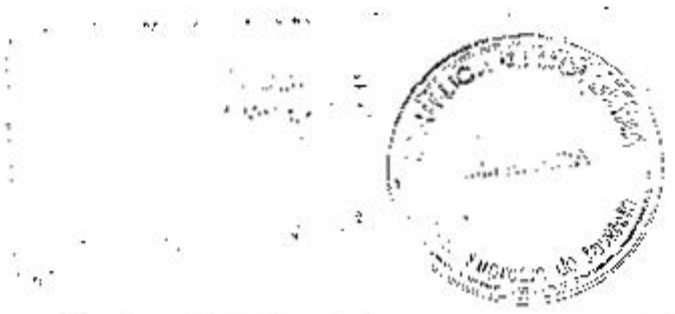
REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



GACETA JUDICIAL

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

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

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCVII — SEGUNDO SEMESTRE — NUMERO 2448

BOGOTA, D. E., COLOMBIA - AÑO 1990

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

EDITORIAL "PARA LA LIBERTAD" FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

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

SEGUNDO SEMESTRE DE 1990

SALA PLENA

Doctor Jorge Carreño Luengas, Presidente
Doctor Pedro Lafont Pianetta, Vicepresidente
Doctora Blanca Trujillo de Sanjuán, Secretaria

SALA CIVIL

Doctor Rafael Romero Sierra, Presidente
Doctor Luis Higinio Mera Benavides, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Eduardo García Sarmiento
Carlos Esteban Jaramillo Schloss
Pedro Lafont Pianetta
Héctor Marín Naranjo
Alberto Ospina Botero
Rafael Romero Sierra

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor Jaime Sanín Greiffenstein, Presidente
Doctora Martha Esperanza Cuevas Meléndez, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Pablo Julio Cáceres Corrales
Pedro Augusto Escobar Trujillo
Fabio Morón Díaz
Simón Rodríguez Rodríguez
Jaime Sanín Greiffenstein
Hernando Yepes Arcila - Rafael Méndez Arango

SALA LABORAL

Doctor Ramón Zúñiga Valverde, Presidente
Doctora Consuelo Garbiras Fernández, Secretaria

MAGISTRADOS Doctores:

Rafael Baquero Herrera
Manuel Enrique Daza Alvarez
Ernesto Jiménez Diaz
Jorge Iván Palacio Palacio
Hugo Suescún Pujols
Ramón Zúñiga Valverde

SALA PENAL

Doctor Jorge Enrique Valencia Martinez, Presidente
Doctor Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

MAGISTRADOS Doctores:

Ricardo Calvete Rangel
Jorge Carreño Luengas
Guillermo Duque Ruiz
Jaime Giraldo Angel - Juan Manuel Torres F.
Gustavo Gómez Velásquez
Didimo Páez Velandia
Edgar Saavedra Rojas
Jorge Enrique Valencia Martinez

RELATORES:

Doctora Carmen Rosa Avella de Cortés -
Doctor Rafael Rodriguez Melo, Sala Civil
Doctor Miguel Antonio Roc Castelblanco, Sala Constitucional
Doctora Esperanza Inés Márquez Ortiz, Sala Laboral
Doctora Hilda Leonor Cortés Gómez, Sala Penal

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL:	Dra. CARMEN R. AVELLA DE CORTES
	Dr. RAFAEL RODRIGUEZ MELO
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL:	Dr. MIGUEL A. ROA CASTELBLANCO
RELATOR SALA LABORAL:	Dra. ESPERANZA I. MARQUEZ ORTIZ
RELATOR SALA PENAL:	Dra. HILDA L. CORTES GOMEZ

Tomo CCVII - Bogotá, D. E. - Colombia Julio a Diciembre de 1990. - Número 2446

SALA DE CASACION PENAL

DERECHO DE DEFENSA

Sólo cuando la ausencia de una defensa técnica lesione o disminuya de manera cierta y concreta las garantías del procesado podrá pregonarse que se está en presencia de una nulidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 33, mayo 22 de 1990.

Vistos:

Pedro José Palacios Vásquez, fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá a la pena principal de dieciséis años de prisión como responsable del delito de homicidio en su legítima esposa Luz Marina Soto.

La anterior decisión judicial se adoptó en sentencia de 26 de abril del año de 1989 y contra ella interpuso oportunamente el recurso de casación la apoderada del sentenciado.

Oído el concepto del señor Procurador Delegado y agotado el trámite propio del recurso, se procede a resolver lo que fuere pertinente.

Episodio procesal:

Hacía cuatro meses, que Luz Marina Soto había abandonado el hogar ante la imposibilidad de convivir con su esposo Pedro José Palacios y había buscado trabajo en la hacienda de Jorge Hernández.

El día de los hechos, Luz Marina quien se encontraba en la población de Caparrapí, fue advertida por sus hijos de la presencia del esposo quien ya había proferido contra ella amenazas de muerte; por ello, temerosa, se ocultó en la tienda de la señora María Dina Parra, a donde penetró el iracundo marido, quien tomando a su mujer por los cabellos y sacándola a la calle, le dio muerte de violentas cuchilladas, actividad que desarrolló mientras gritaba a su víctima: "...si no es para mí, no es para ningún hijueputa..."

Pedro José Palacios en indagatoria pretendió justificar su comportamiento, afirmando que se había visto precisado a defenderse ante la violenta agresión de su esposa, versión que no encontró comprobación alguna en autos.

Llamado a juicio Pedro Palacios, como autor del homicidio calificado por ser la víctima su legítima esposa, el jurado de conciencia en una primera oportunidad lo absolvió de toda responsabilidad por mayoría de votos y en veredicto que fue declarado contraevidente.

Convocado un segundo jurado, la fiscal demandó un veredicto afirmativo de la responsabilidad, mientras la defensa reclamaba para su asistido el estado atenuador de la justa ira.

El jurado emitió un veredicto afirmativo de la responsabilidad y el juez de derecho en su sentencia desconoció el estado de ira y condenó al inculpado a 16 años de prisión.

El Tribunal Superior en la sentencia recurrida en casación, confirmó sin modificaciones el fallo de primera instancia.

Demanda de casación:

Al amparo de la causal primera de casación, la recurrente censura la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, por exclusión evidente del artículo 60 del Código Penal, ya que "...no obstante que la diminuente de la punibilidad de la ira e intenso dolor fue debatida en la audiencia pública y que le corresponde al juez de derecho pronunciarse sobre estas circunstancias, el juez de primera instancia guardó silencio al respecto...". Dá a entender la recurrente, que no es necesario que aparezca prueba que respalde la existencia de la modalidad atenuante, sino que es suficiente que se haya debatido con amplitud en la audiencia.

Concluye la actora, solicitando a la Corte, casar la sentencia, reconocer el estado de justa ira, y modificar la pena impuesta de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del Código Penal.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Delegado en lo penal solicita en su concepto, no casar la sentencia, porque no es suficiente para reconocer una causal aminorativa de la responsabilidad y punibilidad, que ésta haya sido debatida en la audiencia, sino que es indispensable, que ella encuentre suficiente respaldo en el acervo probatorio, y agrega:

"En este caso, la totalidad de la prueba testimonial allegada al proceso, corrobora el reconocimiento que hace el acusado de ser la persona que voluntariamente le causó la muerte a su legítima esposa, pero infirma las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y los antecedentes de infidelidad conyugal de Luz Marina Soto, que son precisamente los que constituyen la premisa fáctica del estado de ira reclamado por el demandante".

Consideraciones de la Corte:

Antes de pronunciarse la Sala sobre el aspecto de fondo de la demanda, considera necesario hacer unas observaciones sobre una irregularidad que advierte en la tramitación de este proceso, que si bien no es la entidad suficiente como para acarrear la nulidad de la actuación, sí debe corregirse en lo sucesivo para garantizar con mayor amplitud el derecho de defensa. Sabido es que no toda irregularidad, vacío u omisión en el ejercicio del derecho de defensa, implica la existencia de una nulidad constitucional; para que ella exista es indispensable que el vacío sea sustancial en forma tal, que afecta las bases del juzgamiento o quebrante los intereses de la justicia o de las partes que estuvieren en el proceso. Sólo cuando la ausencia de una defensa técnica lesione o disminuya de manera cierta y concreta las garantías del procesado podrá pregonarse que se está en presencia de una nulidad.

Ha querido la ley consagrar como garantía de tipo individual, una defensa técnica que proteja al acusado frente al poder del estado y por eso le permite que elija al abogado defensor que quiera para que lo asista en el proceso y de no designarlo se le proveerá de uno de oficio a fin de que el inculpado no sea sometido a procedimientos arbitrarios que entorpezcan la defensa o dificulten el esclarecimiento imparcial y objetivo de los hechos.

Y esta defensa técnica es esencial e indispensable en la segunda fase del proceso —en el juicio— donde la iniciativa se le asigna al acusado, quien debe desarrollar una actividad encaminada a defenderse en el término probatorio y en el debate de la audiencia pública, de los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación.

De ahí que en esta etapa del juicio sea indispensable la presencia del abogado defensor para que oriente y facilite los descargos del acusado y a su nombre ejerza la debida defensa participando en la práctica de pruebas e interviniendo en su favor en el acto trascendental de la audiencia pública.

No sucede lo mismo en el sumario donde prima la actividad del instructor en la búsqueda de la verdad y donde el juez debe investigar

con igual celo los hechos así como las circunstancias que acrediten la responsabilidad del acusado, como también las que eximan de ella, la extingan o atenuen. De ahí que en esta etapa del sumario, la insuficiencia en la defensa no invalida la actuación, siempre que no se quebranten en forma cierta y concreta los derechos del acusado.

Ya desde 1962 había dicho la Corte:

"No es posible sostener con fundamento en los reparos que se formulan a la actuación procesal, todos los cuales se contraen a la etapa del sumario, que se hubiese violado el artículo 26 de la Constitución Nacional, cuyo imperio justamente sólo puede operar en el juzgamiento y no en la formación del sumario, el cual conforme a la definición del artículo 271 del Código de Procedimiento Penal es la reunión de diligencias propias para comprobar el cuerpo del delito, descubrir los autores o partícipes, conocer su personalidad y averiguar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados por la infracción" (Casación mayo 9 de 1962. Tomo XCVII, números 2253 y 2254).

En el caso que se examina, se observa que en la etapa del sumario, el juez de instrucción al recibir la indagatoria el acusado en el municipio de Caparrapí, ante la negativa de Palacios Vásquez a designar apoderado y por la falta de abogado titulado, le designó como tal al señor Jorge Elicio Gómez quien lo asistió en dicha diligencia. Sólo una vez proferida la resolución de acusación el acusado designó defensor al abogado titulado Antonio Aljure Parra quien tomó posesión y se le notificó el pliego de cargos (fl. 102) y quien lo asistió con tanta responsabilidad y eficacia que obtuvo un primer veredicto absolutorio que fue declarado contraevidente ante una realidad probatoria que demostraba la plena responsabilidad de un acusado sorprendido en flagrancia por numerosos ciudadanos y sus propios hijos, que vieron consternados cuando Pedro Palacios enfurecido daba muerte a su esposa de numerosas cuchilladas, porque esta se negó a regresar al hogar. En una segunda audiencia contó igualmente con una adecuada defensa donde el abogado defensor ejecutó con celo su mandato y al producirse por mayoría de votos un veredicto condenatorio recurrió de la sentencia. Incluso la defensa ha traído el proceso a la Corte mediante el recurso extraordinario de casación.

En estas condiciones, la irregularidad observada en el sumario, no desconoció ni lesionó en forma cierta, concreta el derecho de defensa y así lo declaró el juez de la causa en el auto de control de legalidad donde sostuvo el funcionario que "en estas condiciones y como quiera que no existen irregularidades sustanciales que afecte el debido proceso, este fue adelantado por funcionario competente y se ha garantizado el derecho de defensa del acusado, no generándose por lo tanto vicio alguno de nulidad (art. 305 del C. de P. P.) es el caso de dictar auto declarando la legalidad de lo actuado..." declaratoria de legalidad que fue proferida sin que fuera recurrida por el acusado ni su defensor, y que cobró ejecutoria y cumplió en consecuencia sus efectos legales. Ni la Procuraduría ni la propia casacionista, consideran que la irregularidad anotada pueda invalidar la actuación.

Se observa igualmente que ya en el período de la causa el procesado solicitó unas declaraciones sobre buena conducta en memorial que no fue aceptado por extemporáneo e improcedente lo cual no constituye irregularidad de ninguna naturaleza.

Previas estas necesarias observaciones, la Sala se ocupará de las censuras formuladas en la demanda de casación.

Como ya se anotara, la demandante formula un solo cargo a la sentencia al amparo de la causal primera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal por exclusión evidente o falta de aplicación del artículo 60 del Código Penal.

Fundamenta el cargo sobre la base de que no obstante que "...la diminuente de la ira e intenso dolor fue debatido en la audiencia pública y que corresponde al juez de derecho pronunciarse sobre estas circunstancias, el juez de primera instancia guardó silencio al respecto..."

Considera la casacionista que esta modalidad atenuante de la culpabilidad y punibilidad ha debido aceptarse necesariamente porque para tal efecto es suficiente con que se hubiese debatido en la audiencia pública.

Debe precisar ante todo la Sala, que si bien es verdad que el estado emocional de la justa ira fue debatido en las dos audiencias y que corresponde al juez de derecho el reconocimiento de cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad (art. 533 del C. de P. P.) no es exacto que los jueces de derecho hubiesen guardado silencio al respecto, ni jurídicamente puede admitirse que sea suficiente para su reconocimiento que este aspecto haya sido objeto de debate en la audiencia pública.

En relación con la primera censura debe tenerse en cuenta que el juez del conocimiento, el Catorce Superior de Bogotá, en su auto de octubre 12 de 1988 al declarar la contraevidencia del veredicto, se ocupó sobre esta circunstancia para desconocerla y al respecto afirmó que la acción delictiva no fue el producto de una provocación grave e injusta, pues no es otra cosa que "...el fruto del resentimiento derivado del rechazo de la mujer, el cual exteriorizó ejecutando el hecho a modo de retaliación. A ninguna otra conclusión puede llegarse tomando en cuenta la realidad que arroja el expediente..."

En su sentencia de 23 de febrero de 1989 el juez de la primera instancia después de comentar la intervención del Ministerio Público en la audiencia pública quien sostuvo que "no existió comportamiento grave e injusto de parte de la víctima que determinara en el procesado el estado de ira... menos aún cuando el acusado fue quien agredió a la hoy occisa sin motivo alguno que provocara su injusto proceder..." concluye en su sentencia expresando, que de la prueba testimonial y de la denuncia de la propia víctima Luz Marina Soto "...suficientemente analizados en el proveído de contraevidencia" se demuestra "...la manera injusta como se dedujo el hecho..."

Ya en el curso de la segunda instancia el Fiscal del Tribunal, de manera expresa y concreta, negó la existencia de la ira porque los elementos estructurales de dicha figura no se hallaban presentes y agrega:

"De hecho el que no se aceptara por la víctima los pedidos del condenado, no se puede tener como el grave e injusto comportamiento a que hace referencia la diminuente de responsabilidad. Lo injusto si fue el actuar o proceder del incriminado. Es probable que su ánimo hubiese cambiado por la negativa de su mujer a acceder a sus pretensiones, pero se reitera tal negativa no tiene entidad y trascendencia para motivar al sujeto agente de proceder en la forma en que lo hizo..."

Y en la sentencia recurrida en casación y proferida por el Tribunal en total acuerdo con "el concepto fiscal anterior, se detiene a analizar la atenuante de responsabilidad urdida por el procesado dentro de la ejecutoria del fallo de primera instancia..." para desconocerla con apoyo en jurisprudencia de la Corte, aunque equivocadamente no se pronunciara expresamente al respecto por creer que no era el momento procesal adecuado.

