importancia", como la declaración del comandante del Batallón José Hilario López, "a quien supuestamente se le estaba facilitando el favor del punible", y las ampliaciones de los testigos que se han mencionado, a más de que "no se tuvieron en cuenta los testimonios de las personas que realmente tuvieron que ver con el manejo del proceso y/o pueden dar cuenta de la conducta del doctor Andrés Mosquera Mosquera" (fl. 484 infra.).

Sostiene que el testigo Hermes Ocampo no afirmó que el procesado Mosquera tuviera interés en ese proceso, sino que "creía" tal cosa, e incluso la realidad procesal evidencia que "el presunto interés de que habla Ocampo se refiere única y exclusivamente al Fiscal Octavo y a los militares, mas no al Jefe de la Unidad" (fl. 487).

- "Es ostensible la falta de interés y cuidado de los honorables falladores al estudiar el proceso de la referencia, porque pasan por alto las afirmaciones del implicado, cuando este ha manifestado en sus diferentes intervenciones procesales, que procedió a requerir al señor Hermes Ocampo para que firmara las susodichas diligencias, acción que realizó al ser informado por el Doctor Jesús Alirio Uribe Cerón, Fiscal que asumió el conocimiento del negocio, que dio origen a este plenario, que algunas de las diligencias de ese sumario no poseían la firma del técnico judicial del fiscal octavo, para lo cual le expresó el procesado que apela la sentencia al funcionario en cita que lo requiriera para tal fin y que sin embargo él mismo hablaría con el colaborador de la fiscalía memorada para lograr sus rubricas. Por ello es que el señor Ocampo manifiesta que el Doctor Mosquera le dijo 'que el jefe ya tenía conocimiento'. Singular caso donde expresamente se está refiriendo al Doctor Uribe Cerón y no al Director de Fiscalías" (fl. 489).

- Dicen que Velasco Noguera se valió de testigos falsos como "Alzate Bejarano" (fl. 491) para avalar las presiones de Mosquera Mosquera y para hacer ver que el doctor Muñoz Paladines, "por conducto del procesado", lo había instado a "conocer el proceso que motivó el surgimiento del presente" (fl. cit. infra).

- El Tribunal yerra cuando advierte que Mosquera Mosquera utilizó "su camaradería" con Velasco Noguera, quien, a contrario, sostuvo que "la posible conducta ejercida fue la de la exigencia, el mandato, la imposición y aún el grito para imponer su voluntad" (fl. 492).

- Descalifica el testimonio de Hermes Ocampo y protesta porque con base en el mismo se haya producido la sentencia apelada (fl. 493).

- Dicen que el testigo Jaime Amilkar Pinzón Camacho, "en un todo saca avante al apelante condenado en primera instancia" (fl. 495), pues éste declaró que fue la señora Chicangana quien intervino en el proceso de asignación de las diligencias, y además que no le consta sobre órdenes que al respecto haya dado el doctor Mosquera.

- La testigo Doris Chicangana Tobar, si bien declaró que Amilkar Pinzón Camacho la instruyó "para que el negocio por órdenes del doctor Mosquera Mosquera, fuese asignado al doctor Velasco Noguera", se encuentra contradicha por el mismo Pinzón Camacho, a más de que sigue siendo válida la afirmación de Mosquera cuando dijo que para las asignaciones "no se seguía un turno riguroso, pero que se mantenía la equidad" (fl. cit. vto.).

- Consideran que la sentencia impugnada "inventa" la prueba de cargo y, así, la "acomoda" para llegar al fallo condenatorio que se recurre, y que no se hizo ningún estudio crítico serio sobre el material probatorio.

- Anotan que "manos criminales" trataron de adulterar la manera como se radicó la asignación que hizo el doctor Mosquera al doctor Velasco, tal como se pudo establecer en inspección judicial practicada en el libro respectivo, cosa que se hizo "para demostrar con oscuros fines que el doctor Velasco Noguera no era el funcionario que seguía en turno para asignación de procesos y hacer prevalecer intenciones dolosas que nunca acompañaron al Jefe de Unidad en la adjudicación del proceso" (fl. 498).

- Estiman que el funcionario que instruyó este proceso se parcializó en contra del doctor Mosquera y no investigó lo que a éste le favoreciera, y vuelve a referirse a las declaraciones de Chicangana Tobar y de la doctora Sendoya Millán, de la cual dice que es producto "de una animadversión personal", ratificada por el testigo Pinzón Camacho.

Afirman que la sentencia apelada no da razón ninguna para otorgarle credibilidad al doctor Velasco Noguera, quien ha demostrado "ser contradictorio, inconsistente y mitómano... y con personalidad proclive al delito" (fls. 503 y 504), pidiendo entonces a esta segunda instancia que estudie rigurosamente este proceso, "para no destruir de manera alegre, perniciosa y negligente

la carrera de un funcionario que siempre se destacó como una persona estudiosa, ética y honesta" (fl. 505).

Insiste en que, como lo declaró el Técnico Judicial Hermes Ocampo, cuando se hizo la asignación concreta del proceso, el doctor Mosquera Mosquera no estaba presente, y que justamente fue él quien mecanografió la resolución preclusoria por órdenes del doctor Velasco Noguera.

- Les extraña a los recurrentes que no obstante Velasco Noguera diga unas veces que accedió al pedimento de Mosquera por respeto y admiración hacia éste, y en otras ocasiones manifieste que "realizó dicho adefesio jurídico por la imposición brutal con órdenes de mando, acompañadas de gritos y amenazas" (fl. 510), el Tribunal le haya dado crédito a dicho procesado, máxime que en el proceso consta que Velasco Noguera "no era nada influenciable".

- Bajo el título de "testigos varios" (fl. cit.), menciona a Julio César Aguilera Piamba, Guillermo Alberto Bejarano Alzate y a un agente de la Policía Nacional que compartía oficina con el doctor Velasco Noguera y pide a esta Sala remitirse a lo que al respecto dijo el acusado Mosquera Mosquera en su alegato precalificatorio.

En seguida hace los siguientes "cuestionamientos severos a la sentencia condenatoria" (fl. cit. infra).

Dicha providencia "es preclaro ejemplo de práctica forense sobre un modelo de como no se debe ni redactar, ni proferir la misma" (fl. 512), ya que contradice manifiestamente el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, porque:

- No se identificaron los procesados;

- No se examinaron a conciencia los planteamientos del defensor del doctor Mosquera Mosquera, dedicándose el fallo sólo a lo que resulta desfavorable a su respecto.

- "El móvil para delinquir" no fue una ayuda criminosa al Ejército, sino "una ayuda legal y bajo el imperio de la ley".

- En su parte resolutiva no se dice por qué delito se condena a los acusados (fl. 521).

Luego, los impugnadores hacen unas consideraciones teóricas sobre el delito de prevaricato (fl. 522) e insisten en que el referido acusado no incurrió en ese hecho punible, pues no hizo ni determinó la resolución catalogada de manifiestamente ilegal.

Cita al "Maestro Jorge Enrique Valencia Martínez" en su escrito "La prevaricación judicial" (fl. 525 infra.), del cual -dicen- se desprende que "este es un delito que no puede ser sujeto de determinación" (fl. 526), debido a las especiales calidades que se exigen de su sujeto activo y discute de nuevo esa forma de intervención que le endilgó al fallo impugnado al doctor Mosquera Mosquera (fls. 527 y ss.).

Más adelante se refiere a la culpabilidad en dicho delito (fl. 529), y dice que el dolo puede ser predicado del coprocesado Velasco Noguera, mas no de su defendido, quien además carecía de "razón para delinquir" (fl. 530), pues, a su juicio, "la posible amistad con los miembros de las fuerzas militares" (fl. 531, sic.) quedó descartada, dándose apenas "la colaboración que se deben dos estamentos estatales", además de que su probada pulcritud y solvencia económica elimina cualquier otro móvil, máxime que no estaba en juego su solo nombre, sino también el de su padre, el doctor Joaquín Mosquera Irurita, ejemplar ser humano y jurista intachable.

Cita el proveído de esta Sala fechado en junio 24 de 1986 (M.P. Dr. Saavedra Rojas) sobre "el propósito personal perfectamente definido de sacar provecho con la decisión", que se requiere en el delito de prevaricato, y reitera que el acusado Mosquera no tenía interés alguno en sacar avante la delincuencia.

En el capítulo que dedican los impugnantes a "las nulidades" (fl. 534), citan el artículo 304-3 del Código de Procedimiento Penal y se refieren a la "falta de prueba" para dictar el fallo apelado y a las "ambigüedades y especulaciones" contenidas en éste, y, así, piden que se decrete la nulidad a partir del proveído que clausuró la investigación, para que se practiquen las pruebas solicitadas por el doctor Mosquera y por su defensor y que fueron negadas, ya que "no se puede vencer en juicio a una personas sin ser escuchada" (fls.535).

-Retoman el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal y solicitan la nulidad de la sentencia recurrida, pues aparte de que el mismo es una "inventiva de situaciones, motivada en un libre albedrío a espaldas de la prueba", en su parte resolutiva" no se indica el punible y la participación que se les enrostra a los dos condenados" (fl. 535).

Solicitan, pues, que esta Sala atienda favorablemente las precedentes consideraciones sustentatorias.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sobre las nulidades.

Este punto será estudiado de preferencia, ya que de demostrarse alguno de los vicios planteados por el apelante, se haría improcedente el examen de la "responsabilidad" del procesado Andrés Mosquera Mosquera.

Y dichas nulidades serán consideradas en su orden lógico, según sea mayor su cobertura.

1- Afirma el impugnante que no se practicaron -porque fueron negadas- varias pruebas de suma importancia con respecto del dicho procesado.

Pues bien: a folios 30 y siguientes del cuaderno número 2 obra un escrito del procesado Doctor Mosquera Mosquera en el cual solicita a la Fiscalía instructora que practique:

-Declaración de la doctora Petrona Perafán de Casas, "Jefe de Unidad de Previas y Permanente" para que diga por qué remitió a la Unidad Especializada las diligencias una vez practicó el allanamiento en la casa de la carrera 31 Nro. 8-45 de Popayán (fl.2).

-Declaración del Fiscal 4o Especializado, doctor Jesús Alirio Uribe, con el fin de que declarara qué hizo cuando notó, al recibir el proceso de la Fiscalía 8a, a cargo del doctor Andrés Felipe Velasco Noguera, que el Técnico Judicial de ésta, no había firmado la resolución de 30 de diciembre de 1993, mediante la cual dicho fiscal precluyó la investigación.

-Declaración de la doctora Doris Paz de López, quien recibió la Jefatura de la Unidad Especializada del doctor Mosquera Mosquera, para que declare todo lo pertinente y en especial si el acusado en mención le habló de algún modo sobre dicho proceso.

- Declaración del Comandante del Batallón José Hilario López, con el propósito de precisar si se le recomendó el proceso en cuestión.

- Declaración de Luis Eduardo Altaiza Ordoñez, Personero Delegado en lo Penal, a fin de saber si Mosquera Mosquera le pidió que revisara con cuidado las providencias que proferia Velasco Noguera.

- Declaración de Miguel Antonio Muñoz Paladines, Director Seccional de Fiscalías de Popayán, para conocer si le solicitó el traslado de la Jefe de la Secretaría Común de la Unidad Especializada, doctora María Claudia Sendoya Millán, y si es cierto que ésta lo acusó ante él de "acoso sexual".

- Oficiar a la Veeduría de la Fiscalía para constatar si fue cierta la constancia que dejó Jaime Amilkar Pinzón Camacho -Jefe encargado del Grupo III, Ley 30 de 1986, porte ilegal de armas y otros- sobre la conducta asumida por la doctora Sendoya Millán, en el sentido de hacerlo declarar en contra del doctor Mosquera Mosquera.

- Averiguar el estado del proceso disciplinario adelantado contra él y el cosindicado Velasco Noguera.

De dichas pruebas demandadas la Fiscalía únicamente ordenó las declaraciones de Altaiza Ordoñez, Jesús Alirio Uribe, Petrona Perafán y Muñoz Paladines, negando por improcedentes las demás (fl. 45 cdno. No. 2).

-Ya calificado el proceso con acusación ante el Tribunal el defensor del doctor Mosquera pidió la práctica de las siguientes pruebas:

- Inspección Judicial para averiguar en cuántos casos Mosquera asignó considerando la "competencia a prevención";

- Inspección Judicial para constatar la "falsedad" cometida en el libro donde se radicó la asignación del proceso;

- Averiguar en el referido Batallón José Hilario López si allí figuran denuncias de Mosquera contra militares;

- Si Mosquera Mosquera tramitó en la Fiscalía 2a Especializada procesos contra miembros del Ejército Nacional, a fin de probar sus "no buenas relaciones" con dicha Arma (fl. 224).

- Verificar el "estudio de seguridad" que se le hizo a la doctora María Claudia Sendoya Millán, a fin de establecer "su personalidad conflictiva" (fl. 224).

- Que la Veeduría de la Fiscalía remitiera copia de la declaración allí rendida por el doctor Velasco Noguera, para establecer las "contradicciones" que exhibe.

- Allegar fotocopias de los respectivos procesos disciplinarios seguidos contra Mosquera y Velasco;

- Pedir "estado de cuentas bancarias y corporativas" del procesado Mosquera, para probar que no pudo delinquir por "motivos económicos" (fl.225).

- Ampliación del testimonio de la doctora Doris Paz de López (quien recibió el 11 de enero de 1994 la Jefatura de la Unidad Especializada a Mosquera Mosquera), para establecer si es cierto que ella guardó bajo llave el proceso "porque se lo iban a robar".

El Tribunal, negó por "manifiestamente superfluas"

dichas pruebas, salvo la referida a los procesos disciplinarios contra los acusados (fl. 230), y argumentó que con ellas se trataba de revivir actos procesales ya decididos (fl. 241) y que, además, carecían de relación alguna con el hecho típico y antijurídico atribuido" (fl. 242).

Es sabido que para fundamentar la petición de nulidad por la no práctica de pruebas, es imprescindible demostrar la incidencia de las mismas frente a la comprobación del hecho imputado y/o a la responsabilidad del procesado, obligación que deriva del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal y dista mucho de cumplir los solicitantes. Además, observa esta Sala que la Fiscalía y el Tribunal decidieron correctamente al negar la mayoría de las pruebas, pues, como se verá más adelante (cuando se examine la responsabilidad del procesado Mosquera Mosquera), al momento de solicitarse dichas pruebas, ya en el proceso se habían practicado las que, en esencia, apuntaban a tal aspecto de responsabilidad, por lo cual, reiterase, su realización se revelaba improcedente.

Como en ese sentido se tomaron decisiones que se censuran, el debido proceso no se ha transgredido, sino por el contrario, observado ya que el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal ("rechazo de las pruebas") dice contundentemente que "no se admitirán las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso" y que mediante providencia, el funcionario rechazará las "ineficaces" o "las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas".

No tiene, pues, razón en este punto el recurrente.

2. Por lo que atañe a la nulidad de la sentencia apelada, se impone responder que, si como dice el apelante, en dicha providencia se puede constatar la "inventiva de situaciones a espaldas de la prueba" (fl. 535), lo correcto no era demandar la nulidad de la decisión, sino impugnar los razonamientos contenidos en ella pretendiendo su revocatoria, que es lo que intenta hacer en la primera parte de su alegato sustentatorio, pues se trataría de vicios "de fondo" y no de actividad del juez.

En cuanto a la "redacción de la sentencia", prevista en el artículo 180 que cita el recurrente, en el fallo impugnado -"hechos y actuación procesal", fl. 457- se concretan las conductas objeto de reproche y se precisan los cargos que desempeñaban a la sazón los procesados, como también lo que éstos sustancialmente respondieron en sus descargos.

Luego se ocupa de la "tipicidad" del hecho, y dice que este reproduce "objetivamente el modelo punitivo que prevé el art. 149 del Estatuto de las Penas y están descritos por el legislador en el libro 2o, Título III, Capítulo VII del Código Penal, bajo la denominación genérica de prevaricato por acción" (fl. 458), "redacción" que no da lugar siquiera a titubear con respecto a cuál es el hecho punible objeto de imputación. El apelante tiene razón cuando dice que la "denominación genérica" es únicamente "prevaricato", pero en sentir de haberle agregado el Tribunal que "por acción" deviene inane de cara a lo que el legislador pretende con dicho artículo 180; dar apenas una guía para la factura del fallo y para que los sujetos procesales no tengan incertidumbre sobre cuál es en concreto el hecho reprochado y en qué pruebas se apoya la respectiva declaración sobre la responsabilidad del acusado, todo ello con el fin capital de materializar el derecho de defensa, que se exterioriza aquí en la facultad de impugnar o rebatir la sentencia de la cual se disiente y no dificultar tal tarea por una defectuosa o ambigua elaboración del fallo. Pero nada de ello ve esta Sala que ocurra frente a la sentencia impugnada, la cual, por último, al ir precedida su parte resolutiva de "En razón y mérito de lo expuesto" (fl. 466), la parte considerativa hace una unidad escritural y jurídica con la resolutiva, cuyo primer punto de la que se revisa es del siguiente tenor para ambos acusados:

"Condenar al doctor Andrés Mosquera Mosquera de las condiciones civiles consignadas en los autos a la pena principal de un año y un mes de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por un tiempo igual al de la pena principal" (fl. 466).

No se remite a duda, entonces, a quién se condenó ni tampoco por qué delito, sin que la Sala deje de advertir que lo deseable y correcto es que en la parte resolutiva se vuelva expresamente sobre el delito objeto del fallo y las normas que lo tipifican.

Como no prospera ninguna de las nulidades aducidas, se pasará a examinar el contenido del fallo impugnado frente al artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Certeza del hecho punible.

En tal sentido se ha de dar por sentado que la resolución de diciembre 30 de 1993 (fl. 36 cdno. No. 1) es manifiestamente ilegal o prevaricadora (art. 149 C.P.), pues precluye una investigación usurpando la competencia de la Fiscalía Regional que derivaba de la naturaleza de los hechos (art. 71-4 C.P.P.): utilización ilegal de uniformes e insignias, prevista en el artículo 19 del decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente en el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991.

Tampoco existía competencia en cuanto a la cantidad de marihuana incautada (11 gramos), que tornaba el hecho en contravención y de competencia en ese entonces de las autoridades de Policía. Además, la resolución de diciembre 30 también resulta ilegal por ordenar la entrega de los revólveres retenidos sin que se acreditara su propiedad y por haber extendido la preclusión a Hilder Medina y a José Yoneduar Montenegro, quienes de ninguna manera habían sido siquiera vinculados a la instrucción, sin que sobre recordar que es la propia impugnación la que califica el mencionado proveído como un "adefesio jurídico" (fl. 510 cdno. Nro. 2).

De ahí que se encuentre cumplido el primer requisito que para condenar prevé el artículo 247 inicialmente citado, es decir la "certeza del hecho punible" de prevaricato (art. 149 C.P.).

Responsabilidad del acusado Mosquera Mosquera.

Dígase de entrada que esta Sala, en obedecimiento al artículo 217 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 34 Ley 81 de 1.993), sólo revisará la sentencia recurrida en lo que atañe a la responsabilidad del susodicho procesado, pues, tal es el aspecto que se impugna.

La asignación ilegal de las diligencias.

Doris Chicangana Tobar, Asistente Judicial de la Secretaría común de la Unidad Especializada y quien laboraba en el Grupo III (Ley 30 de 1986, porte ilegal de armas, etc.) declaró que el Jefe Encargado de dicho Grupo, Amilkar Pinzón Camacho, le dijo que "iban a llegar unas diligencias que debía asignárselas al doctor Velasco", según había ordenado el Jefe de la Unidad doctor Andrés Mosquera Mosquera (fl.275).

Dicha testigo era la encargada de asignar las diligencias que llegaran a la Unidad, cosa que hacía la mayoría de las veces observando de manera estricta el turno respectivo. Sin embargo, la transcrita frase atribuída a Pinzón Camacho resulta reveladora del interés que desde el puro comienzo tenía Mosquera de que las diligencias le fueran repartidas al Fiscal 8o doctor Andrés Felipe Velasco Noguera, interés avalado por el hecho de que el acusado Mosquera simultáneamente ordenara que las diligencias se radicaran unicamente por infracción a la Ley 30 de 1988 (fl.275 cit.), pues así quedaba por fuera o "mimentizado" el delito que justamente le daba a la competencia a la Justicia Regional (utilización ilegal de uniforme e insignias), y también "se

tapara" el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, con respecto al cual, como luego se verá, también era palpable el interés del Jefe de Unidad.

Ahora bien: no es cierto lo afirmado por los impugnantes en cuanto a que el doctor Velasco Noguera se encontraba de turno y podía, por tanto, recibir las diligencias, pues la referida testigo y la Jefe de la Secretaría Común de la Unidad Especializada, María Claudia Sendoya Millán (fl.152) dicen lo contrario y ratifican la reiterada orden del doctor Mosquera Mosquera de asignarle las diligencias directamente al fiscal Velasco Noguera, cosa que, unida a la falta de competencia (se insiste que la misma era de la Regional), motivó también los reparos del referido jefe del Grupo III, Pinzón Camacho, y del Técnico Asistente de la Fiscalía 8a, justamente a cargo de Velasco Noguera (fls.278 y 146). Además dicho Técnico, Hermes Antonio Ocampo, dice que como él persistía en su protesta para recibir el diligenciamiento, Velasco Noguera le dijo que le estaba haciendo un favor al doctor Mosquera (fl.147).

Cobra fuerza tal interés inicial por parte del acusado Mosquera, si se recuerda que como los cuatro testigos en mención "protestaron y vacilaron" ante la orden "verbal" y luego telefónica de asignar a Velasco las diligencias, un empleado de la Secretaría Común salió rápidamente y regresó con la resolución firmada por el doctor Mosquera, ante lo cual no hubo más opción que entregarle a Velasco el diligenciamiento.

Y aquí es importante anotar que en la inspección practicada en el libro radicador de asignaciones se ratificó que el respectivo 'reporte' se hizo solamente por infracción a la Ley 30 de 1986 "sobre un renglón que aparece cubierto con corrector" (fl.389), con respecto al cual explicó Chicangana Tobar -presente en esa diligencia- que ello ocurrió porque, hecha la primera radicación en que se asignaba el caso al Fiscal 8°, varios empleados de la Secretaría manifestaron su oposición a recibir diligencias de competencia de la Justicia Regional, ante lo cual ella le pasó el corrector por encima, a fin de dejar libre "la partida" para otra radicación, pero que ante las advertencias de que era una orden del Jefe de Unidad, doctor Mosquera Mosquera, volvió a hacer la radicación en el mismo espacio (fl.390).

Conviene anotar que el citado Técnico Judicial Hermes Ocampo declaró que como el se abstenía de firmar cuanta diligencia se practicara en ese proceso (pues se repite que no compartía que se tuviera competencia al respecto), el acusado Mosquera Mosquera lo llamó a su oficina y le pidió que lo hiciera, "que no había problema, que eso ya lo sabía el jefe" (fl.147), refiriéndose a Velasco Noguera, ante lo cual el se dirigió a la Secretaría y firmó, incluso la resolución preclusoria de diciembre 30 de 1993, y en ampliación de testimonio ratifica las palabras del doctor Mosquera de que el citado Velasco Noguera "ya estaba enterado"(fl.255 infra.).

Es bueno hacer ver que el Decreto 2269 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía) y la resolución reglamentaria 064, art.9o, le imponían a Mosquera, como Jefe de Unidad, revisar primero si los casos que recibía eran o no de su

competencia y hacer luego las asignaciones respectivas, cosa que no hizo aquí.

Igualmente aparece creíble la opinión de la testigo María Claudia Sendoya Millán de que el proceso fue "precluído rápidamente" el 30 de diciembre de 1993, porque el 1o de enero de 1994 la doctora Doris Paz de López reemplazaría al doctor Mosquera Mosquera como Jefe de Unidad y ello "dificultaba las cosas"(fl.155), agregando la testigo que Mosquera admitió públicamente las "presiones sobre Velasco", ya que tanto el uno como el otro "no tenían ningún recato" (fl.cit.).

La impugnación dice que dicho relevo no se produjo el 1o de enero sino el 11, lo cual es cierto, más carece de la importancia que allí se le da frente al compromiso penal del doctor Mosquera, pues no se vé cómo esa diferencia de 10 días incida en la concreta imputación que se examina.

Por otro lado, y para ratificar la credibilidad que merecen los citados testigos de cargo, conviene recordar que fue precisamente Sendoya Millán quien formuló la queja por el préstamo de la motocicleta que Velasco hizo a Mosquera, la cual resultó involucrada en el homicidio de "un periodista y un ex alcalde" (fl.154 infra.).

Las declaraciones de los testigos de cargo que se han mencionado de verdad que merecen entera credibilidad (art. 294 C.P.P.), pues no se ve que tengan razones para distorsionar la verdad de lo ocurrido con respecto a la "asignación directa" que hizo Mosquera a Velasco Noguera. Por el contrario, como se desprende de lo anotado, la OBJETIVIDAD de las circunstancias que rodearon dicha asignación le da franco respaldo a dicha prueba testimonial.

Y que el mencionado Jefe de Grupo Amílkar Pinzón Camacho califique de "salida de todo juicio" (fl.278) la declaración de Chicangana Tobar se explica porque es evidente su ánimo de favorecer al doctor Mosquera, pues no solamente dice que el doctor Velasco Noguera sí estaba de turno (fl.281), sino que no le consta la probada orden de asignación proveniente de Mosquera ("quien vivía muy ocupado" dice a fl.284), y que la testigo María Claudia Sendoya Millán "quería que yo dijera algo en su contra... todo puede ser una trama para desprestigiar a una persona" (fl.287), refiriéndose al doctor Mosquera. Sin embargo, el mismo Pinzón Camacho declaró que de todos modos le extraño que la Unidad a cargo de dicho acusado fuera a asumir una competencia de la Fiscalía Regional.

Ahora bien: que el referido Mosquera Mosquera no haya firmado la declaración que en la Unidad rindió el mencionado capitán Oswaldo Parada Escobar, del batallón José Hilario López, es cosa que desde ningún punto de vista incide en la responsabilidad penal que aquí se le está deduciendo a aquél, como tampoco las consideraciones que hacen los impugnantes sobre las "mentiras de Velasco Noguera" en cuanto a las "presiones" que para proferir la resolución preclusoria de diciembre 30 ejercieran el Director Seccional de Fiscalías

(doctor Miguel Angel Muñoz Paladines) y el coprocesado Mosquera, "presiones" que, hacen notar los impugnantes, curiosamente corroboran dos amigos de Velasco: Julio César Aguilera Piamba y Guillermo Bejarano Alzate (fl.233 y 414), y es que si bien pudieron surgir desavenencias entre los coprocesados en torno al reprochable quehacer que desplegaban la amistad entre los dos es un dato procesal conocido y que no se pone en entredicho, así el doctor Mosquera diga que últimamente el comportamiento "exasperante" de su antiguo compañero de colegio (Velasco Noguera) motivó que las relaciones entre ambos llegaran a un "rompimiento total" (fl.267), lo que tampoco se exhibe cierto, ya que el testigo Pinzón Camacho (de quien se acaba de decir que trata de favorecer a Mosquera), declaró que no obstante ignorar los "enfrentamientos" entre los dos, "a la vez corroboro que en una pequeña fiesta que se realizó con motivo de la despedida del doctor Andrés Mosquera Mosquera como Jefe de la Unidad estuvimos todos sus subalternos compartiendo en la casa del Dr. Andrés Felipe Velasco Noguera" (fls.289 infra.y 290).

Tal circunstancia, de la cual no existe razón para dudar, hace legítimo afirmar la amistad entre ellos y la manera mutua de "hacerse favores".

Tampoco resultaron ciertas las aseveraciones del acusado doctor Mosquera en cuanto a que a instancias suyas se iba a vigilar la conducta del doctor Velasco Noguera (tal cosa la sugirió fue el doctor Mauricio Cifuentes Guzmán, fls.55 y 128 cdno.No.2) ni que haya advertido al entonces Personero Delegado en lo penal, doctor Luis Eduardo Astaiza Ordoñez, "que le pusiera mucho cuidado a las providencias proferidas" por dicho Fiscal 8o.

El hecho -de ser verídico- de que Mosquera haya solicitado al Director Seccional doctor Muñoz Paladines el traslado de María Claudia Sendoya Millán (fls.55 y 127), es cosa que nada dice en su favor de Mosquera Mosquera, sino más bien en su contra, pues dicha dama le formuló una queja a Mosquera por "acoso sexual", como consta en el proceso disciplinario respectivo (fl.87 cdno.No.2).

Aquí es pertinente anotar que una vez la doctora Doris Paz de López recibió del doctor Mosquera Mosquera la Jefatura de la Unidad, ella se negó a cumplir la resolución preclusoria de diciembre 30, en cuanto ésta ordenaba entregar las armas incautadas, pues consideró que no se había acreditado la propiedad, y mediante resolución de mayo 7 de 1994 (fl.63 cdno.No.1) dispuso la expedición de copias a la Fiscalía Regional por estimar que la nombrada resolución únicamente había cobijado la infracción relativa a la tenencia de la marihuana, disponiendo a la vez otra expedición de copias ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Popayán, justamente la que dio origen a este proceso.

El móvil de esa asignación ilegal.

Sobre el mismo y para exhibirlo inexistente, discuten los recurrentes, pero aparece claro en el expediente que apenas le fue asignado el caso al doctor

Velasco Noguera, éste y su Técnico Judicial Hermes Antonio Ocampo hicieron constar que "en las horas de la mañana se hizo presente el capitán del Ejército Oswaldo Parada Escobar, manifestando que tenía conocimientos de que se habían incautado unas prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares y que en el operativo se había retenido a una mujer de nombre Miljen Rovira Medina, quien labora como informante del Ejército" (fl.17 cdno.No.1).

Se ordenó entonces oír en declaración al citado oficial, quien dijo ante el Jefe de la Unidad Especializada, el acusado Mosquera (quien no suscribe la diligencia, fl.18), pertenecer a la Sección Segunda de Inteligencia del Batallón José Hilario López, y que Miljen, "al igual que los otros dos señores que habitan en esa casa", son informantes del Ejército en calidad de ex subversivos y a quienes, además, el referido Batallón les entregó las armas y las prendas para que se infiltraran en la guerrilla (fl.18).

En estrecha armonía con ello véase cómo el citado Técnico Hermes Antonio Ocampo declaró que varias veces miembros del Ejército Nacional habían hecho "recomendaciones" al doctor Velasco Noguera, "porque querían que las armas y los elementos de uso privativo les fueran devueltos" (fl.150 infra.).

Esas "relaciones" que los "coprocesados" Mosquera y Velasco tenían con el Batallón José Hilario López se entienden mejor si se recuerda que el segundo de los mencionados prestó al primero una motocicleta que hacía parte de un proceso, y que Mosquera, a su vez, la prestó al referido Batallón, hecho por el cual Velasco fue destituido (fl.253 cdno.No.2) sin que se sepa qué suerte corrió el doctor Mosquera, a cuyo respecto se adelantó la investigación disciplinaria por separado.

Es decir que antes de "la asignación" de las diligencias al doctor Velasco, ya ambos acusados venían haciendo favores al Ejército, lo que avala la voluntad ("movil") de favorecer a dicha Institución.

En ese mismo sentido aparece que Hilder Medina, imputado como uno de los sicarios que en la muerte de varias personas utilizó la referida motocicleta, sea hermano de Miljen, y favorecido también con la resolución preclusoria de diciembre 30 de 1993, sin haber sido, repítese ni siquiera vinculado a la investigación, pues apenas aparece mencionado como una de las personas que acompañaban a Miljen cuando se practicó en su casa el allanamiento que dio origen a las diligencias que finalmente el doctor Velasco terminó con preclusión.

La "personalidad" del acusado Mosquera Mosquera.

La impugnación de la sentencia que se revisa insiste en la "inmaculada" personalidad del citado doctor, pero la Jefe de la Secretaría Común de la Unidad Especializada, doctora María Claudia Sendoya Millán, ya adelantado este proceso, se ofreció a declarar renunciando a hacerlo por certificación jurada (fl. 74 cdno. No. 2), para decir que el acusado doctor Mosquera Mosquera le ha hecho "una serie de amenazas" por su erguida posición en este proceso, a

más de que en su momento ella advirtió a la nueva Jefe de Unidad (doctora Doris Paz de López) que las diligencias en las cuales se dictó la resolución ostensiblemente ilegal "trataron de hacerlas desaparecer", actos posteriores al delito que también constituyen indicio del compromiso penal del acusado Mosquera.

Dicha testigo narra, además, lo referente a la pérdida de la parte de un proceso que se adelantaba por un delito contra la libertad y el pudor sexual, de la cual informó al doctor Mosquera, sin que éste hiciera absolutamente nada durante aproximadamente un año, hasta que entregó a la Doctora Doris Paz la Jefatura, y el expediente apareció (fl. 80 supra).

Y aun agrega a folio 81: "Otra cosa que no sé si se esté investigando ya, pero entre las cosas irregulares que hacía el doctor Mosquera era la práctica de allanamientos solicitados exclusivamente por un sargento Flores y sargento Gutiérrez, del Batallón José Hilario López. Entiendo que a estos militares los está investigando la Procuraduría Delegada ante las Fuerzas Militares".

Además, Pablo Andrés Casas, ex empleado administrativo de la Fiscalía, declaró en el sentido de que las otrora buenas relaciones con dicho acusado empezaron "a dañarse un poco porque me empezó a exigir repuestos para algunos vehículos que se encontraban decomisados y eran usados por él" (fl. 214 supra).

Así las cosas, se ha de reconocer como desvirtuada la insistente inocencia del doctor Mosquera Mosquera con respecto a su participación en el delito por el cual el Tribunal lo condenó en calidad de determinador.

Esta Sala de casación no comparte la referida determinación delictual, pues ve claro que desde antes de que llegaran las diligencias contra Miljen Rovira Medina Hidrobo- a la Unidad Especializada de la Fiscalía Seccional de Popayán (20 de diciembre de 1.993, fl.14), ya los referidos coprocesados estaban de acuerdo para llevar a cabo la delincuencia: Mosquera Mosquera asignando a Velasco Noguera dicho expediente (res. diciembre 20 de 1993, fl.14 cit.) y éste procediendo a emitir la resolución ostensiblemente ilegal de diciembre 30 (fl.36 cit).

Como para que el Fiscal 8o Especializado, doctor Velasco Noguera, profiriera dicha resolución, era absolutamente imprescindible que el Jefe de la Unidad Especializada, doctor Mosquera Mosquera, le asignara el conocimiento del proceso, la Coatoria emerge evidente como división de quehaceres encaminados a un fin común: precluir la investigación.

Ese aporte "material" del doctor Mosquera Mosquera excluye la calidad de determinador que se le atribuye, pues es bien sabido que en ésta es indispensable que el determinador no quiera ejecutar el acto por sí mismo y se vale entonces del "determinado" para que sea éste quien lo ejecute, limitándose él exclusivamente a hacer nacer en aquel la idea delictiva, por lo cual se le conoce también como "autor intelectual, "instigador" o "inductor". Pero si, como

en este caso, entre ambos realizan -materialmente también, repítese- la conducta, la referida coautoría surge nítida, sin que sea innecesario recordar que tanto la determinación como la autoría están punidas de igual grado en el artículo 23 del Código Penal.

El proceso entonces nítidamente muestra que, desde antes de que las diligencias llegaran a la Secretaría Común de la Unidad Especializada, los coacusados Mosquera Mosquera y Velasco Noguera "planearon" el delito de prevaricato por el cual vienen condenados.

Finalmente, se ve claro que al haberse acusado y condenado a Mosquera Mosquera como "determinador", este error en el término utilizado para precisar el grado de participación (que es de "coautoría", como se dijo) no entraña materialmente irregularidad ninguna, pues de todos modos dicho acusado conoció enteramente y se defendió de los cargos por los cuales fue sentenciado, siendo entonces el referido yerro conceptual un aspecto meramente nominal que en nada incidió en el derecho de defensa de dicho procesado.

En estos términos, pues, se confirmará el fallo impugnado, siendo dable responder a los apelantes que *no es cierta la afirmación de que para que se tipifique el delito de prevaricato es imprescindible que el sujeto activo se proponga obtener "un provecho", pues para la cabal tipificación es suficiente que aquél, con conocimiento y voluntad (es decir dolosamente) profiera una decisión manifiestamente contraria a la ley, la que ya se dijo, ostenta la cuestionada resolución de 30 de diciembre de 1993, aparte de que también quedó precisado "el móvil" que tuvieron los doctores Mosquera y Velasco en dicho punible contra la Administración Pública.*

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.- DENEGAR la nulidad propuesta por la defensa y,

2.- CONFIRMAR la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, (no hay firma), Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDAGATORIA-Asesoría de un perito/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica

1. La asesoría de un perito en el desarrollo de la diligencia de indagatoria, oportunamente solicitada y autorizada por la fiscal que dirigía la investigación, con el fin de asegurar la producción de la prueba de grafología como idóneo mecanismo para arribar a la verdad procesal, mal puede constituir vulneración al debido proceso, o desconocimiento de las garantías que le asisten al sindicado, máxime si, como ha quedado establecido, la diligencia se llevó a cabo en presencia del defensor, sin juramento ni presión alguna al sindicado; y del acta respectiva no se desprende que persona diferente de la citada funcionaria hubiere interrogado al imputado; de ahí que no exista constancia alguna al respecto.

2- Denunciar la violación indirecta de la ley sustancial "por falta de apreciación de los medios testimoniales de descargo" y omitir precisar la norma de derecho sustancial violada, y si lo fue por falta de aplicación o aplicación indebida, constituye un insalvable desacierto técnico que inexorablemente acarrea la improsperidad del reproche, pues por la limitación funcional de las facultades de la Corte en sede casacional, le está vedado suplir las falencias técnicas del demandante.

El actor tampoco completó el cargo, pues omitió demostrar la trascendencia del yerro denunciado, para lo cual debió revaluar la prueba en su totalidad, y establecer cuál sería la conclusión del fallo, precisando si como consecuencia de ese nuevo examen, se descarta la responsabilidad del procesado por resultar desvirtuada la autoría de la conducta falsaria, justificarse el hecho, o excluirse la culpabilidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 12635

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá con-

denó a Edgar José Martínez Hernández a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta (40) meses de prisión, como coautor de los punibles de falsedad en documento público, falsedad en documento privado y falsificación o uso fraudulento de sello oficial, y a Marina López de Montañez a la de veinticuatro (24) meses de prisión, como coautora del delito de falsedad en documento público.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

En el mes de junio de 1994, cuando Juan Evangelista Parra solicitó al Colegio Departamental de Fontibón una constancia de estudios del grado 11, se estableció que aquel no había cursado estudios en ese plantel, y que el certificado que tenía como estudiante del mismo, lo había adquirido a través de Marina López de Montañez, quien a su vez le había solicitado a Edgar Martínez Hernández la elaboración del citado documento apócrifo.

Allanada la residencia de Martínez Hernández, en su poder fueron hallados sellos y papelería de varias notarías, de la Secretaría de Educación del Distrito, y de diversos establecimientos educativos.

Con fundamento en la información suministrada por Víctor Manuel Daza González, y la prueba documental recogida en la diligencia de allanamiento practicada en la residencia de Edgar José Martínez Hernández, el Fiscal 251 Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Santafé de Bogotá, inició la investigación (f. 6 c.o. N° 1) y vinculó mediante indagatoria a Marina López de Montañez y a Edgar José Martínez Hernández. La Fiscal Seccional 166, a quien posteriormente le fueron asignadas las diligencias, les resolvió situación jurídica afectándolos con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación (fs. 189 y 200 ib.).

Allegados diversos medios de prueba como testimonios, documentos y peritajes, el funcionario de conocimiento decretó el cierre de la investigación y calificó el mérito probatorio del sumario profiriendo resolución de acusación contra el prenombrado como presunto autor de los delitos de falsedad material en documento público, falsedad en documento privado en concurso con el concierto para delinquir y falsificación o uso fraudulento de sello oficial; y contra Marina López de Montañez, por los punibles de falsedad en documento privado y falsificación o uso fraudulento de sello oficial (f.257 c.o. N° 3).

Un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, con providencia de 22 de diciembre de 1994, al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, suprimió el cargo por el delito de concierto para delinquir a él imputado, y modificó la calificación jurídica de la conducta endilgada a la procesada, para imputarle exclusivamente el punible de falsedad material de particular en documento público (f. 32 c. 2ª instancia).

Rituada la audiencia pública, y teniendo por satisfechos los presupuestos probatorios del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgado 38 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, a donde correspondieron las diligen-

cias por reparto, condenó a Edgar José Martínez Hernández a la pena principal privativa de la libertad de cuarenta (40) meses de prisión, como autor de los punibles de falsedad en documento público, falsedad en documento privado, y falsificación o uso fraudulento de sello oficial; y a Marina López de Montañez a veinticuatro (24) meses de prisión, como coautora del delito de falsedad en documento público, a la vez que negó al primero y concedió a la segunda, el subrogado de la condena de ejecución condicional (f. 181 ib.).

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado, una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, confirmó la sentencia de primer grado (f. 21 c. del Tribunal).

LA DEMANDA

Tres cargos formuló el actor contra la sentencia de segundo grado. El primero, con fundamento en la causal tercera, por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad. Y los dos restantes, con arreglo a la causal primera, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial, por "error en la apreciación de los medios de prueba testimoniales de descargo", y "de la versión de la señora Mary Vitalina Masmela Pardo, y del dictamen pericial practicado sobre algunos documentos y sellos encontrados en la diligencia de allanamiento".

A. Causal tercera. Cargo único:

Nulidad de la actuación por cuanto no fue el fiscal instructor sino un auxiliar de la justicia quien indagó al sindicado.

Una nulidad "supralegal" atribuye el demandante a la sentencia objeto de impugnación, en cuanto el instructor, en la diligencia de indagatoria, permitió la permanencia de un técnico en grafología, para que interrogara al sindicado y le sugiriera la forma como debía sentar sus muestras manuscriturales, las que en su sentir ha debido tomar directamente el instructor, sin recurrir a un tercero que legalmente no se encontraba autorizado para intervenir a ningún título en la diligencia.

Sin tener en cuenta que la indagatoria es el principal medio defensivo -explicó-, la funcionaria instructora permitió que otra persona indagara al sindicado, llegando inclusive a sugerirle o insinuarle las respuestas relacionadas con su personalidad gráfica. Se quebrantaron entonces las formas propias del juicio, de que trata el artículo 29 de la Constitución Nacional, y se desconoció el mandato del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, que sólo faculta al funcionario judicial para formular preguntas al indagado.

Solicitó la declaratoria de invalidación de lo actuado a partir de la providencia que dispuso el cierre de investigación, pues de trasladarse el vicio a la causa, se generarían nuevas posibilidades de nulidad.

A. Causal Primera.

Primer cargo: Error de hecho por falso juicio de existencia, por omisión de los medios de prueba testimoniales de descargo.

Al amparo de la causal primera del artículo 220 -cuerpo segundo- del Código de Procedimiento Penal, el defensor del procesado Edgar José Martínez Hernández solicita casar la sentencia impugnada por vía extraordinaria, y en consecuencia, absolverlo de los cargos imputados en el pliego enjuiciatorio.

Según el actor, el ad-quem se abstuvo de valorar los testimonios de Félix Julio Jácome (f. 53 c. o. N° 3), Hernando González Vertel (fs. 60-62 ibídem), Jesús Abdel Rosero (fs. 126-128 c. de la causa), y María Bertilda López López (f. 128-131 ibídem), con los que se establecía que los documentos hallados en la residencia del procesado eran manipulados por Alfredo Castillo y Luis Ramos, personas plenamente identificadas en el expediente.

El Tribunal se abstuvo de valorar tales testimonios -explicó el impugnante-, aduciendo que el hecho de comprobar que otras personas manipularon documentos en la misma casa donde residía el procesado, dejó de todas formas intacta su responsabilidad: y que si de establecer la participación de otras personas se trataba, para ello consideró el *ad-quem* que se podía adelantar investigación por separado. Al respecto el actor replicó que el objeto de juzgamiento en el presente caso era la conducta de su cliente, y no la de las demás personas, independientemente que los delitos imputados los hubiera cometido solo o con un grupo de coautores.

Esta omisión, agregó, desconoció el principio de contradicción, contenido en el artículo 7° del Código de Procedimiento Penal, pues al desechar de plano los aludidos medios de prueba, se imposibilitó su crítica por parte de la defensa.

En demostración de la trascendencia del yerro, el actor sostuvo que "de haberse analizado, valorado y tenido en cuenta los testimonios enunciados -los que ni siquiera fueron reseñados por el juzgador de segundo grado-, necesariamente la situación de Martínez Hernández hubiera variado" (f. 43 c. del Tribunal).

Solicitó en consecuencia que se case la sentencia y se profiera el fallo absolutorio que sustituya el de condena dictado por el Tribunal.

Segundo cargo: Tergiversación de la versión de la señora Mary Vitalina Masmela Pardo, y del dictamen pericial practicado sobre algunos documentos y sellos incautados en la residencia del procesado.

Afirmó el demandante que en la diligencia de allanamiento a la residencia del procesado se encontró un recorte de papel con el número telefónico correspondiente a Mary Vitalina Másmela Pardo, en cuyo poder, una vez se localizó su sitio de trabajo, se halló una certificación de estudios falsa.

La señora Másmela Pardo fue escuchada en declaración y manifestó que el documento referido había sido tramitado y entregado por un señor distin-

guido con el mote de "Chucho" o "Lucho", persona diferente a Edgar José Martínez Hernández. Además, a esta testigo le fueron puestas de presente las fotografías correspondientes al prenombrado, y manifestó que no se trataba de la misma persona que le había tramitado y entregado la certificación apócrifa.

No obstante lo anterior, el ad-quem habría tergiversado la expresión fáctica de esa prueba, haciéndole producir efectos que no se derivan de su contexto, cuando afirma que si bien es cierto la declarante no señaló a Martínez Hernández como el autor de la falsificación, no lo era menos que el documento efectivamente resultó falso, y había sido encontrado en la diligencia de allanamiento, lo cual contradice la realidad procesal, pues el documento no fue incautado en la diligencia de allanamiento sino en una diligencia de inspección practicada en la oficina de Registro y Control de la Subdirección de Recursos Humanos del Ministerio de Transporte.

El actor agregó que el dictamen pericial practicado sobre los documentos incautados en el allanamiento, concluye que aquellos son falsos, sin determinar qué persona fue la autora material de la conducta, como quiera que las pruebas manuscriturales tomadas a los sindicados no fueron objeto de estudio grafológico.

No obstante lo anterior, el Tribunal concluyó que de conformidad con la prueba técnica, el autor material de la falsificación es el señor Martínez Hernández, quebrantando así los artículos 254 y 273 del Código de Procedimiento Penal, normas éstas referidas a la valoración de las pruebas y a los criterios que se deben tener en cuenta para la apreciación del testimonio y de la prueba pericial (f. 45 c. de la Corte).

Concluyó que si la Corte opta por casar el fallo con motivo de este último cargo, deberá producir el de sustitución que exonere de responsabilidad a su defendido.

El Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal

En consideración al primer cargo en el que se afirma que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad, el Procurador Delegado examinó el acta de la diligencia de indagatoria de Edgar José Martínez Hernández, constatando que en ella se dejó constancia de la presencia del técnico para la práctica de la prueba grafológica al sindicado (fs. 89 a 95), y se afirma que se tomaron muestras en "posición sentado". El defensor solicitó que se deje a su cliente en entera libertad, pues el perito le ha dado parámetros para que escriba en letra imprenta o cursiva, y le ha puesto de presente un trozo de periódico con un texto, reconociendo el indagado como suya la letra.

Al amparo de estas premisas, evidenció que el perito no formuló interrogatorio alguno al indagado, pues se limitó en el curso de la diligencia a recoger las muestras caligráficas necesarias para el dictamen grafológico, que era lo de su competencia como auxiliar del investigador, por ser experto en la materia, y estar autorizado por el funcionario para practicarla.

Concluyó que por el hecho de haberse tomado el manuscrito durante la diligencia de indagatoria, o porque el procesado hubiera reconocido un escrito como suyo, no puede afirmarse que se vulneró el debido proceso, máxime si en la diligencia no se dejó constancia de algún tipo de coerción por parte del fiscal o del perito del C.T.I.

Como fallas técnicas relacionadas con el primer cargo formulado con arreglo a la causal primera cuerpo segundo de casación, el Procurador destacó que el censor no precisó la norma de derecho sustancial violada, y si lo es por falta de aplicación o aplicación indebida, a propósito del supuesto error que invoca en la apreciación de los testimonios por falso juicio de existencia por omisión.

En punto a la sustentación del yerro, precisó que las pruebas a que se refiere el censor no fueron omitidas por los falladores, pues el ad-quem sostuvo que el dicho de los testigos que afirman la presencia de otras personas en casa de Martínez Hernández, y que habrían manipulado los documentos hallados allí, no tienen la trascendencia para cambiar el fallo condenatorio, pues su contenido no modifica la responsabilidad del procesado, la que se encuentra demostrada con otros medios de convicción obrantes en el proceso, como el certificado espurio expedido a nombre de Juan Evangelista Parra por conducto de la señora Marina López de Montañez, supuestamente por el Colegio de Fontibón, y elaborado por Edgar José Martínez Hernández.

Para los falladores, concluyó el Procurador acerca de este concreto reproche, las explicaciones del procesado no desvirtúan las pruebas en su contra, como tampoco lo logran los testigos de descargo que relaciona la defensa.

En relación con el segundo cargo, referido a la manifestación de la testigo María Vitalina Másmela, de que quien habría sido el autor de la falsificación era un hombre conocido con el mote de "lucho" o "chucho", y no correspondía con la fotografía de Edgar Martínez, que se le puso de presente, el Procurador precisó que a juicio de los falladores, esa simple manifestación de la testigo no desvirtúa ni excluye la responsabilidad penal del procesado, atendiendo el recaudo probatorio existente.

El Delegado advirtió que entre la documentación encontrada en el domicilio del procesado, se halló una copia de un certificado expedido a María Vitalina Másmela sobre terminación del décimo semestre en la Facultad de Administración de Empresas en la "Universidad Jorge Tadeo Lozano", lo que motivó una inspección judicial a la hoja de vida, lográndose la ubicación del documento "original".

Concluyó que los elementos indiciarios en contra del procesado no logran ser desvirtuados por el defensor, hoy demandante, pretendiendo con sus alegaciones revivir el debate probatorio, lo que de suyo está vedado en sede de casación, pues para tal fin era su deber demostrar que los falladores habrían incurrido en algún error de hecho o de derecho en la valoración de la prueba.

Al amparo de esas premisas, solicitó no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como el orden en que el casacionista presenta los cargos se acomoda a la prioridad lógica que tendría la eventual invalidación de lo actuado, la Corte abordará su estudio siguiendo el orden de su planteamiento, tal como quedó expuesto en el resumen de la impugnación:

A. Causal tercera. Cargo único:

Nulidad de la actuación por cuanto no fue el fiscal instructor, sino un auxiliar de la justicia, quien indagó al sindicado.

Habida consideración de la taxatividad que caracteriza las causales de invalidación de lo actuado, la nulidad "supralegal" a que se refiere el actor, de resultar probado el supuesto fáctico de la irregularidad denunciada, correspondería a la violación del debido proceso, consagrado en los artículos 29 de la Constitución Política y 1° del Código de Procedimiento Penal, y establecido, para ese específico caso, en el mandato del artículo 363 del Código de Procedimiento Penal, según el cual en la diligencia de indagatoria solamente el funcionario judicial podrá dirigir preguntas al indagado.

Sin embargo, la carencia de fundamento en la irregularidad denunciada resulta evidente del examen de la diligencia de indagatoria del procesado Edgar José Martínez Hernández, a quien se le advirtió que "se le deja libre de todo juramento, coacción o apremio alguno" (f. 89 c. o. N° 1), y se le solicitó que respondiera en forma clara "a las preguntas que el Despacho le formule, dejándose constancia que el interrogatorio se surtió de conformidad con el artículo 359 del Código de Procedimiento Penal" (ibídem).

En desarrollo de la referida indagatoria la funcionaria instructora dispuso la toma de muestras manuscriturales para un posterior estudio grafotécnico, autorizando para esta específica tarea a un perito grafólogo del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, quien, según se desprende del acta respectiva, y sin interrogar al imputado, se limitó, siguiendo las instrucciones de la fiscal que practicaba la diligencia, a hacerle un dictado al indagado y solicitarle que escribiera en letra imprenta, lo que motivó la única constancia dejada por el defensor, quien a folio 95 manifestó:

"Con el debido respeto, y como quiera que el señor perito en la materia ha dado los parámetros al sindicado para que escriba en letra imprenta o en letra cursiva, me permito solicitar al Despacho se deje constancia de que según la norma adjetiva penal, al sindicado se le debe dejar en plena libertad para que manifieste lo que tenga que manifestar, por cuanto nos encontramos en una declaración injurada que es el principal medio de defensa del procesado y por consiguiente debe quedar libre de toda sugerencia" (f. 95 ib.).

En el acta que se analiza ninguna constancia aparece acerca de interrogatorio alguno por parte del perito grafólogo, y menos, como interesadamente lo afirma el casacionista, de que hubiere sido aquel quien indagó al sindicado. El ponerle de presente algunos de los documentos incautados para establecer el carácter indubitado de los mismos, no constituye vicio alguno con la potencialidad suficiente para invalidar lo actuado, pues lo que se desprende de lo atestado en el acta, es que la funcionaria judicial interrogó al imputado, y dirigió la intervención del perito grafólogo en la toma de las muestras manuscriturales.

Por manera que, la asesoría de un perito en el desarrollo de la *diligencia de indagatoria, oportunamente solicitada y autorizada por la fiscal que dirigía la investigación, con el fin de asegurar la producción de la prueba de grafología como idóneo mecanismo para arribar a la verdad procesal, mal puede constituir vulneración al debido proceso, o desconocimiento de las garantías que le asisten al sindicado, máxime si, como ha quedado establecido, la diligencia se llevó a cabo en presencia del defensor, sin juramento ni presión alguna al sindicado; y del acta respectiva no se desprende que persona diferente de la citada funcionaria hubiere interrogado al imputado; de ahí que no exista constancia alguna al respecto.*

El cargo no prospera.

B. Causal Primera

Primer cargo: Error de hecho por falso juicio de existencia, por omisión de los medios de prueba testimoniales de descargo.

Como lo advirtió el Procurador Delegado, la proposición y correlativa demostración de la censura hecha a la sentencia en este acápite concreto, contradice abiertamente los principios elementales que rigen la técnica del recurso extraordinario de casación.

Denunciar la violación indirecta de la ley sustancial "por falta de apreciación de los medios testimoniales de descargo" y omitir precisar la norma de derecho sustancial violada, y si lo fue por falta de aplicación o aplicación indebida, constituye un insalvable desacierto técnico que inexorablemente acarrea la improsperidad del reproche, pues por la limitación funcional de las facultades de la Corte en sede casacional, le está vedado suplir las falencias técnicas del demandante.

El actor tampoco completó el cargo, pues omitió demostrar la trascendencia del yerro denunciado, para lo cual debió revaluar la prueba en su totalidad, y establecer cuál sería la conclusión del fallo, precisando si como consecuencia de ese nuevo examen, se descarta la responsabilidad del procesado por resultar desvirtuada la autoría de la conducta falsaria, justificarse el hecho, o excluirse la culpabilidad.

El censor mezcla el error de juicio -violación directa o indirecta de la ley sustancial-, con el error *in procedendo*, al afirmar la vulneración del princi-

pio de contradicción, como una modalidad del derecho de defensa, cuyo conculcamiento no se establece por la omisión de considerar un medio de prueba, sino de la negativa caprichosa o irracional a su práctica.

A más de las deficiencias técnicas que acusa el cargo, observa la Sala que los testimonios echados de menos por el censor sí fueron ponderados por el fallador de segundo grado, cuando advirtió, que de los testimonios de Félix Julio Jácome Molina, Hernando González Bertel, Jesús Abdel Rosero y María Bertilda López López, se desprende "que otras personas manipulaban documentación" en la residencia del procesado, y por lo mismo podrían estar comprometidas en la actividad ilícita allí desarrollada, y a su vez descartó en tales pruebas la idoneidad suficiente para desvirtuar la responsabilidad del acusado:

"Ocurre sin embargo, que la presencia de otras personas que manipulaban documentación en la misma casa, deja intacta la responsabilidad de Martínez Hernández, porque de ser así, lo que resulta muy probable y es materia de investigación por separado, también deben responder penalmente, pero acá lo que es objeto de examen es el comportamiento de Martínez Hernández, independientemente de que los delitos a él imputados los haya realizado sólo o con un grupo de coautores, porque en materia penal la responsabilidad es individual".

"Es decir -concluyó el *ad quem*-, no es que las declaraciones mencionadas, en cuanto afirman la presencia de otras personas en casa de Martínez Hernández, hayan sido desechadas o no hayan merecido la adecuada valoración por parte del *a-quo*, sino que su contenido no modifica la responsabilidad del citado procesado, por los motivos señalados" (f. 13 c. del Tribunal).

La carencia de fundamento se suma entonces a la deficiente formulación técnica del reproche, pues las pruebas a que se refiere el censor no fueron omitidas por el juzgador, como quiera que el de segundo grado ponderó su fuerza declarativa para luego concluir, se reitera, que el dicho de los testigos que afirman la presencia de otras personas en casa de Martínez Hernández, y que habrían manipulado los documentos hallados allí, no tiene la trascendencia para modificar el fallo condenatorio.

Según el Tribunal, la fuerza persuasiva de estos medios de convicción no excluye la responsabilidad del procesado, la que se encuentra demostrada con otras pruebas obrantes en la actuación, como el certificado espurio del Colegio Departamental Integrado de Fontibón, expedido a nombre de Juan Evangelista Parra por conducto de Marina López de Montañez, y los sellos de la Secretaría de Educación Distrital, hallados junto con el documento anterior, en la casa de habitación de Edgar José Martínez Hernández, de las que dicho sea de paso, el actor ningún mérito establece al considerar las pruebas omitidas, como era de su carga hacerlo, en razón al tipo de error a que se acoge.

No prospera el cargo.

Segundo cargo: Tergiversación de la versión de la señora Mary Vitalina Másmela Pardo, y del dictamen pericial practicado sobre algunos documentos y sellos incautados en la residencia del procesado.

Las falencias técnicas del anterior reproche resultan predicables de este segundo enfoque de la censura, donde el casacionista nuevamente omite señalar la norma sustancial que adviño indirectamente violada, y la modalidad de tal transgresión, al dejar de precisar si lo fue por falta de aplicación, o aplicación indebida del indeterminado canon.

Según el impugnante, el testimonio de la señora Mary Vitalina Másmela Pardo fue distorsionado, y se le hizo producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto, "cuando se dice que si bien es cierto la declarante no señaló a Martínez Hernández, afirmó que tal certificación era falsa y que fue encontrada en la diligencia de allanamiento, lo cual es ideológicamente incierto (sic) puesto que dicho documento no fue incautado en la diligencia de allanamiento, sino en una diligencia de inspección judicial practicada en la Oficina de Registro y Control de la Sub-dirección de Recursos Humanos del Ministerio del Transporte", donde aquella laboraba.

Al afirmar el casacionista que según el Tribunal, el original del documento espurio elaborado a nombre de Mary Vitalina Másmela Pardo habría sido hallado en la residencia del procesado, desconoce los términos del fallo, pues lo que el juzgador de segunda instancia afirmó fue que dicho elemento se incautó en las dependencias de la Oficina de Registro y Control de la Subdirección de Recursos Humanos del Ministerio del Transporte, donde se hallaba la hoja de vida de la prenombrada; y que en la diligencia de allanamiento practicada a la residencia de Martínez Hernández se encontró una copia de la aludida certificación:

"Es verdad que ella no señaló directamente a Martínez Hernández como el autor de tal falsificación, pero afirmó que sí era una certificación falsa, y copia de la misma, reiteramos, fue hallada en casa del citado procesado, sin que hubiese dado al respecto explicación alguna" (f. 17 ibídem. Subrayas fuera de texto).

No es cierto entonces lo sostenido por el demandante, lo cual descarta la configuración del error de hecho denunciado, y por supuesto, acarrea la desestimación del cargo que por ese motivo se postula.

Que la señorita Másmela Pardo no haya señalado al procesado como el autor de la falsedad de la certificación expedida a su nombre, no fue tergiversado por el Tribunal, pues así se plasma en la sentencia cuando se sostiene: "es verdad que ella no señaló directamente a Martínez Hernández como el autor de tal falsificación". La autoría de la conducta falsaria la dedujeron los juzgadores de instancia no del testimonio en cuestión, sino, entre otras pruebas, de la versión de Marina López de Montañez, quien, "desde el primer momento de su captura le indicó a las autoridades de policía que hacía año

y medio venía efectuando esta clase de trabajos ilícitos, es decir, como intermediaria recibía la plata y llamaba al señor Edgar Martínez, quien vive en la carrera 21ª N° 40-89 Barrio la Soledad, teléfono 2852772, y dicho sujeto le entregaba el documento ya elaborado" (f. 13 ibídem).

Lo que se deduce de la crítica así formulada es el deseo por revivir un debate probatorio clausurado definitivamente con una sentencia cuya doble presunción de acierto y legalidad no puede removerse con apreciaciones subjetivas sobre la fuerza suasoria de ciertos medios de prueba cuya valoración no comparte el actor, pues, como advierte el Procurador Delegado, para el éxito de una tal pretensión era menester demostrar que el Tribunal, al ponderar esos medios de convicción, desconoció las reglas de la sana crítica, al apartarse abruptamente de los dictados de la lógica, la ciencia o la experiencia.

Al margen de las inexactitudes en que incurre el censor, éste tampoco aborda la demostración de la trascendencia del error de hecho por él denunciado, para lo cual era menester examinar qué incidencia tendría en el desquiciamiento de la parte dispositiva del fallo, el hecho de dar por probado que el "original" del documento apócrifo hubiera sido hallado no en la residencia del encartado, sino en la oficina de la declarante. Y si ese hecho desvirtuaba el compromiso de Martínez Hernández en la elaboración de los ilegítimos documentos, deducido por el Tribunal del hallazgo del papel con el nombre y número telefónico de la titular de la certificación falsa, y la fotocopia del respectivo documento, en la residencia del implicado.

El Tribunal dio por demostrada la faceta de materialidad de la falsedad, entre otras pruebas, con el dictamen grafotécnico practicado sobre los documentos incautados (f. 16 ib.). Pero no es cierto que con apoyo en el mismo peritaje haya concluido que el autor de tales falsedades hubiere sido el procesado Martínez Hernández, como infundadamente afirma el impugnante. Al respecto, basta examinar la motivación del fallo de segundo grado, para concluir que la certeza sobre la responsabilidad del prenombrado la dedujo el fallador del hecho de haberse hallado en su poder una considerable cantidad de diplomas y certificaciones de estudio y sellos falsos correspondientes a la Secretaría de Educación del Distrito, a distintas Notarías, y planteles educativos; y del señalamiento expreso que bajo la gravedad del juramento le hiciera su compañera de sindicación Marina López de Montañez, como la persona que elaboraba los documentos espurios (fs. 9 y ss. ib.).

Demostradas como se hallan las deficiencias técnicas de la impugnación extraordinaria, y la carencia de fundamento en la formulación del reproche, se declara 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 Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, (no hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA/*NON BIS IN IDEM*/TORTURA/ TENTATIVA DE HOMICIDIO/CONCURSO/ INDAGATORIA- Interrogatorio/**TORTURA**-Con fines terroristas/**PRUEBA TRASLADADA**-Ataque en casación

1. Debe recordarse que la indagatoria no constituye un acto caracterizado por inamovibles fórmulas en la manera de interrogar sobre los hechos al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber sido sorprendido en flagrancia, se considere autor o partícipe de la infracción penal, sino además un mecanismo legal procesal a través del cual se vincula a la persona, sin someterla al juramento, y en el que el funcionario sólo se limita a exhortarla a que responda de una manera clara y precisa a las preguntas que se le hagan.

Lo importante es que el interrogatorio al imputado sea pertinente en relación con los hechos que originaron la vinculación, y que no haya limitaciones a su intervención o evasivas a sus requerimientos sobre las constancias y verificaciones que advierta necesarias para su defensa, pues las preguntas simplemente deben ser eficientes, en el sentido de abarcar, por lo menos fácticamente, la infracción o las infracciones imputadas al indagado, de tal forma que pueda ejercer la defensa sobre éstas.

2. No puede perderse de vista que el artículo 24 del Decreto 180 de 1988 no subrogó el artículo 279 del Código Penal, sino que adicionó al ordenamiento jurídico penal la modalidad especial de "tortura con fines terroristas", de acuerdo con la siguiente redacción:

"Artículo 24. Torturas. El que en cumplimiento de actividades terroristas, someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de 5 a 10 años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor".

3. Además de la discriminación por los bienes jurídicos amparados, adicionalmente son distintas las conductas rectoras materiales de los hechos punibles de tortura y homicidio tentado, pues en la primera consiste en "someter a otra persona a tortura física o síquica" (art. 279 C. P.), cometido que en este caso se logra mediante las llamadas telefónicas, los sufragios y los seguimientos; mientras que el principio de ejecución del delito contra la

vida partiría de la exteriorización de una conducta que ingresara dañinamente en ese ámbito de relación, más allá de la afectación de la autodeterminación de las personas (art. 323 idem).

Por lo visto, el asedio psíquico a las víctimas fue un comportamiento básico distinto al de preparar o ejecutar la muerte de las mismas, que fáctica y jurídicamente le cumplen a dos tipicidades distintas, razón por la cual el primero (en sus variadas modalidades de llamadas, envíos documentales o seguimientos), no podía considerarse normativamente integrado como elemento o circunstancia del segundo. Se configuraba entonces un concurso material de delitos, de conformidad con el artículo 26 del Código Penal.

4. En relación con el planteamiento referido a la prueba trasladada, otras de las vertientes del ataque por falta al debido proceso, debe de entrada decirse que la ilegalidad de los elementos de convicción no puede controvertirse en casación por medio de la causal tercera (nulidad), sino a través de la primera (violación indirecta de la ley sustancial), ya que en últimas el yerro judicial consistiría en apreciar unas pruebas que jurídicamente son inexistentes, lo que en la doctrina jurisprudencial ha recibido el nombre de error de derecho por falso juicio de legalidad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta, "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", contenido normativo superior que indica que cuando se violan las formas sustanciales de cada medio probatorio o éste se introduce con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal.

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

Magistrado Ponente, Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 199 Proceso N° 12374

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que en forma discrecional le concedió al defensor de la procesada Fanny Pulido Barón, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por medio de la cual confirmó el fallo de condena proferido por la Juez Veintiséis Penal del Circuito de la misma ciudad, por el delito de *tortura*, con la reforma consistente en que el hecho punible corresponde al previsto en el artículo 279 del Código Penal, y no al descrito en el artículo 24 del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991, razón por la cual redujo la pena principal de sesenta y dos (62) a doce (12) meses de prisión.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 20 de agosto de 1992, ante la oficina de asignaciones de la Fiscalía General de la Nación de esta ciudad, la señora *Hermelina Becerra Pérez* pre-

sentó denuncia penal en contra de Fanny Pulido Barón, por los supuestos delitos de tentativa de homicidio y fraude procesal.

En la atestación hizo saber la denunciante que, en unión marital de hecho con el señor *Henry Antonio Pulido Barón*, habían procreado a su hija *Lina Maritza Pulido Becerra* y, por razón de la muerte de su compañero, comenzaron las desavenencias sobre la pertenencia de la masa hereditaria con la señora Fanny Pulido Barón, hermana del finado, quien poseía un poder general del causante sólo hasta el momento de su fallecimiento, a pesar de lo cual la apoderada abusivamente vendió algunos bienes de la herencia.

Como la quejosa acudió ante diferentes autoridades judiciales, se desencadenó una polémica entre los pretensos herederos, pero la denunciada llegó al extremo de contratar los servicios de Carlos Henry Sander Gómez para que le diera muerte a aquélla y a su hija, no sin antes someterlas a la intimidación por medio del envío de sendos sufragios, llamadas telefónicas amenazantes a altas horas de la noche, seguimientos en automotores y motocicletas hasta los lugares de trabajo y estudio, lo mismo que admoniciones y hasta vías de hecho en contra de los compañeros de *Lina Maritza*, con el fin de que se apartaran de ella y a fe que lo lograron, según conductas que realizaba el mencionado intermediario por cuenta de la imputada Fanny Pulido Barón.

En razón de estos hechos, el Fiscal Treinta y Tres de la Unidad Segunda de Investigación Previa y Permanente de Santafé de Bogotá declaró la apertura de la instrucción el 17 de diciembre de 1992 (fs. 22).

Escuchada en indagatoria la imputada Fanny Pulido Barón y allegados diferentes medios probatorios, tales como la transcripción de un "cassette" y el dictamen positivo sobre la muestra de voces que contenía conversaciones entre aquella dama y el individuo *Sander Gómez*, el Fiscal Ciento Once Delegado ante los Jueces Penales del Circuito, al momento de resolver la situación jurídica (abril 30 de 1993), declaró la inexistencia jurídica del delito de homicidio en el grado de tentativa y, en consecuencia, se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de la imputada y, de una vez, declaró extinguida la acción penal en favor de la misma por el delito contra la vida, pero ordenó compulsar copias para investigar los posibles ilícitos de *tortura* o *amenazas personales o familiares*, supuestamente de competencia de la fiscalía regional (fs. 55 y 250).

El expediente se envió a la justicia especial regional, pero el fiscal encargado del caso declinó el conocimiento, en atención a que la competencia para investigar los delitos de amenazas personales o familiares era de los delegados ante los jueces del circuito, jurisdicción en la cual abrió formalmente la instrucción el fiscal 222 Delegado (277 y 290).

Escuchada en indagatoria Fanny Pulido Barón, en razón de la nueva imputación, y declarado persona ausente Carlos Henry Sánder Gómez, en sendos proveídos posteriores fueron consecutivamente afectados con medida de aseguramiento de caución prendaria por el delito de amenazas personales,

conforme con el artículo 26 del Decreto 180 de 1988 (fs. 310, 349, 381, 385, 387 y 397).

La imputación pasó del delito de amenazas personales o familiares al de tortura, según la previsión del artículo 279 del Código Penal, pues así lo dispuso la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior en resolución del 26 de agosto de 1994, por medio de la cual se atendió el recurso de apelación interpuesto en contra de la situación jurídica de la coprocesada *Pulido Barón* (Cuaderno Fiscalía 2ª instancia, fs. 5).

El 4 de enero de 1995, la Fiscal Cincuenta y Siete Delegada calificó el mérito sumarial y, tras advertir que compartía el criterio de la fiscalía de segunda instancia, aclaró que acusaba a los dos procesados por el delito de *tortura en la modalidad de psicológica o moral*, previsto en el artículo 279 del Código Penal y sancionado con pena de prisión que oscila entre uno y tres años de prisión (fs. 425). Esta decisión quedó ejecutoriada el 7 de marzo de 1995 (fs. 457v.).

El juicio fue iniciado por la Juez Veintiséis Penal del Circuito, funcionaria que decretó de oficio la nulidad parcial del trámite respecto del acusado *Sarder Gómez*, a partir de la notificación de la resolución de situación jurídica, en vista de la ausencia de defensa durante esa parte de la instrucción, razón por la cual se produjo la ruptura de la unidad de proceso y continuó el juzgamiento en relación con la procesada *Pulido Barón*, quien fue condenada por medio de sentencia del 31 de agosto de 1995 (fs. 463, 472 y 506).

Como el defensor de la procesada interpuso el recurso de apelación, el Tribunal Superior proveyó en el fallo fechado el 12 de enero de 1996, por medio del cual confirmó el sentido condenatorio de la sentencia de primer grado, pero le introdujo las modificaciones antes señaladas (cuaderno Tribunal, fs. 4).

La demanda de casación

Causal tercera. Con la consideración de que la sentencia del Tribunal proviene de un juicio viciado de nulidad, el demandante propone dos cargos como fundamento de la censura que por la causal tercera de casación formula.

De acuerdo con el primero, el censor acusa el fallo de haber violado el debido proceso y el derecho a la defensa, como producto de la transgresión directa de los artículos 1°, 333 y 362 del Código de Procedimiento Penal, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 279 del Código Penal.

Dice que durante el desarrollo de la actuación que hubo de concluir con la condena de la procesada, existió absoluto descuido de los funcionarios judiciales, hecho evidente de su confusión en el análisis y valoración de la prueba aportada al proceso, pues la fiscalía dio por establecido que la señora Pulido Barón, en asocio de su sobrino *Danilo Melo Pulido*, había afectado fraudulentamente la masa hereditaria dejada por el difunto *Henry Antonio Pulido*

Barón, lo cual suscitó una controversia entre éstos y *Hermelina Becerra Pérez* -concubina del fallecido-, quien denunció a la mencionada dama por haber contratado a *Carlos Henry Sander Gómez* para que atentara contra su vida y la de su hija, amén de haberle promovido una violencia moral por medio de actos intimidatorios como el envío de sufragios y llamadas telefónicas de advertencia.

Es así como se omitió dar cumplimiento a las exigencias de los artículos 249 y 253 del C.P.P., en especial por parte de el Fiscal 222 Delegado, cuando abrió nuevamente la etapa investigativa el 22 de noviembre de 1993, pero también por la Fiscal 57, en el momento que dictó medida de aseguramiento y calificó el sumario con resolución acusatoria.

Adiciona la transgresión del artículo 360 del C. P. P., debido a que en la indagatoria rendida por la acusada el 3 de marzo de 1994, no se le interrogó sobre las supuestas llamadas como tampoco por el envío de sufragios, simplemente por el contenido de un "cassette", es decir, sólo por el hecho que ya había sido investigado y definido por la Fiscalía, no obstante que las sentencias proferidas por el injusto de tortura hacen relación a aquellas maniobras, lo que constituye manifiesto desconocimiento del debido proceso y del derecho a la defensa.

En este orden de ideas, continúa el casacionista, surtida la vista pública y proferido el fallo de condena que impone una pena de sesenta y dos (62) meses de prisión, para el Tribunal no mereció ningún comentario que el Juez de primer grado hubiera sancionado la conducta de acuerdo con el Decreto 180 de 1988, que sería de la órbita de la justicia regional, sino que escuetamente se limitó a reducir la sanción a doce (12) meses, gesto de benevolencia para con la funcionaria *a quo* que contrasta con la inclemencia exhibida en contra de la procesada, pues, de un plumazo, le negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, tras desconocer pronunciamientos de la Corte sobre la forma como tal decisión debe estar supeditada a un juicio razonable, proveniente de la valoración conjunta de la personalidad del sindicado, la modalidad y la naturaleza del hecho punible.

En el segundo cargo por vía de nulidad, el actor refiere la conculcación del principio denominado *non bis in idem*, que consagra el artículo 15 del C. P. P., el cual asegura fue desconocido por el Tribunal, dado que en la investigación adelantada por el fiscal 111 Delegado se tuvo en cuenta el hecho "*de que Fanny Pulido había contratado al sujeto Carlos Sanders (sic) para atentar contra la vida de Hermelina Becerra y su hija, así mismo, que Sanders (sic) había hecho llegar algunos sufragios con amenazas de muerte, igualmente que Sanders (sic) entregó un cassette con la voz de ellos y que la denunciante había recibido llamadas telefónicas amenazantes*", conductas que más tarde fueron extinguidas por preclusión mediante proveído del 30 de abril de 1993, de tal manera que la Fiscal 57 no podía nuevamente investigarlas, en vista de que la decisión había hecho tránsito a cosa juzgada, resultando indebido tomar hechos o circunstancias para una segunda o nueva investigación.

Prevalecía entonces la mentada resolución en la que hubo pronunciamiento sobre las circunstancias resaltadas, la que ejecutoriada hizo tránsito a cosa juzgada, dado que precluyó la investigación, sin embargo "*cambiándose la denominación jurídica del delito, y tomando -irregularmente- las pruebas de un proceso fallado definitivamente, se condenó a Fanny Pulido Barón*", sin tener en cuenta el artículo 15 del Código de Procedimiento Penal, norma que se opone a la nueva averiguación punitiva por los mismos hechos, ni tampoco el artículo 10 del mismo estatuto, en relación con la favorabilidad. Para el libelista, basta comparar los medios de prueba y el análisis jurídico que hiciera el Fiscal 111, con la acusación y los fallos de instancia para comprobar su dicho.

Seguidamente, señala la precariedad en los fundamentos del fallo que están dados por la prueba trasladada, ya que los elementos de convicción recaudados en el proceso que culminó con la preclusión simplemente fueron llevados de éste al otro proceso, sin tenerse presente los artículos 186 y 255 del C. P. P. que señalan el camino de un legal traslado de la prueba.

Se trataría entonces de pruebas inexistentes, que no podían dar al Tribunal la certeza legal por haber dejado de ser producidas conforme con el derecho. La certeza sólo se logra mediante el ejercicio de contradicción, como uno de los elementos del derecho a la defensa, por consiguiente al tomar el *ad quem* irregularmente medios de prueba de un proceso fallado definitivamente, también violó el principio de contradicción, lo cual lleva a la nulidad de pleno derecho de la prueba aportada y no controvertida -artículo 29 de la Constitución-, pues en la determinación de la responsabilidad únicamente pueden considerarse los medios probatorios debidamente aportados al proceso y que hayan podido discutirse.

Solicita la casación del fallo y que, en cumplimiento de lo establecido por el artículo 229 numeral 2° del C. P. P., se libere a la procesada de los cargos que otrora le fueron formulados en la acusación.

Causal primera. Único cargo subsidiario. De manera subsidiaria, el recurrente plantea la violación indirecta de la ley sustancial, debido a un error de hecho cometido por el Tribunal al tergiversar la prueba sobre la cual el Fiscal 111 Delegado había llegado a la preclusión de la investigación dictada el 30 de abril de 1993, decisión que una vez ejecutoriada hizo tránsito a cosa juzgada "*y contra esta decisión no era posible iniciar un nuevo proceso por los 'mismos hechos' así se le hubiera dado una denominación distinta*".

Reitera que el Fiscal 111 desconoció la prohibición contenida en el artículo 15 del C. P. P., en el sentido de no poder disponer el inicio de otra investigación con base en los mismos hechos, por lo que en el segundo proceso instruido y calificado por la Fiscal 37 y que el Juzgado 26 del Circuito culminó con sentencia de condena, la juez "*se vio obligada a tergiversar los mismos hechos analizados y fallados por otro despacho judicial. Se desconoció el principio de favorabilidad de la cosa juzgada*".

Recuerda la obligación que impone la técnica casacional de concretar el cargo y, a manera de resumen, afirma: *"Al tergiversar el Tribunal la preclusión de la investigación de la Fiscalía 111 con el fin de darle una nueva denominación jurídica a hechos que ya estaban cobijados por el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, incurrió, el sentenciador, en ostensible error de hecho violando en forma y por falso juicio de identidad la ley sustancial en su artículo 279 del C.P. por aplicación indebida de la sentencia"*.

Depreca que se case el fallo con la consiguiente aplicación del artículo 229 del C. P. P.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En contravía de la pretensión del demandante, el Procurador Primero Delegado en lo Penal sugiere que el fallo no sea casado, de acuerdo con las siguientes reflexiones:

Causal tercera. Primer cargo. Después de relacionar en detalle la debida forma como procede el ataque en casación tratándose de la causal tercera, afirma que no hay demostración de la clase de nulidad invocada, ni señalamiento de la actuación procesal que debe invalidarse, pero tampoco la manera como las presuntas irregularidades pudieron quebrantar la estructura del proceso y vulnerar el derecho de defensa.

El recurrente se limitó a expresar, sin demostrarlo, el incumplimiento del principio de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba y la vulneración de la libertad probatoria, mas cuando refiere que a la procesada no se le interrogó en la injurada sobre los sufragios y las llamadas amenazantes, el reproche es infundado porque, si se observa el acto, otra cosa es lo que se infiere, además de contarse probatoriamente con la reproducción mecanográfica del "cassette" por el que se le preguntó en la diligencia, el mismo que contiene el diálogo sostenido entre la procesada y el individuo *Sander Gómez*, donde se hace mención de las llamadas y los sufragios.

Segundo cargo. Tras un recuento pormenorizado de las incidencias procesales desde el momento en que *Hermelina Becerra Pérez* denunció los hechos que llevaron al Fiscal 111 a la preclusión del proceso en favor de la sindicada, por considerar que no se había cometido la tentativa de homicidio, sin perjuicio del ulterior trámite que permitió a la Fiscal 57 proferir resolución de acusación por tortura y más tarde al Juzgado 26 Penal del Circuito la condena por el mismo injusto, la decisión asumida con respecto al delito contra la vida *"no significa que la procesada quedaba liberada de los cargos que por tortura se le atribuían en la misma investigación"*.

Aclara que si bien la preclusión obedeció a que no existió principio de ejecución del delito tentado, no es cierto que con ello la Fiscalía se refirió a todos los hechos imputados a la procesada, pues en relación con el envío de sufragios, las llamadas telefónicas y los seguimientos, dispuso su investigación separada por el posible punible de tortura.

Argumenta que no siempre un homicidio ha de estar precedido de amenazas hacia la víctima, por manera que si la investigación en principio adelantada por la Fiscalía concluyó al no haberse dado ejecución a los actos preparatorios (presunta contratación de un tercero para dar muerte a la denunciante), los restantes hechos denunciados son constitutivos del ilícito de tortura, como lo determinó el juzgador en el fallo recurrido.

Del reproche consistente en que son nulas de pleno derecho las pruebas que sirvieron de fundamento a la sentencia, dice que también carece de sustento, en la medida en que por disposición del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal era posible su traslado.

En relación con la negativa del subrogado penal a la acusada, indica que es un reproche ajeno a la causal tercera y propio de la primera por transgresión a la ley sustancial, falencia con la cual se desatiende el principio de autonomía de las causales en casación.

Causal primera. Único cargo. Para el representante del Ministerio Público el cargo no tiene fundamentación, dado que si el demandante expresa que el fallador distorsionó la prueba sobre la cual el Fiscal 111 había llegado a la preclusión, no señala los medios probatorios en que recayó el error y tampoco precisa la manera como fueron tergiversados, aspectos éstos inherentes al yerro de facto alegado.

De lo anterior deduce lo inmotivado de la supuesta transgresión del *non bis in idem*, que además exige identidad del hecho, supuesto que no se da.

Consideraciones de la Corte

1. Nulidad por violación del debido proceso. El demandante propone la nulidad por presunta transgresión del debido proceso, en favor de la sentenciada Fanny Pulido Barón, si bien con indicación de los motivos previstos en los numerales 2 y 3 del artículo 304 del C.P.P., también es cierto que no revela a partir de qué momento procesal debe declararse la invalidez del trámite, omisión con la que se incumplen las exigencias técnicas del recurso extraordinario, las que igualmente deben tenerse en cuenta en el contexto de la causal tercera.

La informalidad de la demanda se advierte aún más cuando el censor discute el grado de credibilidad sobre la base de *"la evidente confusión con relación al (sic) análisis y valoración de la prueba aportada al proceso"*, planteamiento que por ser propio de la causal primera de casación propicia al interior del cargo una dilogía, pues al mismo tiempo que sostiene tal hipótesis de violación indirecta advierte la conculcación de principios tales como el de imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, de libertad probatoria, de investigación integral, así como la falta de verificación de citas hechas por el procesado en su favor, pero en todo caso sin desarrollar de manera metódica ninguna de dichas alternativas, salvo las precarias referencias sobre una aparente irregularidad del Fiscal 222 al decidir *"abrir*

nuevamente la etapa investigativa", y la escueta manifestación de que el instructor dejó de interrogar a la procesada en la indagatoria sobre hechos constitutivos del delito de tortura por el que resultó acusada y más tarde condenada.

No obstante las falencias anotadas, al demandante tampoco le asiste la razón en esta censura. En primer lugar, la Fiscal 222 Delegada no reabrió caprichosamente una investigación que antes se había culminado por preclusión, sino que inició otra diferente por una hipótesis delictiva concurrente de amenazas personales o familiares o tortura (fs. 290), con base en las copias ordenadas por el Fiscal 111 en la Resolución del 30 de abril de 1993, por medio de la cual declaró que no estaba probado el presunto delito de homicidio tentado, pero que no eran irrelevantes las acciones instrumentadas por la procesada tendientes a vulnerar la autonomía personal de las víctimas (fs. 264 y 265).

De tal suerte, el acto cumplía una misión procesal, por lo regular no menos importante en aras del adelantamiento de la investigación por una conducta punible, de ahí que en el mismo proveído en el numeral 2 se hubiese dispuesto escuchar a la señora Fanny Pulido Barón en diligencia de indagatoria.

Ahora bien, en punto de la injurada, ha sido criterio de esta Corte el considerarla garantía procesal que tiende a asegurar el derecho de defensa del imputado, teniendo en cuenta que es la oportunidad que el Estado le brinda para conocer las acusaciones que se le hacen.

Sin embargo, también *debe recordarse que la indagatoria no constituye un acto caracterizado por inamovibles fórmulas en la manera de interrogar sobre los hechos al que en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, o por haber sido sorprendido en flagrancia, se considere autor o partícipe de la infracción penal, sino además un mecanismo legal procesal a través del cual se vincula a la persona, sin someterla al juramento, y en el que el funcionario sólo se limita a exhortarla a que responda de una manera clara y precisa a las preguntas que se le hagan.*

Lo importante es que el interrogatorio al imputado sea pertinente en relación con los hechos que originaron la vinculación, y que no haya limitaciones a su intervención o evasivas a sus requerimientos sobre las constancias y verificaciones que advierta necesarias para su defensa, pues las preguntas simplemente deben ser eficientes, en el sentido de abarcar, por lo menos fácticamente, la infracción o las infracciones imputadas al indagado, de tal forma que pueda ejercer la defensa sobre éstas.

Por eso el hecho de no interrogar por la base fáctica de alguna de las ilicitudes o hacerlo de manera deficiente, es lo que en últimas configura la violación a los principios del contradictorio y la defensa.

En este caso, no se advierten los vacíos u omisiones que sin concreción señala el defensor, en la medida en que como con acierto lo plasmó el Procu-

rador Delegado, no es cierto que a la procesada se le haya dejado de indagar sobre las amenazas y el envío de sufragios -hechos determinantes de la tipicidad del comportamiento atribuido-, pues, de acuerdo con la diligencia de indagatoria practicada el 3 de marzo de 1994, no cabe la menor duda de que cuando el funcionario la interrogó acerca del contenido del "cassette", que daba información sobre las presiones indebidas, ello es indicativo de la manera como a la imputada se le dieron a conocer los hechos constitutivos de la infracción por la que más tarde fue acusada y condenada, amén de que de entrada ella manifestó el conocimiento de la queja instaurada en su contra por la señora *Hermelina Becerra Pérez "sobre unas denuncias de amenazas"*, hechos en relación con los cuales dio explicaciones libremente, hasta el punto de sostener que las grabaciones e imputaciones de amedrentamiento se debían a una con fabulación de la denunciante con el sujeto *Carlos Henry Sander Gómez*, quien además actuaba estimulado por la paga (fs. 310 y siguientes).

Por lo demás, no sobra advertir que el conocimiento sobre los hechos que en tal sentido comprometían a la ciudadana, llegó a permitirle a su defensor atacar la mencionada prueba documental -contentiva de las amenazas y el envío de sufragios-, de tal manera que en los alegatos de conclusión desconoció su valor legal con fundamento en tesis expuestas por la Fiscalía General (fs. 423 y 424).

De igual manera, no ha sido debidamente sustentado el cargo propuesto por la misma vía de la causal tercera, en el sentido de que el Tribunal no hizo ningún tipo de análisis sobre el error cometido por el *a quo*, cuando aplicó una norma de la justicia regional en perjuicio de la procesada, razón por la cual el revisor *ad quem* simplemente redujo la pena a un año de prisión y negó *ad libitum* el subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Pues bien, en relación con la aplicación que el juzgado de conocimiento hizo del artículo 24 del Decreto 180 de 1988, con el fin de sancionar el delito de tortura, ciertamente se sugiere un problema de incompetencia que daría lugar a nulidad de la actuación procesal, pues, como quiera que tal precepto, emitido en uso de las facultades de estado de sitio, fue convertido en legislación permanente por el artículo 4° del Decreto 2266 de 1991, entonces el conocimiento del hecho delictivo correspondería a los jueces regionales que en la oportunidad todavía existían, según lo previsto en el numeral 4° del artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, antes de la modificación introducida por el artículo 5° de la Ley 504 de 1999.

Sin embargo, *no puede perderse de vista que el artículo 24 del Decreto 180 de 1988 no subrogó el artículo 279 del Código Penal, sino que adicionó al ordenamiento jurídico penal la modalidad especial de "tortura con fines terroristas", de acuerdo con la siguiente redacción:*

"Artículo 24. Torturas. El que en cumplimiento de actividades terroristas, someta a otra persona a tortura física o síquica, incurrirá en prisión de 5 a 10 años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor" (se ha destacado).

Así entonces, la resolución acusatoria se expidió por el delito de tortura previsto en el artículo 279 del Código Penal, como infracción que atenta contra la autonomía personal, cuya pena oscila entre uno y tres años de prisión, y allí mismo se dejó plasmada la diferencia de tal figura delictiva con su homóloga prevista en el artículo 24 del Decreto 180 de 1988 (fs. 432).

De modo que el error fue cometido por la juez de primera instancia que, sin atender el principio de congruencia, condenó por la modalidad especial de tortura con fines terroristas, sin embargo de lo cual tal yerro fue enmendado por el Tribunal, como podía hacerlo porque no se trataba de empeorar sino de adecuar la situación jurídica de la procesada (C. P. P., art. 217), máxime que así se garantizaba el debido proceso y la defensa al fallar de conformidad con la acusación:

Es que el fiscal acusador, en uso de los argumentos expuestos por su superior funcional en la resolución que revisó la medida de aseguramiento impuesta a la procesada, entendió que se trataba de intimidaciones desplegadas en el ámbito restringido de la comunicación entre dos personas o de miembros de una familia, sin connotación terrorista por su trascendencia al núcleo social, ni ánimo de desestabilizar las instituciones democráticas, ni dirigidas a causar alarma en la población (cuaderno principal, fs. 432 y 433; cuaderno Fiscalía 2ª instancia, fs. 10, 11 y 12).

No hubo entonces silencio cómplice en el fallo cuestionado, por el contrario, se introdujeron los correctivos dentro de los límites de la competencia funcional y, en razón de dicho argumento adicional, tampoco puede prosperar la nulidad alegada.

En cuanto a la negación arbitraria del subrogado penal, no sólo es algo que así presentado riñe con la conformación de la causal de nulidad, sino que el actor tampoco enseña errores de hecho o de derecho que se hayan podido cometer, menos cuáles fueron los motivos repudiables para la falta de aplicación del artículo 68 del Código Penal.

2. *Otras transgresiones al debido proceso*. En esta ocasión, el demandante propone la nulidad con base en tres planteamientos, a saber: la presunta violación del principio rector del *ne bis in idem*, el desconocimiento de las normas que rigen el traslado de la prueba y, una vez más, la indebida negación del subrogado penal de la condena de ejecución condicional en favor de la procesada.

2.1 Sobre la presunta violación del principio rector del *ne bis in idem*, sea lo primero afirmar que el censor en parte alguna indica cuál sería el motivo de invalidación de la actuación procesal, de conformidad con las causales señaladas en el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

La orientación del cargo busca poner de presente que en la investigación adelantada por el Fiscal 111 Delegado se "*tuvo en cuenta el hecho de que Fanny Pulido había contratado al sujeto Carlos Sanders (sic) para atentar contra la vida de Hermelina Becerra y su hija, así mismo que Sanders (sic) había hecho llegar*

algunos sufragios con amenazas de muerte, igualmente que Sanders (sic) entregó un cassette con la voz de ellos y que la denunciante había recibido llamadas telefónicas amenazantes", razón por la cual la Fiscal 57 no podía investigar los mismos hechos, así les haya cambiado la denominación jurídica, pues existía una decisión que tenía la característica de la cosa juzgada.

A pesar de la falencia formal antes indicada, al igual que en el cargo anterior, la Corte hará examen de la situación planteada en procura de las garantías fundamentales y la preservación de la facultad oficiosa que tiene a su cargo tratándose de las nulidades.

La garantía fundamental del *ne bis in idem*, consagrada internamente en el artículo 29 de la Constitución, y que se desarrolla como norma rectora en los artículos 9 y 15 de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, respectivamente, e internacionalmente reconocida en el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos -artículo 14, N° 7-* y la *Convención Americana de derechos humanos -artículo 8, N°4-*, aceptados por Colombia mediante las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, impone la prohibición de la persecución penal múltiple por los mismos hechos, sin dar cabida al pretexto de una denominación jurídica distinta.

De tal manera que no es posible revivir una acción penal ya fenecida o que respecto de un mismo hecho puedan las autoridades penales perseguirlo simultáneamente, ni siquiera por razones de competencia, ya que para evitarlo existen normas sobre competencia a prevención y colisión de competencias (artículos 80 y 97 del C. P. P.).

En el caso *subexamine*, dice el demandante que la decisión adoptada por el Fiscal 111 Delegado, fechada el 30 de abril de 1993, incluía aquellos hechos en virtud de los cuales posteriormente la Fiscal 57 inició otro proceso, cuyo resultado fue la condena impuesta a la procesada por el injusto de tortura, conforme con el artículo 279 del Código Penal.

No empece, en claro desconocimiento de la regla lógica de la razón suficiente, la cual se requería para la demostración cabal del cargo, lo que se encuentra es que el censor reconoce cómo en la parte resolutiva de la mentada providencia el fiscal determinó que algunos de los hechos -envío de sufragios, llamadas telefónicas y seguimientos en vehículos-, por la relevancia penal que tenían no podían dejar de ser investigados por el competente porque constituían un delito diferente a aquél por el cual extinguía la acción penal, esto es, el de homicidio tentado.

En ese orden de ideas, el demandante no establece que los comportamientos que fueron objeto de conocimiento y decisión sean los mismos tenidos en cuenta en la ulterior investigación adelantada por el delito de tortura. En efecto, son dos acontecimientos históricos diferenciables: hacer llamadas telefónicas amenazantes, enviar sufragios e ir tras las rutas de las víctimas, son conductas que objetiva y subjetivamente, por sí solas, están encaminadas a violentar la *autonomía personal*, como bien jurídico tutelado en el Libro

Segundo, título X, capítulo 3° del Código Penal; en cambio, contratar los servicios de un sujeto para que le de muerte a las mismas personas amenazadas, es un comportamiento que trasciende el ámbito de la libertad de autodeterminación y se orienta a otro bien jurídico protegido que es la *vida*, así el fiscal competente haya declarado que el último acto era meramente preparatorio y no ejecutivo del delito de homicidio.

Es que, *además de la discriminación por los bienes jurídicos amparados, adicionalmente son distintas las conductas rectoras materiales de los hechos punibles de tortura y homicidio tentado, pues en la primera consiste en "someter a otra persona a tortura física o síquica" (art. 279 C. P.), cometido que en este caso se logra mediante las llamadas telefónicas, los sufragios y los seguimientos; mientras que el principio de ejecución del delito contra la vida partiría de la exteriorización de una conducta que ingresara dañinamente en ese ámbito de relación, más allá de la afectación de la autodeterminación de las personas (art. 323 ídem).*

Por lo visto, el asedio psíquico a las víctimas fue un comportamiento básico distinto al de preparar o ejecutar la muerte de las mismas, que fáctica y jurídicamente le cumplen a dos tipicidades distintas, razón por la cual el primero (en sus variadas modalidades de llamadas, envíos documentales o seguimientos), no podía considerarse normativamente integrado como elemento o circunstancia del segundo. Se configuraba entonces un concurso material de delitos, de conformidad con el artículo 26 del Código Penal.

Así las cosas, la decisión tomada por el Fiscal 111 sobre un supuesto delito contra la vida en la modalidad tentada, bajo ningún punto de vista podía frenar una futura investigación referida a hechos cuyo carácter punible de manera inequívoca había definido la ley penal como constitutivos de tortura, por ende potencialmente transgresores del bien jurídico distinto de la autonomía personal.

De ahí el acierto del Procurador Delegado, quien para aclarar el asunto precisó que *"no siempre el delito de homicidio ha de estar precedido de amenazas hacia la víctima"*, lo que al parecer es uno de los soportes del criterio del censor para afirmar que los hechos que sirvieron de apoyo para el esclarecimiento de la comisión del delito de tortura, eran los mismos que ya habían sido investigados como parte esencial del delito contra la vida; pero no, pues, como bien se lee en la resolución del Fiscal 111 Delegado, la extinción de la acción por el último injusto no fue determinada por una insuficiencia de daño o peligro en las llamadas, las amenazas o el envío de sufragios, sino en vista de la inejecución de actos concretos tendientes a eliminar la dama.

De esta forma, si bien en principio el fiscal instructor tuvo a su conocimiento la totalidad de los hechos denunciados por la señora *Hermelina Becerra Pérez*, no por lo mismo puede afirmarse que la medida tomada por él diera a entender que la decisión se refería a todos ellos, pues, por el contrario, el fundamento y la resolución resaltan que se fenecerá la acción penal por la conducta relacionada con la vida, pero que debían investigarse separada-

mente los comportamientos que autónomamente atacaban la libertad de autodeterminación, aunque en este último caso equivocadamente, en su momento, el funcionario señalaba una competencia distinta.

2.2 Ahora bien, *en relación con el planteamiento referido a la prueba trasladada, otras de las vertientes del ataque por falta al debido proceso, debe de entrada decirse que la ilegalidad de los elementos de convicción no puede controvertirse en casación por medio de la causal tercera (nulidad), sino a través de la primera (violación indirecta de la ley sustancial), ya que en últimas el yerro judicial consistiría en apreciar unas pruebas que jurídicamente son inexistentes, lo que en la doctrina jurisprudencial ha recibido el nombre de error de derecho por falso juicio de legalidad.*

En efecto, de acuerdo con el artículo 29 de la Carta, "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", contenido normativo superior que indica que cuando se violan las formas sustanciales de cada medio probatorio o éste se introduce con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal.

Entonces, si hipotéticamente en el proceso no existieran otras pruebas válidamente evacuadas y suficientes para sostener la condena, admitida la irregularidad sustancial de las atacadas, debería optarse por la sentencia absolutoria y no por la invalidación del trámite, en aplicación de los principios de presunción de inocencia y el de la duda en favor del reo.

No obstante lo dicho, el recurrente pierde la orientación del recurso extraordinario y más bien asegura que también se violó el derecho a la defensa por falta de contradicción, sin parar mientes en que el requerimiento de la trascendencia de la irregularidad demanda una indicación de la manera concreta como se obstaculizó el conocimiento y el ataque de las pruebas, pues nada útil tributa al proceso y a las partes la desestimación de unos medios de convicción que todas maneras cumplieron el objetivo global para el cual fueron trasladados, esto es, ser advertidos y tener la posibilidad de ser afirmados o confutados por todos los sujetos procesales (C. P. P., arts. 186 y 255).

En efecto, a este proceso se trasladaron del trámite inicial, en copia auténtica, el dictamen espectrográfico y las inspecciones judiciales realizadas al Banco Popular, sucursal Las Nieves, al Banco Ganadero, sucursal Unicentro, y al proceso radicado número 0219, y, aunque se echa de menos las notificación prevista en el artículo 186 citado, no puede por ello acreditarse transgresión en detrimento de la procesada, pues días después de haberse logrado la incorporación de las mencionadas unidades de información al proceso -10 de marzo de 1994, folio 341- y antes de haberse decidido la situación jurídica de la imputada -15 de marzo de 1994, folio 349-, el defensor solicitó copias de toda la actuación procesal -folios 342 y 343-.

De modo que, según lo ocurrido con posterioridad a la irregularidad advertida, es dable entonces concluir que a la luz de la regla de la

instrumentalidad de las formas, el acto cumplió con la finalidad para la cual estaba destinado -artículo 308, numeral 1°-, motivo por el cual con la actitud del defensor a las claras quedó satisfecha la publicidad y la contradicción, elementos básicos del derecho a la defensa en materia de prueba trasladada.

En relación con la reincidencia en la censura por negación del sustituto penal de la condena de ejecución condicional, cobran vigencia los argumentos intercalados en respuesta a un cargo anterior.

Con todo, a pesar de la deficiencia técnica, tampoco se percibe la arbitrariedad que señala el demandante, pues debe decirse que la sentencia no se integra sólo con las conclusiones, sino que éstas se deben a las premisas, y en una de las cuales, de manera lógica, expresó el *ad quem* que *"teniendo en cuenta las modalidades y gravedad del hecho delictivo realizado, lo perverso de los fines buscados y la personalidad de la procesada, no procede en su favor el otorgamiento de la condena de ejecución condicional"*.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

3. *Violación indirecta de la ley sustancial (cargo en subsidio).* Esta objeción, planteada subsidiariamente por el censor, al igual que las anteriores, no está llamada a prosperar por sus carencias en la construcción del juicio técnico requerido por el recurso extraordinario de casación.

En efecto, el demandante propone la violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho, *"al tergiversar el Tribunal la preclusión de la investigación con el fin de darle una nueva denominación jurídica a hechos cobijados por el fenómeno jurídico de la cosa juzgada"*; sin embargo no hace esfuerzo mínimo alguno por destacar cómo en verdad, sobre la supuesta base de que la decisión del Fiscal 111 resultó distorsionada, el nuevo proceso seguido por tortura no contó con medios probatorios diferentes, de tal manera que por ello el funcionario haya basado el fallo exclusivamente sobre un medio afectado por el error.

Es decir, el actor abandona el cargo en la mera opinión, pero olvida la insustituible obligación de demostrar la trascendencia del error, dada la naturaleza rogada del recurso y el ingreso de la sentencia a sede extraordinaria con las notas de acierto y legalidad, únicamente destronables a través de la adecuada formulación del cargo, la puesta de presente de los yerros y la potencialidad de éstos para derruirla por la falta ostensible de legalidad, razón de ser del recurso extraordinario, el cual no es una tercera instancia, como bien lo ha sostenido de manera pacífica la jurisprudencia de la Corte y la doctrina, sino un auténtico juicio de confrontación legal de las decisiones censuradas.

Desde este punto de vista, fácil es observar la persistencia del casacionista en el entendido de que los hechos por los cuales fue juzgada la señora *Pulido Barón* y encontrada responsable por el injusto de tortura, fueron los mismos que en su momento procesal llevaron al fiscal 111 a extinguir la acción penal

en su favor por el delito de homicidio tentado, pero sin lograr adecuar su dicho al cargo que por causal primera presenta en esta oportunidad. Por lo demás, no obstante la informalidad, la determinación de su querer e inquietud sobre el tema del *ne bis in idem*, dio lugar a una respuesta que ya se extendió en párrafos precedentes.

Habrá de desestimarse el cargo.

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.

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, (no hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA-Consonancia entre la acusación y la sentencia/**FLAGRANCIA**-Requisitos/**CONFESION**-Fundamento de la sentencia/**FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO**-Agravada por el uso-Pena

1. Cuando se trata de procedimiento abreviado, sea que se lleve a cabo por la vía de la sentencia anticipada o por el camino de la audiencia especial, la consonancia que la legislación exige entre la acusación y la sentencia, se refiere a los cargos formulados en la diligencia respectiva y contenidos en el acta levantada con la finalidad de proferir el fallo prematuro, no con lo consignado en la resolución mediante la cual se impuso medida de aseguramiento al sindicado, en razón a la oportunidad procesal en que se hizo la manifestación aceptando los cargos.

2. Con razón la Delegada en opinión que la Sala comparte, señaló que en el presente evento operó la configuración jurídica de la flagrancia, en los siguientes términos:

"En el caso de la especie, por ejemplo, la estafa requería la realización de diferentes pasos -y por tanto la ejecución de varios actos- para obtener el incremento patrimonial ilícito: la falsificación de los documentos de identidad, la apertura de las cuentas de ahorro, la adulteración de los documentos que acreditaran las consignaciones inexistentes, la determinación de la fecha cuando documentariamente tales abonos habían sido registrados en la Caja de Crédito Agrario, la determinación del saldo que arrojaban las cuentas y finalmente el retiro de efectivo, con lo que se obtendría el lucro indebido".

"Todas estas etapas, por consiguiente, constituyen actos propios del delito cometido y por tanto, el sorprendimiento del autor en cualquiera de ellas, implica el estado de flagrancia en tanto que son conductas dirigidas a la consumación del hecho punible".

3. Si bien es cierto que confesión y flagrancia no se repelen para descartar de plano la aplicación de la diminuente que con ahínco se invoca en la demanda, ello en manera alguna es suficiente para determinar la prospe-

ridad del cargo que se postula, puesto que, conforme ha sido establecido de antiguo por la jurisprudencia de la Corte, "sigue siendo indispensable que la confesión sea el 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 el 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 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" (cas. Sept.29/93. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

4. "Es verdad que la redacción definitiva del inciso 2º del artículo 222 no fue tan clara en este punto como la del inciso final del artículo 246 del Anteproyecto de 1974; no obstante, la solución jurídica se mantuvo; la referencia que allí se hace al "inciso anterior", apunta al documento público falso como objeto material de la conducta, no a la pena allí consagrada, pues que ella se refiere a la bien distinta hipótesis del simple uso de documento público falseado por otro; por manera que la pena base a la que ha de agregarse el incremento punitivo señalado en el inciso 2º del artículo 222, no puede ser otra que la prevista para la concreta especie de falsedad documental en que haya incurrido el que ahora usa el documento por él mismo falsificado (arts. 218 a 220). Esta interpretación histórico-sistemática; por lo demás, resulta mucho más coherente en el ámbito de la punibilidad, que la que se desprendería de la mera literalidad del texto examinado, pues si remitimos la agravación punitiva del inciso 2º del artículo 222 a la pena señalada en su inciso primero, tendríase que quien solamente falsifica documento público sería sancionado con pena de 3 a 10 años de prisión si fuere empleado oficial o de 2 a 8 años si actuase como particular, al tiempo que quien además de falsificar el documento público lo usa, resultaría penado con prisión mínima de un año y un día hasta 8 años y un día, y máxima de 18 meses a 12 años, sanción esta, en promedio, menor de la prevista para el solo delito de falsedad documental, lo que resulta ciertamente ilógico" (Cas. Feb.23/84. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).

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

Magistrado Ponente Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado Acta No. 199 Proceso Nº 9847

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar condenó al procesado Miguel Tomás Ariza Alí por el concurso de delitos de falsedad material de particular en documento público y estafa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Con ocasión de los controles administrativos impuestos por el Gerente de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Valledupar, debido a la sustracción de las bóvedas de seguridad de la suma de $94.618.620.oo ocurrida en noviembre de 1993, cuyo hecho estaba siendo investigado por la Fiscalía Diecisiete de la Unidad de Previas y Permanentes de esa ciudad, se estableció que en los meses de octubre y noviembre de mil novecientos noventa y tres, en la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Becerril (Cesar), se abrieron las cuentas de ahorros distinguidas con los números 2405003264-3 a nombre de Efraín Orozco Orozco y 2405003262-7 de José Joaquín Rodríguez González, para lo cual se usaron documentos de identificación falsos.

Mediante consignaciones ficticias sobre esas cuentas, hechas figurar como realizadas en las poblaciones de La Paz, Bosconia y Pueblo-Bello, cuyas operaciones se introducían en el sistema por John Jairo Cujía Maldonado, empleado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Sucursal Valledupar, se defraudó a esta entidad oficial en la suma de $21.149.000.oo, cuyos recursos fueron retirados por Miguel Tomás Ariza, Camilo Rodríguez Munevar y Arturo Orlando Cáceres Mora.

Dispuesta la separación de las investigaciones, y asumido por la Fiscalía Décima Especializada el conocimiento de la defraudación cometida a través de las dos cuentas de ahorros, el 5 de noviembre de 1993 en el Municipio de Becerril, se dio captura a Miguel Tomás Ariza Alí, en momentos en que llevaba consigo la cédula de ciudadanía número 8.675.405 expedida a José Joaquín Rodríguez González, producto de falsificación integral, y la libreta de ahorros número 2405003262-7 abierta a nombre de éste último, con cuyos documentos se acercó a la Caja Agraria de esa localidad a averiguar por el saldo disponible con el propósito de efectuar un retiro de fondos.

En la diligencia de indagatoria, Ariza Alí afirmó que a instancias de un conocido suyo de nombre Chepe Algarín, con una cédula falsa suministrada por éste, abrió la cuenta de ahorros en la Caja Agraria de Becerril, de la que procedía a retirar los fondos allí consignados los cuales entregaba a Algarín y que por esta gestión recibía algún dinero.

Igualmente fueron vinculados al proceso John Jairo Cujía Maldonado, Luis Antonio Meza Granados, Arturo Orlando Cáceres Mora, Camilo Rodríguez Munevar, Joaquín Francisco González Rodríguez, Orlando de Jesús García Barros, María Marleny Vasco Galvis, y Edelber Escobar Romero.

Por proveído de once de noviembre de mil novecientos noventa y tres, la Fiscalía definió la situación jurídica entre otros de Miguel Tomás Ariza Alí, contra quien profirió medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de estafa y falsedad material de particular en documento público (fls. 199 y ss. 1).

Ejecutoriada esta determinación, el procesado Ariza Alí solicitó "se dicte Sentencia Anticipada, con fundamento en el artículo 3º de la Ley 81 de 1993, la cual modificó el artículo 37 del Decreto 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal)" y agregó que "acepto los cargos endilgados en mí contra, en lo que respecta al *uso de documento público falso y estafa*, respectivamente" (fl. 170-2).

Ordenado por la Fiscalía el trámite previsto en la referida disposición, escuchó en ampliación de indagatoria al procesado, y llevó a cabo la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada, en la cual lo acusó "por la comisión a título de autor del punible de Falsedad Material de Particular en Documento Público, más la circunstancia de agravación por el uso de esos documentos públicos falsos y el punible de estafa, en concurso material homogéneo y sucesivo. Punibles sancionados en los artículos 220, inciso segundo del artículo 222 y el 356 del Código Penal, más la circunstancia de agravación punitiva de los numerales 1 y 2 del artículo 372 del mismo Código", y luego de referirse a los fundamentos fácticos de la acusación e interrogar al sindicado sobre su aceptación de los cargos formulados, éste respondió: "Sí acepto los cargos y pido que me tenga en cuenta la confesión que hice en mi indagatoria" (fls. 259 y ss).

Remitido el diligenciamiento al Juzgado Octavo Penal del Circuito, mediante sentencia anticipada proferida el veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, culminó la instancia condenando al procesado Miguel Tomás Ariza Alí, a las penas principales de cincuenta y seis (56) meses de prisión y multa en cuantía de ciento cincuenta mil pesos ($150.000.oo), la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena privativa de libertad, y le impuso la obligación de pagar solidariamente a la Caja Agraria la suma de $21.149.000.oo por concepto de los perjuicios materiales ocasionados con su conducta, al encontrarlo penalmente responsable de los delitos de estafa y falsedad material de particular en documento público, imputados en el acta de formulación de cargos, al tiempo que le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Contra esta determinación, la Fiscal Acusadora interpuso recurso de apelación, por considerar que el juzgador de primer grado en orden a individualizar la pena, no contempló las circunstancias de agravación previstas por los ordinales 1 y 2 del artículo 372 del Código Penal, las cuales fueron imputadas en la diligencia de formulación de cargos para sentencia anticipada.

Mediante fallo de segundo grado proferido el veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, al desatar la alzada, el Tribunal Superior modificó el quantum de la pena privativa de libertad, para imponerle al procesado

sesenta meses de prisión en lugar de los cincuenta y seis deducidos en la primera instancia, y confirmó en sus restantes partes la sentencia materia de impugnación.

Contra esta determinación, oportunamente el defensor de Ariza Alí interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el *ad quem*, y dentro del término legal presentó el correspondiente libelo sustentatorio el cual se declaró ajustado a las prescripciones legales (fl. 3 cno. Corte).

LA DEMANDA

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

Primer cargo

Se denuncia por el actor que la sentencia no guarda consonancia con los cargos formulados en la acusación, pues "existe una oposición manifiesta entre lo resuelto por la Fiscal Décima cuando resuelve (sic) la situación jurídica con medida de aseguramiento equivalencia (sic) con la resolución de acusación".

Aduce al respecto que los únicos punibles atribuidos al procesado fueron estafa y falsedad material de particular en documento público. No obstante, prosigue, los juzgadores le atribuyeron "otra conducta que tiene que ver con el uso del documento público falso" con lo cual se aumentó la pena de 56 a 60 meses de prisión, y se le privó del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Segundo cargo

Con apoyo en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el actor aduce que la sentencia es violatoria del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, por error de hecho en la apreciación probatoria.

En ese sentido expone que en la diligencia de indagatoria, el sindicado informó sobre las circunstancias que rodearon la realización de los hechos materia de investigación, y que esta confesión, llevada a cabo con las formalidades establecidas por la norma dejada de aplicar, no fue tenida en cuenta en el proceso de individualización judicial de la pena, que le reportaba una reducción de una sexta parte, con el argumento expuesto por los juzgadores de haber sido capturado en situación de flagrancia.

Contrario a lo declarado en el fallo, alega el censor que Miguel Tomás Ariza Alí no fue sorprendido en el momento de cometer el delito de estafa por cuanto desde los días 1º, 8 y 22 de octubre de 1993, habían sido efectuados los retiros fraudulentos de la Caja Agraria; en el momento de su captura no se le encontró en su poder dinero perteneciente a la entidad afectada, y tampoco fue perseguido por la autoridad, toda vez que la aprehensión se llevó a cabo cuando procedía a solicitar el saldo de la cuenta de ahorros.

Tercer cargo

Tomando como fundamento de su alegación la causal primera prevista por el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, postula violación indirecta por "error de hecho en la aplicación de una norma de derecho sustancial".

Aduce que a efectos de dosificar la pena, el Tribunal tomó en consideración una agravante no prevista para el delito de falsedad material de particular en documento público, y "por el afán de endilgarle otra conducta a mi cliente que es el uso de documento público falso, evidentemente cometido y confesado", incurrió en el error de aplicarle la agravante prevista por el artículo 222 del Código Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Respecto del primer cargo postulado contra el fallo del Tribunal, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que el planteamiento expuesto por el impugnante carece de sustento, toda vez que por disposición del artículo 5º-2 de la Ley 81 de 1993, en tratándose de las figuras de la sentencia anticipada y la audiencia especial, la consonancia que debe existir entre la acusación y el fallo, se predica de los cargos formulados en el acta previa a la sentencia, no con lo consignado en la providencia mediante la cual se define la situación jurídica del procesado.

En este caso, luego de observar el contenido de la diligencia plasmada en el acta de formulación de cargos, y los fallos de primero y segundo grado, concluye la delegada que no existe la inconsonancia planteada por el recurrente, razón por la cual la censura debe ser desestimada.

2. En cuanto hace al segundo motivo de invalidación propuesto por el casacionista, relacionado con la omisión por el fallador de aplicar la consecuencia prevista por el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, advierte el Procurador que esta censura debe ser analizada desde la perspectiva de la violación directa de la ley sustancial, no por la vía indirecta como fue propuesta, toda vez que al desarrollarla no se denuncia un error en la apreciación de la prueba de confesión, sino la interpretación errada del precepto que establece la diminuente punitiva en los casos en que la confesión se halle acreditada.

Esto lo colige la Delegada del planteamiento expuesto por el libelista en el sentido de que se omitió aplicar la reducción punitiva establecida para los casos de confesión, sobre la base de haber sido sorprendido en flagrancia en el momento de cometer el delito de estafa, puesto que al producirse su captura no se le encontró dinero perteneciente a la entidad bancaria, ni fue perseguido por la autoridad.

Frente a lo dicho en la demanda, la Delegada es partidaria de declarar la improsperidad del cargo, ya que de acuerdo con la definición de flagrancia que hace el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, no existe dificul-

tad para determinar la posibilidad de sorprendimiento cuando éste es simultáneo con la única acción desplegada por el autor para cometer el hecho punible. En otros eventos, sin embargo, en los cuales la acción delictiva está constituida por varios actos o funciones de los diversos partícipes, que de acuerdo con el plan trazado permiten el paulatino agotamiento del delito, el sorprendimiento en cualquiera de las etapas o actos propios de la ejecución de la conducta, implica el estado de flagrancia en la medida en que el comportamiento se dirige a la consumación del hecho punible.

En el caso, de acuerdo al plan trazado, el delito de estafa requería la realización de distintas actividades en orden a la consecución del fin propuesto, tales como la falsificación de los documentos de identidad, la apertura de las cuentas de ahorro en la entidad bancaria, la adulteración de documentos que acreditaran las consignaciones efectuadas, la determinación de la fecha de los abonos por la Caja, el establecimiento del saldo que arrojaban las cuentas y, finalmente, el retiro del dinero con el cual se lograba el lucro indebido, las que, si bien individualmente consideradas, algunas de ellas no dan lugar a concluir qué se esté en presencia de un delito en proceso, al examinarse dentro del plan delictivo permiten al investigador establecer que el delito se está cometiendo en el momento.

Ello fue lo que ocurrió en el evento *sub exámine*, pues a Ariza Ali se le sorprendió en las instalaciones de la Caja Agraria en momentos en que averiguaba por el saldo disponible en la cuenta abierta fraudulentamente, a través de la cual se consumaba, como ya había sucedido con anterioridad, la defraudación patrimonial a la entidad afectada, indicando ello que fue sorprendido en el momento de realizar el hecho punible.

Concluye de lo expuesto, que al haber sido sorprendido y capturado Ariza Alí en situación de flagrancia, no se hace acreedor a la rebaja punitiva prevista por el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, y, en tal medida, al no existir en la sentencia impugnada interpretación errónea de la ley sustancial, el cargo propuesto merece ser desestimado por la Corte.

3. Frente a la última de las censuras que el actor propone contra el fallo del Tribunal, considera la Delegada que debió ser postulada al amparo de la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial en la modalidad de aplicación indebida del inciso segundo del artículo 222 del Código Penal, como circunstancia de agravación de la conducta definida por el artículo 220 *ejusdem*, no por la vía indirecta como se formula en la demanda, puesto que el libelista parte de sostener que el uso del documento público falso no está previsto como agravante específico del delito de falsedad material de particular en documento público y que el juzgador aplicó dicha disposición con el sólo propósito "de endilgarle otra conducta" al procesado.

En la actuación aparece claro que Tomás Ariza Alí hizo entrega de su fotografía para la elaboración de la cédula falsa y que además utilizó el documento falsificado para retirar sumas de dinero en detrimento patrimonial

de la entidad bancaria, con lo cual realizó no solo el tipo de falsedad material de particular en documento público sino que configuró la circunstancia de agravación prevista por el artículo 222 inciso segundo del Código Penal, conforme ha sido dilucidado por la jurisprudencia de la Corte, y reiterado a partir del pronunciamiento de 23 de febrero de 1984, con ponencia del Magistrado Alfonso Reyes Echandía.

Por esto, considera que el uso del documento público falso, cuya conducta recoge el inciso segundo del artículo 222 del Código Penal como causal de agravación para las distintas modalidades de falsedad documental previstas en la ley, fue correctamente aplicado en los fallos de instancia, siendo esto razón suficiente para que el cargo no logre prosperidad en sede de casación.

Acorde con lo expuesto, concluye el Procurador su Concepto, solicitando de la Corte no casar la sentencia materia de impugnación extraordinaria (fls. 7 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA

La Corte se ocupará de analizar las censuras en el mismo orden en que ellas han sido presentadas en la demanda.

Cargo primero

Como ya se advirtió en el resumen del libelo impugnatorio, al amparo de la causal segunda de casación se denuncia que el fallo no guarda consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

No obstante el enunciado, y cuando era de esperarse que el desarrollo y demostración apuntara a acreditar el motivo de invalidación en que se apoya la propuesta, en el sentido de que a pesar de haber sido unos los cargos aceptados por el procesado en el acta de su formulación con miras al proferimiento de la sentencia anticipada, y que ésta se produjo por otros de distinto *nomen juris*, indebidamente el libelista realiza la confrontación del fallo con los fundamentos jurídicos plasmados en la providencia mediante la cual se le impuso medida de aseguramiento, la cual considera equivalente con la resolución de acusación.

Este planteamiento así expuesto, en verdad como lo dice la Delegada, carece en absoluto de sustento, de una parte porque por expresa disposición legal (art. 5º-2 de la Ley 81 de 1993, vigente para el momento de la diligencia de formulación de cargos), *cuando se trata de procedimiento abreviado, sea que se lleve a cabo por la vía de la sentencia anticipada o por el camino de la audiencia especial, la consonancia que la legislación exige entre la acusación y la sentencia, se refiere a los cargos formulados en la diligencia respectiva y contenidos en el acta levantada con la finalidad de proferir el fallo prematuro, no con lo consignado en la resolución mediante la cual se impuso medida de aseguramiento al sindicado, en razón a la oportunidad procesal en que se hizo la manifestación aceptando los cargos.*

Con todo y este desacierto, de suyo suficiente para declarar la improsperidad del cargo postulado en la demanda, como resultado de cotejar el contenido del acta levantada a instancias del procesado el veintiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro, en la cual la Fiscalía acusó a Miguel Tomás Ariza Alí de manera formal de la realización típicamente antijurídica del concurso de delitos de falsedad material de particular en documento público y estafa, con las sentencias culminatorias de las instancias ordinarias, ninguna incongruencia se advierte, como pasa a precisarse:

En efecto. En la diligencia de formulación de cargos, el funcionario acusador así los concretó:

"...La Fiscalía de acuerdo a la solicitud de Sentencia Anticipada le formula los siguientes cargos por la comisión a título de autor del punible de Falsedad Material de Particular en Documento Público, más la circunstancia de agravación por el uso de esos documentos públicos falsos y el punible de Estafa en concurso material homogéneo y sucesivo. Punibles sancionados en los artículos 220, inciso segundo del artículo 222 y el 356 del Código Penal, más la circunstancia de agravación punitiva de los numerales 1 y 2 del artículo 372 del mismo Código, le hace a usted la Fiscalía estos cargos ya que de las pruebas relacionadas en las sumarias, se observa que usted y los demás procesados formaron una empresa criminal donde hubo una división de trabajos y en la cual su labor consistió en abrir la cuenta de Ahorros 2405003262-7 a nombre de José Joaquín Rodríguez González en la sucursal de la Caja de Crédito Agrario de la localidad de Becerril, Cesar, para usted abrir esa cuenta se identificó con la Cédula de Ciudadanía 8.675.405 de Barranquilla, Atlántico, documento que lleva su fotografía y es falso porque su nombre, se corrige, porque su Cédula verdadera es la número 77.012.112 de Valledupar, Cesar. Los punibles contra la Fe pública fueron los medios para la consecución del fin propuesto como era el de la apropiación de los dineros de la Caja de Crédito Agrario que usted retiraba y como usted mismo lo afirma se los entregaba a una persona de nombre Chepe Algarín; esos dineros llegaban a su cuenta de ahorros a través de consignaciones nacionales falsas que le daba la apariencia de creíbles o reales a la labor de introducirlas a las tulas y luego a la sistematización que realizaba el también procesado John Jairo Cujia Maldonado. En esa forma usted y el señor Camilo Rodríguez Munevar, sucesivamente se apropiaron de la suma de Veintiún Millón Ciento Cuarenta y Nueve Mil Pesos, dineros de propiedad de la entidad crediticia adscrita al Ministerio de Agricultura. La Fiscalía tiene en cuenta que las referencias Bancarias de cuenta de Ahorros C-2694855, C-1343262, C- 1312065, C-42258, que obran en original en las sumarias son documentos públicos por creación y ellos sirven o dan fe de esas transacciones comerciales que realizan los cuentaahorradores con el Banco Girado y además porque quienes las suscriben son empleados oficiales como son los servidores de la entidad Caja de Crédito Agrario y se ha demostrado que las firmas de esos empleados fueron falsificadas. La Fiscalía le hace cargos de autoría teniendo en cuenta que

usted hacía parte de esa empresa criminal donde hubo división de trabajo, pero donde usted se benefició del único fin propuesto como lo fue la apropiación de dinero de la Caja Agraria y su actuación no fue ajena al delito fin, en este caso el de Estafa y mucho menos se puede considerar aislada con respecto a los punibles contra la Fe Pública... Acto Seguido, la señora Fiscal le pregunta al procesado Miguel Tomás Ariza Alí, si acepta los cargos que se le acaban de formular. Contestó: Sí acepto los cargos y pido que me tengan en cuenta la confesión que hice en mi indagatoria" (fls. 259 y ss.-2).

El fallo de primer grado, por su parte, respecto de los cargos formulados por la Fiscalía y aceptados por el procesado, contempló lo siguiente:

"Entonces comenzaremos por tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 2º del Código Penal en el cual se consagra que las conductas para que sean punibles deben ser típicas, antijurídicas y culpables. Consta en el expediente que el hecho criminoso o la conducta realizada por el procesado en calidad de autor material, encuadra perfectamente en las normas señaladas en nuestro Código Penal así como lo dispusiera la señora Fiscal: En el Libro II, Título VI, Delitos contra la Fe Pública, Capítulo 3º de la Falsedad en Documentos, artículo 220, Falsedad Material en Documento Público: 'el que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años'. Más la circunstancia de agravación por el uso de esos documentos, inciso 2º del artículo 222 de la misma obra, Y el Libro II, Título XIV, delitos contra el Patrimonio Económico, Capítulo 3º de la Estafa, artículo 356. 'El que induciendo o manteniendo a otro en error, por medio de artificios o engaños, obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno (1) a diez (10) años y multa de un mil a quinientos mil pesos'. Ilícito que se agravará por las circunstancias previstas en el artículo 372 numerales 1 y 2 del Código Penal" (fls. 290 y ss.-2), para irrogar, en la parte resolutiva del fallo, condena en contra de Miguel Tomás Ariza Alí, por estos delitos.

El Tribunal, al pronunciarse en segunda instancia sobre el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra el fallo de primer grado, consideró lo siguiente:

"Con los anteriores comportamientos, tampoco cabe duda, se incurre en tantos delitos de Falsedad en documento público, cuantos recibos de consignaciones elaboraron y por cuanto se hacían aparecer firmándolos por funcionarios oficiales, en ejercicio de sus funciones, y además, agravadas por el uso, siendo entendido que al decir de la Corte Suprema de Justicia, por el mismo tratamiento penal que reciben de acuerdo a la ley el que realiza el hecho punible como el que lo determina a realizarlo (sic), 'cuando se trata de deducir agravantes, en las cuales se dio una conjugación o unidad de conocimiento y voluntad, las consecuencias de las mismas deben cargarse por igual...tanto al autor como al determinador'.- (Casación del 10 de junio de 1993, M:P: Dr. Gustavo Gómez Velásquez.-"

"Así mismo, como los documentos de identidad, la autorización de retiro del dinero, y los varios recibos de consignaciones, todos documentos espúreos fueron utilizados como medios engañosos para inducir en engaño a los empleados de la Entidad Bancaria defraudada, alcanzándose en perjuicio de ésta un provecho económico en beneficio de quienes realizaron tal operación, es indiscutible que por cada acto de retiro de fondos de las cuentas de ahorros, se cometió un delito de Estafa, agravado por la cuantía y por pertenecer los bienes a una entidad cuyo capital en más del 90% pertenece al Estado".

"En las anteriores condiciones, el concurso homogéneo sucesivo de Falsedades documentales, agravadas por el uso, y de estafa, agravada por la cuantía y por pertenecer los bienes al Estado, conductas de Falsedad y Estafa que a la vez se presentan en concurso heterogéneo, resulta inobjetable".

Y, en la parte resolutiva de la sentencia de segundo grado, el Tribunal confirmó el sentido de la decisión de primera instancia, así:

"CONFIRMAR la sentencia de origen, fecha y contenido objeto de apelación, por medio de la cual se condenó a Miguel Tomás Ariza Alí, como autor responsable de los delitos de Falsedad Material de Particular en Documento Público y Estafa, con las modificaciones de imponerle como pena principal 60 meses de prisión, en vez de la de 56 meses que se le impuso..." (fls. 4 y ss. cno. Tribunal).

Indica esto, ni más ni menos, la absoluta falta de fundamento del reproche formulado en la demanda, pues acredita con nitidez que no existe la pregonada inconsonancia entre los cargos formulados en la audiencia para sentencia anticipada y aquellos por los que se irrogó condena en los fallos de primera y segunda instancia.