No puede afirmarse entonces como lo expresa la casacionista que la circunstancia de la ira no hubiese tenido pronunciamiento por parte de los jueces de derecho.

Tampoco es exacta la afirmación de la recurrente en el sentido de que es suficiente para el reconocimiento de la modalidad del artículo 60 del Código Penal que ésta se haya debatido en la audiencia pública.

A los muy serios y jurídicos razonamientos expuestos en contrario por la Procuraduría Delegada, se agrega que ha sido invariable la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que para reconocer el atenuante de la justa ira no basta con que el inculpado la alegue y menos con que se debata en la audiencia pública, sino que es necesario que ella surja inequívocamente de las pruebas, datos o circunstancias debidamente acreditadas en los autos.

Del mismo modo siempre ha expresado la Corte, que no es suficiente para reconocer el atenuante del artículo 60 del Código Penal que el agente obre alterado anímicamente por la ira, sino que es indispensable además que ella provenga de una grave e injusta provocación "...porque lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor intenso; si así no fuese todo estado emocional o pasional habrá de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisible".

Y en el caso que se examina todos los jueces de derecho que han conocido del proceso están acordes en afirmar que si bien Pedro José Palacios pudo obrar alterado por la ira, el delito no tuvo como causa una provocación de su esposa, revestida de los requisitos de injusticia y gravedad, sino el deseo de por su propia mano a su compañera por haber ésta abandonado el hogar y negarse a regresar, actuando con deliberación con resentimiento y por venganza compor-

tamiento este a todas luces censurable e inadmisible en un estado de derecho. De lo anterior se puede concluir sin duda alguna, que no se dan en el caso en estudio los aspectos imprescindibles para ambientar psicológica y jurídicamente un estado de ira provocado por un comportamiento ajeno grave e injusto.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia M., Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Mario Montilla Nougués, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, con salvamento de voto.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DERECHO DE DEFENSA

Dentro de la realidad de un proceso con mayor tendencia inquisitiva y sobre las diferencias existentes con los sistemas procesales de tendencia acusatoria, se hace indispensable garantizar la existencia de la defensa durante toda la etapa procesal, llámese sumario o causa

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número 4139. Casación.

Procesado: Pedro José Palacios. Delito: Homicidio.

Respetuosamente debo manifestar las razones que me llevaron a discrepar de la decisión mayoritaria. Ellas son:

El artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, adaptación a los asuntos penales de la norma 26, inciso 1º de la Constitución Nacional, acoge como principio rector de la actuación procesal penal el debido proceso, así: "*Nadie podrá ser procesado* sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute, ante juez competente previamente establecido *y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso*" (subrayas fuera de texto). De esta disposición constitucional y legal, emana la ineludible obligación que tienen los funcionarios jurisdiccionales de velar por una adecuada defensa de quienes se encuentren sometidos a proceso, deber que no puede quedar satisfecho en el simple plano de las formalidades, sino que es exigente en cuanto supone una actividad tendiente a proporcionar a los vinculados a la actuación todos los medios posibles de defensa, tal como lo señala la ley misma.

Son, además, múltiples las manifestaciones que a través del proceso penal tiene el derecho a la defensa y por ello numerosas son también las exigencias que señala el ordenamiento ritual para su adecuada protección. Una de las más importantes indudablemente lo es la necesaria intervención durante las diversas fases del proceso de un representante judicial para el vinculado, experto en asuntos de derecho y que pueda válidamente desarrollar las muchas actividades que requiere el trámite de un asunto, la práctica de pruebas, la solicitud de las mismas, los mecanismos de impugnación que puedan ser utilizados, la interpretación de las normas, etc.

Por ello la ley establece, recogiendo no solamente los preceptos constitucionales sino también consagraciones supranacionales incorporadas al derecho interno, que todo procesado debe estar asistido

durante todo el proceso por un profesional del derecho que vele por sus intereses. Esta exigencia, a la luz de los principios democráticos que orientan el derecho procesal moderno, se torna más imperativa, cuando quien es sometido a la acción jurisdiccional es —como en el caso presente— una persona con escasos recursos económicos, deficiente instrucción y ningún conocimiento del derecho.

Así, el artículo 129 del Código de Procedimiento Penal establece que "Para actuar como defensor en el proceso penal se requiere ser abogado inscrito", y las normas 131 y 132 disponen la existencia de la defensoría pública y la defensoría de oficio, como sustitutos eficaces a los cuales puede acudir el funcionario jurisdiccional ante la carencia de un apoderado designado por el procesado. La regla básica de la actuación penal, es la de que nunca podrá adelantarse el proceso sin la debida asistencia profesional de forma tal que, ante la ausencia de designación de apoderado por parte del acusado, es al Estado a quien corresponde asumir la carga que demande su defensa, o a los particulares que estén obligados a prestar este servicio público por expresa designación del funcionario.

En todo caso, corresponde al juez como una de sus principalísimas obligaciones, velar porque el sometido a juicio cuente con su representante legal. Cualquier omisión en este aspecto, aún cuando no siempre entraña el carácter de nulidad, sí se convierte en vicio necesario de erradicar en la práctica judicial.

En el caso concreto de estudio, resulta no solamente reprochable la conducta observada por el juez director del proceso, sino que configura, por su trascendencia, una verdadera causal de anulación, como se verá a continuación.

Enterado el funcionario del deceso de la señora Luz Marina Soto, y aprehendido el sindicado, dictó auto cabeza de proceso el día quince de septiembre de mil novecientos ochenta y siete, procediendo a escuchar en diligencia de descargos al acusado el día inmediatamente siguiente. Esta diligencia para la vinculación del incriminado en verdad que responde al estricto cumplimiento de los deberes del juez, quien además, atendiendo el contenido del artículo 139 del Código de Procedimiento Penal, designó como defensor a una persona de reconocida honorabilidad en la región, y al efecto nombró como tal al señor Jorge Elicio Gómez Basabe, "para que lo asista en esta diligencia únicamente", por permitirlo así la norma mencionada al no encontrarse apoderado titulado.

No obstante lo anterior, el mismo funcionario y quien luego asumió la instrucción del caso, olvidaron que estaban adelantando un proceso penal y que el sujeto pasivo del mismo carecía del representante judicial y por ello procedieron a impulsar la averiguación que estimaron adecuada, sin preocuparse en lo más mínimo por proveer al sindicado de un apoderado de oficio, o de uno perteneciente a la defensoría pública, sin siquiera requerirlo para que hiciera él las provisiones adecuadas a su defensa. Total, durante toda la etapa sumarial el incriminado careció de asistencia técnica, no solamente material sino también formal; ni siquiera para conservar las apariencias; los funcionarios no se ocuparon de este aspecto, ni tomaron en

cuenta que según lo habían ya sabido por la indagatoria, el acusado es persona con escasa educación —hizo solamente hasta el cuarto de primaria— es labriego que nunca ha trabajado en una empresa y devenga apenas cerca de diez mil pesos mensuales, con lo que se pone de presente su ninguna capacidad para enfrentar adecuadamente los rigorismos del proceso penal.

Así, todas las diligencias investigativas se cumplieron sin la intervención del acusado o su defensor y con este vicio el día veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete se declaró cerrada la investigación y se ordenó correr el traslado de rigor a las partes para que presentaran sus alegaciones de fondo. En estas condiciones, obviamente, el único alegato que se presentó fue un corto escrito del sindicado, quien en memorial dirigido al juzgado sostuvo su inocencia respecto de los hechos en la medida en que planteó una causal de justificación (legítima defensa), pero, además, solicitó el reconocimiento de la diminuente consagrada en el artículo 60 del Código Penal al consignar textualmente:

> "...y además ella me ofendió con palabras diciéndome que ella tenia otro mejor que yo no valía nada para ella y también ya acia (sic) 4 meses que ya no vivía conmigo y además yo no me a (sic) gustado portar armas de ninguna clase".

Claro resulta, para quien analice este memorial, que carece de los más mínimos elementos técnico-jurídicos, en donde simplemente se concreta el grito angustioso del procesado que habla ante su imposibilidad de contar con un defensor experto, pero que no por ello puede ser ignorado por el funcionario a quien corresponde proferir la decisión correspondiente, quien en la providencia calificatoria del mérito del sumario ni siquiera hizo mención del alegato del procesado, mucho menos estudió los aspectos allí planteados, y si se ocupó de estudiar de paso el fenómeno de la legítima defensa, sólo lo hizo con base en la que aportó la diligencia de indagatoria, mas no el escrito a que se ha venido haciendo referencia.

Formulado el pliego de cargos, el sindicado confirió poder a un abogado quien luego de posesionado se notificó del contenido de la resolución, sin que interpusiera recurso alguno. Seis días después de convocado a juicio, es el propio incriminado quien acude nuevamente al despacho que conoce de su asunto, y solicita la práctica de una prueba que si bien no fue muy adecuadamente pedida en cuanto que carece de fundamentos de derecho y el lenguaje propio del abogado, sí podría erigirse en presupuesto fundamental de la actuación posterior, en tanto que allí se solicitaba el testimonio o certificación de un juez de la República sobre la conducta del procesado. "Y también declarando sobre la conducta que fue de mi esposa y sus antecedentes y su mala reputación". Este escrito, remitido a la oficina judicial antes de la apertura del término probatorio, fue también displicentemente ignorada por el funcionario encargado de tramitar el juzgamiento, como más adelante se remarcará.

Agotada la etapa instructiva y de calificación, el expediente pasó al Juzgado Catorce Superior de Bogotá quien en un auto más for-

mal que jurídico, declaró la legalidad del procedimiento sin hacer un estudio a fondo de las condiciones que podrían invalidar la actuación, especialmente las atrás reseñadas, respecto de las cuales simplemente afirmó la funcionaria: "En estas condiciones, y como quiera que no existen irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso, este fue adelantado por funcionario competente *y se ha garantizado el derecho de defensa del acusado*, no generándose, por tanto, vicio alguno de nulidad..." (subraya nuestra). Como se dijo, ni siquiera se preocupó la funcionaria por establecer si el derecho a la defensa estaba protegido cuando menos a nivel formal, lo que revela que nunca hizo estudio de la actuación, limitando su función a la repetición de fórmulas, quizás convertidas ya en sacramentales, que convalidaron lo irregularmente actuado.

El mismo Juzgado Catorce Superior de Bogotá dictó el día diecinueve de febrero de mil novecientos ochenta y ocho un auto a través del cual abrió el juicio a pruebas y ordenó la práctica del avalúo de daños y perjuicios, para lo que designó perito.

Esta decisión ordenó notificarla por comisionado al detenido y para ello libró despacho comisorio al Juez Penal del Circuito de Pacho, pese al conocimiento que tenía de que el incriminado se encontraba recluido en la Cárcel del Circuito de La Palma. Practicado el avalúo de perjuicios, el veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y ocho se ordena correr traslado de él a las partes, y la funcionaria, pese que había ya recibido el anterior despacho comisorio con la información de que allí no se encontraba privado de su libertad el encartado, insistió en notificarlo en el municipio de Pacho, error que solamente vino a corregir en auto de tres de mayo siguiente.

Surtida la notificación, la Juez Catorce Superior dictó auto de fecha 7 de junio de 1988, en el que ordenó continuar el trámite "normal" del juicio. Se abstuvo de ordenar pruebas de oficio, y más aún, de pronunciarse siquiera sobre el medio de convicción que meses atrás había solicitado el encausado, el cual, como se señaló, bien puede influir sobre el resultado final del proceso. En este mismo proveído señaló la funcionaria fecha para el sorteo de jurados, providencia que no notificó personalmente al detenido como lo ordenan los preceptos del Código de Procedimiento Penal (arts. 174 y 176), conducta que repitió a razón de su auto calendado el 27 de agosto de 1988 en que ordenó sorteo parcial de miembros del tribunal popular.

Todas estas actuaciones irregulares, están demostrando que al procesado Pedro José Palacios Vásquez le fue recortado ostensiblemente su derecho a la defensa, en la medida en que no se le proporcionó un apoderado que pudiera adelantar la de carácter técnico durante toda la etapa del sumario y se dejaron de considerar al momento de la calificación del mérito de sumario las alegaciones presentadas por el incriminado, así como en la etapa probatoria del juicio se ignoró la práctica de la prueba pedida por él mismo, es decir, no solamente se violó la defensa técnica, sino también la de carácter material. Las

demás irregularidades, si bien no comportan un vicio que afecte de tal forma al procedimiento como para aconsejar su anulación, sí las ha puesto de presente el suscrito para resaltar cómo los funcionarios encargados de la tramitación procesal no tuvieron el menor cuidado de garantizar el derecho lesionado.

Esta simple conclusión, imponía la anulación del proceso a partir del auto de cierre de investigación, para que a partir de allí se repitiera la actuación en la medida en que el defensor del acusado pudiera ejercitar los medios tendientes a la protección de los intereses del procesado.

Pero, no quedan allí las irregularidades que se pueden señalar. En la primera diligencia de audiencia pública, siendo coherente con lo que tímidamente había expuesto al momento de su alegato y al solicitar la práctica de pruebas, el sindicado narró la especial situación que atravesaba con su legítima esposa (la occisa) antes de la ocurrencia de los hechos investigados, pidiendo de esta forma que le fuera reconocido como atenuante esa especial condición, posición en la cual lo acompañó no solamente el fiscal sino también su propio defensor. La juez del caso, producido el veredicto absolutorio del jurado, dictó auto declarándolo contraevidente y allí se ocupó de analizar el fenómeno de la ira como motivación del comportamiento, concluyendo —de conformidad con las pruebas recaudadas— que no existía respaldo probatorio de ninguna índole ante tal petición. No obstante, no advirtió que los medios de convicción recaudados fueron solamente parciales en cuanto se refirieron todos ellos a las circunstancias materiales del hecho, pero ninguno se practicó para tratar de corroborar el estado de ira en que actuó el imputado, o la presencia de circunstancias favorables a su conducta.

Convocada la segunda audiencia de juzgamiento y ante la decisión condenatoria, la funcionaria acogió la veredicción y se abstuvo de pronunciarse respecto del mismo estado de ira invocado por el procesado y su defensor, aduciendo que las pruebas de la materialidad y la responsabilidad fueron "suficientemente analizados en el proveído de contraevidencia, que dan cuenta de las circunstancias de modo, tiempo, lugar y manera injusta como se produjo el hecho".

Pero, más atónito queda el suscrito al leer el fallo de segundo grado en el cual el Tribunal procedió a "analizar la atenuante de responsabilidad *urdida por el procesado dentro de la ejecutoria del fallo de primera instancia*", adentrándose en un examen simple de las afirmaciones del encausado hechas en memorial que a su propio nombre presentara al apelar de la sentencia condenatoria, para concluir:

> "Considera la Sala que la petición a que alude el escrito sustentatorio de la apelación interpuesta por el encausado, *no es oportuna en estas circunstancias del proceso; debió al momento de calificarse el mérito sumarial, hacerla valer...*" (subraya nuestra).

Obviamente tampoco en la segunda instancia se hizo un análisis real del proceso, que de haberlo hecho, fácilmente se hubiera advertido que cuando menos los presupuestos fácticos de la cuestión fueron

planteados, en su lenguaje elemental, por el procesado justamente en su alegato previo al calificatorio y posterior a él, sin que pueda imputarse su alegación como una patraña de última hora que *"debió al momento de calificarse el mérito sumarial, hacerla valer"*. El examen minucioso del proceso ha debido conducir al Tribunal a concluir en la necesidad de la anulación del procedimiento no solamente por haberse vulnerado el derecho a la defensa, como se dejó analizado, sino también porque se lesionó el principio de la investigación integral que gobierna el proceso penal.

En efecto, el funcionario instructor estuvo más conforme con las declaraciones que luego le sirvieron para elevar pliego de cargos, que con su obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable. Ningún esfuerzo hizo para comprobar si el acusado realmente se encontraba en estado de ira al momento de la comisión de los hechos, tal como lo afirmara en su diligencia de descargos ("...y con ese mismo, con la rabia que tenía le dí a Luz María las puñaladas..."; había dicho); tampoco investigó el funcionario si fue veraz la afirmación del acusado en el sentido de que el día de los hechos se había encontrado varias veces antes de la agresión física con la víctima, y si había recibido rechazo de ella y en qué forma; jamás escuchó en diligencia jurada a los hijos de la víctima que presenciaron los hechos y si bien en este aspecto realizó algunos intentos de localizarlos, ante la no corrección de sus intenciones optó por separar las investigaciones, olvidando que tales testimonios son de suma importancia en el proceso que motiva este salvamento.

El estado de ira, además, tenía cuando menos un insipiente respaldo probatorio en la denuncia que formulara la hoy occisa, cuando afirmó: "Porque hace como un mes y medio también intentó matarme, porque él me decía que dejara de trabajar más donde don Jorge Hernández en la vereda Barranquilla *y como yo le decía que no entonces eso lo enfurecía y me amenazó con matarme"*; así mismo, en la versión de la señora Flor Nancy Méndez Ramírez, quien en su oportunidad relató cómo el acusado increpó a su esposa su mala conducta por mantener amores con los vaqueros. Todo esto fue ignorado por el instructor, quien ninguna atención dio a estos aspectos concluyendo, como no podía ser otro el resultado, que la pretensión del procesado en cuanto al reconocimiento de la atenuante de la ira quedara huérfana de prueba, produciéndose de esta forma una nueva vulneración del derecho a la defensa del acusado.

Es que ni siquiera el funcionario se preocupó de averiguar las precisas condiciones de los hechos ante las contradicciones en que pudieron incurrir los testigos, por ejemplo cuando Parmenio Moncada afirma que se encontraba en el pueblo charlando con un hijo de la occisa quien vio venir a su padre y aconsejó a su madre que se retirara, a la par que la siguiente declarante (María Dina Parra de Pérez), afirmó que la finada entró a su tienda acompañada de tres de sus hijos con una bolsa de pan y se dedicó a amarrala, cuando de repente ingresó el procesado y le puso el brazo por encima.

Debe resaltarse, igualmente que ninguno de los testigos hizo tampoco una narración detallada de lo sucedido dentro de la tienda de la señora María Dina Parra de Pérez, puesto que ésta solamente se

refirió a lo que sucedió allí en forma más o menos general y no fue, sin embargo, tampoco confrontada con el dicho del procesado quien justamente fundaba sus argumentos de necesidad de defensa en la agresión que su esposa le hiciera con un cuchillo dentro de las instalaciones de dicho establecimiento.

Con tan pobre instrucción del proceso, lógico resulta llegar a conclusiones como las que con ligereza tomaron los juzgadores y se han resaltado como constitutivas de violación a la garantía ciudadana del derecho a la defensa.

Es cierto que de manera bastante frecuente la Sala de Casación Penal ha sostenido, como ahora se afirma en la ponencia de mayoría que la "...defensa técnica es esencial e indispensable en la segunda fase del proceso —en el juicio— donde la iniciativa se le asigna al acusado, quien debe desarrollar una actividad encaminada a defenderse en el término probatorio y en el debate de la audiencia pública, de los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación"; pero debe destacarse que esta jurisprudencia no ha sido uniforme, ni reiterada, porque existen decisiones de esta Corporación en las cuales con un sentido mucho más acorde con la disposición constitucional, se ha afirmado la existencia de un derecho de defensa integral, esto es durante todo el proceso. En este sentido la Corte ha sostenido diversos pronunciamientos, y bastará citar algunos de ellos, donde debe destacarse que están todos firmados por uno de los magistrados que suscribe ahora la decisión mayoritaria, al haberse derrotado la ponencia original en la que el suscrito reconocía la existencia de una nulidad por violación del derecho de defensa durante la etapa investigativa.

La primera es de 14 de octubre de 1976, con ponencia del doctor Salgado Vásquez que en la parte pertinente afirma:

> "El cuadro completo de la manera como se ha adelantado el sumario y el juicio contra Mercedes Quiñonez Baquero, demuestra plenamente que el derecho de defensa de la procesada ha sido conculcado de modo reiterativo; y como la defensa es una forma esencial de los procesos, hay que concluir que se está en presencia de nulidad del proceso, por desconocimiento de tan importante garantía constitucional.
>
> "La tesis de la Procuraduría de que dicha garantía únicamente tiene operancia para el juicio, porque el sumario es mera recolección de pruebas, no la comparte la Corte porque el juzgamiento depende en un todo de los medios probatorios que se hayan recaudado, o que no figuren en autos. El Código de Procedimiento Penal abunda en ordenaciones para asegurar que las pruebas sean producidas en forma legal, lo mismo que para darle oportunidad al procesado y a su asesor jurídico no sólo para solicitar las que consideren que le sean beneficiosas, sino para concurrir a la producción de todos los medios probatorios que se practiquen.
>
> "El artículo 215 del Estatuto Procesal pone de relieve que, para poder dictarse sentencia condenatoria, es indispensable que las pruebas se hayan producido legalmente, esto es, según los ritos establecidos por la ley.

"Las pruebas producidas a espaldas del acusado tienen el carácter de secretas, no controvertidas. Tal vez en un sistema inquisitorial sería de recibo la prueba secreta, pero no dentro del sistema jurídico colombiano, cuyo artículo 26 de la Carta eleva a garantías el debido proceso, que incluye la producción legal de las pruebas como forma primordial de toda suerte de procesos".

La segunda de tres de febrero de mil novecientos ochenta y uno, con ponencia del doctor Fabio Calderón Botero, en la que se sostiene:

"La Corte siempre ha considerado que es en la etapa del juicio, frente a cargos concretos, en donde se ejerce a plenitud el derecho de defensa y, por consiguiente, donde puede ser más fácilmente vulnerado. Sin embargo, no hay duda que en el sumario se precisa de ese derecho y con la misma profundidad y urgencia que en la causa, porque es allí donde empieza a acreditarse que la inocencia no es una mera presunción sino una realidad indiscutible, o bien a probarse que se ha incurrido en una responsabilidad penal, pero en la medida de lo justo.

"Tener la oportunidad plena y permanente de demostrar que se es inocente, o responsable en cierto y determinado grado, es lo que define y justifica el derecho de defensa.

"Se conculca esa garantía primordial, como una forma propia del juicio, con impedir u obstaculizar, por cualquier medio, su normal ejercicio. También se quebranta cuando de manera absoluta falla la defensa formal o técnica, porque el apoderado o el defensor, por manifiesta incapacidad o por inercia, se limita a ser un pasivo protagonista del trámite procesal o un simple espectador de la suerte del procesado" (subrayó la Sala).

La tercera con fecha quince de marzo de mil novecientos setenta y nueve, con ponencia del doctor Jesús Bernal Pinzón, cuando afirma:

"El derecho de defensa, que se halla desarrollado y reglamentado en diversas normas de la ley procesal, encuentra su apoyo constitucional en lo dispuesto en el artículo 26 de la Carta allí donde expresamente se ordena que el juzgamiento de los ciudadanos deberá cumplirse conforme a las leyes preexistentes al hecho que se imputa – principio de legalidad o de reserva—, ante Tribunal competente —principio del juez natural—, y fundamentalmente, 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio' principio del debido proceso.

"El concepto de la defensa —escribe Carnelutti— es opuesto y complementario del de la acusación; ya se ha dicho que la formación del juicio penal sigue el orden de la tríada lógica, tesis, antítesis, síntesis; si el juicio es síntesis de acusación y defensa, no se puede dar acusación sin defensa, la cual es un contrario y por tanto un igual de la acusación. Se reclama nuevamente la atención sobre la igualdad propia de los

opuestos o contrarios; esta verdad, que quizá no ha sido puesta en luz por la lógica, precisamente a propósito de las relaciones entre acusación y defensa, constituye uno de los principios de la mecánica penal... La defensa es también, entonces, en primer lugar una búsqueda de pruebas, como la acusación; pero puesto que la búsqueda es inescindible de la valoración, se resuelve también en un juicio, como la acusación el fin de persuadir antes que de decidir y por tanto en una propuesta de decisión... Si la acusación es por consiguiente el desarrollo razonado de la pretensión penal, la defensa es la razonada contestación; aquí aflora el concepto de la contestación, elaborado también, como el opuesto al concepto de la pretensión, por la teoría general del proceso: contestación de la pretensión es la exigencia de la no punición del imputado; como a la exigencia de su punición la acusación da las razones, así las ofrece la defensa para la exigencia opuesta" (F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, pág. 162).

"Entonces, es sobre la base del respeto al principio del contradictorio que ilumina todo el proceso penal, y a la necesidad de colocar a los sujetos procesales y a las partes en una posición de paridad dialéctica, lo que explica la presencia de los defensores o apoderados en el proceso penal, hasta el punto de que como dijera un eminente procesalista 'si el abogado no existiera, sería necesario inventarlo'. El imputado que no sabe el derecho y aún en el caso de que lo sepa, por su misma condición de imputado o sindicado, frente al ansia de su propia suerte, tiene necesidad de estar asistido por alguien que lo sepa, o que se encuentre en condiciones psicológicas de poder hacer valer sus derechos y demostrar su inocencia, porque la misma dialéctica del proceso exige un duelo de armas iguales y no son iguales las armas de un acusador jurisperito y las de un acusado ayuno de derecho.

"De consiguiente, cuando la Carta Constitucional se refiere a que el juzgamiento se realice con la plena observancia de las formas propias del juicio de que se trate, entre esas fundamentales y esenciales formas está el derecho de defensa que no puede ser menoscabado, limitado, cercenado o desconocido, so pena de que se incurra en nulidad absoluta de rango constitucional como en tantas oportunidades lo ha sostenido esta Sala.

"Así lo entienden los doctrinantes extranjeros; entre otros, Sabatini, quien se pregunta: '¿Cómo funciona el derecho de defensa, con respecto a la relación jurídico procesal? Esto es importante para establecer cuál efecto frente a la relación procesal produce la falta del ejercicio del derecho de defensa, su no ejercicio dependiente de la imposibilidad del ejercicio mismo. No es ciertamente un presupuesto procesal el ejercicio de la defensa. El derecho de defensa opera en referencia a la eficiencia de la relación procesal, aquella que es la posibilidad de ejercicio del contenido de la relación, es decir,

la posibilidad de ejercicio de los poderes, de las cargas, de los derechos, de las facultades, por consiguiente se vincula a su eficacia. Es entonces el ejercicio del derecho de defensa una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal; podemos agregar también que es una condición de validez de la relación jurídico procesal. Siendo una condición y no un presupuesto, su falta evidentemente no puede conducir a la inexistencia, que como vosotros sabéis depende de la falta de un presupuesto procesal, sino que conduce, en cambio, a la restaurada categoría de las nulidades absolutas que pueden hacerse valer en cualquier estado o grado del procedimiento' (G. Sabatini, *Il diritto di difesa del procedimiento penal, en Conferenze*, Tomo I, pág. 833)..

"Siendo entonces, como lo afirma el autor últimamente citado que, el ejercicio del derecho de defensa es una condición para la regularidad de la relación jurídico procesal, ella se vincula, como ya se anotó, necesariamente a las formas propias de cada juicio que es a las que se refiere el artículo 26 del Estatuto Superior, y cuyo desconocimiento engendra nulidad absoluta.

"Independientemente de los problemas que se plantean en la doctrina respecto a la posición jurídica del defensor dentro del proceso penal, cuestión que no se debate ahora, es incuestionable que el derecho de defensa tiene diversas manifestaciones, si se atiende especialmente a la fase o grado del proceso en donde tal derecho debe ejercitarse. De esa forma, se afirma, que la defensa puede realizarse mediante la intervención directa del procesado, tal como ocurre en la diligencia de indagatoria, o mediante la asistencia, también en los casos en que la ley ordena la presencia del procesado y la de su apoderado; y, finalmente mediante la representación que es la situación en la que no exigiéndose la presencia física del procesado, la defensa se ejerce por representación. De esa forma, la doctrina hace una diferencia esencial entre la llamada defensa material, es decir, la defensa actuada por el mismo imputado, que se desarrolla en todas las diligencias en las cuales, como se anotó, es esencial su presencia, como sucede en la de indagatoria, en el careo, en la reconstrucción de los hechos, en el reconocimiento en fila de personas, etc.; y la llamada defensa técnica que es la actuada directamente por el defensor a través de la representación.

"Ahora bien, ¿en qué momento del proceso está autorizada la presencia del defensor del imputado? El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal dispone que desde el momento mismo de la captura, se hará saber al capturado el derecho que tiene de designar un apoderado —el llamado apoderado de confianza— y para el caso de que éste no lo designe, el instructor le nombrará uno de oficio —apoderado de oficio—. La defensa se ejerce, entonces, desde ese momento inicial y se expande por todo el proceso penal, nace con él y se extingue solamente con la extinción del mismo pro-

ceso. Es decir, que en la normación jurídica colombiana, no existe un momento en el que el procesado pueda ser impedido o inhabilitado para ejercer el derecho de defensa, que como se anotó, y la ley considera tan importante el ejercicio del derecho de defensa, de cualquier naturaleza que él sea, que respecto a la que, se ejerce mediante la representación del procesado, hace obligatoria su aceptación por parte del apoderado designado por el funcionario, tal como se lee en la norma contenida en el artículo 117 del Código Procesal Penal.

"De todo lo dicho, se desprende en forma inequívoca, que dentro del proceso penal la ley reconoce al procesado un derecho inviolable relativo al ejercicio de su defensa que puede ejercer ya en forma personal y directa o a través de un apoderado o defensor, caso en el cual la ley también prevé dos hipótesis así: ante todo, y fundamentalmente, le otorga el derecho a que el propio sindicado designe el defensor que a bien tenga —apoderado de confianza— o, para el caso de que no quiera o no pueda hacer esa designación por su propia voluntad y decisión, entonces se le designará un defensor o apoderado, por parte del instructor o juez —apoderado de oficio—. El procesado es entonces titular del fundamental derecho o facultad de elegir su propio apoderado o defensor, hasta el punto de que puede desplazar, en el momento que lo desee, al que le haya sido designado por el instructor o por el juez del conocimiento. Y es tan celosa la ley respecto a la decisión del imputado en dicha escogencia que solamente con su autorización puede darse la sustitución (art. 121, Código de Procedimiento Penal). Todo esto se predica, como es obvio, del proceso penal en general, sin embargo de lo cual podría pensarse que esta normación no tiene vigencia y actuación dentro del trámite del recurso extraordinario de casación, ya que se podría afirmar que el proceso penal, para los efectos del ejercicio del derecho de defensa, termina con la producción del fallo de segunda instancia, y que el recurso extraordinario de casación, que no queda incluido o no se lo considera como etapa del proceso, para tales efectos se regiría por normas especiales.

"Esta tesis, como es sabido, la sostuvo la Corte hasta el 27 de febrero de 1970 cuando por providencia de que fue ponente el señor magistrado Velasco Guerrero, la modificó para afirmar, que también el defensor de oficio podría, no solamente interponer el recurso extraordinario de casación sino también sustentarlo mediante la correspondiente demanda. En dicha sentencia dijo la Corte:

"'El proceso ciertamente es el conjunto de actividades que el juez y las partes realizan para convertir la pretensión punitiva del Estado en un derecho subjetivo concreto que se origina en la violación penal y culmina en la declaración de certeza jurisdiccional inamovible, contra la cual no cabe interponer recurso alguno, cuando adquiere el imperativo de la cosa juzgada. El proceso penal admite diversas etapas de

procedimiento: la de primer grado, la de apelación o consulta y el recurso extraordinario de casación. Pero cada una de estas fases procesales no es un esquema rígido, clausurado en sí mismo. Son estructuras dinámicas, progresivas, diversos momentos de la actuación, vinculados entre sí, y configurantes de una totalidad, una divisible pero armónica y conclusa, de carácter inmutable... Sumario, juicio y recurso extraordinario de casación, son, en materia penal fases o grados de la evolución formativa del proceso. El recurso extraordinario de casación se origina en el juicio, pero no es parte integrante suya, ni lo es inherente con fuerza obligatoria. Interponerlo es facultad discrecional de las partes... Ejercitarlo es derecho incuestionable del defensor de oficio o designado por el sindicado, pues tiene el deber consecuente o con aquella norma imperativa de asistirlo en las diligencias en que su presencia sea prescrita por la ley y presentarlo en todos los demás actos del proceso' ".