El cargo, por tanto, no prospera.

Cargo segundo

El casacionista denuncia violación indirecta del artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, por error de hecho en la apreciación de la prueba que contiene la confesión del procesado, lo cual, a su criterio, determinó no habérsele reconocido al procesado la rebaja punitiva de una sexta parte que tal disposición consagra, bajo el argumento expuesto por los juzgadores de haber sido sorprendido en situación de flagrancia, el cual no comparte.

Si se toma en cuenta que en el primer cargo el libelista demanda absoluta correspondencia entre la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica al procesado Ariza Alí, y el fallo censurado, el planteamiento allí expuesto se torna contradictorio con el postulado al amparo de esta censura, puesto que en la resolución proferida el once de noviembre de mil novecientos noventa y tres, por la cual se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, la Fiscalía dejó en claro que "fue capturado en flagrancia de delitos por unidades del Departamento Administrativo de Seguridad Seccional

Cesar, cuando utilizando Cédula de Ciudadanía falsa para identificarse a nombre de José Joaquín Rodríguez González, se presentó a la sucursal de la Caja Agraria en Becerril, Cesar, a retirar la suma de Cuatro Millones Quinientos Veinte Mil Pesos ($4.520.000.oo), a sabiendas de que eran dineros de la entidad crediticia mencionada, ya que las consignaciones eran de papel -ficticias-" conforme lo había hecho en dos ocasiones anteriores en las que por el mismo procedimiento retiró las sumas de seis y cinco millones seiscientos mil pesos, respectivamente, que habían sido hechos aparecer como consignados en su cuenta de ahorros (fls. 202 cno. 1), lo cual, por supuesto, no impide que la Corte se ocupe de responder este cuestionamiento, en cuanto ha sido presentado de modo separado de aquél, y corresponde a desarrollo autónomo.

Con este propósito ha de advertirse inicialmente, que el actor equivoca el camino de impugnación al optar por la vía indirecta de la violación que denuncia, toda vez que el planteamiento no correspondería a un error en la apreciación probatoria como fuera enunciado, sino a la transgresión directa de la ley por falta de aplicación del texto que recoge la diminuente punitiva por razón de la confesión que se alega realizó el procesado en la diligencia de indagatoria, desacierto este que, sin embargo, no impide a la Corte darle respuesta, si se tiene en cuenta que en el posterior desarrollo que del cargo se hace, ubica el motivo de censura en el plano puramente jurídico a que debe corresponder, aunque, eso sí, sin hacer ninguna petición concreta.

La inconformidad del impugnante, entonces, se soporta sobre la base de dos afirmaciones concretas: la primera, que Miguel Tomás Ariza Alí no fue sorprendido en situación de flagrancia en razón a que cuando se produjo su captura, con anterioridad, ya habían sido efectuados retiros fraudulentos de la cuenta de ahorros, y en su poder no se le encontró dinero perteneciente a la entidad bancaria afectada, como tampoco fue perseguido por la autoridad ya que su retención se produjo en el instante en que procedía a solicitar el saldo disponible en la cuenta bancaria; la segunda, que en la diligencia de indagatoria narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como sucedieron los hechos.

Esto para indicar el casacionista, que no obstante declarar el fallo la confesión del procesado, el Tribunal no reconoció la rebaja de la pena argumentando haber operado la captura en situación de flagrancia, lo que a criterio suyo constituye un desacierto.

Tomando la Corte por superada la confusión antes existente entre los fenómenos de la flagrancia como evidencia procesal y la captura como consecuencia de aquél, a efectos de analizar en este caso el error aducido por el no reconocimiento de la diminuente punitiva prevista por el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, ha de decirse que no asiste razón al demandante al proponer que Miguel Tomás Ariza Alí no fue sorprendido en flagrancia, aunque sí la tiene cuando afirma que en la diligencia de indagatoria aceptó el hecho.

En efecto, si se toma en cuenta que la configuración jurídica de la flagrancia, de la que se ocupa el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal, exige dos requisitos, según ha sido establecido por la jurisprudencia "uno de carácter objetivo-temporal que es la actualidad, esto es, que una o varias personas, entre las que puede estar la víctima, se encuentren presentes en el momento de la comisión del reato o instantes después y se percaten de él; y otro de naturaleza personal que consiste en la identificación o, por lo menos, la individualización del autor o partícipe" (Cas. 19 de agosto de 1997 M. P. Dr. Córdoba Poveda), dados los términos de la imputación formulada contra Ariza Alí, resulta claro que fue sorprendido en situación de flagrante delito.

Esto porque cuando se produjo su captura, tanto la administración de la entidad bancaria afectada como las autoridades judiciales y de policía, ya tenían conocimiento que a través de las cuentas de ahorros números 2405003264-3 a nombre de Efraín Orozco Orozco y 2405003262-7 de José Joaquín Rodríguez González, se estaba defraudando a la Caja Agraria mediante operaciones realizadas ficticiamente.

En este sentido conviene recordar lo declarado en el fallo y que no es, como no podría ser, motivo de reproche por el casacionista:

"Con ocasión de la confirmación por vía telefónica con el director encargado de la oficina de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de la Población de Bosconia-Cesar, acerca de la inexistencia de una operación de consignación en esta oficina con destino a la Agencia de Becerril-Cesar, concretamente a la Cuenta Corriente (sic) número 2405003264-3, por valor de $4.520.000.oo, de que daban cuenta el volante P-323 y la referencia número C-1310504, recibidos por la unidad de operación y control IV de dicha entidad crediticia, con sede en la ciudad de Valledupar, para efectos de la correspondiente sistematización, el Jefe de esta última, Tito Modesto Pumarejo Hasbún inmediatamente previno al Director encargado de la Agencia de Becerril y se puso en contacto con el Departamento Administrativo de seguridad DAS a efecto de que se esclareciera la defraudación y en lo posible se descubriera a los autores de la misma".

"Como resultado del operativo coordinado por agentes del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, en horas de la mañana del día 5 de noviembre de 1993 en el interior de la oficina de la oficina de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, agencia de Becerril, fue capturado el sujeto Miguel Tomás Ariza Alí, en momento en que se disponía a retirar un dinero de la Cuenta de Ahorro abierta a nombre de José Joaquín González y para cuyo propósito portaba una Cédula de Ciudadanía que aparecía expedida a nombre de éste último, marcada con el número 8.675.405 del cupo numérico de Barranquilla. Al rendir declaración de indagatoria, tras manifestar su deseo de colaborar con la justicia manifestó que el día del encuentro entre las selecciones de Colombia y Argentina, en un estadero cercano a su residencia, conoció a un sujeto al que identifica con el nombre de Chepe Algarín, quien

en los días siguientes le propuso que abriera una cuenta de ahorros en la población de Becerril, para lo cual él le conseguiría una cédula falsa para que hiciera uso de ella sin que se le presentara ningún problema porque contaba con algunos contactos entre los empleados de la oficina de la Caja Agraria de Becerril, operación que le pagaría.- Admite, en consecuencia, que fue la persona que mediante la autorización de una cédula falsa, abrió la cuenta corriente a nombre de José Joaquín Rodríguez González, en la Agencia de la Caja Agraria de la localidad de Becerril, Cesar, y que después de haber hecho lo anterior, el individuo Chepe Algarín le informó que ya había hecho una consignación por valor de $6.000.000.oo que lo retirara, y 10 días después volvió a darle aviso de que había hecho una consignación de $ 5.000.000.oo los cuales retiró y recibió como regalo $200.000.oo".

..." Así mismo, se constata con el informe policivo número 02368, que igualmente detectives del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, adscritos al cuerpo operativo de Codazzi, en horas de la mañana del día 8 de noviembre de 1993, en los alrededores de la oficina de la Caja Agraria de la localidad de Becerril y con la colaboración de empleados de esa Agencia, lograron la captura de Arturo Orlando Cáceres Mora, en momentos en que se disponía a retirar fondos de la cuenta de ahorros número 2405003264-3 abierta a nombre de Efraín Orozco Orozco, encontrándosele en su poder un escrito de autorización de retiro con la firma de Efraín Orozco Orozco, una cédula de ciudadanía expedida a nombre de este último y la libreta de ahorros correspondiente, entre otros documentos".

..."Establece la instrucción, que mediante la utilización de recibo de consignaciones nacionales, que hacían aparecer firmados por empleados de la entidad crediticia, y por medio de los cuales también aparecía que con destino a la cuenta corriente número 2405003262-7, perteneciente a José Joaquín Rodríguez González, se hacían depósitos en dinero efectivo en las agencias de Pueblo-bello por valor de $8.849.000.00, de La Paz por la suma de $6.000.000.oo, de la de Bosconia, por el monto de $5.600.000.oo y también con destino a la otra marcada con el número 2405003262-7, abierta a nombre de Efraín Orozco Orozco, desde Bosconia por la suma de $1.000.000.oo y de $3.200.000.oo, dinero que en diferentes fechas se retiró con las correspondientes libretas de ahorros, logrando así defraudar a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en una suma equivalente a $21.149.000.oo. Lo anterior, se confirma particularmente por las declaraciones del Director y otros empleados de la Agencia de Becerril, quienes niegan que tales documentos hubieran sido elaborados por personal de la entidad crediticia, y además por la confesión de John Jairo Cujia Maldonado, empleado vinculado a la Sucursal de la Caja Agraria de Valledupar...".

Lo anteriormente expuesto, para indicar que no obstante ser cierto que en el momento de la aprehensión del procesado Ariza Alí, ya se habían realizado con anterioridad algunas de las defraudaciones a la fe pública y el patrimonio económico de la Caja Agraria, y que en poder del procesado no se encontró dinero de propiedad de la referida entidad financiera de carácter

oficial, también lo es, como lo señala el fallo, que en ese preciso instante el plan delictivo trazado por los integrantes de la empresa criminal conformada a tales propósitos, estaba en plena ejecución, pues no de otra manera se entiende el hecho de haber concurrido este procesado a las instalaciones de la entidad afectada en la ciudad de Becerril, a averiguar por la consignación ficticia cargada a la cuenta abierta por él con documentación falsa, llevando consigo la libreta de ahorros propia para efectuar el retiro e identificándose con la cédula integralmente adulterada, con lo cual se cumplen a cabalidad los presupuestos establecidos por el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal para predicar la situación de flagrancia de este procesado.

Por esto, *con razón la Delegada en opinión que la Sala comparte, señaló que en el presente evento operó la configuración jurídica de la flagrancia, en los siguientes términos:*

"En el caso de la especie, por ejemplo, la estafa requería la realización de diferentes pasos -y por tanto la ejecución de varios actos- para obtener el incremento patrimonial ilícito: la falsificación de los documentos de identidad, la apertura de las cuentas de ahorro, la adulteración de los documentos que acreditaran las consignaciones inexistentes, la determinación de la fecha cuando documentariamente tales abonos habían sido registrados en la Caja de Crédito Agrario, la determinación del saldo que arrojaban las cuentas y finalmente el retiro de efectivo con lo que se obtendría el lucro indebido"

"Todas estas etapas, por consiguiente, constituyen actos propios del delito cometido y por tanto, el sorprendimiento del autor en cualquiera de ellas, implica el estado de flagrancia en tanto que son conductas dirigidas a la consumación del hecho punible".

"Analizadas fuera de contexto, independientemente de la situación procesal, es evidente que alguna o algunas de ellas no permiten concluir que esté en proceso un delito y se presentan como conductas intrascendentes para el derecho penal (tal el caso de la apertura de la cuenta, la determinación de la fecha cuando aparecen abonadas las consignaciones supuestas o la averiguación por el saldo de la cuenta). Sin embargo, examinadas dentro del plan delictivo, fácilmente se descubren como una parte importante de él y, por consiguiente, permiten al investigador determinar que el hecho punible se está cometiendo en el momento".

Quedando descartada así la primera hipótesis de la cual se parte en la formulación de la censura, resta por analizar lo relativo a la confesión del procesado y su importancia para la adopción del fallo en el que se le irrogó condena.

De los términos de la diligencia de indagatoria, de cuyo resumen se ocupa el Tribunal según la transcripción pertinente del fallo hecha en precedencia, se tiene que evidentemente Miguel Tomás Ariza Alí confesó su participación en los crímenes cometidos contra el patrimonio económico de la Caja Agraria

y la fe pública. Tanto es así, que en la sentencia de primer grado se hace expresa referencia a este medio de prueba en los siguientes términos:

"La conducta realizada por los hechos que se analizan, por el procesado Ariza Alí, los llevó a cabo en forma voluntaria y espontánea, dibujando con ella un tipo penal, lesionando el interés penal o particular jurídicamente tutelado por el Estado convirtiendo su proceder en un hecho antijurídico, sin que su conducta se encuentre justificada a la luz de los artículos 29 y 40 del Código Penal. Todo esto resulta probado de manera plena por la confesión de Ariza Alí en su injurada, con todo su respaldo en las demás pruebas recolectadas en la investigación." (Se subraya).

"En cuanto a la culpabilidad, es igualmente evidente, no hay en el expediente prueba que imponga duda sobre este respecto, así, se ve la espontaneidad como obra el procesado al realizar el hecho, sin justificación que debilite su voluntad, su confesión en concordancia con los documentos que se le encontraron en su poder; objetivamente portaba una cédula con fotografía propia y nombre distinto al de él (Joaquín Rodríguez González), la flagrancia al ser capturado, la manera como confiesa, la aceptación de los cargos que clara y pormenorizadamente le endilgan y así son totalmente aceptados por el procesado Ariza Alí, siendo ello como se prueba, tenemos que aceptar la responsabilidad del procesado en los hechos criminosos que como cargos se le hicieron en audiencia y los cuales, como dijimos antes, aceptó" (Se subraya).

Del mismo modo, el Tribunal en el fallo de segundo grado persistentemente se refiere a la confesión de este procesado, por manera que la postura del impugnante en este sentido no admite discusión, y reafirma lo expuesto por la Corte sobre que el ataque debió ser formulado por la vía directa.

No obstante esto, ha de referirse la Sala a la poca importancia que tuvo la confesión de Ariza Alí realizada en la diligencia de indagatoria. Recuérdese que cuando esta se produjo ya habían sido recopilados suficientes elementos de prueba que acreditaban la defraudación cometida contra los intereses patrimoniales de la Caja Agraria, al punto de haberse establecido con anterioridad por los investigadores las operaciones ficticias con las cuales se alimentaban las cuentas de ahorros abiertas a nombre Orozco Orozco y Rodríguez González, ya había sido sorprendido Ariza Alí en momentos en que averiguaba en la sucursal de Becerril por la última de las consignaciones que se hicieron figurar a su cuenta, en su poder se encontró la cédula falsa con la que abrió la cuenta, y la libreta de ahorros necesaria para el retiro de fondos, y se había escuchado en indagatoria a John Jairo Cujía Maldonado, quien relató la función cumplida en la empresa criminal mediante su participación para incluir en el sistema las consignaciones ficticias, de todo lo cual se ocupó en suficiencia la sentencia materia de impugnación.

De esta suerte, la confesión del procesado en la citada diligencia, no podía ser sino la consecuencia directa de la situación de flagrancia en que se produjo su captura, sin repercusión alguna en el proceso de individualización

judicial de la pena. Por eso los falladores de instancia hicieron repetida referencia tanto al aspecto del flagrante sorprendimiento en la realización del delito, como a los otros medios de prueba en que el fallo tuvo soporte.

Y si bien es cierto que confesión y flagrancia no se repelen para descartar de plano la aplicación de la disminuente que con ahínco se invoca en la demanda, ello en manera alguna es suficiente para determinar la prosperidad del cargo que se postula, puesto que, conforme ha sido establecido de antiguo por la jurisprudencia de la Corte, "sigue siendo indispensable que la confesión sea el 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 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" (cas. Sept.29/93. M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

Por lo dicho en precedencia, cuando el fallador de primer grado estimó que "al capturar en flagrancia a Ariza Alí su confesión era evidente, no sólo en el momento de su captura trataba de retirar los dineros ajenos de su cuenta falsa; sino que también en su humanidad se le encontraron los documentos falsos con su propia foto en la cédula que se alude; por estas razones se niega este beneficio", posición avalada por el Tribunal al decir en la sentencia que "resulta incontrovertible que por haber sido capturado en flagrancia estaría vedado reconocer reducción de la pena por confesión tal como lo prescribe el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal", ningún alcance erróneo le atribuyó a esta disposición como para exigirle que en su aplicación reconociera el derecho y no su negación en los términos, acertados, en que lo hizo.

EL CARGO NO PROSPERA.

Tercer cargo

Por la manera como el libelista lo enuncia, no logra saberse si el motivo de inconformidad contra el fallo acusado se orienta por la vía directa o la indirecta de transgresión a la ley que prevé la causal primera de casación, puesto que a pesar de aducir violación del artículo 222 del Código Penal y señalar que ello ocurrió por error de hecho, no precisa si se llevó a cabo por falta de aplicación o aplicación indebida, como tampoco la especie del error de hecho en que se supone incurrió el Tribunal, lo cual, por supuesto, tornaría inestudiable la censura.

Al parecer, el cuestionamiento que se ensaya en la demanda, obedece al hecho de habérsele imputado a Ariza Alí en el acta de formulación de los cargos para sentencia anticipada, la circunstancia de agravación de los delitos de falsedad documental, prevista por el inciso segundo del artículo 222 del Código de Procedimiento Penal, la cual, por haber sido aceptada libremente por el procesado, fue contemplada en el fallo y comporta limitación para recurrir en sede de recurso extraordinario por expresa disposición legal (art. 37B-4 del C. de P. P.), en cuanto constituye en últimas la intención evidente de retractarse de los cargos formulados por la Fiscalía, que en cuanto aceptados por el impugnante, dieron lugar al proferimiento prematuro del fallo.

Con todo, y con la sola finalidad de aclarar que la referida circunstancia de agravación estuvo correctamente aplicada, por corresponder al entendimiento que de ella ha hecho la jurisprudencia, necesario resulta rememorar lo dicho por la Sala a este respecto, como lo destaca el Procurador, criterio que no ha sufrido ninguna variación a la actualidad:

"Es verdad que la redacción definitiva del inciso 2° del artículo 222 no fue tan clara en este punto como la del inciso final del artículo 246 del Anteproyecto de 1974; no obstante, la solución jurídica se mantuvo; la referencia que allí se hace al 'inciso anterior', apunta al documento público falso como objeto material de la conducta, no a la pena allí consagrada, pues que ella se refiere a la bien distinta hipótesis del simple uso de documento público falseado por otro; por manera que la pena base a la que ha de agregarse el incremento punitivo señalado en el inciso 2º del artículo 222, no puede ser otra que la prevista para la concreta especie de falsedad documental en que haya incurrido el que ahora usa el documento por él mismo falsificado (arts. 218 a 220). Esta interpretación histórico-sistemática, por lo demás, resulta mucho más coherente en el ámbito de la punibilidad, que la que se desprendería de la mera literalidad del texto examinado, pues si remitimos la agravación punitiva del inciso 2° del artículo 222 a la pena señalada en su inciso primero, tendríase que quien solamente falsifica documento público sería sancionado con pena de 3 a 10 años de prisión si fuere empleado oficial o de 2 a 8 años si actuase como particular, al tiempo que quien además de falsificar el documento público lo usa, resultaría penado con prisión mínima de un año y un día hasta 8 años y un día, y máxima de 18 meses a 12 años, sanción esta, en promedio, menor de la prevista para el solo delito de falsedad documental, lo que resulta ciertamente ilógico" (Cas. Feb.23/84. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía).

Por esto, si tanto en la acusación como en los fallos de instancia se dejó establecido, con apoyo en la comprobación de los hechos, que Ariza Alí no solo contribuyó a la falsificación de la cédula de ciudadanía a nombre de José Joaquín Rodríguez González mediante el aporte de su fotografía, sino que también la usó para abrir fraudulentamente la cuenta de ahorros en la Caja Agraria de Becerril, efectuar retiros de ella, habiendo sido precisamente aprehendido en poder de dicho documento, en momentos en que pedía el saldo para intentar retirar el producto de la consignación ficticia que le fuera car-

gada a la cuenta, no queda duda de la correcta determinación de esta circunstancia de agravación, y en ese sentido, la también correcta aplicación de la ley.

El cargo, por tanto, no prospera.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. Devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, (no hay firma), Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO-Haber sido apoderado

Si bien la norma invocada prevé la posibilidad de que el funcionario judicial se separe del conocimiento de determinado asunto por haber "sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales" es evidente que el supuesto fáctico aducido por el Doctor (...) no se aviene al demandado por el precepto legal, pues se entiende que la situación generante de la referida excusa ha de presentarse dentro del proceso de cuyo conocimiento se pretende apartar, valga decir que, para considerarse procedente el impedimento, la relación profesional ha debido suscitarse en el específico proceso que llega al ámbito funcional de quien se declara incurso en aquél.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C. dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Aprobado: Acta Nro. 200 Proceso N° 16360

VISTOS

Decide la Sala sobre la procedencia del impedimento manifestado por el Honorable Magistrado Jorge Córdoba Poveda.

ANTECEDENTE Y CONSIDERACIONES

1. Condenado en las instancias Pablo Enrique Suárez Rincón por un delito de homicidio cometido en noviembre de 1997, su defensor, el doctor Pablo Amaya Monroy, interpuso el recurso extraordinario y formuló demanda de casación por virtud de la cual las diligencias arribaron a esta sede.

2. El Magistrado Jorge Córdoba Poveda, invocando el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, manifiesta declararse impedido para conocer del presente proceso por haber sido defensor del doctor Pablo Amaya Monroy.

3. Si bien la norma invocada prevé la posibilidad de que el funcionario judicial se separe del conocimiento de determinado asunto por haber "sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales" es evidente que el supuesto fáctico aducido por el Doctor Córdoba Poveda no se aviene al de-

mandado por el precepto legal, pues se entiende que la situación generante de la referida excusa ha de presentarse dentro del proceso de cuyo conocimiento se pretende apartar, valga decir que, para considerarse procedente el impedimento, la relación profesional ha debido suscitarse en el específico proceso que llega al ámbito funcional de quien se declara incurso en aquél.

Como en este concreto asunto, el Magistrado Córdoba Poveda no ha sido defensor o apoderado de alguno de quienes aquí ostentan la calidad de sujeto procesal y lo que da a entender es que lo fue en diligenciamiento diferente a este en donde el abogado Pablo Amaya Monroy era sujeto del mismo, la improcedencia de su manifestación resulta ostensible.

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

RESUELVE:

NO ACEPTAR el impedimento expresado por el doctor Jorge E. Córdoba Poveda para intervenir en este proceso.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

REDENCION DE PENA-Evaluación de conducta

Siendo el trabajo parte del tratamiento penitenciario, su desarrollo no puede hacerse con prescindencia del estudio científico de la personalidad del interno y es por ello que el Código de Procedimiento Penal exige como requisito necesario e imprescindible que la solicitud de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza vaya acompañada de la "certificación del Consejo de disciplina o del director del establecimiento, sobre buena conducta del detenido"...

Faltando el requisito de la evaluación de la conducta del interno en el centro carcelario, no pueden tenerse en cuenta los certificados de trabajo, estudio o enseñanza cuando esa labor se haya realizado dentro de un período en el que el Juez desconozca cuál ha sido la conducta del interno, máxime cuando el artículo 532 del Código de Procedimiento Penal exige una certificación positiva, al señalar que debe anexarse "certificación (...) sobre buena conducta del detenido".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 15493

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso de reposición interpuesto por el procesado José Octavio Pabón Cortes.

ANTECEDENTES

1. Por decisión del pasado 27 de octubre de 1999, la Sala resolvió la solicitud de redención de pena por trabajo para los beneficios administrativos que hizo el defensor del procesado Pabón Cortes.

2. A la solicitud se agregaron 5 certificados de trabajo que sumaban 7980 horas en total, de las cuales la Sala solo tuvo en cuenta 3342 por ser las únicas que aparecían cubiertas por los certificados sobre conducta del interno que se anexaron a la petición.

3. El recurso de reposición que el procesado Pabón Cortes interpone, lo fundamenta en que la falta de certificados del consejo de disciplina en los que se califique su conducta no es una omisión imputable a él, sino a las autoridades carcelarias.

Señala que si bien es cierto las normas señalan una periodicidad trimestral de las calificaciones de conducta de los internos, la respuesta al derecho de petición que elevó ante la dirección de la cárcel del distrito judicial de Cali hace ver que ello es imposible dado el número de la población carcelaria.

En consecuencia, solicita que se le tengan en cuenta para efectos de redención de pena la totalidad de las 7980 horas que acreditó como trabajo.

4. El abogado defensor del procesado agregó argumentos dentro del término de traslado de la reposición. En tal sentido aseveró que a la normatividad citada por la Sala -de cuya aplicabilidad no discrepa se opone la realidad del sistema carcelario nacional, por lo que no puede desconocerse que el interno no tiene la capacidad de convocatoria de las autoridades carcelarias para que se reúnan cada 3 meses a evaluar su conducta.

Señala que la Corte solo puede abstenerse de conceder la redención de pena cuando haya evidencia de la conducta negativa del procesado y como ello no ha ocurrido aquí, debe reconocérsele la totalidad de las 7980 horas que acreditó laboradas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El recurrente y su defensor afirman en el recurso su conformidad con la vigencia y pertinencia de los artículos 532 del Código de Procedimiento Penal y artículo 76 del acuerdo 11 de 1995, normas que la Corte citó para abstenerse de reconocer la redención de pena por la totalidad de las horas certificadas y solo hacerlo por 3342 horas, en cuanto éste guarismo es el que coincide con los certificados de conducta agregados a la petición.

2. La discrepancia del recurrente y de su defensor radica en que estiman que siendo la calificación de la conducta de los internos un deber de las autoridades carcelarias, la consecuencia de su omisión no puede achacársele al procesado.

3. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como todos los Jueces de la República, actúa con sujeción estricta a la Constitución, a la ley y excepcionalmente al reglamento. En la situación concreta de las redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza que la Sala reconoce de manera provisional para efectos de completar los requisitos de los beneficios de libertad provisional o administrativos, su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de las normas que rigen tal instituto.

4. El trabajo de los internos en los centros carcelarios no tiene como propósito primordial el de redimir pena, aunque esa sea la única motivación de los detenidos para su realización. El trabajo en los establecimientos de reclusión es fundamentalmente un medio terapéutico de resocialización, así lo define

el propio Código Penitenciario Carcelario (artículo 79) y ese es su entendimiento natural dentro del tratamiento penitenciario que está compuesto además por la educación, la instrucción, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia.

5. *Siendo el trabajo parte del tratamiento penitenciario, su desarrollo no puede hacerse con prescindencia del estudio científico de la personalidad del interno y es por ello que el Código de Procedimiento Penal exige como requisito necesario e imprescindible que la solicitud de rebaja de pena por trabajo, estudio o enseñanza vaya acompañada de la "certificación del Consejo de disciplina o del director del establecimiento, sobre buena conducta del detenido".*

6. Ninguna razón pueden aducir los establecimientos carcelarios para excusar la calificación de la conducta de los internos. Esa precisamente es una de sus labores primordiales, la de verificación de la evolución de la conducta del recluso dentro del establecimiento carcelario para determinar si el condenado o el procesado es apto para la vida en libertad.

7. Faltando el requisito de la evaluación de la conducta del interno en el centro carcelario, no pueden tenerse en cuenta los certificados de trabajo, estudio o enseñanza cuando esa labor se haya realizado dentro de un período en el que el Juez desconozca cuál ha sido la conducta del interno, máxime cuando el artículo 532 del Código de Procedimiento Penal exige una certificación positiva, al señalar que debe anexarse "certificación (...) sobre buena conducta del detenido".

No se trata entonces, como parece afirmarlo el señor defensor, que la ausencia de una calificación negativa del interno suponga una conducta positiva del procesado, pues lo que la norma exige es prueba de la "buena conducta".

8.-Mantendrá entonces la Sala su decisión hasta cuando se acrediten las certificaciones de conducta que cubran la totalidad del período laborado.

9.-Como de la respuesta al derecho de petición del interno José Octavio Pabón Cortes por parte de la directora de la cárcel "Villahermosa" del distrito judicial de Cali (Valle) se colige el aparente incumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, por la Secretaría de la Sala expídanse copias de ese escrito, de esta decisión, del auto recurrido y de los autos del 10 de agosto y 10 de septiembre de 1999, con destino a la Procuraduría General de la Nación y al Director General del INPEC, para lo de su cargo.

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

RESUELVE:

1°.- NO REPONER su decisión del 27 de octubre de 1999, mediante la cual se abstuvo de reconocer redención de pena por trabajo al procesado José Octavio Pabón Cortes.

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

COLISION DE COMPETENCIA-Ejecución de la sentencia

Sabido es que la competencia asignada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, cuando el condenado se encuentra privado de la libertad, no está fundada en los criterios que regularmente orientan la materia -como la naturaleza del hecho por el que se profirió sentencia, el tipo de despacho que profirió el fallo, etc.-, sino en un factor personal, referido al lugar donde el condenado se encuentre purgando la pena.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 200 Proceso No. 16477

ASUNTO

Desatar el conflicto negativo de competencias surgido entre los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar y Santa Marta, para conocer de la ejecución de la condena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, contra Gerardo Enrique Villalobos Rivera.

ANTECEDENTES

Gerardo Enrique Villalobos Rivera fue condenado el 6 de mayo de 1998 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar, a la pena principal privativa de la libertad de 48 meses de prisión, como autor de los delitos de hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y perturbación del servicio de comunicación telefónica (f. 16).

Como el procesado fue trasladado a la Cárcel del Circuito Judicial de El Banco (Magdalena), el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, que venía conociendo de la ejecución de la sentencia, ordenó remitir el proceso a su homólogo de la ciudad de Santa Marta, dejando al interno a su disposición, por competencia, de conformidad con el Acuerdo 472 de 1999 (f. 25).

El Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta se declaró incompetente para asumir el conocimiento de las diligencias, las devolvió al Juzgado de Valledupar, y le propuso colisión negativa, aduciendo

que la población de El Banco (Magdalena) no pertenece al Circuito Judicial de Santa Marta, y por lo mismo la Cárcel de ese lugar no se halla incluida en la sede de su competencia, lo que de no ser así resultaría incomprensible, habida consideración que "ninguna proximidad existe entre la sede de este juzgado y los condenados que allí se encuentren" (f. 31).

La Jueza de Valledupar aceptó el conflicto y remitió las diligencias a esta Corporación para que lo dirima, insistiendo en que, de conformidad con el artículo primero, numeral 26 del Acuerdo 472 de 1999, quien debe ejecutar la pena es su homólogo de Santa Marta, pues ese Distrito Judicial comprende, entre otros, el Circuito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta, con competencia sobre los municipios de Ciénaga, El Banco, El Plato y Santa Marta; mientras que el artículo 30 expresa que el Distrito Judicial de Valledupar, comprende el circuito judicial del mismo nombre, con competencia sobre los municipios de Aguachica y Valledupar.

Consideraciones de la Corte

Ha precisado la Sala que los conflictos como el aquí planteado, consistente en la divergencia de criterios acerca de cuál es el funcionario que debe conocer de la ejecución de la condena, no constituyen en estricto sentido una "colisión de competencias", pues ésta, de conformidad con el artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, sólo se presentaría en la fase de *juzgamiento*, etapa procesal debidamente delimitada, que de conformidad con el artículo 444 *ejusdem* comienza a partir de la ejecutoria de la resolución de acusación, y culmina con la ejecutoria de la sentencia, momento en el cual se inicia la fase de ejecución del fallo condenatorio y adquieren competencia los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, de conformidad con los artículos 75 y 500 *ejusdem*.

El principio general que rige la materia establece que la solución de los conflictos de competencia corresponde al *superior jerárquico común de los funcionarios en litigio* (arts. 18 de la Ley 270 de 1996, 70.5 y 72.3 del Código de Procedimiento Penal). Por ello, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer "De los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado penal del circuito especializado y cualquier juez penal de la República" (art. 68.3° *ejusdem*).

En aplicación del principio anterior, y para evitar injustificadas dilaciones que traducirían la vulneración de los derechos fundamentales de quienes se encuentran purgando una pena, la Sala dirime las diferencias que se susciten con posterioridad a la ejecutoria del fallo:

Sabido es que la competencia asignada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, cuando el condenado se encuentra privado de la libertad, no está fundada en los criterios que regularmente orientan la materia -como la naturaleza del hecho por el que se profirió sentencia, el tipo de

despacho que profirió el fallo, etc.-, sino en un factor personal, referido al lugar donde el condenado se encuentre purgando la pena.

Como el condenado Gerardo Enrique Villalobos Rivera fue trasladado a la Cárcel del Circuito Judicial de El Banco (Magdalena), el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar -donde estaba recluido el prenombrado-, perdió competencia para seguir conociendo de la ejecución de la condena, a la vez que la adquirió su homólogo de la ciudad de Santa Marta, pues a contrario de lo por él sostenido, de conformidad con el artículo 26.1 del Acuerdo 548 de 1999, emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el municipio de El Banco sí se halla adscrito al Circuito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta:

"26. El Distrito Judicial de Santa Marta comprende el siguiente circuito penitenciario y carcelario:

"Circuito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta, cuya cabecera es la ciudad del mismo nombre, con competencia sobre los municipios de:

Ciénaga

El Banco

Plato

Santa Marta" (Resaltó la Sala).

No le asiste razón al Juez de Santa Marta al pretender derivar su incompetencia de factores extraños a la específica regulación de la materia, invocando para ello la distancia existente entre la sede del juzgado y la cárcel en referencia; y pretendiendo justificar su decisión en el desconocimiento del Acuerdo invocado por el juez colisionante.

Finalmente, resulta pertinente advertir que el Acuerdo 472 de abril 6 del presente año, en el que la Jueza de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Valledupar finca su incompetencia, y el Juez de Santa Marta "no logró encontrar", fue expresamente derogado por el citado Acuerdo 548 de julio 22 de 1999.

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

RESUELVE:

ADSCRIBIR la COMPETENCIA para conocer de la ejecución de la pena impuesta a Gerardo Enrique Villalobos Rivera al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta decisión a su homólogo de Valledupar.

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, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

COLISION DE COMPETENCIA-Cuándo se presenta/COLISION DE COMPETENCIA-Ejecución de la sentencia

1. En estricto sentido, al tenor del artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, colisión de competencias puede presentarse exclusivamente en los siguientes casos:

- Cuando dos o más jueces consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento.

- Cuando los jueces se nieguen a adelantar el juzgamiento por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos.

- Cuando, tratándose de delitos conexos, se adelanten varias actuaciones procesales de manera simultánea.

La diferencia de posturas latente entre los juzgados a quienes aparentemente correspondería ejecutar la sentencia no es propiamente una colisión de competencias, puesto que tal problema no se adecua en ninguna de las hipótesis que prevé el precepto en cita.

2. Entonces, como lo dispuso la ley adjetiva y lo reglamentó el Consejo Superior de la Judicatura, en general, la sentencia debe ser ejecutada por el Juez de esta especialidad, y cuando en el lugar en que se encuentra el detenido no exista Juez de Ejecución de Penas, debe conservar o reasumir la competencia el Juez que dictó el fallo en primera o única instancia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. Edgar Lombana Trujillo

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16298

VISTOS

La Sala resuelve lo que en derecho corresponda respecto de la colisión negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín y el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1- En desarrollo de un allanamiento practicado el 24 de noviembre de 1995, en el garaje demarcado con el número 52-67 del barrio Manzanillo, zona urbana de Bolívar (Antioquia), aproximadamente a las nueve de la mañana, la Fiscalía Ciento Dos Seccional de dicha localidad incautó sustancia estupefaciente, varios elementos para su comercialización, y capturó en flagrancia a los señores Isabel Cristina Sánchez Vargas y José Ilbannover Usma Correa, a quienes se vinculó a la investigación penal subsiguiente.

Las diligencias de inspección y pesaje de la sustancia y las experticias técnicas concluyeron que se trataba de "cocaína base", con un peso neto de cinco mil ciento setenta y cinco (5.175) gramos.

2- Como la cantidad de droga encontrada superaba los cinco kilos, asumió el conocimiento del asunto la Fiscalía Regional Medellín, autoridad que adelantó las diligencias hasta la formulación de cargos para sentencia anticipada.

3- Un Juez Regional de Medellín, mediante sentencia anticipada del 22 de marzo de 1996, condenó a los señores Isabel Cristina Sánchez Vargas y José Ilbannover Usma Correa, a la pena principal de sesenta y ocho (68) meses de prisión y multa de quince (15) salarios mínimos legales mensuales, cada uno, "por haber sido hallados penalmente responsables, en calidad de coautores, de violar el artículo 33, inciso primero de la Ley 30 de 1986, agravado por el numeral 3, del artículo 38, ibídem." (folio 164).

El fallo quedó ejecutoriado el 21 de mayo de 1996, según constancia secretarial, y los implicados continuaron privados de la libertad en la Cárcel del Circuito Judicial de Bolívar (Antioquia), a disposición del Juez Regional de Medellín. (folio 191)

4- El señor José Ilbannover Usma Correa, fue trasladado para la Cárcel del Distrito Judicial de Tuluá (Valle), y por este motivo el Juez Regional de Medellín, mediante auto del 1° de octubre de 1998, envió el asunto al Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira (Valle), por estimar que su jurisdicción abarcaba a la ciudad de Tuluá. (folio 245)

5- Sin embargo, el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, con auto del 13 de julio de 1999, remitió el proceso al Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Cali, puesto que su jurisdicción no comprende la ciudad de Tuluá, sino que se limita a la ciudad de Palmira y "de acuerdo a lo preceptuado en el Artículo 15 transitorio de nuestro ordenamiento procesal Penal"[1], por encontrarse el detenido en la Cárcel de Tuluá. (folio 259)

---

[1] Código de Procedimiento Penal. Normas Transitorias. Artículo 15-. *Jueces de Ejecución de Penas.* Mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones que este Código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia.

6- El asunto correspondió al Juez Trece Penal del Circuito de Cali, quien se abstuvo de avocar conocimiento y por estimar que, de conformidad con el numeral noveno del artículo 5° de la Ley 504 de 1999[2], la competencia radicaba en el Juez Penal del Circuito Especializado de Medellín, le remitió el expediente. (folio 261)

Entre tanto, el señor José Ilbannover Usma Correa, continuaba preso en la Cárcel del Circuito Judicial de Tuluá.

7- Por el factor territorial, puesto que los acontecimientos tuvieron lugar en Bolívar (Antioquia), en las gestiones de reparto el proceso no le fue enviado al Juez Especializado de Medellín, sino al Juez Especializado de Antioquia, quien entendió que el competente era el Juez Penal del Circuito (Reparto) de Medellín, y remitió las actuaciones, proponiendo colisión negativa, en el evento de no acatar sus planteamientos.

8- Por reparto llegó el asunto al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín, cuyo titular, por no compartir los planteamientos del Especializado de Antioquia, aceptó la colisión y remitió las copias pertinentes a la Sala de Casación Penal, para que fuera dirimida.

9- Cabe anotar que la señora Isabel Cristina Sánchez Vargas, a partir del 30 de julio de 1999, fue trasladada para la Cárcel de Mujeres de Medellín y la ejecución de su sentencia la asumió un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la capital de Antioquia, según se desprende de la información contenida en los anexos. (folios 234 y 239).

ARGUMENTOS EN EL CONFLICTO

1- En auto suscrito el 18 de agosto de 1999, el Juez Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, expresó que "con base en lo dispuesto por el parágrafo único del artículo 1° del acuerdo 519 del 3 de junio del año que avanza[3], el competente para la ejecución de la sentencia es el Juez Penal del Circuito de esta ciudad", (Medellín), y lo envió a Reparto, dejando al detenido a su disposición en la ciudad de Tuluá (Valle). (folio 263)

---

[2] Ley 504 de 1999. Artículo 5°. El artículo 71 del Decreto 2700 de 1991 quedará así: "*Artículo 71* Competencia de los jueces penales del Circuito especializados. Los jueces penales del circuito especializados conocen, en primera instancia de: . . 9. De los delitos señalados en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, cuando la droga o sustancia exceda de mil (1.000) kilos si se trata de marihuana, cien (100) kilos si se trata de hachís, cinco (5) kilos si se trata de metacualona, cocaína o sustancias base de ella o cantidades equivalentes si se encontraren en otro estado."

[3] Acuerdo No. 519 del 3 de junio de 1999. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa. Artículo primero.- Los procesos en ejecución de sentencia que se encontraban bajo conocimiento de los Jueces Regionales serán remitidos a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad con sede o competencia territorial donde deba ejecutarse la sentencia.

Los procesos en los que exista condenado no detenido o hubiere condena de ejecución condicional, se remitirán a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar en el que se dictó la sentencia.

En esta misma oportunidad propuso colisión negativa de competencia, en el evento de no compartir aquellos planteamientos.

2- Por su parte, el Juez Diecisiete Penal del Circuito de Medellín, en auto del 24 de agosto de 1999, en desacuerdo con los anteriores argumentos, asegura que la competencia para la ejecución de la sentencia radica en el Juez Penal del Circuito Especializado de Antioquia, por las siguientes razones:

2.1- Como lo establece el numeral 9° del artículo 5° de la Ley 504 de 1999, que modificó el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal, corresponde al Juez Penal del Circuito Especializado, conocer de los delitos tipificados en la Ley 30 de 1986, cuando la cantidad de sustancia ilícita traficada supere los cinco (05) kilogramos.

2.2- Como lo demostraron los estudios científicos, en este evento el peso bruto de la "cocaína base" alcanzó cinco mil ciento setenta y cinco (5.175) gramos, es decir más de cinco (05) kilos.

2.3- El artículo 39 transitorio de la Ley 504 de 1999, señala que a partir de su vigencia[4], los procesos que vinieran tramitando los Jueces Regionales, por delitos que no fueron incluidos en el artículo 5° ibídem, pasarán a los Jueces Penal del Circuito competentes por el factor territorial.

Por ello, acotó, como la cantidad de droga incautada supera los cinco kilos, no tienen competencia los Jueces Penales del Circuito, pues, en atención al peso del estupefaciente, el delito fue incluido en el artículo 5° de la Ley 504 de 1999, por lo cual la competencia radica en cabeza del Juez Penal del Circuito Especializado de Antioquia, teniendo en cuenta que, además, los hechos ocurrieron en Bolívar (Antioquia).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como lo estipula el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, dirimir los *conflictos de competencia* que se susciten entre juzgados de

---

Los procesos en los cuales el condenado haya recibido el beneficio de libertad condicional, se remitirán al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad con sede de competencia territorial en donde deba ejecutarse la sentencia.

Parágrafo: En el evento en que no existan juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en los lugares referidos en el artículo anterior, los procesos serán asumidos por el juez penal del circuito con sede o competencia territorial en el lugar donde se dictó la sentencia, previo reparto efectuado por la Oficina Judicial, a partir del primero (01) de julio del año en curso.

[4] Ley 504 del 25 de junio de 1999 "Por la cual se derogan y modifican algunas disposiciones del Decreto 2700 de 1991, y de los Decretos-Leyes 2790 de 1990, 2271 de 1991, 2736 de 1991, Ley 65 de 1993, Ley 333 de 1996 y Ley 282 de 1996 y se dictan otras disposiciones." Publicada en el Diario Oficial No. 43.618 del 29 de junio de 1999.

dos o más distritos judiciales, cuando los funcionarios en controversia sustentan en debida forma las razones de su renuencia a resolver el asunto concreto, como lo prevé el artículo 99 ibídem.

2- No obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, ha venido reiterando que no es válido jurídicamente predicar la existencia de verdaderas *colisiones de competencia*, frente a posturas antagónicas entre funcionarios judiciales, que se presenten a raíz del trámite de algún incidente suscitado dentro de procesos ya culminados con sentencia ejecutoriada.

En estricto sentido, al tenor del artículo 97 del Código de Procedimiento Penal, colisión de competencias puede presentarse exclusivamente en los siguientes casos:

- Cuando dos o mas jueces consideren que a cada uno de ellos corresponde adelantar el juzgamiento.

- Cuando los jueces se nieguen a adelantar el juzgamiento por estimar que no es de competencia de ninguno de ellos.

- Cuando, tratándose de delitos conexos, se adelanten varias actuaciones procesales de manera simultánea.

La diferencia de posturas latente entre los juzgados a quienes aparentemente correspondería ejecutar la sentencia no es propiamente una colisión de competencias, puesto que tal problema no se adecua en ninguna de las hipótesis que prevé el precepto en cita.

3 A pesar de ello, como la realidad y la naturaleza de las cosas demuestra que ocurren y suelen existir verdaderos conflictos o choques de criterio entre funcionarios diversos a quienes se envía la sentencia para su ejecución, por inexistencia real o aparente del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, tales antagonismos deben ser definidos por una tercera autoridad judicial ante la renuencia de los enfrentados.

A la sazón, también la jurisprudencia de la Sala, ha venido explicando que por analogía al principio general, aquellos conflictos deben ser resueltos por el superior funcional común a los dos jueces en litigio. En el caso en cuestión, corresponde arbitrar a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues la disparidad se ha tejido entre jueces de diferente distrito judicial, uno de Medellín y uno de Antioquia.

4- En el caso sometido a estudio el señor José Ilbannover Usma Correa, a pesar de que fue condenado por un Juez Regional de Medellín, está purgando la pena en la Cárcel del Circuito Judicial de Tuluá (Valle), localidad donde debe ejecutarse la sentencia.

5- El artículo 500 del Código de Procedimiento Penal, dispone que una vez en firme la sentencia condenatoria, su ejecución corresponde al Juez de Ejecución de Penas.

Lo ideal sería que hubiese Juez de Ejecución con jurisdicción en cada ciudad en la que existan cárceles destinadas al cumplimiento de condenas impuestas por sentencia en firme. No obstante, previendo la dificultad real de alcanzar esa paridad, el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal, determinó que:

"Mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones que este Código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia".

En lógica armonía con los preceptos anteriores, en el Acuerdo No. 54 del 24 de mayo de 1994, "por el cual se fijan los criterios para el funcionamiento de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, aclaró que su competencia se limitaba al circuito en donde estuvieren radicados. Así se expresó en el artículo primero:

"Artículo primero. Los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocen de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentren en las cárceles del respectivo Circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia".

"Asimismo conocerán del cumplimiento de las sentencias condenatorias, donde no se hubiere dispuesto el descuento efectivo de la pena, siempre y cuando que el fallo de primera o única instancia se hubiere proferido en el lugar de su sede".

"En los sitios donde no exista aún, Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, continuará dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal".

"Parágrafo: Cuando algún condenado sea trasladado de penitenciaría o pabellón psiquiátrico, aprehenderá el conocimiento, el juez de ejecución de penas respectivo, a quien se remitirá la documentación correspondiente. Si no hubiere juez de ejecución de penas, reasumirá la competencia el Juez que dictó el fallo en primera o única instancia".

Entonces, como lo dispuso la ley adjetiva y lo reglamentó el Consejo Superior de la Judicatura, en general, la sentencia debe ser ejecutada por el Juez de esta especialidad, y cuando en el lugar en que se encuentra el detenido no exista Juez de Ejecución de Penas, debe conservar o reasumir la competencia el Juez que dictó el fallo en primera o única instancia.

6- Los colisionantes parten del supuesto de que en Tuluá (Valle), donde está preso Usma Correa, no existe Juez de Ejecución de Penas, y fundamentan su postura con distinta interpretación del parágrafo del artículo primero del Acuerdo No. 519 del 3 de junio de 1999. "Por el cual se establecen, para los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, reglas para el reparto de los procesos provenientes de los Juzgados Regionales", expedido por

la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. El mencionado artículo señala:

"Artículo primero.- Los procesos en ejecución de sentencia que se encontraban bajo conocimiento de los Jueces Regionales serán remitidos a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad con sede o competencia territorial donde deba ejecutarse la sentencia".

"Los procesos en los que exista condenado no detenido o hubiere condena de ejecución condicional, se remitirán a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad del lugar en el que se dictó la sentencia".

"Los procesos en los cuales el condenado haya recibido el beneficio de libertad condicional, se remitirán al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad con sede de competencia territorial en donde deba ejecutarse la sentencia".

"Parágrafo: En el evento en que no existan juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad en los lugares referidos en el artículo anterior, los procesos serán asumidos por el juez penal del circuito con sede o competencia territorial en el lugar donde se dictó la sentencia, previo reparto efectuado por la Oficina Judicial, a partir del primero (01) de julio del año en curso".

7- Sería del caso discernir sobre el contenido y alcances del parágrafo anterior, siempre y cuando no existiese Juez de Ejecución de Penas con jurisdicción en el municipio de Tuluá (Valle), lugar de reclusión del sentenciado.

No obstante, toda discusión al respecto es ya innecesaria, en este evento concreto, toda vez que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo Número 548 de 1999 (22 de julio), creó los Circuitos Penitenciarios y Carcelarios en el territorio nacional y fijó la competencia territorial de los Jueces de Ejecución de Penas y medias de Seguridad.

Entre ellos creó el Circuito Judicial de Buga, "que comprende el siguiente circuito penitenciario y carcelario:"

"5.1 Circuito Penitenciario y Carcelario de Buga, cuya cabecera es la ciudad del mismo nombre con competencia sobre los municipios de:" Buenaventura, Buga, Cartago, Caicedonia, Roldanillo, Sevilla y Tuluá".

Además, en la ciudad de Buga, ya existe Juez de Ejecución de Penas, en pleno ejercicio de sus funciones, radicado en dicha localidad en virtud del Acuerdo No. 563 de 1999 (agosto 12), expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con vigencia a partir del primero (01) de septiembre del año en curso, según lo informado por el Director de la Unidad de Desarrollo Humano y Análisis Estadístico de aquella institución.

8- En este orden de ideas, es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga (Valle), el competente para ejecutar la sentencia que afectó al señor José Ilbanmover Usma Correa, quien se encuentra privado de la libertad en la Cárcel del Circuito Judicial de Tuluá (Valle).

En este sentido se resolverá la colisión y por economía procesal las diligencias serán enviadas de manera directa a su sede.

Copia de este auto se remitirá al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, y al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín, quien deberá enviar los expedientes necesarios para la ejecución de la sentencia al Juez de esta especialidad en la ciudad de Buga.

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

RESUELVE:

Primero: DECLARAR que la competencia para conocer de la ejecución de la sentencia condenatoria proferida en contra del señor José Ilbannover Usma Correa, quien se encuentra privado de la libertad en la Cárcel del Circuito Judicial de Tuluá (Valle), proferida el 22 de marzo de 1996, por un Juez Regional de Medellín, radica en el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga (Valle).

Segundo: Enviar copia del presente auto al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín, Despacho que deberá remitir los expedientes necesarios y en debida forma al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga (Valle), para lo de su competencia.

Tercero: Copia de este auto se remitirá al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia, al Director de la Cárcel del Circuito de Tuluá (Valle), y al señor José Ilbannover Usma Correa, para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

ESTAFA Momento de consumación/ESTAFA-Competencia/ ESTAFA-Noción de "provecho ilìcito"

1. Si bien es cierto, la Sala ha expresado reiteradamente que "la estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error" (C.S.J. 20 de junio de 1988, citada por el colisionante), no necesariamente este lugar, en el que se aumenta el patrimonio a través de maquinaciones fraudulentas, coincide con el sitio o lugar en donde se encuentran físicamente los bienes o derechos objeto material del ilícito.

La estafa se consuma en el propio instante en que debido a la inducción en error, el sujeto activo incorpora a su haber patrimonial bienes o derechos que hasta ese momento pertenecían a la víctima o a un tercero, y de los cuales el estafado se desprende, no por expresión de su libre voluntad, sino de su distorsionada comprensión de la realidad, situación a la que se llega a través del ardid, el engaño, las palabras o los hechos fingidos.

2. La noción de provecho ilícito cuando se trata del bien jurídico del patrimonio, no se refiere exclusivamente a dinero físico y en efectivo, sino también a otros derechos, como los de uso, goce y disposición sobre lo conseguido a través del delito, que no siempre ni en todos los casos pueden de inmediato reducirse a sumas específicas, por lo cual el provecho ilícito podría concretarse antes de que se obtengan físicamente unos bienes o el valor monetario de los mismos, e inclusive sin que esto ocurra.

3. En autos de 2 de diciembre de 1993, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.; de 5 de noviembre de 1994, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla; y de 18 de febrero de 1998, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, la Sala ha venido reiterando que en general los delitos contra el patrimonio, como la estafa, por ser de ejecución instantánea, se consuman en el momento y en el lugar en el que efectúa el agente un acto externo de disposición de la cosa mueble ajena, que demuestre claramente su intención de apropiarse de ella o de incorporarla a su patrimonio, y que comprobada la ejecución de ese acto en un lugar determinado, será competente el Juez de esa misma jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente-Dr. Edgar Lombana Trujillo

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16565

VISTOS

La Sala resuelve la colisión negativa de competencia por el factor territorial suscitada entre el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar y el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira).

SITUACIÓN FÁCTICA

En la ciudad de Valledupar, el 28 de diciembre de 1993, los señores Rodrigo Dangond Lacouture y Joaquín Tomás Ovalle Pumarejo, suscribieron un contrato de compraventa, al que denominaron "compromiso de partes".

Dangond Lacouture, vendió la cantidad de diez mil palmas africanas pequeñas, ubicadas en un vivero de la finca "Las Marías", zona rural de Urumita (Guajira), con el fin de que Ovalle Pumarejo, las trasladara a su finca "El Corubal", municipio de La Paz (Cesar), en el transcurso máximo de los siguientes dos meses y medio, con la particularidad que el comprador recibió el manejo del vivero "y la responsabilidad del cuidado de las palmas negociadas a partir de la fecha al firmar este documento."

El señor Joaquín Tomás Ovalle Pumarejo, canceló el precio del negocio entregando el mismo día al vendedor dos cheques, uno por cinco y otro por veinticinco millones de pesos, los cuales serían "cobrados tan pronto como sea aprobado el crédito que se está tramitando en el Banco Ganadero y se informará oportunamente al doctor Rodrigo Dangond Lacouture." (folio 320 c.o.)

Posteriormente surgieron discrepancias entre los compromisarios, a raíz de la dificultad para hacer efectivos los cheques, puesto que, para el día en que se firmó el pacto, ningún crédito se estaba tramitando en el Banco Ganadero, y el comprador, alegando problemas fitosanitarios en algunas palmas, trasladó una cantidad inferior a la inicialmente convenida, pretendiendo con ello una disminución correlativa en el valor del contrato.

Así tuvo origen el proceso en que más tarde se gestó la colisión que ahora se resuelve.

ACTUACIÓN PROCESAL

1- Avocó el conocimiento del asunto, la Fiscalía Séptima Seccional de Valledupar, donde luego de finalizar la etapa previa se abrió investigación, ordenando vincular al señor Joaquín Tomás Ovalle Pumarejo.

2- Buscando "despejar cualquier duda sobre la imparcialidad", la Dirección Nacional de Fiscalías, mediante Resolución No. 172 del 26 de enero de 1994, reasignó la investigación a la Dirección Seccional de Fiscalías de Santa Marta. (folio 309 c.o.)

3 De este modo, el ciclo instructivo fue desarrollado hasta la culminación en la Ciudad de Santa Marta, al punto que el Fiscal Catorce adscrito a la Unidad Segunda Especializada de dicha Seccional, el 19 de noviembre de 1997, calificó el mérito del sumario afectando con resolución de acusación, por el delito de estafa, al señor Joaquín Tomás Ovalle Pumarejo, y dispuso que en firme aquella resolución el proceso fuera enviado "al juez penal del circuito reparto de Valledupar para lo de su competencia." (folio 457 c.o.)

4- Efectuado el reparto, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar avocó el conocimiento mediante auto del 17 de noviembre de 1997, y adelantó la fase del juicio inclusive hasta terminar la audiencia pública. A pesar de ello, se abstuvo de emitir sentencia, declaró que no tenía competencia por el factor territorial y ordenó remitir las diligencias al Juzgado de San Juan del Cesar (Guajira), interponiendo colisión negativa en el evento de que no se aceptaran sus planteamientos.

5- El Juez Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira), no admitió el razonamiento del Juez dimitente, trabó la colisión y remitió las actuaciones a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para que fuera dirimida.

ARGUMENTOS EN EL CONFLICTO

1- Por medio de auto fechado el 1° de septiembre de 1999, el Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar, con apoyo en un pronunciamiento de esta Sala, sostiene que carece de competencia territorial para fallar el asunto, teniendo en cuenta que el procesado recibió las plantas en donde yacían sembradas, es decir en Urumita (Guajira), por lo cual en dicho lugar, y no en Valledupar, se consumó y materializó el delito de estafa, ya que en la finca "Las Marías" el agente obtuvo el provecho económico ilícito.

Por ello, dice, corresponde dictar el fallo al Juez Penal de San Juan del Cesar (Guajira), cuya jurisdicción territorial abarca también el municipio de Urumita. (folio 626 c.o.)

2- Por su parte, el Juez Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira), en auto del 22 de octubre de 1999, en réplica a su homólogo, luego de acometer un amplio análisis dogmático sobre el delito de estafa, expresó que de acuerdo con la realidad probatoria fue en la ciudad de Valledupar en donde se llevaron a cabo los supuestos actos engañosos y fraudulentos que animaron al vendedor a transferir la propiedad de las palmas africanas, y en donde el acusado obtuvo un provecho ilícito, el mismo día en que se firmó el "compromiso de partes", al extremo que, a partir de esa fecha, 28 de diciembre de 1993, el señor Joaquín Tomás Ovalle Pumarejo, quedó expresamente facultado por el contrato para ejercer acciones de señor y dueño sobre el plantío, siendo entonces accidentales las circunstancias de haber realizado algunas operaciones de administración y comercio en otros municipios.

Concluye, entonces, que fue en la ciudad de Valledupar en la que el señor Ovalle Pumarejo, quedó investido de la facultad para efectuar actos externos de disposición sobre las palmas africanas, las que quedaron incorporadas a su patrimonio, en el propio instante de suscribir el compromiso, y, por ende, el Juez competente debe ser el de la capital del Cesar. (folio 636 c.o.)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como lo estipula el numeral 5° del artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre juzgados de dos o más distritos judiciales. Máxime si como en el presente asunto los funcionarios en controversia sustentaron en debida forma las razones de su renuencia a continuar con la etapa del juzgamiento, como lo prevé el artículo 99 ibídem.

1 Se observa que el Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar, incurre en errores de apreciación y entendimiento acerca de los criterios que ha venido reiterando la Corte, frente a la fijación del lugar en que se comete la infracción penal contra el patrimonio económico para determinar la competencia por el factor territorial.

Si bien es cierto, la Sala ha expresado reiteradamente que "la estafa se consuma en el lugar donde se obtiene el provecho patrimonial como consecuencia de la inducción en error" (C.S.J. 20 de junio de 1988, citada por el colisionante), no necesariamente este lugar, en el que se aumenta el patrimonio a través de maquinaciones fraudulentas, coincide con el sitio o lugar en donde se encuentran físicamente los bienes o derechos objeto material del ilícito.

La estafa se consuma en el propio instante en que debido a la inducción en error, el sujeto activo incorpora a su haber patrimonial bienes o derechos que hasta ese momento pertenecían a la víctima o a un tercero, y de los cuales el estafado se desprende, no por expresión de su libre voluntad, sino de su distorsionada comprensión de la realidad, situación a la que se llega a través del ardid, el engaño, las palabras o los hechos fingidos.

Así, por ejemplo, si prevaliéndose de inducción en error A, en Santa Fe de Bogotá, se hace endosar los títulos de propiedad de acciones que B tiene en una sociedad multinacional, la estafa se consuma en Bogotá, en el propio instante en que A empieza a figurar como nuevo titular de las acciones, independientemente de que la multinacional tenga sedes y bienes en distintas partes del país y del mundo.

De suerte que, A incorpora a su patrimonio un bien adicional que antes no tenía, que consiste precisamente en el derecho a disponer sobre las acciones, en el mismo instante en que se produce el endoso, sin que importe el lugar ni la fecha en que perciba los dividendos; o cuándo ni dónde decida venderlas para conseguir dinero en efectivo, si éste es su fin último.

El Juez de Valledupar, concluye que como las palmas africanas yacían en un vivero de la finca "Las Marías" ubicada en Urumita (Guajira), entonces fue en este municipio en el que se consumó la estafa, ya que ahí fue donde el procesado obtuvo el incremento patrimonial, como si los vegetales físicamente y en sí mismo considerados fueran lo que acrecentó el patrimonio del procesado, cuando en realidad, el incremento patrimonial lo habría constituido hacerse adjudicar los derechos de libre disposición, de señor y dueño, sobre el cultivo.

La noción de provecho ilícito cuando se trata del bien jurídico del patrimonio, no se refiere exclusivamente a dinero físico y en efectivo, sino también a otros derechos, como los de uso, goce y disposición sobre lo conseguido a través del delito, que no siempre ni en todos los casos pueden de inmediato reducirse a sumas específicas, por lo cual el provecho ilícito podría concretarse antes de que se obtengan físicamente unos bienes o el valor monetario de los mismos, e inclusive sin que esto ocurra.

2- De acuerdo con el "compromiso de partes", el comprador, hoy procesado, adquirió "la responsabilidad del cuidado de las palmas negociadas a partir de la fecha al firmar este documento", lo que sucedió el 28 de diciembre de 1993, en la Ciudad de Valledupar. Entonces, en ese mismo instante y lugar se hizo señor y dueño del semillero objeto del negocio, razón suficiente para afirmar que si se llegare a demostrar que aquella negociación fue producto de una estafa, esta se habría consumado en la capital del Cesár, aunque las palmas estuvieran plantadas en Urumita (Guajira), y aunque días después y en diversos lugares hubiere exteriorizado el adquirente los actos de disposición sobre aquellas.

De ahí que el Juez competente para emitir la sentencia que corresponda es el de Valledupar, como lo dispone el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal.

3- *En autos de 2 de diciembre de 1993, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.; de 5 de noviembre de 1994, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla; y de 18 de febrero de 1998, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, la Sala ha venido reiterando que en general los delitos contra el patrimonio, como la estafa, por ser de ejecución instantánea, se consuman en el momento y en el lugar en el que efectúa el agente un acto externo de disposición de la cosa mueble ajena, que demuestre claramente su intención de apropiarse de ella o de incorporarla a su patrimonio, y que comprobada la ejecución de ese acto en un lugar determinado, será competente el Juez de esa misma jurisdicción.* En el caso examinado el acto de incorporación del cultivo al patrimonio del procesado coincidió con la firma del "compromiso de partes", en la Ciudad de Valledupar.

En este orden de ideas, como puede deducirse de las diligencias, fue en Valledupar y a partir del mismo día en que se firmó el contrato, que el señor Joaquín Tomás Oralle Pumarejo, se habría hecho señor y dueño de las palmas africanas que le vendió Rodrigo Dangond Lacouture. Todo ocurrió en la

capital del Departamento del Cesar, por ello, el Juez competente para decidir es el de dicha ciudad. En este sentido se resolverá la colisión.

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

RESUELVE:

Primero: DECLARAR que la competencia por el factor territorial para conocer de este proceso penal corresponde al Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar, a quien se le enviarán los expedientes para lo de su cargo.

Segundo: Copia de este auto se remitirá al Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira), para su información.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO-Ley aplicable/REDENCION DE PENA-No opera la favorabilidad

El monto a reducir de la pena, así como las actividades de estudio o trabajo certificadas, se rigen por la ley y el reglamento vigentes al momento en el que el trabajo o el estudio intracarcelario se verificó. Es inaplicable con carácter retroactivo, en consecuencia, una ley, como la 65, que establezca una rebaja mayor de la pena por efecto del trabajo o estudio, e igualmente un decreto reglamentario que involucre como factor de rebajo alguna o algunas actividades que antes no se encontraban autorizadas para redimir pena. Esto quiere decir que la redención de pena a que se hace acreedor un procesado o un condenado es la prevista por la ley al momento de la realización de la actividad, a condición de que ésta se encuentre igualmente autorizada para ese mismo momento, bien por la ley o por una norma reglamentaria.

En las condiciones anotadas no procede la consideración del principio de favorabilidad, pues se trata de situaciones consolidadas cuyos efectos estaban ligados al contenido de las normas vigentes para cuando tuvieron ocurrencia y que por lo tanto no son susceptibles de ser reexaminadas en virtud del cambio de legislación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., diciembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 11408

VISTOS

Resuelve la Sala la solicitud de libertad provisional elevada por el defensor del procesado Eduardo de Jesús Serpa Contreras.

ANTECEDENTES Y SOLICITUD

A septiembre 30 de 1999 –como lo concluyó la Sala en la providencia del 4 de octubre pasado– Serpa Contreras había permanecido privado físicamente de su libertad por razón del presente proceso 87 meses y 3 días. Y de acuerdo a los cálculos que se realizaron sobre los certificados de trabajo y estudio

aportados tenía derecho a una rebaja de pena de 36 meses y 20 días. Una y otra cantidad dieron como resultado 123 meses y 23 días, tiempo inferior a las dos terceras partes de los 192 meses impuestos como pena, que equivalen a 128.

Con sustento en el numeral 2º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal la defensa solicitó nuevamente la libertad provisional, por la vía del artículo 72 del Código Penal. Pidió, en primer lugar, "reconsiderar" los siguientes puntos del proveído de octubre 4:

a) La aplicación de la Ley 32 de 1971 y el Decreto reglamentario 2119 de 1977 en relación con el estudio que se le certificó al procesado entre el 1º de agosto de 1992 y el 19 de agosto de 1993. Para el apoderado esas normas autorizaban un día de redención por 3 de estudio o trabajo, resultando desfavorables para su representado frente a la Ley 65 de 1993 que autoriza una rebaja en la pena de un día por 2 de estudio o de trabajo. El peticionario reclama, en consecuencia, la aplicación de la última ley en virtud del principio constitucional de favorabilidad (art. 29 C.N.).

b) No haber tenido en cuenta para efectos de rebaja de pena el tiempo laborado domingos y festivos entre el 20 de agosto de 1993 y el 21 de febrero de 1999, debido a la falta de autorización respectiva del Director del establecimiento carcelario. Acompaña copia de la resolución 0159A del 13 de septiembre de 1993, expedida por el Director de la Cárcel de Montería, en la cual autorizó "...computar el tiempo de redención de pena, por actividades realizadas por los internos en domingos y festivos, como aseo, rancho, ganadería, patera, ganadería y granja del programa de prevención integral...".

"El efecto de este documentos –dice la defensa– es que impone incluir en las cuentas de redención de pena, el trabajo realizado los domingos y festivos, desde que fue trasladado el señor Eduardo Serpa de la Cárcel de Sincelejo a la de Montería, en diciembre de 1995". Y concluye que con los ajustes hechos su representado ha descontado de la pena 128,162 meses, o sea más de sus dos tercios.

En cuanto a la exigencia subjetiva a que se refiere el artículo 72 del Código Penal señala que Serpa Contreras carece de antecedentes penales, de policía o disciplinarios. Adicionalmente "...su personalidad revelada en los hechos de los cuales ha sido condenado por las instancias, lo muestra como partícipe en un enfrentamiento armado con los señores Serpa Vergara quienes igualmente dispararon, planteando un conflicto bilateral, en el cual el señor Esquiver Serpa Vergara no fue víctima inocente.

"De otra parte –continúa el abogado– ha sido reconocido por las instancias que los hechos ocurrieron por diferencias respecto a una sucesión en la que ambas partes tendrían interés, de manera que este delito puede ser considerado como ocasional y circunscrito a unas circunstancias específicas, fuera de las cuales no es probable que el señor Eduardo Serpa vuelva a delinquir, permitiendo un pronóstico delictual favorable a su libertad provisional, porque no pone en riesgo a la sociedad y por lo tanto no es necesaria ninguna prevención general respecto de él.

"El expediente muestra al señor Eduardo Serpa como una persona trabajadora en ganadería desde mucho antes de la ocurrencia de los hechos, y que dentro de las cárceles en las que ha estado, siempre ha estudiado y trabajado, observando excelente conducta que lo ha hecho merecedor a libertades administrativas, que ha cumplido regularmente, por lo que es factible asumir que la función retributiva de la pena se ha cumplido suficiente y adecuadamente, y no es necesario que persista el tratamiento intramural".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Aunque la solicitud de reconsiderar el punto de la aplicación de la Ley 32 de 1971 y su decreto reglamentario debía haberse planteado en el marco del recurso de reposición que procedía en contra de la providencia de octubre 4 de 1999, la Sala no tiene inconveniente en reiterar que la redención de pena por el estudio que se le certificó al procesado Serpa Contreras entre agosto de 1992 y agosto 19 de 1993 (al día siguiente comenzó la vigencia de la 65 de 1993) no se regía por la nueva normatividad. Simplemente porque *el monto a reducir de la pena, así como las actividades de estudio o trabajo certificadas, se rigen por la ley y el reglamento vigentes al momento en el que el trabajo o el estudio intracarcelario se verificó. Es inaplicable con carácter retroactivo, en consecuencia, una ley, como la 65, que establezca una rebaja mayor de la pena por efecto del trabajo o estudio, e igualmente un decreto reglamentario que involucre como factor de rebaja alguna o algunas actividades que antes no se encontraban autorizadas para redimir pena. Esto quiere decir que la redención de pena a que se hace acreedor un procesado o un condenado es la prevista por la ley al momento de la realización de la actividad, a condición de que ésta se encuentre igualmente autorizada para ese mismo momento, bien por la ley o por una norma reglamentaria.*

En las condiciones anotadas no procede la consideración del principio de favorabilidad, pues se trata de situaciones consolidadas cuyos efectos estaban ligados al contenido de las normas vigentes para cuando tuvieron ocurrencia y que por lo tanto no son susceptibles de ser reexaminadas en virtud del cambio de legislación.

El cálculo relacionado con el estudio que se le certificó a Serpa Contreras entre agosto de 1992 y el 19 de agosto de 1993, en consecuencia, debía realizarse con sustento en la normatividad vigente en ese entonces, que fue lo que hizo la Sala en la decisión anotada.

Lo que sí varía –con apoyo en la resolución 0159 A del 13 de septiembre de 1993 expedida por la Dirección de la Cárcel de Montería– es lo relacionado con el trabajo certificado por domingos y festivos a partir de diciembre de 1995. Así las cosas, en lugar de tomar en cuenta 1.520 horas de trabajo certificadas a través del documento del folio 61 del c. de la Corte (como se hizo en la providencia de octubre 4 –punto 6, página 6 del auto–), se asumirán las 1.848 horas que allí se hicieron constar. Las 328 horas que constituyen la diferencia entre las cifras le dan derecho al procesado a una rebaja de pena de 20.5 días.

Frente al certificado de trabajo en ganadería visible a folio 60 del c. de la Corte, se tienen en cuenta el total de 2.872 horas a que el mismo se refiere y no las 2.576 que se calcularon en el punto 7 de la providencia de octubre 4 de 1999. Las 296 horas que son la diferencia le significan al procesado una rebaja de pena de 18.5 días.

En cuanto a la certificación del folio 59 del cuaderno de la Corte deberán tomarse en cuenta las 3.816 horas a que allí se hace referencia y no las 3.128 que se tomaron en cuenta en otra oportunidad (punto 8 del auto de octubre 4/99). La diferencia le significa a Serpa Contreras una rebaja de pena de 43 días.

Frente a la constancia del folio 58 se aceptan las 672 horas certificadas en lugar de las 568 reconocidas por la Sala en pasada oportunidad (punto 9 del auto de octubre 4) 6.5 días de rebaja es lo que le significa al procesado la diferencia entre las cifras.

En octubre y noviembre de 1999 Serpa Contreras, según lo certificó el establecimiento carcelario, trabajó en ganadería 488 horas, que le dan derecho a una rebaja de 30.5 días.

En resumen, a los 123 meses y 23 días que el procesado había descontado a septiembre 30 de 1999, se le deben adicionar 2 meses y 15 días más de privación física de la libertad y 3 meses y 29 días de redención de pena. En total, entonces, ha completado 130 meses y 7 días, lapso éste que supera los dos tercios de los 192 meses que las instancias le impusieron como pena de prisión, al encontrarlo responsable del cargo de homicidio agravado.

Superado el requisito objetivo a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, que es el régimen aplicable al presente caso en consideración a que el homicidio agravado fue excluido del régimen del 72 A del mismo Código, corresponde examinar el denominado factor subjetivo. Es decir, la personalidad de Serpa Contreras, su conducta en la cárcel y sus antecedentes de todo orden, a objeto de establecer si se ha o no resocializado.

En el proceso no obra ninguna evidencia de que el procesado sea poseedor de una personalidad inclinada al delito. Carece de antecedentes penales y en esa medida el hecho por el cual se le condenó es completamente eventual en su existencia y no parte de una actitud frecuente de actuar con desapego a las reglas.

En la sentencia de primera instancia se determinó que el móvil del delito habían sido las diferencias que surgieron entre los Serpa Contreras con sus hermanos Serpa Vergara "...con ocasión del juicio sucesorio de su padre Aureliano Serpa...". Se trató, entonces, de un problema eminentemente familiar que desencadenó la tragedia que originó este proceso, en la que la peor parte la sufrió Esquiver Serpa Vergara, a quien Eduardo Serpa Contreras le disparó por la espalda, de acuerdo a como se declaró probado en las instancias.

Más allá de la reprochabilidad misma del hecho de haberle causado la muerte al hermano, de lo cual se ocupó la sentencia al agravar la pena por razón del parentesco, la conducta desplegada por el procesado –que como ha dicho la Sala hace parte de los antecedentes de todo orden– en cuanto eventual y fruto de unas circunstancias familiares específicas, no dan la idea, se repite, de una personalidad propensa al delito y al irrespeto en general de las reglas establecidas. Esto se corrobora, de hecho, con la dedicación continua de Serpa Contreras al estudio y al trabajo en el establecimiento carcelario en todos los años de privación de la libertad e igualmente con el buen comportamiento que en tal lugar ha observado y que le ha valido para acceder al permiso administrativo de 72 horas desde el 26 de diciembre de 1997 (fl. 65 c. de la Corte).

Estima la Sala, en consecuencia, que es viable la concesión de la libertad provisional solicitada, en cuanto los elementos de juicio examinados permiten suponer que el tratamiento penitenciario al cual ha estado sometido Eduardo de Jesús Serpa, cumplió con su objetivo resocializador. Se condicionará la efectivización de la medida a la suscripción de la diligencia de compromiso de rigor, cuyas obligaciones deberán ser garantizadas con caución prendaria por la suma de $500.000.oo.

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

RESUELVE:

CONCEDERLE la libertad provisional al procesado Eduardo de Jesús Serpa Contreras. Deberá, para hacer efectiva la medida, constituir caución de $500.000.oo y comprometerse a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, debiéndosele advertir que de no hacerlo le será revocado inmediatamente el derecho.

SE COMISIONA para los efectos pertinentes a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Montería.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

EXTRADICION-Declaración de reciprocidad

El procedimiento mixto de extradición que contempla la normatividad nacional es de contenido estricto en cuanto a su tramitación. Las autoridades administrativas y jurisdiccionales que participan en él, deben actuar con apego exacto a la Ley o al Tratado bajo el cual deba regirse el trámite. Ninguna autoridad está autorizada para incluir requisitos no contemplados en las fuentes formales en las que se resuelva la solicitud de extradición o para excluir los que allí se contengan.

Existiendo por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores el concepto a que hace referencia el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal sobre "si es del caso proceder con sujeción a convenciones o usos internacionales o se debe obrar de acuerdo con las normas de este Código", en el que se ha expresado que "por no existir Convenio aplicable al caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal Colombiano", no puede la Corte integrar a los requisitos formales de la actuación o a los fundamentos del concepto, principios no contemplados expresamente en la fuente formal (C. de P. P) en la que debe resolverse este específico trámite de extradición dentro del que es requerido el ciudadano colombiano (...).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 — Proceso N° 15862

Vistos

Decide la Sala el recurso de reposición que ha interpuesto el defensor del requerido en extradición Jorge Eliécer Asprilla Perea en contra del auto del pasado 19 de noviembre, por medio del cual se negó la devolución del expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho.

El recurso

Insiste en la necesidad de obtener la certificación de reciprocidad por parte del Estado requirente, fundado en que tal exigencia existe en el ordenamiento jurídico nacional, por las siguientes razones.

1 El derecho positivo no está contenido únicamente en la ley. También está en la Constitución y en el derecho internacional convencional. "Siendo demasiado positivista reducirlo a la mera ley".

2- La reciprocidad es una exigencia que recogen los usos internacionales.

3- Los tratados internacionales que se refieran al tema de la extradición, aun multilaterales, son obligatorios, por lo que estima que al regularse ese tema en la Convención Unica de Estupefacientes de 1961, ello lo hace obligatorio para todo el Estado, no solo para el Gobierno, sin que pueda dejarse de aplicar por el concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

4- La Constitución Política, norma de normas que debe aplicarse obligatoria y preferiblemente, consagra en sus artículos 9 y 226 la exigencia de reciprocidad por parte del Estado Colombiano en todas sus relaciones internacionales.

Del artículo 9 de la Constitución destaca que señale en tercer lugar que las relaciones exteriores del país se fundan en "el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia" y del 226 que ordene promover la internacionalización de las relaciones sobre las base de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Ordena tales principios y asignándoles números ordinales explica que la equidad está en primer lugar porque pertenece a las bases de un orden justo a que se hace mención en el preámbulo.

En segundo lugar coloca la reciprocidad porque trata del justo equilibrio o trato igualitario entre Estados y no es digno ni soberano un Estado que traiciona la justicia o renuncia a la igualdad en el plano internacional, es decir a la reciprocidad.

Finalmente coloca en tercer lugar la conveniencia nacional, que en todo caso no puede prevalecer sobre la justicia y la igualdad como valores superiores, por lo que estima que no puede haber conveniencia nacional de espaldas a la justicia y con olvido del principio de reciprocidad.

Concluye entonces en que la reciprocidad es un principio constitucional fundamental que debe aplicarse en materia de extradiciones, comoquiera que esa es una materia de las relaciones internacionales de Colombia.

5- El artículo 552 del Código de Procedimiento Penal habla de los "usos internacionales", entre los cuales considera que está como principio del derecho internacional la reciprocidad.

6- Advierte que la omisión de la Corte en pronunciarse sobre el tema de la reciprocidad sacrifica el derecho de defensa por cuanto la experiencia ha demostrado que el trámite puramente administrativo de las extradiciones se hace en cuestión de horas, lo que torna nugatoria la posibilidad de ejercer la defensa técnica. Y finaliza señalando que una decisión favorable de la Corte a su solicitud no puede significar el entrometimiento en las relaciones internacionales, sino la mera exigencia de que conste una información que se deja

a la decisión política del Gobierno sobre si acude a ella o no a la hora de decidir.

CONSIDERACIONES

1- Señaló la Corte en el auto del pasado 19 de noviembre que la solicitud de declaración de reciprocidad del Estado requirente que hacía el señor defensor del requerido en extradición Jorge Eliécer Asprilla Perea, no era un requisito esencial de la actuación judicial que se regía por el Código de Procedimiento Penal, que en consecuencia era superfluo y por tanto innecesaria su acreditación.

2- El defensor insiste en su petición, reconociendo la inexistencia de tal requisito en el texto del Código de Procedimiento Penal, pero fundando su necesariedad en el texto de la Constitución Política y en los usos internacionales.

3- *El procedimiento mixto de extradición que contempla la normatividad nacional es de contenido estricto en cuanto a su tramitación. Las autoridades administrativas y jurisdiccionales que participan en él, deben actuar con apego exacto a la Ley o al Tratado bajo el cual deba regirse el trámite. Ninguna autoridad está autorizada para incluir requisitos no contemplados en las fuentes formales en las que se resuelva la solicitud de extradición o para excluir los que allí se contengan.*

4- *Existiendo por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores el concepto a que hace referencia el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal sobre "si es del caso proceder con sujeción a convenciones o usos internacionales o se debe obrar de acuerdo con las normas de este Código", en el que se ha expresado que "por no existir Convenio aplicable al caso, es procedente obrar de conformidad con las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal Colombiano", no puede la Corte integrar a los requisitos formales de la actuación o a los fundamentos del concepto, principios no contemplados expresamente en la fuente formal (C. de P. P.) en la que debe resolverse este específico trámite de extradición dentro del que es requerido el ciudadano colombiano* Jorge Eliécer Asprilla Perea.

5- Es cierto que la Constitución contempla en los artículos 9, 226 y 227, los principios básicos sobre los cuales debe el Estado edificar sus relaciones internacionales, encontrándose entre tales la reciprocidad. Pero tales fundamentos son la base constitucional de las relaciones exteriores del país en general, se aplican para todos los efectos, civiles, comerciales, culturales, laborales, etcétera, y, por supuesto, también para los casos de cooperación judicial internacional.

Sin embargo, en tratándose de asuntos de extradición, el artículo 35 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 1997 limita la solicitud, la concesión o el ofrecimiento a los Tratados Públicos y, en su defecto, a la Ley. En este caso concreto, según el concepto del Ministerio de Relaciones Exteriores, no hay Tratado aplicable, por lo que se aplica la Ley

(Código de Procedimiento Penal Colombiano). Es entonces la propia Constitución Política la que regulando integralmente el asunto de la extradición señala sus reglas básicas y es a ellas a las que se ajusta la Corte en su concepto, limitándolo en su trámite y en sus fundamentos a lo que la fuente formal (Código de Procedimiento Penal) expresamente contempla.

Los usos internacionales y los principios del derecho internacional no son elementos del trámite judicial de la extradición en cuanto no estén contemplados expresamente en el Tratado Público o en la Ley que en su defecto rija la extradición específica que se adelante en la Corte. La aplicabilidad de tales usos y principios le corresponde exclusivamente a quien la propia Carta le ha deferido la dirección de las relaciones internacionales, esto es al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (artículo 189 -2).

6.-El régimen mixto que caracteriza el trámite de la extradición en Colombia establece dos etapas básicas; una hacia el interior del país, por intermedio de la Rama Judicial, dentro del cual se aplica el Tratado o la Ley como declaración de la voluntad soberana del Estado y, otra, al exterior del país como manifestación de la soberanía del Estado frente a otros países, por intermedio del Gobierno Nacional.

Precisamente en ello es que se funda la no obligatoriedad del concepto favorable de la Corte, en que la Rama Judicial no puede imponer a la Ejecutiva encargada del manejo de las relaciones internacionales, una forma específica de comportamiento frente a terceros países. Para todos los efectos y hacia el exterior, el Gobierno actúa en ejercicio de la soberanía que encarna el Presidente como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa.

Se entiende, obviamente, que el Presidente actúa como todos los funcionarios públicos- con sujeción a la Constitución y a la Ley, lo que naturalmente lo hace responsable de la infracción a los preceptos de una o de otra.

7- Consecuencia de lo anterior es la inmodificabilidad de la decisión del 19 de noviembre pasado que consideró innecesario frente al trámite judicial de la extradición la acreditación de una declaración de reciprocidad del Estado requirente, por lo que La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

NO REPONER el auto del 19 de noviembre de 1999.

Notifíquese y cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CASACION DISCRECIONAL-Deserción- Agravante del artículo 60-11 del C.P.M./ **CASACION DISCRECIONAL**-Deserción (Salvamento de voto)

Si de lo que se trata es de mostrar inconformidad con el fallo por haber transgredido el principio de consonancia que debe existir con la acusación, tampoco desde esa perspectiva la garantía del debido proceso se revela vulnerada, menos si se toma en cuenta que en la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica, al analizar el aspecto objetivo de la conducta llevada a cabo, se dejó en claro que el procesado "ha permanecido ausente de su unidad militar un tiempo muy superior al estipulado en la norma y en este momento procesal cumple seis meses de ausencia", lo que compagina perfectamente con la deducción por el fallador de segundo grado, de la agravante prevista por el artículo 60-11 del C. P. M., siendo esa la razón que se expuso para aumentar en un mes la pena impuesta en la primera instancia, lo cual, además, conduce a desvirtuar la sugerida falta de motivación en el fallo impugnado.

Tampoco desde la óptica de la aludida necesidad de desarrollar la jurisprudencia, la pretensión resulta de recibo, pues no se aclara en concreto cuál es el punto jurídico que por lo oscuro merezca ser clarificado, ni se dice en qué consisten las posiciones encontradas sobre el particular de manera que amerite su unificación por la Corte, menos se precisa el sentido en que habría de hacerse la actualización de la doctrina hasta el momento imperante, como tampoco logra sostenerse la inexistencia de siquiera un pronunciamiento sobre algún tema en particular, condiciones en las cuales tampoco se acredita cómo la decisión demandada prestaría el doble servicio de solucionar el caso y servir de guía en la actividad judicial.

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

Magistrado Ponente Dr. Jorge E. Córdoba Poveda

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16064

Decide la Corte la admisibilidad del recurso extraordinario de casación discrecional, interpuesto por el Procurador 316 Judicial II en lo Penal Delegado dentro del proceso que se sigue al Soldado del Ejército Nacional Edwin Máximo Montaño Micolta, con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, contra la sentencia condenatoria proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior Militar, en la cual le impuso la pena principal de siete meses de arresto, al hallarlo penalmente responsable del delito de deserción.

ANTECEDENTES

Al Soldado Edwin Máximo Montaño Micolta, orgánico del Batallón de Policía Militar No. 15 "Bacatá", el 21 de abril de 1998 se le concedió permiso por el término de veinticuatro horas, cumplidas las cuales no retornó a la Unidad como era su obligación hacerlo. Tampoco regresó dentro de los cinco días siguientes, permaneciendo en dicha situación incluso a la fecha de este pronunciamiento.

Abierta la investigación por el Juzgado Quinto de Instrucción Penal Militar de Santa Fe de Bogotá (fls. 3), se vinculó mediante declaratoria de persona ausente al imputado Montaño Micolta (fl. 35), se le designó como defensor de oficio a un profesional del derecho quien tomó posesión del cargo (fl. 36), y posteriormente, el dieciséis de octubre siguiente, se definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito militar de deserción, previsto por el artículo 115 del C. P. M., considerándose, además, que el procesado "ha permanecido ausente de su unidad militar un tiempo muy superior al estipulado en la norma y en este momento procesal cumple seis meses de ausencia" (fls. 47 y ss.), en determinación que cobró ejecutoria en esa instancia por no haber sido impugnada.

De conformidad con lo previsto por el inciso tercero del artículo 694 del Código Penal Militar, por auto proferido el dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho se declaró la iniciación del juicio (fls. 57), y previo traslado a las partes para presentar alegaciones de fondo, el Comandante del Batallón de Policía Militar No. 15 Bacatá (Juez de Primera Instancia), por sentencia proferida el dos de febrero de mil novecientos noventa y nueve condenó al acusado a seis meses de arresto, al hallarlo penalmente responsable del delito deducido en la providencia mediante la cual se le definió la situación jurídica (fl. 66 y ss.).

Sometida esta decisión al grado jurisdiccional de consulta, una Sala de decisión del Tribunal Superior Militar, por medio del fallo de segunda instancia proferido el once de mayo de mil novecientos noventa y nueve, modificó la sentencia consultada, en el sentido de imponerle al procesado como pena principal y única la de siete meses de arresto, y la adicionó en cuando declaró que no se hace acreedor a la condena de ejecución condicional, al tiempo que señaló que una vez cumpliera la pena, deberá continuar prestando el servicio militar obligatorio por el tiempo que le faltare para ello, confirmándola en sus restantes partes (fls. 80).

LA IMPUGNACIÓN

Contra el fallo de segundo grado, en tiempo, el Procurador 316 Judicial II en lo Penal, interpuso recurso extraordinario de casación discrecional, al amparo de lo previsto en el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Indica que interpone dicho recurso "con el fin de garantizarle a los soldados sus derechos fundamentales maltratados: de la libertad y el debido proceso, y una vez restablecidos sirvan para desarrollar y unificar la jurisprudencia con respecto a la tasación de la pena por cualquier delito, y no se siga imponiendo más de la pena mínima sin estar demostrada ninguna causal de agravación punitiva específica ni genérica".

Asegura que algunas Salas del Tribunal Superior Militar estiman que quien estando vinculado al servicio militar elude su obligación por seis meses o más, o incluso definitivamente, se hace acreedor a que se le aumente la pena por considerar que con dicha conducta se hacen más nocivas las consecuencias del hecho punible, en interpretación que considera errada pues, a su criterio, al realizarse la deserción se agota el tipo, así el desertor no regrese jamás.

Agrega que la referida agravante, como cualquiera otra, requiere demostración y en este caso, debe acreditarse que con la evasión se hicieron más nocivas las consecuencias del acto, pues asegura que el mismo daño se ocasiona si la evasión se produce por el corto lapso de uno a cuatro días, caso en el cual no se incurre en el delito, que si la fuga dura de cinco a trece días pues a pesar de realizar el tipo tiene derecho a que se le reconozca la circunstancia de atenuación punitiva, si regresa después de seis meses, después que se produzca el fallo en su contra o nunca se le vuelva a ver.

Sostiene asimismo que de prosperar su petición, se garantizará el derecho fundamental de la libertad, se recuperará el debido proceso "al no existir bases fácticas para aseverar que se da tal circunstancia agravante, lo cual produce una violación directa de la ley" y se unificará la jurisprudencia en la Jurisdicción Penal Militar en cuanto que las circunstancias genéricas y específicas de agravación punitiva han de estar demostradas en el proceso (fls. 86 y ss.).

SE CONSIDERA

De conformidad con el inciso tercero del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, el recurso extraordinario de casación puede ser interpuesto por el Procurador, su Delegado, o el defensor, contra aquellas sentencias de segundo grado que, por la pena imponible o el órgano que la profirió, no admiten el ejercicio del instituto por la vía ordinaria, debiendo fundarse en los dos únicos motivos de procedencia legalmente establecidos: el desarrollo de la jurisprudencia o en protección de los derechos constitucionales fundamentales.

Prevé el artículo 233 *ejusdem* que el recurso debe interponerse dentro de los quince días siguientes a la última notificación del fallo de segunda instancia, y fundamentarse debidamente frente a las causas por las cuales puede ser admitido, pero en todo caso, corresponde a la Corte en ejercicio de su discrecionalidad decidir si lo acepta o rechaza.

En el evento *sub judice*, encuentra la Sala que la sentencia que se pretende recurrir, no obstante provenir del Tribunal Superior Militar, dado el *quantum* punitivo previsto en la ley para el tipo que se imputa realizado, no admite la casación común, quien presenta la petición tiene legitimidad para hacerlo (el Delegado de la Procuraduría), y ejercita este derecho dentro la oportunidad legalmente establecida, de donde se colige que tales aspectos se hallan satisfechos.

No sucede lo mismo en relación con los motivos aducidos, pues no obstante invocar la transgresión a los derechos fundamentales de la libertad y el debido proceso, al fundar la pretensión en el hecho de que el Tribunal de segunda instancia aumentó en un mes la pena impuesta al procesado Montaño Micolta por el juzgador de primer grado, no logra evidenciar cómo ello lesionó las garantías fundamentales cuya protección reclama, ni mucho menos de qué manera dicho proceder atenta contra el principio de legalidad de los delitos y las penas previsto en la Carta Política, por superar los márgenes punitivos preestablecidos en la ley para la conducta realizada.

Y si de lo que se trata es de mostrar inconformidad con el fallo por haber transgredido el principio de consonancia que debe existir con la acusación, tampoco desde esa perspectiva la garantía del debido proceso se revela vulnerada, menos si se toma en cuenta que en la providencia mediante la cual se definió la situación jurídica, al analizar el aspecto objetivo de la conducta llevada a cabo, se dejó en claro que el procesado "ha permanecido ausente de su unidad militar un tiempo muy superior al estipulado en la norma y en este momento procesal cumple seis meses de ausencia", lo que compagina perfectamente con la deducción por el fallador de segundo grado, de la agravante prevista por el artículo 60-11 del C. P. M., siendo esa la razón que se expuso para aumentar en un mes la pena impuesta en la primera instancia, lo cual, además, conduce a desvirtuar la sugerida falta de motivación en el fallo impugnado.

Tampoco desde la óptica de la aludida necesidad de desarrollar la jurisprudencia, la pretensión resulta de recibo, pues no se aclara en concreto cuál es el punto jurídico que por lo oscuro merezca ser clarificado, ni se dice en qué consisten las posiciones encontradas sobre el particular de manera que amerite su unificación por la Corte, menos se precisa el sentido en que habría de hacerse la actualización de la doctrina hasta el momento imperante, como tampoco logra sostenerse la inexistencia de siquiera un pronunciamiento sobre algún tema en particular, condiciones en las cuales tampoco se acredita cómo la decisión demandada prestaría el doble servicio de solucionar el caso y servir de guía en la actividad judicial.

Es tan cierto esto, que del escrito presentado no logra saberse si la doctrina demandada habría de referirse a la manera como los jueces han de proceder al momento de individualizar la pena en el fallo, la necesidad de que en el proceso se encuentren acreditadas las circunstancias de agravación tanto genéricas como específicas, que las mismas estén contenidas en el pliego enjuiciatorio, la acertada interpretación del artículo 60 11 del C.P.M., o los criterios que han de tenerse en cuenta en la aplicación del artículo 60 *ejusdem*, para solo mencionar algunos de los muchos temas que podrían deducirse de la pretensión y que sin embargo no son desarrollados por el libelista.

En estas circunstancias dado que impugnante no logra fundamentar la pretensión que presenta, no cabe más alternativa que rechazar el recurso y disponer la devolución del diligenciamiento al Tribunal 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 Procurador 316 Judicial II en lo Penal, dentro del presente asunto.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll (Salvamento de voto), Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Montilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

En razón a tratarse de una situación análoga a la revelada en la casación discrecional 15.903, me remito a las razones allí expuestas para concluir que en casos como éste la Corte ha debido conceder el recurso interpuesto.

Fernando E. Arboleda Ripoll,

Magistrado.

fecha *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO:

(15903)

Por estar convencido que en el presente asunto la Corte ha debido conceder, en ejercicio de su discrecionalidad, el recurso de casación que de ella solicitó el Procurador 316 Judicial II en lo Penal, me veo precisado a salvar el voto.

He sido de la creencia que en razón de los propósitos político-institucionales de preservar las garantías y derechos básicos y servir a la conformación y desarrollo de la jurisprudencia, por los cuales fuera introducida la casación excepcional en el Código de 1991, el examen de los motivos por los que se pide a la Corte acceda discrecionalmente a su concesión, debe atemperarse en el rigor con que habitualmente corresponde establecer la procedencia de la casación común. Y más, si como acontece en este caso, quien invoca el instituto es un legitimado institucional, el Ministerio Público, de quien se espera actúe en representación del interés público de defensa del orden jurídico y/o de las garantías y derechos fundamentales.

Es verdad que como se pone de presente en la decisión de la que nos apartamos, la solicitud del impugnante a la Corte para que conceda el recurso no corresponde a ningún dechado de claridad y coherencia, pero ello en forma alguna puede dar lugar a sostener que resulta imposible establecer cuál es el sentido de la solicitud; en qué se apoya; o, que carezca de suficiencia para tener por acreditado el mínimo presupuesto de sustentación, en los términos establecidos por la propia jurisprudencia de la Sala.

En razón a la garantía que en apariencia resultaría comprometida en el planteamiento, muy importante habría sido que la Corte se pronunciara sobre la concurrencia de la circunstancia de agravación consistente en hacer más nocivas las consecuencias del delito en casos de deserción, sobre la base de dejar de reintegrarse a las filas después del límite temporal que para ello establece el respectivo tipo, cuando la realización de éste, como lo hace ver el impugnante, consiste precisamente en ausentarse del lugar de prestación del servicio más allá de cinco días; y aún más, cuando, según dice, en torno al punto las distintas Salas de Decisión del Tribunal Militar, mantienen criterios dispares.

Estos dos aspectos nos parece de suyo suficientes para que el recurso hubiera sido concedido. Frente a ello, los reproches al impugnante en el sen-

tido de no haber dado cumplimiento a la carga de indicar si lo pretendido era fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, unificar posiciones disímiles de la Corte, actualizar la doctrina, etc., habiéndose sentado por él que lo pretendido era la preservación de garantías y la elaboración de un criterio jurisprudencial que guíe la función de administrar justicia en el sector castrense, se nos ocurren exagerados. Adicionalmente, y aunque no fue tema de proposición por el impugnante, ni de pronunciamiento por la Corte, muy pertinente nos parece habría sido el examen de este tipo de procedimientos, donde entre otras cosas apreciamos que los defensores solicitan la condena de sus defendidos (fl. 45).

Estas las razones de mi respetuosa discrepancia.

Fernando E. Arboleda Ripoll.

fecha *ut supra*

COLISION DE COMPETENCIA-Ley 504 de 1999/
NARCOTRAFICO-Competencia por razón de la cantidad de sustancia

1. "La Sala Especial de Descongestión, no asumirá el conocimiento de nuevos asuntos con posterioridad al 1° de julio de 1999, ya que a la luz de la exposición de motivos de la Ley 504 de 1999, fue concebida con el fin de que adelantara hasta su culminación los procesos que estaba tramitando el desaparecido Tribunal Nacional , cuya decisión no llegó a proferirse.

" Cabe preguntar si todos los procesos que venía tramitando el Tribunal Nacional, inclusive hasta el 1º de julio de 1999, fueron asignados por la Ley 504 de 1999, temporalmente, a la Sala de Decisión penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá , y luego a la Sala Especial de Descongestión. La solución se obtiene despejando el interrogante acerca de si todos los delitos que antes conocían los Jueces Regionales pertenecen ahora a los Jueces de Circuito Especializados.

2. "La respuesta es negativa, puesto que el artículo 5º de la Ley 504 de 1999, definió nuevamente la competencia, de suerte que varios hechos punibles que antes pertenecían a la Justicia Regional ahora ya no corresponden a la justicia especializada; vale decir, ciertos ilícitos que antes juzgaban los Jueces Regionales, a futuro deben ser fallados por los Jueces Penales del Circuito comunes. Para determinar la diferencia basta comparar el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal con el artículo 5º de la Ley en comento." (Auto Nov.30/99 M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo).

Bajo las señaladas premisas, se observa que si bien es cierto hasta el pronunciamiento del fallo de primer grado, la competencia para proceder a su revisión por vía de apelación correspondía al Tribunal Nacional, también lo es que al entrar en vigor la Ley 504 tantas veces citada, por virtud de lo dispuesto en su artículo 5°, dicha competencia sufrió modificación, pues en los Jueces Penales del Circuito Especializados quedó radicado el conocimiento de los procesos cuando la cantidad de cocaína es superior a 5 kilos, y en cantidad inferior a los Jueces Penales del Circuito comunes, circunscritos al ámbito territorial de su propio Circuito.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Manrilla Nougués*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16345

Resuelve la Sala el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Tribunal Superior de Antioquia y el de Santa Fe de Bogotá para conocer de este asunto.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. El 12 de febrero del presente año un Juzgado Regional de Medellín condenó a Norman Viveros Mina y Edwin Bermudez Cuero a la pena principal de seis años de prisión y multa de cien (100) salarios mínimos mensuales, por haber sido sorprendidos en posesión de 4.925 gramos de cocaína el 26 de febrero de 1997 en un compartimiento del buque "Zummer Breze" de bandera Británica que se hallaba anclado en el puerto del Municipio de Turbo.

1. Contra el fallo se interpuso recurso de apelación, que se concedió el 2 de junio del cursante año ante el extinguido Tribunal Nacional, y la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, de reciente creación, en providencia de 13 de julio del año en cita (fl.503) estimó que la competencia para desalar la alzada residía en el Tribunal de Antioquia, a donde dispuso la remisión de la actuación.

1. Este último Tribunal, para arribar a la conclusión de que es incompetente para conocer de este asunto, así discurre:

"...*Es cierto qué la Ley 504 de este año, en lo que atañe, concretamente , a las conductas denominadas contempladas en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, que es el caso que nos atarea, redujo considerablemente la competencia otrora asignada a los desaparecidos juzgados regionales, hoy jueces penales del circuito especializados, y en virtud de la cláusula general de competencia, el conocimiento de aquellas que escapen a las previsiones del canon 5º Numeral 9º de la primera normatividad citada , corresponde, en primera instancia, a los jueces penales del circuito, y en segunda , a los respectivos Tribunales de Distrito Judicial. lo que no suscita controversia alguna, pero sí la ha ofrecido , como ocurre en este evento, la competencia para desalar las apelaciones en los procesos de que conocía el otrora Tribunal Nacional a la expedición de la citada normatividad.*

Es que si bien es cierto y en ello tiene razón la colegiatura proponente de este conflicto, las normas sobre competencia son de inmediato cumplimiento, también lo es que ello no ocurre cuando la misma normatividad establece excepciones al respecto, como sucedió con la tan mentada Ley 504 de junio 25 hogaño, en su artículo 37 transitorio, que por tal razón, es el aplicable en este evento, y que es del siguiente tenor:

"Adscríbase a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, el conocimiento de los procesos de que actualmente conoce el Tribunal Nacional, y de los que conozca hasta el 1o de julio de 1999. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá crear una Sala especial de descongestión, conforme al artículo 63 de la Ley 270 de 1996, para efectos del conocimiento de los procesos a que se refiere el artículo 5º de la presente Ley." (negrillas del Tribunal).

"En este caso, la cocaína incautada a los imputados de autos arrojó un pesos neto de 4.925 gramos, y el proceso se encontraba a conocimiento del extinguido Tribunal Nacional el 1° de julio hogaño, toda vez que había sido repartido el 28 del mes anterior, para desatar el recurso en comento (fls.502 y 514) o sea que el mismo encaja perfectamente en la situación a que alude la primera parte del precepto transcrito." (fl.526)

Entendiendo, en consecuencia, que la competencia para conocer de este caso en concreto correspondía a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá ordenó la remisión del proceso proponiéndole colisión de competencia negativa para el caso de que no compartiera su criterio.

1. El estudio que hizo la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá de la Ley 504 de 1999, le permitió predicar que su competencia se encuentra limitada por la naturaleza del hecho y los factores territorial y funcional, por lo que encuentra extraña la tesis de que esa Corporación tenga competencia nacional, al pretenderse que conozca de sucesos ocurridos fuera de su jurisdicción, que en este caso caería bajo la competencia del Juez Penal del Circuito de Turbo, cuyo superior funcional y territorial lo es el Tribunal Superior de Antioquia.

Considera que *"La segunda instancia que creó la Ley 504/99 no es otra que aquella atribuida a la Sala de Descongestión del Tribunal de Bogotá. Pero para los asuntos que tienen los jueces especializados y que no cambiaron de competencia. Porque los que pasaron a los penales del Circuito, como este caso concreto, tienen asignada la segunda instancia territorialmente en el respectivo Tribunal Superior."*

Las anteriores premisas, le permitieron concluir:

"A) Cuando la Ley 504 de 1999 utiliza la expresión "Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, se refiere a la especial de descongestión.

A) Los asuntos no enlistados en el artículo 5º de la Ley 504 se siguen por el sistema ordinario de competencias (Código de Procedimiento Penal) sin sujeción a la fecha de los hechos ni al estado en que se encuentren.

B) Los procesos que ahora son de competencia de los jueces penales del circuito (antes regionales), al haber sido excluidos del artículo 5º de la Ley 504, pasan al funcionario competente por razón del territorio (Municipio de Turbo, en este caso) y corresponde la segunda instancia al H. Tribunal de Antioquia.

C) Todos los casos, también sin sujeción a fechas o estado actual, singularizados en el artículo 5º de la Ley 504 tienen segunda instancia ante la Sala de descongestión de este Tribunal.

D) La competencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá se reduce a la señalada en el Código de Procedimiento Penal y territorialmente definida en el mapa judicial expedido por el Consejo Superior de la Judicatura." (fl.2 c-Tribunal).

Sobre estas bases, no admitió la competencia para conocer de este proceso, y dispuso su envío a esta Corporación para que dirimiera el incidente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud a que la llamada justicia regional dejaría de funcionar a más tardar el 30 de junio de 1999, por disposición del artículo 205 de la Ley 270 de 1996. *"Estatutaria de la Administración de Justicia"*, se expidió el 25 de junio de 1999 la Ley 504 de 1999, mediante la cual, entre otras cosas, dispuso la creación de jueces penales del Circuito Especializado, a quienes se les asignó funciones de juzgamiento en materia penal (Arts.1 y 2), se determinó competencia, precisándose que conoce en materia de cocaína cuando exceda la cantidad de 5 kilos, (Art.5-9) señalando como ámbito territorial su respectivo Circuito (Art.6), y se fijaron directrices en punto a conexidad y factor subjetivo, a aspectos de carácter probatorio y sobre el rito del proceso para, finalmente, tomar algunas previsiones de carácter transitorio en orden a evitar traumatismo en dicho tránsito (Arts. 36, 37, 38, 39, 40, 42 y 43).

Precisamente ha sido el artículo 37 transitorio de la ley en cita el que, en efecto, se ha prestado para disímiles interpretaciones entre los Tribunales en conflicto, por cuanto para el de Antioquia su preceptiva no deja duda que de este asunto debe conocer la Sala Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá, pues en el camino de fijar la competencia de lo que conocía en segunda instancia el extinguido Tribunal Nacional en ese momento señaló a esa Corporación, el Tribunal de Bogotá se ha negado a aceptar tal criterio apuntando que su competencia se encuentra territorialmente determinada y no tiene alcance nacional. Además, las normas que fijan la competencia por la naturaleza del hecho son de inmediato cumplimiento y la que se ocupa este asunto, que es de violación al artículo 33 de la Ley 30/86, relacionada con cocaína que no alcanza los 5 kilos, tiene como competente al Juez Penal del Circuito del Municipio de Turbo, cuyo superior lo es el Tribunal de Antioquia.

El precepto en mención, textualmente reza:

"Adscríbase a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, el conocimiento de los procesos de que actualmente conoce el Tribunal Nacional , y de los que conozca hasta el 1o de julio de 1999".

La Corte, al precisar la verdadera interpretación y alcance de esta Ley, en lo que concierne al punto en cuestión, hizo las siguientes reflexiones:

"...3.Con el fin de precaver complicaciones administrativas y judiciales a raíz de la transición de la justicia regional a la justicia Especializada, concretamente en cuanto al trámite de los procesos que venía conociendo el Tribunal Nacional y que no alcanzó a decidir, la Ley 504 de 1999, en su artículo 37, estableció unos mecanismos transitorios precisos y definidos:

"3.1.Adscribió a la Sala penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, el conocimiento de los procesos que venía tramitando el Tribunal Nacional, y de los que conociera hasta el primero de julio de 1999.

"3.2. Facultó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura , para crear una Sala Especial de Descongestión, para efectos del conocimiento de los procesos de competencia de los Jueces Penales del Circuito Especializados. Estos procesos son los mismos a que se refiere el punto anterior, es decir los que no alcanzó a resolver el Tribunal Nacional.

"La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, expidió el Acuerdo No.533 de 1999, en cuyo artículo primero creó "hasta por un año, contado a partir del primero (01) de julio de 1999, una Sala Especial de Descongestión en la Sala penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, la cual conocerá de los asuntos señalados en la citada ley."

"Significa lo anterior que la Sala especial de Descongestión, adscrita a la Sala penal del Tribunal Superior de Bogotá, hasta por el lapso de un año, conocerá de los procesos que venía conociendo el Tribunal Nacional y que hubieren llegado a su sede hasta el lo. de julio de 1999, inclusive.

"La Sala Especial de Descongestión, no asumirá el conocimiento de nuevos asuntos con posterioridad al 1º de julio de 1999, ya que a la luz de la exposición de motivos de la Ley 504 de 1999, fue concebida con el fin de que adelantara hasta su culminación los procesos que estaba tramitando el desaparecido Tribunal Nacional, cuya decisión no llegó a proferirse.

"4. Cabe preguntar si todos los procesos que venía tramitando el Tribunal Nacional, inclusive hasta el 1º de julio de 1999, fueron asignados por la Ley 504 de 1999, temporalmente, a la Sala de Decisión penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá , y luego a la Sala Especial de Descongestión. La solución se obtiene despejando el interrogante acerca de si todos los delitos que antes conocían los Jueces Regionales pertenecen ahora a los Jueces de Circuito Especializados.

"La respuesta es negativa, puesto que el artículo 5º de la Ley 504 de 1999, definió nuevamente la competencia, de suerte que varios hechos punibles que antes pertenecían a la justicia Regional ahora ya no corresponden a la justicia especializada; vale decir, ciertos ilícitos que antes juzgaban los Jueces Regionales, a futuro deben ser fallados por los Jueces Penales del Circuito comunes. Para determinar la diferencia basta comparar el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal con el artículo 5º de la Ley en comento.." (Auto Nov.30/99 M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo).

Bajo las señaladas premisas, se observa que si bien es cierto hasta el pronunciamiento del fallo de primer grado, la competencia para proceder a su revisión por vía de apelación correspondía al Tribunal Nacional, también lo es que al entrar en vigor la Ley 504 tantas veces citada, por virtud de lo dispuesto en su artículo 5º, dicha competencia sufrió modificación, pues en los Jueces Penales del Circuito Especializados quedó radicado el conocimiento de los procesos cuando la cantidad de cocaína es superior a 5 kilos, y en cantidad inferior a los Jueces Penales del Circuito comunes, circunscritos al ámbito territorial de su propio Circuito.

Lo anterior quiere significar que en razón a que la cantidad de droga estupefaciente de que se ocupa este proceso se encuentra por debajo de los 5 kilos a que se refiere el artículo 5º en cita, el competente para desatar el recurso de apelación contra la sentencia de condena es la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, por corresponderle la segunda instancia de los procesos sometidos a conocimiento de los Jueces Penales del Circuito de Turbo, en cuya jurisdicción se cometió. Así se definirá el conflicto.

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

RESUELVE:

DECLARAR competente para seguir conociendo de este asunto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, al que por tanto se enviará lo actuado inmediatamente. Infórmese al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá lo aquí resuelto.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

ACCION DE REVISION-Inimpugnabilidad

La Sala debe agregar que el asunto sometido a estudio no se adecua a las previsiones del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, si se tiene en cuenta que el recurso de hecho tiene como finalidad única determinar si la negativa de conceder el recurso de apelación o de casación, tuvo fundamento legal o si por el contrario se dan los presupuestos básicos para su inadmisión.

Ninguna mención se hace de la decisión que rechaza la acción de revisión, respecto de la cual la normatividad procesal no tiene prevista ninguna posibilidad de ser recurrida, situación que es apenas lógica si se tiene en cuenta que dicho mecanismo no constituye una prolongación del proceso penal y su trámite está asignado a una competencia única. Entonces resulta plenamente inadmisible cualquier pretensión orientada a que una decisión que defina una solicitud de revisión, sea susceptible de ser estudiada en segunda instancia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C. dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No.200 Proceso N° 16355

VISTOS

Se pronuncia la Corte acerca del recurso de hecho presentado por el defensor del procesado Gilberto Rudas Crosthwatyt, contra el auto del veinticuatro de agosto del año en curso, que negó la concesión del recurso de apelación.

ANTECEDENTES

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla, mediante providencia del 30 de julio de 1998, condenó a Gilberto Rudas Crosthwatyt a la pena principal de un año de prisión y multa equivalente a diez salarios mínimos legales como responsable del delito de inasistencia alimentaria.

Contra esa decisión, el defensor del procesado presentó acción de revisión ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla Corporación

que, luego de surtidos los trámites de rigor declaró infundada la revisión solicitada, el seis de julio de mil novecientos noventa y nueve.

Contra tal determinación el defensor del procesado interpuso recurso de apelación, el cual negó esa colegiatura con fundamento en lo normado en el inciso primero del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, a consecuencia de lo cual ordenó el archivo del expediente mediante auto del veintidós de julio siguiente, decisión que le fue reiterada, con el mismo respaldo legal, en auto del veinticuatro de agosto del año en curso.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE HECHO

Señala el memorialista que el Tribunal no le concedió la apelación solicitada por tratarse de una providencia que se tomó dentro de la fecha señalada y según cita legal, la misma quedaba ejecutoriada.

Luego agrega:

"Parece que de ser así, estamos o estaríamos en presencia de la Notificación por estrado, ya que se dice no tener algún derecho por haberse proferido en audiencia.

"Ahora bien, tenemos que en el expediente que en fotocopia se encuentra en el despacho del H. Magistrado Ponente, puede observar a folio 60, que para el día 6 de julio de 1999 señalaron para ese mismo día 6, a las 'tres de la tarde a fin de discutir el proyecto de providencia elaborado en este proceso. Hágase saber lo anterior a los magistrados que integran la sala penal de decisión y fíjese el aviso correspondiente. Cúmplase. El Magistrado Julio Ojitio'.

"Es decir, señalaron para el mismo día 6 la audiencia para resolver la acción de la referencia y ordenaron fijar el aviso correspondiente, que ésta parte no lo vió por parte alguna, ni le avisaron. Aquí comienza la irregularidad, porque la defensa que represento, no se enteró, no fue informada, no utilizó o mejor, no se dió oportunidad del derecho de defensa, no se agotó el debido proceso."

Entiende el recurrente, de acuerdo a un comentario de la doctrina acerca del contenido del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, que al proferirse la acción de revisión por el magistrado sustanciador queda ejecutoriada el día en que es suscrita pero que si las partes están presentes acudirán con sus recursos, porque no se está diciendo que dicha providencia no admite recurso alguno. De ahí la insistencia de acudir en apelación.

CONSIDERACIONES

Razón le asiste al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla al no conceder el recurso de apelación que el defensor del procesado Crosthwaityt interpuso contra la providencia que declaró infundada la revisión solicitada, con base en lo normado en el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal.

Efectivamente dicho precepto regula lo concerniente a la ejecutoria de las providencias, señalando expresamente que las que deciden la acción de revisión "quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente".

Pero además de las razones esgrimidas por el *a quo, la Sala debe agregar que el asunto sometido a estudio no se adecua a las previsiones del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, si se tiene en cuenta que el recurso de hecho tiene como finalidad única determinar si la negativa de conceder el recurso de apelación o de casación, tuvo fundamento legal o si por el contrario se dan los presupuestos básicos para su inadmisión.*

Ninguna mención se hace de la decisión que rechaza la acción de revisión, respecto de la cual la normatividad procesal no tiene prevista ninguna posibilidad de ser recurrida, situación que es apenas lógica si se tiene en cuenta que dicho mecanismo no constituye una prolongación del proceso penal y su trámite está asignado a una competencia única. Entonces resulta plenamente inadmisible cualquier pretensión orientada a que una decisión que defina una solicitud de revisión, sea susceptible de ser estudiada en segunda instancia.

Finalmente debe hacerse claridad al recurrente que en trámite de la acción de revisión no existe ninguna posibilidad de citar a las partes a audiencia para tomar la decisión respectiva. La citación que se hizo en el Tribunal Superior de Barranquilla por parte del magistrado ponente a sus compañeros integrantes de sala, corresponde a la organización interna de tales corporaciones cuando deben tomar decisiones colegiadas.

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECLARAR que estuvo bien denegado el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado Gilberto Rudas Crosthwatyt contra la providencia del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual declaró infundada la acción de revisión.

Comuníquese y cúmplase

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Objeto-Contenido de justicia material de los fallos/ACCION DE REVISION-Causal tercera-Hecho nuevo-Minoría de edad

1. Al interior de cada fase existen pasos exclusivos de cada una y mecanismos de control propios y a disposición de los sujetos procesales. Los controles de instancia, a través de los recursos o de los grados de jurisdicción, las facultades oficiosas del Funcionario Judicial, y de disposición de las partes; los factores de competencia, los deberes de actuación, de publicidad y de investigación integral; los derechos de participación, de defensa, de contradicción y de acceso a la actuación; y los principios de celeridad, proporcionalidad, eficiencia, imparcialidad, de presunción de inocencia e in dubio pro reo, entre otros, son todos mecanismos que buscan asegurar el contenido justo de las decisiones de los fallos y reducir al mínimo el margen de error en su contenido.

Pero hay eventos en que el contenido de justicia material de los fallos no se consigue y ello se evidencia una vez terminado el proceso. En esos casos la necesidad de justicia es tan alta que la propia ley permite la remoción de uno de los pilares de la cohesión social, la cosa juzgada de los fallos, elemento inalisoluble de la seguridad jurídica sobre la que se afincan las relaciones sociales.

No busca pues, la acción de revisión, subsanar errores de juicio o de procedimiento porque esa es la función de los recursos de instancia y de la casación. La revisión, en cambio, pretende la reparación de injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente a la del proceso y únicamente dentro del marco de invocación precisado por las causales establecidas en la ley.

2. El motivo de revisión previsto en la causal no es la inimputabilidad supuesta de su poderdante, sino la existencia de un hecho nuevo o de una prueba novedosa que demuestre que la persona condenada tenía esa condición. En tal sentido, la inimputabilidad o la inocencia son el thema probandum al que el legislador liga la conducencia de la prueba novedosa o la pertinencia del hecho nuevo que se invoca como causal de revisión, por lo que los juicios respectivos de una y otro están referidos específica y exclusivamente a uno de esos dos propósitos.

Deber ineludible del accionante es entonces señalar inequívocamente la causal, indicando claramente si se trata de un hecho nuevo o de una prueba nueva, identificando el uno o la otra, demostrando su pertinencia o su conducencia para demostrar la inocencia o la inimputabilidad del condenado. No basta en tal propósito la mera prédica de inocencia o de inimputabilidad sino que es fundamental citar el hecho y probarlo o aportar la prueba y demostrar no solo su novedad sino su aptitud para demostrar la inocencia o la inimputabilidad que se reclama.

3. De tiempo atrás viene señalando la Corte que hecho nuevo 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 (. Sentencia de revisión del 1 de diciembre de 1983. Magistrado Ponente: Alfonso Reyes Echandía.)"

4. El estado civil de las personas es definido por el Decreto 1260 de 1970 como aquel que referido a "su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible y su asignación corresponde a la ley".

El mismo Decreto señala que "el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y la calificación legal de ellos", los que además son de obligatoria inscripción en el registro civil. Debe contener, entre otros datos, el nacimiento, los reconocimientos de hijos naturales, las legitimaciones, las adopciones, las alteraciones de la patria potestad y todos los demás que señala el artículo 5° del Decreto que se viene citando.

Así entonces, resulta que la mayoría de edad es una calificación legal de un hecho natural, el transcurso del tiempo de vida. Se cuenta desde la fecha del nacimiento de la persona y en Colombia, a partir de la Ley 27 de 1977 se fijó en 18 años, modificando las disposiciones anteriores que la habían fijado en 21 años.

Frente a tales premisas legales, el accionante debería haber definido igualmente si lo que considera como hecho nuevo es la minoría de edad que él predica ahora a partir del folio de registro civil de nacimiento modificado. En tal sentido era su deber explicar si esa minoría de edad que él alega, diferente de la mayoría de edad tenida en cuenta en la sentencia, es o no un hecho natural, demostrar las razones de su aserto y fundamentar el concepto de su novedad. Al no obrar de tal manera, la Corte no

puede abordar la demanda para hacer deducciones que rebasan su ámbito de competencia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 14271

VISTOS

Decide la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el defensor de Adel Antonio Arévalo Figueroa, contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico) que confirmó la de primera instancia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Sabanalarga (Atlántico) que lo condenó a la pena de 25 años de prisión como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Geovannys Díaz Jiménez.

HECHOS

Fueron objeto de la siguiente reseña en la sentencia del Tribunal que se agregó en fotocopia con la demanda:

"El día 23 de octubre de 1993, Geovannys Díaz Jiménez se encontraba departiendo con sus amigos en un lugar denominado 'Los Almendros', en el municipio de Sabanalarga; hasta allí llegaron también Alvaro Bautista, Luis Carlos Tovar y otros amigos que venían de poner una serenata.

Entre Geovannys Díaz y Alvaro Bautista discutieron sobre quien cantaba mejor y esta divergencia seguía cuando salieron de la cantina en compañía de Luis Carlos Tovar. Por el lugar pasaba Adel Arévalo quien al enterarse de lo que estaba pasando inició una riña con Geovannys Díaz que culminó con la muerte de éste por lesión producida con arma cortopunzante".

FUNDAMENTOS DE LA REVISIÓN

1- El accionante señala que invoca la causal "a que se contrae la parte final del numeral tercero del artículo 232 del C. De P.P. y, concretamente, la consistente en que siendo inimputable mi ahora poderdante en el momento de los hechos, se le condenó como imputable".

Advierte que los hechos ocurrieron el 23 de octubre de 1993 y para tal fecha el condenado Adel Antonio Arévalo Figueroa no había cumplido los 18 años de edad, pues según consta en el registro civil, él nació el 2 de diciembre de 1976.

Deduce de tal situación que para época de los hechos Arévalo Figueroa era un menor inimputable, por lo que el Juez que lo condenó carecía de competencia y la pena impuesta es violatoria del artículo 33 del Código Penal, así como del 34 que señala que "para todos los efectos, se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho años".

Solicita entonces que el fallo de la Corte decrete la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de cierre de la instrucción y ordene remitir lo pertinente al Juez competente.

2-Para la demostración de la causal que invoca, el accionante agrega copia auténtica del folio de registro civil No. 24765330 (folio 19) de Adel Antonio Arévalo Figueroa en el que aparece como fecha de nacimiento del registrado la del 2 de diciembre de 1976 y en el anverso en el recuadro numerado "61" con el título "notas" se lee: "Este folio reemplaza al folio serial No. 12668488 del 10 de octubre de 1996 en virtud a la corrección que se hizo en la fecha de nacimiento del inscrito mediante E.P. 1419 de oct. 10/96 de acuerdo a lo estipulado en el art. 4º inciso 3º del Decreto 999 de mayo 23 de 1988".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El preámbulo de la Constitución Política menciona entre los elementos de cohesión de la sociedad nacional el de la justicia, fin intrínseco de la organización social que el Estado garantiza a través de la función pública de administración de justicia. En el ejercicio de ésta, la aspiración ineludible de cualquier Estado es la de que los fallos penales de sus Jueces y Magistrados tengan una relación de correspondencia objetiva entre la verdad real y la verdad procesal declarada en las sentencias.

Para el logro de semejante propósito los Estados han diseñado los procesos como mecanismos específicos y reglados de comprobación de los hechos, de calificación de los mismos como jurídicamente relevantes, de averiguación de sus autores y de la definición de sus responsabilidades de cara al derecho penal.

La responsabilidad que el Estado declara en la sentencia como culminación de un proceso penal surge de la demostración, más allá de toda duda razonable, del comprometimiento de una persona en una conducta definida como penalmente relevante. Para arribar a conclusión de consecuencias tan graves han debido superarse todas las etapas que de manera reglada constituyen el proceso.

Las reglas de cada proceso en concreto establecen la superación de sus etapas de acuerdo al progresivo conocimiento del objeto procesal, de modo que cada fase específica corresponda a un grado de conocimiento concreto. Esa nivelación escalonada de fases asegura, entre otros propósitos, la calidad de las decisiones de fondo y previene la ocurrencia de errores que atenten contra la calidad de la función pública de la administración de justicia que se expresa en las sentencias adoptadas por quienes ejercen tal función.

Al interior de cada fase existen pasos exclusivos de cada una y mecanismos de control propios y a disposición de los sujetos procesales. Los controles de instancia, a través de los recursos o de los grados de jurisdicción, las facultades oficiosas del Funcionario Judicial, y de disposición de las partes; los factores de

competencia, los deberes de actuación, de publicidad y de investigación integral; los derechos de participación, de defensa, de contradicción y de acceso a la actuación; y los principios de celeridad, proporcionalidad, eficiencia, imparcialidad, de presunción de inocencia e in dubio pro reo, entre otros, son todos mecanismos que buscan asegurar el contenido justo de las decisiones de los fallos y reducir al mínimo el margen de error en su contenido.

Pero hay eventos en que el contenido de justicia material de los fallos no se consigue y ello se evidencia una vez terminado el proceso. En esos casos la necesidad de justicia es tan alta que la propia ley permite la remoción de uno de los pilares de la cohesión social, la cosa juzgada de los fallos, elemento indisoluble de la seguridad jurídica sobre la que se afincan las relaciones sociales.

2. Bajo tales consideraciones el procedimiento penal ha definido estrictamente las causales bajo las que puede solicitarse la revisión de una sentencia ejecutoriada, de una resolución de preclusión de investigación o de un auto de cesación de procedimiento, (artículo 232) y la forma como ello debe impetrarse de la autoridad competente (artículo 234), requisitos de interpretación estricta y restrictiva. No basta la mera alegación de la injusticia material de la decisión que pretende removerse sino que deben demostrarse de entrada unas circunstancias tales que creen en el funcionario competente la convicción de que ha ocurrido una real afectación al contenido de justicia del fallo, auto o resolución cuya inmutabilidad busca derrumbarse.

No busca pues, la acción de revisión, subsanar errores de juicio o de procedimiento porque esa es la función de los recursos de instancia y de la casación. La revisión, en cambio, pretende la reparación de injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente a la del proceso y únicamente dentro del marco de invocación precisado por las causales establecidas en la ley.

3. El accionante plantea como causal de revisión del fallo, "la consistente en que, siendo inimputable" el procesado fue condenado como imputable, advirtiendo que se trata de la tercera del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Para demostrar el contenido básico de la petición agrega fotocopia autenticada del registro civil de nacimiento del condenado Adel Antonio Arévalo Figueroa. En ese documento consta que su nacimiento ocurrió el 2 de diciembre de 1976 (folio 19), fecha que contrastada con la del 23 de octubre de 1993 en la que ocurrieron los hechos motivo del juzgamiento, señalaría la minoría de edad de quien fue condenado como imputable, cuando era inimputable.

La fotocopia autenticada es del folio 24765330 de la Notaría primera del Círculo Notarial de San Andrés (Islas) y acredita que el dato de la fecha de nacimiento se asentó el 10 de octubre de 1996 como consecuencia de la corrección que se hizo mediante escritura pública No. 1419 del mismo día. (folio 19, vuelto)

La corrección afectó al folio serial No. 12668488, en el que figuraba una fecha de nacimiento diferente a la nueva que se anotó, pues el Decreto 999 de 1988 ordena que una vez hechas las correcciones a los folios de registro "(...) en los dos se colocarán notas de referencia recíproca".

4- La ley distingue claramente dentro de la misma causal tercera de revisión, dos circunstancias totalmente diferenciadas: La aparición de hechos nuevos o el surgimiento de pruebas nuevas, aunque íntimamente ligadas la una con la otra pues la única manera de demostrar la existencia de un hecho es probándolo.

El accionante plantea como causal la consecuencia de la misma, refundiendo en un solo tema el resultado con la causa. *El motivo de revisión previsto en la causal no es la inimputabilidad supuesta de su poderdante, sino la existencia de un hecho nuevo o de una prueba novedosa que demuestre que la persona condenada tenía esa condición. En tal sentido, la inimputabilidad o la inocencia son el thema probandum al que el legislador liga la conducencia de la prueba novedosa o la pertinencia del hecho nuevo que se invoca como causal de revisión, por lo que los juicios respectivos de una y otro están referidos específica y exclusivamente a uno de esos dos propósitos.*

Deber ineludible del accionante es entonces señalar inequívocamente la causal, indicando claramente si se trata de un hecho nuevo o de una prueba nueva, identificando el uno o la otra, demostrando su pertinencia o su conducencia para demostrar la inocencia o la inimputabilidad del condenado. No basta en tal propósito la mera prédica de inocencia o de inimputabilidad sino que es fundamental citar el hecho y probarlo o aportar la prueba y demostrar no solo su *novedad* sino su aptitud para demostrar la inocencia o la inimputabilidad que se reclama.

5. Aquí el accionante no precisa si la causal de revisión es por hecho nuevo o por prueba nueva. Simplemente señala que a su poderdante se le condenó como imputable y aporta la fotocopia de un registro civil de nacimiento *modificado precisamente en el dato de la fecha de nacimiento*. Y esa modificación lo conduce explícitamente a concluir la minoría de edad del procesado Adel Antonio Arévalo Figueroa para la época de los hechos.

En tal sentido, el deber del accionante para llenar la exigencia formal prevista en la ley para la demanda era señalar si ese registro civil modificado es la prueba nueva. Si en su entender ello es así, demostrarlo. Para ello debe acreditar cuál es la razón de la anotación que aparece en el acápite "notas" donde se lee: "Este folio reemplaza al folio serial No. 12668488 del 10 de octubre de 1996 en virtud a la corrección que se hizo en la fecha de nacimiento del inscrito mediante E.P. 1419 de oct. 10/96 de acuerdo a lo estipulado en el art. 4° inciso 3º del Decreto 999 de mayo 23 de 1988". (subrayas de la Sala)

Debería igualmente, haber indicado cuál es la razón para considerar que el registro civil es únicamente el folio con la modificación y explicar por qué no integró como si fuera uno solo el modificado y el modificador[1], con todo y la escritura pública No. 1419 del 10 de octubre de 1996[2].