La cuarta, de reciente pronunciamiento como que es de nueve de marzo de este año y aprobada unánimemente por la Sala, en la que se dijo:

"El ejercicio del derecho de defensa, como garantía constitucional de la persona, es condición de validez del proceso. De ahí deriva su carácter continuo y unitario. Conforme con él, no puede haber un solo momento de la actuación procesal en que pueda ser restringido o negado. Si así ocurre, hácese ineficaz la relación jurídico-procesal, imponiéndose la declaratoria de nulidad desde el momento mismo en que aparezca afectada la garantía.

"Este alcance absoluto que al derecho a la defensa se otorga, no autoriza a tener cualquier irregularidad como constitutiva de su violación. Impera examinar, desde una perspectiva material, los vicios que registre la actuación y sus efectos frente al contenido y observancia de esta garantía. Sólo a partir de entonces, puede establecerse la validez del proceso.

"En el presente asunto, encuentra la Corte puestas en razón las argumentaciones del Ministerio Público para demandar la invalidación de lo actuado, a partir del momento anterior al auto que declara cerrada la investigación. Ciertamente, el trámite cumplido no lo fue dentro de los límites propios de la garantía al ejercicio del derecho a la defensa.

"En efecto; la circunstancia de no haberse requerido al procesado para que designara defensor, o habérselo nombrado de oficio si no podía o no quería hacerlo y declarar cerrada la investigación, inmediatamente se recibió el proceso, luego de practicada la indagatoria en la ciudad de Barranquilla, constituye compromiso grave para los derechos del procesado. Desde la apreciación concreta de las incidencias procesales, surge con carácter de evidencia que el trámite circunscrito a la fase antes indicada, se surtió con ausencia

del defensor. Así debe entenderse, no sólo por lo precario de la designación hecha en la indagatoria, de donde se infiere que ella no trascendía de tal acto, sino de la situación misma que esa diligencia se llevó a cabo en un Distrito Judicial diferente a aquel en donde se tramitaba el proceso. Por esta vía, se ha privado al sindicado, cuando menos, de la posibilidad de solicitar pruebas encaminadas a rebatir las hasta ese momento recaudadas sin su intervención, si se toma en cuenta que el último acto de instrucción fue la indagatoria".

El suscrito magistrado comparte las decisiones transcritas parcialmente, porque considera que el derecho a la defensa es de consagración constitucional y donde no se establecen limitaciones temporales, no pueden crearse legalmente, puesto que una norma de inferior jerarquía no puede tomar determinaciones que afecten la integridad de la Carta Magna y menos aún, puede limitarse ese derecho de carácter supralegal por decisiones jurisprudenciales, porque es bien sabido que el juez es un simple intérprete de la ley y dentro de la función aplicativa que le corresponde, no puede traspasar el alcance explícito y claro de la norma y menos aún si la disposición interpretada es de rango constitucional.

Debe recordarse que la Corte comentando el contenido del artículo 26 de la Carta ha afirmado que contiene cuatro garantías, cada una de las cuales tiene su propia naturaleza, objeto y consecuencias propias y ellas son:

a) Preexistencia de la ley que define los delitos y determina la punibilidad

b) Preexistencia de la ley que regula el juzgamiento;

c) Observancia de las formas propias del juicio; y

d) Aplicación de la ley favorable aunque sea posterior al acto imputado.

Y en relación con el respeto a las formas propias del juicio, ha sostenido la Corporación que "Entre las formas propias del juicio penal, de las más importantes son aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, bien sea que el inculpado lo haga por sí mismo, cuando tenga aptitud para ello, bien lo haga por medio de un abogado" (sentencia de 7 de mayo de 1941).

Es imposible concebir que un principio de carácter constitucional —el de defensa— que además constituye un compromiso internacional, puesto que hemos ratificado los pactos internacionales sobre derechos humanos por las Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, pueda ser limitado jurisprudencialmente, porque cuando la Corte lo afirma en esta providencia y cuando lo ha hecho en el pasado, está simplemente sosteniendo que el debido proceso es garantía únicamente para el juicio o de la misma manera que el derecho de defensa no está garantizado constitucionalmente para el sumario. Es necesariamente un derecho integral de defensa que no puede desconocerse bajo ninguna perspectiva y no podría ser de otra manera, porque cómo entender un derecho de tal importancia, tanta que tiene rango constitucional,

que sólo estuviese garantizado temporal o parcialmente? Qué objetivo puede tener la consagración del derecho de defensa para el juicio cuando en el sumario ha sido desconocido?

Débese recordar de manera necesaria lo afirmado por la Sala Plena de la Corte cuando con ponencia del doctor Carlos Medellín de 2 de octubre de 1981, por medio de la cual se declaron inexequibles el inciso 2º del artículo 151, parte del 186 y la totalidad del 344 del Decreto 181 de 1981 que disponían en sus partes pertinentes:

> "Artículo 151. Recursos ordinarios... Contra los actos realizados por los funcionarios de investigación y acusación no procede recurso de ninguna naturaleza".
>
> "Artículo 186. Contradicción. Durante la investigación no habrá controversia probatoria..."
>
> "Artículo 344. Inimpugnabilidad de las resoluciones. Durante la investigación, las resoluciones que se profieren en relación con las medidas de aseguramiento de que trata este capítulo, no serán susceptibles de recurso alguno".

Dijo así la Corporación para referirse al derecho a la defensa:

> "El derecho de defensa emana también del artículo 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio *audiatur altera pars*, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir.
>
> "El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentran específicamente proclamados en los 'Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de derechos civiles y políticos', aprobados por la asamblea general de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1986, y convertidos en norma nacional mediante nuestra Ley 74 de 1968, donde se determina: 'Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales' (parte II, 3 a). Recuérdase aquí la orden del legislador en el sentido de que el Código de Procedimiento Penal, filosóficamente se oriente también por los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo.
>
> "Cierto es que tanto el derecho de impugnación como el de contradicción se encuentran contemplados en las nor-

mas que rigen la etapa procesal del juzgamiento. El punto por esclarecer es el de si esos derechos, que se identifican con el de defensa, no requieren la misma garantía e igual efectividad en la etapa investigativa, como parte integrante del mismo proceso que en ella se inicia, tal como lo determina el literal b) del artículo 1º de la ley de facultades, al definir su estructura.

"El literal h) del mismo artículo 1º de la Ley 6ª de 1979, prescribe que 'la defensa y la acusación participarán en el proceso en absoluto pie de igualdad'. Tanto el legislador ordinario como el extraordinario considera al sindicado como procesado desde el primer momento del proceso, es decir, desde el comienzo de la investigación, porque así lo denominan. A ese procesado se le reconoce el derecho a tener un defensor (art. 94 del Código) quien con aquél integra la 'parte defensora' (art. 91 *ibidem*), y ello ha de ocurrir en la etapa procesal de la investigación. Los artículos 151, inciso 2º, 186 en su parte inicial, y 344 del Código de Procedimiento Penal sólo permiten a una de las partes, al de acusación, que es la misma encargada de la función investigadora, actuar plenamente en la etapa investigativa ya que en ellos se le niega a la defensa el derecho a recurrir contra las providencias del investigador y a manifestarse con respecto a sus pruebas, con detrimento de los principios de impugnación y de contradicción inherentes al derecho de defensa que consagra la Carta. Se ha de esperar a que sobrevenga la etapa del juzgamiento para que sea posible ejercitar los actos esenciales de toda defensa. Entonces durante la investigación apenas existe la posibilidad de una defensa restringida, no obstante que la ley de facultades manda la absoluta igualdad de las partes en el proceso, en todo el proceso. La defensa ha de ser unitaria y continua, y debe existir *ab initio* del proceso, sobre todo si se trata del sistema mixto que éste consagra 'con marcada acentuación hacia el acusatorio', en obedecimiento a lo ordenado por el literal c) del artículo 1º de la Ley 6ª de 1979, pues bien se sabe que en este sistema el acusador es el mismo investigador que dispone en la primera etapa del proceso los elementos que determinarán el resultado final del juzgamiento, sin que sus actuaciones procesales puedan ser objeto de impugnación o de contradicción en su momento, para depurarlas y conformarlas a la verdad. Hay una íntima relación de causalidad entre la investigación y el juzgamiento, que sirve para demostrar la unidad del proceso penal, pero a esa unidad no corresponde la absoluta igualdad de las facultades de los sujetos vinculados a él, como con tanta claridad lo ha ordenado el legislador. El hecho de que los principios de impugnación y contradicción se encuentran consagrados para la etapa de juzgamiento no es suficiente. La norma de la ley de facultades se refiere a la necesidad de que tales derechos existan en todo el proceso y no sólo en una parte de él, con mayor

razón si las actuaciones ocurridas en su primera etapa son determinantes de la segunda e influyen tan poderosamente en su resultado.

"De lo anterior se puede deducir que los artículos 151 inciso 2º, 344 y 186 en su parte inicial del Código de Procedimiento Penal, en cuanto lesionan los derechos de impugnación y de contradicción que ha de tener siempre el procesado, resultan contrarios a las normas de la Carta que consagran la garantía del debido proceso, incluido el derecho de defensa (art. 26), así como el derecho de petición (art. 45), ya que las posibilidades de los ciudadanos para hacer uso de acciones judiciales y de recursos en todo proceso hacen parte de ese mismo derecho, y una cosa es que la ley reglamente la oportunidad de su uso, y otra distinta que lo niegue en todo un período en el que su ejercicio es fundamental a la defensa del procesado. Como también resulta vulnerado el artículo 118-8 de la Constitución, por cuanto las mismas normas indicadas no atienden completamente la garantía de los derechos del procesado que ordena la ley de facultades, especialmente los de defensa y absoluta igualdad, ni toman en cuenta por este mismo aspecto, como lo exige el legislador, los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo".

La anterior decisión fue ratificada por sentencia de 10 de mayo de 1983, con ponencia de Manuel Gaona Cruz y en la que además se agregó:

"Para el caso *sub lite*, destácase que el principio del debido proceso es inherente a todo ser humano y otorga a éste el derecho a su defensa *y a ser juzgado por igual conforme a normas preexistentes, nítidas e inequívocas, por jueces constitucionales, señalados previamente* ceñidos a los lineamientos, garantías y rigores del proceso, también preestablecidos y claros.

"Dicho postulado comporta además el cumplimiento de los imperativos mandatos de aplicación de la norma más favorable al sindicado, procesado o condenado; de garantizar a éstos que no se les condene por lo que no se les ha probado como acción u omisión suya, respecto de la cual además le sea atribuible normativamente su conducta; del derecho a que se presuma su inocencia mientras no se le demuestre lo contrario y a que en caso de duda ésta favorezca al sindicado; de que la carga de la prueba ('demostrabilidad') corresponda al Estado; de que toda prueba alegada o allegada en su contra es controvertible por el procesado o por su apoderado; de que al sindicado no se le puede negar su derecho a solicitar la práctica de las pruebas que estime conducentes a su defensa y a la verificación de su inocencia, inimputabilidad o irresponsabilidad; de que no hay posibilidad de juzgamiento ni de condena sin que además se haya determinado o especificado la pena correspondiente al incrimina-

tivo; y de toda decisión condenatoria de primera instancia en su contra es recurrible ante otra de mayor jerarquía.

"Y el derecho de defensa, que es otra de las esenciales manifestaciones del debido proceso, tiene como asidero fundamental la libertad de postulación y escogencia del defensor o del apoderado por parte del sindicado o de quien lo represente en sus intereses; la igualdad de opción y de controversia en la defensa ante la ley y de oportunidad ante el juzgador; la igualdad objetiva de aptitud y capacidad profesional y dedicación de quien asuma como defensor, y la obligación ética y constitucional de éste de hacer todo lo válidamente posible para la idónea asistencia profesional de su poderdante.

"Frente a la Constitución, por principio, la defensa ha de ser ejercida por el abogado escogido por el sindicado o por quien lo represente en caso de que aquél sea menor, incapaz o inimputable. En forma subsidiaria, se dispone que el Estado le designe abogado de oficio. Y en ocasiones, por razones especiales de protección, como en este caso, al Estado se le asigna el deber social de apoderar de oficio, con funcionarios destinados al efecto, a los menores sindicados de hechos punibles. La Corte no recrimina esas tareas.

"Pero lo que no resulta constitucionalmente admisible es que la obligación subsidiaria, supletiva u oficiosa del Estado de asegurar el derecho de defensa de los menores que por cualquiera razón no puedan ser asistidos por abogados, se convierta en prohibición absoluta para aquellos, sus padres o ascendientes potestativos, de estar representados en juicio por un abogado inscrito escogido a su guisa y con cargo a su peculio. Eso no es sustituir sino cercenar el derecho de defensa y contrariar los mandatos de los artículos 10, 16, 23 y 26 de la Carta".

Es importante destacar que el procedimiento previsto en el Decreto 181 de 1981 era de marcada tendencia acusatoria y es por ello que atendiendo a sus antecedentes históricos y teóricos se concebían normas, como las que fueron declaradas inexequibles; es importante hacer esta observación, puesto que ello demuestra el celo y la protección que sobre el debido proceso y el derecho a la defensa ha hecho la Sala Plena de la Corporación.

Se ha sostenido por los procesalistas que el proceso y especialmente el penal es fundamentalmente dialéctico y de la misma manera que en la órbita privada no puede concebirse un proceso sin demanda y sin la respectiva contestación a la misma; el proceso penal es inimaginable sin la existencia de una acusación y de una defensa y a través de esta doble integración surgen dialécticamente las posiciones casi siempre contradictorias, que justifican la existencia de ese importantísimo principio rector de la contradicción que es consustancial al debate procesal y que por su ejercicio, constituye una efectiva garantía del derecho a la defensa y obviamente del respeto a las formas propias del juicio. ¿Cómo puede ser garantizado el contradictorio dentro del

sumario, cuando el procesado es un pobre campesino, analfabeto en las propias cercanías de tal estado? ¿Cómo va a poder entender la técnica de las actuaciones judiciales dentro de su primitiva cultura? ¿Cómo determinar la necesidad de interponer un recurso o solicitar pruebas, si su capacidad cultural le impide comprender su naturaleza, su importancia o su conveniencia?

Ya en la primera parte de este disentimiento a la voluntad mayoritaria de la Sala, se han destacado cómo la ausencia del defensor en la etapa instructiva sí fue trascendente y cómo se evidenció la vulneración de este derecho y la absoluta incapacidad del sindicado para defenderse, tanto que cuando planteó un rudimentario asomo de defensa no fue escuchado y en segunda instancia se le increpó que se trataba de una patraña de última hora que "debió al momento de calificarse el mérito sumarial, hacerla valer" y qué ausencia de defensa tan dramática, cuando precisamente en ese momento la planteó y el funcionario competente no la consideró, puesto que no hizo referencia a ella.

No se trata entonces de una mera conceptualización teórica de los aspectos constitucionales involucrados, sino lo que de manera concreta se evidencia en este proceso. Considera el suscrito que la Sala mayoritaria se dejó impresionar por lo inequívoco de la autoría, sobre la que no existe la más mínima discusión; pero ¿es que acaso los capturados en flagrancia o sobre los que existe un inmenso cúmulo de pruebas no tienen derecho a la defensa, precisamente por la evidencia de su participación?