6- Lo que pretende derrumbarse a través de una acción de revisión es la naturaleza de cosa juzgada que ampara los fallos objeto de la demanda, decisión a la que se llega luego del trámite de un proceso reglado en fases que de suyo tiene específicos controles que precaven la ocurrencia de errores trascendentes en el contenido de justicia material del fallo.

La demanda de revisión no es entonces un escrito de contenido libre, debe reunir todos los requisitos formales y sustanciales del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal. La Corte o la autoridad competente que corresponda no puede completar la demanda mediante inferencias para concluir aspectos tan fundamentales como la determinación de la causal que se invoca.

El propósito del proceso de revisión es la corrección de un error judicial tan mayúsculo, que condujo a una sentencia injusta y en tal sentido la demanda debe poner de presente el error y probarlo. En este caso concreto no podría la Corte abrir un juicio rescindente para investigar el contenido de la documentación que se le aporta a efectos de determinar si corresponde o no al concepto de prueba nueva. Tal definición debe hacerla el accionante como requisito ineludible de aptitud de su escrito de demanda.

7. Igual cosa ocurre si lo que el accionante quería era invocar la causal con fundamento en hecho nuevo. Si ese era su propósito ha debido por lo menos señalar inequívocamente cuál es el hecho nuevo, la razón de su novedad y por qué el juzgador no tuvo conocimiento de él.

Pese a su imprecisión parecería que lo que el actor considera como hecho nuevo es la corrección del folio del registro civil de nacimiento del condenado, la cual ocurrió el 10 de octubre de 1996 mediante escritura pública No. 1419, (folio 19 vuelto)

Frente a un planteamiento de tal naturaleza se impondría su rechazo. De tiempo atrás viene señalando la Corte que hecho nuevo 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

---

[1] El Decreto 999 de 1988 ordena que una vez hechas las correcciones a los folios de registro "(...) en los dos se colocarán notas de referencia recíproca"

[2] Por virtud de lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto 999 de 1988, modificatorio del 91 del decreto 1260 de 1970, debe el otorgante expresar las razones de la corrección y protocolizar los documentos que le fundamenten.

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"[3]

Lo que da carácter de novedoso al hecho es la circunstancia de que el mismo no podía haber sido objeto de consideración en el proceso y por tanto su naturaleza es de orden lógico, mas no cronológico.

No se corresponde con esa definición doctrinal el aprovechamiento de la facultad de corrección de los folios de registro civil para adaptar tal documento a la causal 3ª de revisión. Ninguna novedad que apunte a la determinación de la posible afectación al contenido de justicia material del fallo que condenó por el delito de homicidio al señor Arévalo Figueroa, se demuestra con la anexión de un folio de registro civil de nacimiento que fue modificado, específicamente en la parte que hace mención a la fecha en que ocurrió tal hecho, para adecuarla precisamente a la necesidad del escrito de revisión.

Pierde toda entidad demostrativa el documento anexado si se tiene en cuenta la simple comparación de la fecha de la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que se pretende revisar, con la del asentamiento del dato que corrige la fecha de nacimiento del allí condenado, pues aquella data del 16 de diciembre de 1994 (folio 10), mientras que éste es del 10 de octubre de 1996 (folio 19).

8- El estado civil de las personas es definido por el Decreto 1260 de 1970 como aquel que referido a "su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible y su asignación corresponde a la ley".

El mismo Decreto señala que "el estado civil de las personas deriva de los hechos, actos y providencias que lo determinan y la calificación legal de ellos", los que además son de obligatoria inscripción en el registro civil. Debe contener, entre otros datos, el nacimiento, los reconocimientos de hijos naturales, las legitimaciones, las adopciones, las alteraciones de la patria potestad y todos los demás que señala el artículo 5° del Decreto que se viene citando.

Así entonces, resulta que la mayoría de edad es una calificación legal de un hecho natural, el transcurso del tiempo de vida. Se cuenta desde la fecha del nacimiento de la persona y en Colombia, a partir de la Ley 27 de 1977 se fijó en 18 años, modificando las disposiciones anteriores que la habían fijado en 21 años.

---

[3] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de revisión del 1 de diciembre de 1983. Magistrado Ponente: Alfonso Reyes Echandía. En Gaceta Judicial Tomo CLXXIII, 1983. Páginas 657 a 660.

Frente a tales premisas legales, el accionante debería haber definido igualmente si lo que considera como hecho nuevo es la minoría de edad que él predica ahora a partir del folio de registro civil de nacimiento modificado. En tal sentido era su deber explicar si esa minoría de edad que él alega, diferente de la mayoría de edad tenida en cuenta en la sentencia, es o no un hecho natural, demostrar las razones de su aserto y fundamentar el concepto de su novedad. Al no obrar de tal manera, la Corte no puede abordar la demanda para hacer deducciones que rebasan su ámbito de competencia.

9- Lo equivocado de los conceptos del accionante, que sostiene la posible procedencia de la revisión en la mera mención de la consecuencia de la causal, es suficiente para imponer el rechazo de la demanda.

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

RESUELVE:

Primero.-Reconocer al doctor Pedro P. Vargas Vargas como apoderado de Adel Antonio Arévalo Figueroa, en los términos del poder conferido.

Segundo.-RECHAZAR in límine la demanda de revisión presentada a nombre del condenado Arévalo Figueroa.

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.

ERROR DE HECHO-Sana crítica/**SANA CRITICA**-Leyes de la ciencia y teoría científica

1. Importante resulta destacar que una ya dilatada jurisprudencia de la Sala señaló la inclusión dentro del error de hecho de éstos ataques sobre la apreciación de la prueba, indicando que ellos solo son aceptables si se refieren a violaciones groseras u ostensibles de las reglas de la experiencia, los postulados de la lógica o las leyes de la ciencia, como componentes del principio de la sana crítica con el que deben apreciarse, en su conjunto, las pruebas.

Tal extensión del error de hecho, en tratándose de las leyes de la ciencia, exige al censor diferenciar entre leyes de ciencia y teoría científica, entendiéndose las primeras como aquellas que frente a cualquier examen de comprobación mantienen condiciones de aceptación e irrefutabilidad universal.

2. Las teorías científicas son en cambio enunciados teóricos que exponen los resultados de un procedimiento científico razonable, y que por ello tienen mayor o menor aceptación, pero cuya comprobación e irrefutabilidad universal es, por lo menos, inconstante, lo que les otorga mayor probabilidad de certeza, pero no condición de validez universal. Son puntos de partida para la investigación científica.

La excesiva responsabilidad que recae sobre el Juez en la función de administrar justicia, impone el deber de excluir de la apreciación probatoria las teorías científicas y solo aceptar las leyes de la ciencia, pues la universalidad de éstas últimas hace fácilmente reclamable su conculcación, habida cuenta que su validez es la misma para todo el conjunto universal, independientemente de las condiciones individuales de cada elemento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 Proceso No. 12721

VISTOS

Decide la Sala sobre los requisitos formales de la demanda de Casación presentada por el defensor del procesado Clodomiro Sandoval Ortiz.

Antecedentes

El Juzgado 13 Penal del Circuito de Bucaramanga (Santander), condenó mediante sentencia del 9 de julio de 1996 al procesado Clodomiro Sandoval Ortiz a la pena principal de 8 años y 4 meses de prisión, como autor del delito de homicidio atenuado por estado de ira de que fue víctima Luis Alberto Macías Carrillo.

Por apelación que interpusiera el procesado, una Sala de Decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander), conoció del fallo de primera instancia para confirmarlo mediante el suyo del 21 de agosto de 1996.

Hechos

Fueron presentados, con apego a la realidad procesal, de la siguiente manera por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga:

"El sábado 15 de julio de 1995, aproximadamente a las nueve de la noche, Clodomiro Sandoval Ortiz llegó al puesto de venta de aguacates administrado por Elmer de Jesús Correa Carreño y Luis Alberto Macías Carrillo, consistente en una zorra situada en el cruce de la calle 35 con carrera 15 de la ciudad, donde después de saborear una pequeña porción de aguacate que le fue obsequiada generosamente, indagó cuál era la procedencia de la fruta, siendo informado cordialmente por Correa Carreño que era de Mariquita (Tolima) y como el presunto comprador manifestara despectivamente: "si fuera criollo lo compraría", Macías Carrillo insistió en la venta reiterando que los aguacates eran "de Mariquita", Sandoval Ortiz entonces creyendo que se estaba insinuando que él era homosexual, preguntó airadamente a su interlocutor que si creía que él era "marica", a lo cual éste contestó: "tal vez sí", respuesta que bastó para que el belicoso sujeto empuñara un cuchillo que estaba a su alcance y lo enterrara vigorosamente en el pecho de Luis Alberto Macías Carrillo atravesándole el corazón.

"Cumplido el designio criminoso Clodomiro Sandoval Ortiz salió corriendo para eludir el castigo condigno a su acción, pero algunas cuadras más adelante al verse acorralado por miembros de la Policía Nacional, se detuvo, arrojó el arma cortopunzante que aún portaba al suelo y se entregó a las autoridades identificándose como Luis Eduardo Rincón Díaz.

"Posteriormente, ya ante la Fiscalía instructora del proceso, reconoció que el nombre dado a los uniformados que verificaron su captura no era el suyo y exteriorizando un recuerdo pleno de lo ocurrido manifestó haber dado muerte al interfecto en ejercicio de una legítima defensa de su vida e integridad personal".

LA DEMANDA DE CASACIÓN

1.-Dividida en capítulos, relaciona en primer lugar los hechos, transcribiendo la redacción del acontecer fáctico que hizo el Tribunal, sin hacer mención alguna a la actuación procesal; Luego desarrolla lo que denomina sentencia impugnada, donde destaca párrafos del fallo objeto del recurso y del material probatorio, resaltando apartes de la indagatoria, de algunos testimonios y del dictamen pericial.

A continuación y como causal de casación, señala que censura la sentencia de conformidad con el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por ser violatoria de normas sustanciales, el artículo 31 del Código Penal, al no reconocérsele a Sandoval Ortiz su condición de inimputable.

2.-En el mismo capítulo presenta los argumentos a través de los cuales pretende fundamentar el ataque a la sentencia, que precisa, en principio, como "error de hecho por falso juicio de convicción" por la falsa apreciación del dictamen.

2.1.-Explica, el ataque así:

"El falso juicio de convicción se genera cuando la sentencia aceptando los presupuestos neurológicos que determinan un trastorno mental por la presencia de factores exógenos como la embriaguez aguda y una situación específica de carácter emocional en el momento de la conducta y que están demostrados con el dictamen forense y en las demás pruebas el proceso como predicables del procesado, niega los efectos siquicos propios de esta situación en la comprensión y libre determinación de éste porque 'pero tam bién lo es que en el caso concreto que se juzga, los elementos de juicio compilados permiten inferir que el sentenciado estaba en condiciones de entender sus actos y determinarse por esa comprensión'".

A continuación transcribe un párrafo de la sentencia y luego cita el diagnóstico del dictamen pericial, del que destaca la disritmia de origen traumático que padece su defendido, su control con el anticonvulsivo "epamin" y el estado de embriaguez en que se hallaba Sandoval Ortiz , luego de lo cual explica la etiología y síntomas de la epilepsia y a partir de allí señala que la experticia sumada a la causa emocional reconocida en la sentencia, son los hechos indicadores para determinar la existencia o no de la comprensión y de la libre determinación del procesado.

Dice que la incorrecta e irracional valoración probatoria constituye el grave error de hecho que indirectamente viola la ley sustancial "porque desconoce la relación causal demostrativa que las leyes de la experiencia fundamentan la inferencia lógico crítica para la conclusión lógica de que el sindicado en el momento de cometer el hecho no tuvo la capacidad de comprensión, ni la libre determinación de su acto, indicios que son gra ves, concordantes y convergentes en relación con las demás pruebas del proceso".

Señala, en este orden de ideas, 3 indicios que fueron desconocidos en su existencia y trascendencia para la demostración de la inimputabilidad:

A) La disritmia cerebral - epilepsia del hemisferio cerebral derecho que determina en la psiquis y personalidad de Sandoval Ortiz efectos específicos para su conducta.

B) El tratamiento con "epamin" o "fenitoina sódica" que lo mantenía y su embriaguez aguda el día de autos que le disminuye drásticamente su umbral convulsivo.

C) El Factor emocional, que mal comprendido, como lo reconoce la sentencia, pudo desencadenar indudablemente la descarga neuronal que determinó la alteración de la conciencia y voluntad del procesado.

Para demostrar lo anterior, transcribe citas de doctrinantes nacionales y extranjeros sobre el tema de la inimputabilidad, advirtiendo que como tal concepto es de naturaleza jurídica, no puede ser el experto forense el que lo determine.

Reconoce que la sentencia se construye sobre la realidad objetiva demostrada, pero destacando estos elementos: 1°.- El cambio que de su nombre hizo el procesado. 2°.- Narrar en detalle las ofensas recibidas. 3° Deshacerse del arma homicida y confesar su conducta. Con base en ellos lo declaró imputable, lo que a juicio del censor desconoce la epilepsia sufrida, el tratamiento farmacológico, el efecto de la embriaguez sobre el fármaco y el de la emoción violenta en la psiquis del procesado, aspectos sobre los que nada se dijo ni se indagó, por lo que estima demostrado el falso juicio de convicción, pues se ha desconocido una realidad trascendente de la persona.

Recurre de nuevo a doctrina nacional y extranjera con citas de definiciones del trastorno mental transitorio. Señala la necesidad de estudiar ese tema a la luz de los desequilibrios de la personalidad, de los cuales enumera varios a manera de ejemplo, para concluir en que no se podían desconocer los indicios que demuestran la existencia de la epilepsia, la disminución del efecto protector de la droga epamin por el estado del embriaguez del procesado y la influencia del estado de ira.

Insiste en que esos acontecimientos constituyen los hechos indicadores sobre los cuales se ha debido fundamentar la inferencia lógica, para poder concluir en el trastorno mental transitorio que debe reconocérsele al procesado. Que al no hacerlo, la sentencia incurre en un grave "error de hecho por un falso juicio de convicción" porque en su análisis racional no reconoce la relación causal demostrativa, derivada de las enseñanzas clínicas de la ciencia neurológica y sicológica para una correcta conclusión, que no es otra que la existencia de un trastorno mental transitorio sin secuelas. Por ello, como el yerro viola la ley sustancial, el error es causal de casación tal como lo está demandando.

3.-A continuación señala que "censuró también la sentencia recurrida" por violación del artículo 445 del Código de Procedimiento penal en concordancia con el artículo 29 de la Constitución.

Y agrega que el sentenciador "apreció falsamente la prueba recaudada de la culpabilidad, cuando ella no lo demuestra fehacientemente y sí plantea una duda fundamental sobre la inimputabilidad de Sandoval Ortiz en razón de su epilepsia". Explica que como no existe prueba directa sobre la "certeza de la normalidad síquica" del procesado tal como lo concluye la sentencia de instancia para el reproche doloso, y sí en cambio hechos indicadores cuya demostración advierten la posible existencia de anormalidad síquica, surge entonces una duda fundamental para el juzgador sobre la imputabilidad declarada en el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.-La demanda de Casación presentada por el defensor público que actúa a nombre del procesado Clodomiro Sandoval Ortiz, debe ser rechazada in limine por no reunir los requisitos formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia se declarará desierto el recurso como lo dispone el artículo 226 ibídem.

2.-El demandante enuncia erróneamente la causal en la que funda el pedimento de casación de la sentencia y falla en la sustentación de la misma. En efecto, formula el falso juicio de convicción como error de hecho, cuando éste corresponde a los errores de derecho.

Además incorpora en el mismo cargo un tipo de error, ese sí de hecho por falso juicio de identidad, que no podía alegarse simultáneamente con el primero. La concurrencia de esos dos tipos de error dentro del mismo cargo lo torna intrínsecamente contradictorio, en consideración a que el fundamento para sustentar un error de juicio no puede ser el mismo que para un error de apreciación material sobre el objeto de ese mismo juicio. Debió formularlos únicamente de manera subsidiaria, como cargos independientes.

3.-Ahora bien, en cuanto al desarrollo del error más ampliamente discutido, que correctamente enunciado correspondería a la clase de error de hecho por falso juicio de identidad en la inferencia de la imputabilidad se tiene:

En un sistema procesal de apreciación probatoria de acuerdo con las reglas de la sana crítica, una censura que pretenda demostrar yerros en tal actividad del juzgador, debe estar en capacidad de acreditar que se violaron los principios reguladores de ella, que no son otros que las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, pues únicamente demostrando el censor que el razonamiento del Juez ha conculcado alguno de aquellos, puede tener éxito en el ataque.

4.-El carácter extraordinario del recurso de casación, impone un especial rigor técnico en la presentación formal de la demanda, que en sí debe limitarse a poner de presente el error, a fundamentar su existencia, a demostrar la trascendencia del mismo y a señalar inequívocamente la petición.

Tratándose de error de hecho por falso juicio de identidad, que propiamente es de apreciación y no de valoración por la ausencia general de medios de prueba tarifados, el casacionista debe enfocar su ataque a señalar cuál fue la prueba que se apreció equivocadamente por haber sido analizada con afectación grosera y evidente de las leyes de la ciencia, de los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia.

En este caso concreto, el demandante señala indistintamente que el Tribunal hizo "una falsa apreciación del dictamen", por negar la existencia de una realidad neurológica como causa determinante de la presunta inimputabilidad del procesado Sandoval Ortiz.

El problema no es entonces la falta de apreciación del dictamen, sino el presunto error en la inferencia lógica que a partir de unos hechos indicadores, debería conducir a una conclusión diferente de aquella a la que llegó el Tribunal, pero el casacionista no alcanza a precisar si a ese supuesto error se llegó con violación de las leyes de la lógica, de la ciencia o de la experiencia.

El censor rechaza cada una de las conclusiones del Tribunal pero esa crítica se queda enunciada, simplemente invocada, oponiendo a la fuerza de las conclusiones del Juez, las suyas propias, avaladas únicamente por su aparente fortaleza intrínseca, ejemplo de lo cual es la ordenación que hace de los tres hechos indicadores aludidos, sobre los cuales afirma que respecto de su "existencia y trascendencia no hizo el sentenciador la apreciación racional en su virtualidad probatoria para la demostración de la existencia de la inimputabilidad". Esta afirmación se queda allí, como simple enunciado sin ningún desarrollo que permita saber si lo que impugna al Tribunal fue el reconocimiento de que los hechos indicadores existían o su "trascendencia", esto es, el poder de persuasión mayor o menor del que realmente tenía, o si fue un error sobre la apreciación conjunta de tales hechos y, en caso tal, dónde está el error que se reclama y qué fue exactamente lo que se conculcó, se repite, si lo fueron las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o las reglas de la experiencia, algunas de ellas o todas las aplicables al caso.

No supera esa falencia la extensa cita de doctrina sobre los temas de la inimputabilidad y del trastorno mental transitorio, pues, si lo que intenta por medio de tales transcripciones es señalar que lo que se violó por parte del Juez en la apreciación fueron las leyes de la ciencia, debe señalarlo, así, de manera concreta, sin ambages, precisando además cuál es la ley de validez universal presuntamente afectada y de qué ciencia exactamente.

Ninguna utilidad tiene para cumplir la exigencia formal de "indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo", hacer citas como las referidas, sin completar argumentativamente el discurso en tanto no señala concretamente si ellas son leyes de ciencia y en tal caso cómo han sido violadas o no. Pero de realizarse, el siguiente paso en el cumplimiento de los deberes de fundamentación del recurso que le compete al censor, es indicar cuál es la trascendencia de ese supuesto error en la conclusión del fallo atacado, nada

de lo cual hizo aquí el abogado, por lo que la demanda no es apta para que la Corte asuma, como Tribunal de Casación, el estudio de las actuaciones de instancia.

5- Importante resulta destacar que una ya dilatada jurisprudencia de la Sala[1] señaló la inclusión dentro del error de hecho de éstos ataques sobre la apreciación de la prueba, indicando que ellos solo son aceptables si se refieren a violaciones groseras u ostensibles de las reglas de la experiencia, los postulados de la lógica o las leyes de la ciencia, como componentes del principio de la sana crítica con el que deben apreciarse, en su conjunto, las pruebas.

Tal extensión del error de hecho, en tratándose de las leyes de la ciencia, exige al censor diferenciar entre leyes de ciencia y teoría científica, entendiéndose las primeras como aquellas que frente a cualquier examen de comprobación mantienen condiciones de aceptación e irrefutabilidad universal. Ejemplos de ellas son las leyes físicas de la velocidad de la luz en el vacío (299.792.6 K/segundo); la de la gravedad como fuerza de atracción que ejerce la tierra sobre los cuerpos (9.8068 m/s2); la de la rotación de la tierra sobre su propio eje y su traslación alrededor del sol; u otras de ciencias no exactas pero también aceptadas con criterios de constancia universal, como muchas de las que han ido verificando disciplinas como la medicina, la psicología, la antropología, la biología, cítense aquí por ejemplo la composición cromozomatica de los humanos, el código genético contenido en el ADN, el carácter único de las huellas digitales, la circulación de la sangre, la evolución de las especies, etcétera.

Las teorías científicas son en cambio enunciados teóricos que exponen los resultados de un procedimiento científico razonable, y que por ello tienen mayor o menor aceptación, pero cuya comprobación e irrefutabilidad universal es, por lo menos, inconstante, lo que les otorga mayor probabilidad de certeza, pero no condición de validez universal. Son puntos de partida para la investigación científica.

Es precisamente ello lo que sucede con las citas que el casacionista hace de reconocidos tratadistas del tema de la inimputabilidad y el trastorno mental transitorio, ninguna de las cuales constituye una ley de ciencia con irrefutabilidad universal, sino enunciados teóricos.

La excesiva responsabilidad que recae sobre el Juez en la función de administrar justicia, impone el deber de excluir de la apreciación probatoria las teorías científicas y solo aceptar las leyes de la ciencia, pues la universalidad de éstas últimas hace fácilmente reclamable su conculcación, habida cuenta que su validez es la misma para todo el conjunto universal, independientemente de las condiciones individuales de cada elemento.

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fallo de casación, Magistrado Ponente: Carlos Eduardo Mejía Escobar, Radicación No. 8053.

No puede entonces aducirse apartamiento de las reglas de la sana crítica a un fallo porque supuestamente difiere de enunciados teóricos que solo son aproximaciones explicativas de fenómenos naturales, psíquicos o físicos, convirtiéndose el escrito que tal cosa reclama en una propuesta alternativa para otro enfoque científico que busca persuadir al Juez sobre la conveniencia de una postura determinada, olvidando que la naturaleza "extraordinaria" del recurso obedece precisamente a la superación de todas las fases ordinarias en las que tales temas se debatieron y zanjaron con fuerza presunta de acierto y legalidad en el fallo objeto del ataque, que solo es posible remover si se demuestran la ocurrencia de errores trascendentes en su producción.

6.-Prueba irrefutable, adicional, de la condición que de escrito de instancia tiene la demanda de casación, es el numeral II del mismo capítulo en el que invoca la causal. Sin ningún preámbulo que advierta que se trata de un cargo subsidiario, señala que se incurrió en error de hecho por apreciación falsa de la prueba de culpabilidad y queda la afirmación con carácter general, porque no precisa cuál fue la prueba que se apreció falsamente ni señala siquiera la significación del concepto "apreciar falsamente", que en sí mismo y desde el punto de vista semántico resulta paradójico, pues no abarca ninguna propuesta clara sobre si la prueba sí se apreció, o se falseó en su contenido, o no se apreció simplemente.

Pero más impreciso resulta el escrito cuando no señala cuál es exactamente la prueba o las pruebas sobre la que ocurrió aquello que el censor denomina como "apreciar falsamente", pues el reproche se dirige a una supuesta conclusión errada sobre la culpabilidad, dando a entender que no era posible un actuar doloso del agente por existir una duda fundamental sobre la inimputabilidad del procesado, exigiendo a continuación "plena prueba" sobre la normalidad síquica de Sandoval Ortiz y finalizando en la imposibilidad de concluir "la certeza sobre la verdad probatoria de la condena", argumentación que evidencia que su contenido no es apto para ser aceptado como una demanda de casación que se ajuste a los requerimientos formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Suficientes las anteriores razones para que la Sala declare que la demanda presentada por el defensor público a nombre del procesado Clodomiro Sandoval Ortiz, no reúne los requisitos formales del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal y por tanto se dispondrá su rechazo y se declarará desierto el recurso.

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

RESUELVE:

Primero.- RECHAZAR in limine la demanda de Casación presentada por el defensor del procesado Clodomiro Sandoval Ortiz.

Segundo.- Declarar desierto el recurso de Casación concedido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)

Tercero.- Contra la presente decisión no cabe recurso alguno (artículos 197 y 226 del Código de Procedimiento Penal).

Cuarto.-Disponer la devolución del proceso al Tribunal de origen.

Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IN DUBIO PRO REO-Técnica en casación/**SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD**-Condiciones para su imposición

1. De otra parte, la situación puesta de presente deja sin piso la afirmación que sin ningún sustento y de manera aislada presenta el casacionista, en el sentido de que el fallador de segundo grado debió encaminarse por los criterios de la duda.

Debe acotarse una vez más su desconocimiento con las exigencias técnicas del recurso, pues para buscar el reconocimiento de dicho fenómeno por esta vía no es suficiente con enunciarlo, sino que, de acuerdo con las circunstancias, es deber del demandante invocarlo al amparo de una determinada causal de casación y la presentación de los fundamentos técnico - jurídicos que demuestren a la Corte la real existencia de un error en el fallo atacado al no haberse reconocido el fenómeno de la duda.

2. Ha sido criterio unánime y reiterado que la sentencia debe estar motivada en todo cuanto constituya el objeto de su decisión. En tratándose de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, su fundamento se debe respaldar en el nexo causal existente entre los hechos constitutivos del delito y la ineptitud del encausado. Por no ser una imposición común a toda clase los delitos ni para todos los procesados, es necesario precisar su viabilidad y pertinencia, consultando la naturaleza del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes y la personalidad del sentenciado, en aras de determinar su aptitud para continuar ligado a su familia y, por ende, si la formación integral y tranquilidad de sus hijos no se va a ver afectada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 Proceso No. 10503

Vistos

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla (Valle), mediante providencia del 27 de septiembre de 1994, que fue confirmada en su integridad por

el Tribunal Superior de Buga, condenó a Reinaldo Acosta Buitrago a la pena principal de diez (10) años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio agotado en la persona de José Antonio Cifuentes Robayo, así como a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal y a la suspensión de la patria potestad - si la tuviere - por lapso de cinco (5) años. Lo condenó igualmente al pago de $20.512.800.oo y $2.800.000.oo por concepto de perjuicios materiales y morales, respectivamente.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos ocurrieron en día 11 de diciembre de 1989 en la ciudad de Sevilla (Valle), en momentos en que José Alfonso Cifuentes Robayo y Edelberto Lanchero Alzate se encontraban en el Bar "Hungría" departiendo un refresco, cuando repentinamente se les acercó un individuo que disparó en varias oportunidades al primero de los nombrados, un arma de fuego, luego de lo cual emprendió la huida en un vehículo de color blanco que el mismo conducía.

Por su parte la víctima fue trasladada al hospital de la ciudad, pero debido a la gravedad de las heridas, falleció.

Adelantadas varias diligencias preliminares, entre ellas el informe presentado por el Agente Alvaro Antonio Ramírez Lemus, miembro del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de Sevilla, en cumplimiento de la misión de trabajo No. 080, el entonces Juzgado Once de Instrucción criminal de esa localidad declaró abierta la investigación el 22 de enero de 1990.

Escuchado en indagatoria Reinaldo Acosta Buitrago, la Fiscalía 26 Seccional de Sevilla (Valle) le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva el 22 de octubre de 1992.

Culminada la etapa instructiva, el 7 de mayo de 1993 se calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra del encartado, como autor responsable del delito de homicidio.

Correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sevilla, adelantar la etapa de la causa, por lo que dispuso el traslado previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal. Agotado el término en cuestión, celebró la correspondiente audiencia pública y dictó el fallo de primer grado con los resultados al inicio reseñados, que luego fue confirmado por el Tribunal Superior de Buga mediante providencia del 9 de septiembre de 1994, el cual es motivo del recurso de casación que se procede a desatar.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Formula el censor un solo cargo contra la sentencia del Tribunal, al amparo de la causal primera de casación por ser violatoria de la ley sustancial.

Explica inicialmente, como uno de los fundamentos de la censura, que la prueba por la cual se vinculó al procesado no fue legal ni regularmente allegada a la actuación, ya que la única persona que adujo que el homicida

respondía al nombre de Reynaldo apodado "El Rey" es la persona identificada como *César Antonio Infante Gil* "quien jamás fue llamado eficientemente" y por lo tanto nunca rindió declaración en la investigación ante autoridad competente ni incompetente. Dicho nombre fue aludido por el Agente de Policía Alvaro Antonio Rodríguez Lenis (entiéndase Lemus) quien tampoco se relacionó con aquél. Supuestamente *Infante Gil* atendía el Bar "Hungría" en las horas de la tarde, hecho que no se probó, como quiera que su patrono tampoco fue llamado a la investigación. El citado señor sólo fue vinculado al expediente como referencia y, procesalmente hablando, no corresponde ni siquiera a un testimonio de oídas, por lo tanto su evaluación escapa a los criterios de la sana crítica conforme lo ordena el artículo 294 del Código de Procedimiento Penal, ya que el Juez no pudo percatarse de la personalidad del declarante, porque nunca lo vio.

A renglón seguido señala que la declaración del Suboficial Henry Sáenz Rodríguez nada aporta a la defensa de la prueba criticada y por ello se infiere que "la prueba del señor *Infante Gil* carece de regularidad y legalidad probatorias" por cuanto su versión no obra en la foliatura y es, por lo tanto, imposible de analizarse y de producir certeza para proferirse cualquier decisión.

El segundo fundamento lo concreta en que si el señor *César Antonio Infante Gil*, jamás declaró ante la autoridad es, por obvias razones, una prueba que no se puede controvertir y por ende se desconoció el principio de contradicción probatoria.

Finalmente, destacó que sin la "alusión" del mencionado señor *Infante Gil*, ningún funcionario de primera o segunda instancia hubiera podido condenar al procesado. "Es decir, que por los rasgos físicos de una persona amonada, de ojos azules, pelo ondulado y peinado hacia atrás, para unos bajito, para otros testigos de más de 1.60 mts de estatura, jamás se había podido condenar a un ciudadano con estas características en una región como la norteña del Valle del Cauca, a la que corresponde Sevilla", donde existen varios grupos que ostentan este tipo de rasgos. De ello deduce que el fallador de segundo grado "necesariamente había tenido que vertirse por los fueros de la duda".

Mencionó como normas infringidas los artículos 246, 250, 251, 294 del C de P.P., 29 de la Carta Política y 323 del Código Penal.

Más adelante, en el término de traslado a los no recurrentes, el mismo casacionista presentó escrito en el que reitera la censura inicialmente formulada en su demanda y presenta otros reproches al fallo del Tribunal.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA EN LO PENAL

Señala esa representación del Ministerio Público, que en la formulación del reproche el libelista incurre en una ostensible imprecisión por cuanto la vulneración de la ley sustancial puede intentarse de manera directa o indirecta, resultando de ellas una gama de alternativas posibles dentro de las

cuales puede intentarse el quebrantamiento de la ley sustancial. Por lo tanto, la forma como se presentó el reproche no permite conocer en concreto en qué consistió el ataque y mucho menos cuál era el derrotero que debía guiar su desarrollo.

De otra parte, que con el enunciado "La prueba por la que se vinculó al procesado no fue legal ni regularmente allegada a la actuación" no se está significando que dicho medio de prueba hubiera sido aportado con desconocimiento de las disposiciones que regulan su incorporación al proceso, pues la confusión del censor recae en el propósito de relievar que *César Antonio Infante Gil* nunca rindió declaración en estas diligencias, criticando así el informe suscrito por el Agente de la Policía Alvaro Antonio Ramírez Lemus y el del suboficial Henry Sáenz Rodríguez, pruebas que en principio permitieron individualizar y luego identificar al responsable del homicidio y que tenían como referencia el informal recuento que sobre los hechos había efectuado aquél testigo excepcional.

Señala la Delegada que la sentencia nunca fincó la prueba de responsabilidad del procesado en la declaración de *Infante Gil* y no tiene razón de ser que se afirme que no pudo ser objeto de contradicción, cuando ni siquiera se incorporó a la investigación.

Resalta que otros fueron los medios probatorios a través de los cuales los falladores llegaron al grado de certeza sin que sea posible concluir, sin soporte alguno, que la decisión del Tribunal 'había tenido que vertirse por los fueros de la duda', máxime cuando tal enunciado exige una particular vía de impugnación y su consecuente demostración, lo cual, mucho menos fue planteado por el libelista.

Ante esta perspectiva, solicita que el cargo sea desechado.

Sin embargo para la procuraduría debe casarse parcialmente y de oficio la sentencia impugnada, ya que la pena accesoria relacionada con la suspensión de la patria potestad que le fue impuesta al sentenciado no está debidamente motivada, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación.

Consideraciones de la Corte

Antes de entrar en el análisis del libelo objeto de este pronunciamiento, debe aclararse que la Sala no tendrá en cuenta el escrito presentado por el mismo libelista, durante el término de traslado a los no recurrentes, porque, de un lado, la oportunidad para presentar la demanda, de la cual hizo uso, ya había precluído y, de otro, dicho traslado tiene como finalidad que los demás sujetos procesales, esto es, los no interpusieron el recurso, se pronuncien acerca de su conformidad o inconformidad con la demanda.

Ahora bien, a juicio de la Sala, el libelo presentado a nombre del procesado Reinaldo Acosta Buitrago, resulta deficiente en su enunciado y fundamentos en la medida que el demandante omitió indicar el sentido de la transgresión,

pues aparte de señalar que la sentencia del Tribunal Superior de Buga es violatoria de la ley sustancial, no precisó si dicha vulneración obedecía a una infracción por la vía directa (por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea) o si lo era por la indirecta debido a la presencia de errores de hecho (falsos juicios de existencia o de identidad) o de derecho (falso juicio de legalidad o de convicción).

Aún cuando se quisiera extractar el verdadero propósito del libelista, resulta imposible tratar de concretarlo, en razón a que sus argumentos no logran demostrar la existencia de vicio alguno en la sentencia sino una serie de objeciones que no guardan ninguna coherencia y desarrollo lógico y que, por ende, resultan ineptas para remover los fundamentos jurídicos y probatorios que tuvo en cuenta el fallador para determinar la responsabilidad de Reinaldo Acosta Buitrago por la muerte de José Alonso Cifuentes Robayo.

Para demostrar lo que se viene diciendo, véase como el censor incurre en insalvables desaciertos al involucrar en un mismo cargo yerros de distinta naturaleza, en cuyo desarrollo es palpable el total desapego a las pautas técnicas que se exigen en la elaboración de la demanda. Así entonces, asegura el casacionista que el testimonio de *César Antonio Infante Gil* no fue legal, ni regularmente allegado a la actuación, lo cual es presupuesto de que nos encontramos frente a un posible error de derecho proveniente de un falso juicio de legalidad por la falta de requisitos formales en la práctica y/o aducción de la prueba al proceso. Sin embargo, ello no es lo que demuestra, pues incurriendo en un contrasentido señala que el citado señor nunca fue llamado a declarar ante autoridad competente y que por lo tanto su evaluación escapa a los criterios de la sana crítica, que no puede producir certeza; y, que como no se pudo controvertir, se desconoció el principio de contradicción probatoria.

No se entiende entonces con qué finalidad, atribuye al sentenciador errores respecto de una prueba que no se allegó a la foliatura.

Esa clase de reproches construidos en el vacío resultan totalmente inocuos ya que en nada afectan el fallo censurado, como quiera que se apoyan en supuestos que jamás tuvieron ocurrencia a lo largo de la actuación procesal adelantada en contra del encausado y, como es obvio, sus fundamentos devienen imposibles de elaborar.

El demandante no tuvo en cuenta cuáles fueron las pruebas en las que se fundamentó la sentencia de condena, sino que se limitó a presentar diversos reparos que edificó a partir de la equivocada percepción que tiene acerca de las referencias procesales atinentes al citado *César Antonio Infante Gil*, cantinero del bar "Hungría", donde ocurrieron los hechos con lo que solamente logra desdibujar la realidad procesal que muestran los autos.

Fue el conjunto de elementos probatorios tanto testimoniales como indiciarios los que permitieron al fallador arribar a la certeza de la responsabilidad de Acosta Buitrago.

Lo que primero desentrañó el Tribunal, fue que el procesado, para el día de los hechos, 11 de diciembre de 1989, se encontraba en el Municipio de Sevilla y no, como él lo adujo en su indagatoria, viajando hacia Puerto Asís transportando sal. Para ello se basó en una diligencia de inspección judicial practicada en los archivos de la empresa Indusal, donde no se halló movimiento alguno de esa naturaleza.

Además constituyó fundamento de esa conclusión, la declaración de la señora Omaira López Montoya, propietaria de un bar de la localidad de Sevilla (V) llamado "Viejo Volga" con la cual, para esa época, el procesado sostenía relaciones sentimentales, y quien informó que a REINALDO no lo había vuelto a ver desde los primeros días de diciembre de ese año.

Fueron muchas otras las pruebas arrimadas al diligenciamiento, que luego de un completo y ponderado análisis, permitieron al sentenciador concluir que el homicida no era otro que Reinaldo Acosta Buitrago. Para ello se refirió nuevamente al testimonio de Omaira López Montoya, la cual manifestó además que éste iba semanalmente a visitarla, unas veces llegaba en moto, otras, en un carro blanco. Recalcó el fallador que la descripción morfológica suministrada por ésta coincidía con la aportada por Edelberto Lanchero Alzate (quien se encontraba el día de los hechos acompañando a la víctima) y la aportada por Héctor Arango Pérez (dueño de un taller a donde el procesado, en alguna oportunidad llevó un carro blanco) así como la aducida por el cantinero *César Antonio Infante Gil* al agente Henry Sáenz Rodríguez sobre el autor de los disparos que propiciaron la muerte de Cifuentes Robayo.

Lo reseñado hasta este momento demuestra claramente la falta de razón del libelista, pues, como lo indicó la delegada, lo que el fallo destaca del mencionado *César Antonio Infante Gil* son las manifestaciones que le hizo al Agente Henry Sáenz Rodríguez sobre las circunstancias en que se presentaron los hechos y la descripción morfológica del agresor.

Aclaremos el punto. El agente Antonio Ramírez Lemus, miembro adscrito a la sub- Sijin, luego de dar cumplimiento a la misión de trabajo No. 080, consignó en su informe que con el fin de adelantar las pesquisas necesarias tendientes al esclarecimiento de los hechos se entrevistó, entre otros, con el C.P. Henry Sáenz Rodríguez quien le informó lo que *César Antonio Infante Gil*, cantinero del Bar en la hora y el momento del delito, le había contado (fl.35).

La circunstancia plasmada en dicho informe, fue luego corroborada por el mismo agente Henry Sáenz Rodríguez, cuando rindió declaración bajo juramento dentro de las presentes diligencias, señalando que para la fecha en que ocurrieron los hechos, de los cuales se enteró por la central de radio del comando, como Jefe de la Sub- Sijin se dirigió al lugar con el personal del F-2 a su cargo a indagar sobre lo ocurrido, motivo por el cual tuvo la oportunidad de entrevistarse con el administrador del Bar Hungría (fl.55).

Tanto el informe, como la declaración fueron objeto de análisis por parte del fallador, quien al respecto señaló:

"La conversación entre el Sargento Henry Sáenz Rodríguez y el cantinero del bar "Hungría", no es una invención del uniformado, pues sobre ella da cuenta el agente Alvaro Antonio Ramírez Lemus en su informe del 18 de enero de 1990, al decir que al preguntarle a Orlando Atehortua, otro cantinero del bar "Hungría" por quien le recibió el turno, esto es, por *César Antonio Infante Gil* , contestó que una vez sucedido el problema en el bar (muerte de José Alonso Cifuentes Robayo) se fue de la ciudad, no sin antes hablar con el uniformado Henry Sáenz Rodríguez, contándole cómo sucedieron los hechos, circunstancia que le hizo temer por su vida, y por eso se fue de la ciudad de Sevilla. (fl 499 Cdno Tribunal)

Al Tribunal los informes de ambos uniformados le merecieron plena credibilidad, pues ambos coinciden en lo esencial con las averiguaciones que se realizaron para esclarecer los hechos ocurridos en el bar "Hungría" de la localidad de Sevilla, encontrando respaldo en los demás elementos de juicio que paulatinamente se arrimaron al plenario, sin que exista entre ellos contradicciones o vacíos sino, por el contrario, coincidentes circunstancias que de manera clara llevaron a la plena identificación del autor de los hechos y en consecuencia, a la imposición de fallo condenatorio.

De otra parte, la situación puesta de presente deja sin piso la afirmación que sin ningún sustento y de manera aislada presenta el casacionista, en el sentido de que el fallador de segundo grado debió encaminarse por los criterios de la duda.

Debe acotarse una vez más su desconocimiento con las exigencias técnicas del recurso, pues para buscar el reconocimiento de dicho fenómeno por esta vía no es suficiente con enunciarlo, sino que, de acuerdo con las circunstancias, es deber del demandante invocarlo al amparo de una determinada causal de casación y la presentación de los fundamentos técnico -jurídicos que demuestren a la Corte la real existencia de un error en el fallo atacado al no haberse reconocido el fenómeno de la duda.

Ante la evidencia de que el reproche formulado no demuestra la existencia del error que se enmarque en la causal al inicio invocada por el censor, el reproche no puede prosperar.

LA CASACIÓN OFICIOSA

La Sala atenderá a la solicitud formulada por el Representante del Ministerio Público, en atención a que la pena accesoria de suspensión de la patria potestad que le fue impuesta al condenado por el término de cinco (5) años carece de todo fundamento, al punto que su aplicación la condiciona el sentenciador a la eventualidad de que el sentenciado la estuviere ejerciendo.

Ha sido criterio unánime y reiterado que la sentencia debe estar motivada en todo cuanto constituya el objeto de su decisión. En tratándose de la pena accesoria de suspensión de la patria potestad, su fundamento se debe respaldar en el nexo causal existente entre los hechos constitutivos del delito y la

ineptitud del encausado. Por no ser una imposición común a toda clase los delitos ni para todos los procesados, es necesario precisar su viabilidad y pertinencia, consultando la naturaleza del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes y la personalidad del sentenciado, en aras de determinar su aptitud para continuar ligado a su familia y, por ende, si la formación integral y tranquilidad de sus hijos no se va a ver afectada.

Como en el fallo de instancia no se realizó en análisis mencionado, tal irregularidad deberá subsanarse a través de la declaratoria de nulidad parcial y oficiosa.

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

RESUELVE:

Primero.- DESESTIMAR la demanda presentada.

Segundo.- CASAR OFICIOSA Y PARCIALMENTE la sentencia impugnada, en el sentido de revocar la pena accesoria de suspensión de la patria postestad que le fue impuesta al procesado Reinaldo Acosta Buitrago en las instancias. En todo lo demás, dejar sin modificación el fallo recurrido.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Mario Manrique Nogues, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla, Fabio Aristizábal Hoyos, (Conjuez, no hay firma).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

HURTO-Criterios para determinar delito unitario

Considera la Sala que la hipótesis delictiva imputada al denunciado configura un delito único de hurto agravado por la confianza y por la cuantía (arts. 349, 351.2 y 372.1 del C.P.), toda vez que el mismo se llevó a cabo bajo una sola acción con pluralidad de actos ejecutivos.

Por ello, resulta oportuno recordar lo que la Corte, mediante jurisprudencia del 9 de octubre de 1997, reiterada en varias ocasiones**, señaló en torno al tema:*

"Pero la realidad no siempre suele ser tan sencilla. Pasa a veces que el mismo sujeto actúa pluralmente contra el patrimonio económico de una misma víctima o de varias, durante un período de tiempo determinado, corto o largo. Cada acción en esta hipótesis es desde el punto de vista naturalístico susceptible de ser encuadrada como delito autónomo. Sin embargo, no es la posibilidad de separación física de cada acción y la correlativa factibilidad de adecuarlas individualmente al mismo tipo penal, el camino más adecuado para suministrar la solución del problema. Esto por la sencilla razón de que la obtención del provecho ilícito al cual orientó su voluntad el sujeto activo de la infracción puede producirse a partir de diferentes acciones de apoderamiento, definidas a manera de etapas.

El interrogante que surge obligatoriamente es cuándo esas distintas acciones individuales configuran hechos punibles autónomos y concursan entre sí y cuándo, así sean mental y físicamente separables como arquitecturas típicas, deben tomarse como actos plurales encaminados al fin único de obtener determinado provecho ilícito y constitutivo por lo tanto del denominado delito unitario.

La respuesta al interrogante surge para la Corte de identificar en cada caso concreto la finalidad que se propuso el autor y la correlativa circunstancia de si para lograrla requirió de un solo acto o de una suma de actos, más o menos prolongada en el tiempo. Si fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno de ellos como delito autónomo, el tomarlos como partes de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una sola acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto

activo, de la unidad de plan, de la identidad de los distintos actos y de su prolongación en el tiempo".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Aprobado Acta N° 200 Proceso N° 16554

VISTOS

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Buenaventura y el Juzgado Segundo Penal Municipal de Cali, en el diligenciamiento que se adelanta contra Eliu Mina, por la contravención especial de hurto.

HECHOS

Eliu Mina laboraba como vendedor de la empresa Industrias Ascar, domiciliada en Cali, de propiedad del señor Jorge Raúl Pérez Ruíz, teniendo como funciones las de proveer a los clientes, quienes se ubicaban en esa ciudad capital y en varios municipios de los Departamentos del Valle del Cauca y del Cauca, y cobrar las respectivas facturas de venta.

Según el propietario de la mencionada empresa, quien presentó la correspondiente denuncia el 31 de marzo de 1998, el citado empleado, en el curso de dicho año, recaudó de los clientes el valor de las múltiples facturas, sin que hiciera entrega a la empresa de los dineros recibidos, hasta que se apropió de la suma de $3.339.784,oo, desconociéndose su paradero.

ANTECEDENTES

1. El conocimiento del diligenciamiento fue asumido inicialmente por el Fiscal Octavo Local de Cali, quien, luego de iniciar la investigación previa y de ampliar la denuncia, mediante resolución del 15 de abril de 1998, dispuso remitir el expediente al reparto de los juzgados penales municipales, toda vez que se "trata de varias acciones en las que el señalado cobró facturas a diferentes clientes y se apropió de los dineros, comportamiento que dada la cuantía, la que en cada caso no supera el monto de los diez salarios mínimos legales, corresponde a conducta contravencional en la modalidad concursal".

2. El Juzgado Segundo Penal Municipal de Cali, después de ampliar nuevamente la denuncia y teniendo en cuenta que los varios hechos tuvieron ocurrencia en "poblaciones circunvecinas a esta ciudad, entre ellas: Caloto, Puerto Tejada, Corinto, Guacarí, Tuluá, Roldanillo, La Paila, La Tebaida, Barcelona, Kilómetro 30, Dagua, Loboguerrero, Buenaventura, Calarcá, Caicedonia y Sevilla", ordenó "compulsar las respectivas copias, para continuar adelantando las investigaciones en cada uno de los lugares donde se iniciaron los hechos, en razón a la competencia territorial, al igual que la copias a esta instancia".

3. Una de las copias expedidas correspondió al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Buenaventura, el que, por auto del 21 de julio de 1989, ordenó la práctica de unas pruebas, y una vez realizadas, mediante providencia del 5 de mayo del año en curso, declaró no ser competente para conocer del proceso, por las siguientes razones:

Considera incomprensible que se haya roto la unidad procesal, contrariándose la lógica y las normas que regulan la competencia territorial, pues, de acuerdo con el artículo 80 del C. de P.P., cuando los hechos punibles se han cometido en diversos sitios, la competencia del funcionario judicial está determinada por la naturaleza del hecho, el territorio en el que se haya formulado primero la denuncia o donde se hubiese iniciado la instrucción.

Por ello, dice, "el Juzgado Segundo Penal Municipal no solamente es el competente por la naturaleza del hecho contravencional, sino que se halla en el territorio jurisdiccional donde se formuló la denuncia, lo que obligaba a que esa oficina judicial asumiera la total competencia del hecho", evitando así la disemminación del proceso.

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

4. Por su parte, el Juzgado Segundo Penal Municipal, se apartó del criterio de su homólogo, insistiendo que no es competente para asumir el conocimiento, pues si bien es cierto que la querella se presentó en Cali, de todos modos en dicho municipio no se llevó a cabo ninguna conducta punible, sino unos actos de carácter civil, como son el no pago de un dinero que el querellante prestó al imputado y la no cancelación de unas cuotas de arrendamiento.

"Esto significa que en el presente caso las circunstancias están indicando que habiéndose iniciado la investigación por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Buenaventura, tal como se aprecia a folio 48 del cuaderno original con fecha 21/98, recepcionando las pruebas que comprometen la conducta del imputado señor Eliu Mina..., lo más ajustado a una sana administración de justicia era que el Doctor José Luis Hormanza Sarati diera continuidad al trámite que le esta indicando la ley 228/95, llegando hasta la actuación final".

Concluyó que es el Juez Séptimo Penal Municipal de Buenaventura el competente para conocer del proceso, por lo que aceptó la colisión propuesta.

Consideraciones de la Corte

1. Como la colisión negativa de competencia se suscitó entre dos jueces penales municipales pertenecientes a distritos judiciales diferentes, 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. En primer término, teniendo en cuenta los escasos medios de convicción hasta ahora recaudados, pese a que hace más de un año que se presentó

la denuncia, *considera la Sala que la hipótesis delictiva imputada al denunciado configura un delito único de hurto agravado por la confianza y por la cuantía (arts. 349, 351.2 y 372.1 del C.P.), toda vez que el mismo se llevó a cabo bajo una sola acción con pluralidad de actos ejecutivos.*

Por ello, resulta oportuno recordar lo que la Corte, mediante jurisprudencia del 9 de octubre de 1997[1]*, reiterada en varias ocasiones*[2]*, señaló en torno al tema:*

"Aunque el tipo penal de hurto describe la conducta de apoderarse de una cosa mueble ajena, su estructuración en manera alguna está condicionada a la ejecución de una acción única de apoderamiento desde el punto de vista físico, o a varias realizadas simultáneamente. Es cierto que ordinariamente los distintos actos del agente, llevados a cabo de una sola vez, constituyen una acción unitaria que recae sobre un bien determinado o determinable. Es el caso del asaltante que viola las seguridades de una residencia, intimida a sus moradores y vence su resistencia, que luego traslada los bienes ajenos en un vehículo previamente dispuestos para el efecto y los vende. Se trata de varios actos configuradores de una sola acción de apoderamiento y nadie discutirá esta conclusión así el autor del hecho, para la consumación del atentado, transporte en varios viajes, uno en seguida del otro, el producto del ilícito.

"Pero la realidad no siempre suele ser tan sencilla. Pasa a veces que el mismo sujeto actúa pluralmente contra el patrimonio económico de una misma víctima o de varias, durante un período de tiempo determinado, corto o largo. Cada acción en esta hipótesis es desde el punto de vista naturalístico susceptible de ser encuadrada como delito autónomo. Sin embargo, no es la posibilidad de separación física de cada acción y la correlativa factibilidad de adecuarlas individualmente al mismo tipo penal, el camino más adecuado para suministrar la solución del problema. Esto por la sencilla razón de que la obtención del provecho ilícito al cual orientó su voluntad el sujeto activo de la infracción puede producirse a partir de diferentes acciones de apoderamiento, definidas a manera de etapas.

El interrogante que surge obligatoriamente es cuándo esas distintas acciones individuales configuran hechos punibles autónomos y concursan entre sí y cuando, así sean mental y físicamente separables como arquitecturas típicas, deben tomarse como actos plurales encaminados al fin único de obtener determinado provecho ilícito y constitutivo por lo tanto del denominado delito unitario.

La respuesta al interrogante surge para la Corte de identificar en cada caso concreto la finalidad que se propuso el autor y la correlativa circunstancia de si para lograrla requirió de un solo acto o de una suma de actos, más o menos

---

[1] Ver colisión 368, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar.

[2] Ver providencias de Sala Plena fechadas el 11 de diciembre de 1997 y el 4 de marzo de 1999.

prolongada en el tiempo. Si fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno de ellos como delito autónomo, el tomarlos como partes de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una sola acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto activo, de la unidad de plan, de la identidad de los distintos actos y de su prolongación en el tiempo".

En el presente caso concurren los mencionados elementos, pues, a pesar de lo incipiente de la investigación, se tiene que el imputado se propuso defraudar el patrimonio económico de la empresa, Industrias Asear, para la cual trabajaba como vendedor y cobrador, habiéndosele asignado como tarea la de viajar a los distintos municipios circunvecinos a Cali en los que se ubicaban los clientes. Para lograr su cometido, obtenía el dinero en efectivo de los compradores y procedía a firmar, como constancia de pago, las facturas de venta, apropiándose así de los respectivos valores hasta llegar a la suma de $3.339.784.

Como bien puede apreciarse, los actos se prolongaron en el tiempo y obedecieron a una idéntica estrategia, además que tanto el autor como la víctima fueron los mismos en cada caso, permitiendo deducir que el propósito de Eliu Mina estaba encaminado a atentar contra el patrimonio de la citada firma, lo que logró a través de una pluralidad de actos reiterados en el tiempo, con unidad de fin.

Por lo tanto, el proceder del imputado debe asumirse como una única conducta de hurto, cuya cuantía supera los diez salarios mínimos legales vigentes para el año de 1998 ($ 203.826,oo), concluyéndose; entonces, que se está frente a un delito y no a una contravención especial.

Ahora bien, como se trata de un delito y teniendo en cuenta que la denuncia se formuló en la ciudad de Cali, atendiendo los parámetros establecidos por el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal, el funcionario judicial competente para conocer del proceso es el fiscal local de dicho municipio.

En consecuencia, la Sala ordenará el envío del proceso al Fiscal Octavo Local de la Unidad Primera de Patrimonio Económico de Cali, quien ya había conocido del diligenciamiento y quien deberá disponer lo pertinente para reunificar el proceso.

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

RESUELVE:

Primero: DECLARAR que la competencia para conocer del presente asunto adelantado contra Eliu Mina, corresponde al Fiscal Octavo Local de la Unidad Primera de Patrimonio Económico de Cali, conforme a lo expuesto en esta providencia.

Segundo: Comuníquese lo decidido a los Juzgados Séptimo Penal Municipal de Buenaventura y Segundo de la misma especialidad de Cali.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PARTE CIVIL-Dirección Nacional de Administración Judicial

Evidentemente en el asunto sometido hoy a la decisión de la Sala si bien se acepta in genere que el Director Ejecutivo de Administración judicial tiene asignada la facultad de "..Representar a la Nación-Rama Judicial, en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales.." (Ley 270 de 1996, Art.99). Lo anterior no significa que en todo proceso contra la administración pública se deba indefectiblemente constituir parte civil. Cabe destacar que a través de este medio se busca reparación pecuniaria y existen delitos cuya consumación no causan daños materiales y morales que entrañen la estructuración del perjuicio.

Además, no se puede omitir en la demanda la obligación de precisar el concepto del daño, de qué manera se produjo, las secuelas que dejó, qué pruebas hay de su ocurrencia, pues la simplista afirmación de que "... la conducta irregular de la procesada, causó lamentables y graves perjuicios a la administración de justicia.." (fl. 1040) carece de fundamento y contenido. Por otra parte si se entiende como daño moral los padecimientos, aflicción o sufrimientos que la víctima recibe como consecuencia de la comisión del delito, propio de la persona natural entendida como unidad sicosomática, no se explica cómo un ente jurídico puede sufrir tales padecimientos. De ahí que en la demanda sobre este tema, sólo se hizo la estimación de su monto, sin más.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16529

Conoce la Corte, por vía de apelación, la providencia de fecha diez de septiembre del año en curso, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali resolvió admitir la demanda de constitución de parte civil presentada conforme a poder especial otorgado por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, en representación de La Nación - Rama Judicial.

ANTECEDENTES

1. Se acusa en esta actuación a la doctora Deisy Kerima Angulo Sánchez por el delito de prevaricato por acción, supuestamente cometido cuando desempeñaba el cargo de Fiscal 5ª Seccional de la Unidad de Ley 30/86 dentro del proceso adelantado por el delito de secuestro del ciudadano Luis Ernesto Vela Vargas, y en ese orden revocó la medida de aseguramiento de detención preventiva dictada contra los imputados y dispuso su libertad, decisión que se ha catalogado de ilegal.

1. Por estos hechos, se oyó en indagatoria a la funcionaria, se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención domiciliaria (fl.161 C-1) y se pronunció en su contra resolución de acusación (fl.314 C-1)

3. Durante el trámite del juicio, luego de varias sesiones del acto de la audiencia pública, la señora Directora Ejecutiva de Administración Judicial, otorgó poder Especial a la abogada Victora Eugenia Velásquez Marín para que se constituyera parte civil en representación de la Nación - Rama Judicial (fl.1023), para lo cual presentó demanda ((fl.1036) que, sin mayor estudio, fue admitida por el Tribunal de instancia.

1. Contra dicha determinación, la representación del Ministerio Público, encargada al Procurador Judicial 61, interpuso recurso de apelación, pretendiendo su revocatoria, por estimar, con apoyo en jurisprudencia de esta Corporación, que la demanda no reunía los requisitos legales, al no precisar en qué consistían los perjuicios causados, además de que, no se veía cómo podía deducirse daño material producido por el hecho punible a La Nación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No se discute que cuando quiera que el hecho punible cause daños materiales y morales, resulta para su actor la obligación de repararlos (Art.103 del C.P.), para lo cual el perjudicado o sus sucesores pueden constituirse parte civil dentro del proceso penal (fl.149 C.P.P).

De estos simples enunciados de carácter normativo aparecen como inexcusables las siguientes condiciones para que proceda la admisión de la demanda de parte civil en el proceso penal:

1) Que se haya cometido un delito;

2) Que el delito haya irrogado daños que comporte reparación;

3) Que quien los reclame sea el perjudicado o llamado legalmente a sucederlo.

En el caso sub-lite se procede por un delito contra la administración pública -prevaricato por acción, artículo 149-. Se busca en él tutelar toda ofensa cometida con burla a la rectitud, honestidad y legalidad que debe acompañar los actos de quienes se les ha confiado el ejercicio de actividad pública y que, eventualmente, puede causar daño a los administrados o gobernados.

Evidentemente en el asunto sometido hoy a la decisión de la Sala si bien se acepta in genere que el Director Ejecutivo de Administración judicial tiene asignada la facultad de "..Representar a la Nación-Rama Judicial, en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales.." (Ley 270 de 1996, Art.99). Lo anterior no significa que en todo proceso contra la administración pública se deba indefectiblemente constituir parte civil. Cabe destacar que a través de este medio se busca reparación pecuniaria y existen delitos cuya consumación no causan daños materiales y morales que entrañen la estructuración del perjuicio.

Además, no se puede omitir en la demanda la obligación de precisar el concepto del daño, de qué manera se produjo, las secuelas que dejó, qué pruebas hay de su ocurrencia, pues la simplista afirmación de que "... la conducta irregular de la procesada, causó lamentables y graves perjuicios a la administración de justicia.." (fl.1040) carece de fundamento y contenido. Por otra parte si se entiende como daño moral los padecimientos, aflicción o sufrimientos que la víctima recibe como consecuencia de la comisión del delito, propio de la persona natural entendida como unidad sicosomática, no se explica cómo un ente jurídico puede sufrir tales padecimientos. De ahí que en la demanda sobre este tema, sólo se hizo la estimación de su monto, sin más.

Por lo demás, la Corte ya había precisado sobre el particular lo siguiente:

"...no siempre la persona jurídica de derecho público que representa a la Nación como se quiere hacer ver, debe ineludiblemente constituirse parte civil en el proceso penal, pues son dos las condiciones que emanan del precepto. La primera, que la investigación penal verse sobre conducta punible de las descritas en el Libro Segundo, título III del Código Penal, es decir, "Delitos contra la Administración Pública" y, la segunda, que sea perjudicada con la infracción.

"Ello guarda perfecta armonía con lo preceptuado en el artículo 104 del Código Penal , que determina como titulares de la acción indemnizatoria, exclusivamente a las personas naturales o jurídicas "perjudicadas por el hecho punible" así como también con el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal que señala como titulares de la acción civil para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el hecho punible, ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal , las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o ejercida por el Ministerio Público o por el actor popular, en tratándose de daños o perjuicios colectivos..."

En tal virtud, siendo que por el hecho punible que aquí se reputa cometido, denominado jurídicamente prevaricato, no aparece claro que la administración pública hubiere recibido daño material o moral susceptible de ser valorado monetariamente para efectos de eventual reparación, luego hay ausencia de interés para constituirse parte civil con tal propósito, lo que precisa que la providencia apelada que la aceptó debe ser revocada, para en su lugar disponer su rechazo.

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

RESUELVE:

REVOCAR la providencia de fecha diez de septiembre del año en curso, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali aceptó la demanda de constitución de parte civil presentada en representación de la Nacion - Rama Judicial, según poder otorgado por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, y en su defecto se ordena su RECHAZO, por las reflexiones hechas en la parte considerativa.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CAMBIO DE RADICACION-Traslado de recluso/TRASLADO RECLUSO

1. Tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que corresponde al peticionario motivar la solicitud y acompañar las pruebas sobre cualquiera de esas circunstancias, toda vez que en el trámite establecido por la ley para esta clase de peticiones, no existe período probatorio, es decir, no hay lugar a ordenar ni practicar pruebas de oficio o a solicitud de parte y los medios de convicción deben ser presentados con la solicitud. De no procederse de esta manera, la pretensión no está llamada a prosperar porque la Corte o el Tribunal, según el caso, no pueden suplir la carga que le corresponde al sujeto procesal interesado.

2. En este asunto, la petición de cambio de radicación surgió principalmente porque el procesado se encuentra privado de la libertad en la ciudad de Barranquilla y la audiencia pública se debe realizar en Cartagena, por estimarse que existe riesgo a su vida durante el traslado, pero aún así, la solución a esa situación no sería tampoco el cambio de radicación del proceso, sino el traslado del interno al establecimiento carcelario donde se adelanta el proceso, lo cual se logra mediante trámite administrativo ante el Inpec o con la autorización del juez de la causa, con base en lo dispuesto en el artículo 452 del C.P.P.

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

Magistrado Ponente Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16663

VISTOS

La Corte resuelve el incidente de cambio de radicación, promovido por el procesado Juan Carlos Hernández Luna.

LA PETICIÓN

El proceso en el cual se solicita el cambio de radicación lo adelanta el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena de Indias (Distrito Judicial de Bolívar) en contra de Juan Carlos Hernández Luna. Se le imputan los cargos de hurto calificado agravado, porte ilegal de armas y violación a la ley 30 de 1986.

Según el acriminado el proceso debe radicarse en Barranquilla (Distrito Judicial del Atlántico), lugar donde se encuentra privado de la libertad, siendo difícil que se realice el debate público en el juzgado donde se adelanta la causa, a la que no puede asistir, porque su vida corre peligro y en el traslado no se le puede garantizar su seguridad.

Con la reclamación no adjuntó prueba para acreditar los hechos a que hacía referencia en la petición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Habiendo solicitado Juan Carlos Hernández Luna el cambio de radicación del proceso que se le adelanta en el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena de Indias a un homólogo de Barranquilla, la situación planteada resulta vinculando a dos juzgados de diferente distrito judicial, motivo por el cual resulta competente la Corte para tomar la decisión correspondiente.

2. El cambio de radicación, como medida extraordinaria y de carácter excepcional que es en relación con el principio del juez natural y al factor territorial, puede disponerse cuando se demuestre que donde se está adelantando la actuación procesal existen circunstancias que pueden afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal.

3. En esta materia, *tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que corresponde al peticionario motivar la solicitud y acompañar las pruebas sobre cualquiera de esas circunstancias, toda vez que en el trámite establecido por la ley para esta clase de peticiones, no existe período probatorio, es decir, no hay lugar a ordenar ni practicar pruebas de oficio o a solicitud de parte y los medios de convicción deben ser presentados con la solicitud. De no procederse de esta manera, la pretensión no está llamada a prosperar porque la Corte o el Tribunal, según el caso, no pueden suplir la carga que le corresponde al sujeto procesal interesado.*

4. Como viene de advertirse, el cambio de radicación procede cuando se acredita en debida forma que en el lugar donde es tramitada la actuación se da al menos una de las circunstancias referidas en el acápite anterior, observándose que el peticionario en el sub judice no hizo absolutamente nada por demostrarlas, pues con la petición de cambio de radicación el acusado no acompañó las pruebas para corroborar sus aseveraciones, careciendo por ende de respaldo las circunstancias que según su criterio impiden garantizar en el Distrito Judicial de Bolívar un trámite ajustado a derecho en su estructura y garantías procesales para el acriminado.

5. No es argumento serio sostener que no se le puede garantizar su seguridad personal para el traslado cuando sabido es que el INPEC tiene los recursos y un grupo especializado para esos menesteres. Luego de ninguna manera tal hipótesis constituye presupuesto que habilite el cambio de radi-

cación como aquí se plantea, en la medida que para dichos fines son otros los medios que se deben agotar.

6. *En este asunto, la petición de cambio de radicación surgió principalmente porque el procesado se encuentra privado de la libertad en la ciudad de Barranquilla y la audiencia pública se debe realizar en Cartagena, por estimarse que existe riesgo a su vida durante el traslado, pero aún así, la solución a esa situación no sería tampoco el cambio de radicación del proceso, sino el traslado del interno al establecimiento carcelario donde se adelanta el proceso, lo cual se logra mediante trámite administrativo ante el Inpec o con la autorización del juez de la causa, con base en lo dispuesto en el artículo 452 del C.P.P.*

Con lo dicho se concluye que no es el cambio de radicación procedente en este caso, por lo que la solicitud se resuelve adversamente.

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

RESUELVE:

1° No acceder al cambio de radicación solicitado por Juan Carlos Hernández Luna.

2° Envíese la actuación al Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena, para lo de su cargo.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CAMBIO DE RADICACION-Factores externos del medio

Son los factores externos del medio en que se ventila el juicio lo que inciden en la función de administrar justicia, y no el criterio de los sujetos procesales acerca de las circunstancias que eventualmente puedan rodear el desarrollo del asunto sobre la base de algunos contratiempos ocurridos con antelación, que en manera alguna pueden servir como respaldo probatorio de la demostración de los factores que se aducen como amenazantes de la imparcialidad que se reclama.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. Carlos E. Mejía Escobar

Aprobado Acta No.200 Proceso N° 16289

VISTOS

Resuelve la Corte la solicitud de cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena contra Juan José Simón Trucco Lemaitre por el delito de homicidio culposo.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

1.- La señora Cristina España de Lyons ingresó al Hospital de Bocagrande para que le fuera practicada una intervención quirúrgica relacionada con la fractura de un brazo. En desarrollo de la operación, como consecuencia de la manipulación de la anestesia le sobrevino una descerebración, por lo cual le fue diagnosticada muerte cerebral. La paciente estuvo conectada a un respirador artificial durante cuatro o cinco días, el que le fue desconectado una vez se determinó médicamente que el daño cerebral era irreversible.

Por tales hechos se adelanta investigación penal contra el médico anestesiólogo Juan Trucco Lemaitre.

2.- El solicitante Luis Ignacio Lyons España, en su calidad de perjudicado con el hecho, argumenta que de lo ocurrido en este proceso en la ciudad de Cartagena, una vez se inició y se profirió medida de aseguramiento contra el citado profesional, se infiere que la justicia va a ser influenciada o presionada y hace impropio el ambiente para el juzgamiento.

Comenta que esa misma razón hizo que la Fiscalía General de la Nación radicara esta actuación en la ciudad de Medellín, ante tanta irregularidad que se presentó en la ciudad de Cartagena una vez resuelta la situación jurídica del implicado, pues él y su familia tienen personas de mucha influencia como ex Gobernadores e historiadores de la misma ciudad. Que tales influencias llevaron a convertir un homicidio culposo en lesiones personales, situación que una vez puesta en conocimiento de la Fiscalía, originó que abriera investigación penal contra los funcionarios de Cartagena que habían obrado contra derecho.

Ilustra lo anterior señalando que, en efecto, una vez en firme la situación jurídica del sindicado se cambió de instructor sin ninguna razón que así lo justificara. Se cambió la adecuación típica por la de lesiones personales culposas para hacer más benévola la situación del médico. Se reasignó el proceso a otro Fiscal Seccional y se corrigió el yerro, señalando que el delito por el que debe radicarse el proceso es por homicidio culposo. No obstante, interpuesta la apelación contra ésta decisión, un Fiscal Delegado ante el Tribunal de Cartagena, revocó la decisión y resolvió que se trataba de un delito de lesiones personales.

Corregida la actuación en la Fiscalía Delegada ante los Jueces del Circuito de la ciudad de Medellín, regresaron las diligencias a la ciudad de Cartagena para adelantar la etapa del juicio, donde por ser definitiva la actuación "se rumora y así se infiere que habrá, aún mayores presiones como las hubo anteriormente, hacia los administradores de justicia que habrán de conocer el proceso en primera y segunda instancia."

Por tales motivos solicita que el proceso se radique en otro Circuito alejado de la influencia que mostró tener el encausado en la ciudad de Cartagena.

3.- El defensor del procesado presenta escrito en el que solicita que al momento de resolver la petición de la parte civil se tengan en cuenta varios aspectos, como que el proceso se inició en la ciudad de Cartagena y allí la Fiscalía Delegada ante el Tribunal dijo que lo que debía investigarse era un delito de lesiones personales y no un homicidio. Que la parte civil logró, bajo la dirección de la Fiscalía anterior, que el proceso se radicara en Medellín, donde un grupo de Fiscales Locales, contraviniendo la orden de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, consideró que debía investigarse por homicidio. El caso se remitió a las Fiscalías Seccionales de Cartagena, donde se calificó el mérito del sumario por ese delito y fue confirmado al desatarse la apelación.

Señala que la parte civil ha sentado una posición que no consulta la realidad fáctica de lo acontecido en este caso, en cuanto al manejo que se le ha dado al mismo por los distintos funcionarios, a quienes les ha correspondido conocerlo. Que no es cierto que su representado tenga influencias político-sociales. Con su escrito busca que se busque una evaluación exacta, sin sobredimensionalismos de la realidad.

CONSIDERACIONES

1.- Al tenor de lo normado en el numeral 8º del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, es competente la Corte para pronunciarse sobre la solicitud de cambio de radicación, en virtud de que con ésta se busca el traslado del proceso a otro Distrito Judicial.

2.- Como se ha señalado en otras ocasiones en que la Sala se ha ocupado del tema, el cambio de radicación es una excepción al principio del Juez Natural desde el punto de vista de la competencia por razón del factor territorial y opera ante la demostración de que a causa de factores objetivos se pueden afectar "el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal". (art 83 C. de P.P.).

De acuerdo con el anterior marco normativo, *son los factores externos del medio en que se ventila el juicio lo que inciden en la función de administrar justicia, y no el criterio de los sujetos procesales acerca de las circunstancias que eventualmente puedan rodear el desarrollo del asunto sobre la base de algunos contratiempos ocurridos con antelación, que en manera alguna pueden servir como respaldo probatorio de la demostración de los factores que se aducen como amenazantes de la imparcialidad que se reclama.*

En este caso la solicitud de cambio de radicación se fundamenta en que debido a hechos ocurridos durante la etapa instructiva del proceso en la ciudad de Cartagena "se infiere que en este sitio o territorio, la justicia va a ser influenciada, presionada y hace impropio el ambiente para el juzgamiento", porque el implicado y su familia tienen personas de mucha influencia como ex gobernadores e historiadores de esa ciudad.

Esa personal perspectiva que se plasma en la solicitud no sirve para demostrar que en el sitio donde se adelanta la etapa de la causa seguida contra el médico Trucco Lemaitre se generan factores que inciden en los funcionarios que posiblemente conozcan del asunto y por tanto la imparcialidad e independencia de la administración de justicia no se encuentran garantizadas.

Esto porque no se cuenta con los elementos de juicio que así lo indiquen y la situación que se presenta como fundamento del cambio de radicación, no obedece a ningún factor externo que involucre a todos los funcionarios judiciales del lugar donde se adelanta el proceso. Aquellas presiones a la administración de justicia son apenas una conjetura del solicitante basada en el conocimiento de que, según él, el inculpado y sus familiares tienen personas de mucha influencia.

A lo anterior debe agregarse que acerca de estos personajes ex gobernadores e historiadores - no se aporta ningún dato que permita dimensionar la capacidad de coacción que puedan tener, dado que el solo vínculo de amistad con alguna de las partes no permite afirmar que la administración de

justicia va resultar quebrantada. Y, si dado el caso, esos personajes a los que alude el memorialista, consiguieran influir en el ámbito personal de algún funcionario judicial, como parece que es su temor, lo lógico es que acuda a la figura de la recusación, pues cuando se refiere a presiones hacia los administradores de justicia, es obvio que lo que está cuestionando es la capacidad del funcionario para impartir justicia de manera imparcial, lo que de ninguna manera se constituye en motivo de perturbación que involucre a todos los administradores de justicia que la laboran en el lugar.

Las especiales circunstancias que hacen viable la prosperidad de este incidente procesal, no pueden inferirse de afirmaciones genéricas, ni necesaria y únicamente de circunstancias presentadas en anteriores etapas procesales, sino de aquellos factores que por su actualidad, gravedad e evidencia imposibilitan el desarrollo normal del proceso y no existe remedio distinto que su remoción del sitio de radicación.

En consecuencia, ante la ausencia del respaldo probatorio requerido por la ley procesal penal, resulta improcedente el cambio de radicación solicitado.

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

RESUELVE:

NO ACCEDER a la solicitud de cambio de radicación del proceso adelantado contra el procesado Juan José Simón Trucco Lemaitre.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CASACION DISCRECIONAL-Sentencia por contravención

De lo dispuesto en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal se infiere, en análisis sistemático, que la casación discrecional sólo procede por delitos, cuando la pena es inferior a 6 años de privación de la libertad, aunque el fallo hubiere sido proferido en un juzgado penal del circuito. Además la normatividad que regula el procedimiento contravencional no consagra ni autoriza la interposición del recurso extraordinario.

Entonces, al no ser las sentencias dictadas en procesos contravencionales susceptibles del recurso de casación, como ya lo ha indicado la Sala en oportunidades anteriores (13 y 22 de octubre de 1996, 21 de enero y 7 de octubre de 1997), la Corte carece de competencia para examinarlas, pues la ley no la ha facultado para conocer de ellas por la vía extraordinaria, además que quien interpuso el recurso desertó de él al no sustentarlo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999)

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

Aprobado Acta N° 200 Proceso N° 15418

VISTOS

Procede la Corte a resolver sobre la aceptación del recurso de casación excepcional instaurado por el defensor del condenado Eduardo Rojas Morera contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón (Huila), como autor de la contravención de daño en bien ajeno.

HECHOS

El 23 de mayo de 1998, Eduardo Rojas Morera destruyó 200 metros de manguera y 80 matas de plátano del predio de Alfonso Cuéllar Betancourth, ubicado en la zona rural del municipio de Tarquí (Huila), daños que el ofendido valoró en $350.000.

ANTECEDENTES PROCESALES

El proceso fue adelantado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Tarqui contra Eduardo Rojas Morera, de conformidad con el procedimiento consagrado en la ley 228 de 1995 por tratarse de la *contravención especial* de daño en bien *ajeno* tipificada en el numeral 19 del artículo 1° de la Ley 23 de 1991,oficina judicial que el 17 de noviembre de 1998 lo condenó por esos cargos a 6 meses de arresto y de interdicción de derechos y funciones públicas, y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional (fs. 48 y Ss, cd. 1°), fallo que apelado por el defensor, el 27 de noviembre de 1998 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Garzón lo modificó en el sentido de disminuir el valor de los perjuicios por pagar a $350.000 y lo confirmó en el resto de sus determinaciones (fs. 72 y Ss, ib.).

Notificada la sentencia de segunda instancia, el apoderado judicial del acusado *interpuso* el recurso extraordinario de casación discrecional, pero no lo sustentó, no obstante lo cual el expediente fue *remitido* a la Corte para que se *pronuncie* sobre la concesión de la referida impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La casación excepcional procede contra los fallos de segunda instancia dictados en acciones penales por delitos que no tengan señalada pena privativa de la libertad, o el máximo de ésta sea inferior a seis 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.

De lo dispuesto en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal se infiere, en análisis sistemático, que la casación discrecional sólo procede por delitos, cuando la pena es inferior a 6 años de privación de la libertad, aunque el fallo hubiere sido proferido en un juzgado penal del circuito. Además la normatividad que regula el procedimiento contravencional no consagra ni autoriza la interposición del recurso extraordinario.

Entonces, al no ser las sentencias dictadas en procesos contravencionales susceptibles del recurso de casación, como ya lo ha indicado la Sala en oportunidades anteriores (13 y 22 de octubre de 1996, 21 de enero y 7 de octubre de 1997), la Corte carece de competencia para examinarlas, pues la ley no la ha facultado para conocer de ellas por la vía extraordinaria, además que quien interpuso el recurso desertó de él al no sustentarlo.

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

RESUELVE:

NO ACEPTAR el recurso de casación excepcional interpuesto a favor del sentenciado Eduardo Rojas Morera dentro de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, (Aclaración de Voto), Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mamilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACLARACION DE VOTO

En cuanto la decisión de no aceptar la casación discrecional tiene por fundamento la falta de sustentación, estoy de acuerdo con ella. No obstante, discrepo de la motivación basada en la improcedencia de esta modalidad de casación en tratándose de fallos dictados en materia de contravenciones especiales.

Obedece esta postura a la rectificación del criterio que he venido sosteniendo junto con la mayoría de la Sala respecto del punto, que ahora, a partir de una nueva lectura de su base normativa, encuentro equivocado.

Se sustenta la tesis que ha debido recogerse a mi juicio, en que los "casos distintos" de los señalados en el primer inciso del artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, para los cuales la casación discrecional se hace procedente, no comprende las sentencias dictadas por contravenciones especiales, en cuanto la referencia explícita de que ha de tratarse de delitos, consagrada en aquella disposición, así lo establece.

El contexto normativo en que son reguladas las modalidades de casación común y discrecional, ciertamente se organiza partiendo de establecer las condiciones por las que es procedente la primera; vale decir, que se trate de sentencias proferidas por tribunales de distrito judicial y el tribunal militar, en segunda instancia, por delitos cuya pena sea o exceda de seis años, autorizando luego la casación, de manera excepcional y "en casos distintos de los arriba mencionados", cuando discrecionalmente la Corte lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la preservación de los derechos fundamentales.

Ese ejercicio de discrecionalidad por la Corte, nos parece ahora, solo está condicionado por los fines a que debe responder esta novedosa modalidad de casación, de ser necesaria para el desarrollo jurisprudencial y/o la preservación de los derechos fundamentales. Límites de otra índole, como que deba tratarse de delitos, creemos, corresponden a excepciones no compatibles con el alcance universal que la ley ha dado al concepto "en casos distintos" al autorizar a la Corte para que así proceda con el claro cometido de desarrollar la jurisprudencia, o preservar las garantías y derechos fundamentales.

A juicio nuestro, además, no resulta plausible que se acuda a la mención legislativa de los delitos para derivar de allí la cortapisa de que la casación

discrecional, entonces, no procede en tratándose de sentencias por contravenciones especiales, y en relación con el órgano que profiere el fallo no se proceda de la misma forma. El inciso primero del ya citado artículo 218, al precisar el objeto de la casación alude a las sentencias dictadas por tribunales de distrito, el militar y el nacional -éste último vigente para la época de expedición del Código-, no obstante lo cual, la jurisprudencia de la Sala ha entendido que en tratándose de la discrecional, se hace procedente cuando la sentencia de segunda instancia ha sido dictada también por un juzgado de circuito, caso justamente al que correspondería el de los fallos en materia de contravenciones especiales, donde el criterio de la explicitud legal, que como supuesto se invoca para restringir la casación discrecional a sentencias por delitos, a su vez, en tratándose del órgano, no operaría.

Lo anterior, nos parece, pone de manifiesto que en el tema de la discrecionalidad en casación quiso la ley que no se sujetara a condicionantes distintas a la de procedencia en razón de sus fines. Por eso, correspondiendo las decisiones que ponen fin al procedimiento contravencional a la categoría de fallos dictados por jueces, en primera y segunda instancia, no resulta razonable que se les exceptúe del control por vía de casación, cuando precisamente, dada la sumariedad del procedimiento que les procede, las objetivas precariedades con que en esos niveles se cumple la función judicial, y su alto número estadísticamente comprobado, constituiría ámbito propicio para que la casación, en su modalidad discrecional, realizara los invaluables fines para los que fue entronizada, de procurar desarrollos jurisprudenciales en el tema y garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Fernando E. Arboleda Ripoll, Magistrado.

fecha *ut supra*.

TÉRMINOS PROCESALES-Perentoriedad

Ante todo, debe reiterarse, una vez más, que los actos procesales de las partes deben cumplirse en los términos y oportunidades señalados por la ley, o en su defecto por el juez, siendo perentorios, con excepción de la prórroga contemplada en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, que sólo puede ser concedida por el funcionario judicial que conoce de la actuación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 200 Proceso N° 16540

VISTOS

Resuelve la Corte lo que en derecho corresponda, respecto a la admisibilidad formal de las demandas de casación presentadas a nombre de María Rosalba Mendoza Hernández y Gustavo Rodríguez Salcedo.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado Penal del Circuito de Purificación, mediante sentencia del 5 de diciembre de 1997, adoptó, entre otras decisiones, las siguientes:

1.1 Condenó a Isaías Patiño Triana, Gustavo Rodríguez Salcedo y José Iván Rodríguez Salcedo a la pena principal de 30 años de prisión y a las accesorias de rigor, como coautores del los delitos de homicidio agravado, en concurso homogéneo.

1.2 Igualmente, condenó a María Rosalba Mendoza Hernández a la pena principal de 13 años de prisión y a la accesoria de rigor, como determinadora de homicidio simple.

2.- Apelado el fallo por los defensores de María Rosalba y Gustavo Rodríguez Salcedo, el Tribunal Superior de Ibagué, el 29 de abril de 1999, lo modificó, en el sentido de imponerle a la primera de las citadas, la pena principal de 22 años de prisión, como determinadora de uno de los homicidios agravados. Así mismo, revocó la libertad provisional que se les había concedido a Rosalba Mendoza Hernández y Gustavo Rodríguez y, en consecuencia, ordenó su captura.

Notificado por edicto el fallo de segunda instancia y dentro del término legal, el defensor de María Rosalba Mendoza Hernández y el procesado Gustavo Rodríguez Salcedo, interpusieron el recurso extraordinario de casación, el que fue concedido el 2 de junio del mismo año.

Ejecutoriada la anterior decisión (16 de junio siguiente), comenzaron a transcurrir los treinta (30) días de traslado para que se presentara la demanda de casación a nombre de María Rosalba Mendoza Hernández, lo cual ocurrió el 3 de agosto de año en curso, cuando ya había fenecido el término, conforme a la constancia secretarial, visible a folio 155 del cuaderno del Tribunal, de la misma fecha.

De igual manera, según constancia secretarial del mismo día (3 de agosto), visible al mismo folio, empezó a correr el término de traslado para que el defensor de Rodríguez Salcedo presentara el respectivo libelo casacional.

Debe aclararse que en dicho interregno, la Defensoría Pública designó a la doctora Noliora Chavarro de Solanilla como defensora de Gustavo Rodríguez Salcedo. Sin embargo, al tenor de otra constancia del 3 se septiembre, se informó a la Magistrada que a la citada profesional del derecho no se le "ha reconocido como apoderada...".

Previa comunicación de la Defensoría del Pueblo, la Magistrada Ponente, por auto del 10 de septiembre de 1999, ordenó tener a la doctora Chavarro de Solanilla como defensora de Rodríguez Salcedo. La demanda de casación se presentó el 17 de septiembre siguiente, cuando desde el 14 de septiembre había concluido, igualmente, el término de traslado, no obstante lo cual en la constancia del 28 de septiembre se dice, erróneamente, que el escrito fue allegado dentro de los términos de ley.

Sin pronunciamiento alguno al respecto, por parte del Tribunal, el expediente fue remitido a la Corte para lo de su cargo.

Consideraciones de la Corte

Del recuento de la actuación procesal surtida ante el Tribunal Superior de Ibagué, se colige que las demandas de casación aducidas a nombre de los procesados Gustavo Rodríguez Salcedo y María Rosalba Mendoza Hernández lo fueron extemporáneamente, lo que impone a la Sala que declare desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto.

Ante todo, debe reiterarse, una vez más, que los actos procesales de las partes deben cumplirse en los términos y oportunidades señalados por la ley, o en su defecto por el juez, siendo perentorios, con excepción de la prórroga contemplada en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, que sólo puede ser concedida por el funcionario judicial que conoce de la actuación.

Es así como en providencia del 25 de julio de 1994, dijo la Corte:

"La Sala en varias oportunidades ha aclarado, siguiendo los lineamientos de la normatividad vigente, que los términos son de riguroso cumplimiento y

que no puede dejarse su aplicación al arbitrio de los empleados o funcionarios judiciales. Si tal cosa se permitiera, desaparecería la seguridad jurídica que de ellos dimana, quedando sujeto el proceso a las interpretaciones caprichosas de quienes en un momento dado deben darles su curso en las actuaciones encomendadas.

"Desde su entrada en vigencia, la ley debe cumplirse sin que se acepten excusas sobre su poco o ningún conocimiento. En lo que se refiere a los términos en sí, su conteo aritmético es el que prima sin que haya lugar a elucubraciones de ninguna especie. Y si alguna duda quedare respecto de su aplicación en determinado evento por oscuridad de la norma que lo contempla, la luz la brinda la jurisprudencia que, en este supuesto, ha sido múltiple y suficiente para solucionar cualquier problema que pudiere presentarse". (Rad. Nº 9418).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no hay duda que ambos escritos fueron presentados extemporáneamente, esto es, cuando había vencido el término señalado en la ley para el efecto.

Con relación al de la procesada María Rosalba Mendoza Hernández, se dejó la respectiva constancia. No así en lo atinente a la de Gustavo Rodríguez Salcedo, que aparece presentada en término, no obstante que el mismo había concluido el 14 de septiembre, habiéndose aducido la demanda el 17 siguiente.

Así, entonces, la constancia secretarial del 23 de septiembre que se dejó en el expediente, según la cual el libelo fue presentado dentro de los lapsos legales, no podía prorrogar los términos, por cuanto el secretario carece de competencia para ello.

En consecuencia, como quiera que los libelos no fueron formulados dentro de los términos de traslado asignados a los defensores de María Rosalba Mendoza Hernández y Gustavo Rodríguez Salcedo, la Sala declarará desierto el recurso de casación.

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

RESUELVE:

DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario de casación interpuesto por los defensores de María Rosalba Mendoza Hernández y Gustavo Rodríguez Salcedo, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Contra esta decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.).

Devuélvase al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CAMBIO DE RADICACION-Incompetencia del juez/CAMBIO DE RADICACION-Causal de extinción de la acción penal

La incompetencia del funcionario de conocimiento, al igual que la extinción de la acción penal por cualesquiera de las causales establecidas en la ley, son fenómenos susceptibles de control y declaración judicial intraprocesal, cuya inadvertencia, debidamente acreditada, podría en últimas, de conformidad con el artículo 304.1° del Código de Procedimiento Penal, generar la invalidación de lo actuado, pero no el cambio de radicación del proceso, pues tal solución, además de carecer de sentido, no se halla incluida entre las causales que al efecto establece el citado artículo 83 de la misma obra.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll.

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16421

ASUNTO

Resolver la solicitud de cambio de radicación del proceso adelantado en el Juzgado Penal del Circuito de Lérida (Tolima) contra Jorge Ramiro Montoya Quesada y otros, por el delito de estafa.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

El procesado Jorge Ramiro Montoya Quesada, en escrito presentado ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, solicitó el cambio de radicación de la causa tramitada en el Juzgado Penal del Circuito de Lérida, a un Distrito Judicial distinto de la capital del Tolima.

Adujo como fundamento de su petición, que él en su condición de abogado, y en representación del doctor Alvaro Delgado Cruz, presentó ante el Tribunal Administrativo del Tolima demanda de reparación directa contra la Nación y los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, doctores Eduardo Barriga Suárez, Efren Bustos Roa y Jaime del Río Montoya, el Juez Quinto Penal del Circuito de la misma ciudad, un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior, y dos Fiscales Seccionales, en razón al presunto

error en que estos funcionarios habrían incurrido en el trámite y decisión del proceso tramitado contra su poderdante y excontador departamental, por el delito de prevaricato por omisión (f. 2).

Según el memorialista, desde el 31 de julio de 1996, fecha en que fue aceptada la demanda, "se creó un ambiente en su contra en el sector judicial del departamento del Tolima", llegándose al extremo, por parte del juez de Lérida, de usurpar la competencia que por ley le corresponde al de Ibagué, pues fue en esta ciudad donde los hechos imputados tuvieron ocurrencia. Además, ha seguido conociendo del proceso, a pesar de hallarse prescrita la acción penal.

Como circunstancias adicionales con capacidad para afectar la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, refirió "el temor reverencial de los funcionarios de instancia para con sus superiores jerárquicos", y "el sentimiento de gremio" que según él intuye, se viene presentando desde que instauró la demanda contra los tres magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, y los restantes funcionarios ya mencionados.

En demostración de la presunta parcialidad de los funcionarios que han conocido y conocen de la referida causa, afirmó que en primera y segunda instancia siempre han sido despachadas en forma negativa las solicitudes de remisión del expediente al funcionario competente, de nulidad por falta de competencia, y de extinción de la acción penal por prescripción; y allegó copia de la providencia mediante la cual esta Corporación declaró fundado el impedimento manifestado por los Magistrados demandados por el memorialista en el proceso adelantado contra Alvaro Delgado Cruz, por el delito de prevaricato (f. 4), y del auto por el cual el Juez Quinto Penal del Circuito de Ibagué, contra quien también se presentó demanda de reparación directa, se declara impedido para conocer de otro proceso en el que el mismo abogado solicitante del cambio de radicación, figura como defensor (f. 12).

Consideraciones de la Corte

Aunque el procesado no lo manifiesta expresamente, al referir los supuestos factores de turbación de la imparcialidad *"al sector judicial del departamento del Tolima"*, se colige que su solicitud de cambio de radicación apunta al traslado del proceso en que él es acusado, a un distrito judicial distinto del de Ibagué. La Corte, por ende, y de conformidad con el artículo 68-8° del Código de Procedimiento Penal, es competente para conocer de la misma.

Como excepción al principio general de competencia, según el cual el juez del lugar de comisión del delito es el competente para conocer del mismo, el cambio de radicación sólo procede ante la fehaciente demostración de objetivos factores externos o ambientales que no dependan directamente del funcionario de conocimiento, con la potencialidad suficiente para, de conformidad con el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, *"afectar el orden*

público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal".

El peticionario apuntala la solicitud de cambio de radicación en la presunta afectación de la imparcialidad de los funcionarios que conocen de la causa adelantada en su contra, lo que le permite intuir "el temor reverencial de los funcionarios de instancia para con sus superiores jerárquicos", y "el sentimiento de gremio", factores éstos que se vendrían presentado desde el año de 1996, cuando demandó en reparación directa, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a los magistrados integrantes de una de las Salas de Decisión del Tribunal Superior de Ibagué, al Juez Quinto Penal del Circuito, a un fiscal de segunda instancia, y a dos fiscales seccionales, todos de la misma ciudad, por el error judicial en que habrían incurrido al tramitar y fallar el proceso adelantado contra el doctor Alvaro Delgado Cruz, de quien el peticionario era su defensor.

Por carecer de fundamento probatorio, y no estar directamente referidas, como lo exige el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, "*al territorio donde se esté adelantando la actuación*", las circunstancias mencionadas no constituyen el presupuesto suficiente para deducir la necesidad de remover el proceso adelantado en el municipio de Lérida (Tolima) contra el peticionario y otras personas, por el delito de estafa.

Revisada la prueba documental con que el memorialista pretende demostrar sus asertos, se observa que aquel pretende descalificar la probidad y rectitud de todos los funcionarios del Distrito Judicial de Ibagué, por el hecho de haber demandado en el año de 1996, como quedó expuesto, a varios de sus funcionarios, algunos de los cuales -los integrantes de la respectiva Sala de Decisión Penal del Tribunal y el Juez Quinto Penal del Circuito de Ibagué-, fueron separados del conocimiento del proceso adelantado contra Alvaro Delgado Cruz, por el delito de prevaricato, al declararse fundada la causal de impedimento por ellos aducida.

Esta pretérita circunstancia, referida exclusivamente a los funcionarios demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo -los que además no conocen del proceso cuya remoción se pretende-, y no al territorio donde se adelanta la actuación, no reviste por sí sola la idoneidad suficiente para desdibujar el lineamiento de imparcialidad que debe regir la búsqueda de la verdad procesal por parte de los funcionarios que en primera y segunda instancia tramitan la causa contra el peticionario y otros, por el delito de estafa.

En prueba del "temor reverencial" y "el sentimiento de gremio" de los funcionarios de instancia, que escuetamente enuncia el postulante como manifestaciones de la parcialidad que viene de ser descartada, aquel afirma que el Juez Penal del Circuito de Lérida ha llegado al extremo de usurpar la competencia que por ley le corresponde al de Ibagué, y persiste en seguir conociendo de la causa, a pesar de hallarse prescrita la acción penal.

La incompetencia del funcionario de conocimiento, al igual que la extinción de la acción penal por cualesquiera de las causales establecidas en la ley, son fenómenos susceptibles de control y declaración judicial intraprocesal, cuya inadvertencia, debidamente acreditada, podría en últimas, de conformidad con el artículo 304.1° del Código de Procedimiento Penal, generar la invalidación de lo actuado, pero no el cambio de radicación del proceso, pues tal solución, además de carecer de sentido, no se halla incluida entre las causales que al efecto establece el citado artículo 83 de la misma obra.

Estos factores invocados para justificar el cambio de radicación, además de inapropiados, carecen de fundamento, pues no es cierto que el juez de Lérida pretenda a toda costa tramitar un proceso cuyo conocimiento no le corresponde. A folios 370 y ss. se observa el trámite de la colisión negativa de competencias que este funcionario le propusiera al Juez Penal del Circuito Reparto de Ibagué, conflicto resuelto el 6 de mayo de la presente anualidad por el Tribunal Superior, que adscribió la competencia al Juzgado Penal del Circuito de Lérida, en razón a que fue en Ambalema, población perteneciente a ese circuito, donde los hechos tuvieron ocurrencia (f. 7 c. del Tribunal).

La negación de la extinción de la acción penal por prescripción, al considerarse que la ejecutoria de la resolución de acusación interrumpió el término respectivo, decisión adoptada por el juez de instancia, entre otras, en providencia de 1° de octubre de 1997, la que fuera confirmada por el Tribunal Superior mediante auto de 16 de abril de 1998, por la racionalidad que exhibe, no refleja parcialidad de quienes regentan el juicio, como pretende hacerlo creer el procesado; y si así fuera, por tratarse de factores subjetivos y no exógenos al administrador de justicia, su constatación no implicaría la variación del marco geográfico donde se adelanta el proceso.

Así las cosas, como del examen de las diligencias no se evidencia que en la región donde se adelanta la causa contra el peticionario, estén afectadas la independencia o la imparcialidad de los administradores de justicia, se despachará negativamente la solicitud de remoción del proceso.

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

RESUELVE:

NEGAR EL CAMBIO DE RADICACION solicitado por el procesado Jorge Ramiro Montoya Quesada.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

REBELION-Competencia a partir del 1° de julio de 1999

En el caso que hoy se examina se encuentra que es cierto que el delito de rebelión por la época de los hechos y hasta cuando se pronunció el fallo de primera instancia, era de competencia de la justicia regional y de ahí para que el proceso se hubiera remitido al Tribunal Nacional para que desatara la apelación interpuesta con la sentencia absolutoria, pero igualmente es verdad que el artículo 5° sustrajo de la competencia de los Jueces del Circuito Especializados el conocimiento de tal infracción, para asignársela, en primera instancia, a los Jueces penales del Circuito del lugar donde se cometió el delito, y en segunda instancia, a los Tribunales del Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16423

Resuelve la Sala el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Tribunal Superior de Manizales y el de Santafé de Bogotá para conocer de este asunto.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. El 30 de abril del año en curso, un Juzgado Regional de Medellín absolvió a Arbey Arce Chiquito, acusado de rebelión, conforme a hechos ocurridos el 18 de mayo de 1997, en el sector Agrovilla, vereda San Lorenzo, comprensión municipal de Riosucio (Caldas) (fl.284), decisión contra la cual el Representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido el 18 de junio del mismo año (fl.324), para cuyo efecto se remitió la actuación al Tribunal Nacional.

2. En vista de la extinción de dicha Corporación, el proceso fue enviado a la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, la que a la vez dispuso su remisión al Tribunal Superior de Manizales por entender que, por factor territorial, le correspondía el conocimiento de este asunto.

3. La Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales consideró, en providencia de 9 de septiembre del año en cita, que la competencia residía en su homólogo de Santafé de Bogotá , con fundamento en las siguientes reflexiones:

a) La Ley 504 de 1999, en atención a que la Justicia Regional desaparecía a partir del 1º de julio del mismo año del sistema jurídico colombiano, para ser reemplazada por la llamada justicia especializada, dispuso en su transición, entre otras cosas, fijar la competencia en los juzgados Penales del Circuito de los delitos no atribuidos por el artículo 5º a los Jueces Especializados;

b) No obstante, en materia de segunda instancia, la Ley quiso hacer una excepción en el artículo 37 transitorio al adscribir a la Sala penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el conocimiento de los procesos que estuviere conociendo el Tribunal Nacional y de los que conociere hasta el 1º de julio de 1999, "*...entre los cuales se encuentran los delitos no previstos en el artículo 5º como la rebelión, asignados por el la Ley 504 a los jueces de circuito no especializados y a las Salas Penales de Decisión desde el 1º de julio...*"

c) Si bien en su redacción estos textos presentan algunas inexactitudes, lo cierto es que la intención de la ley fue la de que las Salas de Decisión de los Tribunales conocieran, en segunda instancia, de los delitos excluidos del artículo 5º, a partir del 1º de julio de 1999 por no haber sido enviados antes al Tribunal Nacional, precepto que por ser modificatorio de la competencia, es de aplicación inmediata

d) "*...Como este proceso fue remitido por el señor Juez Regional de Medellín desde el 21 de junio de 1999 al Tribunal Nacional y reenviado a la Sala de descongestión del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, quiere decir que se halla dentro de la excepción a la vigencia general e inmediata de las normas sobre competencia, que atribuyen el conocimiento de la rebelión en segunda instancia a las Salas de Decisión de los Tribunales Superiores, lo que obliga a enviar la actuación a la Sala penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, por ser ésta competente..*"

4. El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, a su vez, precisó que el delito de rebelión fue excluido del conocimiento de los Jueces Penales del Circuito Especializados, por virtud del artículo 5º de la Ley 504 de 1999, quedando entonces bajo la competencia por factor territorial de los jueces penales del circuito, en razón de la atribución residual del literal C del artículo 72 del C. de P. P.

Siendo esta la situación que aquí se plantea, el conocimiento de este proceso corresponde al Tribunal Superior de Manizales, pues el delito de rebelión, dejó de ser del competencia de la justicia regional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En consideración a que la llamada justicia regional dejaría de funcionar a más tardar el 30 de junio de 1999, por mandato del artículo 205 de la Ley 270

de 1996,estatutaria de la administración de justicia, el 25 de junio de 1999 se expidió la Ley 504 de 1999, mediante la cual, entre otras previsiones, dispuso la creación de jueces penales del circuito especializados, a quienes asignó funciones de juzgamiento en materia penal (Arts. 1 y 2), se determinó competencia, señalando como ámbito territorial su respectivo distrito y se tomaron algunas previsiones de carácter transitorio en orden a evitar traumatismos en dicho tránsito.

El artículo 37 transitorio de la Ley en cita es el que se ha prestado para disímiles interpretaciones entre los Tribunales en conflicto, toda vez que mientras para el de Manizales debe conocer de este asunto la Sala penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá ya que el precepto le fijó tal competencia de lo que conocía en segunda instancia el extinguido Tribunal Nacional, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá se ha negado a admitir ese criterio señalando que su competencia se encuentra territorialmente restringida y no tienen alcance nacional. Además, las normas reguladoras de la competencia por la naturaleza del hecho son de inmediato cumplimiento y del que se ocupa este asunto, que se ha catalogado como tipificador del reato de rebelión, tiene como competente al Juez Penal del Circuito del lugar donde se cometió, pues fue excluido del artículo 5º de la Ley 504 que determina la competencia de los Jueces del Circuito Especializados, de donde se sigue que es al Tribunal de Manizales que corresponde revisar el fallo absolutorio aquí dictado.

El precepto en cuestión, dice:

"Adscríbase a la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el conocimiento de los procesos de que actualmente conoce el Tribunal Nacional, y de los que conozca hasta el 1º de julio de 1999. La Sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá crear una Sala Especial de Descongestión , conforme al artículo 63 de la Ley 270 de 1996, para efectos del conocimiento de los procesos a que se refiere el artículo 5º de la presente Ley.."

Esta Corte, en el camino de interpretar y fijar el verdadero alcance de la Ley en cita , en situación semejante a la que hoy ocupa nuestra atención, ha dicho:

"...3.Con el fin de precaver complicaciones administrativas y judiciales a raíz de la transición de la justicia regional a la justicia Especializada, concretamente en cuanto al trámite de los procesos que venía conociendo el Tribunal Nacional y que no alcanzó a decidir , la Ley 504 de 1999, en su artículo 37, estableció unos mecanismos transitorios precisos y definidos:

"3.1.Adscribió a la Sala penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el conocimiento de los procesos que venía tramitando el Tribunal Nacional, y de los que conociera hasta el primero de julio de 1999.

"3.2. Facultó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura , para crear una Sala Especial de Descongestión, para efectos del conocimiento de los procesos de competencia de los Jueces Penales del Cir-

cuito Especializados. Estos procesos son los mismos a que se refiere el punto anterior, es decir los que no alcanzó a resolver el Tribunal Nacional.

"La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, expidió el Acuerdo No.533 de 1999, en cuyo artículo primero creó "hasta por un año, contado a partir del primero (01) de julio de 1999, una Sala Especial de Descongestión en la Sala penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, la cual conocerá de los asuntos señalados en la citada ley."

"Significa lo anterior que la Sala especial de Descongestión, adscrita a la Sala penal del Tribunal Superior de Bogotá, hasta por el lapso de un año, conocerá de los procesos que venía conociendo el Tribunal Nacional y que hubieren llegado a su sede hasta el lo. de julio de 1999, inclusive.

"La Sala Especial de Descongestión, no asumirá el conocimiento de nuevos asuntos con posterioridad al 1°. de julio de 1999, ya que a la luz de la exposición de motivos de la Ley 504 de 1999, fue concebida con el fin de que adelantara hasta su culminación los procesos que estaba tramitando el desaparecido Tribunal Nacional , cuya decisión no llegó a proferirse.

"4. Cabe preguntar si todos los procesos que venía tramitando el Tribunal Nacional, inclusive hasta el 1°. de julio de 1999, fueron asignados por la Ley 504 de 1999, temporalmente, a la Sala de Decisión penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, y luego a la Sala Especial de Descongestión. La solución se obtiene despejando el interrogante acerca de si todos los delitos que antes conocían los Jueces Regionales pertenecen ahora a los Jueces de Circuito Especializados.

"La respuesta es negativa, puesto que el artículo 5°. de la Ley 504 de 1999, definió nuevamente la competencia, de suerte que varios hechos punibles que antes pertenecían a la justicia Regional ahora ya no corresponden a la justicia especializada; vale decir, ciertos ilícitos que antes juzgaban los Jueces Regionales, a futuro deben ser fallados por los Jueces Penales del Circuito comunes. Para determinar la diferencia basta comparar el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal con el artículo 5º de la Ley en comento.." (Auto Nov.30/99 M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo).

En el caso que hoy se examina se encuentra que es cierto que el delito de rebelión por la época de los hechos y hasta cuando se pronunció el fallo de primera instancia, era de competencia de la justicia regional y de ahí para que el proceso se hubiera remitido al Tribunal Nacional para que desatara la apelación interpuesta con la sentencia absolutoria, pero igualmente es verdad que el artículo 5º sustrajo de la competencia de los Jueces del Circuito Especializados el conocimiento de tal infracción, para asignársela, en primera instancia, a los Jueces penales del Circuito del lugar donde se cometió el delito, y en segunda instancia, a los Tribunales del Distrito Judicial.

Siendo ello así, fluye que el conocimiento de este asunto corresponde al Tribunal Superior de Manizales, como colegiatura de segundo grado, puesto

que los hechos tuvieron cumplimiento dentro de su jurisdicción territorial, debiéndose de esta manera dirimir el disenso.

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

RESUELVE:

DECLARAR competente para seguir conociendo de este asunto a la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, al que por tanto se enviará lo actuado inmediatamente. Infórmese al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá lo aquí resuelto.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

IRA E INTENSO DOLOR-Circunstancias genéricas de agravación punitiva

En cuanto a la agravante genérica consistente en "Los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos", estima la Sala que su deducción es atinada porque la relación que estableció (...) con (...), - concubinato - le imponía ciertas consideraciones que no podían verse quebrantadas, pese al estado emocional en que se encontraba.

No debe perderse de vista que quien actúa en estado de afectación por la ira o por el inmenso dolor, no es ajeno al vínculo de parentesco o de relación, ni a los deberes que de ellos se derivan porque ese es un dato de conciencia que no es preciso estar ponderando y sobre el cual la ley no exige reflexión. Al contrario, salvo cuando han existido precedentes de verdadera intensidad, reiteración y gravedad que en la práctica rompen los vínculos que existen entre las personas, es de esperarse que las relaciones parentales y de unión, estructuradas sobre el afecto y la vida en común, fortalezcan la tolerancia y la comprensión mutuas y se constituyan en una barrera inhibitoria más frente a los desentendimientos .

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 11390

VISTOS

el 23 de junio de 1995 el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pensilvania profirió sentencia de primera instancia mediante la cual condenó a Clorinda González Sepúlveda a la pena de un año de prisión por el delito de porte ilegal de arma de fuego y la absolvió de los cargos que se le habían imputado por el homicidio de Jorge Alcardo Ocampo Ramírez.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en providencia del 25 de septiembre de 1995, revocó la decisión de absolución y en su lugar condenó a la procesada González Sepúlveda a la pena de 10 años y 6 meses

de prisión como autora del delito de homicidio de Jorge Aicardo Ocampo Ramírez en estado de ira, así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 5 años y al pago de perjuicios materiales y morales causados con la infracción, a favor de la señora Elena Ramírez de Ocampo, madre del occiso.

Contra esa decisión, el defensor de la procesada interpuso el recurso extraordinario de casación que se procede a desatar.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos ocurrieron la noche del seis de junio de mil novecientos noventa y cuatro en el corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania (Caldas), en la residencia de Clorinda González Sepúlveda y de su compañero quien resultó muerto a causa de lesiones que le fueron inferidas con arma de fuego.

Por los anteriores hechos se adelantaron una serie de diligencias previas que sirvieron de base para que el 16 de junio de 1994 la Fiscalía 31 Seccional de Pensilvania ordenara la apertura de investigación y vinculara mediante indagatoria a Clorinda González Sepúlveda a quien la respectiva fiscal le profirió medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de porte ilegal de arma de fuego y se abstuvo de hacerlo respecto del delito de homicidio. La Fiscalía Delegada ante el Tribunal, al conocer de esta decisión por vía de apelación, la revocó y en su lugar decretó medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio, sin beneficio de excarcelación.

La calificación del mérito del sumario se produjo el 20 de diciembre de 1994 con resolución acusatoria en contra de la procesada como autora del delito de homicidio simple, en concurso con el de porte ilegal de arma de fuego.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Pensilvania avocó el conocimiento de la causa y luego de celebrar la correspondiente audiencia pública dictó el fallo de primer grado, del cual conoció por vía de apelación el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con los resultados al inicio señalados.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres cargos formuló el defensor de la procesada contra la sentencia del Tribunal, al amparo de la causal primera de casación. Uno principal y dos subsidiarios, por violación directa de la ley. Los dos primeros, provenientes de la falta de aplicación de la ley sustancial y el último a causa de la indebida aplicación de la ley sustancial.

Cargo principal

Luego de transcribir apartes de la situación fáctica que, según él, el Tribunal dio por probada, señala que la sentencia es violatoria de la ley por falta de aplicación de una norma sustancial.

Afirma el libelista que lo que el Tribunal tomó como un comportamiento ajeno, grave e injusto, fue en realidad una "injusta agresión". Así lo colige de una de las consideraciones plasmadas en la sentencia objetada de donde infiere que esa colegiatura reconoce que en la madrugada del lunes 6 de junio de 1994, por parte del señor Jorge Aicardo Ocampo Ramírez "existió un ejercicio de violencia" contra su compañera Clorinda González Sepúlveda y, así mismo admite que esa violencia trascendió la "hostilidad meramente verbal de un marido disgustado con su mujer que regresa en horas de la madrugada en avanzado estado de ebriedad para llegar a las vías de hecho. Ello porque el Tribunal señaló que "a no dudarlo Jorge Aicardo abofeteó a Clorinda y al final se fueron a las manos".

Que además, a juicio del Tribunal esa violencia física y verbal partió del mismo Jorge Aicardo cuando dice "Con seguridad, cuando vió entrar a su mujer tambaleante por obra de la embriaguez, la recriminó enérgicamente y en unos instantes pasó a abofetearla".

Esos agravios y bofetones de los que fue víctima su defendida esa madrugada, "constituyeron un comportamiento ajeno grave e injusto que llevó a la acusada a reaccionar 'indignada, iracunda, ante los ultrajes físicos y verbales de que había sido blanco' (folio 605)".

2.-El Tribunal también aceptó en su sentencia que el occiso era una persona muy alta. Ese hombre, dice el libelista, de 1.84 mts de estatura, que tenía 28 años de edad, pesaba 70 kilos, era un gran deportista y además estaba en sano juicio, abofeteó y cargó contra una mujer de 1.50 mts de estatura que por esa época tenía 42 años y pesaba 47 kilos y estaba totalmente embriagada.

Entonces, dadas las diferencias corporales de los protagonistas necesariamente trasciende al campo de la injusta agresión actual. Señala el libelista que si por agresión debe entenderse 'toda puesta en peligro de derechos proveniente de una conducta humana' no puede quedar en duda que la violencia física de la cual fue víctima su defendida por parte del hoy occiso, tiene las connotaciones propias de una injusta agresión, pues con tal arremetida, la integridad física y la vida de la procesada fueron puestas en peligro.

Y si Clorinda, agrega, fue víctima de una verdadera injusta agresión actual contra bienes jurídicos como los señalados, cuando tomó el revólver y lo disparó en dos ocasiones contra Jorge Aicardo, no estaba obrando solamente 'indignada, iracunda, ante ultrajes físicos y verbales de que había sido blanco' sino "por encima de todo y fundamentalmente, reaccionando impulsada por la necesidad de defender esos bienes jurídicos frente a tan riesgosa embestida de su compañero", en legítima defensa de su integridad personal y de su vida.

3.- El censor se muestra de acuerdo con las consideraciones del juez de primera instancia al afirmar que podría objetarse que la acción de su defendida no fue proporcional a la entidad de la agresión proveniente de Jorge

Alcardo porque, como atinadamente lo precisó el a quo, 'las armas se inventaron para equiparar las fuerzas', y no podía exigírsele que con su estatura: 1.50 mts, su edad: 42 años y su peso: 58 kilos y su estado de embriaguez, únicamente se valiera de sus manos y uñas para enfrentar el ataque proveniente de un vigoroso atleta de 1.84 de estatura, 28 años y 70 kilos de peso. El revólver era el único medio a su alcance para desarrollar una acción de defensa proporcional a la agresión.

Además que como lo pregona la doctrina, para repeler una injusta agresión contra bienes jurídicos personalísimos como la integridad personal y la vida, cualquier acción de defensa es proporcional.

Dice el libelista haber demostrado que los hechos dados por probados en la sentencia del Tribunal ponen de manifiesto que la procesada González Sepúlveda fue víctima de una injusta agresión actual por parte de su compañero permanente. El Tribunal, pese a admitir la existencia de ese injustificado ejercicio de la violencia, calificó la agresión como un simple comportamiento ajeno, grave e injusto y en consecuencia de ese razonamiento declaró que la procesada al darle muerte a Jorge Alcardo, había actuado en estado de ira injustamente provocado.

Sin embargo, refuta el libelista, si su defendida había sido víctima de una injusta agresión actual por parte de su compañero, su conducta no fue una simple reacción emocional, "sino una acción necesaria de defensa de los bienes jurídicos personalísimos puestos en peligro con esa acometida".

En consecuencia, la norma jurídico - penal llamada a regular el caso, era el numeral 1º del artículo 29 del Código Penal, que fue evidentemente excluida por el Tribunal que lo llevó a aplicar indebidamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 323, 60, 11, 12, 15, 50, 52, 56, 61, 66 numerales 2º y 3º , 106 y 55 y 56 del Código Penal.

Por lo anterior, solicita se case la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales y en su lugar se absuelva a la señora Clorinda González Sepúlveda de todos los cargos que le fueron formulados por el delito de homicidio.

Segundo cargo (subsidiario)

Manifiesta el libelista que la sentencia es violatoria de la ley por falta de aplicación de una norma sustancial.

En este caso, se presentó un exceso emocional. Así lo deduce de las siguientes consideraciones:

1.- En la sentencia donde el juzgador da como creíble que Jorge Alcardo insultara a la procesada, cuando esta llegó a la casa tambaleante por obra de la embriaguez, la insultara, la abofeteara y luego se fueran a las manos y por la contextura física del occiso.

2. La misma colegiatura está reconociendo que el día de los acontecimientos Jorge Alcardo Ocampo Ramírez ejecutó una conducta violenta contra

la procesada, molesto por el alicoramiento en que dicha señora retornó a su domicilio. De acuerdo con el Tribunal "a no dudarlo, Jorge Aicardo abofeteó a Clorinda y a lo último la pareja se fue a las manos".

Según el libelista, el "abofeteamiento" de una mujer de las características de la procesado en su estado de embriaguez por parte de un hombre de las condiciones físicas del occiso "es algo más que una simple injusta provocación". Cualquiera puede suponer que cuando un hombre alto y corpulento, en medio de alguna exaltación "abofetea" a una mujer 34 centímetros más baja puede ocasionarle más de un daño en su humanidad. Y si Clorinda fue víctima de una injusta agresión actual contra bienes jurídicos personalísimos, fue colocada en situación de legítima defensa.

Pese a que se pueda pregonar que su defendida fue colocada en tal situación, de todos modos podría aceptarse que al repeler la injusta agresión actual de la cual era víctima, se excedió en la reacción defensiva, pues enfrentó a balazos un ataque a bofetón limpio.

Sin embargo tal circunstancia en momento alguno significa que no hubiera también obrado en medio de un estado de ira injustamente provocado. Fue precisamente su alteración emocional "producto de los ultrajes físicos y verbales de que había sido blanco" la causa por la cual se extralimitó en el ejercicio de esa defensa justa. "En medio de esa conmoción espiritual, echó mano al revólver y, para rechazar este embate, lo percutió contra su compañero". O sea que aquí se presentó, lo que llama la doctrina, exceso emocional.

Para comprobar la exclusión del artículo 30 del Código Penal, pasa el censor a realizar las siguientes reflexiones:

Los hechos dados por probados en la sentencia, ponen de manifiesto que el día de los acontecimientos la señora Clorinda González Sepúlveda fue víctima de una injusta agresión actual por parte de su compañero permanente.

El Tribunal calificó ese ejercicio de la violencia física contra su defendida como un mero comportamiento ajeno, grave e injusto y a consecuencia de ello declaró que había actuado en estado de ira (artículo 60 Código Penal).

Pero si Clorinda fue víctima de una injusta agresión actual por parte de su compañero, su conducta violenta comenzó siendo una acción necesaria de defensa de bienes jurídicos personalísimos y por tanto debía ubicarse en principio en el numeral 4° del artículo 29 del Código Penal.

Desafortunadamente su defendida, que sin duda estaba demasiado exaltada emocionalmente a causa de "los ultrajes físicos y verbales de que había sido blanco", se excedió en el ejercicio de la legítima defensa, o sea que en este proceso el artículo 30 del Código Penal, también estaba llamado a regular el caso.

Al respecto aduce que de acuerdo a la doctrina, los artículos 30 y 60 del estatuto represor pueden concurrir en aquellos casos de exceso emocional.

Como normas sustanciales infringidas por falta de aplicación, a causa del error in iudicando, señaló los artículos 29 numeral 4º y 30 del Código Penal.

Como consecuencia, solicita que en caso de no ser acogido el cargo principal, se case parcialmente la sentencia recurrida y se reconozca la circunstancia de atenuación punitiva prevista en el artículo 30 del Código Penal y por tanto se modifique la pena que le fue impuesta por el homicidio de Jorge Alcardo Ocampo Ramírez, la cual como no sobrepasaría los tres años, tendría derecho a la condena de ejecución condicional.

Y si se considera que las circunstancias genéricas de agravación contempladas en los numerales 2º y 3º del artículo 66 del Código Penal estuvieron bien deducidas, los diez años fijados en el fallo deberán reducirse a la sexta parte. Por el monto a que quedaría reducida la pena, también tendría derecho a la condena de ejecución condicional.

Tercer cargo (Subsidiario)

Estima el libelista que la sentencia es violatoria de la ley por aplicación indebida de una norma de derecho sustancial.

Aduce al respecto, que el Tribunal a pesar de reconocer que su defendida al darle muerte a su compañero Jorge Alcardo Ocampo Ramírez actuó en medio de un estado de ira injustamente provocado, el Tribunal al momento de dosificar la pena resolvió deducirle unas circunstancias genéricas de agravación punitiva que son abiertamente incompatibles con la ira justa.

Luego de explicar la razón y alcances de tales circunstancias genéricas, de acuerdo con la doctrina, afirma que de no estar específicamente previstas como circunstancias de agravación punitivas del tipo de homicidio en los numerales 1º y 7º del artículo 324 del Código Penal, podrían ser deducidas con apoyo en las citadas normas.

Según el censor la jurisprudencia y doctrina dominante han venido predicando desde hace tiempo la incompatibilidad entre el estado de ira e intenso dolor injustamente provocado y las circunstancias de agravación punitiva del parentesco y la alevosía.

Tras realizar una extensa transcripción doctrinal señala que el propio Tribunal aceptó que 'la procesada disparó contra Jorge Alcardo indignada, iracunda, ante los ultrajes físicos y verbales de que había sido blanco'. "Y si por causa de ese eclipse emocional prácticamente se encontraba en un estado de imputabilidad disminuida, qué conciencia podía tener de sus 'deberes especiales con la víctima' de que habla el ad quem?". Agravar su conducta por cuanto desconoció los deberes derivados de su relación marital con Jorge Alcardo, "que éste había sido el primero en pisotear con su comportamiento grave e injusto, sería contrariar abiertamente el espíritu de la equidad del ordenamiento.

En cuanto a la circunstancia de agravación punitiva consagrada en el numeral 3º del art.66 del Código Penal. Cuando alguien lesiona un bien jurí-

dico de otro en medio de un 'intempestivo eclipse emocional' desencadenado por una ira injustamente provocada, no será consciente precisamente por esa causa que hace surgir un dolo de ímpetu, de que el instrumento lesivo empleado para dañar, está dificultando la defensa de la víctima. A su vez, el sujeto pasivo, por ser consciente de su acto provocador, podrá fácilmente esperar la reacción violenta del agraviado.

Deducirle a su representada esa circunstancia de agravación punitiva, sería desconocer la compatibilidad entre la ira justa cuando la reacción es inmediata o simultánea a la ofensa y la alevosía o la indefensión o, si se quiere, la dificultad de defensa del ofendido.

Afirma, también apoyado en la doctrina, que la referida circunstancia de agravación debe ser cargada únicamente en situaciones muy especiales, en las cuales aparece nítida la utilización de los medios ejecutivos que en realidad pueden dificultar la defensa del sujeto pasivo.

Como su representada actuó en estado de ira, no cabía deducirle las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los numerales 2º y 3º del Código Penal.

Por lo anterior solicita se case parcialmente la sentencia recurrida y en consecuencia se modifique la pena que le fue impuesta por el delito de homicidio, sin deducirle ninguna circunstancia de agravación punitiva.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

En cuanto al Primer Cargo, comienza el señor Procurador por resaltar desaciertos de orden técnico relativos a la deficiente proposición del reproche y al desarrollo del discurso impugnatorio en el cual se desentiende de los argumentos expuestos por el fallador para negar la justificante por legítima defensa, y desarrolla libremente su criterio relativo a su configuración.

Además de señalar los parámetros que se deben tener en cuenta al hacer uso de la causal primera y de las consideraciones que realizó el Tribunal para desvirtuar la legítima defensa que alegó la procesada, agrega que el plenario no da cuenta de huellas visibles de estrangulamiento de la humanidad de Clorinda, ni tampoco se encuentran acreditados procesalmente los rasguños que debió presentar el cuerpo de Jorge Aicardo Ocampo, ni su consumo de sustancias alucinógenas.

Enseña el Procurador en su concepto cómo, de la transcripción de algunos apartes, el Tribunal consideró que no se hallaban demostrados los elementos configurativos de la causal de exclusión de la antijuridicidad relativos a la legítima defensa.

En lo atinente al Segundo Cargo, señala el Representante del Ministerio Público que no es de recibo el cargo en los términos en que está planteado debido a que adolece, igual que el anterior, de yerros técnicos y conceptuales; esto es, de una correcta proposición técnica al omitir indicar si se trata de una violación directa o indirecta de la ley sustancial, omisión que impide a la

Corte resolver la pretensión contenida en el ataque, en virtud del principio de limitación que impide corregir las falencias.

Desde el punto de vista conceptual, tampoco logra demostrar que el fallador incurrió en error al negarse a aplicar el artículo 30 del Código Penal. Aquí, nuevamente, desarrolla su ataque exponiendo su propio criterio respecto de la aplicación de la norma, confrontándolo con el del fallador, lo que de suyo resulta ineficaz en sede de casación.

Según la Procuraduría, en el asunto que se examina no procede la aplicación del artículo 30 del Código Penal porque no se demostró a cabalidad en el plenario que la conducta de la procesada tuviera ocurrencia como respuesta necesaria a su defensa, frente a una agresión actual o inminente de parte de Jorge Alcardo Ocampo. Se reconoció por el Tribunal la verificación del proceder homicida de la procesada como consecuencia del estado de ira que le produjera la actitud ofensiva e insultante de su amante, molesto éste al verla llegar a su casa tarde en la noche visiblemente afectada con el licor. Por esa razón le dio aplicabilidad a la aminorante contenida en el artículo 60 del Código Penal.

Finalmente, en lo relativo al Tercer Cargo dice el señor Procurador que si bien el libelista incurre en la proposición de este ataque en similares errores técnicos a los anteriores, al no precisar a qué tipo de violación corresponde la censura, su desarrollo subsana la deficiencia al encausarlo por la vía directa.

En este punto considera que sí le asiste razón al impugnante en la inconformidad de la censura ya que a todas luces es palpable la contradicción existente entre las agravantes genéricas previstas en los numerales 2º y 3º del artículo 66 del Código Penal y el artículo 60 ibídem.

El Tribunal reconoce en su providencia el estado de ira en que actuó Clorinda González Sepúlveda al disparar contra su compañero, producto de las ofensas verbales que éste le propinara cuando aquella llegó a su casa, hacia la media noche visiblemente afectada por el licor.

"Los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos", como circunstancia genérica de agravación punitiva contemplada en el numeral 2º de la referida norma, deberes que en buena parte fundamentan las relaciones afectivas de una pareja, en razón a la comunidad espiritual y material que en ella se genera, para el caso concreto, exigibles de manera objetiva respecto de los protagonistas del insuceso que se analiza, como quiera que sostenían una relación marital de unión libre.

Para el caso en estudio, la consideración de dichos deberes no constituyen elemento que conlleve a una mayor severidad punitiva en razón al estado emocional en que desarrolló su conducta el sujeto agente del delito. La perturbación psíquica padecida por la ejecutora, ocasionada por el comportamiento grave y de todas maneras injusto de su concubinario, generó

una alteración en su conciencia capaz de eliminar en su interior cualquier consideración del respeto debido a la integridad personal de quien siendo su amante la sometía a un desconsiderado tratamiento, desconociendo también éste, su deber de respeto para con su compañera.

Igual fenómeno se puede predicar de la conjunción que realiza el fallador al reconocer el estado de ira, y la agravante prevista en el numeral 3º del artículo 66 del Código Penal, consistente en el instrumento utilizado para ejecutar el hecho, arma de fuego, que en criterio del juzgador dificultó la defensa del ofendido.

Explica el señor Procurador que la citada agravante tiene plena aplicación cuando el sujeto agente, de manera consciente, desprovista de toda perturbación emocional, se vale de unos instrumentos para ejecutar su agresión, con la completa seguridad de que la víctima no va a poder reaccionar en su defensa o ésta se le va a dificultar. Esta modalidad delictiva presupone conciencia por parte del agente en la concepción de sus propósitos delictivos y en los medios utilizados para llevarlos a cabo, revelando así una mayor insensibilidad de su parte.

La ira obnubila el normal desarrollo de las funciones mentales del sujeto que la presenta, sin que bajo su influjo pueda conscientemente medir las dimensiones de su obrar agresivo y, por tanto, sin que esté en capacidad de razonar sobre las condiciones defensivas con que en el momento cuente el responsable de su estallido emocional.

El haber dispuesto la condenada de un arma de fuego para desfogar su ira contra su injusto agresor, resulta totalmente irrelevante, y por tanto no puede ser tenido en cuenta para imponer una mayor sanción, pues de igual forma habría podido utilizar cualquier otro tipo de arma o instrumento con idénticos resultados fatales sin importarle que su uso permitiera o nó la defensa de aquél, pues no estaba en condiciones de comprender y reparar en ese tipo de consideraciones.

En consecuencia solicita se case parcialmente la sentencia y se rebaje la pena en lo pertinente.

CONSIDERACIONES

Cargo principal

Adolece este reproche de insalvables fallas técnicas que impiden su prosperidad. Como cuestión preliminar debe señalarse que a pesar de que el censor manifiesta, de manera expresa, que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, por la vía directa, no respeta los parámetros de orden técnico que se exigen en este preciso ámbito de censura, el cual requiere de manera indefectible que la realidad probatoria acogida en el fallo y sus apreciaciones fácticas sean plenamente aceptadas por el libelista quien debe centrar su tarea en demostrar el error jurídico a causa del yerro en la selección, interpretación o alcance de la norma llamada a regir el caso.

Reprocha el casacionista la falta de aplicación del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal con fundamento en sus personales apreciaciones y no en la demostración de un error del sentenciador por haber dado aplicación al artículo 60 de la misma normatividad. Significa lo anterior que no está de acuerdo con las reflexiones hechas por el juzgador en torno a los hechos y las pruebas, cuyo análisis omitió por completo, cuando era su deber enfrentarlo para demostrar la falla atribuida.

Lo anterior se puede advertir cuando al iniciar la lectura del libelo, el casacionista, acudiendo a una metodología muy particular, procede a plasmar algunos hechos que el Tribunal dio por probados para luego acomodarlos a la figura de la legítima defensa y así restar mérito a las consideraciones del juez colegiado para desestimar la existencia de la causal de justificación que reclama.

Así entonces, para respaldar que del plenario se deriva la existencia de una "injusta agresión" dice que el Tribunal reconoce que el día de los hechos existió un ejercicio de violencia contra la procesada por parte del occiso Jorge Alcardo Ocampo Ramírez, que trascendió a las vías de hecho al señalar que sin duda éste "abofeteó" a Clorinda, violencia que partió de él al verla entrar tambaleante por obra de la embriaguez.