Considera el suscrito que la afirmación que se hace y que se ha venido haciendo, en el sentido de que la defensa es esencial en el juicio y no en la instrucción, corresponde a un equivocado concepto de instituciones que son extrañas a nuestra organización procesal, porque es claro que en los procedimientos de marcada tendencia acusatoria, donde en la etapa sumarial se hace una investigación preliminar por la policía o por la fiscalía en la que se recolectan las pruebas que han de ser practicadas en el juicio y concretamente en la audiencia pública; en este sistema procesal es evidente que la prevalencia, existencia y necesariedad de la defensa se da en la etapa procesal del juicio, porque es en ella en la que se practican las pruebas, puesto que lo que se ha realizado en la etapa instructiva es puramente preliminar y sin capacidad probatoria; y en estas condiciones si los medios de convicción son producidos, aducidos y controvertidos en el juicio, con la participación de todas las partes, es entonces claro que la defensa en tal etapa es esencial y no puede pensarse en la existencia de ese tipo de proceso si no hay acusación, procesado y defensa. En tal la naturaleza de este proceso que exige la práctica de las pruebas en la audiencia pública, que si no es ello posible no puede realizarse el juicio, como ya sucedió en una convocatoria del gran jurado, cuando en un proceso con un único testigo, este fue asesinado y obviamente la audiencia nunca pudo ser realizada. Su característica impone igualmente la presencia del procesado y es por ello que si éste se encuentra en contumacia no puede realizarse, de allí que igualmente la acción sea imprescriptible.

Dentro de un proceso de tales características donde la contradicción probatoria y las alegaciones de la acusación y la defensa se postulan en la audiencia pública, es necesario concluir que la defensa es esencial y que en tales circunstancias la ausencia de ella no origina nulidad como podría pensarse dentro de la estructura de nuestro proceso, sino que no existe la sola posibilidad de que el proceso exista.

Es en tales circunstancias predicable de los procedimientos con tendencia acusatoria (proceso Inglés, Norteamericano, Alemán, Costarricense y recientemente el Italiano) en los que la garantía del derecho de defensa en la etapa del juicio es vital e ineludible. La doctrina jurisprudencial de nuestra Corte que no compartimos es consecuencia del influjo de procesalistas de países en los que existen procedimientos de tendencia acusatoria y que han sido indebidamente trasplantados y asimilados para ser aplicados a nuestro ordenamiento procesal, de decidida orientación inquisitiva.

La existencia de este tipo de proceso impone una diversa concepción del derecho a la defensa, porque en este la estructuración del proceso se realiza durante la etapa instructiva y es en esta etapa donde en ocasiones es más imperiosa la presencia activa de la defensa para pedir pruebas, para contraprobar las imputaciones, para supervisar la producción y aducción de la evidencia en su legalidad, para evitar las medidas precautelativas, para interponer recursos, para alegar su conclusión y evitar en la medida de lo posible la resolución de acusación y cuando ello sea imposible, obtener el reconocimiento de atenuantes o de condiciones de favorabilidad que puedan tener influencia en el caso hipotético de una sentencia condenatoria; porque es que en la providencia de mayoría se hacen afirmaciones que darían a entender que la defensa sólo surge "esencial o indispensable" en el juicio, como si la labor defensiva se circunscribiera a "los cargos que se le han formulado en la resolución de acusación". Es un criterio equivocado, en cuanto se limita la labor de la defensa a tal etapa o a pensar que durante ella es necesaria una mayor intensidad, pero la verdad es que desde el mismo momento en que surge la imputación por cualquier medio para excitar la acción investigativa del Estado, bien sea por denuncia, querella, informe, petición, etc., el ciudadano que así aparece involucrado ya necesita de defensa, tan es ello cierto y ha sido tan clara la voluntad del legislador en tal sentido que se hacen previsiones legislativas para garantizar ese derecho a la defensa durante la indagación preliminar o toda la estructuración de este derecho durante la etapa sumarial, porque es evidente que es con el auto cabeza de proceso cuando se ordena contra una persona en particular que se está formulando una incriminación (o cuando con posterioridad se ordena vincular a alguien por medio de indagatoria) medio del cual se ha dicho reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia que se trata de un medio defensivo y se le da este calificativo porque precisamente existe una incriminación de la que es necesario defenderse. Si esta es la realidad del proceso penal en su primera etapa, cuál la razón entonces para que se hagan las afirmaciones de las que ahora discrepamos con vehemencia?

Dentro de la realidad de un proceso con mayor tendencia inquisitiva y sobre las diferencias existentes con los sistemas procesales

de tendencia acusatoria, se hace indispensable garantizar la existencia de la defensa durante toda la etapa procesal, llámese sumario o causa.

Son las anteriores razones las que respetuosamente me llevan a discrepar de la decisión mayoritaria de la Sala.

Edgar Saavedra Rojas.

PRESCRIPCION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Para procesos en los que sea aplicable la Ley 2ª de 1984, es ésta más favorable frente a la legislación ordinaria en la que el término de prescripción es más amplio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Radicación número 3955. Noel Alberto Montiel Suárez. Revisión.

Aprobado Acta número 44.

Vistos:

Decídese el recurso extraordinario de revisión interpuesto por la Personera Municipal de Chaparral a nombre del sentenciado *Noel Alberto Montiel Suárez*, contra el fallo del Juzgado Unico Penal del Circuito de ese lugar en el cual, con reforma del de primera instancia, se le condenó como responsable del delito de hurto calificado y agravado, siendo ofendido Luis Bucuru.

Antecedentes:

Refiere la sentencia de segunda instancia que: "...aproximadamente a las cuatro de la mañana del domingo 12 de diciembre de 1982, viniendo de la zona de tolerancia hacia el centro de la ciudad Luis Bucuru Chico, varias personas le salieron al paso, dos de ellas se le acercaron, uno de los individuos cuando ya lo tenía colocado un cuchillo sobre el pecho le dijo que le entregara todo lo que llevaba, por lo cual fue despojado de un reloj Orient, mil quinientos pesos en dinero efectivo, un sombrero y tres potes de desodorantes marca Trinity, además los documentos de identificación, todo avaluado por perito en $ 2.900.00. El mismo día el denunciante reconoció a Noel Alberto Montiel Suárez como la persona que lo intimidó con el arma y al ser capturado por unidades de la Policía le fueron hallados en su poder algunos de los elementos sustraídos..." (fl. 19 cuaderno de la Corte).

El proceso para la investigación de los hechos fue iniciado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Chaparral el 13 de diciembre de 1982, pero por competencia fue transferido a la Inspección Central Municipal de Policía del lugar, oficina en donde continuó el

trámite hasta la fijación de fecha para audiencia el 5 de septiembre de 1983 (fl. 56 cuaderno proceso por hurto) sin embargo de lo cual no volvió a realizarse diligencia alguna, hasta el 1º de agosto de 1985, cuando por razón de competencia se dispuso la devolución al Juzgado Primero Penal Municipal. En este, después de anularse la actuación a partir del auto de cierre de la investigación dictado por la funcionaria administrativa, el 30 de octubre de 1985 se calificó el mérito sumarial con llamamiento a juicio, comprometiendo por hurto calificado y agravado a Montiel Suárez, quien por razón de este asunto estuvo privado de la libertad entre el 13 de diciembre de 1982 y el 17 de febrero de 1983, y entre el 11 de agosto de 1988 como consecuencia del enjuiciamiento y el 24 de julio de 1989, cuando recuperó la libertad por decisión del juzgado de primera instancia (fl. 138, cuaderno indicado). Al conocer por consulta la sentencia de primera instancia, el Juzgado Unico Penal del Circuito de Chaparral le modificó la pena en el sentido de rebajársela a 26 meses y 20 días de prisión en decisión de 30 de junio de 1988.

El recurso de revisión:

Con el mismo argumento con el cual pretendió que una vez fallado el proceso se anulase la actuación, la Personera Municipal de Chaparral instauró recurso extraordinario de revisión contra la sentencia definitiva. Busca la funcionaria que con fundamento legal en la causal 2ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el artículo 9º de la Ley 2ª de 1984 y el 5º del Código de Procedimiento Penal se declare que la acción penal no podía proseguirse por haber prescrito antes de que se calificara el mérito del sumario con llamamiento a juicio, dado que el delito contra el patrimonio económico cometido por Montiel Suárez tuvo una cuantía inferior a treinta mil pesos, y de conformidad con el artículo 9º de la Ley 2ª de 1984 vigente por la época en que se adelantó el sumario, la prescripción para esa clase de ilícitos era de dos años desde la fecha de su comisión. Asegura la recurrente que si bien la competencia para el conocimiento de los delitos como el que motivó la sentencia de condena que había sido asignada a las autoridades de Policía por el numeral 3º del artículo 1º de la Ley 2ª de 1984 perdió vigencia con la declaratoria de inexequibilidad de esa y otras normas de tal ley por la Corte Suprema de Justicia, el término de prescripción de esas acciones señalado en el artículo 9º prevaleció por no haber sido tocada esta disposición en el fallo constitucional, y consecuentemente, como norma más favorable, debió aplicarse al procesado cesando el procedimiento que se le seguía.

Consideraciones de la Corte:

Razón asiste a la personera que impugna la sentencia del Juzgado Unico del Circuito de Chaparral, y por tanto se accederá a su pretensión.

En efecto, *el delito contra el patrimonio económico en cuantía inferior a treinta mil pesos objeto de la investigación sucedió el 11 de diciembre de 1982 y la sentencia condenatoria apenas se profirió*

el 30 de junio de 1988, es decir, mucho tiempo después de transcurridos los dos (2) años que para la prescripción de la acción por esos delitos señaló la Ley 2ª de 1984 en su artículo 9º, que como bien lo observa la recurrente, no quedó incluido en la declaratoria de inexequibilidad que cobijó a algunas normas de esa ley. Y como ésta entró a regir el 17 de enero de 1984 —por la época en que se adelantaba la investigación—, siendo evidentemente más favorable frente a la legislación ordinaria en la cual el término de prescripción era y es mucho más amplio, por principio de favorabilidad frente a la sucesión de leyes en el tiempo y según lo prevén la Constitución y la ley, pese a ser posterior a ésta, debió ser aplicada al caso y así declararse la ocurrencia del fenómeno y disponerse la cesación del procedimiento. No hacerlo conllevó la prosecusión de una causa contra expreso mandato, lo cual constituye hoy en la legislación procesal penal imperante, causa de revisión de acuerdo al artículo 231-2 del Código de Procedimiento Penal, la que se declarará en concordancia con el artículo 239 literal "a" id.

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

Resuelve:

1º Declárense sin valor las sentencias proferidas en el proceso que se adelantó en los Juzgados Primero Penal Municipal y Unico Penal del Circuito, ambos de Chaparral, contra Noel Alberto Montiel Suárez por el delito de hurto calificado en perjuicio de Luis Bucuru.

2º Decrétase la cesación de procedimiento a favor de Noel Alberto Montiel Suárez por el delito a que se refiere esta providencia.

3º Dispónese la libertad incondicional inmediata del procesado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Scavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO

Bajo ninguna circunstancia podría predicarse que se trata de un tipo en blanco. Se consuma cuando el empleado oficial toma una determinación contraria al derecho positivo vigente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 044 de 4 de julio de 1990.

Radicación número 4142. Casación. Procesado: Jorge Hernando González. Delito: Prevaricato.

Vistos:

Por sentencia del veintinueve de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de esta ciudad condenó a Jorge Hernando González Onzaga como responsable del delito de prevaricato, cometido en su calidad de alcalde *ad hoc* del Municipio de Soacha. La anterior determinación fue confirmada por providencia del Tribunal del diez de febrero de mil novecientos ochenta y nueve.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Recibida la demanda del impugnante se declaró ajustada a derecho, de la misma manera que se escuchó la opinión del Ministerio Público.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacerse una síntesis de los siguientes

Hechos:

Los hechos motivo del presente proceso, se desencadenaron como consecuencia de la querella policiva instaurada por Camilo Antonio Garzón Hidalgo en contra de la familia Cantor Peñaloza, poseedora de la propiedad ubicada en la carrera 3ª número 23-A 23 del Municipio de Soacha y denominada "La Cantera". Dentro de dicha diligencia los ocupantes se opusieron a la diligencia de lanzamiento ocurrida el dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y tres exhibiendo pruebas explicativas de por qué ocupaban el inmueble desde mucho tiempo atrás. El procesado a pesar de lo anterior

no aplazó la diligencia y ejecutó el lanzamiento, razón por la cual fue denunciado por la parte afectada, pues se acusa al funcionario de actuar en connivencia con los actores, ya que se trataba de una controversia relacionada con la posesión que no es dilucidable en proceso policivo.

Actuación procesal:

El proceso se abrió por auto cabeza de proceso de veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro.

Fueron indagadas varias personas y entre ellas Jorge Hernando González Onzaga.

Por auto de veintidós de abril de mil novecientos ochenta y cinco se dictó auto de detención a González Onzaga.

Mediante providencia de diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y siete se dictó pliego de cargos contra el anteriormente citado, por el delito de prevaricato por acción.

Se dictarían posteriormente sentencias condenatorias contra el procesado, de primera (agosto 29 de 1988) y de segunda (febrero 10 de 1988) instancias.

Argumentos de la demanda:

Al amparo de la causal primera el censor plantea un cargo único por considerar que en la sentencia se incurrió en una violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de la misma, por considerar que la Corporación de segunda instancia:

> "...dejó de tomar en cuenta, para que se pudiera hablar de violación de la ley, el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, en la forma concordante y aplicable con el artículo 13 de su Decreto reglamentario 992 de 1930, que el procesado aplicó por mandato legal, que dio lugar a la decisión tomada por él, por lo que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, al afirmar el delito de prevaricato con base en la apreciación del alcalde *ad hoc*, que era correcta y que el honorable Tribunal no la tuvo en cuenta, siendo pertinente.
>
> "Por este yerro, honorables magistrados, surgió la consecuencia de la aplicación indebida del artículo 149 sobre prevaricato, pues la resolución del acusado jamás fue contraria a la ley, puesto que se ciñó precisamente a ella y por haberlo hecho, se imputó el delito dicho y se le condenó con manifiesta violación de la ley sustancial".

En la demostración del cargo sostiene el impugnante que el procesado al practicar el lanzamiento de quienes se encontraban dentro del predio "La Cantera" lo había hecho en consideración de no haber presentado el contrato de arrendamiento o el permiso del arrendador para legalizar la ocupación y que según el concepto del Tribunal quebrantó la dispensa consagrada en el derecho policivo sancionada en

el artículo 13 del Decreto 992 de 1930, norma según la cual, ha debido suspender la diligencia y haber remitido a la justicia ordinaria para que resolviera el conflicto.

Sostiene que en el proceso policivo no se discute la posesión material, sino la ocupación de hecho y que en tales circunstancias está previsto un juicio sumario que debe realizarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la ocupación del predio o en el momento en que los interesados tengan conocimiento del hecho.

Sostiene que el Decreto 992 al ser reglamentario de la Ley 57 de 1905, su aplicación "debe hacerse de manera conjunta, sistemática, armónica y objetiva, por cuanto al darle aplicación a una aislada de la otra, se cae en la violación de la ley sustancial por su aplicación indebida".

Luego cita una decisión de la justicia contenciosa en la que se precisó sobre la oportunidad de lanzamiento de los ocupantes de hecho, y los medios de prueba conducentes y pertinentes para acreditar la ocupación y en relación a los casos en que no procede la invasión.

Concluye que:

> "al no existir ampliación del ámbito probatorio de oposición al lanzamiento, los otros medios de prueba que justifiquen legalmente la ocupación, de que trata el artículo 13 del Decreto 992 tantas veces citado, por el principio de la conducencia y la pertinencia, deben estar encaminados a demostrar o no la existencia del contrato de arrendamiento o, en su defecto, el permiso del arrendador, para ocupar, y sólo en este evento tienen que ser analizadas por el funcionario de policía para decretar o no el lanzamiento por ocupación de hecho".