El Tribunal sí reconoció la ocurrencia de tales situaciones pero para fundamentar la existencia del estado de ira de la procesada. Al efecto hizo las siguientes reflexiones:

"La procesada estuvo tomando licor hasta la medianoche...mientras su compañero permanecía solo en la casa, después de haber realizado el último viaje del día. Con seguridad, la situación no agradó a Jorge Alcardo, quien sí se alimentó allí no tuvo compañía y vio entrar a su mujer tambaleante por obra de la embriaguez.

"A no dudarlo, le hizo un fuerte reclamo, como aduce la señora Clorinda y comenzaron a discutir.

"Esto no era nuevo, la pareja había tenido varios altercados...

"Es creíble por tanto que Jorge Alcardo la insultara con las palabras que aquella emplea o en términos similares, que la abofeteara y hasta que se fueran a las manos, como lo habían hecho varias veces en el pasado.

"*Desde luego la embriaguez de la señora Clorinda - entre otras cosas, nada rara en la vida común - no autorizaba los agravios y las bofetadas, que, entonces, constituyeron comportamiento ajeno, grave e injusto*" *(subraya la sala) (fls 604 y 605 Cdno Tribunal).*

El censor, continuando con la misma línea argumentativa, señala que la "injusta agresión actual" se deriva de las diferencias corporales de los protagonistas: el hombre, de 1.84 mts de estatura, 28 años de edad, 70 kilos de peso, gran deportista y en sano juicio. La mujer, quien fue abofeteada por éste, de 1.50 mts de estatura, 42 años de edad y 47 kilos de peso. De ahí

deduce que la violencia física de que fue víctima su defendida tiene connotaciones propias de una "injusta agresión" pues con tal arremetida su vida e integridad física fueron puestas en peligro.

El Tribunal, en cambio, hizo referencia a los factores físicos de los adversarios pero para desvirtuar precisamente la existencia de una legítima defensa. Así se pronunció:

"El occiso era una persona muy alta - el protocolo de necropsia registra 1 metro 84 cms - y delgada - pesaba 70 kilos - La adversaria mide apenas 1 metro 50 cms y pesa 57 kilos.

"En el al camino hacia su casa la señora González presentaba ya por lo menos un síntoma del tránsito entre el período de excitación y el de inhibición : la incoordinación motora severa caracterizada por la marcha atáxica o tambaleante..

"Si se relacionan estos dos factores físicos y se complementan con las reservas que merece la declaración (de la procesada, agregamos), debe inferirse que la secuencia narrada es altamente improbable.

"En efecto, la procesada comenzó atenuando consciente o inconscientemente su situación, con lo cual afectó la credibilidad del relato. Además, dadas su talla y peso, agravadas por los efectos neurológicos del alcohol que la limitaba en gran medida, no estaba capacitada para doblegar varias veces a su compañero en las circunstancias mencionadas por ella y especialmente para tener presencia de ánimo, rapidez de reacción, seguridad de movimientos y fortaleza, que le permitieran arrebatarle el arma.

"Imagínese una mujer de 1.50 mts y 57 kgms, en estado de beodez, sometida ya en el lecho por un hombre de 1.84 mts y 70 kgms , asida del cuello. Con seguridad tendría muy pocas oportunidades , y, de aprovechar alguna, solo sería después de una lucha muy intensa que, por lo menos, le habría dejado lesiones visibles en la garganta, pues Jorge Alcardo estaba apretando para matar". (fls 589 y 590 cdno Tribunal).

Para terminar de acreditar la existencia de los requisitos de la legítima defensa, señala el censor que si su defendida fue víctima de una verdadera injusta agresión actual para defender su vida e integridad personal, cuando tomó el revólver y disparó en dos ocasiones contra Jorge Alcardo lo hizo "por encima y fundamentalmente por la necesidad de defender esos bienes jurídicos frente a tan riesgosa embestida de su compañero".

El Tribunal puntualizó fue que como respuesta a ese comportamiento ajeno, grave e injusto, *"La procesada disparó contra Jorge Alcardo indignada, iracunda, ante los ultrajes físicos y verbales de que había sido blanco". (fl 605)*

Para finalizar señala el libelista que el revolver era el único medio a su alcance para desarrollar una acción de defensa proporcional a la agresión y que cuando se trata de repeler una agresión injusta, cualquier acción de defensa es proporcional.

El fallador, por el contrario, siempre tuvo claridad que Clorinda González, cuando realizó los disparos, no estaba en situación de legítima defensa *"pues tenía el arma, había logrado separarse dos metros de la víctima y era posible abandonar la habitación...Además no quedó muy claro en el relato que Jorge Aicardo estuviera ejecutando en ese instante un movimiento de ataque". (fl 591).*

Frente al panorama expuesto, para la Sala es evidente que el censor se desentendió por completo de la estructura del fallo, la cual es indispensable enfrentar para que la censura tenga posibilidad de éxito. Si no se atiende a la secuencia de análisis del fallador en torno a los hechos y las pruebas y sus deducciones, muy lejos se está de demostrar el yerro enunciado y entonces el sustento de la censura pasa a convertirse, como sucede en este caso, en un alegato de instancia en el que se ignoran por completo los motivos por los cuales el fallador descartó la causal de justificación que ahora reclama el libelista.

El cargo no prospera.

Segundo cargo (subsidiario)

Esta censura merece los mismos reparos y tiene las mismas consecuencias que el anterior : su improsperidad. El censor en esta oportunidad trata de presentar la conducta de la procesada como un exceso en la legítima defensa bajo los mismos argumentos, esto es, que fue víctima de una injusta agresión actual contra bienes jurídicos personalísimos, fue colocada en situación de legítima defensa a lo que obviamente adiciona que hubo un exceso en la reacción defensiva al querer repeler esa injusta agresión.

Así las cosas, también erró el casacionista al querer anteponer su perspectiva a la forma como el fallador analizó los hechos y las pruebas, pues ninguna demostración jurídica realiza en torno a que la norma llamada a regular el caso, acorde a las valoraciones fácticas y probatorias del juzgador, es aquella que contempla el exceso en las causales de justificación.

De todas formas, desde la perspectiva que se le mire, el ataque es infundado. No existe ninguna consideración por parte del fallador conforme a la cual se ponga de manifiesto que Clorinda González Sepúlveda actuó para defenderse de una agresión actual de manera desproporcionada. Suficientemente encontró el Tribunal demostrado que hubo un agravio, una ofensa por parte de su compañero Ocampo Ramírez que provocó en ella la reacción de ira.

El cargo no prospera.

Tercer cargo (subsidiario)

Estima el libelista que hubo indebida aplicación de los numerales 2º y 3º del artículo 66 del Código Penal por resultar incompatibles con el estado de ira. El Procurador Delegado se muestra de acuerdo con esta postura.

Pues bien; *en cuanto a la agravante genérica consistente en "Los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado o de la familia de éstos", estima la Sala que su deducción es atinada porque la relación que estableció Clorinda González Septúveda con Jorge Aicardo Ocampo, - concubinato - le imponía ciertas consideraciones que no podían verse quebrantadas, pese al estado emocional en que se encontraba.*

Siendo el estado de ira producto de una agresión grave e injusta que parte del supuesto de que el sujeto conoce, comprende y se determina de acuerdo con esa comprensión al cometer el ilícito, tal situación, si bien puede influir en el normal desarrollo de la conducta del sujeto agente, no supone ni implica que su capacidad quede obnubilada hasta al punto de no saber o no entender el hecho que está ejecutando. De ahí que no obstante haber obrado en ese estado de alteración, el sujeto es responsable pero se le disminuye la penalidad por haber influido en sus emociones alguna situación externa.

Algún sector de la doctrina propende, como el casacionista, por una incompatibilidad entre las dos circunstancias. La Sala, sin embargo, se aparta de esa consideración. Una y otra pueden coexistir pues sus fundamentos son diferentes. En tanto la agravante se edifica sobre la mayor gravedad objetiva del hecho, derivada de la vida de relación y del mayor daño social que produce la violación de esos deberes específicos, la atenuante reconoce la incidencia del comportamiento ajeno (por su gravedad e injusticia) en la emoción que desencadena y el menor reproche que la conducta merece en tanto han sido influidas las facultades superiores por obra del factor emocional.

Sin embargo *no debe perderse de vista que quien actúa en estado de afectación por la ira o por el inmenso dolor, no es ajeno al vínculo de parentesco o de relación, ni a los deberes que de ellos se derivan porque ese es un dato de conciencia que no es preciso estar ponderando y sobre el cual la ley no exige reflexión. Al contrario, salvo cuando han existido precedentes de verdadera intensidad, reiteración y gravedad que en la práctica rompen los vínculos que existen entre las personas, es de esperarse que las relaciones parentales y de unión, estructuradas sobre el afecto y la vida en común, fortalezcan la tolerancia y la comprensión mutuas y se constituyan en una barrera inhibitoria más frente a los desentendimientos .*

De este modo, entonces, no es posible aceptar por vía general y acríticamente el argumento del casacionista. Así como en algunos eventos es manifiesto que las relaciones de parentesco por su alto y gradual y ascendente deterioro pueden no operar como generadoras de deberes especiales y se quedan en planos puramente formales, hay otros en los cuales son ellas, precisamente, las que deben operar como elementos de cohesión interna y como motivaciones suficientes frente a los altercados y las provocaciones mutuas.

El asunto no puede esquematizarse de manera simplista, menos en una sociedad que permanente ofrece más amplias posibilidades de solución a los

conflictos entre las personas. La ecuación que propone el recurrente aparentemente puede tener sentido siempre que se le mire en una dimensión exclusivamente conmutativa y compensatoria pero que no responde exactamente al querer de la ley, porque la norma hace énfasis en el valor axiológico del deber para con el otro y éste no depende de su observancia por el uno.

La disposición de derecho sustancial, entonces, no tiene ese unívoco sentido; ni la única lectura que soporta es la que propone el casacionista. Y si ello es así, como lo cree la Sala, la misma no fue indebidamente aplicada por una inadecuada interpretación de su alcance o por un error de comprensión sobre los casos a los cuales se aplica.

Pero si el asunto fuese diferente, si la pretensión abarcara como presupuesto la circunstancia de que la relación entre la pareja Ocampo-Gonzalez estuviese de hecho tan maltrecha que no pudiese fundamentar la deducción de la agravante, la vía para demandar el error sería la de la violación indirecta porque la sentencia, en ese específico aspecto, no se sustenta en el reconocimiento de dicha hipótesis aunque haga alusiones a problemas que algunos testigos revelaron que se presentaban entre los compañeros, sin calificarse como de inminente rompimiento o grave y avanzado deterioro.

No sucede lo mismo con la causal de agravación consistente en "...los instrumentos ...cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal..." al suponer la disminuente, por el estado de alteración, una repentina e incontrolada reacción del ofendido que le impide una valoración de los actos que despliega y tener conciencia de ese estado de indefensión o inferioridad de la víctima.

El fallador determinó que "*no se advierten circunstancias para deducir un acto premeditado, sino, todo lo contrario, sucesos que crearon el ambiente propio para el estallido emocional y el repentino desenlace sangriento*", *(fl 605 C. Tribunal)*.

También hizo explícita en la apreciación del hecho, que éste se sucedió de modo intempestivo en acto de reacción súbita e impetuosa en donde la embriaguez de la procesada, algunos antecedentes y el entorno previo predispusieron el ambiente. Y aunque inadecuadamente soportó el reconocimiento de la atenuante en alusiones más hipotéticas que categóricas ("Con seguridad la situación no agradó a Jorge Aicardo quien si se alimentó allí no tuvo compañía y vió entrar a su mujer tambaleante..." ; "A no dudarlo le hizo un fuerte reclamo... y comenzaron a discutir...") sí explicó que la fuente de dicho reconocimiento era que no existían pruebas contrarias ni incongruencias en la parte del relato de la señora González, que obligaran a rechazarla.

De otra parte, también de modo expreso desestimó que el homicidio fuese agravado – como lo pretendía la parte civil – sobre la base de que Ocampo hubiese sido muerto cuando se encontraba dormido y aceptó, tácitamente, que al momento del disparo se encontraba sentado en la cama, en plan de incorporarse.

Sin embargo dedujo la agravante sin mayor argumentación expresando que el instrumento dificultó la defensa, cuando precisamente todos los pormenores señalados previamente por el Tribunal apuntaban a que no hubo ponderación de medios por parte suya, es decir, ni se creó, ni se aprovechó de algún factor especial que imposibilitara la defensa del occiso, o que el episodio hubiese sido sorpresivo para él.

Siendo entonces la base fáctica de la sentencia en cuanto a los presupuestos de la causal de agravación, inconciliable con los fundamentos de que se sirvió el ad quem para estructurar el estado de ira que se le reconoció a la procesada, es lo viable suprimirla del fallo y hacer la correspondiente reducción a la pena que le fue impuesta.

La ley sustancial (art 66.3) fue mal aplicada y por eso la tacha del censor ha de prosperar. Ello sin contar que no obstante tratarse de una agravante que exigía una valoración específica (la situación de indefensión derivada del instrumento que en sí mismo no siempre la implica y ésta no había sido imputada en el pliego de cargos, ni la sentencia la consideró motivadamente.

El Tribunal, de acuerdo con lo normado en los artículos 323 y 60 del Código Penal señaló que no se podía partir del mínimo, esto es ocho (8) años y cuatro (4) meses debido a que concurrían tales circunstancias genéricas, por lo que tasó la pena del homicidio en diez años de prisión. En esas circunstancias se tiene que el aumento por cada agravante es de 10 meses y en ese monto habrá de reducirse la pena.

En definitiva, la pena a imponer a la procesada es de nueve (9) años y diez (10) meses, dosificación ésta que no incide en las demás determinaciones tomadas en el fallo relativas a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de los perjuicios materiales y morales y a la no concesión del subrogado de la condena de ejecución condicional.

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

RESUELVE:

Primero.- DESESTIMAR los cargos primero y segundo de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Segundo.- CASAR PARCIALMENTE la sentencia en cuanto hace relación al tercer cargo, en el sentido de excluir del fallo la circunstancia de agravación contenida en el numeral 3° del artículo 66 del Código Penal, lo que implica para la procesada una reducción de 10 (diez) meses de la pena que le había sido impuesta.

Tercero.- Como consecuencia de la anterior determinación, fijar a la procesada Clorinda González Sepúlveda la pena definitiva de nueve (9) años y diez (10) meses de prisión como autora de los delitos de Homicidio en estado de ira, en concurso con Porte Ilegal de Armas de Defensa Personal.

Cuarto.- En todo lo demás, dejar sin modificación el fallo impugnado.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

INASISTENCIA ALIMENTARIA-Menor-Competencia territorial/ **CAMBIO DE RADICACION**-Domicilio del procesado

1. Bueno es considerar que a diferencia de lo que ocurre en otros casos, la competencia por factor territorial en el punible de inasistencia alimentaria, no la determina el lugar de la perpetración del hecho, sino la residencia del sujeto pasivo del delito, cuando sea un menor (Art.271 Código del Menor) de tal suerte que; por este concepto, existe prevalencia de competencia, alterable solo en los casos específicos que han quedado puntualizados.

2. En otros términos, la ley no prevé como motivo para alterar la competencia, el simple hecho de que el procesado teniendo fijado su domicilio en lugar distinto al del trámite de su proceso, sufra quebrantos económicos que impidan su eventual traslado a esa sede, porque ello no constituye efecto perturbador para el adelantamiento de la actuación procesal en ese territorio y porque, si así fuera, raro sería el proceso que culminaría en lugar distinto al del domicilio del procesado.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente Dr. Mario Mantilla Nougués

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16629

Decide la Sala el incidente de cambio de radicación promovido por el procesado Francisco José Londoño Aristizabal, acusado del delito de inasistencia alimentaria en el Juzgado 18 Penal Municipal de Medellín.

ANTECEDENTES

En su escrito el procesado Londoño Aristizabal , residenciado en Santafé de Bogotá, solicita que se cambie a esta ciudad su proceso, por motivo "...netamente económico..." para lo cual anexa a su petición recomendación de trabajo y fotocopias de depósito de algunas sumas, al parecer relacionadas con mesadas alimentarias.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 68-8 del C. de P. P. la Corte es competente para resolver el incidente propuesto, en consideración a que se trata de cambio de radicación de proceso en etapa de juzgamiento, según se anuncia en el auto que ordenó la remisión de los antecedentes de la solicitud a esta Corporación, y de un Distrito Judicial a otro.

2. La razón de ser del cambio de radicación, la consagra el artículo 83 ibídem, al significar que opera cuando "...en el territorio donde se esté adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del sindicado o su integridad personal..."

Bueno es considerar que a diferencia de lo que ocurre en otros casos, la competencia por factor territorial en el punible de inasistencia alimentaria, no la determina el lugar de la perpetración del hecho, sino la residencia del sujeto pasivo del delito, cuando sea un menor (Art. 271 Código del Menor) de tal suerte que, por este concepto, existe prevalencia de competencia, alterable solo en los casos específicos que han quedado puntualizados.

De más está decir, que cuando la norma posibilita el cambio de radicación por virtud a "...la seguridad del sindicado o su integridad personal..." hace referencia a la inconveniencia de que se tramite el proceso en ese territorio en consideración a que las especiales circunstancias sociales y de hecho, pueden crear temores sobre la seguridad del imputado o su integridad personal.

En otros términos, la ley no prevé como motivo para alterar la competencia, el simple hecho de que el procesado teniendo fijado su domicilio en lugar distinto al del trámite de su proceso, sufra quebrantos económicos que impidan su eventual traslado a esa sede, porque ello no constituye efecto perturbador para el adelantamiento de la actuación procesal en ese territorio y porque, si así fuera, raro sería el proceso que culminaría en lugar distinto al del domicilio del procesado.

En consecuencia, se denegará, por improcedente, el cambio de radicación pelicionado.

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

RESUELVE:

DENEGAR el cambio de radicación solicitado por Francisco José Londoño Aristizabal, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Narcotráfico

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

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

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

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre dieciséis de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente, Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 14926

La Sala resuelve la nueva solicitud de libertad provisional o condicional elevada por el señor Fredy Alberto Vergara Betancur, quien se encuentra detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1-. Se precisa al iniciar que por no encontrarse ejecutoriada materialmente la sentencia condenatoria, ha de entenderse la petición como de libertad provisional, referida a las previsiones del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

2-. El señor Fredy Alberto Vergara Betancur, fue capturado el veintiséis (26) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), (folios 1 y 4 cdno. 1), y condenado por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Medellín, en sentencia del 25 de febrero de 1998, a purgar la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, como responsable de infringir la Ley 30 de 1986, en su artículo 33 inciso 1°, "porque se sorprendió conservando en su casa de habitación droga que produce dependencia, más concretamente cocaína base". (folio 258 cdno. 1). La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, el 13 de mayo de 1998, (folio 282 cdno. 1), y en contra de ella el otro coautor, denominado Helios de Jesús Barrientos Porras, interpuso el recurso de casación que está haciendo trámite en la Corte Suprema de Justicia.

3-. Significa lo anterior que el señor Vergara Betancur, no recurrente, en la actualidad cumple treinta y cinco (35) meses más veinte (20) días en privación física de libertad, que hacen parte de la condena que está purgando en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, puesto que su confinamiento no ha sido interrumpido desde el día en que se produjo la aprehensión.

4-. Tratándose del hecho punible contemplado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, por la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes, podría alcanzar su libertad provisional en el evento de reunir a cabalidad los requisitos establecidos en el artículo 72 del Código Penal, entre ellos haber cumplido las dos terceras (2/3) partes de la condena, y que su personalidad, su buena conducta y sus antecedentes de todo orden, permitan suponer fundadamente su readaptación social.

Como se dosificó la pena en cuarenta y ocho (48) meses de prisión, las dos terceras (2/3) partes equivalen a treinta y dos (32) meses.

5-. Se trata ahora de verificar si el señor Fredy Alberto Vergara Betancur, alcanza ya ese guarismo, o si convergen los requisitos indispensables para recobrar su libertad, siendo pertinentes algunas precisiones:

En auto del tres (03) de junio de 1999, (folio 64 cdno. Corte), indicó la Sala que por el trabajo en confección de artesanías realizado por el interno correspondía una redención de pena igual a ocho (08) meses más dieciocho (18) días.

A la nueva solicitud aportó el certificado número 1978, que avala ochocientas ocho (808) horas de trabajo en artesanías, por las que, aplicando el

artículo 82 de la Ley 65 de 1993[1], puede reconocerse como redención de pena el tiempo adicional de un (01) mes más veinte (20) días, en atención a que la Oficina Jurídica de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín, remitió los documentos en que se soportan, como el concepto de "bueno" a cargo de la Junta Evaluadora de Trabajo, Estudio y Enseñanza, y las calificaciones de "excelente" conducta emitidas por las directivas del penal en varias oportunidades. (folios 95 a 101 cdno. Corte)

En este orden de ideas, la proporción global de pena redimida en virtud de las prerrogativas consagradas en el Código Penitenciario y Carcelario, Ley 65 de 1993, asciende a diez (10) meses más ocho (08) días.

Sumando la cifra de redención a la de privación física de la libertad se obtiene un total de cuarenta y cinco (45) meses más veintiocho (28) días de pena descontada. Como se anticipó, las dos terceras partes de la condena equivalen a treinta y dos (32) meses, tiempo que es superado, de suerte que se rebasa el requisito objetivo y se torna imprescindible el pronunciamiento sobre el factor subjetivo previsto en la norma citada.

6-. En autos de 3 de marzo, 3 de junio y 1° de septiembre de 1999, la Sala de Casación Penal, negó al señor Vergara Betancur, idénticas peticiones de libertad, expresando que el análisis de los aspectos subjetivos, especialmente en tanto el procesado se involucró en el delito de narcotráfico, teniendo la capacidad de inclinarse por conductas lícitas diferentes, hacían aconsejable la verificación de los fines de la pena al cumplimiento total de la misma.

Dichos criterios, que ahora se reiteran, puesto que los fundamentos fácticos y jurídicos que les dieron origen permanecen incólumes, son del siguiente tenor:

"Este ejercicio ofrece aspectos que se oponen a la aspiración del justiciable, toda vez que el delito que se le imputa y por el cual fue condenado a la postre en primera y segunda instancias, impide emitir un diagnóstico favorable.

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

---

[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 dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo.

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

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

También cabe recordar que la constancia de buena conducta a cargo de las directivas del centro de reclusión en manera alguna sustituye la labor valorativa del juez, pues aquella consiste exclusivamente en un parámetro indispensable para hacer viables los beneficios administrativos otorgados a los reclusos por la Ley 65 de 1993, en tanto que ésta emana del análisis crítico de la personalidad del procesado y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el reato, con el fin de verificar el cumplimiento de los fines de la pena y especialmente el que pretende la rehabilitación social."

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

RESUELVE:

NEGAR al procesado Fredy Alberto Vergara Betancur, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.323.663 de Yarumal (Antioquia), la libertad provisional solicitada.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

INVESTIGACION INTEGRAL-Procedimiento especial por terminación anticipada/**INIMPUTABILIDAD**-Experticio médico legal/**INIMPUTABILIDAD**-Embriaguez/**DERECHO DE DEFENSA**-Equivocada estrategia defensiva del abogado/**DEFENSA TECNICA**-No siempre la mejor es la que propende por una absolución

1.En tratándose del procedimiento especial establecido en los artículos 37 y 37 A del estatuto procesal penal (modificados los artículos 3º y 4º de la ley 81 de 1993 y artículo 11 de la ley 365 de 1997), el principio de investigación integral, cuya transgresión denuncia el libelista, tiene relativa aplicación, puesto que al optar el procesado por el rito alternativo especial de la sentencia anticipada o la audiencia especial, renuncia al desarrollo normal de la acción penal, haciendo que cese la pesquisa probatoria, y por ende la posibilidad de que el funcionario judicial continúe indagando sobre las circunstancias del hecho, pues aceptados los cargos, ya no hay lugar a práctica de pruebas. Por eso no deja de resultar un contrasentido que se invoque violación del principio de investigación integral cuando ha mediado terminación anticipada del proceso.

2. En cuando tiene que ver con el segundo aspecto de la censura, relacionado con la no práctica de una pericia siquiátrica para establecer la condición de inimputable del procesado, reiterados han sido los pronunciamientos de la Corte en el sentido de que una prueba de esta naturaleza solo resulta necesaria cuando en el trámite de la actuación surgen elementos de juicio que indiquen razonadamente que el procesado padecía trastorno mental al momento de cometer el delito, que le impedía comprender la ilicitud del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, mas no cuando dicha condición resulta ser apenas una alegación aislada, carente de respaldo probatorio.

3. Reiteradamente la Corte ha sostenido que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, y que no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede sostenerse que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no

le impone al abogado derroteros en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate.

4. "Pretender que la mejor defensa es la que propugna a cualquier precio por la absolución, aún en contravía de la más comprometedora evidencia procesal, no es más que un mal hábito lamentablemente consolidado en el pensamiento de algunos abogados. La procuración sincera y sensata de aminorantes del juicio de reproche o de la pena, sobre todo cuando se hace oportunamente, puede dibujar mejores perfiles de defensa que un empecinamiento engañoso y con ínfulas de habilidad jurídica no procedente en el caso (Sentencia de abril 16 de 1998, M.P. Drs. Gómez Gallego y Mejía Escobar)".

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

Magistrado Ponente Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Aprobado acta No.200 Proceso N° 10964

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada de 3 de mayo de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado Henry Mauricio Estupiñan Figueredo a la pena principal de catorce (14) años, cinco (5) meses y diez (10) días de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, y lo absolvió por el de homicidio en la modalidad de tentativa.

Hechos y Actuación Procesal

El 30 de octubre de 1994, en las primeras horas de la madrugada, frente a la supermanzana 2, bloque 9, entrada 15, zona 8 del barrio Kennedy de esta ciudad, se presentó un enfrentamiento entre los hermanos Edison y Willington Hernández Sáenz, quienes se disponían a ingresar al conjunto residencial, y el grupo conformado por Henry Mauricio Estupiñán Figueredo, Jorge Enrique Martínez George, Fredy Mauricio Suárez Bello y John Alexander Pinzón Rojas, quienes llegaban al lugar en un vehículo mazda a dejar unas amigas, en desarrollo del cual Estupiñán Figueredo disparó su arma de fuego contra los hermanos Hernández Sáenz, causando la muerte del primero de ellos.

Iniciada la investigación, la Fiscalía escuchó en indagatoria a Henry Mauricio Estupiñán Figueredo (fls.63/71), Jorge Enrique Martínez George (fls.68), Fredy Mauricio Suárez Bello (fls.81) y John Alexander Pinzón Rojas (fls.87), y resolvió la situación jurídica de Estupiñán Figueredo con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio agravado en Edison Hernández Sáenz, tentativa de homicidio agravado en relación con Willinton Hernández Sáenz, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Respecto de los otros imputados se abstuvo de proferir medida de aseguramiento (fls 100/1).

A instancia de la defensa, el funcionario instructor celebró el 27 de enero de 1995 audiencia especial con Estupiñán Figueredo, conforme a lo establecido en el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 4º de la ley 81 de 1993), diligencia en la cual el procesado aceptó responder por los delitos de homicidio simple, tentativa de homicidio simple, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, con las rebajas de pena establecidas por haber confesado y solicitado terminación anticipada del proceso (fls.263, 300, 304, 310, 312/1).

Mediante sentencia de 9 de febrero de 1995, el Juzgado 70 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó al procesado a la pena principal de 20 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos aceptados en la diligencia de acuerdo (fls.325/1). Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo de 3 de mayo de 1995, que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo modificó en el sentido de absolver al procesado por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, tras considerar que los disparos dirigidos contra Willington Hernández Sáenz no produjeron lesión alguna en su cuerpo, y además, que no existía certeza acerca de la intención homicida del actor. Consecuencialmente, fijó la pena privativa de la libertad en 14 años, 5 meses y 10 días de prisión, y reajustó el monto de la condena por daños y perjuicios, por razón de los otros ilícitos (fls.28/2).

La Demanda

Tres cargos, uno con fundamento en la causa primera de casación, y dos al amparo de la tercera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal primera

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal, que define el homicidio simple, y falta de aplicación del artículo 325 ejusdem, que describe el homicidio preterintencional.

Sostiene que si bien es cierto el procesado aceptó los hechos y cargos formulados en la diligencia de audiencia especial, como también las pruebas incorporadas al proceso y su valoración, no lo es menos que los juzgadores se equivocaron en la selección del punible, si se da en considerar que en el presente caso concurren todos los elementos del homicidio preterintencional, como son, el propósito de cometer un delito determinado, la producción de un resultado delictivo que excede la intención del agente, la existencia de una relación de causalidad, la unidad de objeto material, y su expresa consagración legal.

Al referirse al propósito del sujeto agente, sostiene que la actitud del encartado "al disparar el arma de fuego, en estado de embriaguez y dentro de los hechos conocidos como riña callejera...quizás fue la de constreñir o lesionar como reacción a las ofensas verbales" de que había sido víctima, pero sin el ánimo de matar. Con esto, y la estructuración de los restantes elementos del

delito preterintencional, se demuestra que la conducta encuentra adecuación típica en el artículo 325 del Código Penal, y que los juzgadores violaron en consecuencia "la norma sustancial prescrita en el artículo 61 ejusdem".

Causal tercera.

1. Existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Sostiene que el Fiscal que dirigió la investigación desconoció el contenido del artículo 297 del estatuto procesal penal, que ordena al funcionario instructor practicar las diligencias pertinentes con el fin de determinar la veracidad de la confesión hecha por el procesado, y averiguar las circunstancias del hecho, pues se limitó a buscar la terminación rápida del proceso, sin investigar en absoluto ninguna de las circunstancias que rodearon la comisión del ilícito, tratando de configurar únicamente los delitos que fueron objeto de negociación.

La Fiscalía olvidó que la responsabilidad penal no se limita a la tipicidad de la conducta, sino que es necesario establecer su antijuridicidad y la culpabilidad del procesado. También olvidó indagar su avanzado estado de embriaguez e inimputabilidad. Llama la atención que los juzgadores tomen en cuenta esta situación (embriaguez) para explicar la razón por la cual el imputado no acertó al disparar contra Willington, y deje de hacer alusión a ella al analizar su responsabilidad en el homicidio.

Está probado en el proceso que el acusado estuvo tomando licor desde muchas horas antes a los hechos. Y, como es bien sabido, la circunstancia de hallarse una persona intoxicada por los efectos del alcohol cambia completamente su comportamiento, y lo lleva a incurrir en actos que, muy seguramente, no cometería en estado de lucidez mental.

De esta forma se incurrió en una irregularidad más por violación de los artículos 249 del Código de Procedimiento Penal y 250 de la Constitución Nacional, que ordenan al funcionario judicial averiguar con igual celo lo favorable como lo desfavorable al imputado, y respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que les asisten.

Acorde con lo expresado, solicita a la Corte casar la sentencia impugnada, y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de acuerdo celebrada entre la Fiscalía y el procesado, conforme a lo establecido en el artículo 304.2 del estatuto procesal penal.

1. Violación del derecho de defensa.

La deduce de la actitud asumida por el defensor del sindicado en las instancias, pues sostiene que nunca se preocupó de la suerte de Estupiñan Figueredo, y que su atención siempre estuvo orientada hacia la terminación anticipada del proceso. No es su costumbre demeritar la actividad de los colegas, pero a cualquier persona que examine el proceso no puede menos que sorprenderle la actividad del profesional del derecho, razón por la cual solici-

ta a la Corte "ordenar al Consejo Superior de la Judicatura, que se inicie la correspondiente investigación disciplinaria, para que se determinen las posibles faltas contra el estatuto que reglamente el ejercicio de la profesión de abogado", y así evitar que personas ingenuas como Henry Mauricio Estupiñán Figueredo "sean objeto de la atención, o mejor desatención de abogado como el que, en mala hora, se hizo cargo de su defensa, o de su falta de defensa".

Argumenta que ante la confesión del procesado, su defensor decidió convencerlo de que se acogiera a los beneficios legales de terminación anticipada del proceso, sin tener presente que Estupiñán Figueredo reconoció ser el autor del fatídico disparo, pero jamás aceptó su responsabilidad en el hecho, pues siempre manifestó que su intención no fue matar a Hernández Sáenz.

La Fiscalía, en forma irresponsable, quiso dar por terminado el proceso, y el defensor optó por colaborar con el ente acusador en tales propósitos, dejando de lado el examen de aspectos tan importantes como la ausencia de imputabilidad del sindicado, la forma de culpabilidad, y la posible existencia de un exceso en las causales de justificación, pues a pesar de lo afirmado por los testigos y la ausencia de proporcionalidad, podía pensarse en la presencia de una legítima defensa excedida. Y concluye:

"No cabe ninguna duda de que el señor defensor perjudicó los intereses del procesado. Corresponde a la H. Corte Suprema de Justicia, en honor a la equidad que debe regir nuestro sistema penal, determinar si esa actitud reprochable del defensor, constituye o no violación del derecho de defensa, asunto este de gran interés y que merece la atención de la Honorable Corporación, pues son muchos los casos en que abogados inescrupulosos, y que demuestran el poco afecto que profesan a su oficio, hacen uso indebido de la terminación anticipada del proceso penal, y de la manera más contraria a la equidad, se ocupan de inducir al procesado a reconocer cargos que no se encuentran probados, con el único interés de culminar con la labor para la cual fueron, supuestamente, contratados, para asistir jurídicamente al procesado, logrando que el procesado (sic) finalice rápidamente, sin importarle para nada el resultado del mismo, sino únicamente salir del problema que parece representar para ellos el desarrollo de su trabajo" (fls.91 cuaderno 2).

Con fundamento en lo expuesto solicita casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la celebración de la audiencia especial.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO

Causal primera. Violación directa. Falta de aplicación del artículo 325 del Código Penal, que define el homicidio preterintencional. Sostiene que el ataque, en los términos planteados por el casacionista, comportaría un problema de apreciación probatoria, no un error puro de selección como ha sido propuesto. Además de ello, los aspectos tenidos en cuenta por los juzgadores para adecuar la conducta del procesado como homicidio simple (manifestaciones anteriores de ánimo, naturaleza del arma, número de disparos y

dirección, y su posterior huida), marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la conducta, y si el actor pretendía la casación del fallo, debió demostrar su inexistencia, o una exagerada valoración por parte de los juzgadores.

Considera, no obstante, que los datos fácticos aportados al proceso fueron debidamente apreciados y analizados en los fallos, y que el cargo, en consecuencia, debe ser desestimado, pues lo que de ellos surge es que Estupiñán Figueredo estuvo guiado por el ánimo de causar la muerte de Hernández Sáenz, como allí se sostuvo.

Causal tercera. Nulidades. Argumenta que las afirmaciones del casacionista respecto de la presunta violación al principio de investigación integral, derivado de la falta de verificación de la confesión del procesado, y la no realización del examen siquiátrico, carecen de fundamento, puesto que del estudio de la actuación procesal se llega a la conclusión que dicha infracción jamás se presentó.

Del examen del expediente se advierte que la Fiscalía realizó la misma noche de los hechos allanamientos, capturas, y recibió los testimonios de varias de las personas que presenciaron los hechos, elementos de juicio que sirvieron para vincular después mediante indagatoria a Henry Mauricio Estupiñán Figueredo, Jorge Enrique Martínez George, Fredy Mauricio Suárez Bello y John Alexander Pinzón Rojas, y de los cuales se deduce que Estupiñán Figueredo fue el autor del disparo que acabó con la vida de Edison Hernández Sáenz. También se tomaron muestras de sangre al implicado, a través de cuyo análisis se determinó que presentaba una concentración de alcohol en la sangre de 30.183 mlgs %, equivalente a una embriaguez de primer grado.

En cuanto tiene que ver con la supuesta falta de verificación de la confesión, debe recordarse que el Juez, frente al principio de libertad probatoria, puede formar su convencimiento sobre la materialidad del hecho y la responsabilidad del procesado a través de cualquier medio de prueba, incluyendo lógicamente la confesión, la que debe ser apreciada de acuerdo con la sana crítica, sin que sea necesario para que adquiera eficacia demostrativa, que esté acompañada de otros elementos de prueba.

Respecto de la omisión del examen siquiátrico, la Corte ha sido reiterativa en señalar que sólo cuando en el trámite de la actuación surgen elementos de convicción que indican la posibilidad de que al momento de realizar el hecho punible el acusado padecía de trastorno mental, se debe ordenar el examen correspondiente, so pena de que al no hacerlo se genere una causal de nulidad, ya que por esa omisión se pudo haber impuesto una pena a quien no podía ser sujeto de ella por su probable condición de inimputable.

En el caso en estudio, esos presupuestos no se reunían, porque el comportamiento observado por el procesado antes, durante y después de los hechos, eran demostrativos de normalidad síquica, y si bien es cierto había ingerido

licor, "ello no fue lo determinante para obnubilar su conciencia y voluntad, al punto de no tener la capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, como lo quiere hacer ver el casacionista, porque según una de las acompañantes, de Estupiñán Figueredo, Sandra Bibiana Sánchez Ocampo (fls.166 del c. o. No. 1), manifestó que el aquí procesado estaba tomado pero no borracho". Preciso es señalar, además, que éste recuerda con exactitud sus acciones, y que de la versión que da de los hechos se descubre que siempre mostró un pensamiento lúcido y normal, con orientación sobre el tiempo, lugares y personas, capacidad para grabar, evocar y narrar los hechos dentro de los cuales se involucra, y conciencia de su propia situación, y de la necesidad de intentar en forma lógica esfuerzos defensivos.

No sobra precisar que la sola ingesta de bebidas embriagantes no convierte necesariamente en inimputable a quien las consume, salvo que exista un estado patológico especial, condición de la cual el acusado no informa en su injurada, y tampoco surge del proceso. En ninguna omisión, por tanto, incurrieron los juzgadores al no ordenar el examen siquiátrico, pues la evidencia procesal no lo hacía exigible, resultando claro, por el contrario, que cuando el sindicado ejecutó el delito comprendía perfectamente la ilicitud de su conducta y estaba en condiciones de abstenerse de realizarla.

Sostiene, finalmente, que frente al cúmulo probatorio de cargo, y la claridad que arrojaban los hechos, no comportaba un desafuero solicitar sentencia anticipada como lo hizo la defensa, y en cambio sí, una postura razonable orientada a obtener una rebaja de pena, como en efecto sucedió. Tampoco resulta censurable que el defensor no hubiera alegado exceso en la legítima defensa, porque los juzgadores fundamentaron su decisión en un serio y completo análisis probatorio, que el demandante no logra desvirtuar, conforme al cual los hechos sucedieron de manera tal que resulta claramente inadmisible invocar una virtual legítima defensa.

Consecuente con sus planteamientos solicita a la Corte no casar el fallo impugnado.

Se Considera

Siguiendo el orden lógico que impone el principio de prevalencia de las causales en casación, la Corte analizará primero los cargos planteados al amparo de la causal tercera de ellas, para después aprehender el estudio del propuesto con fundamento en la primera.

1. Nulidades.

1.1. Existencia de irregularidades sustanciales que afecta el debido proceso. Violación del principio de investigación integral.

Este ataque, como se recuerda, se sustenta en dos consideraciones: Que los juzgadores omitieron verificar la confesión del procesado Estupiñan Figueredo y averiguar las circunstancias del hecho, según lo ordena el artí-

culo 297 del Código de Procedimiento Penal; y, que dejaron de ordenar un dictamen siquiátrico con el fin de establecer su estado de inimputabilidad por la ingestión de bebidas alcohólicas.

En cuanto dice relación con el primer aspecto, las argumentaciones del casacionista, además de resultar impertinentes, carecen de fundamento, por las siguientes razones:

1. *En tratándose del procedimiento especial establecido en los artículos 37 y 37 A del estatuto procesal penal (modificados los artículos 3º y 4º de la ley 81 de 1993 y artículo 11 de la ley 365 de 1997), el principio de investigación integral, cuya transgresión denuncia el libelista, tiene relativa aplicación, puesto que al optar el procesado por el rito alternativo especial de la sentencia anticipada o la audiencia especial, renuncia al desarrollo normal de la acción penal, haciendo que cese la pesquisa probatoria, y por ende la posibilidad de que el funcionario judicial continúe indagando sobre las circunstancias del hecho, pues aceptados los cargos, ya no hay lugar a práctica de pruebas. Por eso no deja de resultar un contrasentido que se invoque violación del principio de investigación integral cuando ha mediado terminación anticipada del proceso.*

2. Para llegar a sentencia anticipada o audiencia especial no se requiere que en el proceso exista certeza de la materialidad del hecho o la responsabilidad. La ley solo exige que haya sido resuelta la situación jurídica del indagado, y que medie aceptación de cargos de su parte. Más aún, en tratándose de audiencia especial, es presupuesto necesario que exista duda probatoria en relación con los aspectos que son objeto de negociación, pues si existe prueba de la materialidad del hecho y la responsabilidad del procesado, ningún sentido tiene entrar en proceso de negociación.

3. Del estudio de la actuación adelantada hasta la celebración de la audiencia especial se deduce que las afirmaciones del casacionista en el sentido de que los funcionarios omitieron indagar sobre las circunstancias del hecho y las manifestaciones del procesado en indagatoria no son ciertas. Basta revisar dicha actuación para constatar que la Fiscalía no solo no ahorró esfuerzos en la búsqueda de la verdad real, sino que los elementos de juicio aportados permitían tener una visión clara de lo sucedido, y del compromiso penal de Estupiñán Figueredo en los hechos.

Para abundar en consideraciones dígase que la averiguación, desde un comienzo, estableció que del grupo del procesado hacían parte Juan Felipe Murillo Martínez, Myriam Liliana Murillo Martínez, Angélica María Villa Bolaños, Sandra Bibiana Sánchez Ocampo, Jorge Enrique Martínez George, Fredy Mauricio Suárez Bello, y John Alexander Pinzón Rojas, quienes se movilizaban en un vehículo mazda, conducido por Estupiñán Figueredo, y que la discusión se inició porque uno de los hermanos Hernández Sáenz, al ingresar al conjunto, tropezó involuntariamente con el vehículo.

A los cuatro primeros la Fiscalía los escuchó en declaración juramentada (fls.12, 14, 29, 166, 177), y a los restantes en indagatoria (fls.63, 68, 81 y 87).

También escuchó en declaración juramentada a Willington Hernández Sáenz, quien acompañaba a la víctima cuando sucedieron los hechos (fls.23, 40, 92), José Albino Tapiero Oyola y Magnol Archipiz Rivera, celadores del conjunto (fls.27 y 32), y practicó diligencia de inspección en el lugar de los hechos con la asistencia los procesados, los testigos y peritos (fls.232, 278/1). Además, pruebas de alcoholemia (fls.207 a 221), de balística (fls.197), y estudios técnicos sobre la posible posición de la víctima al momento de ser impactada, donde se concluye que la versión que más se acerca al diagrama de trayectoria del proyectil es la del testigo Willington Hernández Sáenz (fls.294/1).

Como puede apreciarse, la actividad probatoria en los albores de la investigación fue más que prolija, al punto que la Corte no logra establecer qué otros elementos de juicio, distintos de los que vienen de ser referenciados, pudieron haber sido incorporados al informativo con el fin de establecer la realidad de lo acontecido. Y el demandante no se toma el trabajo de precisarlos, ni de señalar su trascendencia. Sus argumentaciones, como se dejó visto, no van más allá de la afirmación de que la Fiscalía desconoció el principio de investigación integral al haber omitido indagar sobre las circunstancias del hecho y la versión del sindicado, pero sin precisar cuáles aspectos debieron ser confrontados, ni qué pruebas conducían a su demostración.

En cuando tiene que ver con el segundo aspecto de la censura, relacionado con la no práctica de una pericia siquiátrica para establecer la condición de inimputable del procesado, reiterados han sido los pronunciamientos de la Corte en el sentido de que una prueba de esta naturaleza solo resulta necesaria cuando en el trámite de la actuación surgen elementos de juicio que indiquen razonadamente que el procesado padecía trastorno mental al momento de cometer el delito, que le impedía comprender la ilicitud del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, mas no cuando dicha condición resulta ser apenas una alegación aislada, carente de respaldo probatorio.

En el caso sub judice, el estado de inimputabilidad del procesado lo infiere el censor de la circunstancia de haber estado ingiriendo bebidas alcohólicas durante las horas previas a los hechos, sin aludir, para nada a su condición síquica durante el desenlace de los mismos. Dicho planteamiento, resulta incompleto, pues no es simplemente la ebriedad, sino la carencia de capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para determinarse, debido a la intoxicación etílica, lo que corresponde demostrar en estos supuestos.

Más aún, Del análisis de la prueba allegada al informativo se concluye que el procesado había ingerido licor pero no se hallaba en avanzado estado de embriaguez, como lo sostiene el demandante, y que cuando sucedieron los hechos gozaba de completa lucidez mental. Así se deduce del examen de alcoholemia que le fue practicado, cuyos resultados da cuenta del hallazgo de alcohol etílico en la sangre en concentración de apenas 38.082 ml%, que corresponden a una embriaguez leve (fls.221 y 265); de las afirmaciones de Sandra Bibiana Sánchez Ocampo, quien sostiene que Estupiñan Figueredo se hallaba tomado pero no borracho (fls.166/1); y de la forma coherente y

circunstanciada como el procesado relató los hechos en indagatoria, "mostrando siempre un pensamiento lúcido y normal, con orientación sobre tiempo, lugares y personas, capacidad para grabar, evocar y narrar los hechos dentro de los cuales se involucra, y conciencia de su propia situación y de la necesidad de intentar en forma lógica esfuerzos defensivos", como lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, claramente indicativo de que en el momento de la comisión del ilícito gozaba del dominio pleno de sus facultades intelectuales y volitivas.

No existiendo, entonces, elemento de juicio alguno que permitiera insinuar siquiera, con grado de probabilidad, que el procesado hubiera actuado dentro de los marcos de una situación de inimputabilidad, derivada de la ingestión de bebidas alcohólicas, resultaba absolutamente inútil la práctica de la pericia siquiátrica echada de menos por el casacionista.

El cargo no prospera.

1.1. Violación del derecho de defensa. Equivocada estrategia defensiva del abogado.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que el defensor, en el ejercicio de la función de asistencia profesional, goza de total iniciativa, y que no por estar en desacuerdo con la estrategia defensiva asumida, o haber sido adversos los resultados del juicio, puede sostenerse que el derecho de defensa ha sido violado por ausencia de defensor idóneo, pues la ley no le impone al abogado derroteros en torno al estilo, contenido, o alcance de sus propuestas, ni la aptitud se establece por los resultados del debate.

La inconformidad del casacionista surge de la circunstancia de haber optado su antecesor por la terminación anticipada del proceso, sin haber insistido en el reconocimiento del estado de inimputabilidad del sindicado, de una legítima defensa excedida, o de una forma de culpabilidad atenuada (preterintencional o culposa), pero como ya se dejó visto, el proceso no ofrecía sustento fáctico alguno para sugerir que el imputado padecía trastorno mental cuando cometió el hecho, como tampoco que hubiese sido víctima de una agresión injusta, actual o inminente, que pusiera en peligro su vida o la de sus compañeros, o que su intención hubiese sido simplemente la de intimidar a los hermanos Hernández Sáenz.

Lo que el proceso revela es que Estupiñán Figueredo resolvió descender intempestivamente del vehículo que manejaba para disparar directamente contra Edison y Willington, cuando ya éstos se encontraban en el interior del conjunto residencial, y que de inmediato decidió huir del lugar en compañía de sus amigos, en procura de la impunidad del crimen. Por eso, no deja de tener razón la Delegada cuando sostiene que frente a la prueba incriminatoria allegada al proceso, la solicitud de sentencia anticipada no comportaba un desafuero como lo quiere hacer ver el casacionista, sino, por el contrario, una postura razonable, en procura de obtener una rebaja de pena significativa, como en efecto ocurrió.

Se desestimará, por tanto, la censura, al igual que la petición del casacionista relacionada con la expedición de copias para investigar disciplinariamente al abogado defensor, no sin hacer referencia a lo sostenido por la Sala en decisión de abril 16 de 1998, con ponencia de los doctores Gómez Gallego y Mejía Escobar, en relación con la inveterada creencia de los abogados de creer que la mejor defensa es la que siempre propende por una decisión absolutoria, por resultar pertinente al caso:

"Pretender que la mejor defensa es la que propugna a cualquier precio por la absolución, aún en contravía de la más comprometedora evidencia procesal, no es más que un mal hábito lamentablemente consolidado en el pensamiento de algunos abogados. La procuración sincera y sensata de aminorantes del juicio de reproche o de la pena, sobre todo cuando se hace oportunamente, puede dibujar mejores perfiles de defensa que un empecinamiento engañoso y con ínfulas de habilidad jurídica no procedente en el caso".

El cargo no prospera.

2. Causal primera. Violación directa de la ley sustancial. Falta de aplicación del artículo 325 del Código Penal.

Ab initio se establece que el recurrente carece de interés jurídico para solicitar en sede extraordinaria la degradación de la forma de culpabilidad, pues en tratándose de terminación anticipada del proceso, la impugnación del fallo por parte del procesado o su defensor no tolera la discusión de aspectos distintos de los taxativamente señalados en el numeral 4º del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal (modificado por los artículos 5º de la ley 81 de 1993 y 12 de la ley 365 de 1997), es decir, la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, y la extinción del dominio sobre bienes.

La Corte ha sido insistente en precisar que los institutos de la sentencia anticipada y la audiencia especial se rigen por el principio de la irretractabilidad, en cuanto implican para el procesado la renuncia a controvertir la prueba y el contenido de los cargos aceptados, y que si bien es cierto la limitación del interés para recurrir consagrada en el citado artículo 37B está referida al recurso de apelación, debe entenderse que también impera para la casación, puesto que de no ser así, el recurso extraordinario se convertiría en un mecanismo de burla de la restricción allí prevista (Cfr. Autos de mayo 6/97 Magistrado Ponente doctor Gómez Gallego, y febrero 10/99 Magistrado Ponente doctor Arboleda Ripoll, entre otros).

Por consiguiente, se impone la desestimación de la censura.

1. Casación oficiosa.

Advierte la Corte que en la sentencia de segundo grado el Tribunal Superior decidió absolver al procesado Estupiñán Figueredo de los cargos por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa donde aparece como sujeto

pasivo Willignton Hernández Sáenz, que fueron objeto de acuerdo en la diligencia de audiencia especial, por considerar que los disparos dirigidos en su contra no produjeron lesión alguna en su cuerpo, y que no existía certeza de la intención homicida del actor.

En decisión reiterada, la Sala ha venido sosteniendo que la naturaleza jurídica de los instrumentos de terminación anticipada del proceso, su configuración legal, y las razones de política criminal que determinaron su incorporación en el ordenamiento jurídico, repelen la posibilidad de que a través suyo el juzgador pueda llegar a una decisión absolutoria respecto de los hechos y circunstancias que han sido objeto de aceptación o acuerdo por el procesado, pues en relación con ellos, el Juez carece de facultad de disposición (Casación de 26 de noviembre de 1998 y 20 de abril de 1999, Magistrado Ponente Dr. Fernando Arboleda Ripoll, entre otras).

También ha dicho, que si el juzgador, al examinar la actuación, advierte que no se cumplen los presupuestos de orden sustancial para dictar sentencia condenatoria, porque está demostrado que el hecho no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que está amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, todo esto dentro del marco de la violación de las garantías fundamentales, debe abstenerse de dictar sentencia, e invalidar la actuación, para retornarla al procedimiento ordinario, ante la imposibilidad de poder absolver por los hechos y circunstancias aceptados por el imputado.

Lo anotado permite concluir que, en el presente caso, la sentencia impugnada se encuentra afectada parcialmente de nulidad, pues el Tribunal, pretextando inexistencia de delito, absolvió al procesado de los cargos por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa, disponiendo de esta manera del contenido fáctico de la acusación, con violación manifiesta del debido proceso. Por tanto, la Corte, en ejercicio de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 228 del estatuto procesal, casará la sentencia recurrida, solo en lo relativo a la absolución, para que el Tribunal proceda a dictar sentencia conforme a los hechos y circunstancia aceptados por el procesado, o invalide el acuerdo por este hecho si realmente considera que la conducta es atípica, a fin de que por el procedimiento ordinario se tome la decisión que en derecho corresponda. En lo demás, el fallo se mantiene incólume.

La nulidad, por ser de carácter parcial, determina la ruptura de la unidad del proceso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 90.3 del estatuto procesal, modificado por el 14 de la ley 81 de 1993. Por tanto, se ordenará expedir copias para que por separado continúe el trámite en relación con el delito de homicidio en la modalidad de tentativa.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado.

2. CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada. Decretar de nulidad de la absolución por el delito de homicidio en la modalidad de tentativa.

3. Disponer que el Tribunal expida copias de la actuación para que por separado reasuma el trámite procesal en relación con el referido hecho punible, en los términos indicados en la parte considerativa.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase

Jorge A. Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Córdoba Poveda, Carlos Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación

Si la errada apreciación probatoria dio lugar a una equivocada calificación jurídica de la conducta por corresponder ésta a la contravención especial de estafa definida por el artículo 1° de la Ley 23 de 1991, modificado por la Ley 228 de 1995, y no al delito de falsedad en documento privado por el que se irrogó condena, el camino para su denuncia no puede ser la violación indirecta de la ley sustancial de que trata la causal primera de casación, sino la tercera, porque en tales condiciones y atendiendo las normas que regían la competencia de las autoridades judiciales, el fallo de primera instancia no podía haber sido proferido por un Juzgado del Circuito, sino por uno Municipal, dado el carácter contravencional de la ilicitud que el actor atribuye a la conducta realizada.

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

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

Aprobado acta No. 200 Proceso N° 13898

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

ANTECEDENTES

En horas de la tarde del veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y cinco, dentro del Banco de Occidente Sucursal Marly de Santa Fe de Bogotá, se aprehendió a John Jairo Suárez Franco en momentos en que la entidad le entregaba un cheque por la suma de un millón cuatrocientos cincuenta mil pesos, girado a favor de Luis Pénagos Mora, para cancelar comprobantes de compras con tarjetas de crédito falsificadas, según había sido determinado por Incocrédito.

Acorde con la información suministrada por el citado ciudadano, en el exterior del banco se dio captura a Jaime Pulido, a quien se le sorprendió en poder varios comprobantes de venta con tarjeta de crédito Credencial - Banco de Occidente ya diligenciados, un sello de caucho a nombre de Luis Eduardo

Pénagos Mora, y otros documentos de la misma índole por diferentes valores, sin diligenciar.

Abierta la investigación por la Fiscalía Seccional Ciento Sesenta y Seis (fl. 15), se vinculó mediante indagatoria a Jaime Pulido (fls. 17 y ss.) y a John Jairo Suárez Franco (fls. 26), a quienes definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, respecto del primero de ellos, y absteniéndose de hacerlo respecto del segundo (fls. 58 y ss.).

Posteriormente, previa clausura de la etapa instructiva (fl. 107), el veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y cinco, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de Jaime Pulido por el concurso de delitos de falsedad de particular en documento privado y estafa agravada, en la modalidad de tentativa, al tiempo que precluyó la instrucción en favor de John Jairo Suárez Franco (fls. 114 y ss.), mediante decisión que causó ejecutoria en esa instancia.

De la etapa del juicio conoció el Juzgado Sesenta y Seis Penal del Circuito, en donde, luego de llevarse a cabo la audiencia pública (fl. 169 y ss.), se puso fin a la instancia condenado al procesado Jaime Pulido a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de privación de la libertad, por encontrarlo penalmente responsable del delito de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo, al tiempo que dispuso expedir copias de lo actuado para la investigación por la conducta relacionada con las contravenciones especiales contra el patrimonio económico, atendiendo su cuantía (fls. 202 y ss.), mediante sentencia que el Tribunal Superior confirmó íntegramente, al conocer en segunda instancia por razón del recurso de apelación interpuesto por el defensor (fls. 4 y ss. cno. Tribunal).

Contra la sentencia de segundo grado el defensor oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación (fl. 31), el cual fue concedido por el ad quem (fl. 34), presentándose en el término legal el respectivo escrito con el cual persigue sustentar la impugnación, y sobre cuya admisibilidad se pronuncia la Corte (fls. 38 y ss. cno. Tribunal).

La Demanda

Apoyado en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el actor denuncia la violación indirecta de la ley sustancial, "por error de hecho manifiesto en distorsión del sentido de las pruebas", toda vez que se irroga condena por el delito de falsedad "cuando con una acertada interpretación probatoria en la sentencia debía adecuarse la conducta de Jaime Pulido únicamente como una contravención especial de Estafa", debiéndose, en su criterio, "proferir sentencia absolutoria respecto del delito contra la Fé pública (sic) por no estar probado con certeza que quien infringió esta norma penal fue mi defendido".

En esa dirección dice no abrigar duda alguna sobre la existencia de los actos falsarios, consistentes en haber sido falsificadas las placas de impre-

sión de los establecimientos de comercio denominados Luis E. Penagos y Jorge Enrique Pineda, como igual aconteció con las impresiones de las tarjetas de crédito, "mas no así sobre los autores o partícipes de tales actos, mucho menos que esta autoría recaiga sobre mi patrocinado", según sostiene.

Está comprobado, prosigue, que los documentos que acreditan las compras con tarjeta de crédito, fueron utilizados por el procesado con la finalidad de cobrarlos ante la entidad bancaria "no solamente porque así lo reconoce en su injurada sino porque en el mismo sentido están los demás medios probatorios testimoniales allegados al plenario".

Con la concurrencia de estos dos actos, sucesivamente ejecutados por el mismo agente, afirma, se configura el delito de falsedad documental, conforme así ha sido sostenido por la jurisprudencia.

En este caso el sentenciador atribuyó a Jaime Pulido no solamente el uso de los documentos públicos falsos a través de un fallido intento de estafa a Incocrédito y Credencial, sino también el acto de falsificación, con lo cual incurrió en violación indirecta a la ley, al tergiversar y distorsionar el sentido de los medios de convicción allegados al proceso, "por cuanto valoró como indicios graves las pruebas que daban cuenta exclusivamente del uso de los documentos, a través de una tentativa de estafa y les dio la potencialidad de demostrar la autoría en la falsedad documental".

Bajo el capítulo que el actor denomina "aspecto objetivo de la falsificación de documento privado y de la estafa", refiere que el análisis hecho por el sentenciador, al testimonio de Carlos Armando Sarmiento Bautista, es válido en cuanto de esta prueba se establece la existencia material de la falsedad y de los actos preparatorios de la estafa.

En el acápite que titula "aspecto subjetivo de la estafa", concluye que en el análisis del aspecto subjetivo del comportamiento "se puede pensar que el Tribunal tenía razón, puesto que todos estos análisis están referidos exclusivamente al punible de estafa mediante el cual mi defendido desarrolló el uso de los documentos públicos falsos".

No obstante, considera, el error se presenta cuando el Juzgador pretende atribuirle al procesado la autoría de la falsificación con fundamento en "indicios extraídos de pruebas que exclusivamente sustentaban que mi procurado había participado del uso de los documentos a través de una estafa tentada, por lo tanto hay violación indirecta de la ley sustancial representada en los artículos 221 del Código Penal que en virtud al error en la valoración probatoria fue aplicado; del numeral 10 del inciso segundo, artículo 1º de la Ley 23 de 1991 modificado por la Ley 228 de 1995 que por error de hecho al valorar las pruebas fue desconocido, y del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal porque se profirió sentencia condenatoria por el delito de falsedad en documento privado cuando por el error en la valoración de las pruebas impide que haya la certeza requerida para proferir en tal sentido la sentencia".

Con base en lo dicho, solicita casar la sentencia impugnada y en lugar de ella absolver al procesado (fls. 38 y ss. cno. Trib.).

SE CONSIDERA

De los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, el actor desatiende el relacionado con la carga de indicar clara y precisamente los fundamentos fácticos y jurídicos de la causal de casación en que apoya la pretensión invalidatoria que postula contra el fallo de segundo grado.

Esto se advierte incluso aún desde el enunciado mismo del cargo que persigue presentar, pues si bien comienza por aducir la violación indirecta de la ley sustancial por haber incurrido el juzgador en errores de hecho por haber distorsionado el sentido de las pruebas, lo que en principio pareciera ser una denuncia por falso juicio de identidad en la apreciación probatoria ubicable dentro de la causal primera de casación, cuerpo segundo, para cuyo desarrollo y demostración habría de partirse de reconocer la ausencia de vicios in procedendo, a renglón seguido queda desvirtuado por la afirmación que se hace en el sentido de que "con una acertada interpretación probatoria en la sentencia debía adecuarse la conducta de Jaime Pulido únicamente como una contravención especial de Estafa", pues con ella automáticamente quedaría trasladado el motivo de cuestionamiento a la validez del fallo al ámbito de la causal tercera por haber sido proferido en un juicio viciado de nulidad, en proposiciones que resultan contradictorias pues el fallo no pudo haber sido la culminación de un juicio nulo y válido al mismo tiempo.

Lo anterior por que *si la errada apreciación probatoria dio lugar a una equivocada calificación jurídica de la conducta por corresponder ésta a la contravención especial de estafa definida por el artículo 1º de la Ley 23 de 1991, modificado por la Ley 228 de 1995, y no al delito de falsedad en documento privado por el que se irrogó condena, el camino para su denuncia no puede ser la violación indirecta de la ley sustancial de que trata la causal primera de casación, sino la tercera, porque en tales condiciones y atendiendo las normas que regían la competencia de las autoridades judiciales, el fallo de primera instancia no podía haber sido proferido por un Juzgado del Circuito, sino por uno Municipal, dado el carácter contravencional de la ilicitud que el actor atribuye a la conducta realizada.*

Este desacierto, de suyo suficiente para disponer el rechazo de la demanda, no es el único que ofrece el libelo que, a manera de sustentación del recurso extraordinario, se presenta a nombre del procesado Jaime Pulido. Cuando pareciera que la pretensión se orienta por el camino de la causal tercera, nuevamente abandona el curso de la argumentación en tal sentido para retomar el correspondiente al inicialmente postulado, pues perdiéndose de vista que viene de pregonar la errada calificación de la conducta remata el párrafo demandando la absolución "respecto del delito contra la Fe pública (sic) por no estar probado con certeza que quien infringió esta norma penal

fue mi defendido", de lo cual no surge con claridad si lo perseguido en últimas es la nulidad de lo actuado o la absolución del procesado por existir dudas probatorias en cuanto a la autoría del delito de falsedad imputado en el pliego enjuiciatorio.

Siguiendo con la misma tónica se persiste por el actor en sostener que en la apreciación probatoria los juzgadores distorsionaron y tergiversaron los medios de convicción allegados al proceso, pero sin llegar siquiera a sugerir a cuáles pruebas en concreto se refiere, qué dicen éstas de manera objetiva, qué dijo de ellas el juzgador, en qué consistió la distorsión y cómo ésto de modo inexorable repercutió en la equivocada declaración de justicia contenida en la parte resolutiva del fallo.

Y aunque menciona el testimonio de Carlos Armando Sarmiento Bautista, no denuncia haberse incurrido por el Juzgador en errores en la apreciación de dicho medio, pues, por el contrario sostiene que "el análisis hecho por la instancia es válido, es decir, hasta este punto la sentencia presentaba una acertada valoración del medio probatorio para reputar la existencia material de la falsedad y de los actos preparatorios de una estafa".

Entonces, como la demanda no satisface los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos, pues, como se deja expuesto, en ella no se logra establecer clara y precisamente los fundamentos de la causal aducida, y la Corte no puede corregirla por virtud del principio de limitación que rige el ejercicio de este medio de impugnación, lo procedente será rechazarla, y declarar desierto el recurso en cumplimiento de las previsiones del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Puesto que esta decisión causa ejecutoria con su suscripción, según lo disponen los artículos 197 y 226 del Estatuto que viene de ser citado, se ordenará la devolución inmediata del expediente al Tribunal de origen, previa comunicación a los sujetos procesales.

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

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Jaime Pulido por lo anotado en la motivación de este proveído. En consecuencia SE DECLARA DESIERTO el recurso.

Comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RIÑA-Concepto/SANA CRITICA/LEGITIMA DEFENSA-
Se reconoce así no se haya alegado

1. El fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. No alcanza a configurarse, por lo tanto, a partir de simples ofensas verbales, sino que se requiere la existencia de un verdadero enfrentamiento físico entre los opositores.

2. Demostrada la agresión actual y el riesgo inminente en que fue puesto el vigilante, es para la Corte procedente reconocerle que actuó cobijado por la causal excluyente de antijuridicidad de la legítima defensa. Y tal reconocimiento es viable hacerlo, así el procesado no haya planteado la circunstancia en su favor y aunque no sea creíble -como lo afirmó- que el disparo se produjo como consecuencia del forcejeo con el atacante por la posesión del arma. Simplemente porque de acuerdo al examen probatorio realizado, ha quedado demostrada la concurrencia de los elementos integrantes de la legítima defensa objetiva.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 11099

VISTOS

Resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Sergio Elio Chaparro López contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de junio 5 de 1995, confirmatoria de la del Juzgado 52 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual condenó al mencionado a 5 años de prisión, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y al pago de 650 gramos oro por concepto de los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados con el delito, al hallarlo responsable del cargo de tentativa de homicidio.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hechos que originaron el proceso tuvieron ocurrencia el 21 de mayo de 1992. Jorge Elécer y Henry Javier Bravo Mesa habían asistido a una fies-

ta familiar en la Avenida 19 con la calle 131 de esta ciudad. Hacia las 3 de la madrugada el primero decidió marcharse y el segundo fue a acompañarlo a tomar un taxi. Caminaron por la Avenida 19 y llegaron a la bomba de gasolina ubicada en la calle 129. Iban embriagados y en atención a que golpearon una caseta aledaña a la estación de servicio, el celador de ésta, Sergio Elio Chaparro López, de 57 años, les llamó la atención. Los hermanos respondieron con ofensas, daño a bienes a su cargo y Henry Javier Bravo atacó a Chaparro por lo que éste disparó en su contra, haciendo impacto en la región cervical. El Instituto de Medicina Legal dictaminó 70 días de incapacidad definitiva y como secuelas: "deformidad física, perturbación funcional de los órganos de la excreción urinaria y fecal, pérdida funcional del aparato locomotor, perturbación funcional del órgano de la prensión, perturbación funcional del órgano del sistema nervioso central ... pérdida funcional del miembro viril, perturbación funcional del órgano de la reproducción".

El mismo día de los hechos se produjo la captura de Chaparro López, quien inicialmente fue detenido preventivamente por el cargo de lesiones personales y dejado en libertad provisional el 7 de julio de 1992 (fls. 133 y 134 c.o.).

El Juzgado Penal Municipal que adelantaba el caso determinó que la conducta objeto del proceso correspondía a tentativa de homicidio y decidió remitirlo a un Fiscal Seccional. Este calificó el sumario el 13 de diciembre de 1993, formuló acusación contra el procesado por homicidio tentado, le revocó la libertad provisional y ordenó su captura.

Tramitado el juicio el Juzgado 52 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió en su contra sentencia condenatoria en la forma reseñada, a pesar de la petición de absolución realizada por la Fiscalía en la audiencia pública. El Tribunal Superior de la misma ciudad, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado y su defensor, la confirmó en su integridad a través del fallo objeto del recurso de casación.

Chaparro López se encuentra actualmente en libertad provisional, la cual fue dispuesta por la Corte con fundamento en los artículos 415 del Código de Procedimiento Penal y 72 del Código Penal.

La Demanda

Luego de recordar el censor los argumentos que le sirvieron a los juzgadores para descartar que el procesado haya actuado en legítima defensa, y los suyos que buscaban dicho reconocimiento o la aplicación del artículo 30 del Código Penal, procedió a realizar dos cargos a la sentencia del Tribunal.

Primer cargo

Lo apoyó en la causal 1ª de casación. Dice que el fallo violó indirectamente los numerales 3º y 4º (inciso 1º) del artículo 29 del Código Penal "por aplicación indebida de sus prescripciones", al incurrir el juzgador en error

de hecho el cual hace consistir en que "tergiversó y distorsionó el sentido de la prueba testimonial" que le sirvió de fundamento a la sentencia condenatoria.

Para demostrar el cargo recuerda que el Tribunal señaló, en primer lugar, que el procesado faltó a la verdad al relatar en cada una de sus tres intervenciones dentro del proceso un "... diferente decurso de los acontecimientos...", acomodando paulatinamente su versión a lo que fueron refiriendo dentro del proceso sus compañeros de trabajo, en especial Luis Rocha. En la indagatoria, por ejemplo, se ubicó como víctima de los hermanos Bravo, quienes inmotivadamente le rompieron el reloj de control, deduciendo que lo querían despojar de los bienes por él custodiados, incluido naturalmente su revólver de dotación. En la inspección judicial admitió un enfrentamiento con Henry Bravo, precisando que el arma se disparó accidentalmente cuando estaba a punto de ser despojado de ella. Y en la audiencia pública, por último, señaló como origen del conflicto las agresiones verbales y de hecho de los desconocidos. Sobre su actuación la noche de los hechos, por lo tanto, concluyó el juzgador que mintió, infiriendo, además, "... que se enfrascó en una riña en forma consciente y que lo animaba el deseo de vencer a sus oponentes máxime cuando es colocado como el provocador e iniciador de la misma". (resalta el censor).

El Tribunal, en segundo lugar, sustentado en la trayectoria que siguió el disparo en el cuerpo de la víctima, determinó que no era cierto que Chaparro López haya tenido un forcejeo con ella, en el marco del cual se le hubiera disparado su arma.

Agrega el censor que el fallador sostuvo, de otro lado, que los testimonios de Henry Javier y Jorge Elécer Bravo Mesa fueron contradictorios y que por lo tanto faltaron a la verdad.

"Igualmente aunque reporta como testigos veraces a los señores Rocha y Díaz infiere que del relato de estos se deduce que efectivamente la noche de autos el celador escuchó algarabía en la calle proveniente de los hermanos Bravo Mesa, quienes discutían porque Jorge quería irse a la casa paterna en cambio de aceptar la hospitalidad de la novia y suegra de Henry Javier, que aún su ánimo se alteró más cuando al pretender consumir un perro caliente encontraron la caseta cerrada, que independientemente del comportamiento escandaloso de los hermanos en cuestión, determinó que lo importante para el examen de la causal de justificación radicaba en la circunstancia de que los señores Bravo Mesa estaban fuera del predio donde funcionaba la bomba de gasolina sin incomodar a los que allí laboraban, que por ende Chaparro no tenía la obligación de controlar la conducta de quienes casualmente cruzaran por cercanías del establecimiento bajo su custodia; infirió también que es claro entonces que pretendió acercase a los desconocidos y les recriminó su conducta coligiendo que no es de recibo lo que sobre el particular declararon sus compañeros de labores, quienes indican con respecto de Chaparro, los reprendiera con mesura, cuando la experiencia enseña que en eventos seme-

jantes se acude a frases de grueso calibre y a acciones físicas que respalden la acción. Infiere también que por el solo hecho que el celador les dirigiera la palabra, o porque no les gustó el tono y las palabras empleadas, su reacción también debió ser ofensiva y que como además se le acercaron a Chaparro este sacó también su revólver".

Dice el casacionista que el Tribunal concluyó, a partir de lo dicho, que los hermanos y el procesado se encontraban en la calle y a instancias de éste se inició una riña. "Infirió también —continúa— que al terminar por acalorarse los ánimos y al seguir avanzando los jóvenes, ingresaron al lote donde funciona la bomba de gasolina cogiendo a puntapiés la caseta de comidas rápidas, tomando Jorge Bravo el reloj de marcación de Chaparro y lo dañó, el cual, según el testigo Rocha estaba en el piso porque allí lo acababa de dejar el celador, a quien en ningún momento se le quitó de las manos; concluye además que Henry Bravo creyó salir victorioso del conflicto por conocer a uno de los administradores del establecimiento comercial donde se desarrollaron los hechos, de nombre Carlos Alberto Rodríguez Gutiérrez condiscípulo suyo del colegio, confiando que estuviera allí esa noche y que lo respaldaría incondicionalmente.

"Infiere que hubo enfrentamiento verbal entre los hermanos Bravo Mesa y las personas que prestaban sus servicios en la estación de gasolina, luego del cual se pasó a los actos de fuerza precisando que sus intervinientes eran conscientes que estaban enfrascados en una riña y que los animaba el deseo de vencer a sus oponentes, por lo que los califica como simultáneos defensores y agresores sin que pueda colocarse a ninguno de los grupo como el de víctimas, sometido al injusto ataque del otro.

"Concluye igualmente que el elemento de la injusta agresión está ausente en éste proceso, por lo que no se configura una defensa justa toda vez que cuando la pelea pasó a las acciones de facto, el celador Chaparro sólo retrocedía ante los puntapiés y empujones e intentos de Jorge Bravo Mesa para apoderarse de su arma de dotación y que por no tener mi defendido muestras de agresión del supuesto ataque del hoy lesionado, no puede pensarse fundadamente que la entidad del mismo pusiera en peligro la vida del procesado y la de sus compañeros, ni tampoco que estaba amenazado el patrimonio económico que le correspondía cuidar, por lo que no cabe para el Tribunal el empleo del arma de fuego, ya que todo debe enmarcarlo dentro del fenómeno de la riña voluntariamente querida por sus protagonistas, de lo que finalmente estima que no se estructura la legítima defensa de que trata el inciso 1º del numeral 4º del artículo 29 del C. Penal".

Acto seguido el recurrente, en la pretensión de demostrar la distorsión probatoria en la cual incurrió el juzgador, procede a transcribir extensamente los relatos que su representado efectuó en la indagatoria (fol. 17 c.o.), en la inspección judicial (fol. 177) y en la audiencia pública (fol. 365); e igualmente el de los testigos Luis Alfonso Rocha (fol. 71) y Luis Eduardo Díaz Suárez (fol. 76).

Precisa a continuación que el Tribunal tergiversó las versiones de Chaparro López"... toda vez que lo reportó como carente de verdad en forma absoluta...", cuando (de acuerdo con las transcripciones efectuadas) es evidente que "las demás pruebas" lo infirman únicamente respecto de los siguientes hechos:

a. Que los hermanos Bravo Mesa hayan llegado a la estación de gasolina e inmediatamente hayan procedido a agredirlo. Tal afirmación realizada por el procesado en la indagatoria, como en sus demás intervenciones, dice el casacionista que no es cierta ya que los testigos Luis Alfonso Rocha y Luis Eduardo Díaz, señalaron que el problema se generó cuando uno de los hermanos, sin motivo alguno, golpeó el carro de perros y Chaparro le llamó la atención, siendo por esa circunstancia agredido, intentándose despojarlo de su revólver de dotación.

b. Que uno de los hermanos Bravo Mesa le quitó de sus manos el reloj de control. Los mencionados testigos aseguraron sobre el particular que el artefacto fue tomado del suelo por el hermano de la víctima, cuando ellos llamaban telefónicamente a la policía.

c. Que el disparo de su arma fue involuntario. Esto es lo que dio a entender Chaparro López en sus diferentes versiones, anotando que por efecto del susto accionó el revólver cuando la víctima intentó quitárselo tomándolo del vestido y del brazo.

"En esos aspectos –expresa el recurrente— es acorde el Tribunal (...), pero en cuanto a los demás no puedo estar de acuerdo con sus consideraciones ya que jamás mi defendido ha mostrado diferente decurso de los hechos, pues obsérvese que si Sergio Elio Chaparro López no indicó los hechos que antecedieron el lamentable suceso materia de la presente investigación, fue porque el funcionario instructor tan solo se limitó a indagar sobre el caso en concreto, es decir si había disparado su arma, si el disparo que había realizado era el causante de la herida y si el mismo fue efectuado por el procesado o si su arma se había disparado en forma accidental, más nunca indagaron sobre otras circunstancias que precedieron al hecho aquí investigado de vital importancia para su defensa y ello ocasionó que el fallador de la segunda instancia distorsionara el sentido que debe dársele a esta prueba, y en efecto evidenciara que Sergio Elio Chaparro López, jamás cambió su versión, por cuanto ella se encuentra corroborada, respecto de todos y cada uno de los hechos contenidos en su dicho, excepto sobre los tres aspectos anteriormente reseñados, en que fue desmentido por sus compañeros de trabajo y por su mismo dicho".

Para demostrar que no varió su versión cita el censor a los testigos Omar Alirio Reyes Parra, José del Carmen Villamil y Jorge Hernán Escobar Izquierdo, agentes de la Policía Nacional, quienes coincidieron en mencionar que al llegar al lugar de los hechos fueron enterados (por el celador y los empleados de la bomba) que el disparo se produjo cuando uno de los jóvenes intentó desarmar al vigilante Chaparro.

También distorsionó el juzgador el sentido de la prueba testimonial, dice el demandante, "... al determinar que Sergio Elio Chaparro López se enfrascó en forma conciente en la supuesta riña que terminó con el disparo que le causó la lesión a Henry Javier Bravo Mesa, máxime cuando se le coloca como el provocador e iniciador de la misma, con deseo de vencer a sus oponentes...". Agrega que ello no es verdad. Los medios de prueba, testimonial y documental, son demostrativos de que su representado no es "un vago", "un peleador", "ni un beodo", sino un vigilante que la noche de los hechos se encontraba trabajando, desarrollando una actividad lícita, circunstancia que explica su presencia en el lugar como el hecho de que portara arma de fuego y que inexplicablemente fue dejada de considerar por el Tribunal. La causa del disparo según el censor fue la insensatez y mala educación de la víctima, las patadas que le dio a la caseta que estaba bajo el cuidado del celador Chaparro (hecho claro de acuerdo con los testigos Rocha y Díaz) y que condujeron a éste a llamarle la atención "al injusto agresor" de manera amable, recibiendo como respuesta el trato agresivo de los hermanos Bravo Mesa que lo llevó a repeler el ataque en desarrollo de su obligación de proteger las cosas bajo su custodia, disparando finalmente el arma de fuego ante la inminencia de ser despojado de ella y luego de implorarle a su contrincante que no ingresara a la zona de acceso prohibido de la estación de gasolina. De no haber actuado así, concluye el censor, habría incumplido su representado con sus obligaciones de celador y también puesto en peligro su integridad personal y su vida, como también la de sus compañeros de trabajo.

La calificación de provocador e iniciador de la riña a su defendido, en consecuencia, distorsionó el sentido de la prueba testimonial. De una parte porque se demostró que ni siquiera hubo riña sino una agresión injusta de los hermanos Bravo Mesa, primero contra la caseta y luego contra el celador.

Como otro acto distorsionador de la prueba testimonial califica el recurrente el descarte que hizo el Tribunal de que un forcejeo con la víctima haya tenido ocurrencia, a partir de la trayectoria del disparo. Esta para el censor no desvirtúa lo sostenido por su representado en la indagatoria puesto que Chaparro López, bien pudo levantar su brazo e inmediatamente disparar su arma, cuando la misma "...ocasionalmente se hallaba a la altura de su cuello...", lo cual "...explica la horizontalidad de la trayectoria del disparo, a más de que el instructor como el fallador de primera instancia omitieron pruebas tan importantes como la determinación de la existencia de signo del tatuaje en la herida de que fuera víctima el lesionado, aunque parcialmente ello debe presumirse del dictamen médico legal visible al folio 210 del c.o., que determina: '...cicatriz de 12 cms., en cara lateral izquierda de cuello plana, ligeramente hipercrómica...".

La hipercromía, dice el impugnante, pudo ser producto del tatuaje producido con el disparo y de existir el mismo "es cierta o por lo menos razonable" la versión de su defendido con respecto al forcejeo con el lesionado por la posesión del revólver. O quedaría por lo menos "...una protuberante duda, que debió ser descartada por el instructor con una prueba de guantalete que

demostrara evidencia de pólvora en la mano o en el brazo del lesionado o por lo menos la existencia de otras evidencias procesales que permitieran confirmar o descartar el hecho de que mi patrocinado estaba diciendo la verdad o mintiendo, según el caso".

"En las anteriores condiciones y de acuerdo con el recto análisis probatorio –sigue la demanda—, obvio es que el fallador de la segunda instancia distorsionó el sentido de las pruebas para forzar la conclusión de que mi defendido Chaparro López, había mentido respecto del hecho indicado por él, en el sentido de que disparó su arma de dotación cuando Henry Javier Bravo Mesa lo sujetó de la ropa por la espalda y de su brazo derecho, en virtud de que hasta el actual momento procesal no existe evidencia que confirme que mi defendido mintió sobre el particular, y en cambio sí se presenta una incuestionable duda sobre este aspecto fundamental que tiene y debe ser resuelta a favor de mi defendido".

Otra distorsión probatoria del Tribunal fue a criterio del casacionista concluir que los hermanos Bravo Mesa se encontraban por fuera del predio donde funciona la estación de gasolina y que en tales circunstancias el vigilante no tenía por qué recriminarlos por su conducta, logrando de ellos una respuesta ofensiva, ya fuera por lo que les dijo o por el tono que empleó. Dicha conclusión, agrega, desconoció lo afirmado por los testigos Rocha y Díaz, quienes mencionaron que Chaparro "los reprendió con mesura". Y si el juzgador les otorgó credibilidad a tales declarantes no se explica el recurrente por qué no lo hace con relación a que el llamado de atención que el vigilante les hizo a los hermanos fue como consecuencia de los golpes que le suministraron a la caseta de venta de perros calientes. Esta es otra forma de distorsión de la prueba testimonial en la cual incurrió el fallador para desvirtuar algunas afirmaciones hechas por su defendido en la indagatoria. Y concluye acto seguido:

"...el propósito específico que persiguió el sentenciador de segunda instancia fue forzar la conclusión perjudicial para mi procurado, de que había propiciado e iniciado una riña, fuera del territorio bajo su custodia por el simple hecho de controlar la conducta de unos desconocidos que transitaban por cerca al lugar bajo su custodia, cuando según él, ello no era su función; conclusión esta totalmente injusta y equivocada en razón de que en efecto mi defendido sí controló la conducta de los hermanos Bravo Mesa, cuando intentaron causarle daño a la caseta de los perros, puesta bajo su custodia por el dueño de la misma, a más de que de haber ocurrido un robo de ella, o un daño cualquiera sobre la misma, los primeros implicados sin discusión alguna hubiesen sido mi defendido y sus demás compañeros de labores, porque la misma está al frente de la estación de gasolina que está bajo su custodia y porque así se lo recomienda su dueño, quien seguramente les paga o gratifica su custodia, cosa que también quedó en duda por cuanto que, el instructor y el fallador de la primera instancia no llamaron a su propietario para despejar cualquier duda sobre el particular".

Señala el censor, de otra parte, que por el simple hecho de que una persona le llame la atención a un desconocido respecto de un hecho que está por fuera de la ley, no la convierte en provocadora, en especial cuando como en el caso examinado quien lo hace cumple con una actividad lícita de vigilancia y se ve afectado uno de los bienes que custodia. Por lo demás, según los testigos Rocha y Díaz cuando el celador hizo el llamado de atención se encontraba en el interior de la bomba y allí, de inmediato, llegaron los hermanos y Henry Javier Bravo, prepotente e intolerante, procede a agredir física y verbalmente a su defendido, intenta despojarlo de su arma de dotación, por más de 30 metros lo persigue y finalmente, sin atender ningún tipo de súplicas, toma a Chaparro López de su ropa y éste "por miedo o por nervios" dispara su revólver de dotación.

Los testimonios de Luis Rocha y Luis Díaz, en consecuencia, fueron tergiversados, "al igual que la demás evidencia procesal", para concluir que Chaparro fue el iniciador del hecho, cuando la verdad es que les hizo a los hermanos un llamado de atención adecuado ante las "injustas provocaciones" de éstos.

Así las cosas, expresa el impugnante, la tergiversación del sentido de las pruebas llevó al fallador a concluir "...en forma absolutamente falta y equivocada...", que no existió injusta agresión en contra del procesado; que lo que se presentó fue una riña entre los hermanos Bravo Mesa y los empleados de la bomba de gasolina, que permite calificar a los oponentes como simultáneos agresores y ofensores y, por último, que al no presentar el celador "muestras o rastros de la agresión (...) de tal entidad que le permitieran pensar que estaba en peligro su vida e integridad personal..." o la de sus compañeros de trabajo, o que estuvieran amenazados los bienes que le correspondía proteger, era innecesaria la utilización del arma de fuego.

Para el censor por el contrario, de acuerdo a lo dicho en la sustentación del cargo, en el proceso quedó demostrado que no existió ninguna riña, sino una agresión injusta por parte de los hermanos Bravo Mesa, ante la cual su representado se vio en la necesidad de defenderse, de defender a sus compañeros de trabajo y también el patrimonio que por efecto de su trabajo se le tenía confiado. Se dejaron de aplicar, entonces, los incisos 3º y 4º-1 del artículo 29 del Código Penal, cuyo reconocimiento solicita en el marco del recurso extraordinario.

Segundo cargo.

Lo apoyó el demandante, como el anterior, en la causal 1ª, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. El error de hecho lo hace consistir en que el Tribunal distorsionó el sentido de los medios de prueba obrantes en el proceso, con lo que violó los numerales 3º y 4º-2 del artículo 29 del Código Penal, por aplicación indebida.

Recuerda que el Tribunal descartó el reconocimiento de la legítima defensa presunta por cuanto no tuvo ocurrencia el ingreso "a una habitación o a

sus dependencia aledañas", sino a un establecimiento comercial "que por sus particulares características de construcción, no tiene mayores seguridades para impedir el acceso de quienes no laboren en el mismo". Y adicionalmente porque con fundamento en la última versión del condenado y el dicho del testigo Luis Rocha se concluye que el altercado comenzó en la calle y que el ingreso a la estación de gasolina de los desconocidos se produjo como consecuencia de la riña.

Los testigos Rocha y Díaz y lo dicho por el procesado, arguye el censor, han destacado que la zona donde ocurrió el hecho, es de prohibido acceso para particulares en horas de la noche, lo cual resultó demostrado en la inspección judicial, donde claramente, según el plano y las fotografías que se realizaron, quedó evidenciada la existencia de cadenas y de una construcción privada, donde se guardan herramientas, carros y algunos otros bienes. Que se trata de un inmueble destinado al comercio y si bien la ley presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que indebidamente intente penetrar a su habitación o a sus dependencias inmediatas, o lo haya hecho, independientemente del daño ocasionado, qué no decirse de un establecimiento comercial y privado, toda vez que el ingreso del extraño a uno de estos lugares, crea sin discusión alguna "un inminente estado de necesidad" por el peligro actual e inminente para bienes jurídicamente protegidos como la propiedad y la privacidad, los que nunca respetó Henry Javier Bravo. Este fue un extraño para su defendido, penetró arbitrariamente a lugares de prohibido acceso dentro de la estación contra las advertencias del celador, pretendiendo arrebatarle a este su revólver.

Así las cosas, continúa el recurrente, el Tribunal desconoció completamente la prueba que demostraba que la noche de los hechos su representado ejercía una actividad lícita y también los testimonios demostrativos de que el lesionado ingresó a dichas dependencias pese a las advertencias que se le hicieron y prevalido de una actitud agresora e injusta que ponía en peligro el derecho de propiedad del arma de fuego; también que tal acto ocurrió dentro de un lugar aledaño a un inmueble privado de prohibido acceso a particulares y extraños (como lo era Henry Bravo) en las horas de la noche. Por todo ello estima el demandante que los testimonios de Rocha y Díaz, lo mismo que la versión de su representado y la inspección judicial, resultaron tergiversados, al desconocerse que el sitio donde sucedieron los hechos y al cual penetró abusivamente la víctima, tenía el carácter de privado y por lo tanto era prohibido el acceso de particulares y extraños. En consecuencia, al hacerse producir efectos probatorios a los medios probatorios que no se derivaban de su contexto, dejó de reconocérsele al procesado la legítima defensa presunta, cuya aplicación demanda el censor en el marco del recurso de casación.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal:

Para el Agente del Ministerio Público la demanda adolece de deficiencias técnicas que la conducen a su fracaso. El error de hecho por falso juicio de identidad, en el cual el recurrente apoyó sus ataques, implica la demostra-

ción de que el sentenciador, para efectos de sustentar el fallo, falseó el contenido de las pruebas. No basta en consecuencia sólo con afirmar que los medios de prueba fueron tergiversados, como terminó haciéndolo en el caso examinado el casacionista. Su deber era, en el marco del primer cargo, probar que el Tribunal falseó el contenido de las versiones del procesado y de los testigos Luis Alfonso Rocha y Luis Eduardo Díaz Suárez. Pero en lugar de hacerlo a lo que se limitó fue a cuestionar sus conclusiones, diciendo su apreciación personal respecto a la forma como debieron ser valorados los medios de convicción, "sin que de tal enfrentamiento resulte la comprobación de manifiestos u ostensibles errores de apreciación probatoria".

Acto seguido se refiere el concepto a cada uno de los hechos que al parecer del censor distorsionó el Tribunal, respecto de los mismos hace alusión a la forma como fueron tratados en la sentencia, para finalmente extraer que las conclusiones a las que allí se llegó fueron producto de una pormenorizada valoración efectuada al material probatorio obrante en el proceso.

"En ningún momento se observa –agrega el Procurador– que el recurrente esté demostrando la posible tergiversación de las probanzas, sino que cuestiona es las inferencias o conclusiones a que llegó el sentenciador, luego de apreciarlas. Por consiguiente, se plantea es una personal valoración, olvidando que el recurso extraordinario es una oportunidad de examinar problemas específicos de ilegalidad de la sentencia y de la aplicación del derecho objetivo en ello, pero no un nuevo debate sobre los medios de prueba tenidos en cuenta en la sentencia como equivocadamente lo entiende el recurrente. Este tipo de alegación no es más que la contraposición de criterios del demandante, frente a las apreciaciones del sentenciador, práctica inocua en casación ante la doble presunción de acierto y legalidad que ampara los fallos judiciales". Así pues, pide la desestimación del primer cargo. Y lo mismo del segundo, con similares argumentos.

"Aquí tampoco hace el recurrente un esfuerzo por demostrar la posible tergiversación o que se hubiese falseado el contenido fáctico de las probanzas mencionadas, sino que su reproche está edificado en hipótesis personales respecto al enfoque que se le habría podido dar a las mismas, lo cual carece de la entidad indispensable para derrumbar la presunción de legalidad y acierto que ampara la estabilidad de las decisiones judiciales, por lo que resulta forzoso rechazar este cargo", expresa el Agente del Ministerio Público.

Por último, recuerda los argumentos que le sirvieron al juzgador para no reconocer la legítima defensa presunta y manifiesta que no se observa que para arribar a esa conclusión se haya tergiversado o variado el sentido o alcance de los medios de convicción.

"En consecuencia –concluye– presenta el recurrente una personal valoración de las pruebas para sacar sus propias conclusiones, enfrentándolas a las extraídas por el juzgador, que se reitera, fueron producto de un estudio en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana

crítica o de persuasión racional que es el que preside la apreciación de las pruebas en materia penal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La sentencia recurrida.

La sentencia objeto del recurso de casación descartó que el procesado haya actuado en legítima defensa. Como punto de partida el Tribunal admite que los hermanos Bravo no "...narraron en forma clara y precisa lo acontecido...". El relato de la víctima en particular, de acuerdo con el cual, sin que existiera razón alguna, fue llevado a la fuerza por el celador hacia el interior de la estación de gasolina luego de lo cual recibió el disparo, "no se ofrece ajustado a la realidad". "De una parte (reflexiona el fallador), porque no hay en autos elemento de convicción alguno que permita deducir que se presentara tal actitud del celador en su contra, a más que no parece lógico que un joven, de buen estado físico, como amante de los deportes que asegura era para esa época, fuera prácticamente arrastrado por alguien de más de cincuenta años durante varias decenas de metros y sin oponer resistencia".

Para el Tribunal igualmente el procesado faltó a la verdad. En cada intervención "...ha mostrado un diferente decurso de los acontecimientos". Según señaló en la indagatoria, los jóvenes llegaron intempestivamente a la bomba, sustrajeron el reloj de control, lo rompieron y buscaban despojar al vigilante del arma de dotación. Dedujo que se trataba de un hurto; en el marco de la inspección judicial admitió cierto enfrentamiento con Henry Bravo, pelearon por la posesión del revólver y éste se disparó accidentalmente. ".. en la audiencia pública, ya menciona cruce de palabras y agresión en su contra por parte de los desconocidos como origen del conflicto, siendo evidente que con ello quiso parcialmente acomodar sus dichos a lo que ya sabía que habían narrado sus compañeros de trabajo, en especial Luis Rocha".

Este testigo, en lo esencial, fue veraz para el fallador, a pesar de haber exagerado en algunos puntos la conducta de los hermanos Bravo y matizado la de Chaparro. De su versión extrajo su primera conclusión el Tribunal: que los jóvenes hacían escándalo, que se encontraban en la calle, por fuera del predio donde funcionaba la bomba de gasolina y que por lo tanto en nada incomodaban "a quienes allí laboraban". En consecuencia, no estaba dentro de las funciones del celador ejercer control sobre la conducta de aquellos, no obstante lo cual se les acercó y los recriminó. No con mesura como pretendieron hacerlo creer el procesado y sus compañeros de trabajo, porque "...la experiencia enseña que en eventos semejantes se acude a frases de grueso calibre y hasta acciones físicas que respalden la acción. Ahora, es evidente que si los jóvenes respondieron al reclamo, bien por el solo hecho que el celador les dirigiera la palabra, ora porque no les gustó el tono y las palabras empleadas, su reacción debió también ser ofensiva; y como además se le acercaron a Chaparro, este sacó de inmediato su revólver. Y vistas así las condiciones en que se inicia el insuceso, se concluye que desde ese momento

y estando aún estas tres personas en la calle se inició entre ellos una riña, siendo evidente para la Sala que su provocador fue el hoy procesado".

Para el juzgador, luego de lo anterior, los hermanos ingresan a la estación, le pegan patadas a la casela de comidas rápidas, Jorge Bravo rompe el reloj de control del celador, que éste acababa de dejar en el piso "...infiriéndose que ... era para estar en mejores condiciones en el curso de la pelea". En tal instante, sigue el análisis, "es natural ... considerar que ... todas estas personas se insultaban usando un timbre alto de voz", en respaldo de lo cual invoca el juzgador el testimonio de ANA MARIA VALENZUELA, novia de la víctima, quien afirmó que mientras esperaba a Henry Bravo en la puerta de su residencia "escuchaba murmullos".

Para el Tribunal, entonces, hubo un enfrentamiento verbal entre los hermanos y los empleados de la estación de gasolina, de allí se pasó a acciones de fuerza y ello traduce que los intervinientes tenían conciencia de que "...estaban enfrascados en una riña y que los animaba el deseo de vencer a sus oponentes, por lo que eran simultáneamente ofensores y agredidos..."

"En tales condiciones –es la conclusión del sentenciador—, el elemento de la injusta agresión que se viene examinando, como uno de los supuestos esenciales para que se configure una defensa justa, está absolutamente ausente de este proceso, pues las plurales conductas de quienes reñían merecen por igual ese calificativo de injusta y, consecuencialmente, los daños que causaran o recibieran en su desarrollo al ser asumidos voluntariamente impiden afirmar que las heridas o muertes que se causaran eran solo actos de defensa, lo cual sería entonces suficiente para responder negativamente al pedimento que en este punto eleva el impugnante".

Respecto de las afirmaciones relacionadas con la circunstancia de que Henry Bravo hacía retroceder al celador Chaparro, empujándolo, lanzándole patadas e intentado apoderarse del revólver, lo cual explica que se hayan internado hasta la zona de acceso restringido de la estación de gasolina donde tuvo ocurrencia el disparo, la siguiente fue la reflexión del Tribunal de Bogotá:

"En cuanto a esos actos notoriamente violentos que se atribuyen al lesionado, en su inicial versión el acusado apenas dijo que luego de decirle a Henry Bravo que no podía entrar a ese lugar corrió hacia el fondo del establecimiento, pero este lo siguió y quiso quitarle su arma produciéndose un forcejeo y el revólver se disparó involuntariamente. Cuando se practicó una inspección al teatro de los hechos, Chaparro tampoco alude a esa agresión física inicial, como que apenas precisa la forma en qué Bravo lo cogió cuando estaban en el pasadizo que separa los cárcamos del montallantas. Sólo en la audiencia pública es que hace mención a todas esas primeras agresiones, motivo por el cual, conforme ya se dijera en precedencia, se advierte que quiso concordar su dicho con los de Rocha y Díaz, razón más que suficiente para que éste último relato no merezca crédito alguno para el Tribunal.

"Por tanto, si el supuesto ofendido no muestra agresión por parte del hoy lesionado en su contra de tal entidad que le permitiera pensar fundadamente que podía estar en peligro su vida, la de sus compañeros, o el patrimonio que le correspondía cuidar, sino que esa actuación proviene únicamente de los deponentes Rocha y Díaz, debe reiterarse que el ataque injusto y grave que exigiera un acto de defensa empleando un arma de fuego en la forma conocida no tuvo lugar y que todo cabe enmarcarlo dentro del fenómeno de la riña voluntariamente querida por sus protagonistas. Con mayor razón, cuando respecto del final del acontecer fáctico son claros en señalar los testigos en mención que no lo pudieron apreciar pues estaban ocupados en su pelea con Jorge Bravo".

El Tribunal, resumiendo los argumentos que le sirvieron para descartar la legítima defensa, señala que lo que se presentó fue una riña, ubica al procesado como quien la provocó, deriva de allí que no podía legítimamente impedir el ingreso de los hermanos Bravo a la gasolinera como a sus dependencias y desecha, en consecuencia, que el procesado haya sido injustamente agredido y en tal orden de ideas afirma la antijuridicidad de su conducta.

2. Idoneidad de la demanda.

El primer cargo deja claro el planteamiento del error de hecho atribuido al sentenciador, lo mismo que su demostración. Para el casacionista no era dable sostener la existencia de la riña, menos que su representado fuera señalado como injusto provocador de la misma, cuando lo que hacía la madrugada de los hechos era dedicarse a una actividad lícita en el marco de la cual, según los testigos Luis Alfonso Rocha y Luis Eduardo Díaz Suárez, reclamó "con mesura" a los hermanos Bravo Mesa por su conducta, recibiendo como respuesta la agresión injusta de éstos que culminó con el ataque verbal y de hecho de Henry Bravo, el cual condujo a que el celador le disparara. Si de acuerdo con dichos declarantes no existió riña y lo único que hizo Chaparro fue cumplir con su función de vigilante, afirmar que éste fue el iniciador de una riña inexistente, como lo hizo el juzgador, constituye para el demandante el error de hecho que le atribuye al fallo, por tergiversación del contenido de la prueba testimonial.

La defensa, al concretar las normas violadas como producto del yerro de identidad alegado, aduce que se aplicaron indebidamente los numerales 3° y 4° (inciso 1°) del artículo 29 del Código Penal. Plantear de manera simultánea la violación de dos circunstancias de exclusión de antijuridicidad de la conducta, hace ilógico en principio el ataque, pero se trata de una impropiedad explicable y superable al considerar la manera como desarrolla el enunciado que no deja duda alguna sobre que su pretensión apunta exclusivamente al reconocimiento del numeral 4°, inciso 1° del artículo 29.

El Tribunal, en efecto, para sostener que lo que tuvo ocurrencia fue una riña y que quien la provocó fue el vigilante Chaparro López, adujo que los reclamos hechos por éste a los hermanos Bravo eran marginales a sus deberes. Es decir, en palabras del propio fallador, "...que no estaba dentro de las

obligaciones de Chaparro controlar la conducta de las personas que casualmente cruzaran por cercanías del establecimiento, pues ninguna incidencia tenía hecho semejante dentro de sus funciones de vigilancia...". (Resalta la Sala).

Si en la construcción del Tribunal el reclamo del vigilante por la conducta de los jóvenes no correspondía al legítimo ejercicio de la actividad que tenía confiada, resulta explicable que el casacionista se haya referido al numeral 3º del artículo 29 del Código Penal, para afirmar que su representado actuó legítimamente en desarrollo del rol lícito que desempeñaba, al rechazar la actitud de los hermanos Bravo y la consecuente injusticia derivada del comportamiento agresivo de éstos.

La afirmación de que la intervención del vigilante en ese momento fue producto de una actividad lícita, significaba un punto de partida necesario para el censor de cara a demostrar que el procesado no provocó ninguna riña, que ésta no existió y para afirmar, como consecuencia, el elemento "injusta agresión" de la legítima defensa.

Si la sentencia, en suma, impropia o adecuadamente, consideró ilegítima la conducta del celador, al recurrente no le quedó otro remedio que invocar la norma que a su parecer la amparaba, como disposición de derecho sustancial infringida.

Debe advertirse, adicionalmente, que otra incorrección del impugnante, que no evita el examen del cargo como en otras oportunidades lo ha dicho la Corte, tiene que ver con el predicado de que las normas sustanciales que relaciona, fueron infringidas por aplicación indebida. Lo lógico era haber alegado falta de aplicación de las mismas y aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal.

En conclusión, distinto a como lo solicita el Procurador Delegado, la Sala asumirá el examen de fondo del cargo, en cuanto el mismo, a pesar de las impropiedades observadas, constituye una proposición jurídica completa. Y como se considera que está llamado a prosperar, la respuesta de la Corte se limitará al contenido del mismo, dada la prevalencia lógica de la legítima defensa objetiva allí planteada, frente a la presunta de que se ocupó el segundo ataque.

Cargo primero.

Debe empezarse por señalar que le asiste la razón al demandante, pues salvo lo sostenido por los hermanos Bravo Mesa, a quienes no les otorgó credibilidad el juzgador, ningún medio probatorio obrante en el proceso permitía sostener que el procesado Sergio Elio Chaparro haya provocado a los jóvenes y tampoco que con los mismos hubiera tenido ocurrencia una riña.

El testigo Luis Alfonso Rocha, empleado de la estación de gasolina y a quien el Tribunal consideró veraz en el recuento que ofreció de lo acontecido, es lo suficientemente claro en reseñar que el llamado de atención que el cela-

dor le hizo a los jóvenes fue respetuoso y la reacción de éstos agresiva. En ninguna parte de su declaración hace la más leve insinuación de actos insultantes o de fuerza del vigilante. Textualmente señaló:

"...habían dos tipos poniendo problema en la calle se trataban mal con groserías cuando en esas se acercó un muchacho borracho y le metió o pegó una patada a un carro de perros que se cuida en la bomba, el celador sin ponerle problema le dijo que le pasa fue todo lo que le dijo y el muchacho aprovechándose que estaba tomado empezó a tratar mal al celador y el muchacho dijo lláme me a ese h.p. del CARLOS nosotros pensamos que era el patrón de nosotros y empezó a darle patadas al celador de apellido Chaparro, entonces el celador sacó el revólver y el muchacho .... lo empujaba con el cuerpo aprovechando que es bastante grande y era mandándole la mano al revólver del celador, el celador echaba hacia atrás de los empujones que le daba..." (fl. 71). No vio más, debido a que las agresiones del otro joven (le lanzó el reloj de control del celador, rompió una botella con actitud amenazante y le dijo insultos) lo mantuvieron ocupado. Instantes después escuchó el disparo.

El instructor le pidió al testigo precisar en qué consistió el llamado de atención que el vigilante le hizo al muchacho que resultó lesionado y lo que sigue es lo que respondió:

"... fue estése quieto respete que eso no es suyo y el muchacho no hizo caso porque fue cuando le metió una patada al carro de los perros y que esa patada está marcada ahí en el carro y el muchacho se le lanzaba con el cuerpo al celador y al mismo tiempo se agachaba como a quitarle el revólver al celador y el celador echaba la mano hacia atrás o sea a donde tenía la pistola". (fl. 73)

Más adelante, al responder a la pregunta de en qué mano tenía el arma el celador, afirmó:

"En la mano derecha y la tenía hacia atrás evitando de que el muchacho se la quitara y el muchacho le decía si la sacó utilice esa h.p.". (...) "El muchacho que salió lesionado estaba acorralando al celador tratando de quitarle el arma", aseguró a continuación. (fl. 74).

Como se observa no existe una sola expresión del testigo que permita afirmar que los hechos ocurridos se presentaron en el marco de una riña y mucho menos que el procesado Chaparro López la haya originado.

El fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas. No alcanza a configurarse, por lo tanto, a partir de simples ofensas verbales, sino que se requiere la existencia de un verdadero enfrentamiento físico entre los opositores. Este, de acuerdo con el testigo Rocha, no tuvo ocurrencia. E igual conclusión se extrae cuando se analiza el testimonio de Luis Eduardo Díaz Suárez, el otro testigo presencial de los he-

chos y también vigilante de la estación de gasolina. En lo fundamental manifestó:

"...yo estaba hacia dentro por ahí dando vueltas, ahí cuidando la bomba ..., cuando ví por ahí que hablaban duro yo salí y el celador le decía usted ... sálgase para afuera (sic) haga el favor y respete no venga a darle patadas a las cosas, venían dos personas y entonces los tipos empezaron a ser groseros con palabras soeces y le dieron una patada al celador, el herido se fue dando pata al celador hacia la parte de adentro, y el celador le decía señor haga el favor y se sale y el herido le decía que lo matara..." (fl. 76). Instantes después, luego de ser a su turno agredido por el otro joven y de acudir a un taxista para llamar a la policía por radioteléfono, escuchó el disparo.

Más adelante, al preguntársele qué motivó la discusión entre los jóvenes y Chaparro, contestó:

"La discusión se presentó porque estaban dándole puntapies a un carro de perros que se encontraba en la bomba estos muchachos, entonces el celador porque le llamó la atención se le vinieron encima..." (fl. 77). Dicho llamado de atención efectuado a quien resultó lesionado –precisa el declarante en otro aparte de su relato—consistió en que le dijo "...señor haga el favor y se sale..." (fl. 78).

Luis Alfonso Rocha y Luis Eduardo Díaz, como se aprecia, coinciden en la descripción relativa a la actitud asumida tanto por los hermanos Bravo como por el vigilante Chaparro López. Este simplemente les llamó la atención por su comportamiento, por golpear el carro de venta de perros calientes, y nada dijeron los declarantes que haga pensar que el procesado haya sido grosero o descomedido en la realización del reclamo. Afirman, por el contrario, que fue moderado y respetuoso.

En tales circunstancias, afirmar que Chaparro López provocó a los hermanos Bravo, como lo hizo el Tribunal, es una conclusión que no responde al contenido de los medios probatorios examinados. Es que el Juez de segundo grado, aunque advirtió que en lo esencial los testigos merecían credibilidad, no se la otorgó en cuanto a la mesura con que según ellos el vigilante les llamó la atención a los muchachos. El argumento de tal descalificación, sin embargo, vulneró los principios de la sana crítica al invocar como máxima de la experiencia que los celadores (o todas las personas) reclaman en las horas de la madrugada acudiendo "...a frases de grueso calibre y hasta a acciones físicas que respalden la acción". Ellos (y en general las personas), como seres humanos, poseen un carácter y una forma de ser y de reaccionar frente a las situaciones de la vida que los hace naturalmente diferentes entre sí, sin que sea dable predicar, como lo hizo ilógicamente el Tribunal, que todos (los celadores o las personas) son groseros y agresivos ante eventualidades como la sucedida. Es inadmisible, entonces, que la mencionada conclusión del juzgador corresponda a una regla general o máxima de la experiencia, resultando desacertada la construcción argumental realizada en la sentencia a partir de ella. Y no se trató de cualquiera. Si el Tribunal no le creyó a los hermanos

Bravo ni al procesado, le quedaban los testigos Rocha y López, a quienes otorgarles completa credibilidad impedía admitir la posibilidad de que el procesado hubiera desplegado un solo acto de agresión en contra de los jóvenes y con ello, igualmente, la de señalarlo como agente provocador. Y es en este contexto donde el sentenciador descalifica a los testigos presentando su insólito argumento y a partir de éste colige que los hermanos reaccionaron ofensivamente, se le acercaron al vigilante y éste sacó de inmediato su revólver. "Y vistas así las condiciones en que se inicia el insuceso, se concluye que desde ese momento y estando aún estas tres personas en la calle se inició entre ellos una riña, siendo evidente para la Sala que su provocador fue el hoy procesado", dice el Tribunal.

Lo que hizo la segunda instancia para la Corte fue prescindir por completo de los medios de prueba e imaginarse lo sucedido, a partir de la supuesta regla de experiencia invocada que, al no ser tal, simplemente deja sin piso la composición.

Ahora bien, descartadas en el fallo por increíbles las declaraciones de la víctima y la de su hermano Jorge Eliécer Bravo, e igualmente las versiones del procesado, quedaban los testimonios de Luis Rocha y de Luis López y un hecho completamente objetivado que no fue materia de ninguna discusión: que el disparo tuvo ocurrencia muy al interior de la estación de gasolina, en un sitio de prohibido acceso al público en las horas de la noche. La explicación de que allí haya tenido ocurrencia es extractable de las narraciones de los mencionados testigos. Henry Bravo, ante el llamado de atención de Chaparro López, reaccionó agresivamente. Lo desafió físicamente, lo empujaba, le lanzaba puntapiés, le decía que lo matara, que sí había sacado el revólver que lo usara y al tiempo intentaba quitárselo. El vigilante sin embargo, no respondió inmediatamente al asedio. Tenía sí empuñada su arma de dotación, en la mano derecha, no apuntándole al joven sino echada hacia atrás, y retrocedía. Por los empujones y por el mayor tamaño corporal del muchacho pendenciero. Pero nadie, ni siquiera el propio Henry Bravo en su declaración, advierte que en el marco de dicho recorrido Chaparro López le haya propinado un solo golpe al agresor. Simplemente cedía ante el avance de éste, ante su actitud intimidatoria, le pedía que no continuara, que se fuera, que se estuviera quieto. Pero no sucedió así, el asedio continuó y luego fue el desenlace que ocasionó el lamentable resultado, sin que el mismo hubiera sido presenciado por Rocha ni por Díaz, quienes se encontraban ocupados con el otro hermano Bravo Mesa, según aseguraron en sus relatos.

Por donde se mire la situación, entonces, es descartable la riña. El procesado —a pocos días de cumplir 57 años de edad para la fecha de los hechos—, no se enfrentó de hecho con el joven agresor. No se trenzó en ninguna disputa física con él, no luchó, no combatió. Simplemente, ante su asedio, retrocedía y le pedía que se fuera. Esa fue su actitud y la misma se halla certificada por los testigos Rocha y Díaz y respaldada objetivamente por el lugar donde se produjo el disparo. En dichas circunstancias, el acto de empuñar desde el

primer instante el revólver de dotación que portaba no puede considerarse, en el contexto de lo ocurrido, como una acción de fuerza, sino como una forma de rehusar la contienda a la que estaba siendo conducido.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, entonces, incurrió en error de hecho por tergiversación del contenido de los medios de prueba al afirmar la existencia de una riña inexistente. Igualmente al señalar como provocador de la misma al procesado, quien lo único que hizo fue reclamarle a los muchachos por su conducta impropia (patear el carro de perros), lo cual estaba dentro de sus funciones de vigilante. Y aunque el bien no estuviera directamente a su cuidado resulta un despropósito señalar que no podía intervenir frente a lo sucedido de la manera como lo hizo, pues ello significaría un grave atentado contra el principio de solidaridad, un valor constantemente reclamado por el Estado y la ciudadanía.

Su conducta, en el primer segmento, era ejercicio de una actividad lícita y ello explica –se repite— que el censor demandara impropiamente la aplicación indebida del numeral 3º del artículo 29 del Código Penal, inducido por el razonamiento del Tribunal Superior que negó la licitud de la actuación del vigilante.

Así pues, descartado que el procesado haya sido provocador de una riña inexistente, el fallo recurrido se queda sin esos dos pilares que le sirvieron de fundamento para afirmar la antijuridicidad de la conducta.

Está claro, entonces, que el injusto agresor fue Henry Bravo. Sometió a Chaparro López a un constante asedio físico, lo mantuvo intimidado hasta el punto de hacerlo retroceder una distancia significativa y era tal su ánimo pendenciero que no le importó que el vigilante hubiera desenfundado su arma de dotación. Por el contrario, al tiempo que lo empujaba y le lanzaba puntapiés, lo retaba para que la usara. En tales circunstancias, independientemente de las explicaciones que dio el procesado sobre el particular, es indiscutible que el disparo se produjo como respuesta a la agresión.

Hasta donde vieron los testigos Rocha y López el joven Bravo Mesa, estimulado por el alcohol y aprovechándose de su mayor tamaño corporal, agredía injustamente al vigilante de 57 años y la actitud de éste era rehusar enfrentarlo, invitándolo a que se marchara. Hasta ese momento, se repite, es evidenciable una agresión injusta por parte de Henry Bravo que persistió hasta el instante del disparo, si se tiene en cuenta el sitio interior de la bomba de gasolina donde el mismo tuvo ocurrencia.

En dichas circunstancias, demostrada la agresión actual y el riesgo inminente en que fue puesto el vigilante, es para la Corte procedente reconocerle que actuó cobijado por la causal excluyente de antijuridicidad de la legítima defensa. Y tal reconocimiento es viable hacerlo, así el procesado no haya planteado la circunstancia en su favor y aunque no sea creíble –como lo afirmó— que el disparo se produjo como consecuencia del forcejeo con el atacante por la posesión del arma. Simplemente porque de acuerdo al examen probatorio

realizado, ha quedado demostrada la concurrencia de los elementos integrantes de la legítima defensa objetiva.

Se casará la sentencia recurrida, en consecuencia, y en su lugar se absolverá a Sergio Elio Chaparro López del cargo de tentativa de homicidio por el cual fue enjuiciado. En forma paralela se dispondrá devolverle la caución que prestó para gozar de libertad provisional.

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:

1. CASAR la sentencia impugnada.

2. ABSOLVER al procesado Sergio Elio Chaparro López por el cargo de tentativa de homicidio objeto de la acusación.

3. Devolverle al mencionado la caución que prestó para gozar de libertad provisional.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

CAMBIO DE RADICACION-Proceso por contravención especial/CAMBIO DE RADICACION-Eventualidades, competencia

1. Si bien es cierto, que se trata un proceso por contravención especial, reglamentado en las Leyes 23 de 1991 y 228 de 1995, y que el cambio de radicación no fue previsto expresamente en estas normas, ante el silencio del legislador se debe acudir, por remisión expresa, a las disposiciones sobre la materia contenidas en el Código de Procedimiento Penal.

2. En auto del 4 de mayo de 1999, con ponencia del Honorable Magistrado, Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, la Sala de Casación Penal, analizando un asunto de similares características, trazó varias pautas en torno del cambio de radicación:

Surge, sin embargo, un interrogante obligatorio consistente en cómo se establece en el caso concreto la competencia para resolver sobre el cambio de radicación, aspecto sobre el cual la Sala traza los siguientes criterios:

1. Si el funcionario que está conociendo del proceso es el Tribunal Superior de Distrito, obviamente que la competencia para resolver cualquier solicitud de cambio de radicación es de la Corte Suprema de Justicia.

2. Si la solicitud proviene del Juez, éste deberá establecer si es o no conjurable la circunstancia en la cual la apoya, dentro del mismo Distrito Judicial al cual pertenece. Si la conclusión es negativa, remitirá la petición directamente a la Corte para que la decida y, en el caso contrario, la enviará al Tribunal respectivo, sin perjuicio de que éste, de encontrar conveniente que el cambio se haga a otra región o distrito, remita la petición a la Corte para que la resuelva.

3. Si el cambio de radicación es promovido por uno de los sujetos procesales, pueden presentarse las siguientes eventualidades:

a. Que eleve la solicitud directamente ante la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el último inciso del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte, en tal caso, resuelve sobre la procedencia de la misma. Y si la niega, pero encuentra que sería viable su examen de cara a la post-

bilidad de disponer el cambio de radicación dentro de la misma región o Distrito, la envía al Tribunal correspondiente para que, a su vez, emita el pronunciamiento respectivo.

b. Que la presente ante el Tribunal Nacional o Superior de Distrito según el caso.

En este evento, sólo si el Tribunal encuentra conveniente que el cambio de radicación se haga a otra región o distrito, la remite a la Corte para que la resuelva. En el caso contrario, debe producir la decisión respectiva, como igual lo debe hacer cuándo, en la primera hipótesis, la Corte niegue el cambio de radicación y concluya, no obstante, que debe examinarse su procedencia al interior de la región o del distrito.

c. Que el sujeto procesal eleve la petición directamente ante el Juez que esté conociendo del proceso.

En esta hipótesis es posible o no que el sujeto procesal manifieste su deseo de que el cambio de radicación se produzca a otra región o distrito. Si lo hace, en los términos del caso examinado, no necesariamente la solicitud debe ser remitida a la Corte Suprema de Justicia para su resolución, porque el motivo que la genera viene circunscrito a un Municipio o Circuito y no a un Distrito o Región.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 16228

VISTOS

La sala resuelve la solicitud de cambio de radicación elevada por el señor Carlos Armando Arévalo Acero, en el proceso contravencional que adelanta el Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo.

SITUACIÓN FÁCTICA

Dos querellas fueron instauradas en contra del señor Carlos Armando Arévalo Acero, quien en compañía de su esposa y familiares posee una firma denominada La Nacional de Cobranzas, cuyo objeto social es la recuperación de cartera morosa, en la ciudad de Sincelejo.

En la primera denuncia el ciudadano Alberto José Aldaneta Vergara, informa que prestó la suma de cien mil pesos a la señora Nelly Chávez, quien se atrasó en las cuotas, por lo cual entregó la letra en que constaba la obligación al señor Carlos Armando Arévalo Acero, en calidad de funcionario de aquella empresa de cobranzas, ocurriendo que éste señor, una vez obtuvo el dinero que le suministró la deudora, se apropió de la suma de ochenta y seis mil quinientos pesos ($ 86.500), en lugar de devolverlos según lo pactado.

En segundo término, el señor Amaury Arroyo Martínez, afirmó que debía una suma de dinero al almacén Solo Colchones, con asiento en Sincelejo, cuyo pago no pudo cumplir oportunamente. El almacén persiguió la obligación a través de la empresa La Nacional de Cobranzas, en la que laboraba el señor Carlos Armando Arévalo Acero. Este señor, directamente, y a través de empleados suyos, recibió varias sumas de dinero que él como deudor le entregó y que le descontaron de su sueldo. No obstante, afirma, el denunciado no fue claro con su gestión, al punto que no se sabe si las cifras que pagó fueron o no reportadas al acreedor.

ACTUACIÓN PROCESAL

Primera querella:

1-. Asumió el conocimiento del asunto el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo, quien dispuso el procedimiento asignado para las contravenciones especiales por la Ley 228 de 1995.

2-. Luego de ser capturado, el señor Carlos Armando Arévalo Acero, rindió versión el día 22 de enero de 1998, y en esta misma audiencia se le formularon cargos por la contravención especial de abuso de confianza, en los términos del numeral 16 del artículo 1° de la Ley 23 de 1991, en concordancia con el artículo 21 de la Ley 228 de 1995.

3-. Mediante escrito del 2 de febrero de 1998, el querellado advierte a la señora Juez Segunda Penal Municipal de Sincelejo, que la ha denunciado penalmente por "falsedad ideológica en una providencia", y la recusó asegurando que la animadversión hacia él es manifiesta al punto de constituirse en notoria enemistad. (Numeral 5°, artículo 103, Código de Procedimiento Penal)

4-. La funcionaria recusada no aceptó los argumentos del señor Carlos Armando Arévalo Acero, y tras observar que se trataba de represalias por haber ordenado su captura, de maniobras desleales para generar una causal de impedimento y de dilatar injustificadamente el proceso, con auto del 1° de abril de 1998, envió el expediente al Juzgado Penal del Circuito de Sincelejo, para que dirimiera el incidente.

5-. El Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, al resolver la recusación, en auto del 17 de abril de 1998, declaró no probada la causal, y ordenó que el Juzgado Segundo Penal Municipal siguiera conociendo del asunto, pues el señor Arévalo Acero, no aportó prueba alguna, limitándose a criticar la manera en que se estaba llevando el proceso contravencional.

6-. Al serle notificada la apertura de investigación en su contra, debido a la denuncia instaurada por el señor Carlos Armando Arévalo Acero, la señora Juez Segunda Penal Municipal de Sincelejo, mediante auto del 24 de septiembre de 1998, se declaró impedida para continuar adelantando el proceso contravencional, en atención al numeral 10 del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, y dispuso que el asunto pasara al Juez Primero

Penal Municipal de la misma ciudad, quien efectivamente avocó el conocimiento y avanzó hasta la citación para la audiencia de juzgamiento.

Segunda querella

1-. Al mismo Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo, correspondió la querella presentada por el señor Amaury Arroyo Martínez. Se iniciaron los trámites legales y se dispuso escuchar en versión al imputado.

Como quiera que el señor Carlos Armando Arévalo Acero, cambió su domicilio para radicarse en Bogotá, a través de despacho comisorio, muy accidentado por ciertos entre idas y venidas, finalmente, al parecer, se recaudó esta diligencia y se encuentra pendiente la formulación de cargos.

2-. Desde la ciudad de Santa Fe de Bogotá, mediante escrito del 26 de julio de 1999, dirigido al Juez Segundo Penal del Circuito de Sincelejo, el señor Arévalo Acero, solicita el cambio de radicación de los procesos contravencionales, "por animadversión judicial contra el suscrito en Sincelejo."

ARGUMENTOS DEL PETICIONARIO

El señor Carlos Armando Arévalo Acero, quien reside ahora en la ciudad de Bogotá, solicita el cambio de radicación de los procesos que por la contravención especial de abuso de confianza se están adelantando en contra suya, en el Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo, debido a que "de bulto es conocida la animadversión judicial contra el suscrito en Sincelejo", y además por cuanto ha sido amenazado de muerte por sus contradictores.

Finalmente, sin aportar prueba alguna, aduce que el cambio de radicación, que solicita para que continúen las diligencias en cualquier juzgado de Bogotá o Cundinamarca, contribuye a descongestionar el Despacho judicial de Sincelejo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1-. De conformidad con el numeral 8º del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, aparentemente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, podría ser competente para decidir sobre la solicitud formulada por el señor Carlos Armando Arévalo Acero, toda vez que pretende el cambio de radicación de un distrito judicial a otro.

2-. *Si bien es cierto, que se trata de un proceso por contravención especial, reglamentado en las Leyes 23 de 1991 y 228 de 1995, y que el cambio de radicación no fue previsto expresamente en estas normas, ante el silencio del legislador se debe acudir, por remisión expresa, a las disposiciones sobre la materia contenidas en el Código de Procedimiento Penal.*

En efecto, establece el artículo 38 de la Ley 228 de 1995, que "En lo no previsto en la presente Ley se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y las normas sobre desistimiento, prescripción y nulidades

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

De este modo, el cambio de radicación regulado en el ordenamiento adjetivo puede extenderse a los procesos que se originen a partir de una contravención especial.

3-. El cambio de radicación es un mecanismo jurídico perentoriamente regulado, a través del cual puede exceptuarse la regla general de competencia deducida por el factor territorial y, de paso, el principio del juez natural, cuando esté probado de manera fehaciente, que en el territorio donde se está adelantando la actuación procesal, existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, y la seguridad del sindicado o su integridad personal, como lo estipula el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

Es, entonces, fin primordial del cambio de radicación asegurar que el fallo sea proferido por un juez que esté en el medio adecuado para que pueda dispensar una recta, cumplida y eficiente administración de justicia, cuando por converger alguna de las circunstancias anteriores, la serenidad ideal en el juez competente por el factor territorial se hubiere quebrantado.

La circunstancia concreta en que se ubique la solicitud de cambio de radicación que haga alguno de los sujetos procesales, deberá estar probada o poder comprobarse objetivamente en las actuaciones, siendo obligatorio para quien la propone señalar específicamente y de manera sustentada las razones que motivan la petición.

Sin embargo, la exposición de tales motivos no podrá consistir en raciocinios subjetivos, ni en suposiciones, ni en valoraciones aisladas acerca de la conveniencia de variar la sede del juzgamiento, sino en el aporte o señalamiento de los medios de convicción idóneos que permitan adoptar la decisión con respaldo en la realidad.

El funcionario llamado a resolver sobre la solicitud de cambio de radicación, no puede sustituir en esta labor probatoria a quien lo ha promovido, puesto que la naturaleza esencialmente dispositiva del procedimiento que dice relación con la materia, radica esta carga exclusivamente en cabeza del interesado.

4-. Se deduce que el cambio de radicación es una medida muy excepcional y extrema que se adoptará cuando definitivamente ya no existan mecanismos jurídicos alternativos destinados a neutralizar las causas que lo generan, o cuando habiéndose acudido a otras formas de prevenir o remediar el conflicto latente y extraño al proceso penal, no se hubieren obtenido los resultados esperados.

5-. Con lineamientos genéricos el señor Carlos Armando Arévalo Acero, trata de explicar que en el Circuito de Sincelejo, los funcionarios judiciales no

resultan imparciales debido a divergencias personales surgidas frente a algunos de ellos, y ningún planteamiento ofrece para haber escogido, a su arbitrio, el Distrito Judicial de Bogotá, ó Cundinamarca, como nueva sede para el proceso, y no uno diferente.

Al parecer, según se deduce de la petición y los antecedentes procesales, el problema se circunscribe a la ciudad de Sincelejo, sin que se hayan cuestionado en modo alguno los restantes municipios del Departamento de Sucre, por lo cual, aunque el sindicado solicita directamente el cambio de radicación a Bogotá o Cundinamarca, se revela como precipitada la decisión del Juez que envió las diligencias a la Corte Suprema de Justicia, para que dirima la cuestión, toda vez que, en tales condiciones, ha debido intervenir necesariamente y en primer lugar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, como se colige del estudio armónico, sistemático y teleológico del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal.

En auto del 4 de mayo de 1999, con ponencia del Honorable Magistrado, Doctor Carlos Eduardo Mejía Escobar, la Sala de Casación Penal, analizando un asunto de similares características, trazó varias pautas en torno del cambio de radicación:

"Este procede, según el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, cuando en el territorio donde se adelante la actuación procesal existan circunstancias que puedan afectar el orden público, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, las garantías procesales, la publicidad del juzgamiento, la seguridad del procesado o su integridad personal.

Todos los sujetos procesales se encuentran autorizados para plantearlo, bien ante el Juez o Tribunal que esté conociendo del proceso, o directamente ante el superior encargado de resolverlo. Pero cuando quien solicita el cambio de radicación es el propio funcionario judicial a cargo de la actuación, debe hacerlo ante el competente para decidirlo (art. 84 del C. de P.P.).

Las normas mencionadas fijan la competencia para resolver el cambio de radicación en el superior encargado de decidir. Es decir, como se desprende del artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, en cabeza de los Tribunales Nacional y Superiores de Distrito cuando el cambio sea dentro de la misma región (sic) o distrito; o de la Corte Suprema de Justicia, cuando se trate de cambio de radicación a otra región o distrito.

Surge, sin embargo, un interrogante obligatorio consistente en cómo se establece en el caso concreto la competencia para resolver sobre el cambio de radicación, aspecto sobre el cual la Sala traza los siguientes criterios:

1. Si el funcionario que está conociendo del proceso es el Tribunal Superior de Distrito, obviamente que la competencia para resolver cualquier solicitud de cambio de radicación es de la Corte Suprema de Justicia.

2. Si la solicitud proviene del Juez, éste deberá establecer si es o no conjurable la circunstancia en la cual la apoya, dentro del mismo Distrito Judicial al cual

pertenece. Si la conclusión es negativa, remitirá la petición directamente a la Corte para que la decida y, en el caso contrario, la enviará al Tribunal respectivo, sin perjuicio de que éste, de encontrar conveniente que el cambio se haga a otra región o distrito, remita la petición a la Corte para que la resuelva.

3. Si el cambio de radicación es promovido por uno de los sujetos procesales, pueden presentarse las siguientes eventualidades:

a. Que eleve la solicitud directamente ante la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el último inciso del artículo 84 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte, en tal caso, resuelve sobre la procedencia de la misma. Y si la niega, pero encuentra que sería viable su examen de cara a la posibilidad de disponer el cambio de radicación dentro de la misma región o Distrito, la envía al Tribunal correspondiente para que, a su vez, emita el pronunciamiento respectivo.

b. Que la presente ante el Tribunal Nacional o Superior de Distrito según el caso.