Por tanto solicita se case el fallo y se dicte el de reemplazo.

El concepto del Procurador Delegado en lo penal:

Luego de hacer algunas disertaciones sobre el concepto de ley sustancial y de aquellas de naturaleza extrapenal que se integran al tipo en cuanto complementan el precepto, llega a concluir que:

> "Las normas que no son de naturaleza penal, posibilitan la impugnación extraordinaria en cuanto en el injusto típico es corriente encontrar referencias expresas o preceptos extrapenales, delitos que contienen elementos normativos que pueden implicar criterios o conceptos propios de la legislación civil o administrativa. En consecuencia, resulta admisible el recurso bajo tal supuesto cuando la ley penal incorpora tales preceptos a su tenor mediante una referencia clara y expresa, en forma tal que conforman elemento integrante del tipo y de cuya consideración depende la estructuración del ilícito.

"Por ello consideramos que la violación de una norma extrapenal por sí no da margen al recurso de casación, si no implica o involucra simultáneamente un conculcamiento del precepto penal sustancial que no contiene en su descripción normativa".

En relación directa a la censura dijo el Procurador Delegado:

"El recurrente plantea la aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 992 de 1930, en cuanto para la regulación del supuesto de hecho a conocimiento del alcalde *ad hoc* se imponía la aplicación sistemática o conjunta de la mencionada norma con el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, interpretación que permite comprender la legalidad de la conducta asumida por el procesado al decretar la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho.

"La Ley 57 de 1905 (sobre lanzamiento por ocupación de hecho), dispone en su artículo 15 lo siguiente: 'Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el jefe de policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca'.

"Por su parte el Decreto 992 de 1930 (por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, y se deroga el Decreto 515 de 1923) consagra en su artículo 13 lo que a continuación se transcribe: 'Si antes de practicarse el lanzamiento, el ocupante de la finca o heredad exhibiere un título o prueba que justifique legalmente la ocupación, el alcalde suspenderá la diligencia de lanzamiento, quedando en libertad los interesados para ocurrir al poder judicial...'. El artículo 15 de la misma normatividad prescribe lo siguiente: 'La acción administrativa sumaria de lanzamiento prescribe a los treinta días, contados desde el primer acto de ocupación o desde el día en que tuvo conocimiento del hecho el querellante, según el caso'.

Ciertamente, el fundamento del fallo que condena al procesado Jorge Hernando González Onzaga por el delito de prevaricato lo constituye la no observancia del artículo 13 del Decreto 992 de 1930 que dispone la suspensión de la diligencia de lanzamiento, cuando el ocupante exhiba un título o prueba que justifique legalmente su permanencia en el predio. Para los falladores de primero y segundo grado la prueba que justifica legalmente la ocupación era evidente. La posesión por más de 20 años alegada por los lanzados se estructuraba con visos de credibilidad no solamente en razón a la prueba sumaria allí ofrecida —testimonial— sino en virtud de las edificaciones allí construidas.

"Tales aportes probatorios indefectiblemente ameritaban la suspensión de la diligencia por mandato perentorio del artículo 13 del decreto tantas veces citado, para dejar a las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria para que ésta dirimiera la controversia.

"Del siguiente tenor son algunas de las argumentaciones contenidas en el fallo emitido por el Tribunal sentenciador:

"'...también aflora indiscutible la culpabilidad a título de dolo que presidió su obrar (el del procesado) toda vez que el acervo probatorio muestra al funcionario actuando con plena conciencia, pues informado de la existencia de la norma e ilustrado por su experiencia y por las exposiciones de los representantes de parte y parte, puestas en sus manos las pruebas que significaban inmemorial posesión para los Cantor Peñaloza, como también las que propendían en la presentación de Garzón Hidalgo ejerciendo actos de señor y dueño sobre el predio, la solución jurídica estaba en el ámbito de su función por disposición de la misma ley y no la acató, emerge como única realidad que tuvo conciencia de violar la ley y en forma deliberada y caprichosa quiso ese hecho con máxima expresión del abuso de su función en detrimento del derecho ajeno'.

"Así las cosas, aunque se aceptara que las normas jurídicas llamadas a regular el caso sometido al conocimiento del alcalde procesado eran las contenidas en la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, en cuanto contemplan plenamente este fenómeno para conceder derecho a quien se hubiere privado de hecho de la tenencia material de una finca, para lanzar a los ocupantes; lo cierto es que la conducta prevaricadora imputada al exalcalde deviene únicamente de la no aplicación del artículo 13 del Decreto 992 de 1930 que establece el procedimiento que debe observar quien presida un lanzamiento de esta naturaleza cuando precisamente concurra la situación que se evidencia en autos".

Culmina solicitando no se case el fallo censurado.

Consideraciones de la Sala:

Es evidente como lo sostiene el fiscal de la Corporación que para efectos del recurso extraordinario de casación ha de entenderse por leyes sustanciales, tanto aquellas de la órbita del derecho material que describen una conducta a la que se le asigna una sanción si se ejecuta con desconocimiento del bien jurídico tutelado, como aquellas que consagran derechos y obligaciones, los modifican o extinguen; pero también se consideran como normas sustanciales aquellas que dentro de la órbita de las leyes procesales contienen preceptos consagratorios de derechos y obligaciones que son trascendentes a los intereses de las partes en el proceso penal, porque se ha reconocido por doctrina y jurisprudencia que corrientemente existen en el Código Penal normas de contenido procesal y en éste otras de con-

lenido material, por ello se ha sostenido entre otros por Calderón Botero que la "norma sustancial se identifica porque establece una consecuencia jurídica como fin de sí misma y no como medio de otra".

Y es claro que dentro de este concepto amplio de ley sustancial se debe comprender igualmente a todas aquellas de carácter extrapenal que siendo integrativas del tipo penal lo complementan para efectos de perfeccionar la descripción del precepto, como sucede en los tipos penales en blanco, que fueran así denominados por primera vez por Binding, para designar aquellos incompletos que teniendo un determinado precepto, este es de imposible aplicación si no se complementa con el contenido de otra norma de naturaleza generalmente extrapenal. Es el caso de las descripciones de la especulación o del acaparamiento que aluden a "artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad", en los que es claro que la norma es inaplicable mientras no se resuelva normativamente cuáles son esos artículos que reciben tal denominación y que obviamente no se encontrará su respuesta en el ámbito del derecho penal sino en la órbita administrativa.

Pero las consideraciones que hace el Procurador Delegado en este sentido, refiriéndose al prevaricato y haciéndole extendible tales conceptualizaciones no corresponden en concepto de la Sala a esta realidad, porque este es un tipo completo y bajo ninguna circunstancia podría predicarse de él, que se trata de uno en blanco, —sin desconocer sin embargo que el prevaricato puede perfeccionarse en la aplicación de normas legales en cualquiera de las órbitas del derecho, puesto que la conducta típica hace relación a la emisión de "resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley", debiéndose entonces concluir que este delito se consuma cuando el empleado oficial toma una determinación contraria al derecho positivo vigente—; y mucho menos que se trate de un delito que contiene elementos normativos que pueden implicar criterios o conceptos propios de la legislación civil o administrativa, ni que en él existan referencias expresas o indirectas a preceptos extrapenales; porque lo cierto es que la conducta prevaricadora consiste en dictar o emitir un dictamen o resolución manifiestamente contrarios a la ley, y es apenas lógico pensar, que si se trata de la actividad de un funcionario jurisdiccional o administrativo que trabaja con ordenamientos positivos en relación a los cuales debe tomar determinaciones, es natural que el prevaricato, es decir la decisión contraria a la ley, se puede presentar en el área penal, civil, comercial, laboral o administrativa, etc., como en el caso presente, sin que pueda afirmarse que la norma positiva desconocida o contrariada por la decisión del funcionario está integrada al tipo penal, o que hace parte de él, ni siquiera de manera indirecta.

Las consideraciones de la Fiscalía estarían sobradas de razón, y la Sala compartiría dicho criterio, si se estuviese ante un tipo penal en blanco, la especulación por ejemplo, y la violación de la ley se presentase en cuanto a la contradicción de la norma administrativa que definiese cuáles son los artículos oficialmente considerados como de primera necesidad, porque es evidente que al tomarse una deci-

sión jurisdiccional en relación con tal delito, que desconozca la existencia de la especulación realizada sobre uno de estos artículos por considerar el juez que no es de primera necesidad a pesar de lo dispuesto en la norma administrativa, o que se predique la existencia del delito por considerar que se especuló sobre un artículo que oficialmente no es considerado como de primera necesidad, es claro que se estaría presentando una violación directa de la ley sustancial, porque esta norma administrativa hace parte del tipo penal en cuanto completa la descripción del precepto que es motivo de reproche punitivo, y por tanto susceptible de ataque en el recurso extraordinario de casación.

Pero en el caso que es motivo de análisis es totalmente distinto y por ello la Sala predica la inoficiosidad de las consideraciones formuladas por la Fiscalía, porque para el caso presente no son aplicables, puesto que se trata simplemente de un prevaricato cometido por un funcionario administrativo, y de manera apenas explicable sobre normas del derecho administrativo y no por ello podría afirmarse que se trata de normas extrapenales integradas o no al tipo penal, sino que precisamente la conducta prevaricadora se consumó por contrariar las disposiciones que esa rama del derecho tiene previstas para el tipo de actuaciones realizadas por el aquí procesado.

No por disentir del fiscal de la Corporación se está predicando la imposibilidad de que una decisión de un Tribunal en relación con el delito de prevaricato no sea susceptible de ser censurada en casación, porque tal afirmación no se ha hecho, ni se podría hacer, sino que en frente al delito que es motivo de análisis, debe proceder la Sala a determinar si la decisión finalmente tachada como prevaricadora no es efectivamente contraria de la específica normatividad administrativa, caso en el cual no debería casarse el fallo impugnado; o si por el contrario la decisión tachada de prevaricadora fue dictada contrariando postulados del derecho vigente, caso en el cual se debería casar la sentencia, revocar la sentencia condenatoria, y dictar sentencia de reemplazo absolviendo al procesado.

Aclarados conceptualmente los criterios anteriores, procederá la Sala a estudiar el fondo de la censura para resolver lo que sea pertinente.

El censor centra el ataque en considerar que el artículo 15 del Decreto 992 fue aplicado indebidamente en el fallo impugnado y que ha debido interpretarse en concordancia con las disposiciones de la Ley 57 de 1905, puesto que la norma citada en precedencia es reglamentaria de la mencionada en último lugar y para llegar tales conclusiones toma como fundamento un fallo del Consejo de Estado en el que se negó la nulidad del artículo 13 del Decreto reglamentario 992 de 1930 (sentencia de 13 de abril de 1982).

Para tener una mayor claridad en relación al punto jurídico debatido, es menester transcribir los textos normativos que originan el conflicto interpretativo. El artículo 15 de la Ley 57 de 1905 dispone que:

> "Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arren-

dador, el jefe de la Policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca.

"*Parágrafo.* El jefe de Policía moroso en el cumplimiento del deber que le confiere el inciso anterior, será responsable en la misma forma y en los términos de que trata el artículo 12".

Por su parte el artículo 13 del Decreto 992 de 1930 determina lo siguiente:

"Si antes de practicarse el lanzamiento, el ocupante de la finca o heredad exhibiere un título o prueba que justifique legalmente la ocupación, el alcalde suspenderá la diligencia de lanzamiento, quedando en libertad los interesados para ocurrir al poder judicial".

Dentro de las diversas consideraciones que se hicieron en el fallo censurado se destaca la siguiente:

"Igualmente se le puso de presente por quienes iban a ser perjudicados el desbordamiento funcional que implicaba desconocer la previsión legislativa contentiva en el artículo 13 del Decreto 992 de 1930, que compelía suspender la diligencia de lanzamiento y acudir a la justicia ordinaria ante el conflicto, en ese momento, insoluble que significaba el enfrentamiento de pruebas, a cuyo tenor se imponían soluciones opuestas... pasando por alto de manera deliberada efectuar comentario alguno respecto de si aplicaba o no el artículo 13 del Decreto 992 de 1930 y por qué lo hacía en uno u otro sentido, siendo que era el problema de derecho policivo que en ese momento enfrentaba, ya que el instante procesal no se gobernaba por norma alguna que lo remitiera a estudio y valoración de prueba, por el contrario, porque ante pretensiones opuestas, acreditadas por medio de prueba atendible, su más elemental deber, la prudencia y la ley imponían la suspensión de la diligencia y dar curso del asunto a jurisdicción diferente, donde con amplitud se ventilara el diferendo y se estableciera en quien radicaba la razón".

Considera el impugnante que la actuación del procesado estuvo adecuada a derecho, puesto que tenía la obligación de lanzar a los ocupantes de hecho, porque no habían presentado los medios de prueba idóneos para evitar la realización de la diligencia, esto es, el contrato de arrendamiento o el permiso del arrendador, para justificar legalmente la ocupación y que por ello el Tribunal en la sentencia censurada violó directamente la ley sustancial, al considerar que ha debido suspender la diligencia al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 992 de 1930.

Pero las pretensiones del impugnante están precisamente rechazadas por la sentencia administrativa por él citada, pero en apartes no mencionados en el libelo o a los que sólo se hace referencia de manera parcial. Es así como en la sentencia a que se ha venido haciendo referencia se puede leer:

> "En primer término el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, como ya se expresó, contempla el caso de la ocupación de hecho sin que medie contrato de arrendamiento o consentimiento del arrendador. Obviamente, la única manera de desvirtuar tal ocupación de hecho, para los efectos de esta norma, será probando el contrato de arrendamiento o demostrando el permiso del arrendador" (hasta aquí la parte citada por el impugnante).
>
> "Pero la propia norma del artículo 15 establece como medio idóneo el contrato de arrendamiento, que sólo servirá para desvirtuar la primera de las situaciones contempladas por dicha norma, más no para la segunda, cual es la del permiso del arrendador.
>
> "Por lo demás, la norma reglamentaria dispone que cualquier título o prueba que justifique *legalmente* tal ocupación será atendible (subraya la Sala).
>
> "Con ello no se está excediendo el ámbito de la ley reglamentada, por cuanto no se está propiamente ampliando por decreto el medio de oposición al lanzamiento sino que simplemente se está haciendo referencia a otros medios de prueba que justifiquen 'legalmente' la ocupación. Luego sólo los medios fijados *en otra disposición legal* (subraya la Sala), deberán ser considerados por el funcionario encargado de efectuar la posible desocupación".

En las condiciones precedentemente analizadas es lógico que dadas las circunstancias que estaban bajo su dominio el procesado ha debido suspender la diligencia de lanzamiento para que el conflicto fuera solucionado por la jurisdicción civil, porque debe mencionarse que los ocupantes de hecho justificaron su presencia recordándole por medio de sus apoderados que:

> "Habían habitado y habitaban, explotaban económicamente el predio, habían hecho mejoras en él, como señores y dueños, sin reconocer a otro, que habían arrendado e inclusive vendido partes a terceros y le solicitaron al funcionario recepcionar testimonio de tres personas mayores de edad, presentes en el lugar, para dar fe sobre esa posesión ancestral de más de veinte años; le advirtieron al señor alcalde *ad hoc* que adelantaban juicio de pertenencia en un Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, porque otra querella policiva, esa sí instaurada por ellos, contra Camilo Antonio Garzón Hidalgo en una de las inspecciones de Soacha, solicitando amparo posesorio, terminó con auto que ordenó mantener el *statu quo*, es decir, dejar las cosas en el estado

en que encontraban, advirtiendo a Garzón Hidalgo, que si algún derecho creía tener, debía pretender su reconocimiento ante autoridad jurisdiccional competente".

Y debe reseñarse que los testigos que declararon dijeron no haber conocido nunca al querellante como poseedor material de dicho inmueble y que por el contrario toda la vida conocieron a los Cantor Peñaloza, sus padres y abuelos como los dueños de ese predio.