En este evento, sólo si el Tribunal encuentra conveniente que el cambio de radicación se haga a otra región o distrito, la remite a la Corte para que la resuelva. En el caso contrario, debe producir la decisión respectiva, como igual lo debe hacer cuando, en la primera hipótesis, la Corte niegue el cambio de radicación y concluya, no obstante, que debe examinarse su procedencia al interior de la región o del distrito.

c. Que el sujeto procesal eleve la petición directamente ante el Juez que esté conociendo del proceso.

En esta hipótesis es posible o no que el sujeto procesal manifieste su deseo de que el cambio de radicación se produzca a otra región o distrito. Si lo hace, en los términos del caso examinado, no necesariamente la solicitud debe ser remitida a la Corte Suprema de Justicia para su resolución, porque el motivo que la genera viene circunscrito a un Municipio o Circuito y no a un Distrito o Región.

En tal orden de ideas, independientemente de que el sujeto procesal exprese o no como pretensión que el cambio de radicación del proceso se produzca a otra región o distrito judicial, el Juez ante quien se presente la petición, para definir a dónde la remite, si al Tribunal o a la Corte, debe examinar su fundamentación previamente en aras de establecer, si la circunstancia o circunstancias aducidas son neutralizables en la propia región o distrito o en uno diferente. Si lo primero, la remitirá al Tribunal respectivo y, en caso contrario, a la Corte Suprema de Justicia, sin perjuicio de que la Sala, de no acceder al cambio de radicación, disponga la conveniencia de su examen por parte del Tribunal respectivo.

Pero si de la causa petendi y del petitum se desprende nítidamente que la pretensión busca la variación del Distrito, y sus fundamentos no conducen sino a ello, es la Corte la que habrá de decidir."

6-. En el caso concreto, si llegare a comprobarse la causal que permitiría el cambio de radicación, aunque el interesado solicita que el traslado del proceso se produzca hacia otro Distrito Judicial, como quiera que el conflicto relatado se limita a la ciudad de Sincelejo, es factible que en otro municipio del Departamento de Sucre, vale decir, en otro Circuito del mismo Distrito Judicial, pueda conjurarse o ya no exista la situación problemática, motivo por el cual, en salvaguarda de los principios de economía procesal y juez natural, no puede prescindirse de la opinión jurídica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, a quien ha debido enviarse el asunto para el estudio pertinente.

Así lo decidirá la Sala, que por lo mismo se abstendrá de emitir pronunciamiento de fondo sobre la petición.

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

RESUELVE:

Primero. ABSTENERSE de resolver la petición de cambio de radicación elevada por el procesado Carlos Armando Arévalo Acero.

Segundo: Remitir la actuación a la Sala de Decisión Penal del Distrito Judicial de Sincelejo, de conformidad con la parte motiva de este auto.

Tercero: Enviar copia del presente auto al Juez Primero Penal Municipal de Sincelejo para su conocimiento.

Cópiese y Cúmplase

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla,

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INSTRUCCIÓN-Competencia excepcional de los jueces penales municipales/DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable/DEFENSA TECNICA-Absoluta falta durante la instrucción/JUEZ PENAL MUNICIPAL-Competencia excepcional para instruir

1.El punto está en que, a pesar de ser lo indicado dentro del sistema acusatorio que los jueces efectúen exclusivamente funciones de juzgamiento, hay excepciones admitidas desde la Constitución Política y en la ley, que le confieren a algunos de ellos funciones instructivas, como a la Corte Suprema de Justicia (arts. 186 y 235-3 Const.) y a los mismos jueces penales y promiscuos municipales (L. 228/95), a quienes les es ínsita la facultad para investigar ciertos hechos punibles y no se generará nulidad cuando la realicen sobre otros, sin alterar funciones básicas o fundamentales como la acusación.

Por mandato del inciso 2° del artículo 27 transitorio de la Carta, hasta el 7 de julio de 1995 ("cuatro años contados a partir de la expedición de esta reforma") los juzgados penales municipales seguirían conociendo y adelantando sumarios, mientras entraban a operar las respectivas unidades locales de la Fiscalía. Por su parte, el artículo 14 transitorio del decreto 2700 de 1991 permitía a los jueces penales y promiscuos municipales continuar investigando "los delitos de su competencia hasta cuando se implante gradualmente lo previsto en el presente decreto".

2. Con relación al reproche de nulidad por falta de defensa técnica, planteado en la demanda de casación como segundo cargo, debe decirse inicialmente que (...) fue vinculado mediante indagatoria dentro del apremiante término legal, en el apartado municipio de La Macarena, Meta y el defensor que se le asignó no consta como abogado, como tampoco quien luego lo asistió en la ampliación recibida en Granada.

Ello se efectuó cuando aún no se había producido la sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz, que declaró inexequibles los artículos 34 del decreto 196 de 1971, 148 inciso 1° y 355 del decreto 2700 de 1991, permitiendo los primeros confiar el cargo de defensor a un ciudadano honorable, no servidor público, cuando no hubiere letrado disponible al momento de recibir la injurada.

Por las razones que repetidamente han sido expuestas, por ejemplo en las sentencias de casación proferidas por esta Sala el 26 de junio de 1996, radicación 9280, M. P. Ricardo Calvete Rangel y el 25 de julio del mismo año, radicación 9577, con ponencia de quien ahora cumple igual labor, las vinculaciones efectuadas en las circunstancias y condiciones que aquí se presentan son válidas, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 45 de la ley 270 de 1996, la sentencia C-049 sólo produce efectos hacia el futuro, por lo cual no incide en las indagatorias recibidas con acatamiento de las normas que aún regían al momento de su práctica.

3. Sin perjuicio de lo anterior, lo que sucede en el caso de (...) es que careció completamente de la asistencia de abogado, escogido por él o designado de oficio, durante toda la instrucción, pues sólo le fue asignado uno en la misma resolución mediante la cual se dispuso cerrarla. Así, la totalidad del caudal probatorio que sirvió de base para proferir la acusación en su contra, se allegó al proceso sin que un profesional del derecho que actuase en su defensa tuviere la más mínima oportunidad de controvertir ni intervenir en el acopio, ni solicitar otros elementos de comprobación, o instar una evaluación científica que sirviere de orientación pericial para determinar el estado mental del infractor, o le hubiere asesorado sobre la conveniencia de, por ejemplo, pedir sentencia anticipada.

Debió proveerse, lo más pronto posible, un abogado para que asistiera al sindicado, pero él no tuvo la iniciativa de nombrar alguno, ni el instructor cumplió oportunamente con la obligación de asignárselo de oficio y con ese evidente quebrantamiento del derecho de defensa se le causó perjuicio, al impedírsele contar con asesoramiento técnico, que ahora deberá suministrársele, retrotrayendo la actuación a un momento procesal desde el cual pueda subsanarse lo garrafalmente omitido.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta N° 199 Proceso N° 11814

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en defensa del procesado Edisson Zamorano (o Zambrano o Zamora) Rodríguez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio que confirmó la condena impuesta por doble homicidio agravado y tentativa de hurto calificado.

HECHOS

La mañana del 17 de agosto de 1993, en La Macarena (Meta), aprovechando que Carmen Alvárez de Suárez había salido a Telecom, quien firma con el nombre de Edisson Zamorano Rodríguez, pero que en el expediente también aparece a veces como primer apellido Zambrano o en ocasiones

Zamora, apodado "Piquiña"; penetró a la ferretería de aquélla con el fin de apoderarse de una caja de caudales, pero fue descubierto por Javier Adolfo Suárez Alvarez y Maricela Bautista Cepeda, de 8 y 16 años de edad respectivamente, a quienes hirió con arma cortopunzante, causándoles la muerte. El agresor indicó a las autoridades que la tentativa de hurto la había realizado previo acuerdo con su empleador, Efraín Alberto Velásquez.

ANTECEDENTES PROCESALES

El Juzgado Promiscuo Municipal de La Macarena abrió investigación y oyó en indagatoria a Edisson y a Efraín, designándoles como defensor a un ciudadano. El 26 de agosto de 1993, la Fiscalía 27 de Granada (Meta) profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra ambos indagados, por los delitos de homicidio y hurto (fs. 80 y Ss. cd. 1).

Ese mismo día 26 un abogado titulado presentó en la Fiscalía la designación que como defensor le hizo Efraín Alberto Velásquez, procediendo el despacho a tenerlo y posesionarlo como tal (fs. 91 a 93 ib.).

Atendiendo su propia petición, es después escuchado Edisson en ampliación de indagatoria, designándosele una señora "para esta sola actuación" (fs. 103 y 110 ib.).

También fueron oídos en injurada, asistidos por sendos ciudadanos que les fueron asignados en calidad de defensores, Aldolfo León López Soto, contra quien igualmente se profirió detención preventiva por los mismos delitos (septiembre 28/93, fs. 137 y Ss. ib.) y José Jeronimo Rodríguez López, este último remitido a la jurisdicción de familia al estimársele pericialmente una edad de 17 años (fs. 232, 240 y 241 ib.).

El 16 de diciembre de 1993, en la misma providencia mediante la cual se cerró la instrucción, se asignó defensa letrada oficiosa, pero el profesional nombrado como defensor de Edisson estaba ausente por vacaciones, por lo cual le fue designada una abogada, quien se posesionó el 20 de los mismos (fs. 255 y Ss. ib.).

El 25 de enero de 1994 fue calificada la instrucción, con preclusión a favor de Adolfo León López Soto y acusación contra "Edisson Zambrano Rodríguez, apodado 'Piquiña'... Autor Material" y Efraín Alberto Velásquez ("autor intelectual"), por doble homicidio agravado y tentativa de hurto calificado y agravado (fs. 333 y Ss. cd. 1), providencia que fue apelada por el defensor del segundo, pero el 4 de febrero siguiente venció el término para sustentar el recurso y "no fue presentado escrito alguno en tal sentido" (f. 357 ib.), declarándose desierto.

Correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Granada adelantar el juicio y el 19 de diciembre de 1994 condenó por dichos delitos a los dos enjuiciados, imponiéndoles 51 años de prisión, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas y la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados. Apelado el fallo por los sindicados y uno de los defensores, el 2 de noviembre

de 1995 el Tribunal Superior de Villavicencio absolvió a Efraín Alberto Velásquez del concurso de homicidios, dejándole en un año la condena por la tentativa de hurto, otorgándole libertad por pena cumplida y reduciendo el monto que le corresponde indemnizar. El fallo fue confirmado en lo demás y al notificarse Edisson escribió "apelo", presentándose demanda de casación por el defensor público que entró a apoderarle.

LA DEMANDA

Primer cargo: Presentado como principal, reprocha que la sentencia fue proferida en un juicio viciado de nulidad al haberse infringido el debido proceso, con vulneración de los artículos 29 de la Carta y 1° del Código de Procedimiento Penal.

Señala que de conformidad con los artículos 66, 68 y 118 de dicho estatuto procesal, corresponde a la Fiscalía General de la Nación la competencia funcional de acusar, lo cual indica que ha de ser ella la que inicie y lleve hasta su culminación la investigación penal. No obstante, fue el Juez Promiscuo Municipal de La Macarena quien el 17 de agosto de 1993 inició la investigación, practicó pruebas, recibió indagatoria a su asistido y a Efraín Alberto Velásquez y el 21 de los mismos envió las diligencias a la Coordinación de Fiscalías de Granada, Meta. Aduce que así se transgredieron los linderos de la funcionalidad del sistema acusatorio y se incurrió en nulidad por incompetencia.

En el mismo cargo incluye una "segunda irregularidad sustancial que afectó el debido proceso, por violación del derecho de defensa, al desconocerse el derecho de las partes a acudir a la segunda instancia", al no haberse notificado en forma legal la resolución de acusación, pues falló la citación mediante telegrama a los sujetos no informados personalmente, tres días después de cuyo envío se debía fijar el estado. Ese aviso no se envió a la entonces defensora de Edisson y los traslados para sustentar la apelación interpuesta por uno de los abogados y a los no recurrentes fueron recortados por el secretario, aplicándose mal lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 33 de la ley 81 de 1993, lo cual, además de no haberse notificado el auto que declaró desierto el recurso interpuesto por uno de los defensores, se traduce en la no ejecutoria de la calificación de la instrucción.

Reconoce que el doble homicidio es repudiable, lo cual no implica "que el derecho de defensa pueda ser menoscabado por la presencia de una confesión".

Pide, por consiguiente, casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad desde la apertura de la investigación o a partir de la resolución calificatoria, con la consecuente excarcelación de su defendido.

Segundo cargo: Propuesto "como subsidiario del primero", lo ubica también dentro de la causal tercera, por haberse proferido la sentencia dentro de un juicio viciado de nulidad por falta de defensa técnica, pues Edisson no fue

asistido por un abogado durante la etapa instructiva, contraviniéndose lo normado por el artículo 29 de la Constitución, pues sólo al clausurarse la investigación se efectuó la designación de un letrado, oficiosamente, pero tampoco se presentó alegato de conclusión, ni recursos y hubo pasividad en el juicio.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia recurrida y anular desde el cierre de la instrucción, inclusive, al igual que conceder la libertad a su representado, "por el vencimiento de los términos".

Tercer cargo: También en subsidio, el casacionista acude a la causal primera para alegar violación directa por indebida aplicación del artículo 324 del Código Penal, lo cual condujo a falta de aplicación del 299 del Código de Procedimiento Penal.

Dice que en la primera versión, el 18 de agosto de 1993 al momento de rendir indagatoria, Edisson confesó su autoría, indicando las circunstancias modales de su conducta. Del testimonio de Sandra Patricia Marín Gómez y del informe policivo se colige que él no fue capturado en flagrancia. Así, al no ser rebajada la pena en una sexta parte, dejó de aplicarse el mencionado artículo 299.

Por lo anterior, solicita casar la sentencia impugnada, para dictar una que reconozca la reducción punitiva.

Cuarto cargo: Por la causal segunda y como reproche subsidiario de los tres anteriores, el recurrente considera que hay inconsonancia entre la resolución de acusación y el fallo atacado, pues además de homicidio, en la resolución de acusación se incluyó "el delito de hurto agravado por el numeral 1 del artículo 350 del Código Penal, en el grado de tentativa", pero en la sentencia se lo sorprendió al tenerse el hurto imperfecto como calificado, vulnerándosele así el derecho de defensa. Solicita casar la sentencia recurrida, y dictar una acorde con la resolución de acusación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Primer cargo: Después de criticar que el censor entre mezcle diferentes motivos de nulidad que no admiten propuesta simultánea, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal dice que lo señalado por el recurrente se muestra contrario a lo dispuesto en el artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 83 de 1993, que faculta a los jueces penales municipales, y por ende a los promiscuos, para iniciar la investigación en los lugares donde no exista fiscal, competencia que se proyecta a la recepción de indagatoria y la definición de situación jurídica, como aconteció en La Macarena, que en agosto de 1993 no contaba con un fiscal radicado para esos efectos.

Agrega que dicho Juez Promiscuo Municipal adelantó la instrucción del 17 al 21 de agosto de ese año y remitió el expediente a la Fiscal Seccional de Granada, sin haber resuelto la situación jurídica.

En cuanto a la errada notificación de la resolución de acusación alegada por el impugnante, el Representante del Ministerio Público dice que "no es viable pregonar que se infringe el debido proceso, como consecuencia de la violación a la garantía de defensa inherente al imputado, toda vez que el menoscabo de ese postulado, redunda en la estructuración de irregularidades sustanciales al interior del proceso, que desde luego no se equiparan con el postulado de defensa, que encuentra regulación independiente en el artículo 304 num. 3° del C. de P. P.".

Además, indica que el defensor de Edisson no está legitimado para requerir la invalidación de una actuación que hubiere afectado la impugnación efectuada por el defensor de Efrain Alberto Velásquez.

Agrega que la notificación personal del enjuiciamiento se hace "al procesado o a su defensor", y en este asunto lo fue a Edisson, de conformidad con el artículo 440 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 59 la ley 81 de 1993, quedando suplido el enteramiento a la defensora con el correspondiente estado.

Estima así que el primer cargo no debe prosperar.

Segundo cargo: El Procurador Delegado observa que quienes hicieron las veces de defensor de Edisson en la indagatoria y en su ampliación no detentaban la calidad de abogados titulados, lo cual reviste en infracción al derecho de defensa, pues aunque entonces el artículo 148 del Código de Procedimiento Penal posibilitaba excepcionalmente tal asistencia, tan sólo justificaría la designación del ciudadano en La Macarena, en donde es cierto que no se cuenta fácilmente con el concurso de profesionales del derecho, mas no en Granada, que es cabecera de Circuito e "indudablemente actúan abogados inscritos".

Para abundar, la falta de defensa técnica "se proyectó a todo el decurso de la etapa instructiva", en cuanto sólo en el proveído de cierre del sumario se designó alguien que la ejerciera profesionalmente. Más aún, en el juicio "revistió características de mera formalidad".

De tal manera, conceptúa que "el cargo tiene vocación de éxito y, en consecuencia, ha de decretarse la nulidad de lo actuado, a partir inclusive de la diligencia de indagatoria".

Tercer cargo: El representante de la sociedad considera que el casacionista no se encuentra legitimado para recurrir el reconocimiento de la rebaja por confesión, debido a que la sentencia de primera instancia no fue apelada por él en cuanto a este aspecto, sino por nulidad por violación al derecho de defensa.

De otro lado, el recurrente dice formular este reproche por vía directa, pero involucra consideraciones probatorias, quedando el cargo encauzado por la vertiente equivocada. Además, se excluye la rebaja de pena por confesión al haber mediado flagrancia, porque fue visto por testigos cuando, en

actitud de huida, abandonaba el inmueble donde se desarrollaron los hechos.

Por todo lo anterior, conceptúa que esta censura debe rechazarse.

Cuarto cargo: El Procurador Delegado conceptúa que este reproche también debe desestimarse, porque en la resolución de acusación se imputó al sindicado doble homicidio agravado y tentativa de hurto "en los términos del artículo 350 num. 1°", que son los mismos delitos por los cuales fue condenado, resultando así coincidentes la acusación y el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1- De los diversos reproches de nulidad formulados por el recurrente, es procedente examinar inicialmente el PRIMERO, en cuanto en uno de sus enfoques propone la invalidación de lo actuado a partir de la apertura de la investigación.

Entre el 17 de agosto de 1993, día del acaecimiento delictivo y el 21 de los mismos, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Macarena, Meta, abrió investigación por el doble homicidio agravado y la tentativa de hurto y realizó varias diligencias, entre ellas la recepción de dos indagatorias y ampliación de una. El impugnante dice que no tenía competencia para ello, la cual estaba reservada a la Fiscalía Seccional, por lo cual se habría generado nulidad a partir de esa apertura.

Diferente a lo expresado por la Procuraduría Delegada, tal Juzgado no actuó con base en lo estatuido por "el artículo 73 del C. de P. P., modificado por la Ley 83 (sic) de 1993 artículo 11", pues no podía haber iniciado la instrucción al amparo de un precepto aún no existente, porque la ley 81 fue promulgada meses después (2 de noviembre de dicho año).

El punto está en que, a pesar de ser lo indicado dentro del sistema acusatorio que los jueces efectúen exclusivamente funciones de juzgamiento, hay excepciones admitidas desde la Constitución Política y en la ley, que le confieren a algunos de ellos funciones instructivas, como a la Corte Suprema de Justicia (arts. 186 y 235-3 Const.) y a los mismos jueces penales y promiscuos municipales (L. 228/95), a quienes les ínsita la facultad para investigar ciertos hechos punibles y no se generará nulidad cuando la realicen sobre otros, sin alterar funciones básicas o fundamentales como la acusación.

Por mandato del inciso 2° del artículo 27 transitorio de la Carta, hasta el 7 de julio de 1995 ("cuatro años contados a partir de la expedición de esta reforma") los juzgados penales municipales seguirían conociendo y adelantando sumarios, mientras entraban a operar las respectivas unidades locales de la Fiscalía. Por su parte, el artículo 14 transitorio del Decreto 2700 de 1991 permitía a los jueces penales y promiscuos municipales continuar investigando "los delitos de su competencia, hasta cuando se implante gradualmente lo previsto en el presente decreto".

Sería ideal que en todos los municipios del país hubiese por lo menos un fiscal instructor; o grupos a disposición para inmediato traslado y asunción; no es ello posible, sin embargo, dados el complejo relieve y la extensión de la geografía nacional y la necesidad de optimar los recursos de que se dispone. Ello no quiere decir que el Estado no deba estar presente y cumplir en todo el territorio nacional las funciones que le son propias, entre ellas iniciar oportunamente una investigación penal y recopilar pruebas, particularmente aquéllas que estén en riesgo de desaparecer, realizando actos no reservados a quien tiene la competencia plena.

Dentro de esas circunstancias actuó el Juez Promiscuo Municipal de La Macarena, quien ante la noticia de los homicidios y la tentativa de hurto abrió la investigación, recibió unos testimonios, oyó en indagatoria a dos sindicados ampliando una, practicó otras diligencias y cuatro días después del acaecimiento remitió la actuación al Coordinador de Fiscalías de Granada, Meta.

Las facultades inherentes a esa función instructiva fueron reconocidas expresamente en la legislación posterior a que hace referencia el Ministerio Público en su concepto. Así, el inciso último del artículo 11 de la Ley 81 de 1993 dispuso que cuando en el lugar donde se cometa el hecho punible no exista fiscal que avoque inmediatamente la investigación, lo hará el correspondiente juez penal municipal, quien avisará en el acto a la respectiva unidad de fiscalía y, si no fuere posible poner a disposición de dicha unidad las diligencias, de resultar necesario indagará al imputado y le resolverá situación jurídica.

Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional el 8 de septiembre de 1994 (sentencia C-396, M. P. José G. Hernández Galindo), entendiendo que no se desvirtúa el sistema implantado en la nueva Carta con un precepto excepcional que, para los casos estrictamente necesarios, permita iniciar las labores investigativas a funcionarios de la Rama Judicial no pertenecientes a la Fiscalía, para que el Estado pueda cumplir con su responsabilidad de empezar las indagaciones de manera oportuna.

Dentro de esa fundamentación, el Juez actuó en forma providente y sin quebrantar los postulados orgánicos y funcionales de la Constitución que, por el contrario, aplicó para lograr la inmediata presencia y acción del Estado a través de la Rama Judicial del poder público. Es así válida la apertura de la investigación dispuesta por el Juez Promiscuo Municipal de La Macarena, al igual que la recepción de las indagatorias y las demás diligencias que practicó y, en consecuencia, el reproche no está llamado a prosperar.

2- Por sustracción de materia derivada de lo que ha de resolverse en el punto siguiente, que viene a retrotraer la actuación a un estado procesal anterior, no es pertinente que la Sala se pronuncie en cuanto a la censura de presuntas irregularidades en la notificación de la resolución de acusación, el recurso contra ella interpuesto, los traslados correspondientes y la declaratoria de deserción, que como supuesto desconocimiento del de-

recho a la segunda instancia también ensaya el casacionista al interior del primer cargo.

3- Con relación al reproche de nulidad por falta de defensa técnica, planteado en la demanda de casación como SEGUNDO CARGO, debe decirse inicialmente que Edisson Zamorano (o Zamora o Zambrano) Rodríguez fue vinculado mediante indagatoria dentro del apremiante término legal, en el apartado municipio de La Macarena, Meta y el defensor que se le asignó no consta como abogado, como tampoco quien luego lo asistió en la ampliación recibida en Granada.

Ello se efectuó cuando aún no se había producido la sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz, que declaró inexequibles los artículos 34 del Decreto 196 de 1971, 148 inciso 1° y 355 del Decreto 2700 de 1991, permitiendo los primeros confiar el cargo de defensor a un ciudadano honorable, no servidor público, cuando no hubiere letrado disponible al momento de recibir la injurada.

Por las razones que repetidamente han sido expuestas, por ejemplo en las sentencias de casación proferidas por esta Sala el 26 de junio de 1996, radicación 9280, M. P. Ricardo Calvete Rangel y el 25 de julio del mismo año, radicación 9577, con ponencia de quien ahora cumple igual labor, las vinculaciones efectuadas en las circunstancias y condiciones que aquí se presentan son válidas, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, la sentencia C-049 sólo produce efectos hacia el futuro, por lo cual no incide en las indagatorias recibidas con acatamiento de las normas que aún regían al momento de su práctica.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que sucede en el caso de Edisson es que careció completamente de la asistencia de abogado, escogido por él o designado de oficio, durante toda la instrucción, pues sólo le fue asignado uno en la misma resolución mediante la cual se dispuso cerrarla. Así, la totalidad del caudal probatorio que sirvió de base para proferir la acusación en su contra, se allegó al proceso sin que un profesional del derecho que actuase en su defensa tuviere la más mínima oportunidad de controvertir ni intervenir en el acopio, ni solicitar otros elementos de comprobación, o instar una evaluación científica que sirviere de orientación pericial para determinar el estado mental del infractor, o le hubiere asesorado sobre la conveniencia de, por ejemplo, pedir sentencia anticipada.

Debió proveerse, lo más pronto posible, un abogado para que asistiera al sindicado, pero él no tuvo la iniciativa de nombrar alguno, ni el instructor cumplió oportunamente con la obligación de asignárselo de oficio y con ese evidente quebrantamiento del derecho de defensa se le causó perjuicio, al impedírsele contar con asesoramiento técnico, que ahora deberá suministrársele, retrotrayendo la actuación a un momento procesal desde el cual pueda subsanarse lo garrafalmente omitido.

Al no existir forma de subsanar la absoluta falta de defensa técnica que afectó a Edisson Zamorano (o Zamora o Zambrano) Rodríguez durante la tota-

lidad de la fase investigativa, el proceso será anulado parcialmente desde la resolución de cierre de la instrucción, inclusive y únicamente en lo que respecta a dicho sindicado, en cuanto Efraín Alberto Velásquez sí contó con abogado, que él mismo nombró el 26 de agosto de 1993, fecha en que la Fiscalía 27 de Granada profirió medida de aseguramiento de detención preventiva sobre ambos, contra la cual pudo haber recurrido y de allí en adelante desarrollar profesionalmente las facultades propias de la defensa.

Cabe mencionar, como complemento, que la situación que está siendo objeto de análisis guarda similitud con la apreciada por la Sala en el capítulo 3 de las consideraciones de la sentencia dictada el 11 de agosto de 1999, radicación 11.555, M. P. Fernando E. Arboleda Ripoll, que ahora se reiteran.

3- Consecuencia del regreso de la actuación a la etapa instructiva es el reconocimiento del derecho que tiene el procesado a que se le conceda libertad provisional, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, debido a que la duración del encarcelamiento supera el tiempo allí previsto, sin que ahora subsista calificación válida del sumario.

Como garantía de su comparecencia al proceso, deberá prestar caución que, atendidas las directrices legales, se fija en quinientos mil pesos ($500.000), suma que depositará en cuenta de la correspondiente unidad de la Fiscalía General de la Nación, a la cual, ante la proximidad de las vacaciones judiciales colectivas, se comisiona por conducto de la Dirección Nacional de Fiscalías, para que se suscriba la diligencia de imposición de las obligaciones previstas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal y libre la respectiva orden de libertad con destino a la Penitenciaría Central de Colombia, "Picota", que sólo se hará efectiva si no es requerido en privación de libertad por otra autoridad, en diferente proceso.

4.- La prosperidad de la casación por la causal tercera, según lo anteriormente determinado, deja sin materia el análisis de los cargos TERCERO y CUARTO de la demanda.

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

RESUELVE:

1° CASAR parcialmente la sentencia condenatoria impugnada.

2° DECRETAR la nulidad parcial de lo actuado, desde la providencia que declaró cerrada la investigación, inclusive, únicamente en lo que respecta a Edisson Zamorano (o Zamora o Zambrano) Rodríguez, quedando firme en lo demás.

3° CONCEDER la excarcelación a dicho procesado, bajo caución por valor de quinientos mil pesos ($500.000), que depositará en cuenta de la corres-

pondiente unidad de la Fiscalía General de la Nación, a la cual, ante la proximidad de las vacaciones judiciales colectivas, se comisiona por conducto de la Dirección Nacional de Fiscalías, para que se suscriba la diligencia de imposición de las obligaciones previstas en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal y libre la respectiva orden de libertad con destino a la Penitenciaría Central de Colombia, "Picota", que sólo se hará efectiva si no es requerido en aprehensión por otra autoridad, en diferente proceso.

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

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos Eduardo Mejía Escobar, (no hay firma), Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RESOLUCION DE ACUSACION-Marco jurídico-fáctico de la actuación del fallador/**CASACION**-Causal segunda

1. "Tal manera de regular las exigencias de la acusación y de la sentencia, no tiene por objeto sino significar que en el marco de aquella es que se va a mover la actuación del fallador y cuáles sus límites de decisión. Así entonces, ha entendido la jurisprudencia de ésta Corporación, los hechos, histórica o fácticamente, deben ser esencialmente los mismos; y la calificación jurídica; aún no siendo idéntica -resolución por el mismo tipo penal imputado por el Fiscal- sí debe estar recogida en el mismo Capítulo del Código Penal". Esto último explica precisamente que uno de los contenidos de la resolución de acusación, previsto en el numeral 3º del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, sea la calificación jurídica provisional de la conducta, con mención del capítulo y el título del Código Penal donde se encuentra prevista, siendo dicho carácter el que le permite al juzgador variar la imputación, a condición de lo haga dentro del mismo capítulo del Código Penal y no resulte agravada la situación del procesado (Sentencia de casación de marzo 17 de 1999. Radicación 10.862).

2. Cuando se recurre en casación con fundamento en la causal 2ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, no puede perderse de vista lo señalado en precedencia. Es deber del censor, en consecuencia, como condición para que la demanda le sea admitida, demostrarle a la Corte que el delito objeto de la sentencia no se encuentra previsto dentro de los mismos título y capítulo del Código Penal referidos en la resolución de acusación o que, estándolo, empeora la situación del procesado.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 200 Proceso N° 14796

VISTOS

Determina la Sala si la demanda de casación presentada a nombre del procesado Gabriel Motta, reúne en su aspecto formal los requisitos a que se refiere el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 9 de noviembre de 1996 falleció Luis Enrique Obando Gallego como consecuencia de múltiples golpes que le propinaron varias personas, luego de ser sorprendido intentando robar en el interior una camioneta.

Fue vinculado al proceso Gabriel Motta, contra quien la Fiscalía dictó resolución de acusación el 13 de marzo de 1997, por el cargo de homicidio agravado por la causal 6ª del artículo 324 del Código Penal. Surtido el trámite del juicio el Juzgado 37 Penal del Circuito decidió condenarlo por el delito de homicidio preterintencional a la pena de 10 años y 5 meses de prisión. Esta determinación fue apelada por el Fiscal y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante providencia del 22 de octubre de 1997 –la que es objeto del recurso de casación–, modificó el fallo y condenó al procesado Motta a la pena principal de 25 años y 4 meses de prisión, en calidad de coautor responsable de homicidio simple.

LA DEMANDA

El único cargo propuesto en contra de la sentencia lo apoyó la defensa en la causal 2ª de casación. Lo hace consistir en que la Fiscalía profirió resolución acusatoria en contra de su representado por el delito de homicidio agravado, el Juzgado del Circuito lo condenó en primera instancia por homicidio preterintencional y el Tribunal lo hizo por homicidio simple. Sin más, estimó infringidos los artículos 1º y 220 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución Nacional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

"La sentencia –señaló la Corte con Ponencia de quien aquí realiza idéntica labor– es el acto procesal naturalmente llamado a dar fin al proceso, a resolverlo de manera definitiva. Pero en ella el juzgador viene atado, circunscrito, por la resolución acusatoria. El alcance de esa limitación es lo que en el fondo constituye el principio de congruencia.

"La ley Colombiana, como en general lo conciben los sistemas de derecho positivo fundamentados en similares principios procesales, reconoce que el proceso penal define gradualmente su objeto y que a tal identificación concurren dos criterios o elementos: el histórico y el normativo. También, que ninguno de los dos es suficiente, con exclusión del otro, para delimitar dicho objeto o sea, en otras palabras, la conducta materia de juzgamiento. Sin embargo, a través de las regulaciones que sobre la estructura del procedimiento y su mecánica se han sucedido en el tiempo, se ha acudido a instituciones procesales distintas para fijar con mayor o menor amplitud las facultades del Juez frente a la acusación, o las posibilidades de llevar a cabo variaciones que repercutan en la denominación jurídica del delito por el cual se procede.

---

[1] Sentencia de casación de marzo 17 de 1989. Radicación 10.862.

"Actualmente el artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, recoge la doble dimensión identificadora del hecho cuando exige que el fallo contenga un resumen de los hechos investigados, un resumen de la acusación, y la calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado. Dicha disposición ha de entenderse con arreglo al marco jurídico fáctico que a su vez el legislador ha previsto para construir la acusación. Por eso la norma, aislada del contenido del artículo 442 ib., reportaría significados muy amplios y probablemente ambiguos.

"Esta última regla, a su vez, exige como requisito formal de la resolución de acusación una narración de los hechos, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que los especifiquen, es decir, que permitan individualizarlos; y además demanda la calificación jurídica de esos hechos, advirtiendo que la misma es provisional y que contendrá el señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal.

"Tal manera de regular las exigencias de la acusación y de la sentencia, no tiene por objeto sino significar que en el marco de aquella es que se va a mover la actuación del fallador y cuáles sus límites de decisión. Así entonces, ha entendido la jurisprudencia de ésta Corporación, los hechos, histórica o fácticamente, deben ser esencialmente los mismos; y la calificación jurídica, aún no siendo idéntica –resolución por el mismo tipo penal imputado por el Fiscal– sí debe estar recogida en el mismo Capítulo del Código Penal". Esto último explica precisamente que uno de los contenidos de la resolución de acusación, previsto en el numeral 3º del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, sea la calificación jurídica provisional de la conducta, con mención del capítulo y el título del Código Penal donde se encuentra prevista, siendo dicho carácter el que le permite al juzgador variar la imputación, a condición de lo haga dentro del mismo capítulo del Código Penal y no resulte agravada la situación del procesado.[2]

Cuando se recurre en casación con fundamento en la causal 2ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, no puede perderse de vista lo señalado en precedencia. Es deber del censor, en consecuencia, como condición para que la demanda le sea admitida, demostrarle a la Corte que el delito objeto de la sentencia no se encuentra previsto dentro de los mismos título y capítulo del Código Penal referidos en la resolución de acusación o que, estándolo, empeora la situación del procesado.

Así no lo hizo la defensa en el caso examinado. Le bastó afirmar que se transgredió el principio de congruencia y como demostración simplemente señaló que la acusación fue por homicidio agravado, que en primera instancia se condenó por homicidio preterintencional y que en segunda se hizo por homicidio simple. La evidente falta de sustentación del ataque y la circunstancia manifiesta de que en realidad no ha sido planteado ningún problema de consonancia entre acusación y sentencia, impiden la admisión de la demanda.

---

[2] Cfr. la providencia citada.

Debe anotarse, para finalizar, que en el escrito a través del cual la defensa interpuso el recurso de casación se refirió a un segundo cargo por la vía de la causal 3ª. No obstante, al no ser incluido en la demanda, no existe ninguna razón para que la Corte se refiera al mismo.

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado Gabriel Motta.

2. Declarar desierto el recurso y devolver las diligencias al Tribunal de origen.

3. Contra la presente decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE CRONOLOGICO

(Véase también en Internet)

Página

EXTRADICION-Naturaleza mixta del trámite/EXTRADICION-Etapas, control/ EXTRADICION-Defensa técnica, oportunidad/EXTRADICION-Prueba impertinente: Ausencia de jurisdicción del país requirente/ EXTRADICION-Proceso en Colombia

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Extradición
FECHA: 07/12/1999
DECISION: No decreta la nulidad solicitada, deniega práctica de pruebas
PAIS REQUIRENTE: Estados Unidos de América
PROCESADO: DEL PRADO ARREGOCES, OMAR
PROCESO: 16307
PUBLICADA: Sí 7

REBELION-Competencia a partir del 1º de julio de 1999

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 07/12/1999
DECISION: Asigna la competencia al Tribunal Superior de Antioquia
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Antioquia, Tribunal Superior de Bogotá
PROCESADOS: GOMEZ HERNANDEZ, ALBEIRO DE JESUS
CARDONA, JOSE ANTONIO
VIERA DE LOPEZ, AREIZA EUCARIS
VARGAS USUGA, RUBEN DARIO
DELITOS: Rebelión
PROCESO: 16346
PUBLICADA: Sí 18

COLISION DE COMPETENCIA-Ley 504 de 1999/NARCOTRAFICO

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 07/12/1999
DECISION: Declara la competencia del Tribunal Superior de Cali, dispone comunicar al Tribunal Superior de Bogotá

Página

PROCEDENCIA: Tribunal Superior de Bogotá, Tribunal Superior de Cali
PROCESADO: MURILLO AGUADO, ORLANDO
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 16256
PUBLICADA: Sí 22

DOCUMENTO PUBLICO-Alcance probatorio/FALSEDAD PARA OBTENER PRUEBA DE HECHO VERDADERO-Alcance de la expresión "medio de prueba de hecho verdadero/DOSIFICACION PUNITIVA-Circunstancias de agravación y conceptos del artículo 61 del C.P./DOSIFICACION PUNITIVA-Marco punitivo

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 07/12/1999
DECISION: Confirma el fallo en lo referente a los cargos, fija pena, fija accesoria igual
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
PROCESADO: MONTOYA GONZALEZ, LUIS CARLOS
DELITOS: Falsedad material empl. of. en doc. público
PROCESO: 15458
PUBLICADA: Sí 28

COLISION DE COMPETENCIA-Acumulación de procesos

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 07/12/1999
DECISION: Se inhibe de desatar el conflicto señalado
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Neiva
PROCESADO: MIRANDA DE MIRANDA, ELSY CECILIA
DELITOS: Peculado por apropiación, Prevaricato por acción
PROCESO: 16616
PUBLICADA: Sí 50
09/12/1999

PERMISO ADMINISTRATIVO-Delitos de competencia de los Jueces Especializados

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Auto Casación
FECHA: 09/12/1999
DECISION: Reconoce redención de pena, declara superado el 70% de de la pena impuesta
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: CARMONA FUENTES, JAIRO
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 13223
PUBLICADA: Sí 54

Página

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 09/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
RECURRENTE: CELEITA LOPEZ, JUAN PABLO
PROCESADO: LOPEZ PEÑA, JUAN CARLOS
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado, Tentativa de hurto
PROCESO: 11262
PUBLICADA: Sí 57

COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite, competencia

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Colisión Competencia
FECHA: 10/12/1999
DECISION: Se abstiene de resolver solicitud de libertad condicional, remite copia al Juzgado
PROCESADO: HIGUITA GUTIERREZ, MARIO DE JESUS
PROCESO: 16686
PUBLICADA: Sí 63

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir-Irretractabilidad/ NARCOTRAFICO

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 10/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADOS: VELASQUEZ TRUJILLO, DANIEL EDUARDO
PORRAS ROBAYO, CARLOS FAUSTINO
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 10074
PUBLICADA: Sí 66

PREVARICATO/ FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES/CAUSAL DE INCULPABILIDAD-Desconocimiento de la norma

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 10/12/1999
DECISION: Confirma la sentencia impugnada
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cúcuta

Página

PROCESADO: SANCHEZ MOZO, ORLANDO
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 15598
PUBLICADA: Si 75

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY-Falta de aplicación/REPARACION DEL DAÑO-Delitos contra el patrimonio económico, artículo 374 del C.P./ PERJUICIOS MORALES-Facultad del juez para señalarlos/

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 10/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADOS: GALLEGO LORZA, WILMAR DARIO
RUA TORRES, HERNANDO ALONSO
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal
PROCESO: 11656
PUBLICADA: Si 91

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Readaptación social

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Casación -Libertad
FECHA: 10/12/1999
DECISION: Niega la libertad provisional solicitada
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS: MALDONADO RODRIGUEZ, OSCAR
16485
PUBLICADA: Si 99
14/12/1999

DETENCION DOMICILIARIA-Variación del lugar

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Unica Instancia
FECHA: 14/12/1999
DECISION: Deniega la solicitud de cambio de inmueble donde se cumple la detención domiciliaria
PROCEDENCIA: Corte Suprema de Justicia
PROCESADO: ARBOLEDA GOMEZ, SAULO
PROCESO: 15273
PUBLICADA: Si 108

EXTRADICION-Proceso en Colombia

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Extradición

Página

FECHA: 14/12/1999
DECISION: Conceptúa favorablemente
PAIS REQUIRENTE: Suiza
REQUERIDO: RISSI, MARTIN PETER
PROCESO: 15013
PUBLICADA: Sí 111

BENEFICIO ADMINISTRATIVO-Clases/LIBERTAD PROVISIONAL/LIBERTAD PREPARATORIA-Naturaleza

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Casación -Libertad
FECHA: 14/12/1999
DECISION: Niega la libertad provisional reclamada
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: BARAJAS PARDO, ELKIN YESID
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 15120
PUBLICADA: Sí 130

DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable/INDAGATORIA-Finalidad/ INDAGATORIA-Interrogatorio

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 14/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: CORREA ALZATE, MONICA VICTORIA
DELITOS: Omisión de informes sobre act. terroristas
PROCESO: 12696
PUBLICADA: Sí 120

CAMBIO DE RADICACION-Ambiente de inseguridad que afecta a los funcionarios

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Cambio de Radicación
FECHA: 14/12/1999
DECISION: Declara fundada la solicitud, asigna el proceso a los Jueces penales de Bogotá
PROCEDENCIA: Juzgado 4 Penal del Circuito
CIUDAD: Armenia- Quindío
PROCESADO: OVIEDO ALFARO, CARLOS ALBERTO
DELITOS: Homicidio agravado
PROCESO: 16590
PUBLICADA: Sí 133

Página

CASACION-Interés: Identidad sustancial en el objeto de la impugnación/ APELACION-Naturaleza del instituto/IRA E INTENSO DOLOR-Error frente a la atenuante/PERJUICIOS-Cuando media reconocimiento de ira e intenso dolor/PERJUICIOS-Ira putativa/ CASACION-Interés para recurrir-Apelación

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 14/12/1999
DECISION: Casa el fallo, modifica la pena principal y accesoria
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: ARIZA ALVAREZ, DANIS
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 12343
PUBLICADA: Sí 141

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR-Competencia por la cuantía

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 14/12/1999
DECISION: Declara la competencia del Juzgado Penal Especializado del ... Circuito de Neiva
PROCEDENCIA: Juzgado Penal Especializado del Circuito
CIUDAD: Neiva
PROCESADO: BELTRAN CUELLAR, ORLANDO
DELITOS: Enriquecimiento ilícito de particular
PROCESO: 16220
PUBLICADA: Sí 173

DEMANDA DE CASACION-Causal primera

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Casación
FECHA: 14/12/1999
DECISION: Rechaza in límine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADOS: GAITAN AVILA, DIEGO AUGUSTO
MIRANDA TELLEZ, MARIO
DELITOS: Concusión
PROCESO: 16145
PUBLICADA: Sí 103

LEGALIDAD DE LA PENA-Técnica en casación/LEGALIDAD DE LA PENA-Límite máximo/DOSIFICACION PUNITIVA-Límite máximo

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999

Página

DECISION: Desestima la demanda, casa parcialmente, fija la pena en 30 años
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: HOYOS, GILDARDO
PROCESADO: ALVARADO HERRERA, JOSE JULMER
DELITOS: Secuestro extorsivo agravado, Porte de armas de defensa personal, Porte de armas de uso privativo de las F.M., Utilización ilegal de uniformes de uso priv., Porte de insignias de las Fuerzas Armadas
PROCESO: 14456
PUBLICADA: Sí 177

EXTORSION-Competencia, tránsito de legislación/FAVORABILIDAD-Normas sobre competencia y procedimiento

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: FONSECA GARCIA, MARCO ANTONIO
DELITOS: Extorsión
PROCESO: 12512
PUBLICADA: Sí 188

PERMISO ADMINISTRATIVO-Delitos de competencia de los Jueces Especializados

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Auto Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: Se abstiene de reconocer la redención de pena solicitada
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: RENTERIA CALERO, HUMBERTO
DELITOS: Violación a la Ley 30/80
PROCESO: 11836
PUBLICADA: Sí 215

ACUMULACION JURIDICA DE PROCESOS-De la justicia ordinaria a los de la regional/ DERECHO DE DEFENSA-Justicia Regional-Ausencia de debate oral/INVESTIGACION INTEGRAL-Técnica para alegar su valoración/ TESTIMONIO-Retractación/ ERROR DE HECHO/FALSO JUICIO DE EXISTENCIA

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Nacional
PROCESADO: GARCIA BELTRAN, JUAN RENE

Página

NO RECURRENTE: TORRES DIAZ, JOSE JAIME
NO RECURRENTE: TENJO GAMBOA, JUAN IGNACIO
DELITOS: Homicidio agravado
PROCESO: 13420
PUBLICADA: Sí 201

DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable/
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Concreción del error

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Antioquia
PROCESADO: OSSA GALLEGO, LUIS ALBEIRO
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio intencional
PROCESO: 11781
PUBLICADA: Sí 217

DERECHO DE CONTRADICCION-Prueba antes de la vinculación
del procesado/DERECHO DE CONTRADICCION-Facultad
de contrainterrogar al testigo

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: RIVAS MOLINA, JUAN CARLOS
DELITOS: Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado
PROCESO: 11616
PUBLICADA: Sí 248

INDAGATORIA-Interrogatorio/NULIDAD-Deficiente interrogatorio
al procesado/NULIDAD-Técnica en casación

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: PARRA ARISTIZABAL, JAIME
DELITOS: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa
PROCESO: 11899
PUBLICADA: Sí 234

Página

PREVARICATO-Elemento subjetivo

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 15/12/1999
DECISION: Confirma el fallo recurrido
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cartagena
PROCESADO: ANZOATEGUI MORILLO, MIGUEL ANGEL
DELITOS: Prevaricato
PROCESO: 14017
PUBLICADA: Sí 263

CARGOS EXCLUYENTES-Técnica/TESTIMONIO-Retractación

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cundinamarca
RECURRENTE: VELASCO, BELARMINO
DELITOS: Lesiones personales culposas. Porte de armas de defensa personal, Homicidio
PROCESO: 11429
PUBLICADA: Sí 272

NULIDAD-Técnica en casación/DERECHOS DEL CAPTURADO-Carácter imperativo de su enteramiento/DERECHOS DEL CAPTURADO-Constancia escrita/NOTIFICACION AL PROCESADO PRIVADO DE LA LIBERTAD/ DICTAMEN PERICIAL-Traslado

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: MENDEZ MENDEZ, RIQUEL
DELITOS: Homicidio, Tentativa de hurto calificado y agravado
PROCESO: 11504
PUBLICADA: Sí 292

COMPENSACION DE CULPAS-No tiene aplicación en el campo penal/ *IN DUBIO PRO REO*-Técnica en casación

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial

Páginas

CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: ARAMENDIZ HERNANDEZ, GUILLERMO
DELITOS. Homicidio culposo
PROCESO: 13283
PUBLICADA: Sí 308

POLICIA JUDICIAL-Facultades

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: DAVID HIGUITA, ANTONIO JOSE
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal, Secuestro simple
PROCESO: 11338
PUBLICADA: Sí 281

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Interés, pretensión más gravosa

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: MARTINEZ CHALARCA, JHON JAIRO
MIRA MUÑOZ, HORACIO
GAVIRIA MUÑOZ, JORGE IVAN
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal
PROCESO: 12004
PUBLICADA: Sí 314

CASACION-Exigencias/VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL-Modalidades-Técnica/FALSO JUICIO DE EXISTENCIA-Técnica/FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Técnica/INDICIO-Técnica para atacarlo en casación

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: ECHEVERRY ESCOBAR, AMPARO
PROCESO: 12396
PUBLICADA: Sí 325

Página

CASACION-Errores en la apreciación de las pruebas

PONENTE:	JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
	Sentencia Casación
FECHA:	15/12/1999
DECISION:	No casa
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD:	Montería
PROCESADO:	ARRIETA RAMOS, LUIS MANUEL
DELITOS:	Homicidio
PROCESO:	12939
PUBLICADA:	Sí 332

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA-Técnica para alegarla en casación/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Concepto/ERROR DE INFERENCIA/ *IN DUBIO PRO REO*-Naturaleza de la duda que transciende en casación

PONENTE:	FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
	Sentencia Casación
FECHA:	15/12/1999
DECISION:	No casa
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD:	Neiva
PROCESADO:	CAICEDO PRADO, JOSE ALBERTO
DELITOS:	Tentativa de homicidio
PROCESO:	13092
PUBLICADA:	Sí 352

FISCAL-Interés para recurrir-Límites de su pretensión/ CASACION-Ausencia de interés-Consecuencias jurídicas

PONENTE:	JORGE E. CORDOBA POVEDA
	Sentencia Casación
FECHA:	15/12/1999
DECISION:	Desestima la demanda, expide copias con destino a la Procuraduría Delegada para la vigilancia judicial
PROCEDENCIA:	Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD:	Neiva
PROCESADO:	GARCIA CANO, ELVIA LUCIA
DELITOS:	Homicidio agravado, Falsa denuncia
PROCESO:	11229
PUBLICADA:	Sí 345

DEMANDA DE CASACION-Causal tercera/ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación/PENA ACCESORIA-Debida motivación/

PONENTE:	CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
	Sentencia Casación
FECHA:	15/12/1999

Página

DECISION: Desestima la demanda, casa parcialmente, revoca la suspensión de la patria potestad
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Pereira
PROCESADO: FRANCO QUINTERO, LUIS CARLOS
DELITOS: Hurto calificado y agravado
PROCESO: 11981
PUBLICADA: Sí 364

NULIDAD-Omisión de pruebas/DETERMINADOR-AUTOR-Tienen el mismo grado de punibilidad/ PREVARICATO-No exige que el sujeto activo se proponga obtener "un provecho"

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Sentencia Segunda Instancia
FECHA: 15/12/1999
DECISION: Deniega la Nulidad propuesta y confirma la sentencia apelada
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Popayán
PROCESADO: MOSQUERA MOSQUERA, ANDRES
DELITOS: Prevaricato
PROCESO: 14187
PUBLICADA: Sí 379

INDAGATORIA-Asesoría de un perito/VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: MARTINEZ HERNANDEZ, EDGAR JOSE
DELITOS: Falsedad en documento público, Falsedad en documento privado, Uso de sello oficial
PROCESO: 12635
PUBLICADA: Sí 397

DERECHO DE DEFENSA/NON BIS IN IDEM/TENTATIVA DE HOMICIDIO/CONCURSO/INDAGATORIA-Interrogatorio/TORTURA-Con fines terroristas/PRUEBA TRASLADADA-Ataque en casación

PONENTE: JORGE ANIBAL GOMEZ GALLEGO
Sentencia Casación Discrecional
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: PULIDO BARON, FANNY

Página

DELITOS: Tortura
PROCESO: 12374
PUBLICADA: Sí 410

TERMINACION ANTICIPADA-Consonancia entre la acusación y la sentencia/ FLAGRANCIA-Requisitos/CONFESION-Fundamento de la sentencia/ FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO-Agravada por el uso-Pena

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 15/12/1999
DECISION: No casa
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Valledupar
RECURRENTE: ARIZA ALI. MIGUEL TOMAS
DELITOS: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa
PROCESO: 9847
PUBLICADA: Sí 426

COLISION DE COMPETENCIA-Ejecución de la sentencia

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Colisión de Competencias
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Adscribe el conocimiento al Juzgado de Ejecución de Penas de Santa Marta
PROCESADO: VILLALOBOS RIVERA, GERARDO ENRIQUE
DELITOS: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal y perturbación de servicio de comunicación telefónica
PROCESO: 16477
PUBLICADA: Sí 450

IMPEDIMENTO-Haber sido apoderado

PONENTE: CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE
Casación -Impedimento
FECHA: 16/12/1999
DECISION: No acepta el impedimento expresado por el doctor Jorge E. Córdoba
PROCESADO: SUAREZ RINCON, PABLO ENRIQUE
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 16360
PUBLICADA: Sí 444

EJECUCION DE LA SENTENCIA/COLISION DE COMPETENCIA-Cuándo se presenta/COLISION DE COMPETENCIA-Ejecución de la sentencia

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 16/12/1999

Página

DECISION: Declara la competencia del Juez de Ejecución de Buga, envía copias
PROCEDENCIA: Juzgado 17 P.C. de Medellín, Juzgado 1 P.C.E. de Antioquia
PROCESADOS: USMA CORREA, JOSE ILBANNOVER
SANCHEZ VARGAS, ISABEL CRISTINA
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 16298
PUBLICADA: Sí 454

ESTAFA-Competencia/ESTAFA-Noción de "provecho ilícito"/ESTAFA-Momento de consumación

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Declara la competencia del Juez Tercero de Valledupar
PROCESADO: OVALLE PUMAREJO, JOAQUIN TOMAS
DELITOS: Estafa
PROCESO: 16565
PUBLICADA: Sí 462

REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO-Ley aplicable/REDENCION DE PENA-No opera la favorabilidad

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Casación -Libertad
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Concede la libertad provisional, fija caución pecuniaria, comisiona Fiscalía
PROCESADO: SERPA CONTRERAS, EDUARDO DE JESUS
PROCESO: 11408
PUBLICADA: Sí 468

REDENCION DE PENA-Evaluación de conducta

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Casación Reposición
FECHA: 16/12/1999
DECISION: No repone auto del 27-10-99 mediante el cual se abstiene de reconocer redención de pena
PROCESADO: PABON CORTES, JOSE OCTAVIO
PROCESO: 15493
PUBLICADA: Sí 446

EXTRADICION-Declaración de reciprocidad

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Extradición
FECHA: 16/12/1999
DECISION: No repone el auto de noviembre 19 de 1999
PAIS REQUIRENTE: Estados Unidos de América

Página

REQUERIDO: ASPRILLA PEREA, JORGE ELIECER
PROCESO: 15862
PUBLICADA: Sí 473

CASACION DISCRECIONAL-Deserción- Agravante del artículo 60-11 del C.P.M./CASACION DISCRECIONAL-Deserción (Salvamento de voto)

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Casación Discrecional
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Rechaza el recurso extraordinario de casación discrecional
PROCEDENCIA: Tribunal Superior Militar
RECURRENTE: MONTAÑO MICOLTA, EDWIN MAXIMO
DELITO: Deserción
PROCESO: 16064
PUBLICADA: Sí 477

COLISION DE COMPETENCIA-Ley 504 de 1999/ NARCOTRAFICO-Competencia por razón de la cantidad de sustancia

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Declara competente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia
PROCEDENCIA: Tribunal Superior de Antioquia, Tribunal Superior de Bogotá
PROCESADOS: VIVEROS MINA, NORMAN y BERMUDEZ CUERO, EDWIN
DELITO: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 16345
PUBLICADA: Sí 485

ACCION DE REVISION-Objeto-Contenido de justicia material de los fallos/ ACCION DE REVISION-Causal tercera-Hecho nuevo-Minoría de edad

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Acción de Revisión
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Reconoce al Dr. Vargas V. como apoderado, rechaza in limine la demanda de Revisión
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Barranquilla
PROCESADO: AREVALO FIGUEROA, ADEL ANTONIO
DELITO: Homicidio
PROCESO: 14271
PUBLICADA: Sí 494

ACCION DE REVISION-Intimpugnabilidad

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Recurso de Hecho
FECHA: 16/12/1999

Página

DECISION: Declara que estuvo bien denegado el recurso de apelación
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Barranquilla
PROCESADO: RUDAS CROSTHWAYT, GILBERTO
DELITO: Inasistencia alimentaria
PROCESO: 16355
PUBLICADA: Sí 491

ERROR DE HECHO-Sana crítica/ SANA CRITICA-Leyes de la ciencia y teoría científica

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Rechaza in limine la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Bucaramanga
PROCESADO: SANDOVAL ORTIZ, CLODOMIRO
DELITO: Homicidio
PROCESO: 12721
PUBLICADA: Sí 503

***NON BIS IN IDEM*-Técnica en casación/SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD-Condiciones para su imposición**

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Desestima la demanda, casa parcialmente revocando la suspensión de la patria potestad
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Buga
PROCESADO: ACOSTA BUITRAGO, REINALDO
DELITOS: Homicidio
PROCESO: 10503
PUBLICADA: Sí 512

HURTO-Criterios para determinar delito unitario

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Declara la competencia del Fiscal 8 de Cali, comunica a los juzgados 7 Penal y 2
PROCEDENCIA: Juzgado 2 Penal Municipal
CIUDAD: Cali
PROCESADO: MINA, ELIU
DELITOS: Hurto
PROCESO: 16554
PUBLICADA: Sí 520

Página

PARTE CIVIL-Dirección Nacional de Administración Judicial

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Segunda Instancia
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Revoca la providencia del 10-09-99 del Tribunal Superior de Cali
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Cali
PROCESADO: ANGULO SANCHEZ, DEISY KERIMA
DELITO: Prevaricato por acción
PROCESO: 16529
PUBLICADA: Si 526

CAMBIO DE RADICACION-Traslado de recluso/TRASLADO RECLUSO

PONENTE: ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON
Cambio de Radicación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: No accede al cambio de radicación, envía actuación al Juzgado 4 penal del Circuito
PROCEDENCIA: Juzgado 4 Penal del Circuito
CIUDAD: Cartagena
PROCESADO: HERNANDEZ LUNA, JUAN CARLOS
DELITOS: Violación a la Ley 30/86, Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas
PROCESO: 16663
PUBLICADA: Si 530

CAMBIO DE RADICACION-Factores externos del medio

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Cambio de Radicación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: No accede a la solicitud de cambio de radicación
PROCEDENCIA: Juzgado 4 Penal del Circuito
CIUDAD: Cartagena
PROCESADO: TRUCCO LEMAITRE, JUAN JOSE SIMON
DELITO: Homicidio culposo
PROCESO: 16289
PUBLICADA: Si 533

CASACION DISCRECIONAL-Sentencia por contravención

PONENTE: NILSON PINILLA PINILLA
Casación Discrecional
FECHA: 16/12/1999
DECISION: No acepta el recurso interpuesto
PROCEDENCIA: Juzgado 2 Penal del Circuito
CIUDAD: Garzón - Huila
PROCESADO: ROJAS MORERA, EDUARDO

Página

DELITO: Daño en bien ajeno
PROCESO: 15448
PUBLICADA: Sí 537

TERMINOS PROCESALES-Perentoriedad

PONENTE: JORGE E. CORDOBA POVEDA
Auto Segunda Instancia
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Ibagué
PROCESADO: MENDOZA HERNANDEZ, MARIA ROSALBA y RODRIGUEZ SALCEDO, GUSTAVO
DELITO: Homicidio agravado
PROCESO: 16340
PUBLICADA: Sí 542

CAMBIO DE RADICACION-Incompetencia del juez/CAMBIO DE RADICACION-Causal de extinción de la acción penal

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Cambio de Radicación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Niega el cambio de radicación solicitado
PROCEDENCIA: Juzgado Penal del Circuito
CIUDAD: Lérida - Tolima
PROCESADO: MONTOYA QUESADA, JORGE RAMIRO
DELITO: Estafa
PROCESO: 16421
PUBLICADA: Sí 546

REBELION-Competencia a partir del 1° de julio de 1999

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Auto Colisión de Competencia
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Declara competente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: ARCE CHIQUITO, ARBEY
DELITO: Rebelión
PROCESO: 16423
PUBLICADA: Sí 550

IRA E INTENSO DOLOR-Circunstancias genéricas de agravación punitiva

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 16/12/1999

Página

DECISION: Desestima los dos primeros cargos de la demanda, excluye un agravante y rebaja la pena
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Manizales
PROCESADO: GONZALEZ SEPULVEDA, CLORINDA
DELITOS: Porte ilegal de armas. Homicidio
PROCESO: 11390
PUBLICADA: Sí 555

INASISTENCIA ALIMENTARIA-Menor-Competencia territorial/ CAMBIO DE RADICACION-Domicilio del procesado

PONENTE: MARIO MANTILLA NOUGUES
Cambio de Radicación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Deniega el cambio de radicación solicitado
PROCEDENCIA: Juzgado 18 Penal Municipal
CIUDAD: Medellín
PROCESADO: LONDOÑO ARISTIZABAL, FRANCISCO JOSE
DELITOS: Inasistencia alimentaria
PROCESO: 16629
PUBLICADA: Sí 571

LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Narcotráfico

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Casación -Libertad
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Niega la libertad provisional solicitada
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Medellín
NO RECURRENTE: VERGARA BETANCOURT, FREDY ALBERTO
PROCESADO: BARRIENTOS PORRAS, HELIO DE JESUS
DELITOS: Violación a la Ley 30/86
PROCESO: 14926
PUBLICADA: Sí 573

INVESTIGACION INTEGRAL-Procedimiento especial por terminación anticipada/INIMPUTABILIDAD-Experticio médico legal/INIMPUTABILIDAD-Embriaguez/DERECHO DE DEFENSA-Equivocada estrategia defensiva del abogado/DEFENSA TECNICA-No siempre la mejor es la que propende a una absolución

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Sentencia Casación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Desestima la demanda, casa de oficio, decreta nulidad
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: ESTUPIÑAN FIGUEREDO, HENRY MAURICIO
PROCESO: 10964
PUBLICADA: Sí 577

Página

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación

PONENTE: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL
Auto Casación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Rechaza la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: PULIDO, JAIME
DELITO: Falsedad en documento privado
PROCESO: 13898
PUBLICADA: Si 590

RIÑA-Concepto/SANA CRITICA/LEGITIMA DEFENSA-Se reconoce así no se haya alegado

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Sentencia Casación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Casa, absuelve por tentativa de homicidio, regresa caución
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: CHAPARRO LOPEZ, SERGIO ELIO
DELITOS: Tentativa de homicidio
PROCESO: 11099
PUBLICADA: Si 595

CASACION-Causal segunda/RESOLUCION DE ACUSACION-Marco jurídico-fáctico de la actuación del fallador

PONENTE: CARLOS EDUARDO MEJIA ESCOBAR
Auto Casación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Inadmite la demanda y declara desierto el recurso
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Santa Fe de Bogotá
PROCESADO: MOTA, GABRIEL
DELITO: Homicidio
PROCESO: 14796
PUBLICADA: Si 633

CAMBIO DE RADICACION-Proceso por contravención especial/CAMBIO DE RADICACION-Eventualidades, competencia

PONENTE: EDGAR LOMBANA TRUJILLO
Cambio de Radicación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Se abstiene de resolver la petición, remite al Tribunal de Sincelejo
PROCEDENCIA: Juzgado Primero Penal Municipal
CIUDAD: Sincelejo

Página

PROCESADO: AREVALO ACERO, CARLOS ARMANDO
DELITO: Abuso de confianza
PROCESO: 16228
PUBLICADA: Sí 615

INSTRUCCION-Competencia excepcional de los jueces penales municipales/ DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable/DEFENSA TECNICA-Absoluta falta durante la instrucción/JUEZ PENAL MUNICIPAL-Competencia excepcional para instruir

PONENTE: NILSON E. PINILLA PINILLA
Sentencia Casación
FECHA: 16/12/1999
DECISION: Casa parcialmente, decreta nulidad a partir del cierre de investigación, concede libertad
PROCEDENCIA: Tribunal Superior del Distrito Judicial
CIUDAD: Villavicencio
PROCESADO: ZAMORANO RODRIGUEZ, EDINSON, O ZAMBRANO RODRIGUEZ, EDINSON, O ZAMORA RODRIGUEZ, EDINSON, O
DELITOS: Hurto calificado, Homicidio agravado
PROCESO: 11814
PUBLICADA: Sí 623

INDICE GENERAL

Página

-A-

ACCION DE REVISION-Causal tercera-Hecho nuevo-Minoría de edad .. 494

ACCION DE REVISION-Inimpugnabilidad 491

ACCION DE REVISION-Objeto-Contenido de justicia material de los fallos 494

ACUMULACION JURIDICA DE PROCESOS-De la justicia ordinaria a los de la regional 201

APELACION-Naturaleza del instituto 141

-B-

BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS - Clases 130

-C-

CAMBIO DE RADICACION - Ambiente de inseguridad que afecta a los funcionarios 133

CAMBIO DE RADICACION-Causal de extinción de la acción penal..... 546

CAMBIO DE RADICACION-Domicilio del procesado 571

CAMBIO DE RADICACION-Eventualidades, competencia 614

CAMBIO DE RADICACION-Factores externos del medio 533

CAMBIO DE RADICACION-Incompetencia del juez 546

CAMBIO DE RADICACION-Proceso por contravención especial 614

CAMBIO DE RADICACION-Traslado de recluso 530

CARGOS EXCLUYENTES-Técnica 272

CASACION DISCRECIONAL-Deserción- Agravante del artículo 60-11 del C.P.M. 477

CASACION DISCRECIONAL-Sentencia por contravención 537

CASACION-Ausencia de interés: Consecuencias Jurídicas 345

Página

CASACION-Causal segunda 633
CASACION-Errores en la apreciación de las pruebas 332
CASACION-Exigencias 324
CASACION-Interés: Identidad sustancial en el objeto de la impugnación 141
CAUSAL DE INCULPABILIDAD-Desconocimiento de la norma 75
COLISION DE COMPETENCIA-Acumulación de procesos 50
COLISION DE COMPETENCIA-Cuándo se presenta 454
COLISION DE COMPETENCIA-Ejecución de la sentencia 450, 454
COLISION DE COMPETENCIA-Ley 504 de 1999 ..... 22, 485
COLISION DE COMPETENCIA-Peticiones de libertad en el trámite. competencia 63
COMPENSACION DE CULPAS-No tiene aplicación en el campo penal .. 308
CONCURSO 409
CONFESION-Fundamento de la sentencia 425

-D-

DEFENSA TECNICA-Indagatoria - Ciudadano honorable 120
DEFENSA TECNICA-Absoluta falta durante la instrucción 622
DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable 217
DEFENSA TECNICA-Indagatoria-Ciudadano honorable 622
DEFENSA TECNICA-No siempre la mejor es la que propende por una absolución 577
DEMANDA DE CASACION-Causal primera 103
DEMANDA DE CASACION-Causal tercera 364
DERECHO DE CONTRADICCION-Facultad de contrainterrogar al testigo 248
DERECHO DE CONTRADICCION-Prueba antes de la vinculación del procesado 248
DERECHO DE DEFENSA 409
DERECHO DE DEFENSA-Equivocada estrategia defensiva del abogado 577
DERECHO DE DEFENSA-Justicia Regional-Ausencia de debate oral ... 201
DERECHOS DEL CAPTURADO-Carácter imperativo de su enteramiento 292
DERECHOS DEL CAPTURADO-Constancia escrita 292
DETENCION DOMICILIARIA - Variación del lugar 108
DETERMINADOR-AUTOR Tienen el mismo grado de punibilidad 379

Página

DICTAMEN PERICIAL-Traslado 292

DOCUMENTO PUBLICO-Alcance probatorio 28

DOSIFICACION PUNITIVA-Circunstancias de agravación y conceptos del artículo 61 del C.P. 28

DOSIFICACION PUNITIVA-Límite máximo 177

DOSIFICACION PUNITIVA-Marco punitivo 28

-E-

ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULAR-Competencia por razón de la cuantía 173

ERROR DE HECHO POR FALSO JUICIO DE EXISTENCIA Técnica 324

ERROR DE HECHO POR FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Técnica 324

ERROR DE HECHO-Sana crítica 503

ERROR DE INFERENCIA 352

ERROR EN LA CALIFICACION JURIDICA-Técnica en casación 57, 364, 590

ESTAFA-Competencia 462

ESTAFA-Momento de consumación 462

ESTAFA-Noción de "provecho ilícito" 462

EXTORSION-Competencia, tránsito de legislación 188

EXTRADICION-Proceso en Colombia 111

EXTRADICION-Declaración de reciprocidad 473

EXTRADICION-Defensa técnica, oportunidad 7

EXTRADICION-Etapas, control 7

EXTRADICION-Naturaleza mixta del trámite 7

EXTRADICION-Proceso en Colombia 7

EXTRADICION-Prueba impertinente: Ausencia de jurisdicción del país requirente 7

-F-

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO-Agravada por el uso-Pena 425

FALSEDAD PARA OBTENER PRUEBA DE HECHO VERDADERO-Alcance de la expresión "medio de prueba de hecho verdadero" 28

FALSO JUICIO DE EXISTENCIA 201

FALSO JUICIO DE IDENTIDAD-Concepto 352

FALTA DE MOTIVACION DE LA SENTENCIA-Técnica para alegarla en casación 352

Página

FAVORABILIDAD-Normas sobre competencia y procedimiento 188
FAVORECIMIENTO A NARCOTRAFICANTES 75
FISCAL 345
FISCAL-Interés para recurrir Límites de su pretensión 345
FLAGRANCIA-Requisitos 425

-H-

HURTO-Criterios para determinar delito unitario 520

-I-

IMPEDIMENTO-Haber sido apoderado 444
IN DUBIO PRO REO-Naturaleza de la duda que transciende en casación 352
IN DUBIO PRO REO-Técnica en casación 512
IN DUBIO PRO REO-Técnica para alegarlo en casación 308
INASISTENCIA ALIMENTARIA-Menor-Competencia territorial 571
INDAGATORIA-Finalidad 120
INDAGATORIA-Asesoría de un perito 397
INDAGATORIA-Interrogatorio 120, 234, 409
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 91
INDICIO-Técnica para alacarlo en casación 324
INIMPUTABILIDAD-Embriaguez 577
INIMPUTABILIDAD-Experticio médico legal 577
INSTRUCCION-Competencia excepcional de los jueces penales municipales 622
INVESTIGACION INTEGRAL-Procedimiento especial por terminación anticipada 577
INVESTIGACION INTEGRAL-Técnica para alegar su vulneración 201
IRA E INTENSO DOLOR-Circunstancias genéricas de agravación punitiva 555
IRA E INTENSO DOLOR-Error frente a las circunstancias de la injusticia y la gravedad de la provocación 141

-J-

JUEZ PENAL MUNICIPAL-Competencia excepcional para instruir 622

-L-

LEGALIDAD DE LA PENA-Límite máximo 177

Página

LEGALIDAD DE LA PENA-Técnica en casación 177
LEGITIMA DEFENSA-Se reconoce así no se haya alegado 595
LIBERTAD PREPARATORIA-Naturaleza 130
LIBERTAD PROVISIONAL-Requisitos factor subjetivo-Readaptación social 99
LIBERTAD PROVISIONAL Requisitos factor subjetivo Narcotráfico 573

-N-

NARCOTRAFICO 22, 66
NARCOTRAFICO-Competencia por razón de la cantidad de sustancia .. 485
NON BIS IN IDEM 409
NOTIFICACION AL PROCESADO PRIVADO DE LA LIBERTAD 202
NULIDAD-Deficiente interrogatorio al procesado 234
NULIDAD-Omisión de pruebas 379
NULIDAD-Técnica en casación 234, 292

-P-

PARTE CIVIL-Dirección Nacional de Administración Judicial 526
PENA ACCESORIA-Debida motivación 364
PERJUICIOS MORALES-Facultad del juez para señalarlos 91
PERJUICIOS-Cuando media reconocimiento de ira e intenso dolor 141
PERMISO ADMINISTRATIVO-Delitos de competencia de los Jueces Especializados 54, 215
POLICIA JUDICIAL-Facultades 281
PREVARICATO-Elemento subjetivo 263
PREVARICATO 75
PREVARICATO-No exige que el sujeto activo se proponga obtener "un provecho" 379
PRUEBA TRASLADADA-Ataque en casación 409

-R-

REBELION-Competencia a partir del 1º de julio de 1999 ..... 18, 550
REDENCION DE PENA POR TRABAJO Y ESTUDIO-Ley aplicable 468
REDENCION DE PENA-Evaluación de conducta 446
REDENCION DE PENA-No opera la favorabilidad 468

Página

REPARACION DEL DAÑO-Delitos contra el patrimonio económico 91

RESOLUCION DE ACUSACION-Marco jurídico-fáctico de la actuación del fallador 633

RIÑA-Concepto 595

-S-

SANA CRITICA 595

SANA CRITICA-Leyes de la ciencia y teoría científica 503

SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir-Irretractabilidad 66

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD-Condiciones para su imposición 512

-T-

TENTATIVA DE HOMICIDIO 409

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO-Interés, pretensión más gravosa 314

TERMINACION ANTICIPADA-Consonancia entre la acusación y la sentencia 425

TERMINOS PROCESALES-Perentoriedad 542

TESTIMONIO-Retractación 201, 272

TORTURA 409

TORTURA-Con fines terroristas 409

TRASLADO RECLUSO 530

-V-

VIOLACION DE LA LEY SUSTANCIAL-Modalidades-Técnica 324

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY-Falta de aplicación 91

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Concreción del error 217

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY-Técnica 397

DECISIONES DE TUTELAS

Si la providencia ha sido seleccionada por la Corte Constitucional para su revisión, después de las firmas, en nota, se indicará el número, fecha y la decisión allí proferida.

Relatoría

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: Nombramientos en provisionalidad. El acuerdo 176 de 1996 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es aplicable en los eventos de nombramientos en provisionalidad para establecer los requisitos del aspirante al cargo. La sanción que impone el Consejo Superior al Tribunal que desatiende esta normatividad no configura vía de hecho. / **DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: Reposición contra sentencia.** En los procesos de única instancia es aplicable el artículo 99 del CDU que consagra el recurso de reposición contra la sentencia. Vulnera el derecho la entidad que no da trámite al recurso oportunamente interpuesto.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Radicación No. 5739

Aprobado Acta No. 97

Por impugnación de los accionantes Víctor Hugo Ballén Belén, Carlos Lorenzo Ibarra Sánchez, Alejandro Antonio Rodríguez García, Yolanda Villamizar Corzo, Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda y Efraín Alfonso Yáñez Riveros, Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, revisa la Sala el fallo de mayo 14 último, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá denegó la acción de tutela promovida para proteger los derechos a la igualdad y al debido proceso, los cuales estiman violados por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Antecedentes

Fundamentos de la Acción

En escrito dirigido al mencionado Tribunal dicen los accionantes que en el fallo de noviembre 12 de 1998 dicha Sala violó el debido proceso, pues incurrió en vía de hecho al sancionarlos con una multa equivalente a 5 salarios mensuales, pues el acto que originó la sanción fue el nombramiento que ellos hicieron del Secretario del Tribunal de Pamplona a que pertenecen, pues si bien dicho ciudadano no era abogado, "lo único que hicimos fue darle

prelación a la norma superior - art. 132 Ley 270 de 1996 -, frente a un acuerdo de inferior categoría que al reglamentar aquella la excedió" (fl. 2), refiriéndose al Acuerdo número 176 de julio 30 de 1.996, mediante el cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura estableció que los nombramientos en provisionalidad deberán hacerse respetando siempre los requisitos que para el desempeño del cargo, que para el caso dicha Secretaría de Tribunales Superiores requiere poseer el título de abogado, como lo prevé el artículo 41 del Decreto 052 de 1.987.

Dicen que para dicho nombramiento obraron "en ejercicio de la autonomía funcional que les concede los artículos 228 y 230 de la Carta Superior" (fl. 4), y que al aplicar el referido artículo de la ley Estatutaria y no el mencionado Acuerdo 176, optaron, "frente al asunto decidir, por una disposición superior que deja de lado una de inferior categoría", aparte de que con el nombramiento en cuestión, de Alfonso Contreras Antonínez, como Secretario del Tribunal, "lo único que hicimos fue velar por la buena marcha de la Administración de Justicia, al designar a una persona con la suficiente experiencia, no causando con ello un daño..." (fl. 5), y reiteran que se limitaron a aplicar el artículo 132 de la Ley Estatutaria, interpretación "que no raya en la arbitrariedad".

Censuran "la dosimetría" de la multa impuesta y afirman que "desde el comienzo de la averiguación preliminar no hemos sido objeto del mismo tratamiento, por el contrario, no hemos podido percibir esa imparcialidad del juzgador, porque lo cierto es que se prejuzgó al calificar desde el primer momento la falta como grave".

Dice que "ni dolosa ni culposamente" han incurrido en falta y que también los derechos fundamentales se violaron al sostener la Sala accionada, por mayoría, que el fallo en cuestión carecía de recurso de reposición (ya que es de carácter jurisdiccional y se rige por el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, según el cual el mismo funcionario o la Sala que profirió el fallo no puede reformar o revocar éste) los accionados violaron el artículo 99 del Código Disciplinario Unico, a cuyo tenor los fallos de única instancia tienen recurso de reposición.

Piden que se acepte el amparo y "se dicten las órdenes pertinentes tendientes a salvaguardar el núcleo esencial al debido proceso, cual es el derecho a la defensa y de derecho a la igualdad" (fl. 1).

Actuación y pruebas

Admitida la demanda se enteró de ello a los magistrados objeto de la acción, quienes remitieron copia del cuestionado fallo (fl 13), de los salvamentos de voto y del auto que declaró improcedente el recurso de reposición interpuesto contra el mismo (fls. 36 a 64).

La providencia impugnada

Empieza la misma por recordar la improcedencia de la tutela contra decisiones judiciales, salvo que existan vías de hecho, las cuales estima que aquí

no se dan, ya que el proveído objeto de censura aparece "Motivado" (fl. 69 infra.) y con respecto al mismo únicamente salvó el voto un Magistrado, quien no compartió "la dosificación punitiva en cuanto consideró que la sanción debía ser de amonestación" (fl. 70 supra.).

Anota que "otro tanto ocurre" con la providencia que declaró improcedente el recurso de reposición contra el referido fallo, decisión que contó con salvamento de voto, divergencia jurídica que impide tener la decisión de la mayoría como vía de hecho.

Denegó entonces la acción.

La impugnación

Aseveran que el fallo atacado "no tocó el principal problema jurídico planteado por nosotros..., cual era el de la independencia y autonomía funcional del aplicador de la ley", y reclaman que "lo más seguro" era que de haber conocido del recurso de reposición la Sala demanda "nos hubiera absuelto" (fl. 88), e insiste en que "la norma especial" que da cabida a dicho recurso contra los fallos de única instancia, rechaza la interpretación que en este punto hicieron los Magistrados.

Reiteran la vía de hecho por la "inaplicación de las normas constitucionales y estatutarias de la administración de justicia" que regulan este caso (fl. 89), conducta que califican de arbitraria y que "con sorpresa" desconoce el fallo impugnado.

Insiste en que "no es a la Administración" a la que le corresponde fijar los requisitos para acceder a un cargo, sino a la ley.

Se quejan de que no se hizo "una dosimetría" de la multa impuesta y agregan:

- No se les notificó la providencia que admitió la tutela.

- No se allegó a este expediente "la prueba reina", como es todo diligenciamiento disciplinario que culminó con la sanción de multa.

Solicitan entonces que "se adopten las medidas pertinentes para que se nos restablezcan los derechos fundamentales vulnerados" (fl. 93).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Como los proveídos demandados son el fallo de noviembre 12 de 1998, y el auto de marzo 21 último, el cual no repuso la sanción de multa de 5 días de sueldo mensual impuesta a los Magistrados accionados (fls.13 y 20), es imperativo reiterar lo que por unanimidad viene diciendo esta Sala con respecto a la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales (arts.116, 254 y 256 C.N., 11, 12 y 125 de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de la Administración de Justicia):

'Forzoso es recordar que ya al comenzar su vigencia el Decreto 2591 de 1991, las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubiera sido siquiera instituida la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas, como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley, siendo del caso señalar, por vía de ejemplo, la providencia que en la tutela 152 de mayo 22 de 1992 emitió esta Sala de Casación con ponencia de quien aquí cumple lo propio'.

De lo anterior cabe resaltar que la índole meramente subsidiaria y residual de dicha acción constitucional (arts. 86 C.N. y 6.1 Dto. 2591 de 1991), no permite operar de manera alternativa ni adicional para invadir -ahí sí inconstitucionalmente- las regladas funciones del respectivo juez que tenga a su conocimiento el proceso donde se haya producido la actuación censurada por el accionante en tutela, a todo lo cual se suma "el principio universal de la cosa juzgada (art. 94 C.N.), los principios constitucionales expresos de las dos instancias (art. 31 C.N.), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (arts. 96.6 y 7 C.N.) y del sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley (art. 230 id.)", como se precisó en la mencionada sentencia de tutela número 152.

Es que si alguien se siente agraviado por una actuación judicial, "el medio judicial de defensa" de que dispone es justamente el ejercicio de los recursos y prerrogativas legales *dentro del mismo proceso en que se dio dicha actuación que no se comparte*, pues es allí donde, de preferencia, están llamadas a su protección las garantías constitucionales. Esto, claro está con la única excepción de que mediante la acción de tutela se pretenda conjurar un perjuicio irremediable proveniente de una ostensible arbitrariedad del funcionario judicial que, así, incurriría en lo que se ha dado en denominar "vías de hecho".

Este criterio, como se sabe, ha sido compartido por la Corte Constitucional desde que, mediante sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, declaró la inexequibilidad de los artículos 40, 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, e insistido por esta Sala de Casación Penal (entre otras, en sentencia de agosto 30 de 1995, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

2. Enseguida se verá si, por algunos de los aspectos reclamados, el fallo impugnado comporta una "vía de hecho":

- Los Magistrados demandados, mediante Acuerdo número 12 de abril 24 de 1997, ante la renuncia respectiva, designaron EN PROVISIONALIDAD a Alfonso Contreras Antolínez como Secretario Adjunto del Tribunal Superior de Pamplona.

En la sentencia objeto de la acción los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura concluyeron *por unanimidad* que tal actuación tipificaba la falta disciplinaria prevista en el artículo 38 de la

Ley 200 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, pues el Acuerdo número 176 de julio 30 de 1996 dispuso que el nombramiento en provisionalidad deberá recaer en persona con requisitos para desempeñar el correspondiente cargo, y aquí para ejercer las funciones de secretario de Tribunal Superior es imprescindible "poseer el título de abogado" (fl. 26 infra.), y es evidente que el mencionado Contreras Antolínez no tiene esa calidad.

No cabe admitir las protestas de los referidos magistrados en el sentido de que como el artículo 132 de la nombrada Ley Estatutaria no consagra los requisitos para el nombramiento en provisionalidad, el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa - no podía establecerlos, pues justamente el artículo 257,3 de la Carta Política dice que son funciones de dicho Consejo "dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos...", y el numeral 5 dice que, además, las funciones "que le señalé la ley".

Y el artículo 51 de la nombrada Ley Estatutaria dice que "la organización básica interna de cada despacho judicial será establecida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura". El artículo 85 *ibidem*, al consagrar las "funciones administrativas" del referido Consejo Superior, dispone (numeral 9): "determinar la estructura y las plantas de personal de las Corporaciones y Juzgados. Para tal efecto podrá crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos de la Rama Judicial, determinar sus funciones y señalar los requisitos para su desempeño que no hayan sido fijados por la ley". Y (numeral 12): "dictar los reglamentos relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos"; (numeral 22): "reglamentar la carrera judicial".

Además, el canon 161 de esa misma ley al regular los requisitos adicionales para el desempeño de cargos de empleados de carrera en la rama judicial, prescribe que al ejercer dichos cargos deben reunirse, adicionalmente a los señalados en las disposiciones generales, aquellos que fije la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre experiencia, capacitación y especialidad para el acceso y ejercicio de cada cargo en particular de acuerdo con la clasificación que establezca y las necesidades del servicio. Y en el art. 204 prevé que hasta cuando se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales continuarán vigentes en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y el Decreto 1660 de 1978 siempre que sus disposiciones no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente Ley.

Con estribo en estas preceptivas de orden Superior y Legal, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura reglamentó con el acuerdo 176 del 30 de julio de 1996, los nombramientos en provisionalidad para cargos de carrera Judicial, prescribiendo en el art. 1º que en los casos de vacancia temporal o definitiva en cargos de funcionarios o empleados de

carrera, se harán por las autoridades nominadoras previstas en los artículos 131 y 132 de la Ley 270 de 1996 y en dicho acuerdo. Y con arreglo a lo preceptuado por el art. 3° los nombramientos en provisionalidad en cualquier clase de vacancia, podrá recaer en funcionarios o empleados de carrera que reúna los requisitos para el desempeño del cargo.

A su turno, la preceptiva del art. 41 del Decreto-ley 052 de 1987 como requisitos mínimos para desempeñar en cargo de Secretario de Tribunal, reclama poseer título de abogado y un año de experiencia en la Rama Jurisdiccional, presupuesto reiterado por el art. 8° del acuerdo 025 de 1997 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expedido también con base en el art. 161 de la Ley 270 de 1996.

Ahora bien, apoyada la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en este marco normativo, para sancionar a los señores Magistrados, en cuya labor delimitó con claridad el objeto fáctico de la controversia, interpretó sistemáticamente las normas positivas aplicables, expuso con abundancia las razones de hecho y de derecho por las cuales no aceptó las exculpaciones de los disciplinados y por las cuales procedió a sancionarlos: asoma con evidencia que dicha determinación no fue el producto del capricho de esa Corporación soslayando el ordenamiento jurídico, por lo tanto, no constituye vía de hecho que justifique la protección constitucional impetrada.

- Ahora, "el punto central" argüido por los accionantes es la "independencia funcional" de la judicatura (arts. 228 y 230 C.N.), pero esa independencia se refiere es a factores externos que puedan influir en sus decisiones, pero nunca a la "independencia con respecto a la ley", pues el citado artículo 230 dispone todo lo contrario cuando ata a los Funcionarios Judiciales en sus actuaciones oficiales a los mandamientos constitucionales y legales, y justamente aquéllos fueron sancionados por apartarse del acuerdo 176 y del Decreto 052 preindicados, que son "ley" en sentido general.

- A juicio de la Sala, la imposición de la multa como sanción sí se encuentra motivada, o "dosificada" -no como opinan los impugnantes-, pues a 5 días de sueldo mensual se arribó luego de que, apartándose del pliego de cargos, la Sala Disciplinaria accionada consideró la falta como "leve", atendiendo para su dosificación la ausencia de faltas disciplinarias de los aquí accionantes (fl. 33).

De donde por este punto tampoco existe atentado a derecho fundamental alguno.

-En lo que atañe a la acusación de que los Magistrados "prejuzgaron" porque al abrir investigación calificaron la falta a aquellos imputada como grave, resulta enteramente desacertada, ya que precisamente el artículo 144 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único), dispone en su primer numeral que el auto que ordene dicha apertura debe fundamentar "el carácter de las faltas disciplinarias".

- Es cierto que el auto admisorio de la demanda de tutela no se notificó *a los accionantes*, pero no se ve cómo esta omisión afecte el derecho de defensa, pues *los accionados* sí fueron debidamente enterados y en respuesta a los cargos hicieron la respectiva réplica (fls.12 y ss.).

Y en cuanto a la queja de los accionados sobre el "no allegamiento" de *todo* el proceso disciplinario, las razones de "mera juridicidad" del tema debatido, tornaban no necesario tal allegamiento.

- Sobre el alegado derecho a la igualdad, el cual, en lo esencial, es soportado por la impugnación, en el hecho de no haberse reconocido a los Magistrados del Tribunal, la independencia y autonomía funcional, como sí lo hizo con otros Funcionarios Judiciales en otras investigaciones disciplinaras al no encontrarlos culpables, anhelo que no puede satisfacer la Sala, dado que descartada la presencia de una vía de hecho en el fallo censurado, no le es permitido constitucional y legalmente desplazar al juez natural a objeto de revisar si existía o no prueba suficiente sobre la culpabilidad de los disciplinados, para sancionar.

Además, la experiencia judicial enseña que los procesos disciplinarios por regla general tienen como objeto fáctico conductas diferentes, realizadas en circunstancias de modo, tiempo y lugar distintas, motivadas por causas disímiles, en cuyo trámite se recauda una gama de medios de prueba también variados. Características propias que impiden que los fallos en ellos proferidos por los funcionarios competentes ostenten un sentido idéntico, siendo esta una de las razones por las cuales sólo es evidente que la decisión cuestionada tampoco conculcó este derecho fundamental.

- Por último, el artículo 99 del nombrado Código Disciplinario Unico dispone:

> "*Reposición*. El recurso de reposición procederá contra los autos de sustanciación, contra el que niegue la recepción de la versión voluntaria y contra los fallos de única instancia" (se subraya).

La preceptiva final de dicho artículo les sirve a los accionantes para afirmar que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura violó el debido proceso, pues mayoritariamente decidió que el fallo contra ellos proferido no admitía el recurso de reposición.

Pues bien: al respecto (si cabe o no dicho recurso) se han expuesto en este expediente dos tesis:

> a. La sostenida por la Sala mayoritaria en auto de marzo 25 (fl. 20), en el sentido de que como los fallos disciplinarios que dicta el Consejo Superior de la Judicatura y sus Seccionales de rango judicial (arts.116, 254 y 256 C.N.,11.12 y 125 Ley 270 de 1996), y no meramente (como las decisiones disciplinarias tomadas por el resto de entidades), no opera dicho artículo 99, sino que, por integración (art.18 C.D.U.), se aplica el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, en el cual

prohibe al juez o a la Sala que profirió el fallo, reformar o revocar el mismo.

b. La segunda de las referidas tesis, sostenida por los impugnantes y por los Magistrados de la Sala accionada que salvaron voto, consiste en que atendiendo al tenor del artículo 99 y a su calidad de "especialidad" que ostenta, obviamente sí procede el recurso de reposición contra los fallos, y agregan que por ser claro el sentido de esa norma le está vedado al juzgador interpretarla, a más de que dicho precepto, al dar cabida al recurso, no distingue entre fallos judiciales y administrativos.

Esta Sala de la Corte opta por la segunda de las tesis en mención y, así, encuentra que cuando la Sala demandada negó a los accionantes el recurso de reposición, *contrarió ostensiblemente el mencionado artículo 99* y, por tanto, incurrió en lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se conoce como "vías de hecho". En efecto:

El artículo 76.1 del citado Código Disciplinario dice que "en los procesos disciplinarios no se podrán establecer trámites o etapas diferentes a los expresamente contemplados en la presente ley", y el artículo 18 *ibidem*, al consagrar la prevalencia de los "principios rectores", dice "En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores que determina este Código, la Constitución Política y las normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo".

Ello significa nítidamente que en temas diversos a las normas rectoras no existe en el régimen disciplinario "integración", aparte de que la interposición de recursos contra el fallo (que no es norma rectora, obviamente) quedó en el Código Disciplinario Unico *total y expresamente regulada*, de donde no existan tampoco vacíos que llenar.

Además, siendo consciente el legislador de que dicho Código contemplaba decisiones de rango judicial y otras (la mayoría) de tipo administrativo, si en la redacción del referido artículo 99 hubiera querido hacer dicha diferencia lo hubiera hecho, pero no lo hizo.

También emerge incuestionable de la redacción del copiado artículo 76.1 que en estas materias disciplinarias prevalece el principio de que siempre se prefieren en su aplicación las normas "especiales".

Quiso entonces el legislador disciplinario que incluso contra los fallos de única instancia (y a diferencia de lo que ocurre en el Código de Procedimiento Penal) pudiera el acusado ejercer su defensa mediante la interposición del mencionado recurso horizontal, querer "especial" que, como se vio, quedó expresamente consagrado en el pluricitado artículo 99.

Así las cosas, se reitera que al no conceder mayoritariamente dicho recurso de reposición, la Sala accionada se alejó protuberantemente de la ley (art. 99 cit.), por lo cual en este aspecto el fallo impugnado erró y será por

tanto revocado, a fin de que se dé cabida a tal recurso y se resuelva conforme a la realidad procesal y al Derecho.

La Sala demandada procederá con arreglo a lo dicho dentro de las 48 horas subsiguientes a la notificación del presente fallo.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR el fallo impugnado y, en su lugar, TUTELAR el derecho al debido proceso (art. 29 C.N.), violado a los accionantes por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al no conceder en auto de marzo 25 último el recurso de reposición interpuesto por los mismos contra el fallo de noviembre 12 de 1998. En consecuencia, ORDENAR a la referida Sala que dentro del las 48 horas subsiguientes a la notificación del presente fallo, decida de conformidad.

2. Ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EPS, TRATAMIENTO MEDICO: Enfermedades de alto costo. Si el afiliado no ha cotizado las 100 semanas, es un hecho incontrovertible pero insuficiente para negarle la droga, habida cuenta que, en ningún caso esto es factor determinante para dejar a la deriva el derecho a la vida a través de la vulneración del derecho a la salud, pues la entidad cuenta con la acción para repetir en contra del Estado, siempre y cuando, como aquí también se columbra, el enfermo carece de los medios económicos para sufragar un determinado porcentaje de los gastos que demanda la enfermedad.

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

Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 98

Radicación 5756

VISTOS

El Tribunal Superior de esta ciudad mediante sentencia fechada 25 de mayo hogaño, tuteló en favor de Norbey Cárdenas, representado por su hermana, los derechos a la vida y a la salud supuestamente violados por la EPS del I.S.S.; entidad que enterada de la decisión impugnó, correspondiendo a la Corte desatar la alzada.

ANTECEDENTES

Norbey Cárdenas Ramírez afiliado a la EPS del I.S.S., es portador del síndrome de inmunodeficiencia adquirida -SIDA-, hecho que le hace imperativo ingerir determinados medicamentos, los cuales, hasta la fecha, no han sido suministrados por la entidad prestadora del servicio de salud.

LA ACCIÓN

María Nubia Ramírez, hermana del paciente, solicita la protección de los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social de éste, con el argumento de que han sido violados por la EPS del I.S.S. al no suministrarle la droga que por razón de su enfermedad no puede sufragar.

El fallo del a quo

Con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida a la obligación que tienen las E.P.S. de *"proporcionar medicamentos, aún si estos no aparecen en los listados oficiales"* a pacientes en cuyos casos el interés social y el derecho a la vida subsume la libertad económica y contractual en la prestación del servicio de salud, el Tribunal tuteló los derechos del agenciado por su hermana y ordenó a la accionada el suministro de la droga *"haloperidol y Zidovudina Aviral azt, lamivudina 3tc invadir Crixivan"*.

La Impugnación

La representante legal de la accionada afirma que la decisión de primera instancia debe revocarse pues la lesión indirecta de un derecho fundamental como consecuencia de la violación de la ley que lo regula o desarrolla, no es fundamento suficiente para tutelar el derecho, el que discutido en este asunto no ha sido transgredido por la E.P.S. ya que el afiliado se encuentra en mora en el pago de los aportes, debiendo el patrono *"garantizar la prestación de los servicios asistenciales"*.

Añade que la ley también reglamenta un mínimo de semanas cotizadas para que el afiliado pueda hacerse a los servicios médicos, incluida la entrega de medicamentos, que en el caso es de 100, sin embargo el afiliado solo cuenta con 31, lo que le implica un pago porcentual del tratamiento o que acuda a cualquiera de las instituciones públicas a través de las cuales el Estado garantiza los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de los ciudadanos.

En caso de ser refrendado el fallo, solicita, sea adicionado en el sentido de ordenar a *"FOSYGA"* el reintegro de los gastos que se originen por dar cumplimiento a la decisión de tutela.

Consideraciones de la Corte

En múltiples ocasiones esta Sala de la Corte en orden a determinar el carácter superior de la Carta frente a cualquier clase de norma, de las muy variadas y de las cuales se vale el Estado para reglamentar el funcionamiento del sistema jurídico, ha dicho que en ningún caso cualquiera de ellas puede suplantar o desconocer los contenidos constitucionales tornándose por ende inaplicables.

De esta forma cuando una norma de alguna manera restringe el principal de los derechos -el de la vida- pierde su presupuesto de aplicabilidad.

Planteamiento que ha permitido señalar la obligación que sin reparos asiste a las entidades promotoras de salud de suministrar a los pacientes afiliados los medicamentos necesarios con que científicamente se tiende a suspender o interrumpir el célere proceso del ser humano hacia la muerte a causa de las enfermedades consideradas catastróficas.

Por supuesto, de ello, no cabe la menor duda, debe tenerse presente en el caso de las personas que padecen de SIDA y se encuentran afiliadas a una EPS.. pues se trata de una afección que no sólo produce los desconcertantes efectos de una sociedad que no ha sabido comprender que se trata de la máxima expresión de un cáncer, independiente de la forma como la haya adquirido la criatura humana, sino que además el enfermo se ve ante una situación de mendicidad para que le sean entregados los medicamentos que le proporcionarán una cierta calidad de vida, predecesora de una muerte digna.

De ahí que en el caso a estudio, no quede alternativa diferente a la de reiterar la jurisprudencia en el sentido de que al estar de por medio la vida, ninguna entidad prestadora del servicio de salud, pública o privada, puede sustraerse a su deber de atención integral aduciendo factores económicos que le impiden concretar el cometido para el cual fue creada, de un lado porque por encima de las expectativas pecuniarias se encuentra el supremo derecho, y de otro porque en todo caso la institución prestataria del servicio puede legalmente recuperar la inversión repitiendo contra el Estado.

De tal manera que si como se ha demostrado en este trámite CÁRDENAS padece de SIDA -enfermedad ruinosa y catastrófica-, no consultaría el texto constitucional que se le desamparase siendo afiliado a la EPS del I.S.S., entidad que al haberlo atendido hospitalariamente durante el período comprendido del 24 de noviembre del año anterior hasta el 13 de abril del que transcurre, significa que se ha allanado a la mora que dice pesar en cabeza del empleador.

En este orden de ideas el planteamiento propuesto por la accionada como fundamento de la impugnación, no tiene cabida a fe que en el hipotético caso que el paciente no hubiese cubierto los aportes, existió el allanamiento y además no ha transcurrido el término legal de gracia pues nótese que la E.P.S. asegura que no se han cancelado los aportes desde enero de este año, pero está documentalmente probado que el de marzo fue solucionado, folio 7.

En este particular aspecto, la Corte Constitucional mediante pronunciamiento del 6 de mayo de 1998 siendo Ponente el Magistrado Alejandro Martínez Caballero, puntualizó.

> "...En principio, si el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido, a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida más los términos legales de gracia, salvo que haya allanamiento de la mora por parte de la E.P.S"

Ahora bien, que el afiliado no ha cotizado las 100 semanas, es un hecho incontrovertible pero insuficiente para negarle la droga, habida cuenta que, ahora se repite, en ningún caso esto es factor determinante para dejar a la deriva el derecho a la vida a través de la vulneración del derecho a la salud,

pues la entidad cuenta con la acción para repetir en contra del Estado, siempre y cuando, como aquí también se columbra, el achacoso carece de los medios económicos para sufragar un determinado porcentaje de los gastos que demanda la enfermedad, al efecto basta observar que la empresa que lo afilió es de vigilancia - página 1945 del directorio telefónico, páginas blancas - y su cargo es el de simple celador de centros comerciales o conjuntos residenciales cerrados; labor que de seguro no volverá a ejecutar a fe de sus dolencias letales.

Por modo que refulge la aplicación del artículo 4 de la Constitución como quiera que si del criterio expuesto por la accionada se deriva la vulneración del derecho fundamental a la vida de CÁRDENAS, correlativo a los de la salud y la dignidad humana, prima la garantía plasmada por el Orden Superior. Por ende, la E.P.S. del I.S.S. está obligada a continuar prestándole la atención médica, lo que lleva ínsito la entrega de " *Zidovudina Aviral A.Z.T; lamivudina 3 TC invadir crixium* ", droga indispensable para su salud de acuerdo con la formulación hecha por la galena, tal como obra a folio 6 de este cuadernamiento.

En cuanto a la petición subsidiaria de la accionada de que se produzca declaración sobre el derecho que tiene para repetir contra el Estado, es un punto al cual ya se hizo referencia dentro del estudio del caso y además está suficientemente definido por la ley, sin que sea menester su expreso pronunciamiento de parte del Juez de tutela, quien hállase vedado para tal clase pronunciamiento en un asunto como el decidido.

Se refrenda el fallo.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Superior de esta ciudad, mediante la cual se tutelaron los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de NORBEY CÁRDENAS.

2. EJECUTORIADA esta decisión remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. NOTIFÍQUESE de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: Beneficios administrativos. Cuando se autorizan permisos especiales el sindicado o condenado continúa formalmente preso. La negativa a concederlos no desconoce el derecho a la libertad del accionante, máxime cuando el interno puede renovar su solicitud en los términos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 o impugnar el acto administrativo. /**BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS:** 1. **Exclusiones.** Es en la Ley 504 de 1999 donde se define exactamente a quiénes se excluye de los beneficios de establecimiento abierto, el artículo 150 de la Ley 65 de 1993 es inaplicable. El recluso puede reiterar su solicitud si considera que no se encuentra en alguno de estos supuestos. 2. **Formalidades de la respuesta.** La Corte previene al Director de la Cárcel para que cumpla con la obligación de expedir un acto motivado en el que resuelva la solicitud del permiso, situación que no guarda ninguna relación con el oficio suscrito por una abogada (de la que no se sabe la dependencia) y un Director Regional.

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

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

Radicación No. 5777

Aprobado Acta No. 98

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el accionante Alirio Puentes Solórzano, en contra del fallo proferido el 12 de mayo de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., por medio del cual declaró improcedente la tutela invocada en contra del INPEC.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El señor Alirio Puentes Solorzano interno en la cárcel Distrital de Ibagué (Tolima), en cumplimiento de una condena no ejecutoriada de 13 años y 6 meses de prisión que le impuso el Juez 2° Penal de ese Circuito por los delitos de tentativa de homicidio y hurto agravado y calificado, presentó acción de tutela dirigida contra la Oficina Jurídica del INPEC, con el propósito

de que se revoque el contenido del oficio No. 7133 OJU.OB. 1846 del 29 de enero de 1999. Ese oficio resolvió una consulta del Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué respecto de la procedencia del beneficio administrativo para otro interno.

Señala el accionante que el contenido de tal oficio obstaculizará la concesión del permiso administrativo de las 72 horas a que considera tener derecho, por cuanto allí se conceptuó para un caso similar al suyo, que no procede el beneficio por cuanto tiene otra condena pendiente "la cual así se le haya concedido ejecución condicional de la misma, no puede desconocerse que en cualquier momento este subrogado puede ser revocado".

El accionante reconoce tener otra condena en el Juzgado Promiscuo Municipal de San Antonio (Tolima), posterior a la que ahora descuenta, pero por hechos anteriores a los de ésta, donde le fue concedida la condena de ejecución condicional, por lo que no es requerido en la actualidad. Adicionalmente advierte que se le pretende aplicar el artículo 150 del Código Penitenciario y Carcelario que se refiere a la reincidencia, artículo posterior a los hechos por los que fue condenado.

Como consecuencia de lo anterior estima violados sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, por lo que solicita que se ordene al INPEC la revocatoria del oficio No. 7133 OJU.OB. 1846 del 29 de enero de 1999.

Fallo de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de mayo de 1999 negó por improcedente la acción de tutela invocada por el actor, con fundamento en que es al INPEC al que corresponde la concesión del permiso administrativo de las 72 horas y no al Juez de tutela, ni tampoco le compete a éste hacer prevalecer el criterio que sobre reincidencia tiene el actor, frente al del INPEC.

Adicionalmente considera que la acción está dirigida contra un acto administrativo del INPEC, el que niega el permiso, por lo que caben las acciones respectivas, por la vía gubernativa, o ante el Contencioso Administrativo en donde puede solicitar la suspensión provisional del acto.

La Impugnación

El fallo fue impugnado por el accionante quien señala que el INPEC le está negando el beneficio porque dice que se le puede revocar la libertad condicional, pero ello no es cierto por cuanto solo empieza a cumplir con esas obligaciones cuando salga en libertad. Reitera que está en juego el debido proceso y el derecho a la libertad y le reclama al Tribunal su equivocación por afirmar que él puede acudir al Tribunal de lo Contencioso, pasando por alto que se trata de un preso que no devenga dinero.

Consideraciones de la Corte

1. La acción que ahora decide la Sala fue presentada el 15 de abril de 1999 ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con el fin único de obtener la revocatoria de un oficio de la Oficina Jurídica del INPEC del 29 de enero de 1999, emitido como respuesta a una consulta del Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué sobre la procedencia de la concesión del permiso administrativo de las 72 horas a un interno diferente del aquí actor.

2. El proceso fue remitido a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., por considerar que la competencia territorial era de tal Corporación, habida cuenta que la Oficina Jurídica del INPEC tiene su sede en esta ciudad.

3. El Tribunal de Bogotá, D.C., solicitó información a la Dirección del INPEC y a la de la Cárcel Distrital de Ibagué sobre la situación del actor Puentes Solórzano frente al permiso administrativo de las 72 horas, obteniendo como respuesta del Coordinador del Grupo de Tutelas del INPEC, información referente al interno Guillermo Adolfo Mesa Molina y anexos relacionados con el actor Alirio Puentes Solórzano.

Dentro de los anexos remitidos se halla una copia del oficio No. 1836 del 10 de mayo de 1999, suscrito por una abogada y el Director Regional, por medio del cual le comunican al interno Puentes Solórzano que le niegan el permiso administrativo de las 72 horas por el incumplimiento de la totalidad de los requisitos del artículo 147, por tener pendiente una sentencia condenatoria y de acuerdo con lo expresado por la Coordinadora de Asuntos Penitenciarios del INPEC en el oficio No. 7133 OJU.OB.4235 del 19 de abril de 1999.

4. Manifestado entonces como objeto único de la acción que impetra el interno Alirio Puentes Solórzano, el de obtener la revocatoria del oficio No. 7133 OJU.OB.1846 del 29 de enero de 1999, ello torna en improcedente la acción, por cuanto tal oficio solo contiene un concepto por parte de la Coordinadora de Asuntos Penitenciarios del INPEC a solicitud del Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué (Tolima), en el que se anota la interpretación que esa funcionaria hace de la situación carcelaria de un interno, diferente al aquí actor, frente a la normatividad, para señalar su posición ante la reincidencia.

En este orden de ideas, del contenido de ese oficio no surge ninguna afectación a los derechos fundamentales del actor y de otra parte, tal oficio no genera ningún efecto vinculante para él, como quiera que fue emitido para referirse a la situación carcelaria del señor Alberto Godoy Baquero, por lo que la acción de tutela es improcedente.

Adicionales razones de improcedencia surgen cuando el accionante afirma que su petición de permiso administrativo, será negada con fundamento en ese oficio, pues esa era una situación futura sobre la cual no podía fun-

damentarse la violación de unos derechos fundamentales y era ajena, por tanto, a los supuestos de hecho de vulneración o amenaza que hacen viable la protección constitucional por vía de tutela.

Así, ninguna violación se encuentra al debido proceso, por cuanto el oficio contentivo de una respuesta a un interrogante del Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué, no es un proceso administrativo en el que haya debido seguirse un trámite reglado y riguroso, sino que es el simple ejercicio de una de las funciones que tiene asignada la Oficina que Coordina la servidora pública que suscribe tal documento.

Así mismo, no se advierte ninguna violación al derecho a la igualdad, pues no se trata de la creación de una situación discriminatoria para el actor Fuentes Solórzano, pues la simple lectura de ese oficio (folio 5, cuaderno del Tribunal de Ibagué), permite ver que lo allí consignado tiene que ver con otra persona, no con el aquí actor, por lo que ninguna desigualdad puede derivarse de ello.

5. Ahora bien, aunque el impugnante reclama en la fundamentación del recurso por la violación del derecho a la libertad, que no fue objeto de la acción, debe aclararse que únicamente se trata de la "no concesión" de un permiso administrativo de los que consagra el tratamiento penitenciario progresivo.

En efecto, en goce de tales permisos, de 72 horas, de fin de semana, de 15 días, la libertad preparatoria y la franquicia preparatoria, el sindicado o condenado, según sea el caso, continúa formalmente preso. El beneficio administrativo que el Estado le concede y que le permite salir de la cárcel es solo como consecuencia del lapso que ha descontado de la pena (una tercera parte como mínimo) y de las evaluaciones pertinentes que determinan el período del tratamiento penitenciario en el que se halle y que permiten clasificarlo en fase de mediana, de mínima seguridad o de confianza (artículo 144 de la Ley 65 de 1993 y Resolución 4105 del 25 de septiembre de 1997 del INPEC), pero sus obligaciones carcelarias se mantienen y ese espacio es solo otro aspecto del tratamiento penitenciario que implica hacerlo depositario de la confianza Estatal para determinar si en ausencia de controles carcelarios es capaz o no de ejercer mecanismos de autocontrol que le impidan defraudar la confianza del sistema penal, del que hace parte el carcelario, del Estado para, no solo portarse como un ciudadano común y corriente, sino regresar a descontar el período de pena que le falte para saldar su cuenta social.

En este orden de ideas, no aparece violatoria de ningún derecho fundamental la negativa de la concesión de un permiso administrativo, máxime cuando tales permisos se pueden pedir y conceder con la regularidad que establece la Resolución No. 3988 del 19 de septiembre de 1997 que desarrolla el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 en cuanto señala, que el permiso de las 72 horas puede ser disfrutado cada 2 meses durante el primer año y cada mes durante los siguientes, por lo que negado un permiso mediante el acto administrativo correspondiente, el interno podrá interponer el recurso co-

rrespondiente o simplemente pedir uno nuevo dentro del lapso siguiente, siempre y cuando cumpla los requisitos legales y reglamentarios.

En este caso concreto, al señor Alirio Puentes Solórzano se le negó el beneficio con fundamento en la particular interpretación que la Oficina Jurídica del INPEC hace del término "reincidentes" contenido en el inciso 2° del artículo 150 de la Ley 65 de 1993, norma recientemente derogada por el artículo 30 de la Ley 504 del 25 de junio de 1999 (Diario Oficial 43.618 del 29 de junio de 1999), en el que se define exactamente a quienes se excluye de los beneficios de establecimiento abierto, por lo que el interno Puentes Solórzano puede perfectamente reiterar su petición, si considera que no se halla dentro de los supuestos de hecho a que se refiere el ahora modificado artículo 150 de la Ley 65 de 1993.

6. No puede pasar por alto la Sala la forma irregular como la Dirección de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué resolvió la petición del permiso administrativo, no obstante la abundante reglamentación que sobre el tema existe, pues tanto el artículo 147 de la Ley 65 de 1993, como el Decreto 1542 de 1997, la Resolución 3988 del 19 de septiembre de 1997, la circular 145 de 1994 del INPEC, el Decreto 232 de 1998, atribuyen al Director de la cárcel la obligación de expedir un acto motivado en el que resuelva la solicitud del permiso, situación que no guarda ninguna relación con el oficio suscrito por una abogada (de la que no se sabe la dependencia) y un Director Regional, documento que si bien es cierto no es objeto de la acción de tutela (folio 14, cuaderno del Tribunal de Bogotá), no impide a la Sala llamar la atención del Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué, para que ajuste sus decisiones al contenido de las leyes y el reglamento.

Es por las anteriores razones que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia del 12 de mayo de 1999 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C.

2. Remítase copia de esta decisión al Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Ibagué (Tolima).

3. En firme esta decisión remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: Notificación a parte civil del auto que precluye investigación. Por ausencia de un mandato legal que así lo ordene, ninguna obligación había para que se realizara la diligencia de citación a que se refiere el artículo 25 de la Ley 81 de 1993 con miras a notificar la preclusión de investigación. La notificación por estado no configura una vía de hecho.

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

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

Radicación No. 5813

Aprobado Acta No. 101

ASUNTO

Por impugnación interpuesta por la apoderada del accionante Luis Crisanto Lemus Alarcón, conoce la Corte del fallo de fecha 10 de junio del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, Sala Penal, negó por improcedente la acción de tutela promovida en protección a su derecho fundamental al debido proceso, presuntamente conculcado por resolución dictada por la doctora Lucy Stella Bernal de Abril, Fiscal 203 Seccional Delegado ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El 25 de febrero de 1999, la Fiscalía 203 Delegada Seccional ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá, declaró prescrita la acción penal, y por tanto, precluyó la investigación que adelantaba contra Hutervo Gabriel Andrade Bolaños, por el presunto delito de peculado culposo por extensión, al considerar que "los hechos a que se contrae la investigación sucedieron, o mejor se iniciaron hacia finales del año 1991", razón por la cual transcurrió el término mínimo de 5 años a que alude el artículo 80 del Código Penal, si se tiene en cuenta que la pena establecida para el injusto penal por el cual se procede es de arresto de 6 meses a 2 años (fls. 44 y 45). El anterior pronunciamiento causó ejecutoria, sin que en la oportunidad prevista por la ley hubiera sido recurrido.

Luis Crisanto Lemus Alarcón, quien formuló la denuncia que dio base para iniciar el proceso penal y se constituyó en parte civil, instauró acción de tutela, por intermedio de apoderada, contra la providencia que precluyó la instrucción; sosteniendo que tal pronunciamiento constituye "*vía de hecho*", en consideración a que el Fiscal se equivocó al apreciar que los hechos ocurrieron en el año 1991, pues en su opinión ello aconteció el 29 de noviembre de 1993, "*cuando se realizó la Asamblea General de la Cooperativa y el señor Huiterno Gabriel Andrade Bolaños, entrega informe del precario estado financiero de la Cooperativa Cootradal Ltda.*" (fl. 3); además, en el citado asunto, la acción penal no prescribe en el término de 5 años, en razón de que "*se debe aplicar la causal de agravación contemplada en el artículo 82 del C.P. para declarar la extinción de la acción penal, porque el sujeto activo de esta conducta punible a pesar de ser un particular, este, se asimila a un servidor público...*" (fl. 6 transcripción textual).

Por tanto, pide que el juez de tutela "declare la nulidad de la resolución calendada 25 de febrero de 1999..." (fl. 8).

El Fallo Impugnado

Para negar por improcedente el amparo pedido, el Tribunal consideró que al dictar el Fiscal accionado la preclusión de la investigación, surgió para el aquí accionante, constituido como parte civil, el derecho de impugnarla por intermedio de su abogado, y ante el *ad quem* exponer los argumentos que ahora pretende le sean atendidos por esta especial vía. Si ello no ocurrió así, no puede reabrir el debate a fin de que se restablezcan términos ya fenecidos o trámites evacuados con sujeción a la ley.

De otra parte, la preclusión de la investigación que se pretende revocar con la interposición de esta acción, fue proferida con el lleno de los requisitos legales y notificada en debida forma a los sujetos procesales, lo que implica que tuvieron la oportunidad de mostrar su inconformidad con ella y acudir ante la segunda instancia en procura de la revocatoria que ahora se pretende, sin que la negligencia o descuido de la parte interesada pueda habilitar la tutela como mecanismo alterno para revivir situaciones ya superadas (fls. 46 a 51).

La Impugnación

La apoderada del actor, plantea que no es cierto que la Fiscalía haya notificado la preclusión de la investigación, en la forma prevista por la ley, toda vez que envió los telegramas a direcciones distintas del representante de la parte civil y de su apoderado, de manera que no puede cobrar ejecutoria una providencia contraria a los mandatos legales. Solicita, en consecuencia, que se revoque el fallo recurrido para que en su lugar se ampare el derecho fundamental al debido proceso que fuera conculcado con la resolución de fecha 25 de febrero del año en curso, pronunciamiento que constituye "vía de hecho", en cuanto desconoció lo previsto por el artículo 82 del

Código Penal, de manera que se debe declarar la "nulidad" del citado proveído (fls. 54 a 58).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El tema relacionado con la notificación de la providencia que precluyó la investigación, con fundamento en la prescripción de la acción penal, no fue planteado por el actor en primera instancia, situación que le impidió al Tribunal ocuparse del asunto.

En lo que tiene que ver con la diligencia de citación mediante telegrama que ordena el artículo 190 del Código de Procedimiento Penal (subrogado por la Ley 81/93, art. 25), tiene definido la jurisprudencia de esta Corte, que sólo es exigible cuando se trate de notificaciones que por ley se deben hacer personalmente. En pronunciamiento de tutela fecha 29 de noviembre de 1994, radicación 1319, M.P. Guillermo Duque Ruiz, sostuvo la Corte, el criterio que aquí reitera:

"Partiendo de esta inicial premisa, hay que entender que el artículo 25 de la citada Ley 81 se refiere exclusivamente a las providencias que por mandato expreso deben ser notificadas personalmente, y no a aquellas otras que por voluntad del legislador se notifican por estado o por edicto. Así se desprende con claridad de la primera parte de su texto: 'Cuando no fuere posible la notificación personal...', pues éste presupone, necesariamente, que la ley ha ordenado que la notificación sea personal, y que no obstante ello no resulte posible hacer este enteramiento personal. En estos casos y sólo en ellos, es cuando se impone la obligación de realizar 'la diligencia de citación mediante telegrama dirigido a la dirección que aparezca registrada en el expediente.'

La disposición en comento, tiene por finalidad impedir que por la no comparecencia de un sujeto procesal para que se le notifique personalmente lo que por ley debe comunicársele así, se paralice la actuación, como sucedía antes de que existieran estas normas. Ahora basta con que el sujeto procesal sea citado para la notificación personal y si no comparece, 'se hará la notificación por estado que se fijará tres días después' de la diligencia de citación, salvo que se trate de la notificación de la resolución de acusación que tiene previsto un régimen especial diferente (L. 81/93, art. 59), o de la notificación al sindicado que se encuentre privado de su libertad o al Ministerio Público, eventos estos últimos expresamente exceptuados por la norma.

Mas cuando se trate de proveídos que por ley no es necesario que sean notificados de manera personal, no existe obligación alguna de hacer previamente la 'diligencia de citación' a que alude el ya citado artículo 25 de la Ley 81. En esta hipótesis, la providencia quedará bien notificada con la sola fijación del estado o del edicto, según el caso."

En el asunto examinado, la resolución que precluyó la investigación, fue notificada personalmente dentro de los 3 días siguientes al Ministerio Públi-

co y a otro de los sujetos procesales que compareció, y con fecha 9 de marzo por anotación en estado (fl. 45 vto). Tratándose de la notificación a la parte civil, por ausencia de un mandato legal que así lo ordene, no tenía que efectuarse de manera personal, luego ninguna obligación había para que se realizara la diligencia de citación a que se refiere el artículo 25 de la Ley 81 de 1993, de manera que al producirse la notificación por anotación en estado, se observaron las exigencias previstas por la ley. Lo que la Corte aprecia es que en ningún momento se generó una vía de hecho, que provocara quebrantamiento contra el derecho fundamental al debido proceso que la recurrente estima conculcado.

2. Plantea la apelante que el juez de tutela anteponga su criterio, el cual considera de mejor condición sobre al expuesto por la Fiscalía 203 Seccional de esta ciudad, que al estudiar el asunto sometido a su conocimiento, consideró que la acción penal prescribió, y por tanto, precluyó la investigación que adelantaba por el presunto delito de peculado culposo por extensión.

Su inconformidad, como bien decidió el Tribunal, debió plantearla en la oportunidad prevista por la ley, dando paso a la segunda instancia en procura de la misma determinación aquí propuesta, resultando improcedente acudir a la tutela que tanto se ha dicho, no es mecanismo apto para habilitar situaciones procesales ya fenecidas.

3. Pide la impugnante que sea el juez de tutela el que "declare la nulidad de la providencia de preclusión de la investigación, calendada 25 de febrero de 1999." Estas pretensiones no están llamadas a prosperar, ni pueden ser asumidas por la vía excepcional prevista por el artículo 86 de la Carta Política, en razón a que no es la acción de tutela una instancia adicional a la que puedan acudir indistintamente los intervinientes en un proceso, pretendiendo soslayar o suplir los mecanismos establecidos por el ordenamiento jurídico regular para la salvaguarda de los derechos, ni es pertinente proponer determinaciones que sólo puede asumir quien lo conduce de acuerdo con sus facultades legales, toda vez que lo contrario implicaría no solo convertir la tutela en una tercera instancia -y para el caso cuarta, con esta impugnación-, sino también desconocer los principios del debido proceso, la autonomía y desconcentración de la rama judicial y la seguridad jurídica.

No le corresponde al juez de tutela terciar en controversias que deben ser, están siendo o han sido definidas por el funcionario competente, en el marco de un proceso.

4. En todo caso, en consideración a la inconformidad de la recurrente en relación con la resolución de fecha 25 de febrero del año en curso, proferida por la Fiscalía 203 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Santa Fe de Bogotá, es criterio de la Corte, sostenido desde el fallo de 22 de mayo de 1992 (M.P. Dr. Juan Manuel Torres Fresneda) y desarrollado en la decisión de 30 de agosto de 1995, con ponencia de quien aquí cumple igual función, que la acción de tutela contra determinaciones judiciales es improcedente.

Las razones tenidas en cuenta para apoyar esta posición jurisprudencial se encuentran consolidadas, con la fortaleza inamovible erigida por lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 243 de la Constitución Política, a partir de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, determinada por la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1° de octubre de 1992.

Como la parte resolutiva de dicha sentencia de inexequibilidad está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional, es de obligatoria observancia. En sustento de tal decisión se tuvo en cuenta lo siguiente, entre otras consideraciones convergentemente definitorias:

"La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto. Tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales.

... Bien puede afirmarse que, tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso...

... no encaja dentro de la preceptiva fundamental un sistema que haga posible al juez, bajo el pretexto de actuar en ejercicio de la jurisdicción constitucional, penetrar en el ámbito que la propia Carta ha reservado a jurisdicciones como la ordinaria o la contencioso administrativa..."

Por las razones expuestas, se confirmará el fallo impugnado.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo impugnado.

2. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge A. Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Gutiómar Jiménez Muñoz, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA: Personal retirado. Se vulnera el derecho a seguridad social del soldado voluntario que es retirado mientras se adelanta el trámite para establecer los efectos de la lesión padecida cuando estaba en servicio activo.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Radicación No. 5818

Aprobado Acta No. 101

Vistos

Se pronuncia la Corte acerca de la impugnación propuesta por el accionante Fulgencio Palacio Murillo contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que el 28 de mayo de 1999 declaró improcedente la acción de tutela invocada a efecto de la protección de derechos constitucionales fundamentales presuntamente vulnerados por el Comando del Ejército Nacional.

Contenido de la Acción

Por constituir un trasunto fiel de la narración que acerca del contenido fáctico de su pretensión realizó el accionante en su escrito de solicitud de amparo constitucional, la Sala se permitirá transcribir el acápite de los hechos consignados en el fallo del Tribunal de instancia.

"Aduce el accionante que el 19 de septiembre de 1991 se incorporó a las filas del Ejército Nacional como soldado regular, culminando su servicio militar obligatorio el 25 de marzo de 1993, pero continuó como soldado voluntario desde el día siguiente. El 10 de octubre de 1993 sufrió una lesión en la rodilla derecha, por lo que recibió atención médica en el batallón de Infantería Atanasio Girardot, permaneciendo hospitalizado por siete días y tras ser enyesado estuvo incapacitado durante un mes. Pese a que el médico del Batallón al que pertenecía no dio autorización para darlo de baja, fue excluido de la institución el 1°

de diciembre de 1993. Habló con varios comandantes tratando de obtener el reintegro para poder recibir la atención médica que su lesión requería con resultados negativos.

"Solicita tutelar sus derechos fundamentales de Salud y Vida y por consiguiente, ordenar al Ejército a que le practique una cirugía que requiere en la rodilla derecha."

RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA

En primer término admite el Subjefe del Departamento de Personal del Ejército que el actor *laboró* en la institución desde el 1° de abril al 1° de diciembre 1993. "*siendo retirado por la causal de conducta deficiente*" mediante orden administrativa de personal N° 1118 del 31 de diciembre del mismo año, conforme con lo estipulado en el parágrafo del artículo 2° del Decreto 370 de 1991. No obstante lo anterior, producido el retiro el soldado contó con 30 días para informar a la Dirección de Sanidad de la entidad acerca de "*cualquier lesión o afección que a juicio de esta sea consecuencia de la prestación del servicio militar, so pena de exonerar a la entidad de cualquier responsabilidad*": en los libros de la entidad, se logró constatar la ausencia de reclamo del interesado sobre dicho tópico, advierte la accionada.

Como sólo seis (6) años después el presunto afectado realiza la correspondiente reclamación, a juicio de la accionada no le cabe responsabilidad alguna por los padecimientos físicos que en la actualidad afronta el hoy demandante en tutela, máxime cuando de acuerdo con lo regulado en la Ley 352/97, Palacio Murillo no ostenta la calidad de afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares. Si el accionante no ejerció en su oportunidad las acciones judiciales y administrativas pertinentes para hacer valer sus derechos; no es la acción de tutela el medio que pueda suplir aquellas, concluye diciendo el representante de la entidad demandada.

EL FALLO IMPUGNADO

Luego de recabar sobre los alcances del amparo tutelar y atendiendo a los argumentos defensivos de la parte accionada en cuanto al término empleado por el actor para realizar la correspondiente reclamación, el Tribunal de instancia declaró la improcedencia de la pretensión del ex servidor del Ejército Nacional no empece a admitir su vinculación a dicha institución y el nexo causal existente entre una lesión que para aquella época afirma haber padecido en la región anatómica que hoy reputa afectada, con la prestación del servicio. Como fundamento de su decisión, la Colegiatura arguye que no se puede "*asumir con seguridad*" que a estas alturas y después de seis años de ocurrido el evento, se trate de la misma lesión.

Es que el accionante cuenta con otros medios para que la autoridad competente dirima el "*desacuerdo*" surgido entre las partes dadas las circunstancias que para la no atención actual del paciente aduce la accionada, arguye el

Tribunal; como el demandante en tutela no se encuentra ante "*una situación apremiante*" que le impida agotar los mecanismos ordinarios tendientes a la definición del "*conflicto*", ni tampoco existen "*suficientes elementos de juicio demostrativos de la obligación del Ejército en brindarle el tratamiento*", no es la tutela el instrumento idóneo para reclamar la atención que aspira se le dispense cuando de su comportamiento omisivo lo que se infiere es que ninguna premura apareja su situación, insiste en sostener la citada Corporación. No es pues del resorte del Juez de Tutela decidir una tal pretensión.

La Impugnación

No comparte en lo más mínimo el accionante, las apreciaciones del Tribunal como quiera que "*Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la baja, es decir, desde el 2 de diciembre de 1993, el Ejército me siguió prestando la atención médica, motivo por el cual no tuve NECESIDAD de invocar la continuidad de la atención, tan es así que el día 2 de febrero de 1994 en la fórmula médica dice 'Amerita Menisectomía' la cual hasta la fecha no se me ha practicado*". Que se revoque el fallo impugnado y se acceda a su solicitud de amparo, es lo que el actor persigue con la impugnación propuesta, pues, mientras no se le dispense la atención requerida, "*la violación a mis derechos fundamentales sigue latente*", concluye el opugnador.

Consideraciones de la Corte

El derecho es prueba y, conforme con lo que en el presente asunto ha logrado demostrar el accionante, de verdad que la razón está de su parte habida consideración que la disculpa esgrimida por la parte accionada para negarse a dispensar la atención que su ex servidor requiere, en sentir de esta Corporación se encuentra desvirtuada, independientemente de si tardíamente o no, según se considera en el fallo impugnado, el actor haya acudido a la tutela como único medio eficaz a su alcance para lograr se le preste atención a su salud, resquebrajamiento que tuvo su origen de acuerdo con lo probado, se insiste, en un acto del servicio.

En efecto, la entidad accionada para negarle la atención al ex soldado voluntario se escuda en el Decreto 094 de enero 11 de 1989 que reformó el Estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalidez e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares, y cuyos artículos 4° y 8° son del siguiente tenor:

"*Artículo 4°. Validez y vigencia de los exámenes de capacidad sicofísica. (...) El examen para retiro tiene carácter de definitivo para los efectos legales correspondientes, por tanto debe practicarse en todos los casos, aún en aquellos en que se encuentre vigente el concepto resultante de una evaluación anterior.*

"*El examen médico de licenciamiento para el personal de tropa deberá ser practicado dentro de los sesenta (60) días anteriores a su desacuartelamiento (...).*"

"Artículo 8°. Exámenes para retiro. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad, desde su comienzo hasta su terminación. Su interrupción por parte del interesado, sin causa justificada y por un término mayor de treinta (30) días se considera como renuncia a tales exámenes y perderá por lo tanto los derechos originados por razón de las lesiones o enfermedades, relacionadas en este procedimiento (...)."

A su turno el artículo 5°, literal g) de la mentada legislación establece que el examen sobre *capacidad sicofísica* habrá de practicarse, entre otras circunstancias, cuando se produce *retiro* o *licenciamiento*.

Igualmente aduce la parte accionada que el retiro de la institución del ex soldado Palacio Murillo se produjo por *conducta deficiente*, conforme con la atribución que le asiste al Comandante de las Fuerzas Militares para proceder a decretarlo según lo dispone el Decreto 370 de 1991, entre cuyas causales también se enumera la atinente a la "*disminución de la capacidad sicofísica para la actividad militar*".