Es entonces preciso concluir que en la sentencia impugnada no se ha incurrido en ninguna clase de violación directa de la ley sustancial, porque la verdad es que al determinar la responsabilidad penal del procesado por el delito de prevaricato por haber realizado el lanzamiento, desconociendo el contenido del artículo 13 del Decreto 992 de 1930, estaba decidiendo conforme a las normas vigentes para el caso que estaba sometido a juzgamiento.

En las condiciones anteriores y tal como lo solicita el fiscal de la Corporación, debe rechazarse el cargo formulado.

Son suficientes las consideraciones precedentemente realizadas, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel (aclaración de voto); *Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA (ACLARACION DE VOTO)

La violación directa de la ley sustancial no se da por razón de la discrepancia de la prueba de cualquiera de los elementos constitutivos del tipo, se discute si esa es la norma aplicable al caso

ACLARACION DE VOTO

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Referencia: Radicación número 4142.

Aunque comparto la decisión de la Sala, considero que la demanda incurrió en un error de técnica que impide entrar a su estudio de fondo, pues alega violación directa de la ley sustancial, cuando se trata de violación indirecta por error de hecho.

Para explicar nuestro punto de vista, es necesario aclarar primero la estructura del discurso jurídico.

En los países de legislación codificada, como el nuestro, el juez para dictar sentencia tiene que realizar un proceso lógico para inducir de los hechos concretos, los hechos abstractos que tiene que confrontar con los supuestos normativos, para ver dentro de cuáles encajan aquellos, pues la ley es por definición también abstracta. El proceso de subsunción de los hechos en la normatividad implica entonces una confrontación de hechos abstractos inducidos de la realidad concreta, con los hechos abstractos de la normatividad. Para que el juez pueda afirmar que hubo un homicidio, tiene que establecer en el mundo de lo concreto si una persona mató a otra, independientemente de las condiciones particulares de dicha persona, o de la forma como la muerte se haya producido.

Los elementos constitutivos de las normas pueden ser fácticos, normativos o de valor, pudiendo ser los primeros objetivos o subjetivos. Cuando el Código Penal tipifica el hurto como el apoderamiento de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, está incluyendo un elemento fáctico objetivo, el apoderamiento; uno subjetivo, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, y dos normativos, cosa mueble y ajena.

Para saber si en un caso concreto se realizó un hurto, el juez tiene que verificar si en realidad se dieron estos elementos, el apoderamiento, el propósito, y si el objeto es mueble y ajeno. El hecho

de considerar como probado cualquiera de estos elementos, o no considerarlo estándolo, es un error de hecho, así se trate de un elemento normativo como la ajenidad o el carácter de un bien mueble. Por consiguiente el error en que pudiera incurrir el fallador en considerar como ajeno un bien que es propio del procesado, implica una violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, en este caso el haber considerado como probada la ajenidad de la cosa, error que conduciría a la aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal.

La violación directa de la ley sustancial no se da nunca por razón de la discrepancia de la prueba de cualquiera de los elementos constitutivos del tipo, sino que por el contrario, aceptando éstos como probados, se discute si es esa la norma aplicable al caso, porque está, por ejemplo, derogada, o porque no es esa su interpretación correcta.

En el caso en estudio el casacionista impugna la sentencia por violación del artículo 149 del Código Penal, que tipifica el delito de prevaricato, según el cual incurre en esta infracción el empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. Para establecer si estos elementos se dieron en la realidad, habrá que demostrar que un funcionario público expidió una resolución o dictamen, la cual contraría manifiestamente una norma legal. Estos son los hechos constitutivos de este tipo delictivo, y el considerar probado cualquiera de ellos, inclusive el normativo, haberse expedido resolución manifiestamente contraria a la ley, constituye error de hecho que conduce a la aplicación indebida del artículo 149 del Código Penal, es decir, que implica violación indirecta y no directa de la ley sustancial.

Fecha ut supra,

Jaime Giraldo Angel.

DERECHO DE DEFENSA

Si el fallador aduce como agravante un hecho no probado ni debatido en el proceso, o una circunstancia que no se infiere de los hechos probados, sin duda se afectaría el derecho a la defensa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 043 junio 27 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior de Neiva, en sentencia fechada el 18 de agosto de 1989, confirmó con algunas modificaciones punitivas el fallo proferido por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, condenando a *Heriberto Suárez Rodríguez* a la pena de catorce (14) años de prisión por los delitos de Homicidio y Violación de Habitación Ajena. Contra tal decisión el condenado y su defensor interpusieron recurso extraordinario de casación el cual fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte. Presentada la demanda, ésta fue declarada ajustada a los requisitos legales. Oído el concepto del señor Procurador segundo Delegado en lo penal, procede la Sala Penal a resolver lo pertinente.

Hechos:

En la madrugada del 20 de julio de 1988, en casa de María Nira Tello Joven, situada en la calle 14 número 22-07 de Neiva, en donde al mismo tiempo funcionaba una tienda, se celebraba un baile con asistencia, entre otros, de José Luis Mesa Garzón (occiso), su amigo Luis Alberto Rodríguez Ortiz (a. Lucho), y del agente de la Policía Heriberto Suárez Rodríguez (a. Reverbero), quien disfrutaba de vacaciones y tenía gran amistad con la dueña del establecimiento.

Inicialmente se presentó una discusión entre José Luis y Lucho; los dos se encontraban embriagados, especialmente este último, quien se quedó dormido en el suelo, en el patio de su casa de habitación contigua a la de la fiesta y en la cual también vivía el occiso. Al

enterarse José Luis de la situación de su amigo se preocupó, y con ayuda de su vecina Ligia Puentes Narváez, lo llevaron hasta su cama para que durmiera.

José Luis salió nuevamente hacia el sitio del baile y como la dueña del negocio quiso impedirle que entrara la empujó hacia un lado y les gritó que apagaran la música; se regresó a su casa y cerró la puerta, pero el sujeto apodado Reverbero lo siguió, se paró al frente de la casa, hizo un disparo que perforó el techo de zinc, de un puntapié abrió la puerta y se entró hasta donde se encontraba la víctima y le disparó a quemarropa causándole una herida que le produjo la muerte minutos después.

Actuación procesal:

El Juzgado Diecisiete de Instrucción Criminal de Neiva inició la correspondiente investigación y adelantada la etapa sumarial profirió resolución de acusación en contra del procesado por los punibles de homicidio y violación de habitación ajena, en concurso. El Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, previo el control de legalidad, surtió la etapa del juicio, en la que se celebró la diligencia de audiencia con la intervención de jurado de conciencia, acto en el cual la Fiscalía demandó sentencia condenatoria, mientras que la defensa solicitó la absolución de su asistido, al considerar que en el proceso no existía la prueba que con certeza indicara la responsabilidad del imputado.

El veredicto del jurado popular definió por mayoría la responsabilidad de Heriberto Suárez Rodríguez, razón por la cual el juzgado acogiendo la respuesta, profirió sentencia condenatoria e impuso al condenado la pena principal de once (11) años de prisión, guarismo al que llegó teniendo en cuenta la causal de agravación contemplada en el numeral 3º del artículo 66 del Código Penal y la existencia del concurso de hechos punibles.

Recurrida la sentencia por el defensor del procesado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, confirmó modificándola en el sentido de imponer catorce (14) años de prisión, al deducir además, las causales de agravación referidas en los numerales 1º y 11 del artículo 66 del Estatuto penal.

La demanda de casación:

Contra la sentencia de segunda instancia el recurrente presenta un sólo cargo con apoyo en el cuerpo segundo de la causal 1ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho.

Fundamenta el cargo el censor en la mayor pena impuesta por el Tribunal a su poderdante "al deducirle el juzgador una serie de circunstancias agravantes, sin que los hechos que la constituyan y configuran estén probados de modo alguno o, en un caso en que no inventa la prueba la distorsiona en su sentido y alcance, lo que lo llevó a incurrir en un *error de hecho,* al suponer pruebas que no

existen en el proceso, y tergiversar o distorsionar otras, lo que, lógicamente se tradujo en un quebrantamiento indirecto de la ley sustancial y a hacer desproporcionadamente más gravosa, en años de condena, la que le había impuesto el juzgador de primera instancia".

En concreto, la acusación del defensor comprende lo siguiente:

1º Que el juez de primera instancia, al deducir en la sentencia, la causal de agravación genérica prevista en el numeral 3º del artículo 66 del Código de Procedimiento Penal, por considerar que el homicidio dificultó la defensa de la víctima al dispararle por la espalda, distorsionó la prueba, la hizo decir lo que no dice.

Estima que del anexo de protocolo de necropsia y de los testimonios de Rubiela Oliveros Merchán, Ligia Puentes Narváez y Luis Enrique Páez Murcia, se llega a la conclusión de que el disparo no fue por detrás y en esas condiciones no dificultó la defensa, por lo tanto no cabe la circunstancia de agravación endosada al procesado.

2º Que la Sala Penal del Tribunal de Neiva "Consideró que, además de la gravedad del hecho y de las irreparables consecuencias de la acción homicida, constituía factor de agravación la forma en que fue sorprendido indefenso (sic) la víctima", sin que exista realmente prueba para esa deducción, lo que además no es un factor para graduar la pena entre el mínimo y el máximo, sino una circunstancia específica de agravación consagrada en el numeral 7º del artículo 324 del Código Penal.

Así mismo, asevera que si no se dificultó la defensa, mucho menos pudo haber indefensión, que por lo demás, teniendo éste último también como motivo de agravación, se contraría el principio de *non bis in idem*.

3º Que el Tribunal contabilizó como causales de agravación las previstas en los numerales 1 y 11 del artículo 66 del Código Penal. Respecto a la primera, dice que no hay prueba que la apoye, ni referencia al hecho que la constituye en las sentencias de primera y segunda instancia, ni se precisa si se refiere a los motivos innobles o a los fútiles. La prueba fue inventada por el juzgador.

En cuanto a la segunda circunstancia, sostiene que en una "tremenda ironía y una burla casi sangrienta hablar de posición distinguida de este servidor de la Policía Nacional". Es otra prueba que da por existente el juzgador.

Concluye el cargo citando como normas infringidas los artículos 66 numerales 1, 3, 11; 67, 324 num. 7º, 323, 61, 284, 26, 27, 28, 42, 44, 50, 51, 52, 55, 58 y concordantes del Código Penal por aplicación indebida; los artículos 285 y 295 del Código de Procedimiento Penal, todos referentes a la prueba *testimonial*, en lo pertinente, y de modo particular, el 295 (valor probatorio del testimonio), por falta de aplicación. También los artículos 302 a 304, 252 a 265, 266 a 278, 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con los artículos 26 y 163 de la Constitución Nacional y con los restantes, concordantes y pertinentes del Estatuto Penal Adjetivo.

La petición es que se case el fallo objeto de la impugnación y se dicte el que debe reemplazarlo, para que se rebaje la pena a diez años y cuatro meses.

En un capítulo adicional, previa advertencia de que no es un cargo más, el demandante afirma que existe una nulidad por violación de las formas propias de cada juicio, debido proceso y derecho de defensa y sugiere a la Corte que de oficio la declare.

Concepto de la delegada:

El Procurador Segundo Delegado en lo penal inicia sus consideraciones advirtiendo, que si bien es cierto, en los juicios con intervención de jurado de conciencia no es procedente invocar la violación, indirecta de la ley, también lo es, que en este caso la demanda de casación puede estudiarse, por cuanto el objeto de impugnación la constituye el incremento punitivo hecho por los falladores de instancia, sin cuestionar el veredicto.

Respecto a la agravante contemplada en el numeral 3º del artículo 66, la delegada estima correcta su aplicación, pues del protocolo de necropsia, de los testimonios y de las fotografías tomadas en la inspección judicial, "...se comprueba con absoluta claridad cómo el procesado se encontraba detrás del occiso cuando le anunció que lo iba a matar, lo que hizo posible que aquel girara para tratar de enfrentar a su enemigo, hecho que lo impidió el disparo. Así, tiene razón el *a quo* cuando advierte que este grito puso en alerta a la víctima, pero su posición dificultó su defensa más no la tornó posible (sic)".

En cuanto a los agravantes de los numerales 1 y 11 del artículo 66 del Código Penal, considera que no se trata de un error de hecho por falso juicio de existencia, porque no existió una argumentación en el sentido de creer que la prueba que la sustenta obra en el proceso. "Por el contrario, estamos frente a una ausencia de motivación en lo que a la tasación punitiva se refiere, lo que vulnera el artículo 163 de la Carta fundamental..."

"En consecuencia, estaríamos en presencia de una nulidad de carácter sustancial que debe decretarse por la Corte, solicitud que elevamos respetuosamente ante la honorable Sala, casando parcialmente el fallo impugnado en lo atinente a la imposición de estas dos causales genéricas de agravación punitiva, conservando la deducida por el *a quo*".

En lo referente a la nulidad invocada por el censor, para que la Sala se pronuncie de oficio, la delegada señala que en momento alguno se violó el derecho de defensa ni la plenitud de las formas propias de cada juicio, por lo tanto no le asiste razón.

Consideraciones de la Sala:

1º Ha sido reiterada la jurisprudencia que señala, que no es procedente acudir en las demandas de casación a la violación indirecta de la ley sustancial, para impugnar sentencias en procesos en los

cuales ha intervenido jurado de conciencia, pues el veredicto no es motivado y obedece a la íntima convicción de sus miembros, por lo tanto no es posible saber cuáles pruebas fueron las determinantes de la decisión.

Sin embargo, el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal, derogado por el artículo 37 del Decreto 1861 de 1989, pero aplicable a este caso, establecía en el segundo inciso lo siguiente: "Podrá, por tanto, variar la denominación del delito dentro del género del capítulo correspondiente del Código Penal y declarar cualquier otra circunstancia modificadora de la culpabilidad y de la punibilidad. En todo caso se consignarán con claridad las razones que el juez ha tenido para acoger o rechazar los planteamientos del debate oral". Esto significa, que los errores que cometa el fallador en torno a las pruebas, para ejercer las facultades que le confiere la disposición transcrita, son demandables por vía indirecta pues no se trata de atacar el veredicto, sino el pronunciamiento del juez de derecho.

Para estos efectos, el inicial artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, ahora modificado por el artículo 15 del decreto citado, contenía un parágrafo en el cual expresamente autorizaba demandar en casación en esos eventos. Decía:

> "En los juicios en que interviene el jurado, haber incurrido el juez de derecho en alguna de las causales consagradas en los numerales anteriores, al declarar o dejar de hacerlo, cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad o de la punibilidad".

En consecuencia, le asiste razón al Ministerio Público, al estimar, que en el caso concreto, como se trata de una impugnación al incremento punitivo hecho por los falladores de instancia, la vía indirecta es procedente.

Primer cargo:

Afirma el defensor, que el juzgador distorsionó la prueba, la hizo decir lo que no decía en ella. Veamos:

El anexo del protocolo de necropsia visible al folio 41 dice:

> "Herida de 1 centímetro circular a nivel del tercio superior cara latero posterior de antebrazo izquierdo (a 30 cms. de línea medio anterior izquierda a 1.30 cms. de talón izquierdo) que corresponde a orificio de entrada de proyectil de arma de fuego".
>
> rior del pulmón derecho".
> "Se encuentra proyectil alojado a nivel de lóbulo infe-
>
> "Trayectoria: Ligeramente a atrás adelante (más o menos 30-40 izquierda derecha arriba-abajo".

La herida y trayectoria descrita, concuerdan con los testimonios de Rubiela Oliveros Merchán y Ligia Puentes Narváez, cuando afirman que el procesado perseguía a la víctima y al anunciarle que le

daría muerte, el occiso trató de girar su cuerpo para enfrentar a su agresor, momento en el cual recibió la herida mortal, en circunstancias benignamente consideradas por el juez como de simple dificultad para la defensa del ofendido, sin que se observe en ella distorsión alguna de las pruebas.