Pues bien, sea cual fuere la real causa del licenciamiento del Ejército Nacional para la época de 1993 del soldado voluntario de ese entonces Fulgencio Palacio Murillo, lo cierto es que en el instante de su retiro (diciembre 31 de 1993, tal como se reconoce a (Fls. 42 y 48), se hallaba en incapacidad "*relativa y temporal para todo ejercicio físico desde el 20-12.93 hasta el 27.12.93*", la cual le fue prorrogada del 28 de diciembre del mismo año al 28 de enero de 1994 (Fls. 18 y 19).

Es más, es el propio médico del Batallón Girardot al cual se hallaba inscrito quien certifica que para el 20 de diciembre de 1993 le diagnosticó al citado paciente una "*artropatía de rodilla derecha por lo cual no autorizó la baja del servicio activo*" (Fl. 24 Fte.), concepto que ratifica a Fl. 24 Vto. por encontrarse el soldado en "*tratamiento médico por Meniscopatía en el Hosmil*".

El 1° de febrero de 1994, se dijo por parte del Departamento de Sanidad de la Cuarta Brigada que el caso de Palacio Murillo ameritaba una "*Menisectomía*" (Fl. 23), y entre febrero y marzo de 1994 el afectado es sometido a tratamiento en el Hospital Militar Central (Fls. 7 a 17).

Surge evidente pues la falacia que aquí se ha querido introducir por parte de la institución demandada y en la cual el juez colegiado cuyo fallo se cuestiona no reparó, al punto que la propia Defensoría del Pueblo, Regional de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, hubo de intervenir pocos meses después (septiembre de 1994) dada la negligencia observada en este caso por las Fuerzas Militares, según lo refiere el mismo accionante, situación que la accionada no ha podido desvirtuar (Fl. 26).

Elementales normas de derecho laboral prohíben el despido de un trabajador hallándose en tratamiento médico y, peor aún, cuando a quien se retira

del servicio se encuentra gozando de incapacidad médico-laboral, tal como se ha podido comprobar con ocasión del trámite del presente evento. Contrariamente a lo que viene sosteniendo la parte accionada, su ex servidor, conforme con la normatividad que aquella esgrime en su defensa, oportunamente reclamó la atención requerida, atención que se le viene negando con fundamento en unos términos supuestamente incumplidos, cuando lo cierto es que se ha querido eludir la responsabilidad que a la entidad le compete, derivada ésta de una lesión padecida por el paciente estando en servicio activo.

Si bien es cierto el accionante cuenta con otros medios de defensa con los cuales procura la protección y el restablecimiento del derecho a la salud conculcado y, por qué no, el de la dignidad humana puesto que, como lo asevera el actor, a pesar de sus ingentes esfuerzos para buscarle solución a su problema de salud, se le puso a deambular de dependencia en dependencia, tanto en la sede donde se encontraba radicado como en esta ciudad Capital, sin que nada se le definiera, la acción de tutela refulge en el presente caso como el único y expedito instrumento de salvaguarda de sus garantías, con mayor grado de eficiencia que los propios mecanismos ordinarios para alcanzar la protección debida, como quiera que lo hasta ahora demostrado a las claras indica la voluntad, el ánimo de la parte accionada para burlar su compromiso. Ni siquiera la queja elevada ante un organismo de vigilancia y control como lo es la Procuraduría General de la Nación rindió sus frutos, por cuanto la correspondiente querella se remitió ante la Comandancia del Ejército Nacional (Fls. 27, 28, 29 a 32 y 33 a 36), desconociéndose actualmente sus resultados.

Un trato poco menos que inhumano es el que se le ha prodigado a quien luego de ofrendar sus servicios y su propia vida a una institución encargada de velar por la seguridad del suelo patrio y de sus ciudadanos, sin miramiento alguno se le retira de la misma en grado sumo de orfandad al no contar con el más mínimo recurso con el cual acudir en demanda de los servicios de nuestro sistema de seguridad social integral en salud.

Consecuentemente con lo que viene de reseñarse, previa revocatoria del fallo impugnado, se le ordenará al Comando de las Fuerzas Militares que en el término improrrogable de 48 horas disponga lo pertinente, a fin de que el ex soldado voluntario Fulgencio Palacio Murillo sea evaluado clínicamente y se le proporcione el tratamiento médico y los correspondientes procedimientos que amerite la dolencia física que lo aqueja.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme a las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

2. TUTELAR el derecho a la salud del acá accionante. En consecuencia, se le ORDENA al Comando de las Fuerzas Militares que en el término improrrogable de 48 horas disponga lo pertinente, a fin de que el ex soldado voluntario Fulgencio Palacio Murillo sea evaluado clínicamente y se le proporcione el tratamiento médico y los correspondientes procedimientos que amerita la dolencia física que lo aqueja. Por la Secretaría de la Sala, expídanse las comunicaciones a que haya lugar.

3. REMITIR a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Guiomar Jiménez Muñoz, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE PETICION: Expedición de copias. Para que la respuesta ordenada fuere efectiva, no debió acudirse al formulismo de referirse a "una copia informal" sino que, para acercarse al derecho sustancial y procurar la satisfacción de la justa solicitud de la petente, lo apropiado resulta informarle lo que se acoja plenamente a la verdad, como al parecer lo es que la copia que se le suministra coincide exactamente con la conservada en el despacho respectivo, la cual es fiel reproducción del original que se hallaba en el expediente extraviado. De ahí que le asiste razón a la impugnante, al censurar que no le ha sido entregada una copia que le resulte apropiada para el fin que requiere, por lo cual ha de observarse que su petición no le ha sido resuelta adecuadamente. **/INDEMNIZACION EN TUTELA: Requisitos.** Si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de condenar *in genere* a la indemnización del daño emergente, dentro del proceso de tutela tal condena sólo es posible decretarla si se concede el amparo, si el resarcimiento es necesario para efectivo goce del derecho y el afectado no dispone de otro medio judicial para obtenerlo, requiriéndose además que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria". En el presente caso, no están presentes estos requisitos.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 102

Radicación 5792

ASUNTO

Por impugnación interpuesta por Inés Cecilia Eugenia Escobar viuda de Restrepo, conoce la Corte del fallo de 24 de mayo del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, Sala Penal, tuteló el derecho fundamental de petición de la señora Escobar de Restrepo. Para garantizar el mencionado derecho, ordenó a la Secretaría de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que "a más tardar en el término de 48 horas se dé respuesta a las solicitudes de fechas 19 de noviembre de 1998 y 16 de febrero del presente año formuladas" por la accionante.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

El 19 de noviembre de 1998, Inés Cecilia Eugenia Escobar viuda de Restrepo pidió a la doctora María del Carmen Jarrín Cerón, Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que le expidiera "copia auténtica de la inadmisión de la demanda" que instauró contra el Incora, en el proceso distinguido con el número 46047 (fl. 6)

El 16 de febrero del presente año, la señora Escobar de Restrepo le planteó al "Doctor José Antonio Arciniegas. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca", que le ayudara a que "se me expida una certificación que solicité desde el día 19 de noviembre de 1998" (fl. 5).

El 6 de mayo siguiente, instauró acción de tutela contra el doctor Luis Rafael Vergara Quintero, Presidente de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por violación a su derecho fundamental de petición, pues no le ha respondido la solicitud que presentó el 19 de noviembre de 1998, de une certificación que dice necesitar pura iniciar un proceso ejecutivo laboral. Pide que se ordene al funcionario accionado "expedir fotocopias de la inadmisión de la demanda en el proceso No. 46047" y "Se condene el doctor Luis Rafael Vergara Quintero a indemnizarme por los perjuicios ocasionados según el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991". (fls. 1 y 2)

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal apreció que el doctor Luis Rafael Vergara Quintero, Presidente de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no es la persona que vulnera el derecho de petición que considera conculcado el accionante, toda vez que no es su función expedir las copias que las partes soliciten dentro de un proceso, pues ello es asunto de competencia privativa de la Secretaría, con mayor razón si no es integrante de la Sala que conoció del expediente, razón por la cual el Magistrado remitió la solicitud a la Secretaria de la Sección Segunda.

Debido a que las copias pedidas por la actora se tomarían de un proceso que de acuerdo con la información acopiada se encuentra extraviado, "sin que hasta la fecha sepa la usuaria lo que sucede", debió la Secretaría de la Sección Segunda dar respuesta a la peticionaria; como no lo ha hecho, es esa oficina judicial le que lesione el derecho de petición, motivo por el cual el Tribunal impartió las órdenes a que inicialmente se hizo alusión (Fls. 21 a 25).

ACTUACIÓN SUBSIGUIENTE E IMPUGNACIÓN

En obedecimiento al fallo de tutela, la Secretaria de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca comunicó a Inés Cecilia Escobar de Restrepo que su petición sobre expedición de copias auténticas del proceso 46047, no ha sido atendida, toda vez que la Subsección respectiva ha informado que el expediente se encuentra "extraviado o perdido" y que

para dichos efectos es necesario "reconstruir el expediente para expedir las copias correspondientes" (fl. 31).

Mediante auto de fecha 25 de mayo del año en curso, la doctora María del Carmen Jarrín Cerón, Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, frente a la petición de copia auténtica del proveído pedido por la actora, dispuso que "Como no aparece el expediente donde está la providencia de la que se solicita copia, circunstancia que impide que la Secretaría de la Corporación atienda la solicitud de la demandante, se expide una copia informal del auto de 16 de abril de 1998, de la copia que reposa en el Despacho del sustanciador, que inadmitió la demanda, para que se le haga, entrega a la memorialista, informándole tal circunstancia" (fls. 4 y 5 cd. Corte).

La accionante impugnó el fallo del Tribunal Superior, expresando que solicitó copia auténtica "del fallo que prestara mérito ejecutivo del proceso N° 46.047, para iniciar el correspondiente ejecutivo... no que me escriban mentiras y sandeces"; reiterando, además, como segundo aspecto, que en la petición de amparo pidió que el doctor Luis Rafael Vergara Quintero fuera condenado al pago de los perjuicios causados, sin que le sentencia se ocupara del punto (fls. 37 y 38).

Consideraciones de la Corte

1 De acuerdo con la información recibida por le Corte, la petición de copias de la providencia que inadmitió la demanda instaurada por la aquí accionante en el proceso número 46047, fue resuelta por la doctora María del Carmen Jarrín Cerón, Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de fecha 25 de mayo del año en curso, pronunciamiento del cual fue notificada la accionante mediante oficio número 158 (mayo 27/99) de la Secretaría de la Sección Segunda (fls. 4 a 6 cd. Corte).

Para que la respuesta ordenada fuere efectiva, no debió acudirse el formulismo de referirse a "una copia informal" sino que, por acercarse al derecho sustancial y procurar la satisfacción de la justa solicitud de la peteníe, lo apropiado resulta informarle lo que se acoja plenamente a la verdad, como al parecer lo es que la copia que se le suministra coincide exactamente con la conservada en el despacho respectivo, la cual es fiel reproducción del original que se hallaba en el expediente extraviado.

De ahí que le asista razón a la impugnante, al censurar que no le ha sido entregada una copia que le resulte apropiada para el fin que requiere, por lo cual ha de observarse que su petición no le ha sido resuelta adecuadamente. Por lo tanto, el fallo debe ser aclarado en la forma indicada en el párrafo precedente.

2. En lo que tiene que ver con el segundo motivo de inconformidad, es cierto que ningún pronunciamiento efectuó el Tribunal frente a la petición

de la actora, en el sentido que se condene al pago de indemnización de perjuicios. No obstante, tal pretensión no está llamada a prosperar, pues si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de condenar *in genere* a la indemnización del daño emergente, dentro del proceso de tutela tal condena sólo es posible decretarla si se concede el amparo, si el resarcimiento es necesario para el efectivo goce del derecho y el afectado no dispone de otro medio judicial para obtenerlo, requiriéndose, además que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.

Lo anterior no se da en el presente asunto, ni sustento probatorio alguno se aprecia sobre la determinación y cuantificación del posible daño emergente, cuya eventual indemnización habría de ser reclamada, llegado el caso y dentro de la respectiva acción, ante el despacho judicial competente.

En este sentido, se adicionará el fallo impugnado, confirmándolo en todo lo demás.

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. ACLARAR el fallo impugnado, en cuanto el despacho correspondiente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca debe indicar con precisión el origen de la copia entregada, en la forma que se ha señalado en la motivación de esta providencia.

2. ADICIONARLA en el sentido de NEGAR la condena de la indemnización de perjuicios y confirmarlo en todo lo demás.

3. Ejecutoriada de esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 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, Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO PENAL: 1. **Acceso al expediente antes de definir situación jurídica.** La calidad de sujeto procesal solo se adquiere por la vinculación mediante indagatoria o la declaratoria de persona ausente. En ausencia de cualquiera de uno de esos supuestos de hecho, ninguna persona puede tener acceso al expediente y menos obtener copias de él, por cuanto el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, solo autoriza las copias a los sujetos procesales y a la autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios. El artículo 142 del Código de Procedimiento Penal solo es aplicable respecto del defensor del sindicado. 2. **Notificación a persona no individualizada.** Mientras no haya imputado conocido durante la investigación previa no es posible dar aplicación al artículo 81 de la Ley 190 de 1995.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Radicado No. 5804

Aprobado Acta No. 107

Vistos

Decide la Sala la impugnación presentada por la accionante Alexandra Violet López Peñaloza, en contra del fallo proferido el 1º de junio de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C., por medio del cual declaró improcedente la tutela invocada en contra de la Fiscalía 300 Delegada de la Unidad de Reacción Inmediata de esta ciudad.

Fundamento de la Acción

La señora Alexandra Violet López Peñaloza formuló el 14 de mayo de 1999, por medio de apoderado, acción de tutela en contra del Fiscal 300 Delegado de la Unidad de Reacción Inmediata de esta ciudad, al que señala como presunto responsable de la violación de sus derechos fundamentales a la dignidad, al debido proceso, a la defensa y de petición, que concreta en los siguientes hechos:

1. La violación al debido proceso consiste, según la actora, en que a su juicio se violó el contenido del artículo 452 (sic) del Código de Procedimiento Penal, pues se ordenó su vinculación a un proceso penal bajo suposiciones y sin razones suficientes para ello.

También se incurrió en violación al debido proceso por omitirse la notificación que ordena el artículo 81 de la Ley 190 de 1995, no obstante que la investigación se inició desde el 9 de abril de 1999, pues solo vino a enterarse de tal hecho cuando fue objeto de búsqueda por parte de agentes del C.T.I., para capturarla.

Finalmente estima violatorio del debido proceso que se haya omitido el cumplimiento del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, pues no obstante que han transcurrido mas de 25 días desde que se libraran las ordenes de captura, no se le ha emplazado, a pesar de haberlo solicitado expresamente.

2. La afectación a la dignidad la concreta en el sometimiento al escarnio público y al sufrimiento moral que implica una injusta sindicación penal, que no solo afecta a la sindicada sino también a su núcleo familiar.

3. La vulneración al derecho de defensa la deriva de la falta de notificación de la iniciación de la investigación previa y de la negativa del Funcionario Judicial accionado a permitirle a sus abogados el acceso al expediente, "pues recurre a una respuesta pueril en el sentido de que mientras mi representada no se encuentre declarada reo ausente o escuchada en indagatoria, el abogado no puede tener ningún tipo de acceso al expediente".

4. La afectación al derecho de petición la hace consistir en la falta de respuesta a una petición que se le hizo al Fiscal accionado desde el 23 de abril, en la que se le solicitaban copias del expediente, reclamando que la respuesta debe ser expresa y no tácita mediante el silencio.

Como consecuencia de lo anterior solicita que el fallo de tutela ordene la desvinculación de la señora Alexandra Violet López Peñaloza del proceso penal, que se le notifique sobre la existencia del proceso penal en su contra, que se invalide todo lo actuado, que se ordene el acceso al expediente y que como la actora es Asesora Grado 24 del Procurador General de la Nación en la Procuraduría Departamental de la Guajira, en caso de existir alguna prueba en su contra le sea cancelada la orden de captura y se le permita seguir disfrutando de la libertad conforme lo dispone el artículo 374 del Código de Procedimiento Penal.

Fallo de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C., mediante fallo del 1 de junio de 1999 negó por improcedente la acción de tutela invocada por la actora, por dirigirse contra decisiones judiciales, estarle vedado al Juez de tutela la invasión de competencias de otros Jueces de la República y contar el proceso penal con un mecanismo de con-

trol eficaz para remediar las presuntas violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, como son las nulidades.

Descarta la existencia de violaciones a los derechos fundamentales por la simple emisión de una orden de captura en contra de la actora, pues esa es una facultad que la ley le otorga al Fiscal en el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal.

Igualmente desecha afectación al debido proceso por la falta de la notificación a que alude el artículo 81 de la ley 190 de 1995, pues durante la investigación preliminar no hubo imputado conocido, por lo que no había a quién notificar.

Tampoco encontró ninguna vulneración al derecho de petición, pues hubo una decisión de la Fiscalía negando el reconocimiento de personería al abogado designado por la sindicada López Peñaloza, por no haberse vinculado materialmente ella a la actuación y de otra parte, aclara, que en tratándose de una actuación judicial lo que se habría violado es el debido proceso y no el derecho de petición, pero la existencia de la respuesta descarta ese hecho, como también resulta inexistente frente a la no expedición de las copias de la actuación, pues el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, autoriza tal proceder.

La Impugnación

El fallo fue impugnado por la accionante que en extenso escrito critica al Tribunal por haber fundado el fallo en la respuesta del Fiscal accionado, sin practicar ninguna prueba directa, advirtiendo que ni ella ni su apoderado tuvieron acceso al expediente de tutela.

Reclama por la supuestamente forma abusiva como la Fiscalía instruye los procesos, destacando que ordena capturas, dicta medidas de aseguramiento o resoluciones de acusación para finalmente, ante la demostración de la inocencia del procesado, saldar todo "con un simple perdón y adiós", sin que le importe la afectación a la dignidad humana del procesado y de su familia, quejándose así mismo, que en su caso, el noticiero NTC haya publicado su nombre señalándola como cuasi jefe de una banda que actuaba en el ISS.

Insiste en que no había razones suficientes para vincularla en indagatoria, pues la mención de su nombre en una conversación telefónica interceptada o los cargos que le haga el denunciante no debieron generar la orden de captura inmediata y critica la actuación del Fiscal accionado, a quien señala influenciado por los propietarios de la EPS denunciante y al Jefe de la URI, por demorar más tiempo del debido el expediente en esa Unidad.

Insiste en la violación al debido proceso por la falta de cumplimiento del artículo 81 de la Ley 190 de 1995, sin agregar mayores argumentos que los ya señalados en la acción; en la del derecho de petición, expresando sus dudas por la existencia de la resolución del 27 de abril de 1999 de la Fiscalía

accionada, negando que a su apoderado le hayan notificado algo, pues siempre le negaron verbalmente el trámite solicitado.

Finalmente reclama la violación al derecho de defensa por no habérsele permitido a su apoderado el acceso al expediente, no obstante que había presentado poder desde el 23 de abril, y niega que de acuerdo a la ley procesal colombiana sea menester reconocerle personería a un abogado para actuar pues la sola presentación del poder lo faculta para ello, por lo que solicita la revocatoria del fallo objeto de su desacuerdo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Previa a la decisión de la Sala y en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, se ordenó a la Fiscalía informar sobre el desarrollo de la investigación contra la que se dirige la acción, obteniéndose como respuesta, entre otros documentos, el acta de emplazamiento de la accionante Alexandra Violet López Peñaloza, fijada desde el 31 de mayo y desfijada el 4 de junio de 1999, e informe del Coordinador de la Unidad Nacional de Delitos contra la Administración Pública en el que da cuenta de habérsele resuelto situación jurídica en la que se abstuvieron de imponerle medida de aseguramiento.

2. Como uno de los fundamentos de la acción de tutela era el de lograr el acceso al expediente contentivo de la investigación en la que se mencionaba a la doctora López Peñaloza, tal petición ha quedado superada con la acreditación que la Coordinación de la Unidad Nacional de Delitos Contra la Administración ha hecho del acta de emplazamiento de la actora López y con el informe en el que señala que se le ha resuelto situación jurídica absteniéndose de dictarle medida de aseguramiento.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 136 del Código de Procedimiento Penal la calidad de sindicado y su condición de sujeto procesal se adquiere desde la vinculación mediante indagatoria o la declaratoria de persona ausente, situación esta última a la que se llega después de agotar el trámite señalado en el artículo 356 del Código citado.

Acreditado procesalmente que a la actora Alexandra Violet López Peñaloza se le emplazó mediante edicto que permaneció fijado desde el 31 de mayo de 1999 y que posteriormente se le resolvió la situación jurídica sin que se le impusiera medida de aseguramiento, debe concluirse que está superado el hecho del que se hacía derivar la supuesta agresión al derecho de defensa, pues ya tiene acceso al expediente por haber adquirido la condición de sujeto procesal, como quiera que resulta obligatorio por mandato del artículo 385 del Código de Procedimiento Penal la recepción de indagatoria o la declaratoria de persona ausente para poder resolver la situación jurídica.

Ahora bien, no obstante que ha cesado la actuación impugnada, tampoco surge de los antecedentes procesales recaudados por la Sala ninguna actuación, en cuanto hace al punto concreto de la vinculación procesal de la

doctora López Peñaloza, que pueda tenerse como violentadora del derecho fundamental al debido proceso o al derecho de defensa como elemento integrante de aquel.

Si bien es cierto, entre la fecha de la orden de captura (14 de abril de 1999) y la de la fijación del edicto emplazatorio (31 de mayo de 1999), transcurrió un lapso superior al señalado por el inciso final del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal para el efecto, la simple superación de tal término no es, en sí misma considerada, causal de violación del derecho de defensa, máxime si se tienen en cuenta las explicaciones del Fiscal accionado que informa de la dedicación de buena parte de tal período a la práctica de las indagatorias de otras 2 sindicadas, a la definición de su situación jurídica y a la notificación de tales decisiones, produciéndose posteriormente la variación de la asignación, perdiendo él la competencia desde el pasado 19 de mayo, de donde surge que la falta de emplazamiento y la consecuente declaratoria de persona ausente dentro del estricto término legal no obedeció a perversidad del Funcionario accionado sino a la simple dinámica de la actuación que lo obligaron a emplear el tiempo en la definición de otros asuntos propios de la misma.

No obstante lo expuesto y como ya se ha demostrado la vinculación procesal de la doctora López Peñaloza a la actuación penal, dentro de ese proceso podrá ejercer su derecho de defensa, para no solo efectuar el derecho de contradicción frente a las pruebas que se practiquen a partir de su formal ingreso como sujeto procesal sino a las evacuadas con anterioridad que tengan alguna incidencia en su situación procesal.

3. Tampoco se observa ninguna violación al debido proceso o al derecho de defensa por la decisión de la Fiscalía de negarle el acceso al expediente y la expedición de copias a su apoderado, pues la calidad de sujeto procesal solo se adquiere, como atrás se refirió, por la vinculación mediante indagatoria o la declaratoria de persona ausente, por lo que en ausencia de cualquiera de uno de esos supuestos de hecho, ninguna persona puede tener acceso al expediente y menos obtener copias de él, por cuanto el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, solo autoriza las copias a los sujetos procesales y la autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios.

No resulta correcta la interpretación que la accionante López Peñaloza hace en el escrito impugnatorio sobre la facultad que tiene el apoderado para actuar a partir del momento en que presente el poder ante el Funcionario Judicial correspondiente, pues ello es cierto, siempre y cuando se cumpla el supuesto de hecho que el artículo 142 del Código de Procedimiento Penal contiene y es que se trate de un defensor designado por el sindicado, expresión que el mismo Código define en el artículo 136 como aquel a quien se atribuye la participación en el hecho punible y ha sido vinculado mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.

En este orden de ideas como para la fecha en que el apoderado de la doctora López Peñaloza presentó el poder ante el Fiscal 300 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata de Santa Fe de Bogotá, D.C., aquella no tenía aun la condición de sindicada, por no haber sido vinculada mediante indagatoria ni haber sido declarada persona ausente, hizo bien el Funcionario Judicial en negarle el acceso al expediente y la expedición de copias, sin que esa actuación comporte ninguna violación al derecho de defensa o al debido proceso de la accionante.

4. Tampoco se encuentra ninguna violación a los derechos constitucionales de la accionante Alexandra Violet López Peñaloza por la supuesta omisión de la notificación que ordena el artículo 81 de la Ley 190 de 1995, pues la explicación del Fiscal accionado sobre la falta de individualización de la imputada hasta antes del 14 de abril de 1999, fecha en la que se ordenó apertura de instrucción es perfectamente atendible.

Señala el Fiscal que para el 7 de abril de 1999, fecha en la que recibió las diligencias, la señora López Peñaloza no estaba individualizada e identificada, por lo que ordenó a funcionarios de Policía Judicial adelantar labores investigativas para tal fin, de lo que obtuvo resultados el 14 de abril, ordenando inmediatamente apertura de instrucción, de donde resulta que nunca se realizó el supuesto de hecho del artículo 81 de la Ley 190 de 1995, pues nunca hubo imputado conocido durante la investigación previa, situación que descarta la violación de los derechos fundamentales que reclama la actora.

5. Finalmente, no puede señalarse ninguna violación a los derechos fundamentales de la actora por la decisión del Fiscal accionado de librarle orden de captura, pues en tratándose del delito de concusión que tiene señalada una pena de prisión de 4 a 8 años (artículo 21 de la Ley 190 de 1995) resulta aplicable el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal que autoriza al Fiscal a librar orden escrita de captura, teniendo como único límite en contrario su propia consideración de que tal orden no es necesaria (artículo 376 del Código de Procedimiento Penal), por lo que la actuación del Funcionario Judicial accionado resulta perfectamente legal y por tanto improcedente la tutela.

Improcedente igualmente resulta la acción constitucional para discutir la inexistencia de los antecedentes y circunstancias que aconsejaran llamar a indagatoria a la doctora López Peñaloza, pues la ley no determina de manera específica cuáles son esos antecedentes y circunstancias; solo exige que estén consignados en la actuación, pero el espacio valorativo lo deja a criterios de razonabilidad del Funcionario Judicial competente que es quien puede y debe evaluar si tales eventos son suficientes para llamar a alguien a indagatoria.

Ahora bien, ni siquiera frente a la posterior definición de situación jurídica que culminó con la abstención de imposición de medida de aseguramiento, puede señalarse alguna violación a los derechos fundamentales de la accionante, pues en la información suministrada por el Fiscal accionado

(folios 19 a 25) es claramente apreciable que éste tenía acreditado el conocimiento del objeto procesal y de la posible relación de la doctora López Peñaloza con él, como para que resultara aconsejable la vinculación procesal de ella, sin que del posterior resultado, en la definición de la situación jurídica, pueda colegirse violación alguna a los derechos fundamentales de la accionante.

Es por las anteriores razones que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia del 1 de junio de 1999 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C.

2. En firme esta decisión, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego (sin 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 (sin firma).

DERECHO DE PETICION: De las partes en actuaciones judiciales. Para resolver las solicitudes de las partes, el Código de Procedimiento Penal establece términos perentorios, y para precaver la vulneración de los derechos fundamentales por la omisión del funcionario, existen idóneos controles intrasistemáticos establecidos en aplicación del debido proceso. La vulneración del debido proceso por la irregular notificación y la negativa a hacer entrega de las fotocopias al sindicado constituyen actuaciones que deben ser corregidas por el director del proceso, en acatamiento del artículo 13 *ejusdem*, que con rango de norma rectora obliga al funcionario a "corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales". No procede la tutela en estos eventos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Radicación No. 6085.

Aprobado Acta No. 137.

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por Alvaro Cuesta Fernández contra el fallo de 2 de agosto de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín se abstuvo de tutelar el derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por la Fiscal 42 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de la misma ciudad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Alvaro Cuesta Fernández, quien se encuentra privado de la libertad en la Cárcel "Bellavista" del Distrito Judicial de Medellín, por cuenta de la Fiscalía 42 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, informó haber presentado un memorial solicitándole a la citada funcionaria, que le resolviera el recurso de reposición por él interpuesto contra la providencia que definió la situación jurídica, le remitiera fotocopia de toda providencia notificable, y le informara si en adelante debía hacer presentación personal de los escritos enviados a ese Despacho.

Considera vulnerado el derecho fundamental de petición, por cuanto mediante oficio N° 2454 de 4 de junio del presente año, suscrito por la Secretaria Administrativa de la Unidad Cuarta de Patrimonio, sólo le informaron que mediante providencia de 28 de mayo de la anualidad que corre, el recurso de reposición había sido resuelto negativamente, y en su defecto había sido concedido el recurso de apelación, por lo que comenzaba a surtirse el traslado de ley, indicándole, en relación con las fotocopias de las providencias, que éstas podían ser solicitadas por medio del defensor, y guardando silencio sobre la inquietud acerca de si debía o no hacer presentación personal de sus escritos.

Solicitó en consecuencia ordenar a la Fiscal accionada, que suministre "una respuesta satisfactoria a la segunda de las peticiones impetradas", y que a él directamente, se le expidan fotocopias de toda la actuación procesal surtida" (fl. 4).

El Fallo Recurrido

El Tribunal consideró "que al decidir el recurso de reposición por auto supuestamente 'no notificable' el fiscal instructor erró porque debió hacerlo por medio de providencia interlocutoria y por tanto notificable -art. 186 del C. de P. P.- en razón de que el objeto a resolver constituía un aspecto sustancial de la actuación y no un mero trámite o impulso de la misma".

Sin embargo, consideró que esta irregularidad "fue corregida dada la oportuna comunicación que en respuesta a su solicitud se le envió el 4 de junio a Alvaro Cuesta Fernández, y de ahí que en su caso pueda hablarse de notificación por conducta concluyente, tal como lo prevé el artículo 191 del Código Procesal Penal, circunstancia que lleva a colegir que no se ha vulnerado el debido proceso" (fl. 37).

Finalmente consideró que la inquietud del accionante "acerca de si, pese a su condición de interno sus solicitudes las debe presentar personalmente", sí fue respondida material o tácitamente, "como que la Fiscalía le contesta por escrito petición de la que no hizo ninguna presentación personal al despacho, precisamente por su imposibilidad física de hacerlo. Si Cuesta Fernández desde la cárcel, esto es, sin presentación personal, hizo una solicitud el 1° de junio y se le respondió el día 4 siguiente, no tiene ninguna razón para censurar que no se le está respondiendo".

Con estas premisas descartó la vulneración del derecho fundamental de petición, y denegó la protección constitucional invocada.

La Impugnación

Pretendiendo ampliar el alcance de su reclamación inicial, el impugnante afirmó que el omitir la notificación personal y entrega de la copia de la providencia que negó la reposición, además del derecho de petición, vulnera el

debido proceso, irregularidad que no se subsana, como afirma el Tribunal, con la notificación por conducta concluyente.

El derecho de petición, refirió, obliga a las autoridades a dar respuesta oportuna que solucione el problema planteado, lo que no sucede en su caso, con la "respuesta tácita" en que el Tribunal se apoyó para denegar el amparo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sobraban las elucubraciones del Tribunal acerca del carácter tácito de la respuesta a una de las solicitudes del accionante, y de la intrascendencia de la presunta irregularidad en que habría incurrido el funcionario instructor al omitir notificar la providencia que resolvió negativamente el recurso de reposición y concedió la alzada en subsidio interpuesta, pues la Corte ha sostenido en forma reiterada que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para, so pretexto de prohijar el derecho de petición, obligar a un funcionario judicial a hacer o no hacer algo.

Para resolver las solicitudes de las partes, el Código de Procedimiento Penal establece términos perentorios, y para precaver la vulneración de los derechos fundamentales por la omisión del funcionario, existen idóneos controles intrasistemáticos establecidos en aplicación del debido proceso, como son la recusación y el impedimento por vencimiento injustificado de términos, regulados en los artículos 103.7° y siguientes del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 15 de la ley 81 de 1993), o la invalidación de lo actuado, prevista en los artículos 304 y siguientes *ejusdem*.

Ante la improcedibilidad de la acción de amparo para prohijar el derecho de petición, el impugnante amplió el alcance de su reclamación inicial aduciendo la vulneración del debido proceso por la irregular notificación y la negación a hacerle entrega de las fotocopias por él solicitadas, desconociendo la condición de sujeto procesal del sindicado, "con los mismos derechos de su defensor" (art. 137 del Código de Procedimiento Penal). Este tipo de actuaciones y la trascendencia que para la validez del rito pueda tener, es asunto que debe ser corregido por el director del proceso a través de los mecanismos a que se ha hecho referencia, aplicables en acatamiento del artículo 13 *ejusdem*, que con rango de norma rectora obliga al funcionario a "corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales".

Estas precisiones, que convergen al carácter residual de la acción de amparo (arts. 86 inc. 3° de la Constitución Política y 6.1° del Decreto 2591 de 1991), como factor de improcedibilidad, tornan innecesarias -además de improcedentes-, el examen de la actuación adelantada por el fiscal 42 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Medellín, para infirmar o ratificar la legalidad del rito, pues con tal proceder se afecta la autónoma e independiente dirección del proceso por parte del funcionario de conocimiento (arts. 228 y 230 de la Constitución Política), quien en tal labor sólo está sometido

al imperio de la ley, y se erige en el principal garante de los derechos fundamentales de las partes.

Demostrada como se halla la improcedencia del amparo por la existencia de alternativos y no menos eficaces mecanismos de protección a través de los cuales corregir, en una actuación en curso, las eventuales irregularidades en que se sustenta la presente reclamación, se confirmará la providencia denegatoria de la acción constitucional.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo recurrido.

2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

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, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (sin firma).

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: Sentencia de tutela incompleta. El *ad quem* no está obligado a devolver el expediente cuando el juez de primera instancia omite pronunciarse en la sentencia sobre alguno de los derechos que el accionante ha planteado como vulnerados. / *1. Aclaración de Voto Dr. Fernando Arboleda Ripoll:* La complementación del fallo no debe efectuarse en la segunda instancia en estos casos es necesario para tal efecto el reenvío a la primera instancia del expediente. / *2. Aclaración de Voto Dres. Jorge Enrique Córdoba Poveda y Carlos Augusto Gálvez Argote:* Cuando la sentencia es incompleta la solución no puede ser la nulidad. Tampoco puede ser la de que el juez de segunda instancia complemente la decisión, debió remitirse el expediente al Tribunal. / *3. Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo:* Si el juzgador de tutela no se pronuncia en el fallo sobre la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, obviamente incurre en nulidad. "Tampoco entiendo cómo [...] el derecho a la doble instancia (artículo 31 Constitución Política y 360 del Código de Procedimiento Civil) no se viola si la respuesta "completa" a la demanda sólo se obtiene en la segunda instancia." / *4. Salvamento de voto Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón:* Siendo el artículo 29 de la Constitución Política posterior al Código de Procedimiento Civil, debe concluirse que la afectación al debido proceso constituye también causal de nulidad. La aplicación en estos eventos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil impide un nuevo estudio integral, fusionado, de las pretensiones para, quizás, llegar a una mejor solución. Tanto el artículo 311 como los anteriores 309 y 310 no plantean la posibilidad de aclarar, corregir, salvar de incertidumbre o adicionar decisiones que no han sido tomadas en la sentencia de primera instancia, menos si la pretensión que no ha sido resuelta tiene que ver con la integridad y totalidad de un derecho fundamental. La posibilidad de retornar el expediente a primera instancia para que se complementara tampoco es procedente.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Radicación No. 6095.

Aprobado Acta No.141.

ASUNTO

No habiendo sido aprobada la ponencia presentada por el Magistrado doctor Alvaro Orlando Pérez Pinzón, decide la Corte por mayoría la impugnación interpuesta por el accionante Jorge Luis Moreno Jiménez, contra el fallo de fecha 5 de agosto del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Penal, negó la tutela instaurada contra el Alcalde y Personero Municipal de Restrepo, Meta, por presunta conculcación a los derechos fundamentales al trabajo, a la "estabilidad laboral", a la dignidad, a la igualdad y de petición.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Mediante oficio de 19 de enero del año en curso, el Alcalde Municipal de Restrepo le informó a Jorge Luis Moreno Jiménez que en virtud del acuerdo N° 068 de 8 de diciembre de 1998, se suprimió el cargo de Oficial de Obras, Código 70328, Grado 03 Nivel Operativo, que venía desempeñando en la administración municipal, motivo por el cual quedaba desvinculado del servicio a partir del 1° de enero siguiente.

Así mismo, le comunicó que de conformidad con lo resuelto en la sentencia "C-527 de 1994, no tiene derecho a percibir la indemnización de que trata el Decreto 1572 de 1998, dado que no se encuentra escalafonado en carrera administrativa" (fl. 51).

Por el tiempo comprendido de 2 de febrero de 1993 y el 20 de enero de 1999, la administración municipal de Restrepo le reconoció y pagó lo relacionado con cesantía definitiva, quinquenio, "indemnización por vacaciones" y prima por este último concepto.

El señor Moreno Jiménez solicitó entonces al Personero Municipal de Restrepo iniciar investigación disciplinaria en razón de su despido, y al Alcalde de dicha población le pidió, con fecha 7 de mayo de 1999, constancia de trabajo y de sueldos, "pago de salarios moratorios, pago de indemnización por despido unilateral del empleador" y que decidiera sobre el reintegro o en su defecto "pago de pensión sanción" (fl. 18).

Con fecha 21 de julio del año en curso, Moreno Jiménez instauró tutela en el Tribunal de Villavicencio, como mecanismo transitorio, en protección a sus derechos fundamentales al trabajo, a la "estabilidad laboral", a la dignidad, a la igualdad y de petición. En relación con los primeros, planteó que fue despedido del cargo en forma arbitraria, sin derecho a indemnización y sin tener en cuenta su proximidad a los 60 años de edad (dice que los cumple "este año"), circunstancia que, según expresa, lo hace merecedor a la pensión, teniendo de otra parte "el derecho de ser reubicado, preferencialmente en mi dependencia o en otra del municipio". Frente al derecho de petición, lo consideró lesionado, toda vez que los funcionarios no han dado respuesta a sus solicitudes.

Pide así, por esta vía, que se ordene su reintegro o, en su defecto "el pago de la indemnización por despido unilateral" o el pago de la "pensión sanción", y que respondan sus peticiones (fs. 1 a 13).

ACTUACIÓN EL FALLO IMPUGNADO

El Personero Municipal de Restrepo informó que en razón de que no es competente para conocer procesos disciplinarios contra el Alcalde, remitió la queja presentada por Jorge Luis Moreno Jiménez a la Procuraduría Departamental del Meta, informándole de ello al quejoso; aportó copia del oficio 2623 del 29 de julio del presente año por medio del cual el Secretario de dicha dependencia de la Procuraduría comunica a Moreno Jiménez que mediante auto de esa fecha ordenó indagación preliminar contra el Alcalde Municipal de Restrepo (fl. 63).

Por su parte, el Alcalde Municipal de Restrepo dio cuenta que, el cargo de libre nombramiento y remoción que ocupaba el actor fue suprimido mediante acuerdo N° 68 del 8 de diciembre de 1998, en razón de que no se encontraba escalafonado en carrera administrativa, "ni adquirió el estatus de trabajador oficial, razón por la cual no tiene derecho ni a la indemnización de que trata el Decreto 1572 de 1998 ni a la indemnización de carácter contractual laboral"; tampoco reunió las condiciones de "tiempo (20 años de servicio) y la edad (60 años)", requeridas para otorgarle pensión de jubilación por el Municipio, que sí reconoció y pagó los emolumentos que su situación laboral amerita (fls. 65 y 66).

El Tribunal Superior negó el amparo pedido, al considerar que la acción que presuntamente afectó derechos y causó los perjuicios a que alude la demanda ya se cumplió, lo cual es motivo para desechar el mecanismo transitorio propuesto, "por sustracción de materia".

Estimó que el actor, "en equivocada, aunque excusable petición, recurrió a esta instancia cuando a su disposición existen otras jurisdicciones a las que puede acudir en defensa de sus – así considerados por él – conculcados intereses laborales" que sí son alternativas a las que puede recurrir y "mientras ellas subsistan, es imposible que la acción de tutela se desnaturalice y utilice para fines distintos a los que fue creada" (fls. 92 a 95).

LA IMPUGNACIÓN

Plantea el recurrente que el Tribunal debió conceder la tutela, no solo en cuanto a la petición que le formuló al Alcalde de Restrepo, que no ha sido satisfecha "y era una de las pretensiones invocadas", sino en lo que apunta a que por vía de tutela se ordene su reintegro, pudiendo ser reubicado o reclasificado con preferencia en puestos equivalentes al que desempeñaba, que subsisten en la organización municipal, "sin ser óbice para que se me hubiese clasificado en otro nivel y cargo".

O disponer el pago de indemnización o el reconocimiento de "pensión sanción o vejez", pues aunque puede demandar, el tiempo que esta acción

conlleva le ocasionaría perjuicios enormes que desvirtuarían el sentido de justicia en el reconocimiento de sus derechos, colocándole junto con su familia en circunstancias que "violan mi dignidad y ponen en peligro la condición mínima de existencia vital" (fs. 99 a 102).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Por depender de ello que la Sala pueda resolver la impugnación, ha de atenderse primero lo relacionado con el derecho de petición, instituido como fundamental en el artículo 23 de la Carta, cuyo probable quebrantamiento fue ciertamente planteado por Jorge Luis Moreno Jiménez, aduciendo que el Alcalde y el Personero Municipal de Restrepo no dieron respuesta a sus solicitudes, anteriormente referidas.

En relación con esta garantía constitucional, ningún discernimiento efectuó el Tribunal Superior de Villavicencio, omisión que en criterio dividido de la Sala no obliga a la devolución del asunto, ni la inhibe de ocuparse del tema, toda vez que el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el art. 1° D. 2282/89), aplicable por integración, le impone al superior el deber de complementar en segunda instancia del *a quo* que haya omitido la resolución de cualquier punto que, de conformidad con la ley, debía ser objeto de pronunciamiento, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado, como aquí ocurre, o adherido a la impugnación.

Solución que, adicionalmente, armoniza con los principios de inmediatez, informalidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia en la protección de los derechos fundamentales, que se derivan de la naturaleza misma de la acción de tutela (arts. 86 Const. y 3° D. 2591/91). El sentido protector del amparo, que propende por el real contacto entre el ser humano y el anhelable disfrute de sus facultades ciudadanas, le imponen al juez constitucional proceder con diligencia, sin dejar de lado las vías que el ordenamiento jurídico regular otorga para su preservación, en cuanto conduzca a la pronta definición y afianzamiento de las garantías de la persona.

2. Lo establecido en el artículo 23 de la Carta otorga el derecho a toda persona a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución. El deber de administración, o de los particulares en los casos que el legislador defina, no conduce a que se acceda positivamente a lo solicitado, dependiendo el sentido de cada caso en particular. En otras palabras, es adecuada la respuesta que se produce dentro de los términos que la ley señala, independientemente de su acepción.

Ningún reparo atribuye en la impugnación al obrar del Personero Municipal de Restrepo, aclarado como quedó en su informe que dio curso a la petición de investigación disciplinaria, ya en conocimiento del actor, situación distinta a la atinente al Alcalde de la localidad.

De acuerdo con la información acopiadas, Jorge Luis Moreno Jiménez con fecha 7 de mayo del año en curso le pidió al Alcalde Municipal de Restrepo

le expidiera constancia de trabajo, especificando sueldo inicial y final, cesantía y sus intereses año por año; le reclamó cancelar "salarios moralorios" a que dice tener derecho "por no pago de mis prestaciones a tiempo"; indemnización por despido unilateral del empleador, "por cuanto mi condición no era el de empleado público, si no la de trabajador oficial"; reintegro o en su defecto "pensión sanción", pidiéndole que resuelva "sobre estas dos alternativas" (fs. 17 y 18).

Notificado del inicio del trámite, acto de enteramiento que involucró correrle traslado del escrito de tutela (f. 28), ninguna alusión hizo el Alcalde Municipal de Restrepo sobre la petición a él dirigida por Moreno Jiménez, punto que como quedó visto también omitió considerar y decidir el Tribunal de Villavicencio, corporación que puede entenderse que sí se ocupó globalmente de los demás derechos referidos, de una u otra forma relacionados o derivados en su presunta conculcación con el aducido quebrantamiento al de trabajo.

Como no aparece que aquélla solicitud hubiese sido contestada, se tutelará el derecho de petición de Jorge Luis Moreno Jiménez, ordenándole al Alcalde de Restrepo que dentro del término de 48 horaS siguientes a la notificación de esta providencia, responda cada uno de los puntos planteados por el actor en la petición presentada el 7 de mayo del presente año, que obra a los folios 17 y 18 de esta actuación. El cumplimiento de esta orden lo reportará el accionado al Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Penal, a donde desde ahora se enviará copia de esta providencia.

3. No está significando la contestación que debe darse, que se ordene por esta vía el reintegro del actor, ni el pago de la indemnización o el reconocimiento de "pensión sanción o vejez", así se arguya que aunque cuente con otro medio de defensa judicial, el tiempo que tardaría su definición le podría causar perjuicio.

Estas pretensiones no están llamadas a prosperar, en razón del carácter residual o subsidiario de la tutela. El amparo que ha sido concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando se demuestra indebida acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos establecidos por la ley, de encontrar violación o amenaza de garantías constitucionales, demanda un fallo consistente en la orden para que de inmediato cese la transgresión irrogada contra un derecho fundamental reconocido e incuestionable.

El juez constitucional, dentro del mismo carácter preferente y sumario de la tutela, no puede abordar asuntos inciertos, como el presente, que sólo han de ser decididos previo el diligenciamiento estatuido por los cauces regulares de la jurisdicción que determine la Constitución y la ley, al cabo del debido debate que permita el esclarecimiento de las situaciones de hecho y la declaración en firme de los derechos cuestionados. El proceso, en el ámbito de cada una de las diversas competencias, involucra una controversia dialéctica que en manera alguna puede soslayar la tutela, bajo el supuesto

del tiempo que tarde la decisión, pues para llegar a ella se deben agotar las etapas que el ordenamiento jurídico tiene establecidas, que garantizan el juicio debido y los derechos de postulación, contradicción, impugnación, y, en general, defensa de todos los sujetos procesales.

Para el caso, carece el juez de tutela de los elementos de juicio que le permitan definir las pretensiones laborales del actor, que si lo estima procedente, ha de demandar ante el funcionario legalmente investido de jurisdicción del trabajo, a quien corresponde adelantar el debido proceso, con la intervención de la entidad que pueda ser demandada.

En este punto, se confirmará el fallo impugnado.

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

RESUELVE:

1. MODIFICAR el fallo impugnado, en el sentido de tutelar el derecho fundamental de petición de Jorge Luis Moreno Jiménez.

2. Como consecuencia de lo anterior, ordenar que el Alcalde Municipal de Restrepo (Meta), dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, responda debidamente los puntos planteados en la petición a él formulada por el accionante el 7 de mayo de 1999, que en copia obra a los folios 17 y 18 de esta actuación.

Sobre el cumplimiento de lo anterior, el funcionario accionado informará al Tribunal Superior de Villavicencio, Sala Penal, al cual de inmediato se enviará copia de esta providencia.

3. CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás.

4. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

5. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, *Fernando E. Arboleda Ripoll* (con aclaración de voto), *Jorge E. Córdoba Poveda* (con aclaración de voto), *Carlos Augusto Gálvez Argote* (con aclaración de voto), *Edgar Lombana Trujillo* (con salvamento de voto), *Mario Manrique Noguéz*, *Carlos Eduardo Mejía Escobar*, *Alvaro Orlando Pérez Pinzón* (con salvamento de voto), *Nilson E. Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (no hay firma).

ACLARACION DE VOTO

Radicación No. 6095

En cuanto el fallo motivo de esta aclaración dispone adicionar el de primera instancia, me hallo conforme con él. No así, respecto de qué sea la propia segunda instancia quien profiera la sentencia complementaria.

Ninguna duda abrigo acerca de haber dejado el a quo de pronunciarse sobre uno de los derechos cuya tutela demandó el accionante. En concreto: el de petición. Debido a que en lo demás el fallo impugnado se ofrece correctamente producido como acto procesal, entendiendo por tal además que no resultaba imperiosa la unidad de decisión, entre otras, en razón a la diversa naturaleza de los derechos materia de amparo, lo procedente como ha sido dispuesto es complementarlo, que no anularlo como fuera propuesto a la Sala por el ponente.

En efecto: si el acto como tal ninguna irregularidad exhibe en su producción, solo que el objeto de pronunciamiento no comprende la totalidad de aspectos que lo constituyen, no deviene razonable ordenar su reposición, cuando, además, entre los diferentes tópicos a decidir no se halla una relación de dependencia tal que determine que todos ellos deban ser resueltos en un mismo pronunciamiento.

En ese sentido, la solución de la sentencia complementaria con aplicación de la regulación al efecto prevista en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, con incidencia en el procedimiento tutelar por virtud de la integración dispuesta en el artículo 4º. del Decreto 306 de 1992, la estimo atinada. No obstante, en los términos en que ha sido aplicada en la decisión de mayoría, creo, no resulta acorde con el sentido y fin que, como instituto procesal, de ella se establecen en las regulaciones del procedimiento civil.

Una consideración sistemática de las diversas posibilidades que la adición de sentencia encuentra en el ya indicado artículo 311, permite dejar en claro que ella no ha sido prevista en desmedro del derecho de impugnación de las partes, quienes han de contar con la posibilidad de que los errores en que se incurra en la sentencia complementaria puedan ser enmendados por la segunda instancia. En este aspecto, por tanto, concedemos la razón al Doctor Pérez Pinzón, así discrepamos del mecanismo corrector a que acude, por las razones antes expresadas.

Nuestra inconformidad con el fallo de mayoría, en estas condiciones, estriba no en la complementación del fallo, sino en que ella haya sido hecha directamente en la segunda instancia, que no reenviando el proceso para tal efecto a la primera, en cuanto con tal proceder se priva al actor del examen por virtud de impugnación de los eventuales yerros en que pueda incurrirse al hacer la adición. En otras palabras; porque a nuestro parecer, termina omitiéndose una instancia en el trámite.

Con toda atención.

Fernando E. Arboleda Ripoll.

fecha *ut supra*.

ACLARACION DE VOTO

Radicación No. 6095

De manera atenta, y con absoluto respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, me permito aclarar el voto, en el sentido de que cuando la sentencia es incompleta, esto es, cuando no resuelve todas y cada una de las pretensiones de la demanda, la solución no puede ser la nulidad, como lo postulaba el proyecto inicial, ni tampoco que la sentencia de segunda instancia complemente la de primera, sino que el proceso debe ser devuelto al juez de primera instancia para que decida sobre la totalidad de las pretensiones propuestas.

Si la sentencia, conforme al art. 305 del C. de P. Civil, debe ser la contestación de la demanda, se supone que esa respuesta no debe ser parcial sino total, pues "deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda ...", por lo que si es incongruente se debe solucionar el yerro, para restablecer la estructura conceptual del proceso.

Sin embargo, esa solución no puede ser ni la nulidad, ni la complementación por la segunda instancia.

La primera, porque uno de los principios que rigen las nulidades es el de taxatividad, sin que la falta de consonancia esté prevista como tal en el artículo 140 del C. de P. Civil y, además, porque resulta obvio, conforme al principio de residualidad, que sólo se puede acudir a ellas cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

Tampoco puede ser la de que el juez de segunda instancia complemente la decisión del *a quo* y se pronuncie sobre las pretensiones no consideradas por aquél, en razón de que se desconocería para quien resulte afectado con la decisión el principio de la doble instancia, y, por ende, la garantía del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de igualdad de los sujetos procesales.

En consecuencia, estoy de acuerdo con la mayoría en que la solución no era la nulidad sino la complementación del fallo, pero discrepo en que pueda hacerla el juez *ad quem*.

Atentamente,

Jorge E. Córdoba Poveda. Magistrado.

Fecha *ut supra*.

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 6095.

En los siguientes términos comedidamente sustento mi desacuerdo con el fallo proferido por la mayoría de la Sala el 20 de septiembre último:

Creo firmemente que si el juzgador de tutela no se pronuncia en el fallo sobre la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, obviamente incurre en nulidad, al menos la que tiene arraigo en el artículo 29 de la Carta Política, si es que cabe afirmar que el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil no consagra expresamente como tal "la incongruencia" entre dichas pretensiones y la sentencia.

En este sentido me sumo al salvamento de voto elaborado aquí por el Honorable Magistrado doctor Alvaro Orlando Pérez Pinzón, al cual, por exhibirse prolija y razonadamente concebido, sólo estimo agregar a manera de énfasis o connotación:

Sigo sin entender por qué no se admite por la mayoría de la Sala que proferir un fallo sin responder en éste todas las pretensiones del actor no configure un claro atentado contra el debido proceso, pues en tal evento se viola frontalmente el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, el cual justamente ordena –al contemplar el principio de "congruencia"- que "la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda". El no hacerlo viola, además de este principio, el derecho fundamental previsto en el artículo 229 superior, según el cual "se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia", acceso que se le vería cercenado en dicha hipótesis, al no respondérsele al actor todos sus reclamos.

Tampoco entiendo cómo la mayoría de mis ilustres colegas afirman que el derecho a la doble instancia [arts. 31 C.N. y 360 C.P.C.] no se viola si la respuesta "completa" a la demanda sólo se obtiene en la segunda instancia, oportunidad en la cual no sólo se sorprende a las partes, pues ya no es legalmente posible ejercitar el derecho de contradicción, contrariándose de este modo el artículo 140-6 del citado Código y, más nítidamente, el también mencionado artículo 29.

Pienso, por lanto, que no se ha debido dictar el fallo "modificatorio", sino declarar la nulidad del impugnado, a fin de que éste se profiera en armonía con las normas superiores y legales preanotadas.

Con el respeto de siempre,

Edgar Lombana Trujillo.

Fecha *ut supra.*

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 6095

Como el proyecto presentado por el suscrito no contó con la aquiescencia de todos los Señores Magistrados, resultó obligante el salvamento de voto. Con respeto me permito escribir las razones del mismo. Son estas:

1. De acuerdo con el artículo 304 del C. de P. C. (artículo 1.134 del decreto 2282 de 1989), la sentencia debe contener, entre otros temas, la *decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda*. Si, como ocurrió en el evento que nos ocupa, el Tribunal de 1ª instancia dejó por fuera la solución de una de las pretensiones nítidamente plasmada en la demanda de tutela, el fallo producido contraría la ley y, por tanto, el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

2. En virtud del artículo siguiente del mismo estatuto (artículo 305), la sentencia debe ser dictada en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda. Si unas son las pretensiones del demandante y el Juez no las resuelve todas, el fallo es incongruente y, por tanto, susceptible del recurso de casación (artículo 368.2). Esto indica, también, que la inconsonancia vulnera el debido proceso.

3. En la larga lista del artículo 140 del C. de P. C. no aparece incluida la incongruencia como causal de nulidad, lo cual haría pensar que en esta hipótesis es improcedente, sobre todo porque el encabezamiento de la norma citada admite la nulidad pero solamente en los casos que ella misma indica. Sin embargo, siendo el artículo 29 de la Constitución Política posterior al C. de P. C., debe concluirse que la afectación al debido proceso constituye también causal de nulidad. Así lo reconoció la Corte Constitucional en su sentencia C-491, del 2 de noviembre de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, aunque refiriéndose concretamente a las pruebas obtenidas con *vulneración del debido proceso*.

4. La Sala Mayoritaria ha concluido, y así ha decidido, que en eventos como el que ocupa su atención, es viable acudir al artículo 311.2 del C. de P.C., y complementar el fallo pronunciándose sobre el tema omitido. Esta opinión no fue, ni es, compartida por el suscrito, porque:

4.1. Cercena radical y totalmente la posibilidad de 2ª instancia de la otra parte sobre el punto dejado de lado en la 1ª instancia, en este caso, del demandado en tutela. La decisión así tomada impide una eventual impugnación y, por supuesto, quiebra, para uno de los sujetos procesales, el derecho fundamental a la doble instancia establecido en el artículo 31.1 de la Carta.

4.2. Se opone a algo que perfectamente podría ocurrir si se permitiera a la 1ª instancia, en razón de la nulidad, revisar el proceso y, de pronto, reorganizar su decisión porque, por ejemplo, al decidir sobre uno de los extremos le puede resultar necesario modificar su pensamiento frente a las otras pretensiones. Dicho de otra manera, una decisión así tomada por el *ad-quem* impide el nuevo estudio integral, fusionado, de las pretensiones para, quizás, llegar a una mejor solución.

4.3. El artículo 311 del C. de P. C., como sus anteriores, los artículos 310 y 309, incorporan un mensaje diverso: la aclaración, corrección, disipación de dudas y adición de aspectos que, por irregularidades, han sido omitidos o mal tratados en la sentencia. Pero jamás pueden ser aclaradas, corregidas, salvadas de incertidumbre o adicionadas las decisiones que no han sido tomadas en la sentencia de 1ª instancia, menos si la pretensión que no ha sido resuelta tiene que ver con la integridad y totalidad de un derecho fundamental.

5. Por las mismas razones, el suscrito tampoco está de acuerdo con la otra posibilidad de solución que se blandió en Sala, consistente en retornar el proceso a la 1ª instancia para que esta complementara la sentencia porque, insístese la orden de complementar no solamente limita la defensa de la parte contraria sino porque, así, el *a quo* se limitaría a añadir una solución sin la referencia a las otras dos decisiones tomadas.

De los señores Magistrados, seguro servidor,

Alvaro Orlando Pérez Pinzón,

Magistrado.

21-11-99

ACLARACION DE VOTO

Radicación No. 6095.

Por compartir plenamente los argumentos expuestos por el Magistrado, doctor Jorge Enrique Córdoba Poveda en la Aclaración de Voto que ha elaborado en relación con el precedente fallo de tutela, pues corresponden a los que minoritariamente propusimos durante el debate de la Sala, sin más consideraciones, pues sustantivamente los ha sintetizado, sólo debo manifestar que me adhiero a ellas.

Carlos Augusto Gálvez Argote.

Magistrado Sala de Casación Penal.

Fecha: *ut supra.*

CESACIÓN DE LA ACTUACION IMPUGNADA: Procedencia. Cuando con posterioridad a la instauración de la acción y antes de proferirse el fallo de primer grado se produjo la respuesta a los reclamos de la peticionaria, procede la cesación de la actuación impugnada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Radicación No. 6117.

Aprobado Acta No. 142.

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por la accionante María Acuña Ruiz contra el fallo de once (11) de agosto de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá denegó la tutela de los derechos fundamentales de petición, debido proceso e igualdad, presuntamente vulnerados por la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Indicó la accionante que desde hace algunos meses ha formulado varias reclamaciones a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, por cuanto en la línea telefónica número 7124250 se presentan "múltiples fallas técnicas, cruce de líneas, alto consumo, ruido permanente en el sonido de la misma, cobro y servicios no solicitados por el suscriptor", sin que hasta la fecha la empresa haya "garantizado la revisión integral y técnica de la línea, ni se hayan revisado los consumos, o suspendido los abonados" (fl. 1).

Agregó que la Superintendencia de Servicios Públicos ha sido informada de las anotadas deficiencias en la prestación del servicio telefónico, y ha omitido desempeñar su deber de vigilancia y control sobre la Empresa demandada, por lo que solicitó ordenar a aquella "cumplir con la función que

por mandato legal le corresponde... e iniciar las investigaciones a que haya lugar en la ETB" para que "se impongan sanciones ejemplarizantes" (fl. 5).

Solicitó también que "se ponga en conocimiento de estos hechos a los órganos de control, para que se investigue disciplinariamente a los funcionarios de la Superintendencia de Servicios Públicos y de la ETB que han tenido conocimiento de estas reclamaciones".

El Fallo Recurrido

El Tribunal denegó la tutela instaurada contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá, advirtiendo que la peticionaria "debe agotar, previamente, los trámites consagrados explícitamente en la Ley 142 de 1994, que reglamenta lo concerniente a los Servicios Públicos Domiciliarios, estatuto que indica claramente, cuáles son los pasos que el usuario debe observar para sus reclamaciones, faltándole acudir, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, organismo que debe adoptar las medidas pertinentes a fin de lograr una mejor eficiencia en la prestación del servicio, pronunciándose al respecto mediante resolución motivada".

Adicionalmente descartó la vulneración de los derechos fundamentales de la peticionaria, al advertir que se habían dado por parte de la Empresa de Teléfonos de Bogotá "las respuestas y explicaciones que el caso amerita... lo que significa que la accionada no guardó silencio frente a las reclamaciones de la señora en mención" (fl. 48).

Con relación al cuestionamiento hecho a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por la desatención de las quejas formuladas ante esa entidad, informó que "no existe reporte alguno de escritos presentados por la Señora María Acuña Ruiz, por lo que es imposible haber vulnerado por parte de este Despacho los derechos referidos por la citada señora" (f. 6), a la vez que dispuso oficiar a la empresa, para que aporte los antecedentes correspondientes para efectuar un análisis completo de los hechos denunciados. Dedujo de tal actuación, la imposibilidad para el juez de tutela de usurpar funciones que no le corresponden, pues si ya la referida superintendencia avocó el conocimiento e inició la averiguación pertinente por los reclamos y quejas de la actora, es allí entonces donde le corresponde, mediante la aducción de pruebas, hacer valer sus derechos y no a través de este mecanismo que como se sabe es de carácter exceptivo y residual" (fl. 47).

Consideraciones de la Corte

La impugnante no expresó las razones de inconformidad con el fallo de primer grado. Esta omisión, sin embargo, no será óbice para desatar la alzada, como quiera que en el procedimiento preferente y sumario previsto para la acción de tutela en el Decreto 2591 de 1991, y orientado a la eficacia y prevalencia del derecho sustancial, según los artículos 228 de la Constitución Nacional y 3° del Decreto en cita, no se exige al recurrente la carga de la sustentación.

Como la reclamación se dirige contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conviene hacer las siguientes precisiones en torno a los fundamentos de la improsperidad del amparo:

Antes que "la existencia de otro medio de defensa" cual es la posibilidad de acudir a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a ventilar las quejas formuladas por la accionante contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá, o la ausencia de vulneración a sus derechos fundamentales -como afirma el Tribunal en el fallo de primer grado-, es la cesación de la actuación atribuida a la Empresa de Teléfonos de Bogotá, el fundamento para denegar el amparo contra ella invocado, de conformidad con el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, la peticionaria formuló reclamación el 27 de julio de la presente anualidad, por la desatención de sus reclamos de 7 de mayo, 4 y 12 de junio pasados, por las deficiencias del servicio telefónico, y la excesiva facturación correspondiente al abonado de su residencia (fs. 7 y ss.).

Estando en curso la acción de tutela, la Empresa de Teléfonos de Bogotá informó que el 3 de agosto dio respuesta a tales solicitudes y reclamos, mediante los oficios radicados bajo los números 055262, 066039A y 066039B, donde se le indica a la quejosa que "la reclamación por facturación tiene un procedimiento especial, contemplado en el artículo 46 y siguientes del Decreto 1842 de 1991. Y la dependencia competente para atender ésta, es la Coordinación de Aclaración de Cuentas, a la cual hemos remitido su solicitud" (fl. 24). También le informan que "según lo normado en los artículos 154 de la Ley 142 de 1994 y 51 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de reposición debe ser interpuesto ante la E.T.B. y el subsidiario de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación o recibo de la respuesta o acto sobre el cual se desea interponer dichos recursos", siendo susceptibles de impugnación, sólo "las respuestas de fondo y no las de trámite" (fl. 26).

Como se deduce de lo expuesto, hallándose en trámite la reclamación constitucional, la Empresa de Teléfonos de Bogotá dio respuesta a los escritos de la tutelante, desapareciendo por ende el objeto de la acción instaurada, lo que implica la denegación del amparo en los términos establecidos por el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, sin que se evidencie una manifiesta dilación de la respuesta, "consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria", como lo exige el artículo 25 *ejusdem* para ordenar el pago de la indemnización por tal concepto.

El Tribunal no advirtió que la respuesta a los reclamos de la peticionaria se produjo con posterioridad a la instauración de la acción y antes de proferirse el fallo de primer grado, y por ello, sustentó la denegación del amparo en la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales de petición, debido proceso, e igualdad, y no en la cesación de la actuación impugnada, como ha quedado expuesto.

En la posibilidad de acudir a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el Tribunal sustenta el carácter residual del amparo como fundamento de su denegación. Sin embargo, tal solución no se compadece con la previsión de los artículos 86 inc. 3° de la Carta, y 6.1° del Decreto 2591 de 1991, pues según estos preceptos, el mecanismo alternativo de defensa debe ser de naturaleza *judicial*, condición que no ostenta el procedimiento administrativo que en atención a las quejas de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, adelanta la referida entidad.

Carente de fundamento se evidencia la reclamación instaurada contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, si se tiene en cuenta que de la prueba documental aportada por la quejosa, y de la respuesta suministrada por el jefe de la Oficina Jurídica de la referida entidad, se establece que en el control de correspondencia radicada "no existe reporte de escritos presentados por la señora María Acuña Ruiz", resultando imposible, ante la inexistencia de requerimiento alguno de parte de la peticionaria, sostener la vulneración del debido proceso, o la ausencia de respuesta oportuna a su solicitud; menos, que aquella haya sido objeto de tratamiento discriminatorio.

La tutelante afirma que la Superintendencia accionada fue debidamente enterada de las presuntas irregularidades cometidas por la Empresa de Teléfonos de Bogotá, y omitió responder sus inquietudes y adelantar las averiguaciones pertinentes. Sin embargo, al examinar el expediente se evidencia que el escrito de 8 de julio de la presente anualidad, dirigido a la superintendencia en cita, fue entregado, según el sello respectivo, en la Procuraduría General de la Nación, y no en la entidad a que se refiere el encabezado (fs. 13 y ss.), lo que desvirtúa el aserto en que se sustenta la acción instaurada, y torna creíble la explicación de la superintendencia, sobre la inexistencia de reclamo alguno por parte de la demandante.

Sin embargo, la aludida entidad informó que, "como la accionante solicita investigación a la ETB, en la fecha se está oficiando a la empresa, a fin de que aporte a la Superintendencia los antecedentes correspondientes para efectuar un análisis completo de los hechos denunciados, en aras de garantizar a la empresa prestadora del servicio el derecho fundamental del debido proceso" (fl. 31), destacándose la oficiosa actuación administrativa acorde a derecho de la superintendencia demandada, que reafirma el carácter infundado de las afirmaciones de la peticionaria sobre la desatención a los escritos presentados.

Finalmente, con relación a la solicitud de "poner en conocimiento de estos hechos a los órganos de control, para que se investigue disciplinariamente a los funcionarios de la Superintendencia de Servicios Públicos y de la ETB que han tenido conocimiento de estas reclamaciones", ha de reiterar la Sala que no es la acción de tutela el instrumento para canalizar las quejas de los usuarios de servicios públicos, sustituyendo los instrumentos establecidos por la ley para el efecto, pues tal pretensión contraría su exclusiva finalidad, cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

Y de todas formas, de la prueba documental se establece que la peticionaria, los días 8 y 16 de julio de la presente anualidad acudió a la Procuraduría General de la Nación e hizo entrega de los escritos visibles a folios 10 y 13, donde denuncia las presuntas irregularidades que sirvieron de fundamento a la presente acción constitucional, por lo que además de improcedente, resultaría inoficioso acceder a tal solicitud.

Así las cosas, con las precisiones anteriores sobre las razones en que se cimenta la declaratoria de improsperidad del amparo, se confirmará la providencia objeto de impugnación.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo recurrido, con la precisión hecha en precedencia sobre la razón para denegar el amparo instaurado contra la Empresa de Teléfonos de Bogotá.

2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

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, Nilson Pinilla Pinilla

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (no hay firma).

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: Animales peligrosos en copropiedades. En pugna el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la demandada y de su hijo como propietarios de perros de raza Pit Bull, frente al de la vida e integridad de las personas que también residen en la Copropiedad, la Corte consideró que existe un riesgo latente para la colectividad especialmente la infantil, el cual no se puede desconocer, so pretexto de ejercer derechos individuales también fundamentales. / **ANIMALES PELIGROSOS EN COPROPIEDADES.** *Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo.* La tenencia de perros por la accionada, en condiciones de seguridad e higiene, es una conducta lícita, que no transgrede ningún precepto imperativo. En el presente caso, no hay prohibición expresa en el reglamento, no existía peligro inminente, ni concurría en el caso el estado de indefensión, que excepcionalmente habilitara la acción de tutela contra particulares.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente Dr. *Mario Mantilla Nougués*

Radicación No. 6129

Aprobado Acta No. 143

Por impugnación del apoderado de los accionantes Jaime Rodríguez Rocha, Marcela Trujillo de Morales, Patricia Fandiño F., Ana Beatriz de Mateus, Alvaro Montes C., Hugo Orlando Corredor, Carlos Quijano G., Hernando Vargas Alarcón, Myriam López de Hernández, Gamaliel Guzmán Rodríguez, José Manuel Echindler G., Alvaro Ceballos Castro, María Lucía Arenas, Jairo Machado Ospina, Eduardo Malagón Wiesner y Patricia Molano de Isaza, han llegado las presentes diligencias a esta Corporación para conocer de la sentencia de fecha 29 de julio del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá negó la tutela de los derechos a la vida y a la integridad personal, presuntamente amenazados por los particulares Cielo Carvajal y Jhon Murcia en razón de la tenencia de dos perros en su residencia.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El apoderado de los citados ciudadanos, todos copropietarios del Conjunto Residencial Altos De Cantabria ubicado en la calle 145 No. 11.06 en esta ciudad, manifiesta que sus poderdantes son residentes en el citado complejo multifamiliar, varios de ellos con sus hijos o familiares menores de edad.

Afirma igualmente que hace más de un año la señora Cielo Carvajal quien habita el apartamento 506, Torre 1, de dicho conjunto residencial, "posee en su inmueble dos perros de la raza Pit Bull, los cuales al parecer pertenecen a su hijo Jhon Murcia", animales que andan por todas las zonas comunes "sin tomar las debidas precauciones atinentes a la tenencia de ese tipo de animales, tales como collar y bozal", zonas comunes que los niños utilizan para jugar. Agrega que a pesar de las advertencias del caso los accionados continúan en esa conducta. Habla de la peligrosidad de los referidos perros y de antecedentes en nuestro país sobre muertes y graves lesiones de personas, ocasionadas por ataques de los mismos.

Invoca los derechos consagrados en los artículos 11, 12 y 44 de la Carta Política y se apoya en el numeral 9° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 para instaurar la demanda de amparo, por el "inminente peligro" que corren los habitantes del Conjunto, especialmente los niños.

Presenta una breve "historia del Pit Bull" (fl. 3), y pide que con fundamento en las pruebas aportadas y las que demanda sean practicadas, se protejan los derechos de los niños y de los residentes en el conjunto, en general, para lo cual debe ordenarse a los accionados que en el término de 48 horas "*retiren los perros del conjunto residencial*" y adicionalmente que se les prohiba dentro o fuera del mismo, la reproducción o cría para evitar la proliferación desafortunada de dicha raza.

EL FALLO RECURRIDO

Para denegar el amparo solicitado, el Tribunal Superior de esta ciudad hace mención a la sentencia T-035 de 1997 de la Corte Constitucional, sobre el régimen de propiedad horizontal, que está sometido a lo estipulado en el reglamento de copropiedades y que corresponde a la asamblea de copropietarios, como máxima autoridad, la dirección y administración de la copropiedad, siendo obligatorias para todos los residentes las decisiones que tome dicha asamblea, afirmando que es la Justicia Civil (art.435.1, parágrafo 1° C.P.C.) la encargada de dirimir los conflictos que se presenten entre la asamblea y los copropietarios, a más de que corresponde a las autoridades de Policía intervenir para conservar "el orden interno" procediendo en consecuencia la tutela de modo "exclusivamente excepcional".

Concluye entonces que "En el caso que nos ocupa, se tiene que aun cuando existe un requerimiento de parte del Consejo de Administración a la propietaria de los perros en cuestión, se observa, de una parte, que ante la

irregularidad que se presenta, la asamblea general como máxima autoridad, no ha hecho uso de las atribuciones que la ley le otorga a fin de que se tomen medidas drásticas con el propósito de subsanar la situación que interfiere con la seguridad de los copropietarios. De otra, que no obstante manifestarse por parte del apoderado de los accionantes haber acudido ante las autoridades policivas, lo cierto es que, no se allegó prueba alguna de ello".

"En este orden de ideas, no puede pretenderse que mediante el mecanismo constitucional de tutela se entren a resolver conflictos suscitados dentro de un régimen de propiedad horizontal, mismo que se dejó dicho, cuenta con los medios idóneos para hacer frente a esta clase de situaciones, sin dejar de lado que el asunto planteado, no es ni mucho menos inesperado o sobreviniente, argumento en el que se podría soportar su carácter de excepcional, todo lo contrario, de los diferentes elementos de juicio se establece que viene de varios años atrás, tiempo que ha debido ser utilizado por los copropietarios afectados para intentar fórmulas reales de solución, y no pretender que mediante el mecanismo excepcional y residual de tutela se subsane su negligencia" (fl. 72 y 73).

La Impugnación

Se queja el actor de que no se hayan practicado por parte del Tribunal las pruebas tendientes a demostrar la peligrosidad de los perros en cuestión y dice que las autoridades de policía están "limitadas para contrarrestar esa raza de perros". Afirma que el *a quo* en su sentencia hizo prevalecer "las normas procesales sobre el derecho sustancial" y "la vida de los menores".

Considera que la tutela se debe conceder como mecanismo transitorio y como medida preventiva "hasta tanto se tomen las medidas necesarias para limitar la tenencia de estos animales". Así mismo, recuerda los antecedentes que hay sobre los daños causados a niños por estos animales, y resalta que los mismos "son traicioneros y reaccionan en el momento menos esperado así se hayan comportado amigablemente el resto de sus vidas", considerando que no es argumento válido el que durante todo el tiempo que los perros viven ahí no se haya presentado problema alguno, pues éstos "representan un peligro potencial".

Finalmente considera que "la existencia o no de otro mecanismo de defensa está circunscrito al carácter judicial, y si bien las apreciaciones del H. Tribunal son válidas, de conformidad con la sentencia T-006 de 1992, ese otro mecanismo de defensa debe ser evaluado como el adecuado para conjurar el peligro que atenta contra el derecho fundamental, de forma que sea sencillo, eficaz y rápido". Insiste en que las pruebas por él pedidas son de suma importancia para probar la verdadera y peligrosa naturaleza de tales animales y termina solicitando a esta Corporación "...que evalúe lo grave del inconveniente que se está presentando con esta clase de perros..", para así poder "conjurar un grave problema de carácter nacional para evitar así males que seguramente lamentaremos más adelante por no tomar medidas a tiempo" (fl. 76 a78).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pruebas en segunda instancia: Se recaudó el testimonio de la administradora del conjunto residencial Altos de Cantabria, donde se ubican los apartamentos de los accionantes y de la señora Cielo Carvajal, propietaria de los perros fuente del conflicto.

La señora Paulina Miranda Otalora encargada de la administración de la unidad residencial desde hace cuatro años, explicó que en el reglamento de propiedad horizontal no existe norma aplicable a eventos como el suscitado a raíz de la tenencia de mascotas en los apartamentos. Por ello, la labor que ella ejerce y la gestión de la Junta de Copropietarios se limita a buenos oficios, tendientes a solucionar de manera amigable los malos entendidos entre los residentes.

De igual manera, aclaró que durante todo el tiempo en que ella ha estado al frente de la administración, no se han presentado accidentes con los perros de la señora Cielo Carvajal, puesto que no invaden áreas comunes, zonas verdes, ni los parques internos destinados a la recreación infantil. Sin embargo, la realidad es que los residentes tienen miedo de los perros, puesto que los medios de comunicación en repetidas ocasiones han alertado a la comunidad sobre ataques que cometen los animales de la raza Pit Bull, donde las víctimas generalmente son niños, que padecen atroces mordeduras.

Además dijo, que la situación ahora es diferente por cuanto la propietaria de los perros cuestionados se ha sometido a un horario especial para sacarlos a la calle, en horas y por áreas comunes de escaso tránsito, con bozal y cadena – collar para cada animal.

El fallo recurrido no dice nada al respecto, pero a tenor del artículo 42.9 del decreto 2591 de 1991 esta demanda se dirige contra particulares por considerar el apoderado de los accionantes que éstos se encuentran en estado de "indefensión" frente al "peligro potencial" que entrañan los dos perros raza "Pit Bull" de propiedad de la señora Cielo Carvajal, quien habita en el apartamento 506, Torre 1 del ya mencionado conjunto residencial "altos de Cantabria", subrayándose que especialmente en dicha situación se hallan los niños hijos de los actores.

El testimonio de la señora Paulina Miranda Otalora, administradora del mismo, resultó a esta acción de tutela interesante, puesto que en su percepción del asunto, sin interés directo porque la solución que se adopte favorezca las pretensiones de uno u otro lado, hizo una descripción completa de las circunstancias que rodean el asunto en cuestión, de donde se concluye que si bien es cierto actualmente los perros de raza Pit Bull y Bull Terrier, cuya propietaria es la señora Cielo Carvajal, durante cuatro (4) años no han presentado manifestación alguna de agresividad, también lo es que debió exigírsele el tránsito por las dependencias del edificio con collares y bozales y en horarios de bajo tránsito de personas, lo cual efectivamente se viene cumpliendo por parte de su propietaria.

Agrega la deponente que los perros "Nunca han atacado a nadie, pero sí intimidan, dan miedo, pero esos perros casi nunca ladran...Los perros transitan por ascensor Torre I y pasillo saliendo a parqueadero y de ahí a la calle, no pasan por áreas verdes ni patio de juego de los niños... insisto en que ellos dan miedo, porque la gente reclama que les da miedo, especialmente los niños se cohiben, lloran cuando los ven" (fl. 18 y 19 – Cuaderno Corte).

No se pone a duda que los caninos deambulan por la unidad residencial de manera limitada en las áreas comunes, sin ingresar a las zonas verdes o a los parques infantiles. Pero así lo hagan en compañía de sus dueños y sujetos con cadena y bozal, lo cierto es que dadas sus características de animales adultos, con fuerza y destreza propios de su raza, potencialmente ante el llanto de los niños con su sola presencia, según lo afirma la Administradora, pueden reaccionar con agresividad y por lo mismo, sus propietarios resultarían impotentes para evitar el riesgo que dejaría de ser eventual – con mayor razón de llegarse a presentar tal hecho al interior del ascensor o en los pasillos por donde transitan así sea en una hora determinada , para convertirse en una realidad, con menoscabo de la integridad personal de los residentes del conjunto, incluso con resultados lamentables que indiscutiblemente comportarían un perjuicio irremediable.

Es claro también que los reglamentos de propiedad horizontal del citado conjunto, tal como lo informa la declarante, no contienen prohibición alguna en cuanto a la tenencia de animales en las unidades privadas y su manejo en las zonas comunes, siendo por ello necesario, como se ha venido haciendo, conciliar el conflicto de manera amigable y por ese medio obtenido respuesta positiva de la propietaria de los perros.

Tal posición en manera alguna elimina el riesgo latente que constituyen los aludidos canes, se reitera, por sus especiales condiciones (edad – tamaño – destreza – fuerza, etc.), pues no se trata de simples mascotas de pocos meses (cachorros) cuyo temperamento es el de permanente juego, sino de animales adultos cuya raza ha demostrado con antecedentes que son de público conocimiento, pese a demostrar sumisión y pasividad por la educación, cuidados y trato que sus propietarios le han dado, no obstante en el momento más inesperado reaccionan contrariamente a esas precisas condiciones particulares, con lamentables resultados que han dejado sumidas en la amargura a no pocas familias en Colombia y en el extranjero.

Ahora bien, el hecho de que los animales tengan un permanente control del médico veterinario y que su propietaria los mantenga en el más exigente estado de limpieza, es asunto que garantiza exclusivamente la salubridad más no la imposibilidad de presencia de hechos que atenten contra la integridad física y la vida de las personas, derechos estos que priman sobre cualquier otro, máxime si ellos están en cabeza de los niños que por mandato constitucional prevalecen sobre los demás.

Se trata pues en este caso, además de lo dicho, de una pugna de intereses particulares de la propietaria frente a los de la comunidad, prevaleciendo igualmente estos, sin que por ello se afecte el derecho fundamental al libre

desarrollo de la personalidad de la demandada o e su hijo, pues según manifestación que hiciera Cielo Carvajal por escrito al Consejo de Administración el 1° de junio del corriente año, "Yo he pensado sacarlos de la casa para una finca lo cual está en proceso. Pero lleva su tiempo pues hasta ahora estamos construyendo la perrera" (fl. 62), es decir, que ella voluntaria y conscientemente estaba anunciando desde la fecha indicada, su propósito de conducir a los caninos a un sitio apropiado y que solo le restaba concluir la adecuación del lugar. Esto y la postura de bozales y collares conforme a lo solicitado por los copropietarios del conjunto residencial, ponen de presente que es su propietaria quien de tiempo atrás, vio la necesidad de conducirlos fuera de su vivienda, a un lugar donde los caninos puedan igualmente vivir con cierta libertad, pues indiscutiblemente que dos animales del tamaño de las razas "Pit Bull" y "Bull Terrier" a la edad de cinco años, también requieren de un mayor espacio del que les puede ofrecer una unidad privada en un Conjunto de apartamentos, que por espaciosos que sean, limitan esa libertad y que como resultado de ello, pueden presentar en cualquier momento signos de agresividad, se reitera, por mansos que hayan sido y de la educación que se les haya brindado.

Finalmente, no se puede so pretexto de ejercer derechos así sea fundamentales y de la inexistencia de disposición que le prohiba mantener los animales en su unidad privada, o de la posibilidad de acudir sus contradictores a las autoridades de policía, que para el caso concreto no han sido idóneas según manifestación del accionante, poner en riesgo otros de la misma categoría que pertenecen a la colectividad representada en la niñez, pues entonces dicha conducta deja de ser legítima y por lo mismo, procede el amparo de tutela, no como mecanismo transitorio sino de manera definitiva.

En consecuencia, el fallo impugnado será revocado, para tutelar los derechos a la integridad física y la vida de los demandantes y de sus pequeños hijos, para lo cual se le ordenará a la señora Cielo Carvajal y su hijo Jhon, que en el término de 48 horas contado a partir de la notificación personal que se les haga de esta sentencia, procedan a retirar de su residencia ubicada en el Conjunto Residencial "Altos de Cantabria" en esta ciudad (calle 145 No. 11.06 Apartamento 506 Torre 1), los dos caninos de su propiedad tantas veces mencionados en estas diligencias y conducirlos al sitio que estimen más apropiado para ellos, como la finca mencionada por aquella en su carta del 1° de Junio del corriente año dirigida al Consejo de Administración o a una entidad protectora de animales, entre otros, si es su deseo.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR la sentencia recurrida de fecha veintinueve (29) de julio del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, negó el amparo solicitado.

2. TUTELAR en favor de los accionantes Jaime Rodríguez Rocha y sus hijos Pablo y Gabriela, Marcela Trujillo de Morales y sus hijos Estefanía, Marcela y Luis Alejandro, Patricia Fandiño F. y su hijos Natalia y Mateo. Ana Beatriz de Mateus y su nieta Sarha Lucía. Alvaro Montes C. y sus hijos Alejandro y María Paula, Hugo Orlando Corredor y su hija Lina María, Carlos Quijano G. y sus hijos Ana Lucía, Manuel y Santiago, Hernando Vargas Alarcón, Myriam López de Hernández, Gamaliel Guzmán Rodríguez, José Manuel Echmdler G., Alvaro Ceballos Castro, María Lucía Arenas, Jairo Machado Ospina, Eduardo Malagón Wiesner y Patricia Molano de Isaza, sus derechos fundamentales a la integridad física y a la vida, por las razones consignadas en precedencia.

3. Como consecuencia, se ordena a la señora Cielo Carvajal y su hijo Jhon Murcia que en el término de 48 horas contado a partir de la notificación personal que se les haga de esta sentencia, procedan a retirar de su residencia ubicada en el Conjunto Residencial "Altos De Cantabria" en esta ciudad (calle 145 No. 11.06 Apartamento 506 Torre 1), los dos caninos de su propiedad de las razas "Pit Bull" y "Bull Terrier" y conducirlos al sitio que estimen más apropiado para ellos, de conformidad con lo anotado en la parte motiva.

4. Notifíquese personalmente a los accionados señora Cielo Carvajal y su hijo Jhon Murcia y a los demás sujetos procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

5. Remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo (Salvamento de voto), *Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla* (con aclaración de voto, en uso de permiso, no hay aclaración. Nota de Relatoría).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (sin firma.

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 6129

Con mi acostumbrado respeto por la decisión de la mayoría, a continuación expreso los motivos que como ponente inicial en este asunto me llevaron a proyectar la sentencia de tutela en el sentido de no tutelar las pretensiones del actor y que ahora se constituyen en mi salvamento de voto:

1. Da cuenta el expediente que desde varios años atrás la señora Cielo Carvajal y su hijo, el señor Jhon Murcia, habitantes del apartamento No.506 de la Torre 1 del Conjunto Residencial Altos de Cantabria, situado en la calle 145 No.11.06 de esta ciudad, mantienen dos perros adultos, uno de raza Pit Bull y otro de raza Bull Terrier, y que, según el actor, la presencia de dichos animales "coloca en constante peligro a la comunidad residencial en general", haciendo énfasis en la amenaza que para los niños residentes en aquél conjunto se constituyen los animales referidos, pues ellos transitan por las zonas comunes, los ascensores e incluso la zona verde del parque infantil.

2. Con apego a lo que estrictamente demuestra el expediente, se sabe que: la señora Cielo Carvajal y su hijo han venido cumpliendo a cabalidad las recomendaciones que la Junta Administradora del Conjunto Residencial les ha hecho. Es decir, conducen a sus mascotas a determinadas horas en la mañana y en la noche sujetas con cadena y con bozal; que no transitan por las zonas verdes para salir a la calle; así como, que si utilizan el ascensor lo hacen con sus dueños y en la forma ya dicha.

Nunca, narran los autos, se ha presentado incidente alguno con esos canes, pero ocurre sí, como lo atestiguó la señora Paulina Miranda Otálora, administradora del Conjunto Altos de Cantabria, que existe temor entre los vecinos por la presencia de los perros de marras, pero debido a las publicaciones de prensa y a los noticieros de televisión que presenta a los perros de la raza Pit Bull como animales feroces y por lo mismo peligrosos, pero reitera la declarante que nunca y como consecuencia del comportamiento de esos perros y sus dueños ha existido incidente alguno. Contó además la deponente, que en el reglamento de propiedad horizontal que rige en el Conjunto Residencial Altos de Cantabria, no existe reglamentación sobre tenencia, por los residentes, de mascotas simplemente porque no hay prohibición o porque dichos reglamentos no se ocuparon de este tema.

3. También, bueno es poner de presente que actualmente no existe ninguna disposición legal como tampoco acuerdo del Concejo Municipal que prohiba la tenencia de estos animales en viviendas particulares, condominios o unidades de vivienda sometidas a régimen de propiedad horizontal.

4. Con estos elementos de juicio el suscrito Magistrado propuso, impartiendo confirmación a la sentencia de primera instancia, denegar la tutela; en cambio, la Sala al apartarse del proyecto unánimemente resolvió tutelar "los derechos a la integridad física y la vida de los demandantes y de sus pequeños hijos" y adujo que "se trata de una pugna de intereses particulares de la propietaria -de los animales- frente a los de la comunidad, prevaleciendo igualmente estas, sin que ello afecte el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la demandada o de su hijo...", afirmaciones que no comparto.

5. En sus planteamientos la Sala discurrió sobre los conceptos de probabilidad y posibilidad, en el sentido de que podría llegar a ocurrir un accidente, pero sin valoración ponderada de las pruebas concretas contenidas en el expediente, sustituyendo así la crítica probatoria, por el ejemplo el análisis de indicios o testimonios en el caso específico, por la visión general y subjetiva del asunto, haciendo eco de los comentarios difundidos en los medios de comunicación sobre accidentes ocurridos en otras latitudes.

6. De acuerdo con lo estipulado en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, "No se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular." Dicha norma es armónico desarrollo del artículo 6° de la Constitución Política, según el cual "Los particulares solo son responsables por infringir la Constitución y las leyes".

Ninguna disposición con fuerza vinculante prohibe a los particulares tener mascotas en su casa, aún si ésta se ubica en unidad residencial habitada por múltiples familias. El Código Nacional de Policía, guarda silencio al respecto. En los reglamentos de propiedad horizontal nada se dice.

En este orden de ideas, se impone concluir que la tenencia de los perros Pit Bull y Bull Terrirer, por la señora Cielo Carvajal, en condiciones de seguridad e higiene, como sucede en este evento, es una conducta lícita, que no transgrede ningún precepto imperativo. Por el contrario, como lo expresó la Administradora del conjunto residencial, acatando las sugerencias que le hiciera la Junta de Coopropietarios, accedió a colocar bozal a los animales, a restringir su movimiento a lo extrictamente necesario para desplazarse del apartamento a la calle, siempre sujetos por cadenas y en compañía de sus amos.

7. La licitud de la tenencia de mascotas en los lugares de habitación fue advertida por la Corte Constitucional en Sentencia T-035 de 19997, con ponencia del Honorable Magistrado Hernando Herrera Vergara, oportunidad en la que descartó la acción de tutela como mecanismo para solucionar conflictos en condominios sometidos al régimen de propiedad horizontal, originados por los referidos animales.

En aquella sentencia se expresó:

"Frente a la posibilidad de la vulneración de derechos fundamentales en virtud del ejercicio de los mismos en una copropiedad sujeta al régimen de propiedad horizontal, procederán entonces los mecanismos judiciales ordinarios de defensa; la formulación de la acción de tutela será exclusivamente excepcional. En lo que a las decisiones de las autoridades de policía se refiere, se tendrán los mecanismos de defensa contemplados en las normas de policía, y solamente procederá la acción de tutela cuando aquellas configuren una vía de hecho o produzcan un agravio constitucional irreparable".

En la misma providencia la posesión de animales domésticos fue asumida por el Tribunal Constitucional, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad:

"El mantenimiento de un animal doméstico, como el caso de un perro, en el lugar de habitación, siempre que no ocasione perjuicios a los copropietarios o vecinos, constituye un claro desarrollo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar que el Estado debe respetar, como medio para que el ser humano exprese su autonomía y sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. La presencia de un animal en un sitio residencial y concretamente en el edificio sometido al régimen de propiedad horizontal puede ocasionar perturbaciones de diferente índole con respecto a los copropietarios del inmueble. Empero, para ello el propietario del animal estará en la obligación de adoptar las precauciones necesarias que impidan dichas perturbaciones o las medidas correctivas del caso, exigibles por la asamblea general o las personas que la representen, siendo el propietario de la mascota el responsable de los daños y perjuicios que puedan ocasionar por su culpa, negligencia, acción u omisión".

La Sala mayoritaria hizo proceder la acción de tutela frente a una conducta lícita de la señora Cielo Carvajal, a pesar de que los medios idóneos para resolver los conflictos planteados por sus vecinos eran diferentes, y a pesar de que ella y su familia habían adoptado las medias de precaución recomendadas por la Junta de Copropietarios de la unidad residencial Altos de Cantabria. Es decir no existía peligro inminente y no concurría en este caso el estado de indefensión, que podrían, excepcionalmente, habilitar la acción de tutela contra particulares.

En los anteriores términos dejo salvado mi voto.

Edgar Lombana Trujillo, Magistrado.

Santa Fe de Bogotá D.C., 8 de octubre de 1999.

PROPIEDAD HORIZONTAL: Sanciones por mora. Las medidas coercitivas que ha adoptado la accionada (suspender el servicio de citófono, celaduría y portería) para forzar del accionante el pago de lo adeudado al Conjunto, desbordan los límites de lo razonable en el funcionamiento de este tipo de organizaciones privadas, pues afectá en su núcleo esencial derechos constitucionales fundamentales como los que son objeto de esta solicitud de amparo. Es que si bien, no se puede desconocer que la administración del Conjunto tiene un derecho de por medio, que además es de rango legal, como es el de obtener el pago de las expensas que corresponde cancelar a cada uno de los residentes, obligación de la que mal puede sustraerse el accionante, ello no significa que en vez de acudir a las vías ordinarias, por los mecanismos previstos en la legislación civil, tome medidas, que si bien encuentran respaldo en el Reglamento de Propiedad Horizontal, no representan nada distinto al abuso del derecho que lesiona de manera seria derechos constitucionales del peteníe, los que se ampararán en esta decisión.

Corte Suprema De Justicia. Sala De Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., doce de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

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

Aprobado Acta No. 158.

Radicación No. 6224.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por la apoderada del ciudadano Mario Núñez Orellana, contra el fallo de tutela proferido el 30 de agosto pasado por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá D.C., por medio del cual se le negó el amparo a los derechos a la dignidad humana, a la comunicación, al buen nombre, a la vida y a la intimidad familiar, presuntamente vulnerados por la administración y el Consejo administrativo del conjunto "Parque Residencial Cerezos de Suba".

LA ACCIÓN

Ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, el ciudadano Mario Núñez Orellana incoó acción de tutela por medio de apoderada en la que manifiesta que desde el mes de noviembre de 1997, es propietario del

apartamento 202 del bloque 4 del "Parque Residencial los Cerezos de Suba", en la carrera 111 A No. 145-87 de esta ciudad, el cual de acuerdo a la distribución de los 180 apartamentos que lo componen está ubicado a 93 metros de la portería de acceso y no tiene visibilidad directa a dicho lugar.

Explica, entonces, que el señor NUÑEZ ORELLANA se encuentra atrasado en el pago de la administración por deficiencias en la misma, ya que continuamente se han presentado hurtos, daños en los vehículos de los propietarios, falta de mantenimiento en las zonas comunes, mal trato a los residentes por cuenta de los empleados contratados directamente por la administración y falta de garantía en el manejo de los dineros del conjunto; y no obstante que no desconoce su obligación como así se lo hizo saber a la administradora Nancy Stella Ospina en escrito del 6 de agosto del año en curso, aquella hizo publicar una lista de deudores morosos al interior y exterior de la portería , "...hecho este que hace de público conocimiento su contenido violando el Buen Nombre y derecho a la intimidad de mi poderdante...", pues en sentencia de tutela No. 228 de 1994, la corte Constitucional sostuvo que si bien únicamente a los residentes de las unidades residenciales les interesa saber quiénes incumplen con sus obligaciones, cuando tales publicaciones se hacen hacia el exterior se violentan tales dere chos previstos en los artículos 15 y 42 de la Carta Política.

En el mismo sentido, señala, que mediante aviso y con listado anexo de los residentes morosos se informó que a dichas personas no se les prestaría servicio de portería: medida que, además, fue ratificada el 29 de julio pasado por el Consejo de la Administración, aduciendo como sustento el reglamento de propiedad horizontal, fecha desde la cual "se ha violado, amenazado y puesto en peligro los derechos a la comunicación, derecho a la vida, derecho a recibir acciones solidarias de vecinos y amigos, por acción de hecho", ya que al aquí accionante se le ha venido impidiendo el ingreso de visitantes y se le suspendió la citofonía, negándosele la posibilidad de relacionarse con el exterior desde su apartamento que se encuentra a 93 metros de distancia de la entrada al conjunto, por lo que, en su caso se torna en una necesidad vital, debido a la incomunicación de presentarse alguna emergencia se pondría en peligro la vida de sus hijos menores.

Al respecto, refiere que el 3 de agosto del año en curso, las personas afectadas con dichas medidas enviaron un oficio al Consejo de la Administración, poniendo de presente las violaciones que ellas conllevan, sin que hasta el momento de interponer la presente tutela hubieran obtenido respuesta alguna, ni tampoco se han tomado medidas correctivas por parte del accionado.

Solicita, por tanto, que se le ordene a la Administración del Parque Residencial Los cerezos "la suspensión inmediata de las acciones perturbadoras de los derechos de mi poderdante".

Sometida a reparto la anterior demanda de tutela, la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante auto del 13 de agosto del año en

curso, dispuso la remisión de las diligencias al Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D.C., en donde fue asignada a la Sala Penal de dicha Corporación, en donde se tramitó y falló en primera instancia.

El Fallo

Precisa en primer término el Tribunal que procede en este asunto la acción de tutela por estar dirigida contra una organización privada frente a la que el accionante se encuentra en situación de subordinación, pasando de inmediato a afirmar que no se lesionó el derecho a la vida, comunicación y los afinentes a las relaciones con la comunidad por cuanto el accionante no ha quedado desprovisto de otro medio que le impida hacerlo, ya que "cuenta con servicio telefónico que le permite esa comunicación", y si éste "quiere disfrutar del servicio debe cumplir con sus obligaciones tal como lo estipula el artículo 18 del reglamento que está obligado a acatar", toda vez que la tutela no puede servir para cohonestar situaciones irregulares, lo contrario, sería "tanto como propiciar la indisciplina y el abuso del derecho, situación que generaría en no pocas copropiedades que sus residentes decidan no pagar con la seguridad de que esta excepcional acción les garantiza la permanencia de los servicios, todo ello en perjuicio de quienes sí cumplen" y eventualmente resulten privados de ellos cuando no se puedan cubrir los gastos.

Tampoco, es dable afirmar que la vida de los hijos del accionante se encuentre en peligro por la suspensión de los servicios propios de la administración del Conjunto porque, puesto que la accionada respondió que "la cónyuge del accionante se encuentra a diario en el mismo y que éstos estudian gran parte del día" máxime cuando esta es una responsabilidad de los padres, ya que el hecho de que el peticionario escogiera un plan de vida acorde a sus intereses no tiene por qué afectar derechos de terceros, ni negarse a pagar las cuotas de la administración pretextando deficiencia de los servicios, porque "puede hacer reclamos para su mejoramiento" y mucho menos valerse de situaciones como las que refiere de parte de los porteros, puesto que no solo ya se superó, sino que tal episodio ocurrió después de junio de 1998, esto es, cuando ya se encontraba en mora, pasando de inmediato a censurar la actitud de Orellana por haberle solicitado a la Administradora del Conjunto recibos de pago de los tres últimos meses para demostrar ante ese Tribunal que se encontraba al día en sus pagos, como lo manifestó aquella en la declaración rendida en este trámite.

Tampoco, agrega, se vulneraron los derechos al buen nombre y a la intimidad, pues para exigir la protección del primero debe "tener méritos", como que no es un derecho gratuito y se adquiere en razón al buen comportamiento social de su titular y además, los avisos en los que aparecía como deudor moroso colocados hacia la parte externa del Conjunto.

Así, luego de hacer una extensa cita textual de jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el contenido y alcance del derecho al buen nombre,

enfatiza, sin embargo, el Tribunal que "mal hizo el Consejo de Administración" al ordenar que se publicaran hacia el exterior del Conjunto las listas de los deudores morosos, como así lo admite la propia Administradora, no obstante que por tratarse en la actualidad de un hecho superado, no procede el amparo. Además, aclara que la información contenida en los avisos publicados en el referido Conjunto Residencial "no son constitutivos de violación a la intimidad familiar, porque únicamente contienen información relacionada con el nombre del residente, el valor de lo adeudado y el número del apartamento, aunque le advierte a la accionada que "está prohibido" ese tipo de conductas "que pongan en evidencia de particulares, asuntos que interesan únicamente a los copropietarios en relación con sus obligaciones como tales".

Sobre el mismo punto, enfatiza el Tribunal que no hay lugar a la condena en perjuicios y costas, no solo porque no fueron demostrados, sino porque para ello puede acudir a la jurisdicción correspondiente, esto es, cuenta con otro medio de defensa.

Finalmente, agrega, que no se afectó el derecho a la propiedad, pues "no puede la Sala ordenar la transcripción del casselte aportado como prueba, debido a la premura del tiempo para decidir la acción de tutela y por cuanto el mismo es un hecho sobreviniente que no fue invocado en el libelo inicial. Sin embargo no se halla demostrada tal circunstancia, por cuanto de acuerdo con lo manifestado en declaración rendida por la administradora, ésta indica que hasta el momento s nadie se le ha coartado ese derecho, ni tampoco hasta la fecha en que rindió declaración había recibido orden alguna tendiente a impedir la circulación del tránsito vehicular por las zonas de los parqueaderos".

En consecuencia, negó por improcedente el amparo solicitado.

La Impugnación

Inconforme con el fallo anterior, la apoderada del accionante lo impugnó manifestando su extrañeza de que la Sala de decisión que falló la presente tutela no hubiese tenido en cuenta la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional en la sentencia T630 de 1999, a pesar de que ella misma la aportó en fotocopias simples, no estando de acuerdo con la afirmación en el sentido de que no se vulneran los derechos a la vida, a la comunicación en comunidad por contar aquél con servicio telefónico, cuando el único sistema de comunicación inmediato en caso de emergencia es el citófono, lo cual pone en riesgo tales derechos de los que son titulares los tres hijos menores de aquél, pues son de 10 años y otro de 8, como ya ha sucedido con anterioridad al interior de su apartamento en donde se ha estallado el piso, o lo ocurrido el 5 de enero del año en curso fecha en que se presentó un escape de gas en la torre donde habita aquél, máxime que la entrada y salida del mismo se encuentra justo debajo de su vivienda, habiéndose desplomado una de las paredes, preguntándose de inmediato, "de qué sirve tener el Ser-

vicio Telefónico en esta clase de eventualidades si a quien le corresponde prestar la ayuda inmediata es a la Administración y al Campamento de la Obra y la única comunicación con ellos es por vía del citófono".

Por lo anterior, explica que si a los hijos del accionante les llegara a suceder algo cuando se encuentren solos, no significa que sea culpa de su madre, que si bien permanece en el apartamento, se dedica a la venta de ropa interior para ayudar a su esposo en los gastos familiares y en la manutención de sus niños en lo que tiene que ver con vivienda, educación, esto es, para procurarse un mínimo vital de subsistencia en los términos en que lo definió la jurisprudencia de la Corte Constitucional, toda vez que las argumentaciones del Tribunal sobre este aspecto, desconocen la prevalencia de los derechos de los niños.

En cuanto a la falta de ánimo conciliatorio de parte del accionante para pagar las cuotas de administración que adeuda, solicita se tengan como pruebas las diversas comunicaciones que con ese propósito le ha remitido a la accionada solicitándole un número de cuenta perteneciente a la persona jurídica, "pero la administradora en declaración informa que esta no la ha podido proporcionar por cuanto la personería no se la había otorgado, no obstante en certificación expedida el 18 de agosto emanada de la Alcaldía Menor de Suba, en ella se da como constancia que la personería se otorgó desde el día 10 de julio del presente año, la última solicitud que mi poderdante le hizo se efectuó el día 6 de agosto", situación que, dice demuestra que el no pago de las expensas adeudadas no obedece a un ánimo de entorpecer el buen funcionamiento de la accionada, sino que además, ello no ha sido posible por "los continuos enfrentamientos entre la Administración y el Consejo de la Administración como se ilustra en las dos cartas que anexo, los propietarios nos saben a quién deben efectuar el pago de administración pues unos dicen que es a Nancy Ospina y otros que al señor Gustavo Suárez Fernández".

Por último, rechaza el argumento del Tribunal en el sentido de afirmar que no se pronunciaría sobre el derecho a la propiedad porque no fue mencionado en el libelo inicial, conforme a las pruebas que en cassette aportó durante el trámite de esta acción para demostrar las amenazas del Consejo de la administración de impedir la circulación y la entrada de los vehículos por las zonas de los parqueaderos privados, preguntándose entonces si debe instaurar nuevas tutelas por este asunto en donde se le siguen vulnerando los derechos fundamentales.

Solicita, por tanto, se revoque el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Causando realmente sorpresa a la Sala la dirección que le dio la Magistrada Ponente del Tribunal a quo a la presente acción de tutela, como que inexplicablemente resultó solicitándole a la apoderada del accionante allegara como prueba copia de un fallo de la Corte Constitucional que se

mencióna en la petición de amparo; el hecho de no haber trasncrito el cassette que se allegó en el curso de la acción, por cuanto según su expresa constancia en la sentencia impugnada, la premura del tiempo no se lo permitió, y en general los argumentos que se utilizan para decidir este asunto, que lejos se encuentran de un análisis jurídico, equitativo, serio y ponderado, más aún, cuando se omite la valoración integral de la prueba, lo cual toma mayor gravedad si se tiene en cuenta que sin óbice alguno fueron compartidos por sus compañeros de Sala, debe proceder la Corte a desatar la impugnación interpuesta por ser procedente en este caso la acción incoada por estar dirigida contra un particular frente al que el accionante se encuentra en condiciones de subordinación en la medida en que como propietario de un apartamento de un Conjunto Residencial, está sujeto a las medidas que adoptan los organismos de administración del mismo.

2. En el presente caso, varias son las razones que motivan la solicitud de amparo elevada a nombre de Orellana, motivadas todas en las determinaciones adoptadas por el Consejo de Administración del Conjunto Residencial "Los Cerezos" de suba, por la mora que presenta el accionante en el pago de las expensas de administración del mismo y que consisten en la suspensión de los servicios correspondientes a los propietarios del mismo, derivados de la administración, esto es, negarle la citofonía, la recepción de correspondencia y portería básicamente, así como la publicación hacia el exterior de una lista en la que aparece como deudor moroso.

3. Siendo claro que por lo general las relaciones que genera la convivencia y particularmente la que surge en los conjuntos habitacionales en los que un importante número de personas comparte servicios comunes por tener su sitio de residencia administrado por un solo organismo, genera para ambas partes derechos y obligaciones de los que no pueden sustraerse sin perjuicio de torpedear el normal desarrollo de las actividades cotidianas, ello no significa que en caso de incumplimiento de algunos de los compromisos adquiridos por quien se somete a vivir en lugar regido por el régimen de la propiedad horizontal, habilite a quienes lo aplican, la imposición de medidas que más allá de lo razonable, se tornen en lesivas de los derechos constitucionales de sus titulares.

4. Tal es lo que ocurre en el presente asunto, en donde el accionante escudándose en ineficiencia del servicio y en el no pago de unos daños causados al vehículo de su propiedad decidió incumplir su obligación de cancelar las expensas mensuales correspondientes a la administración, lo que en principio haría suponer que en la medida en que ello ocurra, necesariamente se desmejoran los servicios a que tiene derecho él y los demás residentes en el Conjunto Residencial "Los Cerezos" de Suba, más sin embargo, y sin el ánimo de fomentar una cultura del no pago, pues es claro que el ejercicio de los derechos individuales tiene como límites los de los demás, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, las medidas coercitivas que ha adoptado la accionada para forzar del accionante el pago de lo adeudado al Conjunto, desbordan los límites de lo razonable en el funcionamiento de este de tipo

organizaciones privadas, pues afecta en su núcleo esencial derechos constitucionales fundamentales como los que son objeto de esta solicitud de amparo.

5. En efecto, a este propósito, resulta más que demostrativa de las vulneraciones de que viene siendo víctima el accionante y su familia por parte de los organismos de administración del referido Conjunto Residencial, la declaración rendida ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá por la señora Nancy Estella Ospina Hernández, Administradora del Conjunto accionado, quien al ser interrogada por los hechos que motivaron esta tutela, respondió que en aplicación del artículo 18 del Reglamento de Propiedad Horizontal, el Consejo de la Administración esta de inmediato facultado para imponer al deudor moroso sanciones como "la no prestación de los servicios de administración, tales como: Vigilancia, portería, recepción o entrega de correspondencia, y tránsito vehicular por la zona de parqueadero, comunicación desde portería por el sistema de citofonía, tales medidas una vez tomadas solo podrán ser levantadas por el administrador o en su defecto por el Consejo de Administración una vez que el propietario sancionado acredite estar a PAZ Y SALVO por todo concepto, mediante la presentación de los recibos de pago correspondientes".

Por lo anterior, explica dicha declarante, que en el caso del señor Núñez Orellana y otras personas que se encontraban también en mora, se publicaron unas listas en la parte externa del Conjunto que para el momento de rendir esa diligencia, se encontraban retiradas, aclarando que el aquí accionante adeuda 8 cuotas, esto es, $298.000, y "en cuanto hace relación a que se haya negado la entrada de visitantes al apartamento, ello no es cierto, como quiera que si está suspendido el servicio de citofonía, pues es lógico que si alguien se anuncia no se le pueda comunicar para saber si puede seguir o no, por cuanto no se puede permitir acceso de personas que no estén debidamente autorizadas por el propietario del apartamento"; y en lo que tiene que ver con los demás servicios, afirmó, refiriéndose al Consejo de Administración, que "ellos decidieron que suspenderles el servicio de citofonía a los morosos, al igual que la portería, es decir que todo lo que es celaduría (entrega de paquetes, abrir la puerta etc.) apoyados en los estatuto".

6. En estas condiciones, es claro que al accionante se le están vulnerando los derechos que se derivan del legal uso de su propiedad, así como a relacionarse con el exterior de su apartamento en la medida en que se le somete en forma arbitraria a una incomunicación desde la portería del Conjunto, afectando sus relaciones individuales, personales y sociales, lo que no puede entenderse como lo hace la accionada cuando sostiene en el escrito de respuesta a ésta tutela, que ello no es así, porque cuenta con teléfono y no se le ha impedido que hable con los vecinos, toda vez que la medida va más allá, esto es, impedirle que a su apartamento lo visiten, le reciban correspondencia y le informen desde la portería sobre el ingreso de personas.

7. Es que si bien, no se puede desconocer que la administración del Conjunto tiene un derecho de por medio, que además es de rango legal, como es

el de obtener el pago de las expensas que corresponde cancelar a cada uno de los residentes, obligación de la que mal puede sustraerse el accionante, ello no significa que en vez de acudir a las vías ordinarias, por los mecanismos previstos en la legislación civil, tome medidas, que si bien encuentran respaldo en el Reglamento de Propiedad Horizontal, no representan nada distinto al abuso del derecho que lesiona de manera seria derechos constitucionales del petente, los que se ampararán en esta decisión, pues debe tenerse en cuenta que, conforme a la documentación aportada como prueba por apoderada del accionante con el escrito de impugnación y aún con el de tutela, el señor Núñez Orellana ha mostrado disposición de pago, como consta en el escrito sin fecha del folio 167, el de 11 de febrero del año en curso en el que pide una conciliación para el pago, del 8 de abril mediante el que dice adjuntar el recibo de consignación por ese mes, julio 10 en el que dice estar presto a pagar una vez se le indemnicen los daños causados a su vehículo.

8. Finalmente, en lo que tiene que ver con la lesión al buen nombre por la publicación de los listados de deudor moroso en el exterior del Conjunto Residencial, no procede el amparo deprecado, por cuanto las motivos que dieron lugar a ello, en la actualidad han cesado, pues como igualmente lo manifestó la señora Nancy Estella Ospina Hernández, ya fueron retirados.

Así, se impone entonces revocar parcialmente el fallo impugnado y en su lugar amparar los derechos a la intimidad familiar, a la comunicación y a la dignidad humana, ordenándole al Consejo de Administración y a la Administración del Conjunto Residencial los Cerezos, que dentro del término máximo de 48 horas, tome las medidas pertinentes en orden a restablecerle al accionante los servicios de administración de citofonía, vigilancia, portería y correspondencia, confirmando, en lo demás, la decisión de primer grado.

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

RESUELVE:

1. **Revocar parcialmente** el fallo impugnado y en su lugar amparar los derechos a la intimidad familiar, a la comunicación y a la dignidad humana, ordenándole al Consejo de Administración y a la Administración del Conjunto Residencial los Cerezos, que dentro del término máximo de 48 horas, tome las medidas pertinentes en orden a restablecerle al accionante los servicios de administración de citofonía, vigilancia, portería y correspondencia.

2. Confirmar en lo demás el fallo impugnado.

3. De lo aquí decidido comuníquesele a la Sala de decisión Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, D.C., que conoció en primera instancia de esta acción.

4. En firme esta determinación remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 1591 de 1991.

Jorge Aníbal Gómez Gallego (sin firma), *Fernando Arboleda Ripoll*, *Jorge Enrique Córdoba Poveda*, *Carlos Augusto Gálvez Argote*, *Edgar Lombana Trujillo*, *Mario Mantilla Nougués*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*, *Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (sin firma).

REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO: Infraestructura. El hacinamiento que aquí nadie discute, obedece al terremoto que ocurrió en la zona conocida como el Eje Cafetero. El INPEC está legalmente obligado a conjurar la crisis carcelaria, para lo cual, ocurrida la destrucción del Centro de Rehabilitación debió realizar las actividades pertinentes para hacer EFECTIVO Y REAL tal cometido constitucional y legal. / **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: Extensión de efectos a otras tutelas.** Ninguna correspondencia del tema "general" abordado por la Corte Constitucional en su sentencia T153 de abril 28 de 1998 con la situación CONCRETA que exhibe en Armenia la situación carcelaria, capitalmente como consecuencia del sismo ocurrido el 25 de enero de 1999. En dicha oportunidad la Corte Constitucional dio apenas directrices, recomendaciones y órdenes para un real mejoramiento de esa situación en todo el país, y si tales pautas no se cumplen es obvio que los reclusos, o alguien legalmente a su nombre, demanden en tutela el obedecimiento en cuestión

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. *Edgar Lombana Trujillo.*

Radicación No. 6271.

Aprobado Acta No. 163.

Por impugnación de la accionante, doctora Piedad Correal Rubiano, defensora del Pueblo Regional Quindío, revisa la Sala el fallo de agosto 20 último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela promovida para proteger los derechos a la salud, a la alimentación y a una vida digna, los cuales se estiman violados por la Directora de INPEC.

Cabe anotar que con respecto a dicha demanda el Tribunal Superior de Armenia, en fallo de mayo 26 último, tuteló los referidos derechos y que el instituto accionado impugnó tal decisión, declarando esta Sala por mayoría la nulidad, por considerar que dicho Tribunal carecía de competencia, pues ésta radicaba privativamente en Santa Fe de Bogotá, sede principal del INPEC (auto de julio 8 M.P.Dr.Mario Mantilla Nougués).

ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

"En nombre de las personas privadas de la libertad detenidas en la Permanencia Central de Policía ubicada en la antigua Estación del Ferrocarril de la ciudad de Armenia y en las instalaciones de la SIJIN" (fl. 1), la accionante afirma que las mismas se encuentran "en condiciones indignas de hacinamiento, sin atención alguna en salud y alimentación".

Se apoya en el artículo 46 del decreto 2591 de 1991 y anota que el mencionado grupo humano está "en circunstancias de indefensión manifiesta", concretando que a raíz del terremoto ocurrido en la región del Eje Cafetero el 25 de enero del año en curso, aproximadamente 600 reclusos que se encontraban en la Cárcel del Distrito Judicial de Armenia -San Bernardo- fueron trasladados hacia otros centros carcelarios de varias ciudades, a más de ordenarse la reapertura de la Permanencia Central, concretamente en unos calabozos habilitados en las antiguas instalaciones de la Estación del Ferrocarril sitio éste donde permanecen alrededor de 72 detenidos en condiciones de total hacinamiento, pues ocupan todos apenas 3 calabozos, aparte de que se alimentan la mayoría de "deshechos" que les suministran pocos compañeros que tienen la fortuna de recibir alimentos de sus allegados.

Añade que, además, en esos locales "no hay redención de pena por trabajo o estudio para los condenados, ni existe visita conyugal ni beneficios propios de la ley 65 de 1993"(fl.2).

Estima que el INPEC no ha elaborado el respectivo programa para la ciudad de Armenia luego del referido sismo, encarándose entonces "la necesidad urgente y diligente de rehabilitación provisional de un lugar para que funcione como centro carcelario a inmediato plazo, mientras se decide la construcción de la nueva cárcel para la ciudad de Armenia"(fl. 5) y precisa:

La situación se agrava con la información suministrada por el Capitán Gonzalo Ricardo Londoño Portela, Jefe Seccional de la SIJIN donde da a conocer la situación de alerta naranja en que se encuentran las instalaciones de la entidad, que obviamente pone en peligro la vida de los detenidos" (fl. cit.).

Se refiere a varios Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, señala como violados los derechos previstos en los artículos 11, 12, 13, 15, 16 y 48 de la Carta Política, pide tutelar los derechos de las personas en cuestión y que se ordene al IMPEC "la reubicación o reconstrucción de la Cárcel de San Bernardo de Armenia", adjunta unas pruebas, pide otras y jura que por estos mismos hechos no ha presentado otra demanda de tutela (fls. 9 a 31).

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Admitida la demanda, se enteró de ello a las partes y se practicaron varias pruebas, entre las cuales cabe mencionar la declaración del Jefe de la

SIJIN, las visitas practicadas a las 2 instalaciones en mención y el testimonio rendido del Director Seccional de Fiscalías de Armenia (fls. 33 a 100.).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Habla la misma del "hacinamiento carcelario" (fl. 18 supra) en la mayoría de las cárceles del país, cita la sentencia T-153 de 1998 de la Corte Constitucional, y estima que dicho hacinamiento, "abordado de manera general", como dice que lo hace la actora, "debe estarse a lo resuelto por la H. Corte Constitucional", la cual "indicó los derroteros a seguir tendientes a corregirlo (el hacinamiento carcelario) para evitar que se continúen quebrantando los derechos fundamentales de los presos", y agrega:

"Distinta sería la situación si se estuviera frente a un caso concreto, en donde el interno estuviera padeciendo la vulneración de algún derecho fundamental, por la arbitrariedad del accionado, posible de solucionar mediante una orden del Juez de Tutela, que estuviera en capacidad de cumplir. Pero en la forma como la demandante propone la acción, no es viable concederla, pues sobre el particular ya nuestro máximo organismo Constitucional impartió las órdenes a que hubo lugar.

Decidir lo mismo que la H. Corte Constitucional, cada vez que se entable una tutela por hacinamiento carcelario, no se compadece con la filosofía que orienta esta acción pública, que se fundamenta en principios de economía procesal, celeridad e informalidad, entre otros. Tampoco es viable tomar otras medidas distintas a las de la Corte, porque implicaría contradecirla y siendo éste el máximo tribunal Constitucional, es el llamado a trazar el derrotero por el que deben transitar las demás instancias. Lo adecuado es hacer cumplir lo dispuesto, propósito que no se alcanza instaurando mas acciones como la que nos ocupa.

En consecuencia, la Sala considera que a menos que se trate de un caso en el que confluyan hechos particulares y concretos, posibles de corregir a través de la tutela, este mecanismo no es el indicado para sopesar las incomodidades derivadas del hacinamiento carcelario que agobia las cárceles del país, toda vez que sobre el tema ya la Corte Constitucional se ocupó, emitiendo las órdenes que consideró necesarias.

Como la que es materia de estudio, no se fundamenta en hechos distintos a los abordados por la Corte, la Sala la declarará improcedente, no sin antes precisar que no le asiste razón al INPEC, al tratar de justificar la anomalía en razón del caso fortuito que constituyó el movimiento telúrico ampliamente conocido, pues la afectación de derechos fundamentales por hacinamiento carcelario, no tiene ninguna justificación. Tampoco en cuanto a que la indeterminación de las partes

determina el fracaso de la demanda, porque equivaldría a obligar a cada interno a interponer su respectiva acción, aumentando injustificadamente la congestión en los Despachos Judiciales." (fl. 19 y 20).

Declaró, pues, improcedente el amparo.

La Impugnación

Sustenta la actora que "el estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país", declarado por la Corte Constitucional en la referida sentencia T-153, "no es el evento angustioso que en la actualidad viven los cautivos en la PERMANENCIA CENTRAL DE POLICIA y de la SIJIN de Armenia, en cuya representación oficial actuó" (fls.40 infra y 41).

Reitera lo particular de la situación en Armenia, principalmente como consecuencia del movimiento telúrico de 25 de enero último en la zona del Eje Cafetero, a razón del cual "la ciudad quedó con su único centro carcelario destruido, lo que generó una circunstancia de singular emergencia, toda vez que el INPEC debió disponer el traslado, en acción rápida y urgente, de TODO el personal allí recluido, a diferentes establecimientos carcelarios de país, obviamente que agravando aún más la situación en ellos existente, como lo afirma el mismo INPEC en los escritos de respuesta a la presente Tutela y que resulta como incuestionable hecho notorio en los estrados de la justicia-. Armenia desde esta perspectiva, quedó sumida en situación de manifiesto y especial abandono, porque detrás del insuperable caos generado por el terremoto, la desbordada acción delictiva de la gente sin ley siguió su curso, ya que paradójicamente se incrementó el índice delincuencial en nuestro medio y no hubo en principio dónde recluir a los capturados mientras se le seguían sus procesos, a virtud de lo cual las autoridades municipales habilitaron de modo transitorio tanto la PERMANENCIA CENTRAL DE POLICIA como los calabozos de la reclusión, sitios que venían operando como puntos de retención eventual y transitoria y sólo mientras transcurrían los términos de la distancia y de despacho de las oficinas, para remitir allí a dichos retenidos.- Es preciso observar también que pese a que estos dos sitios se vienen utilizando como lugares de reclusión, también fueron declarados por las autoridades de Armenia en ALERTA NARANJA, calificativo que se otorga a los inmuebles que por motivos del terremoto amenazan ruina, encontrándose en relativa posibilidad de derrumbamiento, poniéndose en tales circunstancias también en evidente peligro el derecho a la vida de los detenidos".

Consideraciones de la Sala

1. En primer término debe hacerse notar al Tribunal a quo que en este caso no se trata de proteger intereses "colectivos y abstractos" sino de personas determinadas e identificadas que en número aproximado de cien se encuentran en las instalaciones de la SIJIN y en la Comisaría ubicada en la

Estación del Ferrocarril de Armenia: los nombres de esas personas aparecen en listas de folios 16, 23 y 46 del expediente.

A esas personas CONCRETAS es que afirma la accionante se le están violando también concretos derechos fundamentales, razones éstas para que, según ha precisado la Corte Constitucional en varias ocasiones (sent. junio 30/92 y enero 29/99, MM.PP. Fabio Morón Díaz y Hernando Herrera Vergara, entre otras), tenga cabida la acción de tutela y no la acción popular prevista en el artículo 88 superior.

2. El hacinamiento que aquí nadie discute y que se presenta en las dos referidas instalaciones, obedece al terremoto que ocurrió en la zona conocida como el Eje Cafetero el 25 de enero del año en curso y que ocasionó la destrucción del Centro de Rehabilitación San Bernardo de Armenia, evacuándose hacia otros centros carcelarios las personas que allí se encontraban.

Se debe igualmente anotar que en manera alguna y por imposibilidad física-jurídica, el objeto del presente amparo constitucional no es el "hecho de la naturaleza" o terremoto en cuestión sino el "hecho de hombre" consistente en que han transcurrido cinco meses largos luego del sismo y es la hora que en Armenia no hay un centro carcelario, carencia que explica que en las instalaciones de la SIJIN se reporte la existencia de 31 detenidos, no obstante las mismas tener capacidad para 12 personas, aparte de que allí las celdas respectivas sufrieron averías por el terremoto y no hay agua ni servicios de salud, los presos que no tienen familiares en Armenia carecen de alimentación y sobre dicho lugar se hizo una "evaluación postsísmica" que arrojó "alerta naranja" (fls. 13, 14 y 42).

Y en la mencionada Comisaría de la Estación del ferrocarril de Armenia se informó la existencia de 70 personas detenidas en apenas 3 calabozos pequeños, exhibiéndose allí condiciones todavía mas precarias que en la SIJIN, pues no hay servicio de aseo ni "horas de sol" a los presos, ni alimentación para los que no tienen familiares o allegados en la región, ni drogas para las dolencias, etc.

Debe anotarse aquí que según el artículo 16 de la Ley 65 de 1993-Código Penitenciario y Carcelario- al INPEC le corresponde crear, fusionar, suprimir, sostener y administrar los establecimientos carcelarios del orden Nacional, como lo era -o lo es aún- el referido Centro de Rehabilitación San Bernardo, y que también a dicho Instituto le corresponde explícitamente el servicio de sanidad de los reclusos y la "Provisión de alimentos y elementos" (Título IX y art. 67 id.).

3. Según los artículos 3º y 408 del Código de Procedimiento Penal y 5o. de la referida Ley 65 los presos mantienen incólumes sus derechos fundamentales imprescindibles para una vida digna, como la salud, el afecto de sus seres queridos, el aseo, el alimento, etc., los cuales EVIDENTE E INTEGRAMENTE no tienen los que soportan dicha situación en las dos instalaciones que se vienen nombrando, y cabe aseverar, en cambio, que las

condiciones anotadas son enteramente infrahumanas y, por tanto, francamente opuestas principalmente a los postulados de la Carta del 91, como también a los principios legales arriba mencionados.

Así las cosas, el INPEC accionado sí está legalmente obligado a conjurar la referida crisis carcelaria, para lo cual, ocurrida la destrucción del Centro de Rehabilitación San Bernardo, debió realizar las actividades pertinentes para hacer EFECTIVO y REAL tal cometido constitucional y legal.

Cobra fuerza lo anterior si se recuerda que, como lo afirmó el Director Seccional de Fiscalías de Armenia, el nombrado centro carcelario de San Bernardo es de carácter nacional y "ha sido manejado directamente por el INPEC" (fl. 68), carácter nacional ratificado por el Secretario de Gobierno de Armenia a folio 86.

No sobra recordar en cuanto a este tema de la congestión carcelaria que afecta a todo el país (el caso que aquí se examina obedeció particularmente al sismo que asoló al Eje Cafetero), que la Corte Constitucional en sentencia T-153-98, de abril 28 de 1998 (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) dispuso entre otras cosas:

-Ordenar al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, dentro de un término de seis meses contados a partir de la notificación de dicho fallo, "un plan de construcción y refacción carcelaria".

-Ordenar al INPEC que separe completamente en los establecimientos carcelarios a sindicados de condenados.

-Ordenar a los gobernadores, alcaldes y a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Municipales tomar "las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios".

-Ordenar al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las referidas obras carcelarias, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y "el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país".

Como se ve, tiene toda la razón la impugnante cuando insiste en la ninguna correspondencia del tema "general" abordado por la Corte Constitucional en su sentencia T-153 de abril 28 de 1998 con la situación CONCRETA que exhibe en Armenia la situación carcelaria, capitalmente como consecuencia del sismo ocurrido el 25 de enero de 1999. En dicha oportunidad la Corte Constitucional dio apenas directrices, recomendaciones y órdenes para un real mejoramiento de esa situación en todo el país, y si tales pautas no se cumplen es obvio que los reclusos, o alguien legalmente a su nombre, demanden en tutela el obedecimiento en cuestión, sin que sea absolutamente de recibo que los jueces, en dicho evento, se colmen o abrumen de tales

demandas, consideraciones de "exceso de trabajo" que inexorablemente deben ceder ante el efectivo cuidado y protección de los derechos fundamentales, siendo en este sentido pertinente, por función del magisterio que corresponde a esta Corte, llamar la atención a tan flaco argumento que trae el fallo impugnado, el cual, por todo lo anterior, se revocará.

Debe finalmente observar esta Sala que en casos como el presente no es exacto, como lo hace dicho Tribunal, "declarar improcedente" la acción, pues las causales de improcedencia de ésta están relacionadas en los artículos 6º y 8º del Decreto 2591 de 1991, ambos desarrollo del artículo 86 de la Carta Política, y como ninguna de dichas causales se encaran aquí, lo que el Tribunal a quo debió decidir fue negar el amparo, pues reíterese que el mismo sí procedía.

En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales invocados y se darán las órdenes encaminadas a esta protección.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR el fallo impugnado y, en su lugar, TUTELAR los derechos a una vida digna, a la salud y a la alimentación de las personas determinadas que se encuentran recluidas en las instalaciones de la SIJIN y en la Permanencia Central de Policía ubicada en la antigua Estación del Ferrocarril, de la ciudad de Armenia.

En consecuencia, ordenar al Director del Instituto Nacional Penitenciario INPEC:

- Que dentro de un plazo de 15 días, contados a partir de la notificación del presente fallo, programe la ubicación de dichos reclusos en lugares dignos y seguros, debiendo dentro de los 30 días subsiguientes ejecutar tal plan.

- Que disponga lo necesario para llevar a cabo las remisiones o traslados de los reclusos a las diversas dependencias que los soliciten.

- Que emprenda el estudio respectivo para la construcción de un nuevo establecimiento carcelario en Armenia, o la reparación del existente, si ello es posible.

- Que de todas esas actividades dé periódicamente las informaciones pertinentes al Tribunal de primera instancia.

2. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Ejecutoriada la presente decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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 (sin firma).

DESISTIMIENTO DE LA IMPUGNACION EN TUTELA: Resulta perfectamente viable la posibilidad de desistir del recurso de apelación.

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.

Radicación No. 6359.

VISTOS

Procede la Corte a decidir la petición de desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el doctor Gabriel Guillermo Ortiz Narváez, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de esta capital el 14 de septiembre del año en curso, que denegó por improcedente la acción de tutela promovida contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, petición y trabajo.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

El abogado, doctor Gabriel Guillermo Ortiz Narváez, promovió acción de tutela contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, afirmando que le han sido vulnerados sus derechos constitucionales fundamentales de igualdad, petición y trabajo, dentro de la conformación de los Registros de Elegibles para la provisión de cargos de Jueces de la República y específicamente en tanto al haber sido nombrado como funcionario dentro del régimen de carrera judicial en el año de 1997, perdía vigencia su incorporación como concursante, pero además, por cuanto a partir del dicho año no se le habría actualizado su puntaje sin saber la razón para negarse a ello.

Mediante decisión de primera instancia fechada el 14 de septiembre pasado, el Tribunal Superir de esta capital negó por improcedente la tutela, interponiendo el accionante dentro de la oportunidad legal contra esta decisión el recurso de apelación, el proceso fue remitido ante la Corte, donde encontrándose al despacho para decidir, allega escrito en el cual manifiesta que desiste del recurso presentado.

Siendo ello así y no obstante que en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, el legislador se refirió exclusivamente a la posibilidad de que el recurrente desista "de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente", con igual lógica jurídica y en aplicación del principio de integración normativa (artículo 4 del Decreto 306 de 1992) ha entendido la Sala que resulta perfectamente viable la posibilidad de desistir del recurso de apelación, que conllevaría inclusive menores efectos procesales, en tanto los artículos 343, 344 y 345 del Estatuto de Procedimiento Civil lo admiten en tanto no se haya proferido el fallo de fondo.

Por consiguiente, el desistimiento del recurso de apelación solicitado por quien directamente lo había interpuesto, y expresado antes de proferirse la sentencia de segunda instancia, será aceptado por la Sala, debiéndose remitir las diligencias directamente ante la Corte Constitucional, acorde con la orden que en tal sentido se dispusiera en el fallo del *a quo*.

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. ACEPTAR el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el doctor Gabriel Guillermo Ortiz Narváez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esta capital el 14 de septiembre del año en curso.

2. Remitir el expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, acorde con lo ordenado en el fallo de primera instancia cuya vigencia se mantiene.

3. Notifíquese de acuerdo con lo previsto por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991 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 (sin firma).

DEBIDO PROCESO PENAL: PARTE CIVIL. Cuando se rompe la conexidad, el otorgamiento de poder para actuar, no suple la necesidad de presentar la demanda de parte civil, aun cuando se trate del mismo apoderado que presentó demanda respecto del otro delito. La Fiscalía vulnera el debido proceso cuando permite la actuación irregular de la apoderada.

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.*

Radicación No. 6283.

Aprobado Acta No. 165.

VISTOS

Por impugnación del apoderado de Roberto Carlos Martínez Méndez revisa la Sala el fallo de septiembre 1º último, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena de Indias negó la acción de tutela promovida para proteger el derecho al debido proceso, el cual se considera violado por el Fiscal Tercero Delegado ante dicho Tribunal, al proferir la resolución de julio 23 del año en curso.

ANTECEDENTES

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

En escrito dirigido a la Sala Penal del mencionado Tribunal cuenta el apoderado que en el año de 1995 y con base en sendas denuncias presentadas por la doctora Dayra Galvis, se adelantaron dos procesos: uno en la Fiscalía 29 por los delitos de lesiones personales, daño en bien ajeno, perturbación a la posesión, y el segundo en las Fiscalías 34, 41 y 49 por los delitos de prevaricato, falsedad y fraude procesal, siendo en ambos sindicado su poderdante Roberto Carlos Martínez, junto con otras personas (fl.2).

Informa que esos dos asuntos se unificaron por virtud de imputarse el delito de concierto para delinquir, decisión que posteriormente fue anulada y "al mismo tiempo se revoca el concierto para delinquir" (fl.3 supra.).

Continuaron dichos dos procesos por aparte -prosigue el demandante- y en el primero de los descritos la referida abogada Dayra Galvis se constituyó en parte civil, mientras que en el segundo de ellos la única parte civil admitida era la que se presentó a nombre de Leyla Barrios Páez, y añade: "Paralelamente el Dr. Elzael Barrios Páez, otorgó simplemente un poder a la Dra. Dayra Galvis, para que siguiera actuando como parte civil...pero a lejos se observa que se confundió puesto que la única parte civil reconocida lo era su hermana Leila Barrios, por lo que su apoderada habría de presentar una segunda demanda de parte civil si deseaba constituirse como tal (subrayas del original, fl. 3 infra.).

Precluída la investigación en el proceso "por los delitos contra la administración pública", la citada abogada Dayra Galvis apeló pero como a la fiscal se le advirtió que ella carecía de personería, tal recurso fue negado, por lo cual dicha dama recurrió de hecho y el fiscal ante el Tribunal accionado "concede la razón a la recurrente" con los siguientes argumentos:

1.- De la "redacción del mismo poder" se presume la existencia de la demanda de parte civil;

2.- "Que una demanda de parte civil para uno de los procesos legitimaba para el segundo proceso, por lo que debía ser admitida entonces la legitimación de la recurrente" (fl.4).

Estima el demandante: "Con esta argumentación se le otorga la razón sin más a la abogada recurrente y claro, se le favorece con el recurso de apelación fuera de lugar y de cauce y con ello se desconoce la seguridad, estabilidad y permanencia de una providencia PRECLUSIVA QUE YA HABIA NECESARIAMENTE LOGRADO SU EJECUTORIA.- ¿Se presume una demanda de parte civil para con ello dar rienda suelta (absoluta, no presumida) a un recurso, será acaso que éste y la decisión de segunda instancia son también presuntas?" (fls. 4 infra. y 5).

Al tratar "la violación de hecho"(fl.5) dice el demandante que incluso la misma recurrente Galvis dice no tener ni siquiera copia de la respectiva demanda de parte civil, la cual estima un absurdo "presumir", como afirma que hizo el fiscal accionado, máxime que fue éste mismo quien en segunda instancia confirma la desunificación de los dos referidos procesos, "por lo que no se trata de aquella exótica proposición de que naciendo dos procesos de uno primigenio, el defensor y la parte civil de aquél sigue siéndolo en estos dos últimos. Es que se trataba de dos procesos ya nacidos y crecidos, que por error se unieron y luego corregido el entuerto, debieron regresar por sus senderos autónomos, por lo que no podían sino recuperar lo que ellos mismos traían" (fl.6).

Considera que tal actuación constituye una clara vía de hecho, pues "la misma, antes de soportarse en fundamentos reales de lo que se juzga, o en principios legales controvertibles, es creación del querer o propósito personal del funcionario, contra toda previsión de derecho" (fl.6 infra.).

Afirma violado el derecho al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta Política y que, tutelado el mismo, se proceda a "conjurar la puerta de la presunción que ha encontrado el funcionario tutelado para admitir el recurso de una parte civil inexistente y con ello declarar sin efecto la decisión que admite el recurso de hecho tal y como lo dispuso el mismo en la decisión pluricitada" (fl.8 supra.).

Anexa unas copias, entre ellas la del poder para actuar en esta tutela, y jura que por estos mismos hechos no ha presentado otra demanda de tutela (fls. 8 a 65).

ACTUACIÓN Y PRUEBAS

Admitida la demanda se comunicó ello a los interesados y se pidieron copia íntegra de los dos procesos penales en mención. Igualmente, el fiscal demandado dio la respuesta del caso (fls. 68 a 179 y anexos).

También alegó el doctor Nodier Agudelo Betancur, de quien afirma el demandante era el legítimo para recurrir la preclusión en calidad de apoderado de la parte civil y de quién dice presentó extemporáneamente la impugnación (fls. 156 y ss.).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Recuerda varias decisiones de la Corte Constitucional sobre las vías de hecho como único evento en que se pueden atacar en tutela las decisiones judiciales (fls.187 a 189) y concreta que en los dos sumarios que inicialmente se tramitaron de manera conjunta figuran como víctimas los hermanos Elzael, Reyanl y Leyla Barrios Páez, calificándose con preclusión uno de dichos asuntos, decisión que apeló la abogada Dayra Galvis Méndez, recurso que le fue negado porque si bien presentó poder del doctor Elzael Barrios Páez, no hizo lo propio con la demanda de parte civil, recurriendo ella de hecho y el fiscal accionado le concedió la impugnación.

> "En lo esencial de la determinación, el funcionario considera que el poder otorgado a la doctora Galvis Méndez no era para que se constituyera en parte civil, presentando la demanda correspondiente, sino que para que se le reconociera la personería adjetiva, ya que la personería sustantiva venía aceptada y representada en la persona del doctor Elzael Barrios Páez. Cuyo reconocimiento realmente se produjo, según el mandato que se delegaba en los doctores Galvis Méndez y Agudelo Betancur, quienes en la misma fecha fueron admitidos, la primera como principal y el segundo como suplente. Esta es la actuación que se califica por el demandante de la tutela como una vía de hecho, pues a su juicio carece totalmente de fundamento" (fl.191).

Recuerda que en el otro proceso las citadas víctimas fueron admitidas como parte civil y representadas por la abogada Dayra Galvis Méndez, por lo

que en el poder presentado en el segundo asunto únicamente Alzael Barrios Páez solicitó que se tuviera como su apoderada a la doctora Galvis, "en representación de la parte civil que viene reconocida a mi nombre dentro de los referentes" (fls. 191 infra. y 192), y anota que aquélla actuó procesalmente en esa calidad "numerosas veces" (fl.193) y agrega:

> "Dadas las particularidades del proceso tantas veces referido (bastante voluminoso, por el número de actuaciones que encierra) y las incidencias procesales que ha tenido, no puede haber si no incertidumbre sobre el punto alusivo a la personería de la doctora Galvis Méndez, razón por la cual, ante lo complejo de la situación, debió ser dilucidado y resuelto dentro de la misma actuación, como efectivamente ocurrió pero a última hora, y después durante el trámite del recurso de hecho, donde también se expusieron los motivos en pro y en contra de la concesión de la apelación".

Advierte que, además, dentro del proceso "el actor ha contado con medios eficaces para amparar sus garantías, otra cosa es que no haya hecho uso de ellos a lo largo del proceso, empero tal situación no lo habilita para acudir al presente medio extraordinario (fls. 194 infra. y 195).

Denegó entonces la acción y decidió "tener como coadyuvante de la autoridad pública demandada al doctor Nodier Agudelo Betancur, quien actúa en estas diligencias en su propio nombre y en representación del abogado Elzael Barrios Páez, según poder a él conferido, por el interés legítimo que tienen en el resultado de la actuación, al figurar como representante de la parte civil en el proceso penal que dio origen a la presente acción".

LA IMPUGNACIÓN

Dice el demandante: "Como no estoy y no puedo estar de acuerdo con la posibilidad de que las piezas procesales que NO EXISTEN, se puedan en algún momento PRESUMIR, por estimar que ello, tal y como se ha permitido, comporta no solo una vía de hecho sino un peligroso riesgo para entronizar mañana mas tarde que igual se presuman, órdenes de captura, indagatorias, resolución de aperturas procesales, de solución de situación jurídica, pruebas testimoniales o documentales, resoluciones de acusación o sentencias etc. Sobre la base de la incertidumbre o de la complejidad del asunto, permítaseme entonces resaltar las razones puntuales de mi respetuoso disenso" (fl.218).

Hace consideraciones sobre "la reconstrucción" de los actos procesales que se han extraviado y observa que "si el acto NUNCA HA EXISTIDO entonces mal puede reconstruirse" (fl.220), acotando que en el presente caso "ni la demanda de parte civil ni su admisión existieron en realidad" y que "no puede ser que se afirme que la desmembración de un voluminoso expediente es motivo para que las piezas procesales desaparezcan tanto del matriz como del secundario" (fl.221).

Termina así la sustentación sin hacer petición expresa.

Pruebas en la Corte

Aquí se solicitó al Fiscal accionado y al Fiscal 14 Seccional, de Cartagena, informaran concretamente si a nombre de Elzael Barrios Páez se presentó demanda de parte civil y si ésta fue admitida, respondiendo el primero de ellos (a cuyo Despacho están los dos procesos) que "no obra materialmente" en el expediente la demanda que en su oportunidad debió presentar el mencionado (fl.9).

Consideraciones de la Sala

1. Como la demanda se dirige contra la resolución de julio 23 último (fl.121 cdno. "recurso de hecho"), mediante la cual el Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal de Cartagena consideró, por la vía del recurso de hecho, declarar procedente la apelación hecha por la apoderada de la parte civil contra la resolución de diciembre 11 de 1998, mediante la cual la Fiscalía Seccional 14 de dicha ciudad, al calificar el mérito del sumario seguido contra Roberto Carlos Martínez Méndez y otros por los delitos de fraude procesal, prevaricato y falsedad (rad.14 407), precluyó la instrucción (fl.126 cdno. No.rad.clt.) impera reiterar lo que esta Sala de manera unánime viene diciendo sobre la improcedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales:

"Forzoso es recordar que ya al comenzar su vigencia el decreto 2591 de 1991, las distintas Salas de esta Corte rechazaron la procedencia de la tutela como mecanismo que pudiera desconocer el valor de la cosa juzgada o hubiera sido siquiera instituida la prevalencia de unos jueces frente a otros, cuando a cada uno le han sido señaladas por la Carta y por la ley sus propias y privativas funciones y competencias, tan solo limitadas, como lo dice el artículo 230 superior, por el marco de la ley, siendo del caso señalar, por vía de ejemplo, la providencia que en la tutela 152 de mayo 22 de 1992 emitió esta Sala de Casación con ponencia de quien aquí cumple lo propio".

"De lo anterior cabe resaltar que la índole meramente subsidiaria y residual de dicha acción constitucional (arts. 86 C.N. y 6-1 dto. 2591 de 1991), no permite operar de manera alternativa ni adicional para invadir -ahí sí inconstitucionalmente- las regladas funciones del respectivo juez que tenga a su conocimiento el proceso donde se haya producido la actuación censurada por el accionante en tutela, a todo lo cual se suma "el principio universal de la cosa juzgada (art. 94 C.N.), los principios constitucionales expresos de las dos instancias (art. 31 C.N.), el carácter instrumental para la paz, la correcta administración de justicia (art. 96-6 y 7 C.N.) y del sometimiento de los jueces únicamente al imperio de la ley (art. 230 id.)", como se precisó en la mencionada sentencia de tutela número 152.

"Es que si alguien se siente agraviado por una actuación judicial, "el medio judicial de defensa" de que dispone es justamente el ejercicio de los recursos y prerrogativas legales *dentro del mismo proceso en que se dio dicha actuación que no se comparte*, pues es allí donde, de preferencia, están llamadas a su protección las garantías constitucionales. Esto, claro está con la única excepción de que mediante la acción de tutela se pretenda conjurar un perjuicio irremediable proveniente de una ostensible arbitrariedad del funcionario judicial que, así, incurriría en lo que se ha dado en denominar "vías de hecho".

"Este criterio, como se sabe, ha sido compartido por la Corte Constitucional desde que, mediante sentencia C-543 de octubre 1° de 1992, declaró la inexequibilidad de los artículos 40, 11 y 12 del decreto 2591 de 1991, e insistido por esta Sala de Casación Penal (entre otras, en sentencia de agosto 30 de 1995, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

2. La siguiente y esencial reseña revelará si existió o no en este caso la comentada vía de hecho:

a) En el mes de enero de 1995, actuando a nombre de los hermanos Elzael, Reynal y Leyla, Barrios Páez y de Miguel Angel Peña Roqueme, la abogada Dayra Galvis Méndez formuló sendas denuncias por lo que en este expediente se vienen llamando "delitos ecológicos" (contra los recursos naturales, usurpación de tierras, etc.), formándose entonces el sumario de radicación 4-0934, en el cual resultaron sindicadas varias personas, entre ellas el aquí poderdante Roberto Carlos Martínez Méndez.

Y en marzo del citado año Elzael Barrios Páez formuló denuncia por los delitos de prevaricato, fraude procesal y falsedad documental, caso en el que así mismo resultaron implicados el mencionado Roberto Carlos Martínez Méndez y otros también comunes al primer nombrado asunto, a cuya consecuencia se formó el proceso de radicación 14-407.

El 17 de mayo de 1995 (fl.151 cdno. No.1 rad.4-0934) le fue aceptada a la quejosa Galvis Méndez la demanda de parte civil que presentó a nombre de los hermanos Barrios Méndez, siendo dable anotar que en ese mismo mes de mayo entró como defensor de los sindicados el doctor Ricardo Morales Cano, quien aquí precisamente apodera en tutela a Martínez Cano.

El 19 de marzo de 1996 Elzael Barrios Páez presenta en dicha radicación 14-407 un memorial de este tenor:

"A la mayor brevedad posible le ruego tener como apoderada, en representación de la parte civil que viene reconocida a mi nombre, dentro de los referentes, a la Dra. Dayra de Jesús Galvis Méndez, abogada titulada y en ejercicio de la profesión, quien tiene las facultades de pedir y presentar pruebas, promover recursos e incidentes, recibir, sustituir, reasumir, transigir, desistir y en fin todo cuanto en derecho fuere menester en pro de mis intereses judiciales" (fl.359 cdno. No.1).

En ese mismo escrito Galvis Méndez designa como apoderado suplente al doctor José Nodier Agudelo Betancur.

La Fiscalía Seccional 41 de Cartagena, mediante resolución de marzo 19 en mención (fl.361) resolvió "...tiénese a la doctora Dayra Galvis Méndez como apoderada de la parte civil dentro del presente proceso, y al doctor José Nodier Agudelo Betancur como su apoderado suplente", y desde esa época empezó a actuar la abogada Galvis Méndez en tal calidad.

b) La Fiscalía "Seccional Uno" de Cartagena de Indias, apenas recibió de su homóloga 41 el expediente radicación 14-407, por medio de resolución de mayo 14 de 1996 (fl.3 cdno. No.2) resolvió "unirlo" con la referida radicación 4-0934 adelantada por los "Delitos Ecológicos".

c) Leyla Barrios Páez otorga poder al doctor Nodier Agudelo y la Fiscalía Seccional Uno lo acepta como representante de esa parte civil, "en los términos y condiciones a que se contrae el poder conferido" a quien la representaba: la doctora Dayra Galvis Méndez (fl.358 cdno. No.2. rad. 14-407), quien presenta un largo memorial en que analiza lo ocurrido en los dos proceso unificados y advierte al final del mismo que actúa como apoderada de Reynal Barrios Páez" (fl. 371).

d) Uno de los apoderados de los sindicados le solicitó al fiscal de conocimiento (Seccional 14 de Cartagena) que procediera a anular la referida providencia "de unificación" fechada en mayo 14, a lo cual efectivamente se accedió mediante resolución de septiembre 26 de 1996 (fl.58 cdno. No. 3 rad. 14-407), decisión que recurrieron los citados apoderados de las partes civiles, Galvis Méndez y Agudelo Betancur, y el Fiscal Delegado Tercero ante el Tribunal (el mismo aquí accionado) confirmó dicha separación de investigaciones en resolución de abril 18 de 1998 (fl.180 cdno. cit.).

e) Cerrada la investigación en la radicación 14-407, la citada Fiscalía 14 calificó la misma mediante resolución de diciembre 11 de 1998 (fl.126 cdno. No.4) y precluyó la investigación con respecto a Roberto Carlos Martínez Méndez y otros, sindicados de los delitos de fraude procesal, falsedad documental y prevaricato, decisión que fue recurrida por los mencionados apoderados de las partes civiles, solicitando entonces uno de los apoderados de los sindicados (el aquí actor en tutela) que se declaren desiertas las impugnaciones: la de la doctora Dayra por carencia de personería, la del doctor Nodier por extemporánea (fl.172).

La Fiscal 14, mediante resolución de enero 18 del año en curso (fl. 183) negó el referido recurso con el siguiente argumento:

> "No obstante con la sola revisión del proceso se establece en forma objetiva que la citada profesional le fue conferido poder por uno de los denunciantes el Dr. Elzael Barrios Páez, para que se constituya en parte civil, demanda que por lo que aparece en autos no fue presentada y menos admitida y reconocida su personería por la Fiscalía. En consecuencia debe denegarse el recurso de apelación interpuesto por quien no es sujeto procesal legalmente acreditado".

f) Procedió entonces la impugnante a recurrir de hecho (fl.207) y el Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal de Cartagena de Indias, en resolución de julio 23 (fl.121 cdno. "recurso de hecho") resolvió decretar la procedencia del recurso de apelación que se interpusiera por la representante de la parte civil" (fl.135): **ésta es precisamente la decisión objeto de la tutela cuyo fallo de primer grado se revisa.**

Al efecto el Fiscal 3º consideró que con base en el poder que en este asunto otorgó Elzael Barrios Páez a la impugnante, y a que ésta vino actuando sin reparos, cabe afirmar que sí tiene personería, dijo:

"Pues bien, una interpretación gramatical y lógica del susodicho poder nos clarifica el entendimiento en el sentido de que no era menester la presentación de una nueva demanda de parte civil por parte de la recurrente de hecho, ya que en ese sentido no están orientados los términos del mandato. En dicho documento lo que se está es delegando una facultad o personería que ya venía reconocida. El doctor Barrios Páez no otorga facultades para que en su nombre y representación la profesional del derecho que se menciona, se constituya en parte civil, evento donde si era de forzoso cumplimiento el compromiso de la formulación de un libelo demandatorio.

"El simple y llanamente lo que pone de presente es que como ciudadano que se dice afectado con los hechos investigados, se le ha reconocido personería sustantiva para actuar como parte civil, y que además, en su condición de abogado se le ha permitido llevar su propia representación, personería adjetiva esta que es precisamente la que está delegando en Dayra Galvis.

"No podemos desconocer que los verdaderos alcances del memorial suscrito por Barrios Páez, apuntan en el sentido de que en alguna ocasión procesal, y dentro de la investigación Penal que por los delitos de prevaricato y otros, se seguía a los señores Alberto Yaguma (sic) y otros, el fue admitido como representante de la parte civil, de cuya personería sustantiva el mismo era el titular. Y tal reconocimiento desde luego que hace presumir la existencia de la correspondiente demanda para tales fines, por parte de la propia víctima; presunción que se afianza aún más con la innumera cantidad de actuaciones cumplida por la abogada a quien se le sustituyera la personería que se anuncia expresamente como admitida. Lo que predomina en todo el paginario, es la actividad que como vocera de los intereses privados, despliega la doctora Galvis Méndez.

"Por manera que mientras no se demuestre de una manera mas fehaciente que la citada profesional de derecho no estaba habilitada para ser oída dentro del proceso que ventilaba los asuntos atinentes a la administración pública, y estimamos que en la presente coyuntura la falta material de la demanda de parte civil, no colma esa carga proba-

toria, hay que estarse al tenor literal del poder que hemos analizado y de cuyo contenido gramatical se deduce que el doctor Elzael Barrios, como abogado que es, fue admitido en algún instante procesal como representante de la parte civil, y que posteriormente tuvo a bien traspasar esa gestión encomendada a la doctora Dayra Galvis. Aquí cabe destacar que el poder está dirigido al doctor Fernando Barboza, sintomático ello de que la delegación de funciones a la ahora recurrente, se cumplió antes de producirse la tan discutida acumulación de expedientes.

"Pero ahondando aún más en razones que nos llevan a aceptar la procedencia del recurso de apelación denegado, somos del parecer que aún en ausencia de un expreso reconocimiento dentro del proceso penal que origina la litis, de la titularidad de Elzael Barrios Páez como parte civil y de Dayra Galvis como su representante, aún en esa hipotética condición, la investidura reconocida dentro de la investigación matriz, se transmitía a la otra, al momento de producirse la ruptura de la Unidad procesal que hasta ese momento venía aceptada.

"Digamos para ello, que desde el instante mismo en que se decreta la acumulación material de dos o más sumarios en andas, se entiende que las diversas actuaciones cumplidas, pasan a conformar un solo proceso, unidad que se entiende integral a todas las circunstancias reinantes en el mismo, de forma tal que los distintos abogados defensores que por separado hubiesen nombrado los sindicados en cada caso, se excluyen entre sí, al no concebirse que dentro de un mismo proceso un implicado cuente con varios defensores titulares.

"Como tampoco sería entendible que si por cualquier circunstancia procesal o de otra índole, fuese del caso volver a desunir los varios asuntos, una vez cumplido ello, los sindicados quedaren con abogado defensor en un solo proceso, y en el resto disgregado no. En apreciación nuestra el defensor titular lo sigue siendo para los otros casos que salieron del despacho donde se venía cumpliendo el trámite unificado, al menos que los procesados decidan otra cosa.

"Este razonamiento, lleno de lógica jurídica en nuestro criterio, es de perfecta aplicación, en tratándose de la parte civil, al no existir razón valedera que justifique un tratamiento diferente para esta clase de sujeto procesal. Especialmente en el presente caso, en donde pese a que el doctor Ricardo Morales, abogado defensor que se opone al reconocimiento de la procedencia del recurso de apelación, afirme lo contrario, la casi totalidad de las personas vinculadas a la investigación por los delitos de prevaricato, fraude procesal, falsedad y otros, figuran como sindicados en los punibles que atentan contra los recursos naturales y el patrimonio económico, siendo que los presuntos

perjudicados en uno y otro caso, son los mismos: Los hermanos Barrios Páez.

"Los contratiempos que se podrían presentar serían mayores o funestos, si a alguien se le ocurriese plantear la tesis, de que como quiera que la resolución que resolvió la situación jurídica se produjo cuando los varios casos investigados se encontraban unificados, al producirse la desvertebración, tocaría un nuevo pronunciamiento en tal sentido, por parte de los funcionarios que le fueron asignadas las copias compulsadas por el funcionario que ordena la separación.

"Valgan entonces estas apreciaciones para dejar sentado que de las copias que nos fueron enviadas para ventilar el recurso de hecho, se desprende que sí tenía personería adjetiva la doctora Dayra Galvis Méndez, para en representación del doctor Elzael Barrios Páez, impugnar la resolución calificatoria recaída dentro de la investigación que se adelanta contra los señores Roberto Carlos Martínez Méndez, Alberto Carlos Yaguna Vergara y otros, por los punibles de prevaricato, fraude procesal y otros" (fls.131 a 134).

g) Las transcritas consideraciones y la conclusión a que las mismas conducen en el sentido de que la abogada Dayra Galvis Méndez sí tenía "personería adjetiva" para impugnar la resolución preclusoria del proceso de verdad que resultan opuestas a la normatividad respectiva, esto es, encarna una vía de hecho.

En efecto, como ratificó el fiscal accionado en respuesta dada a esta Sala, en el proceso donde se produjo dicha resolución calificatoria impugnada (adelantado por los delitos de falsedad, prevaricato y fraude procesal, rad.Nro.14-407) "no obra materialmente" la demanda de parte civil a nombre de Elzael Barrios Páez, objetividad ésta que contundentemente impedía tenerlo "como parte civil dentro del presente proceso", como contrariamente se decidió en resolución obrante a folio 361 de dicho expediente.

En el proceso de radicación Nro.4-0934, seguido contra los sindicados comunes a la referida radicación 41-407 (Roberto Carlos Martínez y otros), sí obra la cuestionada demanda de parte civil y la resolución que tuvo a Elzael Barrios Páez como tal -según se vio anteriormente- pero tal admisión en dicho primer proceso "por delitos ecológicos", de ningún modo puede hacerse extensiva al otro proceso que por diversos hechos (falsedad, fraude procesal y prevaricato) adelantaba la fiscalía, así la mayoría de imputados en ambos casos fueran comunes, cosa que no ocurre con los denunciantes, pues en el primero de dichos asuntos lo fue la abogada Dayra Galvis Méndez, y en el segundo de ellos (justamente donde se presenta la divergencia objeto de esta tutela) lo fue el abogado Elzael Barrios Páez, a quien, repítese, la fiscalía, con base únicamente en un poder que aquél otorgó a la doctora Dayra cuando aún los procesos estaban unificados, reconoció a ésta como apoderada de la parte civil, soslayando igualmente que en tal calidad y debidamente dicha abogada venía actuando, pero en el proceso por los "delitos ecológicos", donde

le fue admitida su demanda de parte civil mucho antes de que el mismo se unificara con el otro nombrado asunto (fl.15 cdno. Nro.1. 4-0934).

Según los artículos 47 y 48 del Código de Procedimiento Penal, quien pretenda constituirse en parte civil sólo puede actuar una vez sea admitida la respectiva demanda, lo que significa que sin este trámite previo NUNCA podrá hacerlo tal aspirante a sujeto procesal, quien con el mero poder apenas ha dado el primer paso en dicho trámite previo: la autorización a su apoderado para que presente la referida demanda. Además, es obvio que los errores procesales deban enmendarse y sus efectos cesar tan pronto se adviertan, de donde no quepa admitir la tesis de que como la apoderada Dayra Galvis Méndez venía actuando ilegalmente en este segundo proceso, una vez advertida dicha ilegalidad (no presentación de demanda) la Fiscalía le permita continuar en esa situación.

Siendo tal la contundencia e imperatividad de las vistas y claras previsiones procesales, el soslayo frontal de éstas aquí cometido, mediante resolución de julio 23 último (fl.121 cdno. "recurso de hecho"), no puede menos que constituir la anunciada "vía de hecho".

De tal suerte, previa revocatoria del fallo impugnado, se concederá el amparo y el accionado fiscal de segunda instancia hará lo pertinente para remover su decisión de conceder el recurso de apelación que negó su homólogo de primer grado: Fiscal 14 Seccional.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR el fallo impugnado y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso que se exhibe ostensiblemente desconocido (vía de hecho) por el Fiscal 3º Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, concretamente al proferir su ameritada resolución de julio 23 último.

En consecuencia, dicho fiscal hará lo pertinente para remover tal decisión y dejar, por tanto, vigente la de primera instancia que revisó por vía de hecho, todo lo cual hará apenas se entere de lo decidido en el presente fallo.

2. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

3. Ejecutoriada la presente decisión, remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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 (aclaración de voto), *Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (sin firma).

DERECHO A LA IGUALDAD: En providencias judiciales. No es posible establecer la supuesta desigualdad de las decisiones a partir de la simple comparación de ellas. Un juicio de tal tenor debe hacerlo el Juez competente que es el único que tiene a su disposición la totalidad de la actuación y la oportunidad natural y adecuada para estudiar todos y cada uno de los factores que componen los procesos que conducen a las decisiones atacadas. Un juicio de tal tenor debe partir de la determinación de la existencia del antecedente e incluir la estimación de su certeza, la apreciación de su aplicabilidad al caso en el que se le reclama y valoración las consecuencias de ello.

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*

Radicación No. 6362.

Aprobado Acta No. 171.

VISTOS

Decide la Sala la impugnación presentada por el apoderado de la accionante Xenia Franco Rengifo en contra del fallo proferido el 9 de septiembre de 1999 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C., por medio del cual negó por improcedente la acción de tutela invocada en contra de la Sala Especial de Descongestión de la Fiscalía Delegada ante el mismo Tribunal,, Sala Especial de Descongestión.

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN

La actora Xenia Franco Rengifo y otras 7 personas fueron procesadas como presuntas responsables de testaferrato y enriquecimiento ilícito, dictándose en su contra el 8 de marzo de 1996 resolución de acusación por esos delitos. Apelada la decisión, un Fiscal Delegado de la entonces denominada Unidad ante el Tribunal Nacional la revocó parcialmente por testaferrato mediante la suya del 30 de agosto de 1996 (folio 56, cuaderno del Tribunal) y en su lugar ordenó la preclusión de la instrucción en favor de todos los procesados, entre los que se incluye la accionante.

En cuanto hace al delito de enriquecimiento ilícito, la decisión de segunda instancia la anuló y ordenó al Fiscal de primera instancia rehacer la actuación. En la parte motiva de ese pronunciamiento se anotó que el motivo de la anulación era no haberse indagado sobre tal delito a los acusados.

El 1 de diciembre de 1997 un Fiscal Regional de Cali calificó esa actuación con preclusión, favoreciendo entre otros procesados a Xenia Franco Rengifo. Consultada la decisión con la Unidad Delegada ante el Tribunal Nacional, un Fiscal adscrito a esa Unidad la revocó para dictar en su reemplazo resolución de acusación por el delito de enriquecimiento ilícito mediante providencia del 7 de mayo de 1999 (folio 91, cuaderno del Tribunal).

Del contraste de tales decisiones se deduce en la demanda la violación al derecho fundamental al debido proceso por la que solicita la prosperidad de la tutela. Señala que entre la primera decisión de la segunda instancia (30 de agosto de 1996) y la segunda de la misma sede (mayo 7 de 1999) no se aportaron nuevos elementos de juicio y no obstante ello, el mismo Fiscal que había decretado la preclusión respecto del delito de testaferrato, dictó resolución de acusación por enriquecimiento ilícito. Encuentra entonces que la calificación del mérito del sumario se sometió a un itinerario que desconoció la realidad probatoria y la preclusión decretada el 30 de agosto de 1996.

Adicionalmente señala que se violó el debido proceso al negársele el trámite del recurso de reposición que interpuso en contra de la decisión de segunda instancia que dispuso la resolución de acusación y la medida de aseguramiento. Indica la procedencia del recurso por tratarse de una decisión que se notificó, porque impuso una medida de aseguramiento, porque es un calificatorio y porque es una excepción a la regla del artículo 197 sobre la ejecutoria inmediata de las decisiones de segunda instancia.

También plantea violación al derecho a la igualdad. Lo hace surgir del contraste de la situación de otros procesados inicialmente vinculados a la misma actuación penal a la que esta ligada Xenia Franco Rengifo (los esposos Gómez Baquero), cuya instrucción fue separada y puesta a conocimiento de un Fiscal Regional de Medellín el que les precluyó la investigación. Apelada esa decisión por el Ministerio Público, un Fiscal Delegado de la Unidad ante el Tribunal Nacional la confirmó desechando el testimonio de Gloria Inés López Salazar y los informes de la Interpol (Policía Internacional) y el FBI (Federal Bureau Investigation), la misma prueba en la que se funda ahora la acusación a la actora.

Solicita que el fallo de tutela ordene precluir la investigación o en subsidio que le ordene al Fiscal tramitar el recurso de reposición interpuesto contra la resolución acusatoria.

Fallo de Primera Instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, D.C., mediante fallo del 9 de septiembre de 1999, declaró improce-

dente la acción de tutela invocada por el actor por dirigirse contra decisiones judiciales que no pueden ser revisadas por el Juez de tutela so pena de invadir competencias ajenas. Adicionalmente las actuaciones atacadas tienen sus propios medios de impugnación.

La Impugnación

El fallo fue impugnado por el apoderado inicial y sustentado el recurso por el apoderado suplente de la accionante. Señala como punto central de la inconformidad la inexistencia de otros mecanismos de carácter jurídico procesal que permitan reparar el agravio inferido a los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

Insiste en la procedencia del recurso de reposición contra la decisión que resuelve la segunda instancia con fundamento en la interpretación que hace del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal. Señala que no existen entonces recursos posibles y que no puede someterse a los resultados de un proceso sobre un pronunciamiento viciado de nulidad.

En cuanto hace al derecho a la igualdad insiste en las mismas argumentaciones esgrimidas con la presentación de la acción.

Consideraciones de la Corte

1. La vía natural que el Estado ha establecido para la protección de los derechos constitucionales y legales de sus asociados es el proceso; es al interior de tal mecanismo estatal que debe plantearse la protección de los derechos, fundamentales o no, de cada una de las partes involucradas en él. El Juez competente para cada caso específico está dotado por la Constitución y la Ley de los más diversos instrumentos de protección de los derechos y está, ante todo, legitimado para dispensar a cada cual el disfrute del derecho que le corresponda, o para imponer la pena a que haya lugar, ya sea que se trate de conflictos entre particulares; entre estos y el Estado o del simple ejercicio del poder sancionador de éste.

2. Dos son los propósitos claros de la acción de tutela que se invoca en favor de la señora Xenia Franco Rengifo. El primero, hacer prevalecer su criterio de interpretación del inciso 1° del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal.

En tal propósito la acción de tutela es improcedente, por cuanto precisamente para ese tipo de conflictos es que se han instituido los diferentes mecanismos de impugnación al interior de cada proceso en particular. Naturalmente que no puede limitarse el concepto de impugnación al de los recursos ordinarios, éstos son elementos de aquel concepto pero no son los únicos que lo integran.

Es una oportunidad de impugnación, en cuanto permite discutir la legalidad de la actuación de la Fiscalía, el traslado para preparación de la audiencia consagrado en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal. Allí se

puede plantear la misma discusión que se pretende solucionar por la extraordinaria vía de la tutela, pues la "comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso" es causal de nulidad tal como lo consagra el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

También se constituye en otra vía de defensa de la accionante, el trámite de la etapa del juicio, dentro del que tiene la oportunidad de plantear todos los debates (probatorios, procesales o sustanciales) que estime necesarios para la garantía de sus derechos. Es allí en el juicio, frente al Juez de la causa donde deben debatirse las posturas de la Fiscalía como acusadora y las de la defensa, en tal escenario pueden plantearse todas las objeciones que ésta tenga respecto de la actuación de aquella y será ese Juez, quien solucione el problema jurídico planteado.

Suficientes estas razones para reiterar la improcedencia de la acción.

El segundo propósito de la acción de tutela es obtener una declaratoria de violación del derecho a la igualdad por la supuesta diferencia en la solución del conflicto jurídico por parte de la misma Unidad de Fiscalía.

El servicio público de administración de justicia proporciona seguridad jurídica para los asociados a través de las decisiones de los Jueces. La consideración del antecedente es un aspecto de la seguridad jurídica que de ninguna manera resulta incompatible con un sistema jurídico que como el nacional se estructura sobre la legislación positiva.

La sociedad también se cohesiona alrededor de las decisiones de los Jueces, en la medida en que las respuestas otorgadas por la jurisdicción a determinados problemas jurídicos se mantengan dadas unas condiciones similares de la decisión y espera que cualquier cambio en la respuesta sea no-solo explícito sino debidamente razonado. Es deseable que las decisiones de los Jueces mantengan una coherencia conceptual que asegure a los asociados un razonable porcentaje de seguridad en el resultado de las decisiones que esperan.

Esa necesidad es mayor aún cuando se trata de decisiones adoptadas al interior de un mismo proceso. Ante la adopción de una decisión en un sentido específico, con el mismo material probatorio y frente a un problema jurídico concreto, la comunidad espera razonablemente que su contenido se mantenga.

Sin embargo de lo anterior, la naturaleza del derecho como ciencia social que es, implica que pocas veces pueda predicarse plena identidad frente a un problema concreto. Respecto a cada problema jurídico, a cada medio probatorio o a cada fuente formal pueden hallarse tantas respuestas razonablemente correctas como elementos del conjunto haya, sin que tal diferencia suponga la incorrección de esas soluciones.

En el caso concreto de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional (hoy ante la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C.) la adopción de una de las

decisiones que se reclama diferente por parte de la accionante fue tomada por un Fiscal distinto de aquel que la demanda reclama como idéntico precedente, lo que en sí mismo podría explicar razonablemente la supuesta diferencia alegada.

Pero más allá de esto, no es la tutela, un proceso brevísimo, preferente y sumario, el escenario idóneo para juzgar aspectos tan sutiles aunque delicados como el que plantea la accionante. No es posible establecer la supuesta desigualdad de las decisiones a partir de la simple comparación de ellas. Un juicio de tal tenor debe hacerlo el Juez competente que es el único que tiene a su disposición la totalidad de la actuación y la oportunidad natural y adecuada para estudiar todos y cada uno de los factores que componen cada uno de los procesos que conducen a las decisiones atacadas. Un juicio de tal tenor debe partir de la determinación de la existencia del antecedente e incluir la estimación de su certeza, la apreciación de su aplicabilidad al caso en el que se le reclama y valorar las consecuencias de ello.

Y aun en presencia de una situación de semejante talante, en este caso concreto se está delante de una actuación en curso, en la cual no se ha adoptado ninguna decisión definitiva y en la que por ende los sujetos procesales, la actora incluida, tienen medios de defensa para ejercer al interior de la actuación. Son los mismos que atrás se describieron.

Es por las anteriores razones que La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia del 9 de septiembre de 1999 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá D.C.,

2. En firme esta decisión, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll, Jorge E. Córdoba Poveda, Carlos A. Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Manrique Noguéz, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro O. Pérez Pinzón, Yesid Ramírez Bastidas.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (sin firma).

MECANISMO TRANSITORIO: Enriquecimiento sin causa. No se puede invocar el "enriquecimiento sin causa" del contradictor como generador de un perjuicio irremediable para quien solicita el amparo.

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*.

Radicación No. 6381.

Aprobado Acta No. 175.

VISTOS

Por impugnación del actor Juan José Zapata Osorno, conoce la Corte del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 23 de septiembre de 1999, por cuyo medio denegó, por improcedente, el amparo invocado a efecto de la protección de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y a la igualdad supuestamente conculcados por la titular del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bello, Antioquia.

ANTECEDENTES

1. Refiere el accionante en tutela que por virtud del proceso ordinario tramitado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bello, Antioquia, mediante el cual el Hospital San Juan de Dios de Santa Fe de Antioquia se proponía recuperar la titularidad de unos inmuebles enajenados indebidamente al demandado, Andrés Mariano Bedoya Serna, pactó de manera verbal con quien en definitiva apoderó a la parte actora, el abogado Carlos Mario Palacio, que la comisión del 40% acordado con el representante legal de la entidad -30% del valor comercial de los bienes y 10% a título de honorarios profesionales- en caso de prosperar el negocio, se lo repartirían por iguales partes, pues, en su poder -en el del tutelante-, reposaba la prueba que acreditaba la calidad de fideicomisario del Centro Asistencial sobre los mismos, conforme con el testamento otorgado por un sacerdote fallecido tiempo atrás.

Pues bien, falladas las pretensiones en favor de la institución demandante, el apoderado de ésta incumplió el convenio como quiera que avaluados los bienes en $800'000.000, el abogado hizo suyos como honorarios "*la*

bobadita de 288 millones de pesos" entregándole sólo a él -el accionante- un vehículo automotor estimado en $7'000.000, dinero en efectivo por $8'000.000 y un cheque por valor de $23'000.000 que rehusó recibir, dado lo irrisorio de estas sumas frente a lo realmente pactado, como con antelación se dejó indicado.

2. Así las cosas, hubo de demandar al citado profesional del derecho en proceso ordinario de mayor cuantía a fin de que cumpliera su obligación de pagarle como comisión $144'000.000, restando de esta cifra los 15 que había efectivamente recibido. Del asunto conoció el Juzgado 2° Civil del Circuito de Bello, despacho que luego de impartirle el trámite pertinente falló en su contra por estimar que carecía de legitimación en la causa por activa para reclamar frente al demandado, determinación que se vio precisado a impugnar; dicha apelación actualmente se surte ante el Superior.

No obstante, aquel diligenciamiento se manejó de manera irregular, aduce el accionante en tutela, pues no sólo se le negó la práctica de algunas pruebas de cuya conducencia no se puede dudar, sino que igualmente se cometieron actos acolitados por el Juzgado que pueden dar lugar a investigación penal y disciplinaria, como que el escrito inicial de contestación de la demanda fue objeto de mutación y con base en el segundo se falló, y como si lo anterior no bastara, se omitió dejar constancia acerca de las amenazas padecidas por testigos para que no declararan en contra del demandado, amén de las pruebas que se dejaron de valorar por haberse aportado en fotocopias sin autenticar.

Tales anomalías son constitutivas de vías de hecho que violan el derecho a la igualdad habida cuenta de la discriminación probatoria a la que se le sometió, e igualmente conculcadoras del debido proceso, razón por la cual el actor solicita la tutela a manera de mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable, como es permitir un *"enriquecimiento sin causa"* del accionado.

El fallo impugnado

Escuchados los descargos de la funcionaria accionada, en los que claramente deja sentado no haber cometido las irregularidades que el accionante le atribuye dentro del trámite procesal cuestionado habida cuenta que el mismo estuvo ceñido al marco de la legalidad, pudiendo inclusive el actor haber interpuesto los mecanismos de defensa que para el efecto establece el ordenamiento como los recursos, e invocar las nulidades pertinentes de así haberlo considerado, el Tribunal de tutela con fundamento en la naturaleza residual del recurso de amparo y, por sobre todo, en la ausencia de la vía de hecho argüida por el quejoso en relación con la actuación observada por la juez singular, declaró infundadas las anomalías denunciadas y por contera negó la protección deprecada *"por resultar totalmente improcedentes."*

La Impugnación

Diciendo impugnar "*respetuosamente*" pero lanzando epítetos contra quien considera lo engañó por no cumplir lo pactado, pretende a su manera el opugnador "*se haga justicia por los medios de la Ley*" en el entendido de que, procesalmente fue discriminado y dentro del trámite cuestionado se le permitieron al demandado "*maniobras fraudulentas*", que no es que hayan pasado desapercibidas para la Titular del Juzgado, sino que "*no las quiso anular*", las cuales dieron al traste con su pretensión, razón de ser de la tutela invocada.

Consideraciones de la Corte

Ni los pronunciamientos judiciales, ni las interpretaciones que del ordenamiento jurídico hace el funcionario judicial en su tarea de aplicar el derecho al caso concreto debatido, són actos, por lo general, susceptibles de ser demandados en sede de tutela so pretexto de la vulneración supuesta de derechos constitucionales fundamentales, ha venido sosteniendo esta Corte con reiterada insistencia, menos cuando la actuación judicial que se reprocha, como aquí acontece, aún se halla en curso.

El mejor mecanismo de protección de tales garantías, es el propio proceso catalogado de irregular en su desarrollo, y mal puede pretenderse que a expensas de postulados superiores que como la autonomía y la independencia funcionales gobiernan la actividad y estructura internas de la rama judicial, el juez constitucional interfiera en asuntos cuya solución le ha sido encomendada legalmente al juez ordinario. Como con acierto lo determinó el Tribunal de tutela, el carácter residual y subsidiario que el propio artículo 86 de la Carta Política le asigna al amparo constitucional, impide se le utilice para solventar todo tipo de conflictos, pudiendo sólo operar en aquellos eventos en que la ausencia de procedimientos para propender por la salvaguarda de esos derechos, se torne patente, habida consideración que su institucionalización no se proveyó para desquiciar los ya existentes.

En el evento *sub examine* cuenta el actor con los mecanismos idóneos y si se quiere de mayor eficacia que el propio instrumento tutelar, que la misma ley le brinda al interior del proceso para hacer valer sus derechos y procurar purgar de posibles vicios la actuación demandada, como con tino lo reseña la funcionaria acusada. Ni siquiera en el presente caso se le puede invocar a manera de mecanismo transitorio, que es a lo que en últimas se aspira, puesto que amén de no avizorarse vía de hecho alguna, de verdad que el "*enriquecimiento sin causa*" que pregona de su contradictor jamás puede constituir para él -para quien solicita el amparo-, perjuicio irremediable.

Ahora, si el accionante considera que dentro del proceso se ha incurrido en faltas disciplinarias o atentados a la ley penal sustantiva, bien puede acudir ante las autoridades competentes a denunciarlas. Se confirmará pues en su integridad, el fallo impugnado.

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:

CONFIRMAR el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme a las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

Remitir a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando Arboleda Ripoll. 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 (sin firma).

BIENES SUJETOS A INVESTIGACION PENAL: Gastos durante el período de inmovilización de automotores(parqueadero, multas, impuestos). La tutela es improcedente por existir un trámite específico establecido en el Código Contencioso Administrativo para resolver los litigios de responsabilidad del Estado por los hechos u omisiones de los servidores públicos cuando éstos en ejercicio de sus funciones ocasionan daños a los particulares, artículo 13 Decreto 2304 de 1989. / *Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo.* Se trata aquí del decomiso o retención sin causa justa de un bien productivo del cual el accionante derivaba ingresos para la subsistencia congrua de él y de su familia, y se parte del hecho cierto de que el accionante no tiene dinero para cubrir el costo del parqueadero, ya que su única fuente de ingresos era la que está decomisada. El despojo arbitrario e injustificado del elemento básico para laborar, como es el taxi, lleva inherente la vulneración del derecho fundamental al trabajo. El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 es perfectamente compatible con el caso sometido a estudio. / **FISCALIA GENERAL DE LA NACION:** 1. **Obligaciones frente a automotores retenidos.** *Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo.* La Fiscalía, a sabiendas de que no se ha previsto con anticipación un rubro en el presupuesto para el pago de los parqueaderos que ocupan los carros involucrados en asuntos penales, obliga a la utilización de éstos, con la particularidad de que en lugar de entenderse directamente con el propietario del parqueadero, hace surgir por la fuerza y sin que medie la voluntad del dueño de un vehículo, una relación de hecho, no jurídica y no contractual, entre éste y el parqueadero, al cual queda comprometido por el valor al que ascienda el tiempo de utilización del garaje. 2. Conciliación Extrajudicial. Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo. La "conciliación extrajudicial" que sugiere la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, no fue concebida para solucionar el conflicto con el dueño de cada carro en particular, sino para hacer frente a los propietarios de los parqueaderos que reclaman sumas que la Fiscalía les adeuda. Además, así fuere el caso, el accionante tampoco puede ser obligado a inmiscuirse en una conciliación, ya que él nada debe y por tanto, en este sentido, en nada tiene que transigir. Cualquier erogación que haga para recuperar su taxi constituye una carga que el Estado le impuso por fuera de la legalidad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón.*

Radicado No. 6389.

Aprobado Acta No. 181.

VISTOS

La Corte decide la impugnación interpuesta por Jhon Alexander Cuadrado Camelo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual se negó la acción de tutela interpuesta por el recurrente contra la Fiscalía 116 Seccional, la Oficina de Bienes de la misma entidad, la Policía Nacional y la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá, a quienes acusa de haber desconocido los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo y propiedad.

ANTECEDENTES

1. El 14 de enero de 1999 una patrulla de la Policía, a la altura de la Avenida 19 con carrera 24 en Santa Fe de Bogotá, le decomisó a Jhon Alexander Cuadrado Camelo el taxi de placas SCD-495, porque según Técnicos de la Sijín la plaqueta del motor era falsa y el número de la cabina se encontraba esmerilado. El vehículo en mención fue dejado a disposición de la Fiscalía.

2. La investigación le correspondió a la Fiscalía 116 Seccional de la Unidad Tercera de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, la que luego de practicar unas pruebas, el 18 de agosto de 1999 profirió resolución inhibitoria por haberse demostrado que la falsedad marcaria no existía, disponiéndose la entrega definitiva del automotor al acá accionante.

3. Refiere el demandante que luego de firmar el acta de entrega en la Fiscalía se presentó al parqueadero en donde se encontraba el vehículo, y allí el señor José Delio Castaño Gomez le exigió el pago de $5.000 pesos diarios para poder retirar el taxi, notando que éste tenía dañadas las chapas de las puertas, estaba golpeado, le faltaban algunas cosas y el motor no se encontraba en buenas condiciones.

No encuentra lógico ni equitativo que habiéndose inmovilizado el auto por más de ocho meses como consecuencia de una falla en el servicio de la Policía y la administración de justicia, tenga ahora él que pagar más de $3.500.000.oo por parqueadero, impuestos, multas y arreglos. Como esta situación se causó mientras el automotor estaba a disposición de la Fiscalía, él no debe responder porque la causa de los costos es atribuible al Estado únicamente.

Solicita al Juez de Tutela que se ordene hacerle entrega del taxi a paz y salvo por todo concepto, durante el tiempo que el vehículo estuvo vinculado a la investigación preliminar, pues con el proceder denunciado se le han desconocido los derechos al debido proceso, defensa, propiedad privada y trabajo, señalando como responsables de tal situación a la Fiscalía que co-

nóció de la actuación, la Oficina de Administración de Bienes de la Fiscalía, la Secretaría de Tránsito y la Policía Nacional de esta capital.

4. Las autoridades demandadas, señalaron al juez de tutela:

4.1. La Fiscal 116 Seccional envió un informe de los trámites que cumplió previamente a la orden que impartió para restituir al demandante el vehículo SCD-495.

4.2. La Oficina de Tránsito y Transporte hizo lo propio, advirtiendo que la acción de tutela no era procedente pues la reclamación se circunscribía a la obtención de una reparación, lo cual debe hacerse a través de la acción de reparación directa que debe ser promovida ante la jurisdicción contenciosa, conforme lo establece el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

4.3. La Dirección Administrativa de la Fiscalía hizo conocer su tarea a partir del momento en que le es puesto a disposición un vehículo inmovilizado, señalando que dicha dependencia no cuenta con partida presupuestal para pagar parqueadero a los vehículos vinculados a los procesos penales, debiéndose seguir el procedimiento de la conciliación administrativa en tales casos, entre la Fiscalía y los dueños de los establecimientos que cumplen tal función.

4.4. La Policía Metropolitana de la ciudad (vía fax) explicó la entrega que hizo del vehículo a la Fiscalía luego de la retención del vehículo.

5. La doctora Maritza Murcia Mora, invocando su condición de abogada de la Unión Temporal SEET, concesionario de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, responde la demanda de tutela expresando que es improcedente por cuanto que se está reclamando es el pago de perjuicios. No allega certificado de existencia y representación de la entidad por la que aboga, tampoco adjunta poder que la faculte para actuar en la condición señalada.

La sentencia del tribunal

El Tribunal no accedió a las peticiones del actor, con base en los siguientes argumentos:

1. El demandante acusa el procedimiento de las autoridades al inmovilizar el vehículo de su propiedad y entregárselo luego en condiciones que le ocasionan graves perjuicios económicos.

2. En el presente caso no ha resultado afectado derecho fundamental alguno, pues por más arbitraria que parezca la situación, sus repercusiones son de carácter patrimonial, lo que no es objeto de la tutela.

3. Se equivocó el accionante en la vía judicial elegida, pues ha debido acudir a la acción de reparación directa para que se le pague el daño que pudo habérsele ocasionado.

La Impugnación

Los motivos por los cuales recurrió el fallo de tutela el demandante, se pueden sintetizar así:

Insiste en que se le desconoció el derecho fundamental al trabajo, pues ese era el medio que tenía para obtener su subsistencia.

De otra parte la retención del vehículo es desde todo punto de vista ilegal, por eso las autoridades demandadas deben pagar y entregar el vehículo a paz y salvo.

Consideraciones de la Sala

1. La tutela es una acción subsidiaria y de naturaleza residual, por cuanto es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos individuales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, y el ordenamiento jurídico no ofrece al agraviado ninguna otra vía judicial de amparo, salvo que se proponga como mecanismo transitorio.

2. Los cuestionamientos que hace el actor buscan con la acción de tutela que a consecuencia de la actuación judicial en la que resultó vinculado el vehículo de placas SCD 495, el juez de tutela lo exonere de pagar el valor del parqueo del vehículo durante el tiempo que estuvo inmovilizado, así como también los costos generados por multas, impuestos y lo que valga la restauración del vehículo por los daños que éste presenta.

3. En este asunto no procede la acción de tutela interpuesta por Jhon Alexander Cuadrado Camelo, por cuanto que tiene otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos, toda vez que sus reclamaciones, según lo manifestado en la demanda de tutela y lo referido en el acápite anterior, debe hacerlas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, según lo establece el artículo 13 del Decreto 2304 de 1989. Pues existe un procedimiento específico establecido en el Código Contencioso Administrativo para resolver los litigios sobre la responsabilidad del Estado por los hechos u omisiones de los servidores públicos cuando éstos en ejercicio de sus funciones ocasionan daños a los particulares.

4. Las personas deben hacer valer sus derechos ante el juez natural, por los procedimientos judiciales previstos para ello, pues la acción de tutela tiene una naturaleza que le impide desconocer aquella competencia, además de que el debido proceso y la autonomía de los funcionarios judiciales son máximas que también gobiernan la actuación de los jueces de tutela.

5. Así el vehículo se haya ordenado entregar por hallarse conforme a derecho su titulación y circulación en el territorio nacional, no es la acción pública el medio para resolver lo planteado por el actor, como se reclama en la impugnación, por las razones que vienen de exponerse. Tampoco observa la Sala que las autoridades demandadas le estén desconociendo el derecho

al trabajo, lo que es razón suficiente para que no se justifique la acción inmediata del juez de tutela.

6. Los planteamientos que hizo en el trámite de la tutela la Doctora Maritza Murcia Mora como abogada de la Unión Temporal SEET no pueden ser atendidos, pues no fue demandada y su interés se limita a coadyuvar a la Oficina de Tránsito demandada, pero la misión que la peticionaria dice cumplir no puede sustraerse a los postulados que rigen el ejercicio de la profesión y el mandato judicial, lo cual no cumplió en esta oportunidad.

7. Lo dicho es suficiente para confirmar el fallo recurrido.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia impugnada.

2. En firme esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego (sin firma), *Fernando E. Arboleda Ripoll*, *Jorge E. Córdoba Poveda*, *Carlos A. Gálvez Argote*, *Edgar Lombana Trujillo* (Salvamento de voto), *Mario Manuilu Nougués*, *Carlos E. Mejía Escobar*, *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*, *Yesid Ramírez Bastidas*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria (sin firma).

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No 6389

Con mi acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria de la Sala, expreso mi disentimiento integral respecto de aquella, toda vez que las motivaciones en que se fundamenta, en mi modesto modo de entender el asunto, provienen de la interpretación exegética de algunas normas jurídicas, antes que de una verdadera hermenéutica, imprescindible en tratándose de la misión de garantizar el efectivo ejercicio de derechos fundamentales.

1. La sentencia del 26 de septiembre de 1999, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, que negó por improcedente la acción de tutela instaurada por el señor Jhon Alexander Cuadrado Carnelo, no ha debido confirmarse por la Sala de Casación Penal, toda vez que se fundamenta en tres aspectos básicos, que por la manera superflua y somera como fueron enunciados devienen en sofísticos, equívocos e impertinentes al caso concreto, con la que de ellos se hizo eco sin detenimiento alguno.

Los argumentos que sustentan los fallos del Tribunal y de la Corte consisten en: el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela; que no existe derecho fundamental afectado; y que se trata de un derecho exclusivamente patrimonial que puede ser perseguido por otras vías.

Contrario a lo sostenido por la mayoría, frente a la precaria situación real y concreta en que se encuentra el accionante, los conceptos que impidieron una decisión diferente no resultan adecuados, ni en derecho ni en justicia.

2. Si bien es cierto, la acción de tutela tiene por característica esencial ser subsidiaria y residual, el juez ante quien se invoca el amparo, debe valorar concienzuda y estrictamente en concreto, si los otros medios jurídicos de los que dispone el peticionario para abogar por sus derechos, son verdaderamente eficaces y tan efectivos como la misma tutela en cuanto a su garantía y protección.

Ese es el criterio reiterado innumerables veces por la Corte Constitucional, y cuyo análisis fue omitido tanto en el Tribunal como en la Corte, cuando de suyo implicaba una rigurosa confrontación.

El otro medio de defensa o recurso en pro de los derechos fundamentales, solo puede alegarse como impedimento para la procedencia del amparo que se solicita, cuando tal mecanismo alternativo tiene la misma entidad y eficacia que la acción de tutela para garantizar la vigencia permanente de los derechos fundamentales.

Si no se cuenta con un recurso o medio tan eficaz como la tutela, medio o recurso que debe apreciarse, se insiste, en las circunstancias personales y específicas en que se encuentre el accionante, entonces sí es procedente el amparo del derecho fundamental por parte de los jueces de tutela.

En Sentencia T-117/97, con ponencia del Honorable Magistrado Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional expresó:

> Sin embargo, el mecanismo de solución o alternativo debe ser "(...) idóneo para la efectiva, concreta e inmediata defensa del derecho constitucional fundamental objeto de la violación o amenaza[1]", ya que de lo contrario, la acción de tutela sería la llamada a prosperar para proteger el derecho fundamental solicitado. En los siguientes términos lo dijo la Corporación:
>
> *"(...) el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa y, en consecuencia, aún lográndose por otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía[2]".*

3. El señor Jhon Alexander Cuadrado Camelo, tiene francamente afectado el derecho fundamental al trabajo, pues la administración del parqueadero donde la Fiscalía envió el taxi de su propiedad, ejerciendo una especie de derecho de retención, se niega a entregar el carro, hasta tanto se le pague el valor adeudado.

La sentencia de la cual me aparto, reduciendo el problema a una estimación netamente monetaria y aislada, avala la tesis del Tribunal, cuando conmina al accionante a cancelar el costo del parqueo, a razón de cinco mil pesos la hora, desde el 14 de enero de 1999, hasta el día en que se produzca el pago. O bien, dice la sentencia, este agravio injustificado podría reclamarlo al Estado a través de la acción de reparación directa, contemplada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

Tal razonamiento nunca ha debido aplicarse, de memoria e impensadamente, frente al caso que nos ocupa. Aquí se trata del decomiso o retención sin causa justa de un bien productivo, el taxi Dacia de placas SCD 495, herramienta de trabajo de la cual el señor Cuadrado Camelo, derivaba

---

[1] Puede consultarse la Sentencia número T-533 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[2] Cfr. Sentencia número T-03 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

ingresos para la subsistencia congrua de él y de su familia, y se parte del hecho cierto de que él no tiene dinero para cubrir el costo del parqueadero, ya que su única fuente de ingresos era la que está decomisada.

Es decir, debido a una acción desafortunada de la Fiscalía, el señor Jhon Alexander Camelo Cuadrado, fue despojado de sus ingresos familiares, permanece en esta situación, y, según la Sala, debe continuar así, atado de manos y en perfecta indefensión, hasta que consiga la plata para pagar el parqueadero, que cada día cuesta más, ó hasta que se falle el también oneroso proceso contencioso administrativo.

Es insulso admitir que la acción de reparación directa ante los tribunales contencioso administrativos del país, es un medio jurídico eficaz e idóneo para que el propietario del taxi logre recuperar urgentemente su posibilidad de laborar y con ello vuelva a conseguir el sustento diario de su familia, cuando la experiencia enseña que, un proceso de tal naturaleza usualmente es prolongado y suele demorar mucho tiempo para ser definido. Este medio jurídico, frente al evento concreto y apremiante que aquí se relata es, a todas luces, inoperante, por lo cual es apresurado aceptarlo como tal.

4. La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, afirma que en este caso "no existe derecho fundamental en juego", expresión que fue refrendada por la Sala al sostener: "Tampoco se observa que las entidades demandadas le estén desconociendo el derecho al trabajo."

Nada más lejano de la realidad. Cabe preguntar si el despojo arbitrario e injustificado del elemento básico para laborar, como es el taxi del señor Cuadrado Camelo, lleva o no inherente la vulneración del derecho fundamental al trabajo. La respuesta es tan lógica que releva todo comentario adicional.

Por supuesto, el rango fundamental del derecho al trabajo se hace más palmario al discernir sobre el tema, en el sentido de que con el trabajo se consigue el dinero necesario para vivienda digna, alimentación, educación, salud, etc., motivo por el cual si se obstaculiza el primero, todos los que de él dependen quedan igualmente a la deriva.

Desconocer que el señor Jhon Alexander Cuadrado Camelo, está injustamente afectado en su derecho fundamental al trabajo, como lo hace la sentencia de la Sala, no puede explicarse sino en la errónea comprensión de la órbita constitucional de la institución jurídica de la tutela.

5. La Sala, igual que el Tribunal, redujo el problema por el que está atravesando la familia del señor Cuadrado Camelo, a la discusión sobre cuál es la persona o entidad que debe pagar una suma de dinero, equivalente al costo del parqueadero para que él pueda recuperar el taxi.

Sólo una apreciación sesgada del asunto permite tal visión insular y simplista, pues lo que para la Fiscalía y el dueño del parqueadero es una cifra exigua de dinero, para el señor Jhon Alexander Camelo Cuadrado, es un angustiante y mayúsculo problema, consistente ni más ni menos en que él,

como cabeza y responsable de familia, ha perdido su empleo y con él sus modestos ingresos, de donde se desprende que lo que aquí se debate no es un altercado económico, solucionable por otra vía, sino, precisa y esencialmente la vulneración de uno de los más importantes derechos del ser humano, como es su trabajo, con las inimaginables consecuencias negativas que su carencia genera.

Por ello, la exégesis no siempre es buena consejera en punto de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela; tan es así que el propio legislador y la Corte Constitucional, demandan la valoración concienzuda de la situación particular y concreta en la que se encuentre el ciudadano frente a las acciones u omisiones que le perturban en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

6. Sin embargo, no es extraño ni ajeno al tema de la acción de tutela que el amparo que se busque o se ordene consista en una suma de dinero, cuando en casos como el presente razones jurídicas lo hacen viable, no solo por justicia y equidad, sino por economía procesal. El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-543 del 1° de octubre de 1992, establece:

> Artículo 25. *Indemnizaciones y costas*. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado *si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho* así como el pago de las costas del proceso." (se destaca)

La previsión normativa es perfectamente compatible con el caso sometido a estudio, ya que para asegurar el goce efectivo del derecho a trabajar en el taxi, facultad que la Fiscalía conculcó al señor Jhon Alexander Cuadrado Camelo, dicho señor necesita una suma de dinero que ahora materialmente no tiene, y que mientras no la consiga, no siendo su deber, se verá obligado a permanecer en la privación de ese bien.

Una solución en tal sentido habría sido mucho más justa y menos prolongada en el tiempo que un costoso y complicado proceso por reparación directa ante la falla del servicio del Estado.

7. Pero, además, han debido ampararse los derechos fundamentales del accionante, en consideración a que la Fiscalía General de la Nación, a través de sus funcionarios judiciales y empleados encargados de administrar los bienes involucrados en procesos penales, incurrió en una verdadera vía de hecho frente al señor Cuadrado Camelo.

En efecto, según lo explicado por la propia Directora Seccional Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación, en oficio No. 004325 del 21 de septiembre de 1999, dicha Institución "no cuenta con partida

presupuestal que permita atender el pago de los servicios de parqueaderos de vehículos vinculados a procesos penales, y de conformidad con el concepto jurídico emitido por la Oficina Jurídica de la Entidad OJO 1204, el cual anexo el procedimiento a seguir es la conciliación administrativa."

La Fiscalía, a sabiendas de que no se ha previsto con anticipación un rubro en el presupuesto para el pago de los parqueaderos que ocupan los carros involucrados en asuntos penales, obliga a la utilización de éstos, con la particularidad de que en lugar de entenderse directamente con el propietario del parqueadero, hace surgir por la fuerza y sin que medie la voluntad del dueño de un vehículo, una relación de hecho, no jurídica y no contractual, entre éste y el parqueadero, al cual queda comprometido por el valor al que ascienda el tiempo de utilización del garaje.

En otras palabras, el señor Jhon Alexander Cuadrado Camelo, sin que mediara su voluntad y sin que fuera su deseo contratar, por disposición unilateral y arbitraria de la Fiscalía General de la Nación, resultó "deudor" del dueño del parqueadero situado en la calle 3ª. No. 8.95 de esta ciudad, quien le retiene el taxi hasta que le paguen el importe del servicio.

Se ha desconocido por entero nada menos que un principio rector del proceso penal, el de *gratuidad*, consagrado en el artículo 19 del estatuto adjetivo, según el cual "la actuación judicial no causará erogación alguna a quienes en ella intervienen", máxime si el señor Cuadrado Camelo, ninguna conducta ilícita cometió y no fue condenado a multas, pago de perjuicios o similares.

El Estado, por medio de sus administradores de justicia, impuso una fuerte carga al accionante, sin formula de juicio, sin procedimiento alguno y sin haber sido vencido en causa alguna. Esa fuerte carga no solo consiste, como ligeramente se ha entendido, en el precio del parqueadero por los días en que el carro permanezca inmovilizado, sino en la afectación del derecho a trabajar en el taxi de su propiedad.

Se ha roto el principio de *igualdad ante las cargas públicas*, generalmente aceptado en derecho público, pues la integridad patrimonial y la estabilidad laboral del señor Jhon Alexander Cuadrado Camelo, fueron abruptamente intervenidas y menguadas por una acción del Estado, que a la postre resultó constituir vía de hecho, de modo que ante esta evidencia se imponía el amparo de sus derechos, inmediatamente y por vía de tutela, puesto que, no hacerlo como lo decidió la Sala, genera la permanencia indefinida en esa situación de anormalidad, hasta que se defina un proceso contencioso administrativo, situación real y material que aniquila los derechos constitucionales al trabajo y a la propiedad sin ninguna razón valedera.

Esta actuación de la Fiscalía, que sin dificultad se percibe alejada de toda fuente de legalidad, constituye una vía de hecho, frente a la cual, al menos de manera transitoria ha debido ampararse el derecho del perjudicado, para que de inmediato cesaran los efectos de ese proceder antijurídico, nacido en el seno de un procedimiento penal.

No debe olvidarse que el perjuicio se ha incrementado ostensiblemente por cuanto la Fiscalía Seccional Ciento Dieciséis de Santa Fe de Bogotá, encargada de tramitar la preliminar radicada bajo el número 395380, infringió el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto dispone que la investigación previa cuando existe imputado conocido se realizará en el término máximo de dos (2) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de investigación o resolución inhibitoria.

La indagación preliminar en este evento rebasó con creces el término otorgado por la ley, a pesar de que la identificación plena del imputado fue conocida por la Fiscalía desde el momento mismo en que se inmovilizó el carro.

El conjunto de acciones y omisiones de la Fiscalía General de la Nación, a través de sus funcionarios judiciales y administrativos, constituye una vía de hecho, y por ende, la acción de tutela no es extraña a este asunto, por cuanto el agravio injustificado se materializó en varias decisiones de esta entidad, como la que ordenó la retención del vehículo, la que negó su entrega cuando fue requerida y la propia resolución del 18 de agosto de 1999, mediante la cual la Delegada se inhibió de abrir formal investigación y dispuso la entrega del vehículo, sin haber propuesto solución alguna para el problema latente.

8. Finalmente, en la lectura detenida del expediente se observa que la "conciliación extrajudicial", que sugiere la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, no fue concebida para solucionar el conflicto con el dueño de cada carro en particular, sino para hacer frente a los propietarios de los parqueaderos que reclaman sumas que la Fiscalía les adeuda.

Además, así fuere el caso, el señor Cuadrado Camelo, tampoco puede ser obligado a inmiscuirse en una conciliación, ya que él nada debe y por tanto, en este sentido, en nada tiene que transigir. Cualquier erogación que haga para recuperar su taxi constituye una carga que el Estado le impuso por fuera de la legalidad.

En este orden de ideas, se refleja evidente una vez más la inexistencia de otro medio idóneo para restablecer el derecho al trabajo vulnerado, y con ello claramente la necesidad de acceder al amparo solicitado, realidad palpable que inexplicablemente fue desatendida por la Colegiatura.

Cordialmente,

Edgar Lombana Trujillo, Magistrado.

(fecha *ut supra*).

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA: Competencia para resolver. Reafirma la improcedencia del amparo la carencia de fundamento en la crítica que por la presunta falta de competencia para negar el subrogado penal formula el tutelante a la sentencia de segundo grado, pues de conformidad con el artículo 68 del Código Penal, es al juzgador de primera, segunda o única instancia a quien corresponde suspender la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, y no a la autoridad administrativa, como él lo sugiere. Y si lo que pretende es obtener su libertad, dada su condición de condenado mediante sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75.1° del Código de Procedimiento Penal, debe dirigirse al correspondiente Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y no al juez de tutela, pues éste no puede arrogarse la competencia que por ley está atribuida a los jueces ordinarios.

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

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

Radicación No. 6439.

Aprobado Acta No. 186.

ASUNTO

Desatar la impugnación interpuesta por el accionante Jorge Enrique Castro Montoya contra el fallo de 21 de septiembre de esa anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, negó por improcedente la tutela de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso y libertad, presuntamente vulnerados por los Juzgados 48 Penal Municipal y 54 Penal del Circuito de la misma ciudad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Jorge Enrique Montoya Castro interpuso acción de tutela contra las sentencias de 18 de junio y 5 de agosto de la presente anualidad, mediante las cuales los Juzgados 48 Penal Municipal y 54 Penal del Circuito de Santa Fe

de Bogotá, lo condenaron a la pena principal de 22 meses y 23 días de prisión, como autor del delito de estafa.

Explicó el accionante que desde el 16 de diciembre de 1998 cuando terminó de purgar una pena impuesta por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, ha estado privado de la libertad por cuenta de la Fiscalía 148 Seccional y luego por el Juzgado 48 Penal Municipal de la misma ciudad.

Consideró que en el proceso adelantado en su contra le fueron vulnerados los derechos fundamentales por cuanto los juzgadores omitieron practicar algunas pruebas de vital importancia para el esclarecimiento de los hechos, y estudiar suficientemente el expediente para percatarse que, al haber cesado procedimiento por prescripción de la acción penal por el delito de tráfico de moneda falsificada, la competencia correspondía, por la cuantía del punible de estafa, a los Juzgados Penales Municipales, a donde fueron enviadas por el Juzgado Penal del Circuito, sólo antes de dictarse la sentencia anticipada solicitada por el procesado Montoya Castro.

En su sentir, los juzgadores de primera y segunda instancia vulneraron el debido proceso al incrementar la pena imponible, en razón a la cuantía establecida en el artículo 372 del Código Penal, pues el total de dólares objeto material del ilícito de estafa, no superaba el límite establecido en la citada norma.

Admitiendo haber sido responsable de los hechos por los que se profirió condena, explicó que su pretensión radica en que se modifique la pena imponible, excluyendo la agravación deducida por la cuantía (f. 4 c.o.).

El Fallo Recurrido

El Tribunal denegó la protección invocada, con fundamento en que la acción de tutela solo procede contra providencias judiciales cuando éstas constituyen vías de hecho, sin que sea posible su utilización para desautorizar la interpretación jurídica que en su momento expusieron los falladores de turno, pues ésta es producto de la facultad que le es propia, la que no está sujeta a control por vía de tutela, sino a través de los recursos establecidos en la legislación penal.

Carente de fundamento consideró la crítica que el accionante formula por el incremento de la sanción, pues como lo adujo el Juez 48 Penal Municipal, la foliatura informa que el monto de la estafa ascendía a la suma de dos millones de pesos ($2'000.000,oo), valor superior al límite -$1'534.833,oo- que debe tenerse en cuenta conforme al canon 372 del Código Penal, guarismo deducido en atención al monto del salario mínimo vigente para la época de los hechos, es decir, $81.510,oo, conforme al criterio expuesto por la Corte Constitucional.

Con fundamento en que la agravación de la pena por el factor cuantía se dedujo desde el acta de aceptación de cargos, y se mantuvo en los fallos de

primera y segunda instancia, el Tribunal descartó la vía de hecho que pregona el tutelante, reafirmando así la imposibilidad de controvertir, a través de un mecanismo residual como es la acción de amparo, la falta de competencia o el incremento de la sanción por parte de los jueces del proceso.

La Impugnación

El actor insistió en considerar irregular el incremento de la pena por parte de los juzgadores de primera y segunda instancia, pues de conformidad con el principio de favorabilidad, para establecer el tope de la cuantía prevista en el artículo 372 del Código Penal, debe tenerse como base el salario mínimo legal actual, es decir, $238.000,oo, y no el vigente para la época de ocurrencia de los hechos. Multiplicando esta suma por 18,83, se obtiene un total de $4'481.540,oo, suma superior a la cuantía del reato por el que se le condenó.

También cuestionó la negación del subrogado de la condena de ejecución condicional, por considerar que el Juez Penal del Circuito no era el competente para pronunciarse al respecto, sino la Junta de Evaluación del Tratamiento Progresivo, que por ley es la llamada a establecer si el condenado requiere o no tratamiento penitenciario.

Solicitó la revocatoria del fallo de primer grado, para que en su lugar se conceda el amparo y se ordene la corrección de la pena impuesta, y consecuentemente, la concesión de la libertad.

Consideraciones de la Corte

Como ha quedado expuesto, Jorge Enrique Montoya Castro fue condenado en primera y segunda instancia por los Juzgados 48 Penal Municipal y 54 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, a la pena principal de 22 meses y 23 días de prisión, como autor del delito de estafa, en cuantía de dos millones de pesos ($2'000.000,oo), suma que, como se estableció por los juzgadores de instancia, supera los 18,83 salarios mínimos vigentes para el momento de ocurrencia de los hechos, otorgando además, en atención a este factor objetivo, la competencia al Juzgado 54 Penal del Circuito para conocer de la apelación interpuesta contra el fallo de primer grado.

Acertada deviene en consecuencia la declaratoria de improsperidad del amparo, no sólo por pretenderse con este sumario instrumento la remoción de una sentencia que, al haber sido proferida por el juez natural con arreglo al trámite de terminación prematura del proceso, y revisada en su legalidad y fundamentos fácticos por el superior jerárquico, adquirió la fuerza de cosa juzgada, sino además, por pretender contraponer su particular y favorable criterio al expuesto por los falladores de instancia, quienes en forma razonada dedujeron el incremento punitivo a que se refiere el artículo 372 del Código Penal, sobre la cuantía del reato fijada en salarios mínimos vigentes para el momento de los hechos.

El agotamiento, por parte del procesado y su defensor, de los recursos ordinarios interpuestos contra las decisiones adversas que en el decurso de la actuación judicial se profirieron, incluida la sentencia, torna improcedente la revisión del fallo de segundo grado, invocada por el impugnante, pues de accederse a tal pretensión se pervertiría el debido proceso con un instrumento adicional a los mecanismos intrasistemáticos establecidos para prohijar los derechos fundamentales de las partes, lo que generaría inseguridad jurídica por la incertidumbre en la declaración del derecho sustancial, y el desconocimiento de la autonomía e independencia que en un Estado con la prefiguración constitucional del nuestro ostentan los administradores de justicia (arts. 228 y 230 de la Constitución Política).

Reafirma la improcedencia del amparo la carencia de fundamento en la crítica que por la presunta falta de competencia para negar el subrogado penal formula el tutelante a la sentencia de segundo grado, pues de conformidad con el artículo 68 del Código Penal, es al juzgador de primera, segunda o única instancia a quien corresponde suspender la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, y no a la autoridad administrativa, como él lo sugiere.

Y si lo que pretende es obtener su libertad, dada su condición de condenado mediante sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75.1° del Código de Procedimiento Penal, debe dirigirse al correspondiente Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y no al juez de tutela, pues éste no puede arrogarse la competencia que por ley está atribuida a los jueces ordinarios.

Demostrada como se halla la improcedencia de la acción de tutela instaurada contra una sentencia que por haber sido oportunamente recurrida, fue revisada y ratificada en su legalidad por el superior funcional, y cobró ejecutoria en legal forma, resultando de inobjetable acatamiento por todas las autoridades, incluido el juez de tutela, se confirmará la providencia objeto de impugnación.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo recurrido.

2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

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 (sin firma).

SEGURIDAD SOCIAL: Estratificación para registro en régimen subsidiado. La tutela no es el mecanismo adecuado para obtener el cambio de estratificación de la accionante, debiendo dirigirse para ese efecto, a la oficina correspondiente del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, que es el organismo facultado para resolver su petición. La negativa de la entidad a registrarla no es arbitrario, tiene fundamento en la falta de requisitos para pertenecer al régimen subsidiado.

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

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

Aprobada Acta No. 186.

Radicación No. 6443.

VISTOS

Decide la Sala la insustentada impugnación que presenta la señora Yolanda Bautista Angel en representación de su señora madre María Elisa Ángel de Bautista, contra la sentencia de fecha 29 de septiembre del presente año, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá negó la tutela del derecho a la seguridad social, la solidaridad y la dignidad de aquella, supuestamente lesionados por la Secretaría Distrital de Salud de esta ciudad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. - Demanda la libelista la protección de los derechos fundamentales de su señora madre, quien se encuentra incapacitada a raíz del cáncer que padece (carcinomatosis ABD con metástasis cervicales), y de ahí que agencie oficiosamente el reclamo de sus derechos, en cuanto, sostiene, le fue negada la atención por la Secretaría Distrital de Salud.

Relata que por virtud de la enfermedad que padece su señora madre, además, por no contar con los recursos económicos suficientes para sufragar sus costos, pues su sustento lo deriva de lavar ropas, acudió a la Secretaría de Salud con el objeto de que se le inscribiera en el régimen subsidiado y así lograr la atención gratuita del tratamiento de su enfermedad.

Mediante comunicación del 16 de septiembre de 1999, la Jefe del Área de Administración de Aseguramiento de la Secretaría de Salud, respondió lo siguiente:

"Al respecto me permito informarle, que en la base de datos oficial de esta Secretaría, comprobador de derechos aparece usted, a quien se le realizó la encuesta del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales, SISBEN, en la cual obtuvo un puntaje que la clasifica en un nivel de SISBEN 5, por lo que no es beneficiaria del subsidio en salud."

Inconforme con la estratificación, la hija de la actora acude a la acción de tutela, con el objeto de que se le permita el acceso a la red de salud subsidiada, que comprende los niveles 1 y 2 solamente, para que se le pueda costear el tratamiento y los exámenes que demanda la enfermedad.

Señala, igualmente, que por el estado de salud de su madre no puede esperar los 6 meses que, según se le informó, se requieren para realizar una nueva encuesta, lo que aunado a la falta de recursos para la atención médica y exámenes de laboratorio, constituye un serio atentado contra su vida.

2. - En el curso de esta tramitación constitucional, la Secretaria Distrital de Salud (E.) de Santa Fe de Bogotá, allega escrito del cual puede extractarse lo siguiente:

Advierte que no es una entidad que por virtud de las normas constitucionales o legales tenga el deber de prestar el servicio de salud, sino que su función es de control y vigilancia de quienes cumplen esa labor en el Distrito Capital.

Igualmente, que es parte de un engranaje para la aplicación del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), y que si bien es cierto hasta el año de 1998 fue la encargada de efectuar el proceso de evaluación, selección y nivelación de los aspirantes a gozar del régimen subsidiado, en el presente año esa función se la ha asignado al Departamento Administrativo de Planeación Distrital, al que debe solicitar la actualización de su puntaje.

Además, estima que por el hecho de que se le haya clasificado en un nivel en el cual no es beneficiaria de la prestación del servicio de salud bajo el régimen subsidiado, no está desamparada, pues puede ser atendida directamente en los hospitales públicos que tengan convenio con el Fondo Financiero Distrital de Salud, quienes igualmente procederán a efectuar un estudio "socioeconómico", para verificar la real posibilidad de pago y acceso al subsidio que requiere el ciudadano.

No obstante lo anterior, señala que la tutela debe declararse improcedente, pues es la propia ley la que señala los pasos para optar por la entrega de los subsidios en equitativa distribución del recurso social, lo cual no puede ser soslayado, cancelándolo a personas que no se encuentran dentro de los

niveles 1 y 2, so pena de incurrir en conductas que eventualmente pueden ser catalogadas como peculado por destinación oficial diferente.

3. - El Tribunal de primera instancia declaró improcedente el amparo propuesto, acogiendo como razonable y aceptable la argumentación presentada por la Secretaría de Salud, en la medida que no solamente la peticionaria no reúne los requisitos señalados para optar al subsidio estatal para el servicio de salud, según el estudio que se le hizo y que puede actualizar, sino que no se encuentra desamparada, pues cuenta con la posibilidad de acudir a la atención que prestan los hospitales públicos.

Así, estima que no habiéndose negado la atención en salud, sino delimitado las posibilidades de lograr el subsidio requerido; no se observa la vulneración de sus derechos constitucionales, por lo que el amparo es improcedente.

La Corte Considera

Si bien es cierto la acción de tutela la elevó el legislador constitucional a la condición de mecanismo de protección en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, lo cual genera, expectativas en torno a su eficacia genéricamente considerada, no pueda entenderse que sea la solución de toda la problemática social que se suscite en distintos campos.

En el caso concreto, la Secretaría de Salud ha presentado una serie de argumentaciones que guardan razonabilidad y coherencia con la negativa de autorizar la atención subsidiada de la actora y que permiten colegir que si bien es cierto se encuentra de por medio un derecho constitucional como lo es la salud, éste no se le afecta por la circunstancia de que, por el momento, no pueda acceder al régimen subsidiado, pues sencillamente no reúne los requisitos señalados en la ley para ese efecto, por cuanto fue clasificada en las encuestas y evaluaciones previas, dentro de un nivel que no lo permite, lo que motivó la queja de la hija de la actora, pues considera que con ello se le lesiona su derecho a la salud.

Esta aseveración deviene como imprecisa, en la medida que la negativa dada por la entidad accionada, es el resultado de la estratificación efectuada por el encuestador, que no es la entidad accionada, además de que la peticionaria no queda desamparada, en cuanto, como lo refiere la representante de la entidad, cuenta con la posibilidad de acceder al servicio que se presta por la red de hospitales públicos.

En tales condiciones, la intervención constitucional resulta improcedente, pues no aparece que por la acción o omisión del accionado se esté vulnerando el derecho a la salud de quien así lo propone, por intermedio de su representante.

Por último, no sobra anotar que pretendiéndose con la interposición de la acción de tutela que se clasifique a la señora Angel de Bautista en un estrato que le permita el acceso al subsidio, es menester ponerle de presente que la

tutela no es el mecanismo adecuado para ello, debiendo dirigirse, para ese efecto, a la oficina correspondiente del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, que es el organismo facultado para resolver su petición.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la decisión objeto de impugnación.

2. Ejecutoriada esta determinación remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando 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.

SERVICIO DE RADIO: Traslado de emisora por problemas de orden público. En el asunto *sub lite*, dos son las pretensiones que mueven al actor a invocar el amparo constitucional bajo la consideración equivocada de que se le dé un "tratamiento excepcional", dadas las condiciones adversas que en materia de orden público vive aquella comarca. La primera, la reubicación de los transmisores de la estación radiodifusora cuyo funcionamiento se autorizó en amplitud modulada -AM-, o en su defecto, el cambio de la modalidad de prestación del servicio a frecuencia modulada -FM-. En uno u otro evento, es menester precisar, existe regulación legal vigente, la cual en diversas oportunidades la accionada le ha hecho saber al actor, previa advertencia de las soluciones técnicas y jurídicas que caben darse sin desbordar el ordenamiento. La tutela es improcedente.

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

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

Aprobado Acta No. 186.

Radicación No. 6444.

VISTOS

Por impugnación del apoderado especial del accionante Jaime Arturo Herrera Afanador, conoce la Sala del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá el 4 de octubre de 1999, por cuyo medio denegó la tutela incoada a efecto de la protección de derechos constitucionales fundamentales supuestamente vulnerados por la titular del Ministerio de Comunicaciones.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Refiere el actor que por licencia de noviembre 25/82, el Ministerio de Comunicaciones lo autorizó para "*el montaje y construcción*" de una estación de radiodifusión sonora en amplitud modulada -AM- denominada "*Radio Sindamanoy*", con sede en Mocoa (Putumayo), radio-estación que dejó de operar por motivos de orden público en diciembre de 1998 cuando fueron destruidos por un grupo de sediciosos, gran parte de los equipos transmisores.

A consecuencia del boleteo y el chantaje hubo de abandonar la región, situación que no sólo le ha deparado dificultades económicas sino también amenazas a su vida y a la de los suyos, habiéndose quedado igualmente sin de dónde derivar el sustento familiar habida cuenta de la imposibilidad para ejercer el único oficio que conoce, el de comunicador social. Ante tal situación se vio precisado a solicitarle en varias ocasiones al Ministerio de Comunicaciones la *reubicación* de la mentada estación transmisora, lo cual sistemáticamente se le viene negando aduciéndose motivos de orden legal y técnico.

Dado el cuadro de inseguridad y de riesgo que en la actualidad afronta y que el Estado no controla ni garantiza, la necesidad de un tratamiento excepcional a su caso resulta imperiosa; para el efecto ha planteado diversas alternativas como fórmulas de solución, las cuales igualmente han sido desechadas. Como sus ruegos no han tenido eco, el actor solicita la tutela de los derechos fundamentales a la vida, honra y bienes; a la paz, libertad de locomoción, domicilio y al trabajo, para lo cual aspira se acceda a la reubicación demandada o, en su defecto, se disponga el cambio de banda de la emisora de amplitud modulada -AM- a frecuencia modulada -FM-.

Respuesta de la Parte Accionada

En el escrito de descargos la entidad demandada reitera la no viabilidad de las aspiraciones del actor, como ya se le había hecho saber al respondérsele los diversos derechos de petición que sobre el punto formuló, en la medida en que, desechadas por éste las diferentes opciones que se le presentaron como mecanismos posibles de solución, "*dentro de los parámetros técnicos y jurídicos existentes*", de accederse a la reubicación pretendida o al cambio de modalidad de la prestación del servicio adjudicado, resultaría el Ministerio actuando por fuera del marco de la legalidad que rige esta clase de asuntos.

El Fallo Impugnado

Atendidas las explicaciones de la señora Ministra del ramo, el Tribunal de tutela denegó las pretensiones del accionante en cuanto consideró no sólo la actuación de la entidad accionada ajustada a derecho, sino también inidóneo el amparo constitucional incoado dada la existencia de "*mecanismos para introducir algunas variaciones a la autorización vigente, sin hacerle perder sus supuestos mínimos esenciales.*"

La Impugnación

En la medida en que razones de orden técnico y de seguridad tornan "*impracticable*" la instalación de los transmisores en los lugares donde se puede garantizar su integridad -área urbana de Mocoa y Cerro "El Mirador"-, y como quiera que los problemas del actor y su familia no se le han resuelto de manera "*real y cierta*", su inconformidad con el fallo resulta patente, aduce el opugnador, pues, estando el Estado obligado a proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, así como el derecho al trabajo "*en condiciones*

dignas y justas", poco o nada ha hecho el Ministerio demandado para garantizarlos, lo cual no se consigue con "*papelitos*" o "*escritos*" como viene sucediendo con los varios pedidos de protección que para el actor y su familia ha solicitado la entidad a las autoridades de la región. "*Fingir el cumplimiento de la Ley no es cumplir la Ley. Y si el cumplimiento de la Ley implica el sacrificio de los derechos fundamentales del ciudadano, como acontece en el presente caso, de hecho se viola la Constitución y los derechos fundamentales del ciudadano*", concluye.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A expensas de que la propia autoridad pública infrinja la normatividad que le atribuye competencia para resolver los asuntos de su incumbencia, mal puede alegarse la violación de derechos constitucionales fundamentales si su actividad se encuentra ceñida a la juridicidad vigente.

En el asunto *sub lite*, dos son las pretensiones que mueven al actor a invocar el amparo constitucional bajo la consideración equivocada de que se le dé un "*tratamiento excepcional*", dadas las condiciones adversas que en materia de orden público vive aquella comarca. La primera, la reubicación de los transmisores de la estación radiodifusora cuyo funcionamiento se autorizó en amplitud modulada -AM-, o en su defecto, el cambio de la modalidad de prestación del servicio a frecuencia modulada -FM-. En uno u otro evento, es menester precisar, existe regulación legal vigente, la cual en diversas oportunidades la accionada le ha hecho saber al actor, previa advertencia de las soluciones técnicas y jurídicas que caben darse sin desbordar el ordenamiento.

Así, jurídicamente es posible la reubicación a la que se aspira en el Cerro "El mirador", pero técnicamente no, según el concepto de expertos, situación esta que el propio tutelante admite. Y aunque dicha instalación es factible llevarla a cabo "*fuera de la delimitación geográfica del municipio de Mocoa, para el cual se otorgó la concesión*", su cubrimiento debe abarcar "*el 100% del área urbana del municipio sede de la estación*" (Art. 1° de la Resolución 2482 de septiembre 15 de 1999 -Plan Técnico de Radiodifusión Sonora-, apartado 4.18.2), condiciones que el petente no acepta aduciendo razones de seguridad en la medida en que las autoridades del lugar no la garantizan.

Sobre este último punto es que el actor centra su atención al pretender se le autorice el funcionamiento de la emisora por fuera de la delimitación geográfica del municipio para el cual se concedió la respectiva licencia, situación no viable en su caso por cuanto las alternativas que presenta como eventualmente realizables, por no cubrir el 100% del área urbana de la localidad sede de la estación, es preciso someterla a licitación pública conforme con lo normado en el Art. 7° del decreto 1447 de agosto 30 de 1995, valga decir, en tal evento la selección del adjudicatario se hace mediante la denominada *gestión indirecta*, cuyos resultados se hacen depender de criterios objetivos previamente establecidos como requisitos en la misma ley.

Como bien lo advierte la Ministra de Comunicaciones, si el actor pretende el traslado de la emisora a un área de cubrimiento diferente a la cual se le otorgó la licencia, ello sólo es posible "*previo proceso de selección objetiva*", para lo cual es necesario demostrar además que cumple con los parámetros establecidos para el efecto en el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora, pues, el sistema de adjudicación denominada de *gestión directa* que en últimas es por cuya aplicación propende el actor a manera de "*tratamiento excepcional*", se halla regulada en función exclusiva de entidades públicas (Art. 2°, literal A del Dto. 1446/95).

Similar argumentación a la que viene de exponerse, cabe realizar en relación con el cambio de banda que pretende el censor, puesto que conforme con lo normado sobre la materia en la ley 80/93 y decretos 1900/90, y 1445 a 1447 de 1995, es menester ajustarse a los procedimientos allí establecidos y a los motivos allí señalados, no encontrándose dentro de dicha regulación las razones que el impugnante aduce como causas que tornen viable el tratamiento preferencial solicitado.

Por consiguiente, indemostrado como se tiene que la entidad accionada hubiese obrado de manera arbitraria o negligente, por el contrario, con presteza ha estado atenta a resolver en la medida de sus atribuciones legales, como con acierto lo determinó el juez constitucional cuyo fallo se cuestiona, las diversas inquietudes planteadas por el accionante presentándole inclusive alternativas viables que tiendan a solucionar las dificultades que dice afrontar, mal puede endilgársele violación alguna de garantías fundamentales habida consideración que con la debida observancia del ordenamiento jurídico vigente y dentro de la órbita de su competencia, ha encauzado su actuar, oficiando además a los organismos competentes para que velen por la seguridad personal del quejoso y su familia, que dicho sea de paso ni siquiera se encuentran radicados en la actualidad en la región donde afirma corre riesgo su vida. Bastan las consideraciones precedentes para que la Sala le imparta integral confirmación al fallo impugnado.

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

RESUELVE:

CONFIRMAR el fallo de fecha, origen, naturaleza y contenido indicados, conforme a las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.

REMITIR a la Corte Constitucional lo actuado para su eventual revisión.

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 Cuellar, Secretaria.

SEGURIDAD SOCIAL: Protección transitoria a quien ha perdido su calidad de beneficiaria. La entidad accionada suspende el tratamiento de la accionante ante el hecho de que la trabajadora al cambiar su afiliación de empleada a independiente, no incluyó como beneficiaria de seguridad social a la accionante. A pesar, de que inicialmente sí estaba afiliada. Se trata de una situación excepcional, que puede superarse en corto tiempo, la Sala, al tenor de las facultades conferidas al juez de tutela en el último inciso del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, considera que la atención se deberá prestar por el término de 2 meses, contados a partir del proferimiento de esta determinación, lapso en el cual tanto la actora como su hija deberán acudir al Régimen Subsidiado, para lograr la atención que demanda su estado de salud, salvo que en este período se llegue a un acuerdo entre éstas y el ISS en el sentido de incluirla como beneficiaria o como adicional si es del caso.

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

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda.*

Aprobado Acta No. 187.

Radicación No. 6483.

VISTOS

Por impugnación de la Gerente Seccional Cundinamarca y D.C. del ISS, han llegado las presentes diligencias a la Corporación, para conocer de la sentencia del pasado 8 de octubre, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá accedió a tutelar los derechos fundamentales a la vida, la seguridad social y la salud, vulnerados por la mencionada EPS invocados como transgredidos por Nerleida Cortes Villegas en representación de su señora madre Teresa del Carmen Villegas Cuadrado

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. - Los aspectos fácticos que ilustran la presente acción de tutela pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En calidad de empleada, la señora Nerleida Cortes Villegas fue afiliada en el mes de abril de 1997 al Instituto de los Seguros Sociales como Entidad

Prestadora del servicio de Salud, por la empresa Schlage Lock de Colombia S.A., en cuyo formulario (folio 6) señaló como beneficiarios a sus padres, Teresa del Carmen Villegas Cuadrado y Hernán Ramón Cortés Calvo.

En estas condiciones, ante el padecimiento de su señora madre de una enfermedad catalogada por los galenos del ISS como "insuficiencia renal crónica con causa desconocida" que la lleva a que tenga que efectuarse permanentemente un proceso de diálisis para evitar la contaminación de su organismo, fue remitida a la Cruz Roja para que allí se le prestó el servicio, el cual se lleva a cabo desde el mes de julio de 1997 ininterrumpidamente, debido a la evidente gravedad que implicaría la suspensión.

Posteriormente, ante el retiro de la empresa, en el mes de abril de 1999, se afilio como trabajadora independiente al ISS, pero como beneficiarios señaló a Luisa F. Cortes Villegas y Susana Cortes Schelner S., dejando a un lado a su señora madre, a quien no adicionó al contrato.

Por esta razón, el ISS libro comunicación a la Cruz Roja, con el objeto de que se le suspendiera el servicio, lo cual así se hizo a partir del 1° de septiembre del presente año.

2. Por ello, Nerleida Cortes Villegas interpone acción de tutela en representación de su madre, argumentando que la desatención que consecuencialmente conlleva la determinación del ISS, atenta seriamente contra su derecho a la vida, por lo que demanda la orden del juez constitucional para que se le siga atendiendo.

Adicionalmente solicita que, como medida provisional, se realicen las diálisis, pues el proceso de contaminación del organismo no aguarda la decisión de tutela.

3. El Tribunal Superior de Santafe de Bogota, en decisión del 5 de octubre de 1999, ordena como medida provisional que se le atienda en el servicio requerido por la accionante, debido a la clara y evidente situación de riesgo de su vida.

4. En el fallo correspondiente, la Corporación decide tutelar los derechos de la actora, considerando que los propios médicos del ISS recomendaron que el Tratamiento debía ser continuo, ante la extrema gravedad de la enfermedad que padece la paciente.

Señala el *a quo* que lo anterior obedece a los postulados de solidaridad y respeto a la dignidad humana, consagrados en la Carta Política, a la primacía de los principios éticos sobre los cuales se edifica el Estado social, a su categoría axiológica de orientarse a favor del débil y a la primacía de un derecho social fundamental, como la vida, sobre uno particular patrimonial.

Por tales razones ordena que en el termino máximo de 48 horas se proceda a autorizar los servicios médicos-hospitalarios que requiera, en procura de preservar la salud y evitar el riesgo de perder la vida.

5. Inconforme con la determinación, la Gerente Seccional de la EPS ISS la impugna, poniendo de presente que la señora Teresa del Carmen no se encuentra afiliada a la entidad.

Ello por cuando en el momento de efectuarse la segunda afiliación no fue inscrita ni como beneficiaria, ni como adicional. Luego el ISS, no esta obligado a la prestación del servicio.

Estima entonces la impugnante que cuando la trabajadora se afilió "simultáneamente nombró como beneficiarios a los hijos y a los padres incurrió en un acto irregular el cual debe ser investigado por las autoridades competentes. Así, cuando la información es "engañosa", de conformidad con el artículo 64 del Decreto 806 de 1998, la entidad se encuentra exonerada de darle cumplimiento a sus obligaciones.

De esta manera, no existiendo la relación contractual que acredite la obligatoriedad en la prestación del servicio, no puede ordenársele que atienda a quien no es beneficiario del mismo, en detrimento de quienes si están contribuyendo y aportando a la seguridad social. Lo cual, aclara, no puede entenderse como absoluta desprotección, ya que cuenta con la posibilidad de acudir a los regímenes subsidiados.

De otra parte, cuestiona el fallo en cuando no contempla hasta qué momento opera el deber de la entidad de atender a la supuesta afiliada, dejando en el aire una clara desventaja para la entidad, pues no recibe aporte alguno por este concepto.

Por estas razones demanda la revocatoria de la determinación de primera instancia.

La Corte Considera

Es bien sabido que la acción de tutela sustituye un idóneo mecanismo al alcance de los ciudadanos para obtener la protección de sus derechos constitucionales, cuando son objeto de lesión o sometidos a una amenaza inminente por la acción u omisión de cualquier autoridad publica o persona particular en los casos señalados en la ley siempre y cuando no se cuente con otro mecanismo de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso concreto, imperioso es colegir que se encuentra un derecho constitucional de por medio, como lo es la salud, el cual aun cuando no se encuentra en el catalogo de los fundamentales, por su estrecho vinculo con el de la vida, merece la misma protección, máxime en el caso concreto, donde la suspensión del tratamiento sería nefasto para la peticionaria.

Nuestra Carta, dentro del modelo de Estado por ella acogido consagra entre sus principios, tal como lo recoge la providencia apelada, el de respeto a la dignidad humana y el de solidaridad, al tenor del cual se debe responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o

la salud de las personas, principios que cobran particular relevancia cuando se trata de entidades encargadas de la prestación del servicio público de Seguridad Social y cuando, como en el evento que ocupa la atención de la Sala, esta de por medio el mas importante derecho fundamental, eje y sustento de todos los demás como es el de la vida que como tal, prevalece sobre el patrimonial, a lo que se debe agregar la situación de apremio de la actora, razones por las cuales las obligaciones de la entidad prestadora de salud deben hacerse extensivas.

Ahora bien, como se trata de una situación excepcional, que puede superarse en como tiempo, la Sala, al tenor de las facultades conferidas al juez de tutela en el ultimo inciso del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, considera que la atención se deberá prestar por el termino de 2 meses contados a partir del proferimiento de esta determinación, lapso en el cual tanto la actora como su hija, deberán acudir al Régimen Subsidiado, para lograr la atención que demanda su estado de salud, salvo que en este período se llegue a un acuerdo entre estas y el ISS en el sentido de incluirla como beneficiaria o como adicional si es del caso.

En orden a obtener una pronta atención de la actora, se dispone oficiar a la Secretaria de Salud de Santafe de Bogota, remitiéndole copia de esta decisión, para que tome las medidas tendientes a la inclusión de la señora Teresa del Carmen Villegas Cuadrado en el Régimen Subsidiado, con sujeción a las normas que regulan la materia.

Razones éstas para concluir que se confirmara la sentencia con la adición comentada.

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

RESUELVE:

1. Confirmar el fallo objeto de impugnación, adicionándolo en el sentido que el servicio -en los términos señalados por el Tribunal de Santa Fe de Bogota será por el término de dos (2) meses, contados a partir de la fecha salvo que se llegue a un acuerdo por parte del ISS EPS y la accionante en el sentido de incluirla como beneficiaria o adicional de la afiliada Nerleida Cortes Villegas.

2. Oficiar a la Secretaria de Salud de Santafe de Bogota, al tenor de lo dispuesto en la parte motiva.

3. En firme esta decisión remítase el asunto a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

4. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el articulo 30 del decreto 2591 de 1991.

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.

AGENCIA OFICIOSA: Personas indeterminadas. El tutelante carece de legitimidad para formular la reclamación constitucional en favor de los miembros de la comunidad del Barrio Cachimbero y Siete de Agosto del municipio de Soledad (Atlántico), por no ostentar su representación, ni estar acreditado que el número plural de personas afectadas con la contaminación ambiental que se denuncia, está en imposibilidad de asumir su propia defensa.

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

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

Radicación No. 6501.

Aprobado Acta No. 192.

I. Asunto

Desatar la impugnación interpuesta por Ramiro Angarita Martínez contra el fallo de 6 de octubre de esta anualidad, mediante el cual una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla denegó la tutela de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y a un ambiente sano, presuntamente vulnerados por la Alcaldesa Municipal de Soledad (Atlántico).

II. Fundamentos de la Acción

Invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, y a un ambiente sano, en favor de los habitantes del sector del Arroyo Padilla, ubicado entre las carreras 22ª y 22B con calles 9 y 13B del barrio Cachimbero y parte del barrio Siete de Agosto del municipio de Soledad, Ramiro Antonio Angarita Martínez manifestó que el cauce del referido arroyo ha sido convertido en un caudal de aguas negras con materias fecales que son arrojadas allí por algunos vecinos inescrupulosos que se niegan a conectarse a la red de alcantarillado que pasa frente a sus residencias, irrespetando los derechos ajenos y abusando al mismo tiempo de los propios.

Existen casas a la orilla del arroyo -agregó el actor-, donde las familias que allí habitan se encuentran seriamente amenazadas por el considerable

aumento del caudal de las aguas, que ya ha deteriorado pisos y paredes de algunos inmuebles, como el del señor Rubén, y ha mermado resistencia al poste ubicado en la carrera 22ª entre calles 12 y 10, el cual se encuentra a punto de caer.

Precisó que por la humedad del lugar, la maleza ha crecido notablemente, propiciando un hábitat para serpientes y ratas que pueden lesionar a las personas del lugar.

Atribuyó a la contaminación del sector, la propagación de epidemias e infecciones en la piel de los niños, producidas por las picaduras de los zancudos, y la proliferación de moscas por la cantidad de basuras que son arrojadas al cauce del arroyo.

Informó que en varias oportunidades han planteado la problemática anterior a la alcaldesa de Soledad, y a las Empresas Públicas Municipales, pero sólo han obtenido evasivas, por lo que se ven forzados a acudir a la acción de tutela como último mecanismo de protección.

Solicitó que se ordene a la Alcaldía erradicar el problema de aguas negras ilustrando y conminando a los vecinos del sector a utilizar el alcantarillado existente, y realizando el debido mantenimiento a las redes del alcantarillado. También que se realicen los trabajos de canalización y pavimentación del cauce del arroyo, de la calle 13B hasta la calle 9, por las carreras 22B y 22A.

III. El Fallo Recurrido

Sin referirse a la ilegitimidad del actor para formular la reclamación en favor de los moradores del Barrio Cachimbero y parte del Siete de Agosto, el Tribunal advirtió que de las pruebas recogidas, entre las que se encuentra el dictamen rendido por dos peritos del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, y demás pruebas documentales aportadas por el peticionario, no se evidencia la situación de amenaza a los derechos fundamentales del actor.

Precisó el Tribunal que el peticionario al plantear la posible vulneración de sus derechos fundamentales lo hace en términos abstractos, sin referencia específica a su salud o a la de sus hijos, y en cambio sí alude a la situación en concreto de algunos vecinos como Edgardo Gutiérrez, el señor Rubén, y en general, de los habitantes del sector cuyas viviendas se encuentran ubicadas a la orilla del arroyo.

Y aunque concluyó que el ambiente se encuentra contaminado en el sector al que se refiere el peticionario, el juez de instancia advirtió que esta circunstancia sólo habilitaría en principio a la comunidad para acudir a las acciones populares, lo que haría improcedente la tutela, a menos que se hubiera establecido el daño concreto a los derechos fundamentales del solicitante.

IV. La Impugnación

El actor precisó que el problema de las aguas negras sí lo afecta en forma directa, pues aquellas corren frente a su residencia, obligándolos a él y a su familia, a soportar olores nauseabundos.

Esta situación -agregó el impugnante-, ha ocasionado gripas constantes y picaduras de mosquitos a sus menores hijas, una de las cuales, junto con su sobrina Dizzat Angarita, presentan erupciones en la piel.

El crecimiento de la maleza en el sector también lo afecta directamente, pues en un hábitat propicio para ratas, que por la noche se pasean libremente por su residencia, constituyendo, por los virus que transportan, una constante amenaza para su salud y la de Claudia, su hija menor.

Destacó que el agrietamiento de pisos y paredes de algunas viviendas, afecta a su familia, pues sus menores hijas para ir al colegio tienen que transitar diariamente por el andén de la vivienda del señor RUBEN, una de cuyas paredes amenaza con derrumbarse.

V. Consideraciones de la Corte

Tal como se destacó al resumir el fallo objeto de impugnación, por no ostentar la representación de los miembros de la comunidad del Barrio Cachimbero y Siete de Agosto del municipio de Soledad (Atlántico), ni estar acreditado que el número plural de personas afectadas con la contaminación ambiental que se denuncia, está en imposibilidad de asumir su propia defensa, el tutelante carece de legitimidad para formular la reclamación constitucional en favor de aquellos.

Sentada esa premisa, la instauración de las acciones populares a que el Tribunal hizo referencia destacando el carácter residual de la acción de amparo, constituye argumento adicional válido para declarar la improsperidad de la acción de tutela instaurada, se reitera, para demandar la adopción, por parte de las autoridades municipales, de las medidas sanitarias y de higiene ambiental tendientes a contrarrestar el peligro común que para la salud de los habitantes del Sector del Arroyo Padilla se denuncia.

Sin embargo, como el peticionario en la reclamación refiere en forma genérica que los hechos noticiados constituyen una amenaza para su salud y la de los miembros de su familia, en especial de sus menores hijas, resulta procedente el estudio emprendido por el Tribunal para afirmar o descartar la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del tutelante, máxime si se tiene en cuenta que en el escrito de impugnación afirma que la contaminación con aguas residuales, el aumento de la maleza y la falta de canalización del arroyo, sí le afectan directamente.

Al respecto, ha de reiterarse que los derechos a la salud y a un ambiente sano advienen susceptibles de protección por vía de tutela sólo indirectamente, cuando por conexidad su vulneración constituya una inminente

amenaza para la vida del peticionario o de sus menores hijas, aspecto que, aun resultando probable por las consecuencias patológicas que acarrearía la exposición constante a un ambiente inficionado como el descrito por el accionante, ya estaría siendo contrarrestado con las medidas recientemente adoptadas por las autoridades municipales, y de las cuales da cuenta la Asesora Externa de la Alcaldía Municipal de Soledad.

Mediante comunicación remitida en respuesta a la demanda de tutela, la aludida funcionaria informa que en atención a solicitud efectuada por la alcaldesa municipal, la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios iniciará próximamente "los mantenimientos requeridos por las tuberías del alcantarillado", y se establecerá "la programación periódica para los mantenimientos preventivos a las redes". La misma empresa también conminó "a los usuarios de los servicios públicos, a efectuar la conexión de sus instalaciones sanitarias a sus respectivas acometidas, para lo cual se les dio un plazo de (30) días", y se les hizo las advertencias de ley a los infractores de las normas de saneamiento ambiental, para que en adelante no viertan las aguas servidas al arroyo Padilla y se conecten a las redes del alcantarillado (fls. 73 y 74).

En desarrollo de la gestión anunciada, la Administración Municipal suscribió un contrato de obras públicas con el señor Alejandro Jiménez Cera, "para el suministro e instalación de tuberías de alcantarillado y trabajos en el sector", acuerdo que, según se explica en la aludida comunicación escrita, comprende el mantenimiento y revisión periódica de las redes de alcantarillado".

También se indicó que las obras de canalización y pavimentación requeridas en el sector del arroyo Padilla ya tienen concepto favorable de la Secretaría de Obras Públicas, se encuentran proyectadas, y fueron presentadas a la burgomaestre para que de acuerdo a las necesidades de la comunidad, al plan de inversión, y al presupuesto correspondiente, se lleven a cabo en la vigencia del año 2.000, pues el rubro presupuestal del presente año se encuentra agotado (fl. 74).

Como puede verse, de parte de la administración municipal se están ejecutando las acciones pertinentes para precaver la contaminación ambiental a que el peticionario atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales, descartándose por ende la omisión caprichosa o arbitraria que deba ser corregida por vía de tutela.

El poste y la pared que según el actor amenazan con derrumbarse, se encuentran distantes de su residencia, lo que excluye el peligro directo e inminente a que hace referencia, y por ende, su control por vía de tutela. Además, para solucionar esa específica situación, el peticionario, o cualquier interesado, puede instaurar las acciones policivas establecidas en el Código de la materia.

Como de las premisas anteriores emerge con claridad la improsperidad de la protección constitucional invocada, se confirmará la providencia objeto de impugnación.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo recurrido.

2. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional, una vez en firme esta providencia, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD EN TUTELA: Rechazo con apariencia de sentencia. Presentada la demanda de tutela lo primero que debe hacer el funcionario a quien le corresponda es determinar si debe admitirse, tramitarse y decidirse de fondo, o si debe ser rechazada. Si la conclusión es esta última, el pronunciamiento tiene que producirse de inmediato y no admite apelación, como se dijo antes. Además, el expediente no debe remitirse a la Corte Consitucional pues no se decidió de fondo la acción y por lo tanto no existe ninguna sentencia para revisar. La primera instancia, en efecto, aparte de considerar que los demandantes carecían de legitimidad para reclamar por la violación del derecho a la dignidad de sus parientes, no se pronunció de ninguna forma en relación con el reclamo que efectuaron en torno a la afectación de su derecho de visita. A juicio de la Sala, en consecuencia, se trataba de un asunto sobre el cual era indispensable que se pronunciara de fondo el Tribunal Superior. Y como no lo hizo y como formalmente dictó sentencia, procede la declaración de nulidad a partir de la determinación impugnada, para que el pronunciamiento omitido se produzca con arreglo a la estructura del debido proceso.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogota, D.C., diciembre tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado ponente: *Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar.*

Aprobado Acta No. 193.

Radicación No. 6541.

Vistos

Resolver el recurso de apelación interpuesto por varios de los demandantes, en contra de la providencia de octubre 20 de 1999, mediante la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva decidió "rechazar por falta de legitimidad" la acción de tutela que se dirigió en contra del Director de la Cartel Distrital de Neiva.

La acción de tutela y la providencia apelada

Numerosos internos e internas de la Cartel Distrital de Neiva reclamaron por el hecho de que a las mujeres que vienen a visitarlos se les esta violando el derecho fundamental a la dignidad. Madres, esposas, hermanas e hijas dicen-son sometidas a requisas denigrantes, las cuales van desde hacerlas

desvestir hasta la observación de sus genitales. Y agregan que por dicha razón sus parientes les dijeron que no volverían a visitarlos, de lo cual igualmente se quejaron en el libelo.

Para el Tribunal la demanda fue presentada par los reclusos en representación de terceras personas, por lo que sin ningún tipo de estudio, debido a la falta de legitimidad de los accionantes, decidió el rechazo de la acción.

Dos internos representantes de derechos humanos de la Cárcel apelaron la decisión sin ningún tipo de sustentación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La decisión que rechaza la acción de tutela es de naturaleza interlocutoria y por lo mismo no admite el recurso de apelación, pues tal medio de impugnación -como en forma reiterada lo ha sostenido la Sala- solo fue previsto dentro del proceso de tutela en contra de los fallos de fondo, como se deriva del artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

Presentada la demanda de tutela lo primero que debe haber el funcionario a quien le corresponda es determinar si debe admitirse, tramitarse y decidirse de fondo, o si debe ser rechazada. Si la conclusión es esta ultima, el pronunciamiento tiene que producirse de inmediato y no admite apelación, como se dijo antes. Además, el expediente no debe remitirse a la Corte Constitucional pues no se decidió de fondo la acción y por lo tanto no existe ninguna sentencia para revisar.

En el presente caso el Tribunal de Neiva no solamente esperó al momento procesal de dictar sentencia para rechazar la acción, sino que a dicha determinación, de naturaleza interlocutoria, le incorporo disposiciones que formalmente le dan la apariencia de fallo, como haber ordenado la remisión del proceso a la Corte Constitucional e inclusive haber concedido el presente recurso de apelación. Una decisión de esa manera concebida carece de identidad. En su forma y por la oportunidad en la que fue dictada corresponde a una tipología y por su contenido a otra.

En las circunstancias anotadas la conclusión es, entonces, que la decisión adoptada es formalmente un fallo, que no resolvió de fondo ninguna de las cuestiones planteadas en la demanda, en particular Tina de ellas referida a un derecho propio de los accionantes.

La primera instancia, en efecto, aparte de considerar que los demandantes carecían de legitimidad para reclamar por la violación del derecho a la dignidad de sus parientes, no se pronuncio de ninguna forma en relación con el reclamo que efectuaron en torno a la afectación de su derecho de visita. Este puede ser violado en forma directa por las autoridades carcelarias cuando se impide que la visita se produzca, o en forma indirecta cuando la no visita se deriva del trato indigno o denigrante a los visitantes, que los conduce a dejar de realizar las visitas.

Esa segunda hipótesis fue planteada por los accionantes y sin duda alguna constituye un reclamo hecho ante el Juez de tutela por la posible violación de un derecho fundamental propio. A juicio de la Sala, en consecuencia, se trataba de un asunto sobre el cual era indispensable que se pronunciara de fondo el Tribunal Superior. Y como no lo hizo y como formalmente dicto sentencia, procede la declaración de nulidad a partir de la determinación impugnada, para que el pronunciamiento omitido se produzca con arreglo a la estructura del debido proceso.

Debe advertir la Sala que cuando en una misma demanda se presentan distintos reclamos de violación de derechos fundamentales, si frente a alguno o algunos de ellas debe producirse pronunciamiento de fondo como sucede en el caso que aquí se examina-nada impide que la sentencia, aparte de decidir sobre sin objeto, contenga la decisión de rechazar la acción frente a los restantes reclamos. En tal caso el fallo contiene una determinación interlocutoria que de todas maneras conserva su condición de inapelable.

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

RESUELVE:

1°. DECLARAR la nulidad de lo actuado a partir de la providencia apelada, para que el Tribunal Superior de Neiva proceda nuevamente a dictar sentencia en relación con la totalidad de reclamos hechos en la demanda de tutela

2°. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IPS: Reembolso por costo de tratamiento médico en enfermedades de alto costo. La IPS presta un servicio público esencial, en condición de contratista de la EPS y se encuentra limitada por aquella relación contractual. Sin embargo, ante la afectación del derecho a la vida y la integridad de la accionante, consideró la Corte que si la IPS se había ofrecido a reembolsar los costos a la paciente, no tiene ningún sentido negarle un servicio que hace parte del convenio suscrito con la EPS. Respecto al sobre costo a que alude la IPS accionada, ésta podrá volver contra la EPS o la entidad que de acuerdo con la ley deba asumirlo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogota, D.C., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: *Nilson E. Pinilla Pinilla.*

Aprobado Acta No. 194.

Radicación No. 6545.

ASUNTO

Por impugnación interpuesta por María Cristina Velasco Pinto y Gerson Giovanni Paris Salazar, en su condición de directora administrativa y director de Servicios Médicos Integrales Ltda., IPS, MIS, conoce la Corte del fallo de fecha 25 de octubre del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de Cúcuta, accedió a tutelar los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la salud de María del Rosario Rubio de Angarita. En consecuencia de lo anterior, le ordeno a la IPS en mención que dentro del termino de un mes contado a partir de la notificación del fallo, para que una vez establezca el lugar del país donde se le practicara la cirugía que requiere; a peticionaria, provea los gastos necesarios de transporte, alojamiento, costos de la intervención que involucra el suministro de "los tubos de iones". Declaro también que la entidad podrá repetir lo erogado en cumplimiento de la orden de tutela, contra el Fondo de Solidaridad y Garantías del Sistema de Seguridad Social Integral en Salud.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

María del Rosario Rubio de Angarita es pensionada de la Caja Nacional de Previsión, estando afiliada al Plan Obligatorio de Salud "POS" de la

misma Entidad Promotora de Salud para la Seccional del Norte de Santander.

El 17 de agosto del año en curso, el oftalmólogo Jairo Peñaranda Gómez diagnostico que la afiliada Rubio de Angarita, requiere con urgencia, la cirugía denominada "CONJUNTIVODACRIOCISTORRINOSTOMIA" con implantación de "TUBOS DE IONES" en ojo derecho, en tanto presenta alto riesgo de infección del saco lagrimal, aspecto frente al cual el doctor Gerson Giovanni Paris Salazar, director de Servicios Médicos Integrales Ltda. IPS, de Cúcuta en carta del 7 de septiembre siguiente le informo a la paciente que el procedimiento quirúrgico solicitado no se realiza en aquella ciudad, pudiendo practicárselo por su cuenta y el costo le será reembolsado una vez presente la respectiva cuenta de cobro, lo que no ocurrirá con los tubos de iones que se encuentran fuera del POS, de manera que la EPS, no lo cubrirá (fls. 4 y 5).

El 11 de octubre hogaño, la señora Rubio de Angarita presentó tutela en protección a su derecho fundamental a la salud, garantía que estima amenazada por la Caja Nacional de Previsión EPS para la Seccional de Cúcuta en la medida que ella carece de recursos económicos que le permitan sufragar el costo del procedimiento que requiere, lo cual implica pasajes y estadía en otra ciudad (Santa Fe de Bogotá, según el Director de la IPS.), estando de por medio la perdida de su visión, toda vez que su único medio de subsistencia es la mesada pensional. Pide que por efecto del amparo constitucional se ordene a la EPS accionada que proceda de acuerdo con sus planteamientos (fls. 1 a 3).

Actuación y el Fallo Impugnado

Del inicio de la tutela fueron notificados los doctores Ángel María Pérez Lozano y Gerson Giovanni Paris Salazar, en su condición de directores de la Caja Nacional de Previsión EPS y de Servicios Médicos Integrales Ltda. IPS, MIS, ambos de la ciudad de Cúcuta, informando el medico Paris Salazar que la entidad a su cargo no le negó la atención medica a la accionante, sino que le comunico que la cirugía no se realizaba en esa ciudad por lo que podía costear el procedimiento por su cuenta, para posteriormente reembolsarle los gastos, a la vez que "se le informo que la colocación de los tubos de iones estaba fuera del POS por lo cual no podíamos reembolsarle (nuestro contrato con CAJANAL EPS es únicamente lo contemplado en el POS)". (fl. 20).

Al decidir el amparo propuesto, el Tribunal considero que estando de por medio la salud en su conexidad con la calidad de vida de la peticionaria, resulta improcedente que la IPS sin valorar que el único medio de subsistencia de la afiliada, es su mesada pensional, la coloque en el trabajo de desplazarse a otra ciudad del país, tal vez con acompañante, alojamiento, identificar la clínica u hospital que practique la cirugía, tiempo de estadía, y, además que por su cuenta asuma el costo de los tubos de iones requeridos para el procedimiento, de manera que en protección a sus derechos fundamentales, dispuso que sea esta entidad la que se encargue de lo anterior, pudiendo repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías del Sistema de

Seguridad Social en Salud por el costo de los implementos que no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Impartió entonces las ordenes a que se hizo alusión al comienzo (fls. 93 a 102).

La Impugnación

Los recurrentes piden que se adecue la providencia apelada a las pretensiones de la actora y a las consideraciones por ellas expuestas, las cuales consisten en que el Tribunal advirtió que la accionante solicita el amparo de su derecho fundamental a la salud, amenazado por la Caja Nacional de Previsión EPS, entidad que afilio a la peticionaria, y, sin embargo, concluyo que es la IPS la que debe establecer en cuales centros clínicos del país se practica la cirugía solicitada, sus costos y demás gastos de desplazamiento, sin tener en cuenta que si bien comunicó a la paciente que la cirugía no la practicaban en Cúcuta y que no era posible suministrar los tubos de tones en consideración a que están por fuera del POS, lo hizo precisamente en razón de que es la EPS la que establece los parámetros respecto de la relación contractual entre ellas existentes, preguntándose que ningún sentido tendría negar un procedimiento medico, si el mismo esta autorizado por la Caja Nacional de Previsión, pero también cuales serian las consecuencias que tendría la IPS si autoriza un servicio medico por fuera del contrato establecido.

Manifiestan que el Tribunal no tuvo en cuenta el parágrafo del artículo 2° del Capítulo I de la resolución 5261 emanada del Ministerio de Salud mediante la cual se determina el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de salud, disposición que establece que "los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria", no siendo aplicable ninguna de estas excepciones al caso de la paciente Rubio de Angarita, además, no aprecio que la parte final de la disposición comentada señala que "cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada EPS"; en la situación estudiada, la Caja de Previsión Social es la entidad que tiene relación con la afiliada, de ahí la afirmación de la actora que es esta entidad la que supuestamente había atentado contra sus derechos fundamentales (fls. 107 y 108).

Consideraciones de la Corte

1. La acción de tutela es un medio de defensa judicial de los derechos fundamentales, establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, cuando aquellos resulten lesionados o amenazados por las autoridades publicas o por los particulares, en las situaciones previstas por la ley, que se caracteriza por su carácter subsidiario y residual, razón por la cual solo procede cuando no existe otro mecanismo de protección, o para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso es viable el amparo como mecanismo transitorio.

Tratándose de derechos como la salud o la seguridad social, que pretende la actora le sean amparados a través de este medio de amparo judicial, será procedente la tutela cuando estén en conexidad con un derecho fundamental, como el de la vida o la integridad, siempre y cuando no se trate de resolver aspectos contractuales, pues para ello existen otros mecanismos de protección.

2. En el caso de la especie, quedó demostrado que María del Rosario Rubio de Angarita es pensionada con afiliación al Plan Obligatorio de Salud a cargo de la Caja Nacional de Previsión EPS, que por intermedio de Servicios Médicos Integrales Ltda., MIS, de la ciudad de Cúcuta, la viene atendiendo; Con fecha 17 de agosto del presente año, el oftalmólogo Jairo Peñaranda Gómez, médico tratante, diagnostico que la afiliada necesita ser remitida lo mas pronto posible para que se le practique el procedimiento quirúrgico "CONJUNTIVODACRIOCISTORRINOSTOMIA", con implantación de tubos de iones en el ojo derecho, en la medida que presenta alto riesgo de infección del saco lagrimal.

3. Es claro para la Corte que lo dicho por el médico especialista, quien ha venido atendiendo a la paciente Rubio de Angarita en razón de su padecimiento y ordeno el procedimiento en cuestión, para evitar mayores deterioros en su salud y para restablecer su calidad de vida, juega papel primordial en la definición de este asunto, aparte de interpretar si las restricciones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud se imponen sobre la situación especifica de la accionante, quien como quedó demostrado, de acuerdo con información del especialista tratante, padece de una enfermedad que implica un tratamiento médico inmediato, que de no proveérsele deterioraría su salud y expondría su calidad de vida.

4. La IPS, Servicios Médicos Integrales Ltda., MIS, de la ciudad de Cúcuta no rehúsa asumir los costos del procedimiento quirúrgico requerido por la señora Rubio de Angarita, ello en el entendido que esta incluido dentro de la relación contractual que mantiene con la Caja Nacional de Previsión EPS, y por supuesto en el POS., de manera que su director, médico Gerson Giovanni París Salazar, informo a la afiliada, al Tribunal y así lo reitera en la impugnación que no lo negó sino que en razón de que no se practica en aquella ciudad le propuso la alternativa que se lo hiciera y que presentada la cuenta de cobro correspondiente, reembolsará los gastos de la intervención.

El amparo entonces resulta, en este caso concreto, extensivo a Servicios Médicos Integrales Ltda., MIS, IPS, en consideración a que esta institución presta un servicio publico esencial (la salud), lo hace en su condición de contratista de la Caja Nacional de Previsión EPS, limitada por aquella relación contractual que de acuerdo con la información acopiada incluye la cirugía que la afiliada Rubio de Angarita requiere, razón por la cual si la entidad recurrente, como quedo visto, ofreció reembolsar los costos a la paciente, en el supuesto que ningún sentido tiene negarle un servicio que hace parte del convenio suscrito con la EPS, no resulta procedente modificar el fallo en lo

relativo a la orden para que asuma el procedimiento quirúrgico que diagnostico uno de sus médicos, incluido el suministro de los Tubos de Iones.

En relación con el sobrecosto a que alude la IPS accionada, podrá repetir contra la Caja Nacional de Previsión EPS o la entidad que de acuerdo con la ley deba asumirlo.

Se confirmará entonces la sentencia recurrida.

RESUELVE:

1°. CONFIRMAR el fallo impugnado.

2°. Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3°. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EPS, TRATAMIENTO MEDICO: Procedimientos médicos. No es razonable considerar que se lesiona o pone en peligro el derecho fundamental a la salud y vida cuando la EPS no niega la prestación del servicio, ha hecho lo necesario para otorgarlo y no ha sido posible adelantar el tratamiento por la desconfianza y no credibilidad de la peticionaria en la eficacia y efectividad del servicio que se presta en la ciudad de Cúcuta, conducta que respalda en muy personales y subjetivas apreciaciones que carecen de soporte científico comprobable.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 194.

Radicación No. 6554.

VISTOS

Decide la Sala la impugnación que presenta la señora Luz Horensia Cañizares de Contreras contra la sentencia del pasado 26 de octubre, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta negó la tutela de los derechos fundamentales a la vida y la salud de su hija Claudia Patricia Contreras Cañizares, presuntamente vulnerados por la Caja Nacional de Previsión Social EPS, Seccional Norte de Santander y la IPS Servicios Médicos Integrales de esa ciudad.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. En su condición de madre de Claudia Patricia Contreras Cañizares, quien se encuentra incapacitada a raíz de la enfermedad que padece, consistente en Disconsistrosis (Síndrome de Lery Weel), que consiste en deformación de la parte ósea del cuerpo humano, principalmente la parte izquierda, tratada quirúrgicamente para evitar futuras "artrosis", interpone acción de tutela para que sean protegidos constitucionalmente sus derechos.

Relata la actora que desde los 4 años de edad, no obstante su residencia en la ciudad de Cúcuta, su hija fue atendida en el Instituto Franklin Delano Roosevelt en Santa Fe de Bogotá, pues era la única entidad que tenía conocimientos científicos para su tratamiento.

Hasta el momento le han practicado 4 intervenciones quirúrgicas en dicha institución, las cuales han sido autorizadas por Cajanal, entre las que se encuentra un procedimiento quirúrgico denominado osteotomía.

El 24 de septiembre del presente año, acudió a una cita en el Instituto en donde se le ordenó la práctica de una nueva osteotomía en rodillas y caderas, para evitar que se le tenga que colocar una prótesis, la cual fue solicitada para que se realizara en la institución de Santa Fe de Bogotá. Este procedimiento fue autorizado por la EPS., Seccional Norte de Santander, pero solamente para realizarse en la sede, es decir, en la ciudad de Cúcuta.

Así las cosas, no entiende la actora cómo si se le ha venido tratando durante 17 años en el Franklin Delano Roosevelt, ahora se le venga a negar el servicio, frente a las condiciones de la paciente.

De ahí que espere la intervención del juez de tutela para que se ordene la práctica de las cirugías que se requieran, pero en el Instituto Franklin Delano Roosevelt.

2. En curso de esta tramitación constitucional, el Jefe de la División de Salud de la EPS Cajanal Seccional Norte de Santander, manifiesta que en la ciudad de Cúcuta es perfectamente posible prestar el servicio requerido por la paciente, sin que sea necesario que acuda a Santa Fe de Bogotá. Igualmente que de conformidad con los datos suministrados por el doctor Roberto Lobo, ortopedista y traumatólogo encargado de la paciente, no se trata de un procedimiento que revista el carácter de urgente.

Situación, entonces, que no permite, de conformidad con la reglamentación del plan obligatorio de salud, el cubrimiento de la atención en una ciudad distinta.

Por último, sostiene que a la paciente se le han ordenado los procedimientos quirúrgicos que demanda, pero no se ha presentado en las fechas programadas, acudiendo por su voluntad a Santa Fe de Bogotá, sin autorización previa. Así como tampoco a las valoraciones que efectúa la IPS (Servicios Médicos Integrales)

En estas condiciones, no estima que sea procedente la tutela, cuando no se ha negado la prestación del servicio de salud sino que se ha ajustado a los procedimientos de ley.

3. El Tribunal Superior de Cúcuta, resolvió negar la pretensión de amparo, como quiera que si bien es cierto la atención médica en el Instituto Franklin Delano Roosevelt no ha sido autorizada, a pesar de la enfermedad que sufre la paciente, los datos e informes suministrados por la EPS y la IPS , han sido absolutamente claros en determinar que el procedimiento y la atención pueden ser prestados en la ciudad de Cúcuta.

La entidad prestadora del servicio de salud, sostiene la Corporación, ha mostrado que se trata de un evento en el que la peticionaria ha asumido bajo

su propia responsabilidad, la determinación de que sea atendida en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, cuando está todo a su disposición para la atención en Cúcuta, de lo cual no se puede colegir ni la violación de sus derechos ni el comportamiento arbitrario o ilegítimo de las entidades demandadas.

Así, sostiene la Corporación, el camino a seguir por la actora, es someterse a las valoraciones y atenciones médicas que debe realizar la IPS en coordinación con la EPS, en cumplimiento de la normatividad existente al respecto.

4. Inconforme con la determinación, la representante de la solicitante la recurre, agregando a los argumentos que soportan su inicial escrito, que es "humana" la razón de preferir y esperar que sea el Instituto Roosevelt el que practique los procedimientos quirúrgicos, como quiera que, señala:

"... mi corazón de madre, mi padecimiento y las experiencias negativas demuestran que esa intervención no es posible aquí en Cúcuta y de allí el ejercicio de esta acción de tutela. Para demostrar con evidencias documentales que lo que estoy diciendo es cierto me permito acompañar al ilustrado criterio de los señores Magistrados que conozcan de esta impugnación, documentos que demuestran que en Cúcuta, se le practicaron radiografías equivocadas a mi hija y si la radiografía está mala, de allí puede inferirse cómo podría resultar la intervención quirúrgica".

Razones, pues, que la llevan a demandar la revocatoria de la decisión de primera instancia.

LA CORTE CONSIDERA

La decisión se confirmará en su integridad, en la medida que no se observa reparo alguno a las argumentaciones dadas por el sentenciador de instancia.

En efecto, al respecto ha sido clara la jurisprudencia constitucional al señalar que el derecho a la salud adquiere ribetes asimilables a la vida, cuando no sólo colinda con la afectación directa de esta última, sino cuando se trata de lograr la garantía plena de una existencia digna, como sería el caso de hacer todo lo posible por lograr la curación de la enfermedad que aqueja a Claudia Patricia Contreras Cañizares.

En los eventos en que por razón de cláusulas contractuales o de cotizaciones mínimas se niega la prestación del servicio de salud, es procedente acudir a la tutela, para amparar ese derecho fundamental que el Estado debe garantizar a través de las entidades comprometidas en ello.

Pero cuando, como se advierte en este caso, la entidad no ha denegado la prestación del servicio y, antes por el contrario, ha hecho lo necesario para otorgarlo, lo que no ha sido posible por la desconfianza y no credibilidad de la peticionaria en la eficacia y efectividad del servicio que se presta en la ciudad de Cúcuta, partiendo de muy personales y subjetivas apreciaciones,

sin soporte científico o comprobable, no es razonable considerar que se está lesionando o poniendo en peligro ese derecho fundamental.

No puede aceptar esta Sala como soporte de la ineficacia o negligencia que una radiografía haya "salido mal", frente a un procedimiento médico complejo que, según concepto médico, puede ser llevado a cabo en esa ciudad, "pues cuenta con un buen número de especialistas en ortopedia y traumatología altamente calificados que podrían tratar la enfermedad y Servicios Médicos Integrales está en capacidad de solucionar cualquier problema ...si esto no es posible nuestra institución buscaría la solución donde sea necesario".

Razones suficientes para denegar la pretensión impugnatoria y, por ende, no tutelar los derechos de la actora.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo impugnado.

2. Ejecutoriada esta determinación, remítase el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego, Fernando 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, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPUGNACION EN TUTELA: Legitimación del accionado. Carece de legitimación el accionado para impugnar la orden de compulsarle copias, por no tratarse de un pronunciamiento de fondo sobre el objeto de la tutela, sino una decisión accesoria cuya fuente no es la protección de derechos fundamentales sino la garantía de la función pública, que debe ser decidida por el funcionario que tiene la competencia exclusiva y excluyente para ello.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre siete (7) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón*.

Radicación No. 6560.

Aprobado Acta No. 194.

VISTOS

La Corte resuelve la impugnación propuesta por los doctores Rafael Augusto Perez Gonzalez y Juan Bautista Quintero Meza, contra la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, del pasado 27 de octubre, que decidió negar la acción de tutela por haber cesado el acto que vulneraba el derecho constitucional al debido proceso, pero ordenó la compulsación de copias para que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura investigue la violación de los términos procesales en el trámite de la segunda instancia por parte de la Sala de Decisión Penal presidida por el Magistrado doctor Alvaro Mazo Bedoya.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El señor Pedro Pablo González Taborda presentó acción de tutela contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, presidida por el doctor Alvaro Mazo Bedoya, pues estimó violado su derecho fundamental al debido proceso, por las siguientes razones:

1. Fue condenado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cali, y la sentencia fue impugnada por otros coautores condenados. La segunda instancia correspondió a la Sala de Decisión Penal presidida por el doctor Alvaro Mazo Bedoya, en la cual participan como magistrados revisores los doctores Rafael Augusto Pérez González y Juan Bautista Quintero Meza.

2. El proceso se encontraba al Despacho para resolver sobre la apelación de la sentencia desde el 28 de abril de 1998. Expresó el solicitante, que con ocasión de la mora superior a diecisiete (17) meses, ha sufrido perjuicios, además de no haberle sido resueltas varias peticiones que formuló.

La Sentencia del Tribunal

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali, mediante providencia de octubre 27 del presente año, decidió negar la acción de tutela por haber cesado el acto que vulneraba el derecho constitucional al debido proceso, pues el 25 de octubre de 1999 se resolvió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso penal, pero ordenó la compulsación de copias para que la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura investigue la eventual violación de los términos procesales en el trámite de la segunda instancia por parte de la Sala de Decisión Penal presidida por el Magistrado Alvaro Mazo Bedoya.

La Impugnación

La decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali fue impugnada por los doctores Rafael Augusto Pérez Gonzalez y Juan Bautista Quintero Meza, quienes fungían como magistrados revisores en la Sala de Decisión Penal presidida por el Magistrado Alvaro Mazo Bedoya; el doctor Pérez González consideró que la mora en el trámite de la sentencia de segunda instancia fue imputable exclusivamente al magistrado ponente, quien no presentó el proyecto, sino que lo hizo un remplazo suyo, el doctor Luis Alberto Peralta Rojas, sobre el cual los impugnantes formularon oportunamente sus comentarios, sin que se cambiara la decisión o se citara a discusión.

El doctor Quintero Meza indicó que el solicitante carecía de interés para interponer la acción de tutela, pues la apelación que se surtía en la Sala de Decisión Penal se refería a otros procesados, y no a él, para quien la sentencia ya había cobrado ejecutoria, luego si ya su proceso penal había concluido, no podía serle violado el derecho al debido proceso, pues las decisiones correspondía tomarlas al juez de ejecución de penas, y no al Tribunal; igualmente, dirige su impugnación a acreditar que la mora en la toma de la decisión de segunda instancia debió ser imputada al magistrado ponente, y no a los magistrados revisores.

Por las consideraciones expuestas, los impugnantes solicitaron se les desvincule como sujetos accionados y se revoque la orden de compulsar copias para investigarlos disciplinariamente.

Consideraciones de la Sala

Estima la Sala que la impugnación propuesta debe ser desestimada, pues el disentimiento con la providencia atacada es ajeno al asunto de fondo decidido, como a continuación se precisa:

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política toda persona puede acceder a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la *protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados* por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala la ley, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. En el trámite de la acción constitucional de tutela, cualquiera de los intervinientes que resulte afectado con las decisiones que allí se profieran, se encuentra facultado para impugnarlas, con el objeto de acudir a una instancia superior para que se haga un nuevo examen de la decisión con la cual se halla en desacuerdo.

3. Pero no es suficiente para que se surta el trámite de la impugnación contra la sentencia de tutela que haya sido interpuesta oportunamente por parte de los sujetos facultados para impugnar (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991), sino que es menester la existencia de *un interés legítimo en el objeto del desacuerdo que se plantea*, presente en la medida que los efectos del fallo lesionan derechos del impugnante, los cuales a su vez se busca proteger con la decisión de segunda instancia.

4. La acción de tutela se caracteriza por ser: *Subsidiaria*, pues por regla general sólo procede cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial; *inmediata*, porque se encuentra instituida para otorgar la protección solicitada sin dilaciones; *informal*, pues carece de rigor en las formalidades de su presentación; *específica*, porque se refiere exclusivamente a la protección de derechos fundamentales; y *eficaz*, porque exige al juez un pronunciamiento de fondo para negarla o concederla.

5. Por ser específica, la acción de tutela tiene un tema delimitado constitucionalmente, que obliga en su conocimiento a los falladores de primera y segunda instancia, so pena de desbordar su órbita de competencia reglada y funcional: es decir, *el tema objeto de la acción de tutela gira exclusivamente en torno de la protección de los derechos fundamentales de las personas*, lo demás es ajeno a este trámite preferente y sumario de reclamación, especialmente caracterizado por ser subsidiario.

6. Como en el caso que nos ocupa es pertinente resolver si quienes impugnaron tenían interés jurídico para ello, debe destacarse que cuando la acción de tutela pierde toda eficacia por haber desaparecido la situación de hecho que generó la solicitud de protección -como acertadamente lo reconoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en la decisión impugnada-, la consecuencia es que la impugnación sobre la sentencia que así lo declara se torna ajena al interés que debe asistir a quien la plantea, en punto del tema susceptible de ser abordado en este trámite específico, se refiera, la protección de derechos fundamentales. En efecto, la ajenidad del tema pro-

pio de la tutela que se pretende invocar a través del recurso no tiene razón de ser, y en esas condiciones lo procedente es desestimar la impugnación.

7. La acción de tutela está circunscrita al tema de los derechos fundamentales, en consecuencia, cuando no se produce el amparo de tales derechos, como en el asunto que nos ocupa, al único que le asiste interés para impugnar es al solicitante, pues la autoridad contra la cual se dirigió la acción únicamente se encuentra legitimada respecto de las decisiones tomadas con relación al tema de fondo, la protección de derechos fundamentales, y no frente a decisiones cuyo tema es diverso, y acaso accesorio, al objeto de tutela caracterizado por ser específico.

8. Si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali ordenó la compulsación de copias para que el Consejo Superior de la Judicatura investigue la eventual ocurrencia de faltas disciplinarias imputables a la Sala de Decisión Penal integrada por los magistrados que conocieron de la segunda instancia del proceso adelantado contra el señor Pedro Pablo González Taborda y otros, tal proceder se encuentra soportado en normas legales que señalan como deber de los servidores públicos denunciar las faltas de las cuales se haya tenido conocimiento en razón de las funciones (artículo 40-19 de la Ley 200 de 1995), cuyo cumplimiento no era discrecional sino obligatorio.

9. La censura se limitó exclusivamente a mostrar su inconformidad con la orden de compulsar copias para adelantar la correspondiente investigación disciplinaria, lo cual no obedece al pronunciamiento de fondo sobre el objeto de la tutela -la protección del derecho fundamental al debido proceso- sino a una decisión accesoria, cuya fuente no es la protección de derechos fundamentales sino la garantía de la función pública, que debe ser decidida por el funcionario que tiene la competencia exclusiva y excluyente para ello (Consejo Superior de la Judicatura), y no, a través de la impugnación de la providencia de primera instancia pretender que sea la Corte quien de manera sumaria y en este trámite preferente, resuelva sobre un asunto estrictamente disciplinario, ajeno al motivo de esta acción de tutela, y por consiguiente, ajeno a la competencia de la Corte para conocer de la impugnación.

10. Debe recordarse que la orden de compulsación de copias únicamente tiene como pretensión, que un funcionario de manera puntual analice si hay lugar o no al ejercicio de la acción disciplinaria o penal, si el hecho destacado ha ocurrido y constituye falta disciplinaria o delito, si es procedente adelantar la correspondiente indagación preliminar o investigación, y si las personas señaladas se encuentran debidamente individualizadas, todo lo cual es de competencia del investigador y/o fallador disciplinario a quien corresponda el conocimiento de las copias compulsadas.

11. Téngase en cuenta, que los motivos y alcances de la decisión judicial que ordena la compulsación de copias, no son obligatorios para el investigador disciplinario a quien le corresponda conocer de los hechos que ellas dan

cuenta, el cual puede estimar, entre otras varias posibilidades, que el comportamiento no constituye falta disciplinaria, que los imputados no la cometieron, o que no es procedente iniciar a todos la acción disciplinaria, como en efecto lo pretenden, pero por ésta vía equivocada, los impugnantes.

Entonces, estima la Sala que lo procedente es desestimar el recurso propuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santiago de Cali, por falta de interés jurídico en los recurrentes. No obstante, el asunto debe ser remitido directamente a la Corte Constitucional para su posible análisis.

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

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la impugnación interpuesta por los doctores Rafael Augusto Pérez González y Juan Bautista Quintero Meza, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. En firme esta decisión remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD EN TUTELA: Falta de competencia en razón de la materia. La acción intentada contra un periódico no podía ser definida por el Tribunal Superior ya que carecía de competencia (artículo 37 del Decreto 2591 de 1991). Al hacerlo, el *a quo* incurrió en una nulidad que la Corte declara ordenando la remisión del expediente al Juez Penal del Circuito.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón.*

Radicación No. 6602.

Aprobado Acta No. 195.

VISTOS

Se pronuncia la Corte en razón de la impugnación interpuesta por el Director de "Hoy Diario del Magdalena", Doctor Ulilo Acevedo Silva, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, mediante la cual se tutelaron los derechos al buen nombre y a la honra de Carlos Eduardo Caicedo Omar, en la demanda presentada por éste contra el acá recurrente. Dispuso la Corporación que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de su fallo, el "Diario" debía hacer las rectificaciones pertinentes en cuanto a las opiniones contenidas en su editorial del 22 de junio de 1999, en condiciones idénticas a las atendidas el día de la publicación que dio origen al amparo.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Carlos Eduardo Caicedo Omar presentó demanda de tutela contra el Director del Diario del Magdalena, por considerar que las informaciones publicadas los días 17, 18, 22, 28 y 30 de junio del año en curso son erróneas, falsas, desconocen el buen nombre y la honra del accionante, las que al no haber sido rectificadas, a pesar de solicitarse en dos oportunidades, originan el desconocimiento de los derechos cuyo amparo se solicita.

2. En el Editorial del Diario Hoy Magdalena, se hacen apreciaciones en cuanto al manejo que el Rector de la Universidad del Magdalena viene dándole a la institución, para calificarlo de irregular, nefasto y ejecutado "en

medio de las aguas turbulentas de la corrupción". Se habla de desmanes financieros en la ejecución del proyecto Refundación que adelanta la universidad, llegándose a hacer publicaciones bajo los siguientes titulares: "Con mentiras y engaños quieren asaltar a la opinión pública", "Profesores piden renuncia del rector", "Un cambio que no da espera".

3. En el trámite de la acción de tutela se practicaron las siguientes pruebas:

3.1 Declaración de Ulilo Antonio Acevedo Silva. Reconoce que los comentarios publicados en la columna del editorial son opiniones de quien orienta el periódico y corresponden al ejercicio de la libre expresión y de la actividad periodística. Allí las ideas que se han expresado son de carácter general, negando que se haya desconocido los derechos fundamentales del demandante.

3.2 Testimonio de Carlos Eduardo Caicedo Omar en el que ratifica los hechos dados a conocer en la demanda de tutela.

3.3. Mediante inspección judicial se constataron las diversas obras de infraestructura y los elementos con los que se ha dotado a la universidad durante la gestión del demandante como Rector. Igualmente, en aquella diligencia se recibió declaración a: Ricardo Alfonso Campo Redondo, Gloria de Jesús Rodríguez Castro, Carmen Helena Escobar Gómez, Delfina Ruiz de La Hoz, Rosa Marina Atchortúa Alvarez, Hugo Pardo Campos, Rafael Alejandro Martínez, Pablo Hernán Vera Salazar, Roberto Luis Aguas Núñez, Sergio de Jesús Lora Montaño y Alvaro Espeleta Maya, quienes dieron testimonio de la labor positiva que ha realizado el demandante en el claustro universitario, sentimiento compartido en forma mayoritaria en el medio.

4. La Fiscalía ha informado que adelanta contra el accionante una investigación previa por falsa denuncia y además tramitó el proceso 2727 por falsedad personal en el que se profirió resolución de acusación.

5. Fotocopia simple de las peticiones de fecha 28 de junio y 13 de agosto de 1999 en donde el accionante solicita rectificación de la información aparecida el 22 de junio de 1999, habiéndose agregado copia de un documento dirigido a la opinión publica con más de tres hojas de firmas de personas relacionadas con la universidad, como directivos, profesores vinculados a ASPU, ACIPRUM y otros no afiliados a éstas agremiaciones sindicales, en el que se hace saber que la información periodística referida no es cierta.

6. Fotocopias de los boletines de noticias de la U.N. en los que se hace referencia a la renuncia del Rector para desmentirla.

7. El demandado, para demostrar que la tutela no procede en este caso, presenta consideraciones a fin de demostrar que las opiniones contenidas en los editoriales corresponden al ejercicio de la libertad de expresión y de prensa, pues aquellas versan sobre hechos reales, presentando los siguientes documentos:

7.1 Fotocopia simple de un comunicado a la opinión pública (mayo 13 de 1999) a nombre del Sindicato de Profesores Universitarios del Magdalena, sin firmar, en la que se hace referencia al despilfarro de recursos en el programa de Refundación De La Universidad Del Magdalena (fl. 21 C. de pruebas allegadas por el accionado). Otro más rechazando dicho plan, expedido en idénticas condiciones al anterior (fl. 30 *ibidem*).

7.2 Fotocopia del comunicado de fecha 19 de julio de 1999, por medio del cual algunos directivos de ASPU-MAG y otras personas, suscriben un documento en el que reprochan el procedimiento del plebiscito, la posesión del Rector sin tener los requisitos, la política de refinanciación de la Universidad, las garantías para gozar de una democracia participativa y de autonomía en el centro universitario a fin de ejercer el derecho de opinar y disentir.

7.3 Copia del comunicado de junio 21 de 1999 que le hizo llegar al accionado el Presidente de ASPU- MAGDALENA, en el que se descalifica la ética y la experiencia de Carlos Eduardo Caicedo Omar y presenta como irresponsable la administración que se la ha dado a la Universidad.

7.4 Escrito del 15 de junio de 1999 a nombre de un vocal de ASPU- MAG (sin firma), en el que se hace una crítica al manejo que se la dado a la Universidad y al proceso de privatización a que se le ha sometido, el que califica de irresponsable y politiquero.

7.5 Fotocopia simple, sin saberse quién la expidió, la que dice corresponder a una relación de pagos de enero a abril de la Universidad del Magdalena, en la que se detallan, entre otros, los siguientes conceptos: a) Asesorías jurídicas externas a Evelin Londoño, Jose Humberto Torres, Andrés Fuentes, Virna Jhonson, b) Pago de factura 1580504 a Celcaribe por $77.217. 258.

7.6. Acta de posesión del demandante como Rector de la institución educativa de fecha 12 de junio de 1997 y certificación de la Universidad Nacional en la que se da cuenta que aquél recibirá el grado de abogado el 1° de agosto de 1997.

FALLO DEL TRIBUNAL

Los fundamentos de la decisión del *a quo* se pueden resumir así:

1. La colegiatura debe limitar el estudio de la protección reclamada por el actor al editorial e información aparecidas el 22 de junio hogaño, pues la rectificación exigida al rotativo demandado se refiere únicamente a la realizada en la fecha indicada.

2. El puesto de dirección que corresponde a la rectoría de una universidad comporta una dignidad que implica unos méritos y condiciones, de donde resulta lógico concluir positivamente sobre la existencia del atentado al derecho a la honra cuando se realizan conductas dirigidas a desconocer ese reconocimiento. Tales ataques pueden consistir en actos de menosprecio

público como cuando se califica la gestión realizada de desmanes administrativos, financieros, académicos, o proponer cambio de Rector por los planes de desarrollo que adelanta dando a entender que ellos sólo existen en el oscurantismo o en la palabrería barata.

3. El Editorial del Hoy Diario del Magdalena del 22 de junio de 1999 no cuenta con apoyo probatorio para haberse expresado en los términos en que lo hizo, dando a entender al desprevenido lector una imagen de desorden y tropelías que deterioran la fama o buen nombre del Rector, exponiéndolo a la censura y a ataques sin un fundamento serio.

4. No encontrando la Sala pruebas que descalifiquen la labor del Rector, ha de entenderse que la información periodística estudiada ha desorientado en cierta forma la opinión publica, pues con la inspección judicial se comprobaron las obras de desarrollo que en el centro universitario ha ejecutado el demandante, lo que le ha merecido el reconocimiento, según se estableció con las declaraciones tomadas durante el desarrollo de aquella diligencia.

5. Como la reputación y el concepto favorable que se tiene del doctor Caicedo Omar no contaron con prueba en contrario, resulta oportuno proteger sus derechos con respecto a la publicación del 22 de junio del presente año, en cuanto a las opiniones allí contenidas, cuya rectificación debe hacerse en las mismas condiciones en que se editó el artículo por el cual se otorga el amparo de tutela.

Se rechazó el amparo de tutela en relación con las demás ediciones periodísticas.

6. Uno de los Magistrados salvó el voto, manifestando que no compartía en su integridad la decisión por cuanto que al Director del diario no se le podía obligar a divulgar el origen de sus informaciones, pues su opinión es libre, sin que ello no implique responsabilidad por las calumnias o injurias en que incurra. A esta conclusión se llega por lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 51 de 1975 que desarrolla los artículos 73 y 74 de la C.N. relativas al secreto profesional del periodista. De esta manera, si lo que se pretende es exigirle responsabilidades por razones propias de su oficio, se debe acudir a las autoridades competentes pero no a través de la acción de tutela.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con el fallo de primera instancia, el accionado lo impugnó, señalando:

Para el recurrente la decisión del Tribunal atenta contra la libertad de prensa, de opinar, emitir conceptos y el ejercicio de la profesión del periodismo.

No se le dio mérito a los documentos que allegó, procedentes del Sindicato de Profesores de Aspu Magdalena, se desconoció el pronunciamiento de la Fiscalía mediante el cual le dictó resolución de acusación y la investigación

previa que adelanta contra Caicedo Omar. en fin no se realizó un profuso análisis de la prueba.

El editorial es la opinión del periódico sobre quehaceres de la vida cotidiana, aquél espacio no es para mostrar pruebas. Allí se ejerce el derecho de expresión. con el que ningún daño se hace a una persona que le hizo el quite a la ley para desempeñar el cargo, y alguien así no puede ser digno ejemplo para las actuales y futuras generaciones, más si su administración ha sido cuestionada por los tres estamentos que componen el Alma – Mater.

CONSIDERACIONES

En la actuación referida en los capítulos anteriores, la Sala no puede hacer un pronunciamiento de fondo, por las siguientes razones:

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 fijó los criterios con base en los cuales se debe definir la competencia en la acción de tutela, estableciendo que es el factor territorial el que debe tenerse en cuenta para esos efectos, pues señala al funcionario judicial del lugar donde ocurre la violación o amenaza del derecho fundamental como el que debe asumir el conocimiento del asunto. Pero en cuanto a la autoridad judicial, por la naturaleza del asunto, estableció en el inciso final de la citada disposición, una competencia exclusiva, al decir que: "De las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar"[1].

La demanda fue presentada ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, donde se dio la totalidad del trámite hasta agotar la primera instancia con el fallo respectivo. No se advirtieron los efectos que en materia de competencia generaban los cuestionamientos presentados por el demandante con la acción pública al estar vinculados con las publicaciones hechas por el Director del periódico Hoy Diario del Magdalena a través del Editorial, con amplia circulación en dicha ciudad.

La Sala, en pluralidad de oportunidades ha señalado, que no es posible admitir que un Juez o Tribunal sin competencia dirima una acción constitucional. pues ello es desconocer el artículo 29 de la Carta Política, mandato que también rige para el proceso de tutela.

Lo indicado para el Tribunal Superior de Santa Marta, por carecer de competencia para conocer de la tutela que en este caso le presentó Carlos Eduardo Caicedo Omar, era remitir las diligencias al Juez Penal del Circuito (Reparto) de dicha ciudad y no actuar como lo hizo, incurriendo con tal proceder en una violación al debido proceso, lo que genera nulidad, según el artículo 145 del C.P.C, el cual es aplicable en el sub lite por principio de integración, según lo autoriza el artículo 4° del decreto 306 de 1992.

---

[1] Con sentencia C-54 de 1993 la Corte Constitucional halló exequible el inciso tercero del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

La decisión a tomar es la de nulidad del proceso a que se ha hecho referencia, remitiendo el expediente al Juez Penal del Circuito (Reparto) de Santa Marta, para que proceda de acuerdo con su competencia, preservando la validez de las pruebas allegadas.

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

RESUELVE:

1. Decretar la nulidad de todo lo actuado por el Tribunal Superior de Santa Marta, preservando la validez de las pruebas allegadas.

2. Remítase la actuación al Juzgado Penal del Circuito (Reparto) de Santa Marta, por competencia.

3. Comuníquese la decisión al Tribunal Superior de Santa Marta y a los sujetos procesales.

Notifíquese y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIA DE HECHO: **Concepto y valoración jurídica.** La disparidad de la decisión judicial con la norma jurídica constituye vía de hecho cuando aquella es asumida con base en normas inaplicables (defecto sustantivo), se carece de supuesto probatorio para aplicar el supuesto legal (defecto fáctico), no se tiene competencia (defecto orgánico), o la actuación no corresponde al procedimiento establecido (defecto procedimental). De ahí que el juez de tutela deba limitarse a determinar si el funcionario judicial incurrió en alguna arbitrariedad pues no es de su competencia entrar a analizar el contenido de toda la evidencia para definir si la valoración realizada por el juez de instancia es o no correcta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C, nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente: Dr. *Alvaro Orlando Pérez Pinzón.*

Radicación No. 6576.

Aprobado Acta No. 195.

VISTOS

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Nory Giraldo De Jaramillo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá de fecha octubre 4 de 1998 en la acción de tutela instaurada contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

ANTECEDENTES

1. La Unidad Nacional de Derechos Humanos adelantaba bajo los radicados UDH 244 y UDH 443 investigaciones penales contra el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, el Coronel Lino Hernando Sánchez Prado, el Teniente Coronel Hernán Orozco Castro, y los sargentos José Miller Ureña Díaz y Juan Carlos Gamarra Polo, acusados de los delitos de homicidios agravados y secuestros agravados, concierto para delinquir, terrorismo y falsedad ideológica en documento público, conductas ejecutadas con ocasión de los hechos ocurridos en Mapiripán el pasado 12 de julio de 1997.

2. El Comandante del Ejército Nacional, en calidad de Juez de Primera Instancia, planteó a la Fiscalía que venía conociendo de las investigaciones referidas en el numeral anterior conflicto de competencia positivo, el que no fue aceptado por el ente acusador con resolución del 21 de junio de 1999, ordenándose remitir las diligencias a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura para dirimirlo.

3. La entidad accionada con providencia del 18 de agosto de 1999, por decisión mayoritaria, con dos salvamentos parciales e igual número de aclaraciones de voto, resolvió el conflicto de competencia, así:

"ASIGNAR el conocimiento de la investigación penal contra el Brigadier General Jaime Humberto Uscategui Ramírez por los delitos de homicidio y secuestro agravados y falsedad ideológica en documento público, presuntamente atribuidos y por los delitos de terrorismo y concierto para delinquir por los cuales también fue indagado; y contra el Teniente Coronel Hernán Orozco Castro, por los delitos de homicidio y secuestro agravados, falsedad ideológica en documento público, de terrorismo y concierto para delinquir a la Justicia Penal Militar, representada por el Comandante Del Ejercito Nacional, Juez de Primera Instancia.

"ASIGNAR el conocimiento de la investigación penal contra el Coronel Lino Hernando Sánchez Prado, por los delitos de concierto para delinquir, homicidio agravado, secuestro agravado y terrorismo; y contra el Sargento Juan Carlos Gamarra Polo, como autor del delito de concierto para delinquir y en calidad de cómplice de los delitos de terrorismo, homicidio agravado y secuestro agravado, contra el Sargento José Miller Ureña Díaz, en calidad de coautor de los delitos de concierto para delinquir, terrorismo, homicidio agravado y secuestro agravado, a la Justicia Penal Ordinaria, representada por el Fiscal Regional Delegado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos".

4. La demandante, mediante poder expreso otorgado a un abogado para instaurar la acción pública, dice en el libelo petitorio que interpone aquella contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura "por haber tomado la decisión de enviar a la justicia penal militar la investigación" a que se ha hecho referencia anteriormente, argumentándose que no se dispone de otro medio judicial para la protección de los derechos. Entre otros argumentos se exponen:

4.1 Se ignoró que la Justicia Penal Militar carece de la independencia y autonomía para juzgar a sus miembros.

4.2. No se pueden interpretar las normas sobre fuero aisladamente. Resulta para el actor contradictorio que un General y un Coronel sean juzgados por sus "compañeros" de armas mientras que otro Coronel y dos Sargentos lo serán por la justicia ordinaria.

4.3. Se vulneró el derecho a la igualdad porque las personas que tienen "el mismo grado de responsabilidad" en un delito cometido en "similares" "circunstancias" deben ser tratados "sin privilegios".

4.4. Argumenta el desconocimiento del debido proceso, al seguirse procedimientos paralelos para unos mismos hechos.

En el mismo acápite asevera: "Es cierto que como parte civil podemos participar tanto en la justicia ordinaria como en la justicia penal militar, pero cómo entender y aceptar que por estos hechos constitutivos de crímenes contra la humanidad tengamos que aceptar dos procedimientos, uno de los cuales asegura la impunidad?. ¿Cómo aceptar que quien tenía la máxima responsabilidad de proteger la vida de la población Mapiripán, no solamente no la haya protegido, sino que se haya hecho partícipe en la planeación intelectual de la masacre como se deduce de las acciones y omisiones que posibilitaron esta barbarie, y que reciba un tratamiento preferencial para que la justicia sea burlada?"

4.5. El acceso a la administración de justicia se enuncia como fundamento de la demanda, sin que con relación al mismo se exprese el por qué fue desconocido, contentándose con afirmar que el General Uscátegui y el T.C. Orozco deben ser juzgados por la justicia ordinaria, pues de lo contrario quedaría en duda no sólo la decisión que originó la acción pública sino también la transparencia e imparcialidad de las decisiones de "la administración de justicia en general."

4.6. Hace un extenso análisis de los hechos ocurridos en Mapiripán para concluir que ellos no guardan relación con las funciones desempeñadas por los militares a quienes se les atribuye responsabilidad en los hechos.

5. La Sala Jurisdiccional demandada fue notificada de la decisión a sus integrantes mientras que la relación jurídica procesal fue trabada con notificación a través de su presidente. Al trámite concurrió como tercero con interés en el resultado del proceso el Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, aduciendo la improcedencia de la tutela, por cuanto que el conflicto de competencias había sido resuelto por la autoridad competente, oyendo a todos los intervinientes y garantizándose con la decisión el debido proceso.

6. Nory Giraldo actúa como parte civil en las actuaciones que cursan en la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía y en la Justicia Penal Militar, así se constata con las certificaciones obrantes a los folios 164 a 166 y 342 a 343.

Fallo Impugnado

La petición del demandante fue denegada, con base en:

1. Bajo el epígrafe del interés del accionante, el *a quo* advierte que el hecho de haberse generado la ruptura de la unidad procesal no obsta para que la demandante continúe ejerciendo sus derechos como parte civil en

cada proceso. En consecuencia no podría sostener que la decisión que resolvió el conflicto de competencias le haya desconocido el debido proceso, pues la acción subsiste con todos sus alcances jurídicos. Respecto a los demás derechos fundamentales se sostiene que no le han sido vulnerados.

2. Además la determinación criticada es una providencia típicamente judicial y de orden procesal, luego la acción contra ella resulta improcedente. La decisión no constituye una vía de hecho, pues se tomó por el competente, con amplia discusión por el juez plural, oídas las razones de los administradores de justicia que trabaron el conflicto y los sujetos procesales, con fundamento en el artículo 241 de la C.N. El sólo hecho de que una decisión judicial no coincida con el interés de las partes no es suficiente para predicar que se ha abandonado la senda del derecho.

3. El incidente además resolvió un aspecto del proceso, no el fondo del asunto, lo relativo a la competencia, tema sobre el cual no se puede invocar favorabilidad, observándose que en ese aspecto la entidad demandada fue respetuosa de la ley.

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

El apoderado de la accionante impugnó el fallo de tutela haciendo un resumen de lo expuesto inicialmente en la demanda, recalcando que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura se aparta de los dictados del derecho y sus principios, trasluce una decisión voluntarista, agraviando el ordenamiento jurídico, pues no respetó las orientaciones de la sentencia 358 de 1997 de la Corte Constitucional.

Insiste que las normas sobre competencia así sean procesales tienen que ver con los derechos sustanciales, más en este caso cuando la investigación debe corresponder a un solo proceso en cabeza de la justicia ordinaria.

El interés de la parte civil no puede limitarse a la indemnización, pero ha de tenerse presente que la dignidad humana no tiene precio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La tutela es una acción subsidiaria y de naturaleza residual, por cuanto que es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos individuales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, y el ordenamiento jurídico no ofrece al agraviado ninguna otra vía judicial de amparo, salvo que se proponga como mecanismo transitorio.

2. El accionante pretende que por vía de tutela se desconozca la actuación y especialmente la decisión del pasado 18 de agosto de 1999, con la que se resolvió por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la colisión de competencia suscitada entre un Fiscal de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y el Comandante del Ejército Nacional, en su condición de Juez de Primera Instancia, en la investigación penal adelantada contra el

Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, El Coronel Lino Hernando Sánchez Prado, El T. Coronel Hernán Orozco Castro, y Los Sargentos José Miller Ureña Díaz y Juan Carlos Gamarra Polo por lo ocurrido en Mapiripán en julio de 1997.

3. La disparidad de la decisión judicial con la norma jurídica constituye vía de hecho cuando aquella es asumida con base en normas inaplicables (defecto sustantivo), se carece de supuesto probatorio para aplicar el supuesto legal (defecto fáctico), no se tiene competencia (defecto orgánico), o la actuación no corresponde al procedimiento establecido (defecto procedimental). De ahí que el juez de tutela debe limitarse a determinar si el funcionario judicial incurrió en alguna arbitrariedad pues no es de su competencia entrar a analizar el contenido de toda la evidencia para definir si la valoración realizada por el juez de instancia es o no correcta. Esta es una cuestión que el ordenamiento jurídico deja por entero al juez natural en el ejercicio de sus competencias.

En el *sub judice*, contrario a lo afirmado por el actor, la providencia cuestionada realiza un análisis de las normas aplicables a la materia, de las pruebas obrantes dentro del proceso, de las consideraciones de los funcionarios y sujetos procesales, y se hace una evaluación de los fundamentos jurídicos, estableciéndose que se trata de una decisión que no puede ser calificada como vía de hecho por cuanto que la fundamentación que sirvió de apoyo a la decisión impugnada es razonable.

Veamos: a) Al Brigadier General Jaime Humberto Uscategui Ramírez y al Teniente Coronel Hernán Orozco Castro se les hacen cargos por omitir facilitar ayuda a la población civil contando con los medios y habiendo conocido de la presencia de los agresores en el sitio; b) Al Coronel Lino Hernando Sánchez Prado, además de haber omitido sus funciones como Comandante de la Brigada Móvil 2, la más cercana al sitio, fue vinculado probatoriamente como patrocinador de los responsables de la masacre en Mapiripán, por lo que se precisó la ausencia de relación de causalidad entre el delito y la omisión del servicio, convirtiéndose el hecho como un punible de conocimiento de la justicia ordinaria. A igual conclusión se llego después de analizarse la conducta del Sargento Segundo Juan Carlos Gamarra, quien como Jefe de Inteligencia manejaba la información de los grupos armados, conoció del arribo de los mismos y fue señalado como promotor de uno de los movimientos armados que participó en los crímenes de que se viene hablando, c) El Sargento José Miller Ureña Díaz realizó una conducta que según los funcionarios demandados no tiene que ver con la función o el servicio, pues como comandante de la Unidad Militar del aeropuerto a donde llegaron las naves HK 4009 y HK 3993 y conociendo lo que allí se transportaba, no cumplió con los deberes que le correspondían.

Tampoco se puede admitir, como lo quiere hacer ver el actor, que la Corporación accionada ha obrado en absoluta discordancia con la sentencia C-358 de 1997 de la Corte Constitucional, pues lo que se observa es que preci

samente con base en la relación directa y la proximidad de la función militar, y el rompimiento de ese nexo, fue que se decidió el conflicto de competencias que originó la presente acción pública.

4. No es viable mediante la acción pública cuestionar decisiones proferidas dentro de un proceso judicial porque el juez constitucional no tiene competencia para conocer con fundamento en el artículo 86 de la C.N. de las providencias de los funcionarios judiciales, de ahí la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 11,12 y 40 del Decreto 2591 de 1991. En la referida sentencia (del 1º de octubre de 1992), la Corte Constitucional sostuvo que quien falla la tutela no puede extender "su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte". Con lo cual se entiende por qué el Tribunal no podía en este caso hacer una evaluación en los términos que lo solicita la impugnante y por la misma razón tampoco ahora puede hacerlo la Sala.

5. Los sujetos procesales deben hacer valer sus derechos y controvertir las decisiones que le sean adversas ante el juez natural, quienes dentro del ámbito de sus atribuciones están autorizados para interpretar la situación fáctica y las normas jurídicas en las que fundan sus decisiones. Por ello es que resulta incorrecto que se acuda a la acción de tutela con el propósito de desconocer la autoridad judicial competente, ya que de esta manera se contrarían las reglas del debido proceso y el principio de la autonomía de los funcionarios judiciales a las que el juez constitucional está obligado por mandato superior.

6. La acción interpuesta por el peticionario no es un medio alternativo frente a los procedimientos ordinarios que la Constitución y la ley tienen establecidos para administrar justicia y garantizar los derechos de las personas. Lo que pretende en este caso el censor es que el juez de tutela, en una "tercera instancia", revise lo que ya fue objeto de debate en el trámite de la actuación surtida ante la autoridad jurisdiccional demandada.

7. En la demanda de tutela y en la sustentación de la impugnación lo que se observa es una disparidad de criterios que el recurrente tiene con los funcionarios demandados en el proceso penal, lo cual no es suficiente para acudir a la acción de tutela y acusar las actuaciones de desconocer los derechos fundamentales por vías de hecho, menos cuando como en el presente caso las determinaciones de aquellos resultan intangibles por ajustarse a derecho, no ser arbitrarias, ni caprichosas.

8. Del expediente se deduce que la actuación de los demandados no vulneró ni amenazó los derechos fundamentales a que se refiere la peticnte, obrando acertadamente el Tribunal al denegar la tutela por carecer de razón las alegaciones del impugnante, motivo por lo cual se impartirá confirmación a la providencia recurrida.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR el fallo impugnado.

2. En firme esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Por Secretaría de la Sala notifíquese esta decisión de conformidad con el artículo 30 del decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE: Paraderos. La inconformidad del accionante por la ocupación del espacio público que efectúa una empresa de transporte que tiene su paradero en el barrio donde habita, no es procedente plantearla mediante tutela. Existen las acciones policivas y las acciones populares de que trata el artículo 88 de la Constitución Nacional y la Ley 472 de 1998, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Aprobado Acta No. 196.

Radicación 6574.

VISTOS

Decide la Corte la impugnación presentada por el accionante Orlando Amorocho Chacón, en calidad de Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio San Cristóbal Norte, contra la sentencia del pasado 22 de octubre, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá negó la tutela de los derechos al goce del espacio público, de locomoción y propiedad, presuntamente vulnerados por la empresa Promotora de Transportes Universo S.C.A..

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. En la condición que acredita el peticionario, demanda del juez constitucional el amparo de los vecinos del sector de la carrera 21a, de las calles 161 a 163 (Barrio San Cristóbal Norte), como quiera que los buses "ejecutivos" que posee la empresa han tomado las calles como paradero y como base satelital de la misma, perjudicando la libre circulación de los residentes e invadiendo el espacio público, impidiéndoles, además, el uso de sus propiedades.

Relata que es molesto el estacionamiento de los vehículos, que ocupan buena parte de la calle, además de que obstaculizan a los vecinos cuando pretenden sacar sus vehículos.

Afirma que ha entablado las acciones policivas correspondientes, pero que hasta el momento no han arrojado resultados positivos.

De ahí que acuda a este medio excepcional de protección constitucional, con el objeto de que se impida el estacionamiento de los vehículos de servicio público en la zona que comprende el Barrio San Cristóbal Norte.

2.- En trámite de esta acción constitucional, se allegó por el Gerente de la, Empresa de Transportes, la Resolución 0261 del 22 de julio de 1999, por medio de la cual la Secretaría de Tránsito y Transporte de Santa Fe de Bogotá autoriza el traslado del terminal de transportes provisional que se había implementado en el barrio San Cristóbal Norte a un lote de terreno ubicado en la calle 166 N° 33-42.

En la declaración que rinde el señalado Gerente, asevera que el 14 de octubre se procedería a la reubicación de la terminal de transportes, en un lote adquirido para el efecto, que fue necesario acondicionar para el desarrollo de su actividad.

3.- El Tribunal de primera instancia, señala que se trata de una tutela contra particular que encuentra viable en su procedibilidad formal, pues aunque se trata de un derecho colectivo, defensable a través de las acciones policivas, sin embargo, cuando existe estrecha conexidad entre él y un derecho fundamental es procedente la tutela, como aquí ocurre , pues el actor considera vulnerado el derecho fundamental de la locomoción. Por~a que la violación ha cesado, pues se acreditó documentalmente que la Secretaría de Tránsito y Transportes autorizó el traslado de despacho de la empresa de transportes demandada y que el Gerente de la misma manifestó que dicho traslado no se había hecho por razones justificadas, pero que se efectuaría el 14 de octubre. Por lo tanto estima que carece de objeto cualquier determinación y, por ende, decide aplicar la preceptiva contemplada en el artículo 26 del decreto 2591 de 1991, por lo que deniega el amparo.

4.- Inconforme con la determinación, el representante de la Junta de Acción Comunal impugna la sentencia, manifestando que si bien es cierto se ha procedido al desalojo de los buses del sitio que refirió en su escrito de tutela, ahora, sostiene, se encuentran estacionados por la calle.

Insiste que si bien es cierto es consciente de que cuenta con la vía de las acciones policivas, no por ello puede desestimarse la acción constitucional, pues su inconformidad radica en que no ha obtenido ninguna protección luego de acudir a ellas, de ahí que extrañe que no se haya practicado diligencia de inspección ocular, en la que se hubiera podido observar la situación traumática que se vive en el barrio.

Razones que lo llevan a demandar la tutela de los derechos de la comunidad y, por ende, la orden de suspensión del estacionamiento de los buses en las calles.

La Corte Considera

La decisión denegatoria de la presenta acción de tutela se confirmará, pero por las siguientes razones:

Ha señalado en numerosas oportunidades esta Sala que si bien es cierto la acción de tutela la elevó el legislador constitucional a la condición de mecanismo de protección constitucional en salvaguardia de los derechos de los ciudadanos, lo cual genera expectativas en torno a su eficacia genéricamente considerado, no puede olvidarse que ella fue sometida a principios, reglas y pautas para su ejercicio.

Desde el punto de vista de la procedibilidad formal, la acción está dirigida contra un particular con relación al cual se alegó la vulneración de un interés colectivo, lo que, conforme al artículo 86 de la C. P, haría, en principio viable la tutela. Sin embargo, para su procedencia es necesario, además, como lo recuerda el Tribunal, que exista estrecha relación de conexidad entre el derecho colectivo y un derecho fundamental, lo que aquí no ocurre.

Así, se invocan como infringidos en conexidad con el derecho al goce del espacio público, el de propiedad y el de locomoción, no teniendo el primero el carácter de fundamental y no apareciendo lesionado el segundo, de lo que se deberá colegir que no es la acción de tutela el mecanismo adecuado para buscar el amparo del derecho invocado por el actor, existiendo para el efecto las acciones policivas a las que, según lo relata, ya acudió y, particularmente, la acciones populares de que trata el artículo 88 de la Constitución Nacional y la Ley 472 de 1998, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el goce del espacio público, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia, etc.

El Tribunal *a quo* consideró procedente el amparo al estimar que se había vulnerado el derecho fundamental de locomoción, argumento que no comparte esta Colegiatura, por no estar demostrado. Pero negó el amparo al colegir que había cesado la vulneración del derecho, compartiendo la Sala la negativa pero por la improcedencia formal del amparo, al tenor del numeral 3° del artículo 6° del Decreto 2591.

Por consiguiente, se confirmará la decisión objeto de impugnación con las aclaraciones aquí efectuadas. En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. CONFIRMAR el fallo impugnado, por las razones expuestas.

2. Envíese el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Cúmplase.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CREDITO: Condiciones de pago. Las reclamaciones por la manera como se cobran las mensualidades de un crédito, son de índole patrimonial y deben dirimirse por los cauces administrativos o judiciales ordinarios y no por el juez de tutela. / **DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION: Derecho de postulación.** La falta de pronunciamiento de la entidad sobre los recursos interpuestos por el accionante por corresponder al ejercicio del derecho de postulación, que no de petición, desconoce el debido proceso administrativo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

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

Radicación No. 6569.

Aprobado: Acta No. 198.

VISTOS

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el accionante contra el fallo de octubre 14 del año en curso, dictado por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá negando el amparo demandado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Alvaro Enrique Cortés Gómez, a quien le fuera concedido un crédito por el Fondo Nacional de Ahorro en cantidad de $13'668.000,oo desembolsado en dos instalamentos, formula demanda contra la citada entidad por considerar que le están siendo vulnerados sus derechos de petición, debido proceso y a una vivienda digna en razón de que, luego de transcurridos 44 meses desde el otorgamiento del crédito y con ocasión de una reliquidación del mismo, se le aparecen facturando, para octubre de 1998 y los meses siguientes, $721.762,oo por concepto de mora y $3'297.356,oo como cuota no obstante haber acordado con un funcionario del Fondo pagar una suma mensual de $200.000,oo y abonar en diciembre de dicho año $1'500.000,oo.

En vista de que así se hacía caso omiso al referido acuerdo de pago dirigió escrito, en marzo 16 de 1999, al jefe de cartera de la entidad haciéndole ver las razones por las cuales rechazaba la cuota facturada y el recargo por

mora, pero como no obtuviera respuesta lo reiteró, el 16 de junio siguiente, ante el presidente del fondo siéndole contestado en julio 1°, anotándose que la mora obedece al hecho de que en proceso de conciliación se detectó la inaplicación del segundo desembolso por valor superior a los nueve millones de pesos. Contra dicha respuesta, añade, interpuso, en julio 13 de 1999, recurso de reposición y subsidiario de apelación, los cuales, a la fecha de formulación de la demanda, no le habían sido resueltos.

En ese orden, agrega, como la inconsistencia en la aplicación obedeció a un error unilateral cometido por el fondo no puede ahora imputársele un incumplimiento en que no incurrió, mucho menos cuando, percatada la entidad sobre la equivocación y contando con datos actualizados, omitió hacerle la notificación pertinente vulnerando con ello el debido proceso administrativo; en consecuencia solicita, amparándosele los derechos invocados, se declare que no ha incurrido en mora, que la inaplicación del crédito desembolsado en su segunda parte no se puede considerar como carga en su contra por cuanto la actuación omisiva la desarrolló única y exclusivamente el Fondo de Ahorro, que se le exonere del pago de los intereses moratorios liquidados desde julio 15 de 1994 a la fecha, que se de cumplimiento al acuerdo de pago ya celebrado y que se le responda en forma clara y precisa sus escritos de fechas ya anotadas y en especial para que se le aclare porqué se le cobran intereses de mora.

El fallo impugnado

Por cuanto la pretensión del actor es exclusivamente patrimonial y sin que se observe quebrantamiento de derecho fundamental alguno, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá denegó el amparo solicitado mediante sentencia de octubre 14 de la presente anualidad.

Específicamente sobre el derecho de petición advierte que las solicitudes formuladas por el accionante a la entidad le fueron resueltas de fondo, señalándose de forma clara las razones por las cuales se le cobraba una mora ocasionada por la inaplicación del segundo instalamento del crédito.

En cuanto hace al derecho a una vivienda digna, por tratarse de uno de aquellos que ostentan un carácter asistencial, lo consideró el *a quo* excluido del catálogo de garantías fundamentales y por ende carente de la protección constitucional que se deriva de la acción de tutela.

Finalmente, señala el Tribunal, tampoco existió vulneración al debido proceso toda vez que, siendo detectable la anómala aplicación por parte del deudor, como que no es lo mismo pagar una cuota sobre la base de un crédito de $3'664.398,88 que respecto de uno de $16'668.000,oo, su silencio repercutió en la situación que ahora se presenta, solucionable sólo conviniendo formas de pago, tal como lo ofreció la entidad desde septiembre 25 de 1998.

Por lo mismo, agrega el fallo recurrido, la pretensión del demandante de que se le exonere del pago de intereses moratorios desborda la órbita de

acción del juez de tutela pues su cobro no comporta afectación a derechos fundamentales, sino exclusivamente patrimoniales.

La Impugnación

Inconforme con el fallo proferido en los anteriores términos, el demandante lo impugna insistiendo en la infracción a su derecho de petición por cuanto las respuestas a sus escritos no se refieren al asunto debatido, esto es el reparo frente a los intereses de mora sin que en su contra se pueda alegar una buena fe, que mas bien le favorece en la medida en que fundadamente venía cancelando su obligación sobre la base de lo facturado por el fondo en el entendimiento de que correspondía a la realidad, por manera que no es posible imputársele las cargas onerosas que resultan de la negligencia de la entidad, mucho menos cuando la actuación administrativa de efectuar la reliquidación fue oculta y vulneradora de los principios de contradicción, publicidad y legalidad toda vez que el oficio de septiembre 25 de 1998, en que se le comunicaba la situación, fue remitido a una dirección equivocada, no obstante que desde un año atrás se había informado el cambio de la misma.

Además, sostiene, el *a quo* nada refirió acerca de los recursos interpuestos contra el acto que dio respuesta a sus solicitudes, los cuales, haciendo parte del derecho de petición conculcado, hasta el momento no le han sido resueltos.

Hace ver la posibilidad de que la entidad ha tratado de engañar al juez de tutela suministrando un oficio de respuesta a sus solicitudes con fecha y numeración superpuestas, cuyo contenido de todas maneras no resuelve de fondo sus inquietudes pues nada se le explicó acerca de porqué tiene que pagar intereses de mora cuando ha venido cumpliendo cabalmente con su obligación.

Finalmente, aunque acepta que el derecho a la vivienda es de segunda generación, demanda su protección por cuanto se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como el de la vida e integridad personal, pues la controversia sobre el crédito podría resultarle nefasta en la medida en que podría perder la vivienda, lo cual haría que con su familia entrara en una precaria situación por la carencia de techo donde dormir.

Consideraciones

Siendo la pretensión del impugnante la de obtener principalmente la exoneración del pago de intereses de mora derivados de la inaplicación del segundo instalamento desembolsado respecto del crédito que por $13'668.000,oo le concediera el Fondo Nacional de Ahorro, su demanda de tutela resulta improcedente frente a los derechos de petición, relacionado con sus solicitudes de marzo 16 y junio 16 de 1999, debido proceso, por supuesto ocultamiento de un trámite, y a una vivienda digna.

En efecto, es claro que al accionante se le otorgó un crédito por valor de $13'668.000,oo desembolsado en dos partes, al igual que, por virtud de omisión de la entidad crediticia, durante 44 meses se le estuvo cobrando cuotas mensuales solamente sobre la base del primer desembolso, excluyéndose una suma superior a nueve millones de pesos, inconsistencia que se vino a detectar en septiembre de 1998 y reflejar en las facturas correspondientes y de la cual se comunicó al deudor, en oficio del día 25 de ese mes, dirigido a dirección que reposara en la hoja para creación del crédito, en el que además se le ofreció la oportunidad no sólo de hacer que la reliquidación se reversara si se presentaban los documentos o soportes aptos para el efecto, sino también para convenir formas de pago, en caso contrario.

Ahora bien, enterado de la situación que así le exhibía la factura del mes de octubre de 1998, el deudor se acercó efectivamente al Fondo y convino verbalmente con un funcionario de cartera una forma de pago, luego si, como aquél dice, el debido proceso se le vulneró porque la entidad efectuó una acción de manera secreta, sin comunicarle y sin oportunidad de defensa tales asertos devienen infundados, cuando la reacción del demandante da a entender que fue enterado de la reliquidación dándosele la posibilidad no sólo de demostrar lo infundado de la misma, sino, en su defecto, de encontrar fórmulas de solución a las que finalmente pareció acceder doliéndose ahora, sin embargo, por el incumplimiento del acuerdo en ese sentido.

Menos fundamento ostentan las aseveraciones del recurrente cuando estima violado el derecho de petición por considerar que no se le respondió satisfactoriamente, pues si bien el núcleo esencial de esa garantía implica no sólo la respuesta, sino además la adecuada a las respetuosas solicitudes que se planteen, es claro que la comunicación dirigida por el Fondo se ciñe objetivamente a esas condiciones en la medida en que allí se explica, tal como lo demandaba el peticionario, las razones por las cuales se cobraban intereses de mora; diferente es que el deudor persiguiera que el Fondo reconociera su error y en virtud de ello dejara de cobrar intereses moratorios, pues en ese caso el propósito desborda la razón de ser del invocado derecho, correspondiendo a las autoridades ordinarias definir si el deudor está obligado a cubrirlos y si el acreedor tiene derecho a exigirlos, controversia que obviamente, generándose en la ejecución de un contrato de mutuo, no puede ser dirimida por vía de tutela habida cuenta que éste es un mecanismo residual que, por lo mismo, no está llamado a suplir el trámite corriente de los procesos judiciales.

No se evidencia tampoco violación o amenaza al derecho a la vida e integridad personal por afectación a la garantía asistencial de vivienda, pues además de que el demandante extrema ilógicamente la situación es evidente que tiene alternativas de solución que le permitirían regresar su patrimonial derecho al curso normal, eso sin contar con las acciones que está ejerciendo, tales como recurrir las decisiones del Fondo o acudir a la Superintendencia Bancaria para que ésta decida si procede o no el pago de los intereses de mora.

La reclamación, siendo en el fondo de índole patrimonial, debe ser dirimida por los cauces administrativos o judiciales ordinarios y no por el juez de tutela a través del procedimiento preferente y sumario orientado a garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales.

Sin embargo, aunque en ese sentido la sentencia del *a quo* resulta fundada, razón tiene el impugnante cuando hace ver que aquella presenta vacío en torno a la no - resolución de los recursos interpuestos contra el acto que definió sus peticiones, pues habiéndose formulado en julio 13 del año que transcurre, es manifiesta la ausencia de pronunciamiento sobre ellos, y en consecuencia, siendo los mismos ejercicio del derecho de postulación y no del de petición como equivocadamente lo entiende el recurrente, procede el amparo al debido proceso administrativo en cuya virtud se ordenará al Fondo Nacional del Ahorro los decida en el improrrogable término de 48 horas, contado a partir de la comunicación de este fallo.

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

RESUELVE:

1. REVOCAR el fallo materia de impugnación en cuanto negó la tutela al debido proceso y en su lugar concederla ordenando al Fondo Nacional de Ahorro se pronuncie, en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas, sobre los recursos de reposición y subsidiario de apelación que interpusiera en escrito de julio 13 de 1999 el señor Alvaro Enrique Cortés Gómez.

2. Notifíquese esta decisión de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y en su debida oportunidad remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase,

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REGIMEN PENSIONAL: 1. Cancelación de pensión sanción de jubilación. Procedencia de la tutela cuando se está frente a persona de la tercera edad que ve comprometido su mínimo vital. 2. Alcance de la orden de pago de créditos laborales. Los intereses moratorios derivados del incumplimiento del pago -pedidos por el accionante- deberán ser reclamados por el interesado a través de la vía ordinaria, de haber lugar a los mismos. La Corte adicionó el fallo en el sentido de que en lo sucesivo la accionada procurará la solución oportuna de la pensión de jubilación a que tiene derecho la parte actora. REGIMEN PENSIONAL: Alcance de la orden de pago de créditos laborales. *Salvamento parcial de Voto Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego:* Improcedencia de la orden de pago de las mesadas dejadas de cancelar.

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

Magistrados Ponentes: Dres. *Jorge Aníbal Gómez Gallego y Edgar Lombana Trujillo.*

Aprobado Acta No. 198.

Radicación No. 6626.

VISTOS

Desata la Corte la impugnación propuesta por el representante legal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, en liquidación, contra el fallo mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad el 13 de octubre bogaño tuteló, entre otros, los derechos a la vida y a la salud del señor Carlos Correa.

ANTECEDENTES

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín dentro del proceso ordinario laboral instaurado por Carlos Correa contra la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el 22 de septiembre de 1997 profirió sentencia condenando a la parte demandada a reconocer y a pagar en favor del demandante la pensión sanción de jubilación mensual y vitalicia con retroactividad al día 29 de septiembre de 1979.

Decisión confirmada por el Tribunal Superior de Medellín el 20 de marzo de 1998 y reconocida su legalidad por la Corte al conocerla por vía del recur-

so extraordinario de casación el 27 de octubre de 1998; no obstante a la fecha la entidad condenada hace caso omiso al pronunciamiento judicial.

La Acción

A través de apoderado el señor CORREA acude a la tutela como mecanismo transitorio a fin de evitar el perjuicio irremediable que le significaría la pérdida de la vida y la salud, entre otros derechos, amén de que es una persona de la tercera edad, enferma y necesita de la pensión para poder subsistir con su familia, resultándole por ende imposible esperar el tiempo que tarda el proceso ejecutivo laboral que debe instaurar en contra de la Caja Agraria, entidad ante la que acudió en procura del pago del derecho reconocido por la jurisdicción sin recibir respuesta alguna.

Aledaño a la tutela de sus derechos, depreca que se ordene al representante legal de la Caja la cancelación de la pensión a partir del 22 de enero de 1994, más las mesadas de junio y diciembre de cada año y los intereses de mora, sumas que deberán ser depositadas en la cuenta prevista para el efecto por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín.

El Accionado

Al descorrer traslado de la demanda, el Gerente liquidador de la Caja Agraria afirmó que no es viable el amparo solicitado por el accionante habida cuenta que se trata de un caso en el que debe acudir a los procedimientos ordinarios legalmente establecidos, criterio avalado por la Sala Laboral de la Corte, la que en diferentes oportunidades ha destacado cómo las acreencias laborales y demás prestaciones derivadas de contratos de trabajo, no son del resorte de la acción excepcional.

Resaltó una jurisprudencia en tal sentido y concluyó sosteniendo que ni siquiera como mecanismo transitorio opera la tutela pues no están probados los supuestos del perjuicio irremediable, esto es, certidumbre, determinación y prueba.

Con fecha 8 de octubre del año en curso el mismo representante legal complementó su inicial respuesta diciendo que se encuentra en trámite el reconocimiento de la pensión sanción de jubilación ordenada por el Juez Laboral, siendo de público conocimiento el estado de liquidación que atraviesa la entidad, lo cual ha generado múltiples inconvenientes como que al haber sido cerradas todas las oficinas de la extinta Caja Agraria apenas empiezan a conocerse los asuntos que figuran pendientes en cada una de ellas.

El fallo de Primer Grado

Con fundamento en que la negativa de la demandada a cumplir con la obligación impuesta en la sentencia viola los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la protección del anciano y otros del señor CARLOS CORREA, quien es persona de avanzada edad, de escasos recursos y enferma, el Tribunal concedió la tutela entendiendo que el accionante difícilmente

podría aprovechar de su pensión si se viera sometido a los rigores de un nuevo proceso laboral.

De esta forma establecida la afectación que del mínimo vital padece el accionante de acuerdo con las consideraciones que de tiempo atrás viene sosteniendo la Corte Constitucional, no sin antes recordar un segmento de una sentencia referida al tema, el a quo ordenó a la demandada dar cumplimiento, en el término de 48 horas, a la sentencia mediante la cual el Juzgado Noveno Laboral de Medellín reconoció el derecho de la pensión sanción de jubilación al aquí accionante.

La Impugnación

Haciendo uso de los mismos argumentos presentados cuando descorrió traslado de la demanda - la reciente tarea de liquidación de la entidad y todos los inconvenientes que ello genera -, el Gerente liquidador de la Caja Agraria aduce la imposibilidad que tuvo para contestar dentro de los términos establecidos por la ley y por la jurisprudencia, el derecho de petición invocado por el señor Correa.

Aclara que en todo caso no es la acción de tutela el mecanismo apto para forzar el cumplimiento de reconocimientos como el de la pensión pues esto corresponde al Juez ordinario, de ahí que para el pago de la misma sea menester solicitarlo mediante un proceso ejecutivo laboral como en repetidas ocasiones lo ha enseñado la Corte Constitucional.

Dice, entonces el Juez de tutela no puede reemplazar a la autoridad competente para resolver algo que le autoriza la ley, como el caso de dirimir controversias relacionadas con la titularidad de una pensión de jubilación, donde lo único que puede hacer " *es proceder a determinar si los términos establecidos legalmente para dar respuesta al peticionario han sido observados o no, y en caso desfavorable, en aras a proteger el derecho constitucional fundamental de petición, debe ordenar a la respectiva autoridad dar una respuesta que comprenda y resuelva el fondo de lo solicitado, de manera que haga efectivo el núcleo esencial del derecho, cual es la resolución pronta y oportuna de la cuestión que el particular a sometido a su examen*".

Reitera el contenido de un segmento de la sentencia de tutela proferida por la Sala Laboral el 4 de agosto de 1999 -la que también había tenido en cuenta al responder la demanda- y hace énfasis en que el perjuicio irremediable no se encuentra legalmente acreditado, por lo que debe revocarse el fallo de primer grado y declararse la improcedencia de la acción.

Consideraciones de la Corte

Si bien la Sala Penal de la Corte tiene establecido que de acuerdo con la naturaleza de la tutela esta no es el instrumento idóneo para obtener el pago de prestaciones económicas derivadas de las relaciones laborales, tal regla encuentra una excepción cuando las mismas emergen como recurso vital del

ciudadano, situación que sin dudarlo aquí acontece tal como lo sostuvo en su sentencia el *a quo* en la medida en que la afirmación del actor sobre tal hecho no ha sido desvirtuada y porque la Carta Política consagra y reconoce la existencia de los derechos fundamentales dentro del marco garantista de las condiciones instrumentales necesarias para la dignificación del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad.

Por lo anterior no empece a tener el actor el medio judicial ordinario para lograr la cancelación de la pensión sanción de jubilación reconocida mediante sentencia proferida por el Juez Noveno Laboral del Circuito de Medellín el 22 de septiembre de 1997, dicho medio carece de efectividad a fe de que es una persona de la tercera edad -70 años- que ve comprometido el mínimo vital comoquiera que entre otras adversidades, sufre la de ser un desplazado por la violencia, hecho debidamente probado mediante declaraciones extrajuicio obrantes en el expediente. De otro lado, de cara a postulados superiores carece de validez constitucional la justificación que intenta proponer la accionada sobre las dificultades que apremian a propósito de la liquidación de la entidad, pues ello desconoce flagrantemente el derecho a la mínima subsistencia del accionante quien desde hace un par de años se ha visto privado de su derecho, lo que analizado en conjunto con los hechos atrás reseñados permite con algo de sentido común observar que no cuenta con ingresos diferentes a la pensión de jubilación para sufragar sus necesidades básicas futuras, de ahí la amenaza que se cierne sobre su subsistencia en condiciones dignas.

Así las cosas el criterio de la accionada en el sentido que el papel del Juez de tutela se reduce al estudio de determinar si se le ha dado respuesta o no a un derecho de petición, es inconsulta con el espíritu del legislador constitucional y porque la acción no fue promovida exclusivamente para rescatar el mencionado derecho sino también para procurar la protección transitoria de su afectado mínimo vital, el cual no puede desconocerse so pretexto de un estado de liquidación de la entidad como lo ha enseñado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T- 075 del 11 de febrero de este año con ponencia del Dr Alfredo Beltrán Sierra.

En este orden de ideas procede la tutela en la forma como lo determinó el a quo y lo ha refrendado esta Corte en casos similares, recientemente en el fallo fechado el 11 de noviembre bogaño, Tutela 6419, pero con la aclaración de que los intereses moratorios derivados del incumplimiento del pago -pedidos por el accionante- deberán ser reclamados por el interesado a través de la vía ordinaria, de haber lugar a los mismos, además se adicionará el fallo en el sentido de que en los sucesivo la accionada procurará la solución oportuna de la pensión de jubilación a que tiene derecho la parte actora.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, aclárase que los posibles intereses moratorios derivados de la impuntualidad en el pago de la pensión deben reclamarse ante la justicia ordinaria, en lo sucesivo la accionada seguirá pagando cumplidamente el derecho al señor Carlos Correa.

2. REMITIR lo actuado a la Corte Constitucional ara su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Aníbal Gómez Gallego (con salvamento parcial de voto), *Fernando E. Arboleda Ripoll, Jorge Enrique Córdoba Poveda, Carlos Augusto Gálvez Argote, Edgar Lombana Trujillo, Mario Mantilla Nougués, Carlos E. Mejía Escobar, Alvaro Orlando Pérez Pinzón, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Como el presente caso es en esencia igual a otros en los que se han tomado análogas decisiones respecto de las cuales me he visto en la necesidad de discrepar parcialmente, a los argumentos allí expuestos me remito ahora para sustentar esta nueva salvedad de voto.

Siempre he compartido el pensamiento inicial de la Sala en el sentido de que "la transición del modelo de Estado liberal a social de derecho supone un compromiso para proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones - y servicios adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad, a través de la consagración constitucional de todo un conjunto de derechos fundamentales económicos, sociales y culturales".

Así mismo, estoy de acuerdo con que "en ese marco, el concepto de mínimo vital es inherente al modelo de Estado y, por tanto, frente a la problemática específica de la acción de tutela, la existencia de vía judicial no puede erigirse como sucedánea del mínimo vital, sino como condición para que quien lo reclama pueda optar por la jurisdicción constitucional"[1].

Esta y no otra ha sido la filosofía con la cual la Sala en múltiples oportunidades ha concedido la tutela a ciudadanos de la tercera edad que han visto menoscabado su mínimo vital y en respuesta a ello indefectiblemente se ha ordenado el pago cumplido de las mesadas de su pensión, pero con vigencia *hacia el futuro, nunca hacia atrás.*

Y es precisamente en este punto donde surge mi discrepancia con lo dispuesto por la mayoría de la Sala, pues al tutelar el derecho no se contentó con ordenar el cumplido pago de la pensión a partir del momento en que se solicitó el amparo por verse comprometido el mínimo vital que pone en peligro la congrua subsistencia del accionante, sino que fue más allá y dispuso también cancelar en un término perentorio las mesadas cuyo pago retroactivo ha ordenado la justicia laboral.

Si se ha dejado pasar el tiempo sin reclamar por ninguna vía coactiva el pago de la pensión, resulta difícil entender que las mesadas dejadas de percibir y de cobrar con la debida oportunidad cuando nada ha impedido hacerlo,

---

[1] T-6993 Dr. Carlos E. Mejía Escobar.

puedan considerarse como necesarias para proteger el mínimo vital de quien prácticamente las ha desdeñado o al menos no ha considerado urgente su cobro para proveer a su congrua subsistencia.

Para el pago de lo que en estas condiciones se constituye en una deuda o acreencia laboral, resulta expedita la jurisdicción del trabajo y no la acción de tutela, toda vez que la prevalencia de ésta frente aquélla, no empece su carácter subsidiario, está fundada en la urgencia de proteger un derecho que sólo se convierte en fundamental en la medida en que amenace la subsistencia en condiciones dignas, y mal podría decirse que estos elementales requerimientos de la persona humana puedan garantizarse hacia el pasado o retrospectivamente.

Es que si el mínimo vital "está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a la alimentación y vestuario sino en lo referente a su salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano", como lo ha definido la Corte Constitucional, no hay ninguna duda de que el derecho quedaba plenamente garantizado para el tutelante con el pago oportuno de su pensión hacia el futuro, que es cuando se ve comprometida su subsistencia digna, sin extender la protección a la cancelación de otras deudas en su favor.

Pero por si hiciera falta el argumento de autoridad, sobre este punto la jurisprudencia constitucional siempre ha sostenido, que "en lo que respecta a las mesadas pensionales atrasadas, es entonces necesario acudir al proceso ejecutivo laboral para reclamar los montos que se dejaron de pagar". Así lo venía sosteniendo pacíficamente esta Sala, y lo ha reiterado la Corte Constitucional, entre otras muchas decisiones, en las sentencias T-160/97, T-297/98, T-014/99 y T-065/99, para no citar sino cuatro.

En este orden de ideas, los rubros correspondientes a las mesadas atrasadas están en este caso por fuera de los recursos necesarios para garantizar la congrua y digna subsistencia del accionante, por lo que con la disposición de su pago por la vía del amparo constitucional no sólo se desconoce la competencia del juez ordinario llamado a hacer efectivo el derecho sino que también se distorsiona el concepto del mínimo vital y se pervierte la tutela, convirtiéndola en ágil mecanismo para el cobro de deudas.

Con la consideración y el respeto de siempre,

Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego,*

Magistrado.

Santa Fe de Bogotá, D.C., diciembre 4 de 1999.

PROGRAMAS DE LA ADMINISTRACION: Restitución del espacio público, daño eventual. Si bien se requirió al accionante para que desocupara el espacio invadido, hasta el momento no se han iniciado las acciones pertinentes para obtener su desalojo, por tanto, las condiciones en que se ha desarrollado su vida desde el año 1994 no se han modificado, ni siquiera, en términos hipotéticos, se está frente a una vulneración del derecho del accionante.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Magistrado Ponente *Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote.*

Aprobado Acta No. 198.

Radicación No. 6633.

VISTOS

Decide la Corte la impugnación interpuesta por Justo Pastor Panche Ladino contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de esta capital el 3 de noviembre del año en curso, que denegó por improcedente la acción de tutela instaurada contra la Corporación la Candelaria y el Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito, por presunta vulneración de los derechos fundamentales a la integridad familiar, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Explica el accionante que desde el mes de enero de 1994, después de la muerte de su esposa, vive junto con dos menores hijos en un kiosco abandonado en la avenida 7a. con carrera 3a., carente de todos los servicios de agua, luz, etc. En el mes de mayo del año en curso la Corporación La Candelaria a través de un empleado le comunicó que debía abandonar el lugar en un plazo de dos meses, acudió ante la Procuraduría, quien instó al doctor Fernando Forero Ramírez como representante legal de la accionada a fin de que hiciera lo posible por encontrarle un sitio a donde vivir. El 9 de junio anterior, el doctor Forero Ramírez respondió a la Procuraduría que se encontraba adelantando conversaciones con el Departamento Administrativo de

Bienestar Social Distrital para facilitarle el kiosco, sin que, en todo caso ni una ni otra entidad hubieran solucionado sus problemas y antes por el contrario, se ha vuelto a insistir en que debe desocupar el lugar.

Solicita, entonces, que mediante la acción de tutela se obligue a ubicarlo en un nuevo lugar y que mientras ello se hace, se conmine al doctor Forero Ramírez a no demandar el desalojo.

FALLO DEL TRIBUNAL

Constátase dentro de las diligencias adelantadas en este proceso que, contrariamente a lo afirmado por el solicitante, tanto la Corporación La Candelaria, como el Departamento Administrativo de Bienestar Social Distrital han ejecutado todas las acciones que están a su alcance para proteger los derechos del señor Panche Ladino y sus hijos.

Con miras a sanear el sector en que se encuentra ubicado el kiosco, la Corporación entró en conversaciones con el Departamento Administrativo de Bienestar Social y luego con la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor en el propósito de reubicar a esta familia, absteniéndose incluso de iniciar por lo pronto las acciones pertinentes para recuperar el espacio público.

En consecuencia, no se puede atribuir a ninguna de las entidades demandadas la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, por lo que la defensa de sus derechos deberá darse si se concretan los trámites para su desalojo, en el interior del proceso que se inicie con dicho propósito.

IMPUGNACIÓN

Se opone a la decisión de instancia el actor, toda vez que, desde su margen, existe una amenaza latente de que se produzca su desalojo, razón por la cual la tutela resulta viable como mecanismo orientado a prevenir la vulneración de sus derechos fundamentales, conforme lo ha reconocido la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia T-617/95.

Si bien la decisión de primera instancia reconoce que las accionadas han desarrollado algunas actividades orientadas a solucionar el problema de vivienda que tiene, tales diligencias no se han traducido en resultados concretos. No se puede afirmar que no existe vulneración de sus derechos fundamentales, pues han tenido que padecer el drama de que constantemente funcionarios de La Candelaria los visiten imponiéndoles nuevos plazos para que abandonen el lugar, sin que sirva de paliativo a este hecho los términos prudenciales que se dice le han concedido con el mismo propósito de que abandone el kiosco en que reside.

CONSIDERACIONES

1. Tiene por objeto la tutela, como reiteradamente se ha señalado, la protección inmediata de los derechos constitucionales de toda persona, cuan

do quiera que estos resulten vulnerados o amenazados "por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública", es decir, que imprescindiblemente la intervención del juez de amparo es viable pero en relación con conductas positivas o negativas de las autoridades que conlleven el menoscabo o un riesgo real y concreto para los derechos fundamentales de los asociados.

2. Pues bien, con acertado criterio resalta el Tribunal de instancia, que en el caso sub júdice no se ha presentado violación ni amenaza a ninguna de las garantías superiores, si se tiene en cuenta que antes por el contrario las entidades accionadas le han prestado colaboración al señor PANCHE LADINO con miras a encontrale un lugar donde reubicarlo en vista de que actualmente ocupa un kiosko en plena vía pública.

3. No se puede perder de vista que data de más de 5 años la fecha en que el accionante habita ese lugar y que su permanencia en el mismo, así se hubiera consentido por las autoridades policivas, si algún riesgo ha creado para aquél y sus menores hijos no puede atribuirse a ningún servidor público, toda vez que se habría propiciado al ocupar un espacio de la calle.

4. Tampoco es admisible la afirmación según la cual se cierne una amenaza contra sus derechos fundamentales, por el hecho de habérsele advertido desde el mes de mayo que como parte del Proyecto de Cultura para la Dinamización del Sector, emprendido por la Corporación La Candelaria, se requería desocupar la vía pública, cuando la verdad es que hasta el momento no se han iniciado las acciones policivas pertinentes para obtener su desalojo. En estricto sentido bien puede afirmarse que las condiciones en que se ha desarrollado su vida a partir del año de 1994 en que habita en el kiosko ubicado en la avenida 7a. con carrera 3a., no se han modificado, sin que pueda afirmarse ni siquiera en términos hipotéticos que el eventual patrocinio de las acciones para la recuperación del espacio en la calle y del sector, aparejen o puedan conllevar una potencial violación, inminente o próxima de derecho fundamental alguno.

Por lo brevemente considerado, la decisión recurrida será confirmada.

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

RESUELVE:

1. CONFIRMAR la sentencia impugnada.

2. Ejecutoriada esta decisión, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

3. Notifíquese de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE TEMATICO DE PROVIDENCIAS DE TUTELA

Página

A

- AGENCIA OFICIOSA

  ° *Personas indeterminadas.* El tutelante carece de legitimidad para formular la reclamación constitucional en favor de los miembros de la comunidad del Barrio Cachimbero y Siete de Agosto del municipio de Soledad (Atlántico), por no ostentar su representación, ni estar acreditado que el número plural de personas afectadas con la contaminación ambiental que se denuncia, está en imposibilidad de asumir su propia defensa. 808

B

- BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS

  ° *Exclusiones.* Es en la Ley 504 de 1999 donde se define exactamente a quiénes se excluye de los beneficios de establecimiento abierto, el artículo 150 de la Ley 65 de 1993 es inaplicable. El recluso puede reiterar su solicitud si considera que no se haya en alguno de estos supuestos 680

  ° *Formalidades de la respuesta.* La Corte previene al Director de la Cárcel para que cumpla con la obligación de expedir un acto motivado en el que resuelva la solicitud del permiso, situación que no guarda ninguna relación con el oficio suscrito por una abogada (de la que no se sabe la dependencia) y un Director Regional 680

- BIENES SUJETOS A INVESTIGACION PENAL

  ° *Gastos durante el periodo de inmovilización de automotores (parqueadero, multas, impuestos).* La tutela es improcedente por existir un trámite específico establecido en el Código Contencioso Administrativo para resolver los litigios de responsabilidad del

Página

Estado por los hechos u omisiones de los servidores públicos cuando éstos en ejercicio de sus funciones ocasionan daños a los particulares, artículo 13 Decreto 2304 de 1989. 779

- Se trata aquí del decomiso o retención sin causa justa de un bien productivo del cual el accionante derivaba ingresos para la subsistencia congrua de él y de su familia, y se parte del hecho cierto de que el accionante no tiene dinero para cubrir el costo del parqueadero, ya que su única fuente de ingresos era la que está decomisada. El despojo arbitrario e injustificado del elemento básico para laborar, como es el taxi, lleva inherente la vulneración del derecho fundamental al trabajo. El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 es perfectamente compatible con el caso sometido a estudio. *Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo.* 779

C

– CESACION DE LA ACTUACION IMPUGNADA

- *Procedencia.* Cuando con posterioridad a la instauración de la acción y antes de proferirse el fallo de primer grado se produjo la respuesta a los reclamos de la peticionaria, procede la cesación de la actuación impugnada. 725

– CREDITO

- *Condiciones de pago.* Las reclamaciones por la manera como se cobran las mensualidades de un crédito, son de índole patrimonial y deben dirimirse por los cauces administrativos o judiciales ordinarios y no por el juez de tutela. 847

D

– DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION

- *Derecho de postulación.* La falta de pronunciamiento de la entidad sobre los recursos interpuestos por el accionante por corresponder al ejercicio del derecho de postulación, que no de petición, desconoce el debido proceso administrativo. 847

– DEBIDO PROCESO DE TUTELA

- *Sentencia de tutela incompleta.* El *ad quem* no está obligado a devolver el expediente cuando el juez de primera instancia omite pronunciarse en la sentencia sobre alguno de los derechos que el accionante ha planteado como vulnerados. 711

Página

- La complementación del fallo no debe efectuarse en la segunda instancia en estos casos es necesario para tal efecto el reenvío a la primera instancia del expediente. *Aclaración de Voto Dr. Fernando Arboleda Ripoll.* 711

- Cuando la sentencia es incompleta la solución no puede ser la nulidad. Tampoco puede ser la de que el juez de segunda instancia complemente la decisión, debió remitirse el expediente al Tribunal. *Aclaración de Voto Dres. Jorge Enrique Córdoba Poveda y Carlos Augusto Gálvez Argote.* 711

- Si el juzgador de tutela no se pronuncia en el fallo sobre la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, obviamente incurre en nulidad. "Tampoco entiendo cómo [...] el derecho a la doble instancia (artículo 31 Constitución Política y 360 del Código de Procedimiento Civil) no se viola si la respuesta "completa" a la demanda sólo se obtiene en la segunda instancia". *Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo.* 711

- Siendo el artículo 29 de la Constitución Política posterior al Código de Procedimiento Civil, debe concluirse que la afectación al debido proceso constituye también causal de nulidad. La aplicación en estos eventos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil impide un nuevo estudio integral, fusionado, de las pretensiones para, quizás, llegar a una mejor solución. Tanto el artículo 311 como los anteriores 309 y 310 no plantean la posibilidad de aclarar, corregir, salvar de incertidumbre o adicionar decisiones que no han sido tomadas en la sentencia de primera instancia, menos si la pretensión que no ha sido resuelta tiene que ver con la integridad y totalidad de un derecho fundamental. La posibilidad de retornar el expediente a primera instancia para que se complementara tampoco es procedente. *Salvamento de voto Dr. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.* 711

– DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO

- *Reposición contra sentencia.* En los procesos de única instancia es aplicable el artículo 99 del CDU que consagra el recurso de reposición contra la sentencia. Vulnera el derecho la entidad que no da curso al recurso oportunamente interpuesto. 667

– DEBIDO PROCESO PENAL

- *Acceso al expediente antes de definir situación jurídica.* La calidad de sujeto procesal solo se adquiere por la vinculación mediante indagatoria o la declaratoria de persona ausente. En ausencia de

Página

cualquiera de uno de esos supuestos de hecho, ninguna persona puede tener acceso al expediente y menos obtener copias de él, por cuanto el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, solo autoriza las copias a los sujetos procesales y a la autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios. El artículo 142 del Código de Procedimiento Penal solo es aplicable respecto del defensor del sindicado. 700

- *Notificación a parte civil del auto que precluye investigación.* Por ausencia de un mandato legal que así lo ordene, ninguna obligación había para que se realizara la diligencia de citación a que se refiere el artículo 25 de la Ley 81 de 1993 con miras a notificar la preclusión de investigación. La notificación por estado no configura una vía de hecho. 685
- *Notificación a persona no individualizada.* Mientras no haya imputado conocido durante la investigación previa no es posible dar aplicación al artículo 81 de la Ley 190 de 1995. 700

– DEBIDO PROCESO PENAL

- *Parte Civil.* Cuando se rompe la conexidad, el otorgamiento de poder para actuar, no suple la necesidad de presentar la demanda de parte civil, aun cuando se trate del mismo apoderado que presentó demanda respecto del otro delito. La Fiscalía vulnera el debido proceso cuando permite la actuación irregular de la apoderada. 759

– DERECHO A LA IGUALDAD

- *En providencias judiciales.* No es posible establecer la supuesta desigualdad de las decisiones a partir de la simple comparación de ellas. Un juicio de tal tenor debe hacerlo el Juez competente que es el único que tiene a su disposición la totalidad de la actuación y la oportunidad natural y adecuada para estudiar todos y cada uno de los factores que componen los procesos que conducen a las decisiones atacadas. Un juicio de tal tenor debe partir de la determinación de la existencia del antecedente e incluir la estimación de su certeza, la apreciación de su aplicabilidad al caso en el que se le reclama y valorar las consecuencias de ello. 770

– DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

- *Beneficios administrativos.* Cuando se autorizan permisos especiales el sindicado o condenado continúa formalmente preso. La negativa a concederlos no desconoce el derecho a la libertad del

Página

accionante, máxime cuando el interno puede renovar su solicitud en los términos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 o impugnar el acto administrativo. 680

- DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL

  ° *Animales peligrosos en copropiedades.* En pugna el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la demandada y de su hijo como propietarios de perros de raza Pit Bull, frente al de la vida e integridad de las personas que también residen en la Copropiedad, la Corte consideró que existe un riesgo latente para la colectividad especialmente la infantil, el cual no se puede desconocer, so pretexto de ejercer derechos individuales también fundamentales. 730

  ° La tenencia de perros por la accionada, en condiciones de seguridad e higiene, es una conducta lícita, que no transgrede ningún precepto imperativo. En el prescrito caso, no hay prohibición expresa en el reglamento, no existía peligro inminente, ni concurría en el caso el estado de indefensión, que excepcionalmente habilitara la acción de tutela contra particulares. *Salvamento de Voto Dr. Edgar Lombana Trujillo.* 730

- DERECHO DE PETICION

  ° *De las partes en actuaciones judiciales.* Para resolver las solicitudes de las partes, el Código de Procedimiento Penal establece términos perentorios, y para precaver la vulneración de los derechos fundamentales por la omisión del funcionario, existen idóneos controles intrasistemáticos establecidos en aplicación del debido proceso. La vulneración del debido proceso por la irregular notificación y la negativa a hacer entrega de las fotocopias al sindicado constituyen actuaciones que deben ser corregidas por el director del proceso, en acatamiento del artículo 13 *ejusdem*, que con rango de norma rectora obliga al funcionario a "corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales". No procede la tutela en estos eventos. 707

- DERECHO DE PETICION

  ° *Expedición de copias.* Para que la respuesta ordenada fuere efectiva, no debió acudirse al formalismo de referirse a "una copia informal" sino que, para acercarse al derecho sustancial y procurar la satisfacción de la justa solicitud de la peticnte, lo apropiado resulta informarle lo que se acoja plenamente a la verdad, como

Página

al parecer lo es que la copia que se le suministra coincide exactamente con la conservada en el despacho respectivo, la cual es fiel reproducción del original que se hallaba en el expediente extraviado. De ahí que le asiste razón a la impugnante, al censurar que no le ha sido entregada una copia que le resulte apropiada para el fin que requiere, por lo cual ha de observarse que su petición no le ha sido resuelta adecuadamente. 696

– DESISTIMIENTO DE LA IMPUGNACION EN TUTELA

° Resulta perfectamente viable la posibilidad de desistir del recurso de apelación. 757

E

– EPS, TRATAMIENTO MEDICO

° *Enfermedades de alto costo.* Si el afiliado no ha cotizado las 100 semanas, es un hecho incontrovertible pero insuficiente para negarle la droga, habida cuenta que, en ningún caso esto es factor determinante para dejar a la deriva el derecho a la vida a través de la vulneración del derecho a la salud, pues la entidad cuenta con la acción para repetir en contra del Estado, siempre y cuando, como aquí también se columbra, el enfermo carece de los medios económicos para sufragar un determinado porcentaje de los gastos que demanda la enfermedad. 678

– EPS, TRATAMIENTO MEDICO

° *Procedimientos médicos.* No es razonable considerar que se lesiona o pone en peligro el derecho fundamental a la salud y vida cuando la EPS no niega la prestación del servicio, ha hecho lo necesario para otorgarlo y no ha sido posible adelantar el tratamiento por la desconfianza y no credibilidad de la peticionaria en la eficacia y efectividad del servicio que se presta en la ciudad de Cúcuta, conducta que respalda en muy personales y subjetivas apreciaciones que carecen de soporte científico comprobable ... 821

F

– FISCALIA GENERAL DE LA NACION

° *Conciliación Extrajudicial.* La "conciliación extrajudicial" que sugiere la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, no fue concebida para solucionar el conflicto con el dueño de cada carro en particular, sino para hacer frente a los propietarios de los parqueaderos que reclaman sumas que la Fiscalía les adeuda. Además, así fuere el caso, el accionante tampoco puede ser obligado a inmiscuirse en una conciliación, ya que él nada debe

Página

y por tanto, en este sentido, en nada tiene que transigir. Cualquier erogación que haga para recuperar su taxi constituye una carga que el Estado le impuso por fuera de la legalidad. *Salvamento de voto Doctor Edgar Lombana Trujillo.* 779

- *Obligaciones frente a automotores retenidos.* La Fiscalía, a sabiendas de que no se ha previsto con anticipación un rubro en el presupuesto para el pago de los parqueaderos que ocupan los carros involucrados en asuntos penales, obliga a la utilización de éstos, con la particularidad de que en lugar de entenderse directamente con el propietario del parqueadero, hace surgir por la fuerza y sin que medie la voluntad del dueño de un vehículo, una relación de hecho, no jurídica y no contractual, entre éste y el parqueadero, al cual queda comprometido por el valor al que ascienda el tiempo de utilización del garaje. *Salvamento de voto Dr. Edgar Lombana Trujillo.* 779

I

– IPS

- *Reembolso por costo de tratamiento médico en enfermedades de alto costo.* La IPS presta un servicio público esencial, en condición de contratista de la EPS y se encuentra limitada por aquella relación contractual. Sin embargo, ante la afectación del derecho a la vida y la integridad de la accionante, consideró la Corte que si la IPS se había ofrecido a reembolsar los costos a la paciente, no tiene ningún sentido negarle un servicio que hace parte del convenio suscrito con la EPS. Respecto al sobre costo a que alude la IPS accionada, ésta podrá volver contra la EPS o la entidad que de acuerdo con la ley deba asumirlo. 816

– IMPUGNACION EN TUTELA

- *Legitimación del accionado.* Carece de legitimación el accionado para impugnar la orden de compulsarle copias por no tratarse de un pronunciamiento de fondo sobre el objeto de la tutela sino una decisión accesoria cuya fuente no es la protección de derechos fundamentales sino la garantía de la función pública, que debe ser decidida por el funcionario que tiene la competencia exclusiva y excluyente para ello. 825

– INDEMNIZACION EN TUTELA

- *Requisitos.* Si bien el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de condenar *in genere* a la indemnización del daño emergente, dentro del proceso de tutela tal condena sólo es posible decretarla si se concede el amparo, si el resarcimiento es

Página

necesario para efectivo goce del derecho y el afectado no dispone de otro medio judicial para obtenerlo, requiriéndose además que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria". En el presente caso, no están presentes estos requisitos. 696

J

- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

  ° *Extensión de efectos a otras tutelas.* Ninguna correspondencia del tema "general" abordado por la Corte Constitucional en su sentencia T153 de abril 28 de 1998 con la situación CONCRETA que exhibe en Armenia la situación carcelaria, capitalmente como consecuencia del sismo ocurrido el 25 de enero de 1999. En dicha oportunidad la Corte Constitucional dio apenas directrices, recomendaciones y órdenes para un real mejoramiento de esa situación en todo el país, y si tales pautas no se cumplen es obvio que los reclusos, o alguien legalmente a su nombre, demanden en tutela el obedecimiento en cuestión 749

M

- MECANISMO TRANSITORIO

  · *Enriquecimiento sin causa.* No se puede invocar el "enriquecimiento sin causa" del contradictor como generador de un perjuicio irremediable para quien solicita el amparo. 775

N

- NULIDAD EN TUTELA

  ° *Falta de competencia en razón de la materia.* La acción intentada contra un periódico no podía ser definida por el Tribunal Superior ya que carecía de competencia. (Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991). Al hacerlo, el *a quo* incurrió en una nulidad que la Corte declara ordenando la remisión del expediente al Juez Penal del Circuito. 830

- NULIDAD EN TUTELA

  ° *Rechazo con apariencia de sentencia.* Presentada la demanda de tutela lo primero que debe hacer el funcionario a quien le corresponda es determinar si debe admitirse, tramitarse y decidirse de fondo, o si debe ser rechazada. Si la conclusión es esta última, el pronunciamiento tiene que producirse de inmediato y no admite

Página

apelación, como se dijo antes. Además, el expediente no debe remitirse a la Corte Constitucional pues no se decidió de fondo la acción y por lo tanto no existe ninguna sentencia para revisar. La primera instancia, en efecto, aparte de considerar que los demandantes carecían de legitimidad para reclamar por la violación del derecho a la dignidad de sus parientes, no se pronunció de ninguna forma en relación con el reclamo que efectuaron en tor no a la afectación de su derecho de visita. A juicio de la Sala, en consecuencia, se trataba de un asunto sobre el cual era indispensable que se pronunciara de fondo el Tribunal Superior. Y como no lo hizo y como formalmente dictó sentencia, procede la declaración de nulidad a partir de la determinación impugnada, para que el pronunciamiento omitido se produzca con arreglo a la estructura del debido proceso. 813

P

- PROGRAMAS DE LA ADMINISTRACION

  ° *Restitución del espacio público, daño eventual.* Si bien se requirió al accionante para que desocupara el espacio invadido, hasta el momento no se han iniciado las acciones pertinentes para obtener su desalojo, por tanto, las condiciones en que se ha desarrollado su vida desde el año 1994 no se han modificado, ni siquiera, en términos hipotéticos, se está frente a una vulneración del derecho del accionante. 859

- PROPIEDAD HORIZONTAL

  ° *Sanciones por mora.* Las medidas coercitivas que ha adoptado la accionada (suspender el servicio de citófono, celaduría y portería) para forzar del accionante el pago de lo adeudado al Conjunto, desbordan los límites de lo razonable en el funcionamiento de este tipo de organizaciones privadas, pues afecta en su núcleo esencial derechos constitucionales fundamentales como los que son objeto de esta solicitud de amparo. Es que si bien, no se puede desconocer que la administración del Conjunto tiene un derecho de por medio, que además es de rango legal, como es el de obtener el pago de las expensas que corresponde cancelar a cada uno de los residentes, obligación de la que mal puede sustraerse el accionante, ello no significa que en vez de acudir a las vías ordinarias, por los mecanismos previstos en la legislación civil, tome medidas, que si bien encuentran respaldo en el Reglamento de Propiedad Horizontal, no representan nada distinto al abuso del derecho que lesiona de manera seria derechos constitucionales del peteníe, los que se ampararán en esta decisión, 740

Página

R

- REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO

° *Infraestructura.* El hacinamiento que aquí nadie discute, obedece al terremoto que ocurrió en la zona conocida como el Eje Cafetero. El INPEC está legalmente obligado a conjurar la crisis carcelaria, para lo cual, ocurrida la destrucción del Centro de Rehabilitación debió realizar las actividades pertinentes para hacer EFECTIVO Y REAL tal cometido constitucional y legal. 749

- REGIMEN PENSIONAL

1. *Cancelación de pensión sanción de jubilación.* Procedencia de la tutela cuando se está frente a persona de la tercera edad que ve comprometido su mínimo vital.

2. *Alcance de la orden de pago de créditos laborales.* Los intereses moratorios derivados del incumplimiento del pago -pedidos por el accionante- deberán ser reclamados por el interesado a través de la vía ordinaria, de haber lugar a los mismos. La Corte adicionó el fallo en el sentido de que en lo sucesivo la accionada procurará la solución oportuna de la pensión de jubilación a que tiene derecho la parte actora. 852

- REGIMEN PENSIONAL

° *Alcance de la orden de pago de créditos laborales.* Salvamento parcial de Voto Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego: Improcedencia de la orden de pago de las mesadas dejadas de cancelar. 852

- REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA

° *Personal retirado.* Se vulnera el derecho a seguridad social del soldado voluntario que es retirado mientras se adelanta el trámite para establecer los efectos de la lesión padecida cuando estaba en servicio activo. 690

S

- SEGURIDAD SOCIAL

° *Estratificación para registro en régimen subsidiado.* La tutela no es el mecanismo adecuado para obtener el cambio de estratificación de la accionante, debiendo dirigirse para ese efecto, a la oficina correspondiente del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, que es el organismo facultado para resolver su petición. La negativa de la entidad a registrarla no es arbitrario, tiene fundamento en la falta de requisitos para pertenecer al régimen subsidiado. 795

Página

- SEGURIDAD SOCIAL

  ° *Protección transitoria a quien ha perdido su calidad de beneficiaria.* La entidad accionada suspende el tratamiento de la accionante ante el hecho de que la trabajadora al cambiar su afiliación de empleada a independiente, no incluyó como beneficiaria de seguridad social a la accionante. A pesar, de que inicialmente sí estaba afiliada. Se trata de una situación excepcional, que puede superarse en corto tiempo, la Sala, al tenor de las facultades conferidas al juez de tutela en el último inciso del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, considera que la atención se deberá prestar por el término de 2 meses, contados a partir del proferimiento de esta determinación, lapso en el cual tanto la actora como su hija deberán acudir al Régimen Subsidiado, para lograr la atención que demanda su estado de salud, salvo que en este período se llegue a un acuerdo entre éstas y el ISS en el sentido de incluirla como beneficiaria o como adicional si es del caso. 803

- SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE

  – *Paraderos.* La inconformidad del accionante por la ocupación del espacio público que efectúa una empresa de transporte que tiene su paradero en el barrio donde habita, no es procedente plantearla mediante tutela. Existen las acciones policivas y las acciones populares de que trata el artículo 88 de la Constitución Nacional y la Ley 472 de 1998, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. 843

- SERVICIO DE RADIO

  ° *Traslado de emisora por problemas de orden público.* En el asunto *sub lite*, dos son las pretensiones que mueven al actor a invocar el amparo constitucional bajo la consideración equivocada de que se le dé un "tratamiento excepcional", dadas las condiciones adversas que en materia de orden público vive aquella comarca. La primera, la reubicación de los transmisores de la estación radiodifusora cuyo funcionamiento se autorizó en amplitud modulada -AM-, o en su defecto, el cambio de la modalidad de prestación del servicio a frecuencia modulada -FM-. En uno u otro evento, es menester precisar, existe regulación legal vigente, la cual en diversas oportunidades la accionada le ha hecho saber al actor, previa advertencia de las soluciones técnicas y jurídicas que caben darse sin desbordar el ordenamiento. La tutela es improcedente. 799

Página

– SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

° *Nombramientos en provisionalidad.* El acuerdo 176 de 1996 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es aplicable en los eventos de nombramientos en provisionalidad para establecer los requisitos del aspirante al cargo. La sanción que impone el Consejo Superior al Tribunal que desatiende esta normalividad no configura vía de hecho. .. 667

– SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA

° *Competencia para resolver.* Reafirma la improcedencia del amparo la carencia de fundamento en la crítica que por la presunta falta de competencia para negar el subrogado penal formula el tutelante a la sentencia de segundo grado, pues de conformidad con el artículo 68 del Código Penal, es al juzgador de primera, segunda o única instancia a quien corresponde suspender la ejecución de la sentencia por un periodo de prueba de dos (2) a cinco (5) años, y no a la autoridad administrativa, como él lo sugiere. Y si lo que pretende es obtener su libertad, dada su condición de condenado mediante sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75.1° del Código de Procedimiento Penal, debe dirigirse al correspondiente Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y no al juez de tutela, pues éste no puede arrogarse la competencia que por ley está atribuida a los jueces ordinarios. 790

V

– VIA DE HECHO

° *Concepto y valoración jurídica.* La disparidad de la decisión judicial con la norma jurídica constituye vía de hecho cuando aquella es asumida con base en normas inaplicables (defecto sustantivo), se carece de supuesto probatorio para aplicar el supuesto legal (defecto fáctico), no se tiene competencia (defecto orgánico), o la actuación no corresponde al procedimiento establecido (defecto procedimental). De ahí que el juez de tutela deba limitarse a determinar si el funcionario judicial incurrió en alguna arbitrariedad pues no es de su competencia entrar a analizar el contenido de toda la evidencia para definir si la valoración realizada por el juez de instancia es o no correcta. 836

INDICE CRONOLOGICO DE PROVIDENCIAS DE TUTELA

Página

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: Nombramientos en provisionalidad. El acuerdo 176 de 1996 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es aplicable en los eventos de nombramientos en provisionalidad para establecer los requisitos del aspirante al cargo. La sanción que impone el Consejo Superior al Tribunal que desatiende esta normatividad no configura vía de hecho./ **DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO: Reposición contra sentencia.** En los procesos de única instancia es aplicable el artículo 99 del CDU que consagra el recurso de reposición contra la sentencia. Vulnera el derecho la entidad que no da trámite al recurso oportunamente interpuesto. *Magistrado Ponente Doctor Edgar Lombana Trujillo. Sentencia. Fecha: julio 1 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 5739 - Perul* 667

EPS, TRATAMIENTO MEDICO: Enfermedades de alto costo. Si el afiliado no ha cotizado las 100 semanas, es un hecho incontrovertible pero insuficiente para negarle la droga, habida cuenta que, en ningún caso esto es factor determinante para dejar a la deriva el derecho a la vida a través de la vulneración del derecho a la salud, pues la entidad cuenta con la acción para repetir en contra del Estado, siempre y cuando, como aquí también se columbra, el enfermo carece de los medios económicos para sufragar un determinado porcentaje de los gastos que demanda la enfermedad. Magistrado *Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: 06/07/1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 5756* 676

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL: Beneficios administrativos. Cuando se autorizan permisos especiales el sindicado o condenado continua formalmente preso. La negativa a concederlos no desconoce el derecho a la libertad del accionante, máxime

Página

cuando el interno puede renovar su solicitud en los términos del artículo 147 de la Ley 65 de 1993 o impugnar el acto administrativo. /BENEFICIOS ADMINISTRATIVOS: 1. Exclusiones. Es en la Ley 504 de 1999 donde se define exactamente a quénes se excluye de los beneficios de establecimiento abierto, el artículo 150 de la Ley 65 de 1993 es inaplicable. El recluso puede reiterar su solicitud si considera que no se haya en alguno de estos supuestos. 2. Formalidades de la respuesta. La Corte previene al Director de la Cárcel para que cumpla con la obligación de expedir un acto motivado en el que resuelva la solicitud del permiso, situación que no guarda ninguna relación con el oficio suscrito por una abogada (de la que no se sabe la dependencia) y un Director Regional. *Magistrado Ponente Doctor: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: julio 06 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Expide Copia. Proceso: 5777 - Penal* 680

DEBIDO PROCESO PENAL: Notificación a parte civil del auto que precluye investigación. Por ausencia de un mandato legal que así lo ordene, ninguna obligación había para que se realizara la diligencia de citación a que se refiere el artículo 25 de la ley 81 de 1993 con miras a notificar la preclusión de investigación. La noutificación por estado no configura una vía de hecho. *Magistrado Ponente Doctor: Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: julio 13 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 5813-Penal* 685

REGIMEN MILITAR Y DE POLICIA: Personal retirado. Se vulnera el derecho a seguridad social del soldado voluntario que es retirado mientras se adelanta el trámite para establecer los efectos de la lesión padecida cuando estaba en servicio activo. *Magistrado Ponente Doctor: Jorge Aníbal Gomez Gallego. Sentencia. Fecha: julio 13 de 1999. Decisión: Revoca. Concede* Tutela. Proceso: 5818 Penal 690

DERECHO DE PETICION: Expedición de copias. Para que la respuesta ordenada fuere efectiva, no debió acudirse al formulismo de referirse a «una copia informal» sino que, para acercarse al derecho sustancial y procurar la satisfacción de la justa solicitud de la petente, lo apropiado resulta informarle lo que se acoja plenamente a la verdad, como al parecer lo es que la copia que se le suministra coincide exactamente con la conservada en el despacho respectivo, la cual es fiel reproducción del original que se hallaba en el expediente extraviado. De ahí que le asiste razón a la impugnante, al censurar que no le ha sido entregada una copia que le resulte apropiada para el fin que requiere, por lo cual ha de observarse que su petición no le ha sido resuelta adecua-

Página

damente. *Magistrado Ponente: Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: 14/07/1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara. Niega Indemnización. Proceso: 5792* 696

INDEMNIZACION EN TUTELA: Requisitos. Si bien el artículo 25 del decreto 2591 de 1991 establece la posibilidad de condenar in genere a la indemnización del daño emergente, dentro del proceso de tutela tal condena sólo es posible decretarla si se concede el amparo, si el resarcimiento es necesario para efectivo goce del derecho y el afectado no dispone de otro medio judicial para obtenerlo, requiriéndose además que la violación sea manifiesta y provenga de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria.» En el presente caso, no están presentes estos requisitos. *Magistrado Ponente: Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: 14/07/1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara. Niega Indemnización. Proceso: 5792* 696

DEBIDO PROCESO PENAL: 1. Acceso al expediente antes de definir situación jurídica. La calidad de sujeto procesal solo se adquiere por la vinculación mediante indagatoria o la declaratoria de persona ausente. En ausencia de cualquiera de uno de esos supuestos de hecho, ninguna persona puede tener acceso al expediente y menos obtener copias de él, por cuanto el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, solo autoriza las copias a los sujetos procesales y a la autoridad competente para investigar y conocer de procesos judiciales, administrativos o disciplinarios. El artículo 142 del Código de Procedimiento Penal solo es aplicable respecto del defensor del sindicado.

2. Notificación a persona no individualizada: Mientras no haya imputado conocido durante la investigación previa no es posible dar aplicación al artículo 81 de la Ley 180 de 1995. *Magistrado Ponente: Doctor: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: julio 21 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 5804 - Penal* 700

DERECHO DE PETICION: De las partes en actuaciones judiciales. Para resolver las solicitudes de las partes, el Código de Procedimiento Penal establece términos perentorios, y para precaver la vulneración de los derechos fundamentales por la omisión del funcionario, existen idóneos controles intrasistemáticos establecidos en aplicación del debido proceso. La vulneración del debido proceso por la irregular notificación y la negativa a hacer entrega de las fotocopias al sindicado constituyen actuaciones que deben ser corregidas por el director del proceso, en acatamiento del artículo 13 ejusdem, que con rango de norma rectora obliga al funcionario a «corregir los actos irregulares, respetando

siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales». No procede la tutela en estos eventos. *Magistrado Ponente Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: 14/09/1999 Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso : 6085* 707

DEBIDO PROCESO DE TUTELA: Sentencia de tutela incompleta. El *ad quem* no está obligado a devolver el expediente cuando el juez de primera instancia omite pronunciarse en la sentencia sobre alguno de los derechos que el accionante ha planteado como vulnerados. Magistrado Ponente Doctor: Nilson Elías Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: septiembre 20 de 1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela Modifica. Proceso 6095 – Penal. Notas Aclaratorias- Doctor: Carlos Augusto Galvez Argote Aclaración de Voto; Doctor: Fernando E. Arboleda Ripoll - Aclaración de Voto; Doctor: Jorge Enrique Córdoba Poveda - Aclaración de Voto; Doctor: Alvaro Orlando Pérez Pinzón - Salvamento de Voto; Doctor: Edgar Lombana Trujillo - Salvamento de Voto. 1. *Aclaración de Voto Doctor: Fernando Arboleda Ripoll:* La complementación del fallo no debe efectuarse en la segunda instancia en estos casos es necesario para tal efecto el reenvío a la primera instancia del expediente. 2. *Aclaración de Voto Doctores: Jorge Enrique Córdoba Poveda y Carlos Augusto Gálvez Argote:* Cuando la sentencia es incompleta la solución no puede ser la nulidad. Tampoco puede ser la de que el juez de segunda instancia complemente la decisión, debió remitirse el expediente al Tribunal. 3. *Salvamento de Voto Doctor: Edgar Lombana Trujillo:* Si el juzgador de tutela no se pronuncia en el fallo sobre la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, obviamente incurre en nulidad. "Tampoco entiendo cómo [...] el derecho a la doble instancia (artículo 31 Constitución Política y 360 del Código de Procedimiento Civil) no se viola si la respuesta "completa" a la demanda sólo se obtiene en la segunda instancia". 4. *Salvamento de Voto Doctor: Alvaro Orlando Pérez Pinzón:* Siendo el artículo 29 de la Constitución Política posterior al Código de Procedimiento Civil, debe concluirse que la afectación al debido proceso constituye también causal de nulidad. La aplicación en estos eventos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil impide un nuevo estudio integral, fusionado, de las pretensiones para, quizás, llegar a una mejor solución. Tanto el artículo 311 como los anteriores 309 y 310 no plantean la posibilidad de aclarar, corregir, salvar de incertidumbre o adicionar decisiones que no han sido tomadas en la sentencia de primera instancia, menos si la pretensión que no ha sido resuelta tiene que ver con la integridad y totalidad de un derecho fundamental. La posibilidad de retornar el expediente a primera instancia para que se complementara tampoco es procedente. 711

Página

CESACIÓN DE LA ACTUACION IMPUGNADA: *procedencia.* Cuando con posterioridad a la instauración de la acción y antes de proferirse el fallo de primer grado se produjo la respuesta a los reclamos de la peticionaria, procede la cesación de la actuación impugnada. *Magistrado Ponente : Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: 21/09/1999. Decision: Confirma. No Tutela. Proceso: 6117* 725

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL: Animales peligrosos en copropiedades. En pugna el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de la demandada y de su hijo como propietarios de perros de raza Pit Bull, frente al de la vida e integridad de las personas que también residen en la Copropiedad, la Corte consideró que existe un riesgo latente para la colectividad especialmente la infantil, el cual no se puede desconocer, so pretexto de ejercer derechos individuales también fundamentales. *Magistrado Ponente Doctor: Mario Mantilla Nougués. Sentencia. Fecha: septiembre 22 de 1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 6129– Penal. Notas Aclaratorias: Doctor Edgar Lombana Trujillo - Salvamento de Voto - Salvamento de Voto Doctor Edgar Lombana Trujillo.* La tenencia de perros por la accionada, en condiciones de seguridad e higiene, es una conducta lícita, que no transgrede ningún precepto imperativo. En el presente caso, no hay prohibición expresa en el reglamento, no existía peligro inminente, ni concurría en el caso el estado de indefensión, que excepcionalmente habilitara laacción de tutela contra particulares. 730

PROPIEDAD HORIZONTAL: Sanciones por mora. Las medidas coercitivas que ha adoplado la accionada (suspender el servicio de citófono, celaduría y portería) para forzar del accionante el pago de lo adeudado al Conjunto, desbordan los límites de lo razonable en el funcionamiento de este de tipo organizaciones privadas, pues afecta en su núcleo esencial derechos constitucionales fundamentales como los que son objeto de esta solicitud de amparo. Es que si bien, no se puede desconocer que la administración del Conjunto tiene un derecho de por medio, que además es de rango legal, como es el de obtener el pago de las expensas que corresponde cancelar a cada uno de los residentes, obligación de la que mal puede sustraerse el accionante, ello no significa que en vez de acudir a las vías ordinarias, por los mecanismos previstos en la legislación civil, tome medidas, que si bien encuentran respaldo en el Reglamento de Propiedad Horizontal, no representan nada distinto al abuso del derecho que lesiona de manera seria derechos constitucionales del peticionario, los que se

Página

ampararán en esta decisión. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: 12/10/1999. Decision: Revoca Parcial. Concede Tutela. Proceso: 6224* 740

REGIMEN PENITENCIARIO Y CARCELARIO: Infraestructura. El hacinamiento que aquí nadie discute, obedece al terremoto que ocurrió en la zona conocida como el Eje Cafetero. El INPEC está legalmente obligado a conjurar la crisis carcelaria, para lo cual, ocurrida la destrucción del Centro de Rehabilitación debió realizar las actividades pertinentes para hacer EFECTIVO Y REAL tal cometido constitucional y legal. *Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo. Sentencia. Fecha: 20/10/1999. Decisión: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 6271* 749

DESISTIMIENTO DE LA IMPUGNACION EN TUTELA: que resulta perfectamente viable la posibilidad de desistir del recurso de apelación. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Auto. Fecha: 20/10/1999. Decisión: Acepta Desistimiento. Proceso: 6359* 757

DEBIDO PROCESO PENAL: Parte Civil. Cuando se rompe la conexidad, el otorgamiento de poder para actuar, no suple la necesidad de presentar la demanda de parte civil, aun cuando se trate del mismo apoderado que presentó demanda respecto del otro delito. La Fiscalía vulnera el debido proceso cuando permite la actuación irregular de la apoderada. *Magistrado Ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo. Sentencia. Fecha: 22/10/1999. Decision: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 6283* 759

DERECHO A LA IGUALDAD: En providencias judiciales. No es posible establecer la supuesta desigualdad de las decisiones a partir de la simple comparación de ellas. Un juicio de tal tenor debe hacerlo el Juez competente que es el único que tiene a su disposición la totalidad de la actuación y la oportunidad natural y adecuada para estudiar todos y cada uno de los factores que componen los procesos que conducen a las decisiones atacadas. Un juicio de tal tenor debe partir de la determinación de la existencia del antecedente e incluir la estimación de su certeza, la apreciación de su aplicabilidad al caso en el que se le reclama y valorar las consecuencias de ello. *Magistrado Ponente Doctor: Carlos Eduardo Mejía Escobar. Sentencia. Fecha: noviembre 2 de* 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6362 - Penal 770

MECANISMO TRANSITORIO: Enriquecimiento sin causa. No se puede invocar el "enriquecimiento sin causa" del contradictor como generador de un perjuicio irremediable para quien solicita el amparo. *Magistrado Ponente Doctor: Jorge Aníbal Gómez Galle-*

Página

go. Sentencia. Fecha: noviembre 09 de 1999. Decisión: Confirma.No Tutela. Proceso: 6381 - Penal 775

BIENES SUJETOS A INVESTIGACION PENAL: Gastos durante el periodo de inmovilización de automotores (parqueadero, multas, impuestos). La tutela es improcedente por existir un trámite específico establecido en el Código Contencioso Administrativo para resolver los litigios de responsabilidad del Estado por los hechos u omisiones de los servidores públicos cuando éstos en ejercicio de sus funciones ocasionan daños a los particulares, artículo 13 Decreto 2304 de 1989. *Magistrado Ponente Doctor Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia. Fecha: noviembre 16 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Adiciona. Proceso: 6389 – Penal. Notas Aclaratorias Doctor: Edgar Lombana Trujillo* Salvamento de Voto 779

BIENES SUJETOS A INVESTIGACION PENAL: Gastos durante el periodo de inmovilización de automotores (parqueadero, multas, impuestos). *Salvamento de Voto Doctor: Edgar Lombana Trujillo.* Se trata aquí del decomiso o retención sin causa justa de un bien productivo del cual el accionante derivaba ingresos para la subsistencia congrua de él y de su familia, y se parte del hecho cierto de que el accionante no tiene dinero para cubrir el costo del parqueadero, ya que su única fuente de ingresos era la que está decomisada. El despojo arbitrario e injustificado del elemento básico para laborar, como es el taxi, lleva inherente la vulneración del derecho fundamental al trabajo. El artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 es perfectamente compatible con el caso sometido a estudio. / **FISCALIA GENERAL DE LA NACION:** *Salvamento de Voto Doctor: Edgar Lombana Trujillo.* 1. Obligaciones frente a automotores retenidos. La Fiscalía, a sabiendas de que no se ha previsto con anticipación un rubro en el presupuesto para el pago de los parqueaderos que ocupan los carros involucrados en asuntos penales, obliga a la utilización de éstos, con la particularidad de que en lugar de entenderse directamente con el propietario del parqueadero, hace surgir por la fuerza y sin que medie la voluntad del dueño de un vehículo, una relación de hecho, no jurídica y no contractual, entre éste y el parqueadero, al cual queda comprometido por el valor al que ascienda el tiempo de utilización del garaje. 2. Conciliación Extrajudicial. La "conciliación extrajudicial" que sugiere la Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, no fue concebida para solucionar el conflicto con el dueño de cada carro en particular, sino para hacer frente a los propietarios de los parqueaderos que reclaman sumas que la Fiscalía les adeuda. Además, así fuere el caso, el accionante tampoco puede ser obligado a inmiscuirse en una

conciliación, ya que él nada debe y por tanto, en este sentido, en nada tiene que transigir. Cualquier erogación que haga para recuperar su taxi constituye una carga que el Estado le impuso por fuera de la legalidad. 779

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA: Competencia para resolver. Reafirma la improcedencia del amparo la carencia de fundamento en la crítica que por la presunta falta de competencia para negar el subrogado penal formula el tutelante a la sentencia de segundo grado, pues de conformidad con el artículo 68 del Código Penal, es al juzgador de primera, segunda o única instancia a quien corresponde suspender la ejecución de la sentencia por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años, y no a la autoridad administrativa, como él lo sugiere. Y si lo que pretende es obtener su libertad, dada su condición de condenado mediante sentencia en firme, de conformidad con el artículo 75.1° del Código de Procedimiento Penal, debe dirigirse al correspondiente Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, y no al juez de tutela, pues éste no puede arrogarse la competencia que por ley está atribuida a los jueces ordinarios. *Magistrado Ponente: Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: 23/11/1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6439* 790

SEGURIDAD SOCIAL: estratificación para registro en régimen subsidiado. La tutela no es el mecanismo adecuado para obtener el cambio de estratificación de la accionante, debiendo dirigirse para ese efecto, a la oficina correspondiente del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, que es el organismo facultado para resolver su petición. La negativa de la entidad a registrarla no es arbitrario, tiene fundamento en la falta de requisitos para pertenecer al régimen subsidiado. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: 23/11/1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6443* 795

SERVICIO DE RADIO: traslado de emisora por problemas de orden público. En el asunto sub lite, dos son las pretensiones que mueven al actor a invocar el amparo constitucional bajo la consideración equivocada de que se le de un «tratamiento excepcional», dadas las condiciones adversas que en materia de orden público vive aquella comarca. La primera, la reubicación de los transmisores de la estación radiodifusora cuyo funcionamiento se autorizó en amplitud modulada -AM-, o en su defecto, el cambio de la modalidad de prestación del servicio a frecuencia modulada -FM-. En uno u otro evento, es menester precisar, existe regulación legal vigente, la cual en diversas oportunidades la accionada le ha hecho saber al actor, previa advertencia de las soluciones técnicas y

Página

jurídicas que caben darse sin desbordar el ordenamiento. La tutela es improcedente. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Sentencia. Fecha: 23/11/1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6444* 799

SEGURIDAD SOCIAL: protección transitoria a quien ha perdido su calidad de beneficiaria. La entidad accionada suspende el tratamiento de la accionante ante el hecho de que la trabajadora al cambiar su afiliación de empleada a independiente, no incluyó como beneficiaria de seguridad social a la accionante. A pesar, de que inicialmente si estaba afiliada. Se trata de una situación excepcional, que puede superarse en corto tiempo, la Sala, al tenor de las facultades conferidas al juez de tutela en el último inciso del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991, considera que la atención se deberá prestar por el término de 2 meses contados a partir del proferimiento de esta determinación, lapso en el cual tanto la actora como su hija deberán acudir al Régimen subsidiado, para lograr la atención que demanda su estado de salud, salvo que en este periodo se llegue a un acuerdo entre éstas y el ISS en el sentido de incluirla como beneficiaria o como adicional si es del caso. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha : 24/11/1999. Decisión Confirma. Concede Tutela. Adiciona. Proceso: 6483* 803

AGENCIA OFICIOSA: personas indeterminadas. El tutelante carece de legitimidad para formular la reclamación constitucional a favor de los miembros de la comunidad del Barrio Cachimbero y Siete de Agosto del municipio de Soledad (Atlántico), por no ostentar su representación, ni estar acreditado que el número plural de personas afectadas con la contaminación ambiental que se denuncia, está en imposibilidad de asumir su propia defensa *Magistrado Ponente : Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll. Sentencia. Fecha: 30/11/1999.Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6501* 808

NULIDAD EN TUTELA: Rechazo con apariencia de sentencia. Presentada la demanda de tutela lo primero que debe hacer el funcionario a quien le corresponda es determinar si debe admitirse, tramitarse y decidirse de fondo, o si debe ser rechazada. Si la conclusión es esta última, el pronunciamiento tiene que producirse de inmediato y no admite apelación, como se dijo antes. Además, el expediente no debe remitirse a la Corte Constitucional pues no se decidió de fondo la acción y por lo tanto no existe ninguna sentencia para revisar. La primera instancia, en efecto, aparte de considerar que los demandantes carecían de legitimidad para reclamar por la violación del derecho a la dignidad de

Página

sus parientes, no se pronunció de ninguna forma en relación con el reclamo que efectuaron en torno a la afectación de su derecho de visita. A juicio de la Sala, en consecuencia, se trataba de un asunto sobre el cual era indispensable que se pronunciara de fondo el Tribunal superior. Y como no lo hizo y como formalmente dictó sentencia, procede la declaración de nulidad a partir de la determinación impugnada, para que el pronunciamiento omitido se produzca con arreglo a la estructura del debido proceso. *Magistrado Ponente : Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto. Fecha: 03/12/1999. Decisión: Decreta Nulidad. Remite. Proceso: 6541* 813

IPS: **reembolso por costo de tratamiento medico en enfermedades de alto costo.** La IPS presta un servicio público esencial, en condición de contratista de la EPS y se encuentra limitada por aquella relación contractual. Sin embargo, ante la afectación del derecho a la vida y la integridad de la accionante, consideró la Corte que si la IPS se había ofrecido a reembolsar los costos a la paciente, no tiene ningún sentido negarle un servicio que hace parte del convenio suscrito con la EPS. Respecto al sobre costo a que alude la IPS accionada, ésta podrá volver contra la EPS o la entidad que de acuerdo con la ley deba asumirlo. *Magistrado Ponente: Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Sentencia. Fecha: 07/12/1999. Decisión: Confirma. Concede Tutela. Proceso: 6545* 816

EPS, TRATAMIENTO MEDICO: **procedimientos médicos.** No es razonable considerar que se lesiona o pone en peligro el derecho fundamental a la salud y vida cuando la EPS no niega la prestación del servicio, ha hecho lo necesario para otorgarlo y no ha sido posible adelantar el tratamiento por la desconfianza y no credibilidad de la peticionaria en la eficacia y efectividad del servicio que se presta en la ciudad de Cúcuta, conducta que respalda en muy personales y subjetivas apreciaciones que carecen de soporte científico comprobable. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: 7/12/1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6554* 821

IMPUGNACION EN TUTELA: **Legitimación del accionado.** Carece de legitimación el accionado para impugnar la orden de compulsarle copias por no tratarse de un pronunciamiento de fondo sobre el objeto de la tutela sino una decisión accesoria cuya fuente no es la protección de derechos fundamentales sino la garantía de la función pública, que debe ser decidida por el funcionario que tiene la competencia exclusiva y excluyente para ello. *Magistrado Ponente Doctor: Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Auto. Fecha: diciembre 7 de 1999. Decisión: Desestima Impugnación. Proceso: 6560 - Penal* 825

Página

NULIDAD EN TUTELA: Falta de competencia en razón de la materia. La acción intentada contra un periódico no podía ser definida por el Tribunal Superior ya que carecía de competencia. (Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991). Al hacerlo, el a quo incurrió en una nulidad que Corte declara ordenando la remisión del expediente al Juez Penal del Circuito. *Magistrado Ponente Doctor: Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Auto. Fecha: diciem-bre 9 de 1999. Decisión: Decreta Nulidad. Proceso: 6602 - Penal* 830

VIA DE HECHO: Concepto y valoración jurídica. La disparidad de la decisión judicial con la norma jurídica constituye vía de hecho cuando aquella es asumida con base en normas inaplicables (defecto sustantivo), se carece de supuesto probatorio para aplicar el supuesto legal (defecto fáctico), no se tiene competencia (defecto orgánico), o la actuación no corresponde al procedimiento establecido (defecto procedimental). De ahí que el juez de tutela deba limitarse a determinar si el funcionario judicial incurrió en alguna arbitrariedad pues no es de su competencia entrar a analizar el contenido de toda la evidencia para definir si la valoración realizada por el juez de instancia es o no correcta. *Magistrado Ponente Doctor: Alvaro Orlando Pérez Pinzón. Sentencia. Fecha: diciembre 9 de 1999. Decisión: Confirma. No Tutela. Proceso: 6576 - Penal* 836

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE: paraderos. La inconformidad del accionante por la ocupación del espacio público que efectúa una empresa de transporte que tiene su paradero en el barrio donde habita, no es procedente plantearla mediante tutela. Existen las acciones policivas y las acciones populares de que trata el artículo 88 de la Constitución Nacional y la ley 472 de 1998, que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. *Magistrado Ponente: Dr. Jorge Enrique Córdoba Poveda. Sentencia. Fecha: 10/12/1999. Decision: Confirma. No Tutela. Proceso: 6574* 843

CREDITO: Condiciones de pago. Las reclamaciones por la manera como se cobran las mensualidades de un crédito, son de índole patrimonial y deben dirimirse por los cauces administrativos o judiciales ordinarios y no por el juez de tutela. / **DEBIDO PROCESO DE LA ADMINISTRACION: Derecho de postulación.** La falta de pronunciamiento de la entidad sobre los recursos interpuestos por el accionante por corresponder al ejercicio del derecho de postulación, que no de petición, desconoce el debido proceso administrativo. *Magistrado Ponente: Doctor: Carlos Augusto Gálvez*

Página

Argote. Sentencia. Fecha: diciembre 14 de 1999. Decistón: Revoca. Concede Tutela. Proceso: 6569 - Penal 847

REGIMEN PENSIONAL: 1. Cancelación de pensión sanción de jubilación. Procedencia de la tutela cuando se está frente a persona de la tercera edad que ve comprometido su mínimo vital. **2. Alcance de la orden de pago de créditos laborales.** Los intereses moratorios derivados del incumplimiento del pago - pedidos por el accionante - deberán ser reclamados por el interesado a través de la vía ordinaria, de haber lugar a los mismos. La Corte adicionó el fallo en el sentido de que en los sucesivo la accionada procurará la solución oportuna de la pensión de jubilación a que tiene derecho la parte actora. *Magistrados Ponentes : Dres. Edgar Lombana Trujillo Y Dr. Jorge Anibal Gomez Gallego. Sentencia. Fecha: 14/12/1999.Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara. Proceso: 6626 . Dr. Jorge Anibal Gomez Gallego - Salvamento Parcial de Voto / REGIMEN PENSIONAL: Alcance de la orden de pago de créditos laborales. Salvamento parcial de Voto Dr. Jorge Anibal Gómez Gallego:* Improcedencia de la orden de pago de las mesadas dejadas de cancelar. *Magistrados Ponentes : Dres. Edgar Lombana Trujillo Y Dr. Jorge Anibal Gomez Gallego. Sentencia. Fecha: 14/12/1999.Decisión: Confirma. Concede Tutela. Aclara. Proceso: 6626 . Dr. Jorge Anibal Gomez Gallego - Salvamento Parcial de Voto* 852

PROGRAMAS DE LA ADMINISTRACION: restitución del espacio público, daño eventual. Si bien se requirió al accionante para que desocupara el espacio invadido, hasta el momento no se han iniciado las acciones pertinentes para obtener su desalojo, por tanto, las condiciones en que se ha desarrollado su vida desde el año 1994 no se han modificado, ni siquiera, en términos hipotéticos, se está frente a una vulneración del derecho del accionante. *Magistrado Ponente: Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia. Fecha: 14/12/1999. Decision: Confirma. No Tutela. Proceso: 6633* 859


IMPRENTA
NACIONAL