El demandante no precisa en qué consistió la supuesta distorsión de la prueba técnica de Medicina Legal y de los testimonios, pues se limita a transcribir parte de ellos y a especular sobre la existencia de una posible provocación del occiso para tratar de justificar la reacción de su poderdante, planteamientos ajenos al cargo formulado y esto sí inaceptable en casación, pues no puede pretender que se reviva el debate probatorio agotado en las instancias.

También afirma el impugnante, que la Sala Penal del Tribunal de Neiva "aunque no se señale ni se diga, se pretende cargarlo con la circunstancia específica del artículo 324-7º". Esta acusación no tiene ninguna justificación, porque como es bien sabido, las circunstancias específicas de agravación deben consignarse en el pliego de cargos y no tiene ningún fundamento referirse a una situación que no fue considerada en la sentencia.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

2º Respecto a las circunstancias de agravación de los numerales 1 y 11 del artículo 66 del Código Penal, el censor dice que la prueba fue inventada por el juzgador, que fue dada por existente, pero no dice cuál prueba (testimonial, documental, inspección, etc.), ya que se refiere es a la valoración que de los hechos probados en el proceso, hizo el fallador.

Cuando se invoca error de hecho por falso juicio de existencia, corresponde al demandante concretar cuál o cuáles pruebas fueron ignoradas o inventadas por el juez, y su trascendencia, no basta hacer una afirmación general, porque no puede la Corte entrar a completar la demanda para subsanar sus deficiencias y suplir el pensamiento del autor.

En estas condiciones, el cargo no fue debidamente sustentado, por lo tanto se debe desestimar.

3º Están plenamente acreditadas en el proceso las circunstancias que motivaron la agresión de Heriberto Suárez contra José Luis Mesa y la calidad de agente de la Policía del autor del hecho.

Sobre esas bases, *el Tribunal Superior llegó a la conclusión de que se debían tener en cuenta los agravantes de los numerales 1 y 11 del artículo 66 del Código Penal.*

Textualmente dice la sentencia de segunda instancia:

> "Disiente la Corporación de la tasación anterior ya que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, por el hecho de concurrir únicamente circunstancias de agravación punitiva, no sólo la que le dedujera el juzgador de instancia y contenida en el ordinal 3º del artículo 66 *ibídem*, sino también las contempladas en los numerales 1º y 11, no

podrá partirse para la dosificación de la sanción del mínimo de pena que señala la Sala (sic) contenido en el artículo 323 del Código Penal, sino que, habida cuenta también de la gravedad del hecho, las irreparables consecuencias de la acción homicida y la forma en que fue sorprendido indefenso la víctima (art. 61 C. P.), se tomarán como base, trece (13) años de prisión por la comisión del delito de homicidio, más un año, por el concurso con el delito de violación de habitación ajena (art. 284 C. P.), para un gran total de *catorce (14) años de prisión como pena privativa de la libertad*".

En concepto del Ministerio Público, estamos en presencia de una nulidad de carácter sustancial que debe decretarse, por ausencia de motivación respecto a la tasación punitiva, lo que vulnera el artículo 163 de la Constitución Nacional que ordena: "toda sentencia debe ser motivada".

Sustenta la delegada su punto de vista, en que en el fallo no se dijo expresamente si se refería a un motivo "innoble" o "fútil", conceptos diferentes cuya existencia tampoco se demostró y solamente se hizo una simple referencia a ellos. De otra parte, estima que si bien el cargo de agente de la Policía supone el ocupar un puesto preponderante en la comunidad porque representa la autoridad del Estado, esas consideraciones deben aplicarse al caso concreto, porque no es lo mismo un policía que dentro de su barrio se haya ganado el respeto, a otro que cotidianamente infringe las normas que rigen la comunidad donde vive.

No comparte la Sala la posición del Colaborador Fiscal, pues si bien es cierto que en la providencia simplemente se mencionó el numeral primero del artículo 66 del Código Penal y en él se consagran dos motivos de agravación, también lo es, que de acuerdo a la fundamentación de la sentencia y a los hechos declarados probados, no queda ninguna duda de que se refiere a la futilidad del motivo, esto es, a la desproporción entre lo realizado por el occiso y la reacción desmedida que tuvo el procesado.

El señor agente del Ministerio Público, no obstante su reparo, llegó a la misma conclusión, cuando dice: "Posiblemente lo segundo se ajuste más a la realidad procesal; sin embargo, la ausencia del análisis no sólo de la agresión en sí, sino también del contexto en el cual se produjo, impide conocer a ciencia cierta la corrección o incorrección del criterio del fallador".

La última afirmación no es cierta, porque la forma como ocurrió la agresión y el contexto en el cual se produjo, está cuidadosamente precisada en la providencia recurrida, hasta el punto de que la delegada manifiesta a este respecto: "Su interpretación de los hechos provenientes de las pruebas citadas, es correcta, sin que logre desvirtuarse por los demás testimonios citados por el censor..."

De esos hechos correctamente apreciados, es de donde se infiere la agravante del numeral primero, y aunque el Tribunal no repitió todas las consideraciones inicialmente hechas, no se puede, por esta razón, concluir que no hubo adecuada motivación.

Si el fallador hubiera aducido como agravante un hecho no probado ni debatido en el proceso, o una circunstancia que no se infiere de los hechos probados, sin duda se afectaría el derecho a la defensa, pero en el caso en estudio la futilidad del motivo emerge nítida de la forma y el contexto en que ocurrió el homicidio de José Luis Mesa.

Tampoco puede admitirse la crítica sobre la aplicación de la agravante del numeral 11, porque ella no se refiere al concepto que los demás tengan del autor de hecho, sino a la "posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio". Quien ocupe el cargo de agente del orden, está especialmente obligado a respetar la ley, y con mayor razón si por su actividad se le permite portar armas, pues esto lo obliga a obrar con máxima responsabilidad ante los asociados. No hay duda del especial reproche que merece el homicidio cometido por el agente Heriberto Suárez.

La copia del comprobante de nombramiento efectuado el 3 de enero de 1976 y la copia del acta de posesión número 0216, obrantes en los folios 37 y 38 del cuaderno original, prueban la condición de agente de la Policía del procesado, luego el hecho que sustenta la agravante está plenamente acreditado.

Estas razones llevan a la Sala a desestimar la sugerencia de la delegada, aclarando, también, que es un error pretender que se declare la nulidad de la sentencia sólo respecto a los agravantes y que en su lugar se dicte una nueva providencia con la reducción de pena correspondiente, pues el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal señala con claridad cuál es el procedimiento cuando se admite una nulidad. Para que la Corte pueda dictar sentencia de sustitución, se debe haber acudido a las causales primera o segunda.

4ª Respecto a la nulidad planteada por el demandantet, previa advertencia de que no se trata de un cargo, la Sala no hace ningún pronunciamiento por cuanto la sentencia de casación está limitada por la acusación que contra la providencia de segunda instancia haga el impugnante en la demanda.

La posibilidad de declarar la nulidad del proceso, de oficio haciendo uso de la causal tercera de casación, sólo procede cuando la Sala estime que es ostensible la irregularidad, aspecto que no se da en el presente caso, a tal punto que el recurrente se abstuvo de presentarlo como un cargo.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD. DEBIDO PROCESO

Ante el hecho de haber desaparecido el error en la denominación jurídica como causal específica de nulidad, es procedente invocar el numeral 2º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 0044 julio 4 de 1990.

Vistos:

El Juzgado Catorce (14) Superior de Bogotá, condenó a *Rafael Astolfo Lara* a la pena de seis (6) años de prisión como autor responsable del delito de Homicidio en grado de tentativa según sentencia de catorce (14) de abril de 1989. La sentencia fue impugnada por el defensor del procesado y revisada por el Tribunal Superior de esta misma ciudad fue confirmada, en providencia del cuatro (4) de agosto pasado. De la decisión de segunda instancia recurrieron el procesado y su defensor, alzada que fue conferida por el Tribunal ante esta Corporación. Admitido el recurso y declarada la demanda ajustada a las prescripciones formales, se procede a resolver lo pertinente.

I. Hechos:

En la madrugada de 25 de diciembre de 1987, llegó a la licorera ubicada en la carrera 13 número 48-21 del perímetro urbano de esta ciudad, el agente de la Policía Nacional Rafael Astolfo Lara, en estado de embriaguez, con el fin de adquirir una botella de aguardiente. Al negarle la venta Morales Alzate, por encontrarse en ese momento cerrado el establecimiento, Astolfo Lara lanzó en su contra palabras ultrajantes y ofensivas y desde una caseta vecina, lugar a donde se retiró, accionó el arma que portaba contra Morales Alzate, ocasionándole graves heridas, en el momento en que la víctima se disponía a conseguir un automóvil de servicio público. El agresor al emprender de inmediato la fuga fue perseguido por Efraín Eduardo Sánchez, James Espinosa Suárez y Daniel Antonio Rodríguez. Al rodar por el suelo el agresor, en el momento en que el último pre-

tendía desarmarlo, accionó nuevamente el arma, contra él lesionándolo en el tórax. No obstante lo anterior Astolfo Lara fue retenido por los testigos presenciales y entregado a las autoridades policivas.

II. Actuación procesal:

El proceso fue iniciado por el Juzgado Setenta y Seis de Instrucción Criminal, que oyó en descargos al procesado, recibió los testimonios y allegó los dictámenes médico legales de los sujetos pasivos, que precisan una incapacidad de veinte días definitivas y sin consecuencias para Daniel Antonio Rodríguez Solano (fl. 187) y de cuarenta días para Morales Alzate con las siguientes secuelas: "1. Deformidad en el cuerpo por hipotrofia muscular en miembros inferiores, la cicatriz torácica (sic) y la actitud sedente del paciente. 2. Pérdida funcional del órgano de la locomoción por la paraplejía flácida. 3. Pérdida funcional de miembros inferiores por la paraplejía flácida. 4. Perturbación funcional del órgano de la excreción urinaria por vejiga neurogénica. 5. Perturbación funcional del órgano de la digestión por intestino neurogénico. 6. Perturbación funcional del órgano de la cópula por la lesión medular. 7. Perturbación funcional del órgano de la respiración por la decorticación pleural, la disminución de la expansión de hemitoraz (sic) izquierdo. Todas las anteriores de carácter permsnente. Se da origen para valoración por siquiatria forense, para valoración de otras secuelas".

Cerrada la investigación el instructor calificó el mérito del sumario dictando resolución de acusación en contra de Rafael Astolfo Lara por los delitos tentados de homicidio en Héctor Morales Alzate y Daniel Antonio Rodríguez. Decretada la legalidad de la actuación por el Juzgado Catorce Superior de Bogotá, ordenadas y practicadas las pruebas en la etapa del juicio, el juez togado previo el sorteo del jurado convocó e instaló la diligencia de audiencia pública, oportunidad en la cual señor fiscal, después de analizar los hechos y las pruebas, demandó respuestas afirmativas a los cuestionarios sometidos a consideración del jurado popular. Por el contrario el vocero solicitó que contestaran "no es responsable" y el defensor, apartándose de la calificación por el concurso de homicidio en grado de tentativa, consideró que la conducta que debia imputarse a su defendido era la de lesiones personales, razón por la que solicitó absolución en su favor. Analizó además, que en el proceso obra prueba suficiente para considerar que Astolfo Lara obró en legitima defensa y en últimas sostiene que en el proceso existen dudas sobre la responsabilidad de su asistido.

El jurado, previa deliberación, respondió afirmativamente por mayoría sobre la responsabilidad del acusado, razón por la cual el juez de conocimiento dictó sentencia condenatoria, que fue confirmada por el Tribunal Superior, modificándola en el sentido de imponer al procesado como pena accesoria única, la interdicción de derechos y funciones públicas.

III. La demanda de casación:

Formula el censor contra la sentencia de segunda instancia, dos cargos al amparo de la causal tercera del artículo 226 del Código de

Procedimiento Penal. Nulidad por equivocada calificación de los hechos, al juzgar y condenar al procesado por el "doble delito de tentativa de homicidio, cuando los hechos que se le atribuyen sólo encuentran adecuación en el tipo de lesiones personales artículo 331 del Código Penal en concordancia con el inciso 2º del artículo 334 del mismo estatuto, con las modificaciones que le hiciera el artículo 1º del Decreto 141 de 1980. Esta errónea calificación constituye una comprobada irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, numeral 2º del artículo 305 del estatuto procesal citado.

Fundamenta el cargo en que, tanto el homicidio como las lesiones personales se pueden realizar con dolo indeterminado, mas no así la tentativa que sólo se puede llevar a cabo con dolo directo. Enumera los elementos de la tentativa ,supuestamente según Silvio Ranieri: "idoneidad de los actos; intención criminosa no equívoca; deficiencia del elemento material; y, dolo directo respecto del delito consumado". Considera que esta clase de dolo no se estructura en el caso *sub exámine*, por cuanto en el proceso hay prueba que en el momento de los hechos el sujeto agente se encontraba embriagado, circunstancia que desvirtúa la univocidad del propósito como elemento del tipo "precisamente porque el autor no tiene una conciencia clara y autónoma que permita inferirse sin duda alguna que matar y no herir era su único propósito". Plantea la omisión del juez al no ordenar un reconocimiento médico legal con el fin de precisar el grado de embriaguez y la consiguiente perturbación de la síquis del procesado.

Afirma que el hecho no es típico de tentativa de homicidio, porque aún admitiendo como dolosa la conducta eso no demuestra que el acto está dirigido inequívocamente a matar. Si esto es así, el hecho es típico de lesiones personales y por lo tanto se hizo una errónea calificación.

El segundo cargo, en el orden anotado, lo formula por incompetencia, dado que al no estructurarse los delitos de homicidio en el grado de tentativa, sino el de lesiones personales, el juez competente no era el superior sino el municipal, razón por la cual demanda a la Corte se case la sentencia impugnada, decretando nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación y ordenando el envío del proceso al Juez Penal Municipal (reparto) de Bogotá.

IV. Concepto del agente del Ministerio Público

Parte la delegada de la manifestación de total acuerdo con el demandante, en el sentido de que "una errónea calificación no subsanada en la actuación previa a la audiencia pública, vicia de nulidad todo lo actuado a partir de su proferimiento, convirtiéndose en materia idónea para recurrir en casación".

Hace algunas consideraciones sobre la estructura de la tentativa, en el sentido de que, lo mismo que el delito consumado debe tener la totalidad de los elementos, esto es, la acción debe ser típica, antijurídica y culpable.

Analiza los argumentos de los falladores y concluye afirmando, que está de acuerdo con ellos y que "aunque el procesado se encontraba embriagado, en todo momento se mostró dueño de sus actos y aunque el licor pudo haberle perturbado su estado de ánimo, en ningún momento perdió la lucidez..."

> "La carencia, pues, del correspondiente examen médico legal en nada contribuye a desvirtuar la prueba de cargo ni la actitud consciente y voluntaria de causar la muerte a sus dos víctimas. Tampoco la existencia del testimonio de Carlos Enrique Rodríguez desvirtúa lo dicho. Su parcialidad es manifiesta ante la restante prueba de cargo y así lo entendieron los falladores".

Solicita no casar la sentencia impugnada.

V. Consideraciones de la Sala:

1º En el artículo 501 del Nuevo Código de Procedimiento Penal, se autoriza al juez del conocimiento para variar la adecuación típica del hecho punible, dentro del correspondiente título del Código Penal, atendiendo a las diligencias practicadas en el término probatorio del juicio o en la audiencia pública.

El artículo 32 del Decreto 1861 de 1989, amplió las facultades del funcionario sentenciador, para modificar la calificación provisional sin sujeción a nuevas diligencias y dentro o fuera del título inicialmente considerado.

Estas facultades permiten, en primera instancia, subsanar el error cometido en la resolución de acusación, respecto a la adecuación típica, sin necesidad de decretar nulidad. Pero es posible que la irregularidad sólo se advierta en segunda instancia, en virtud de apelación o de consulta, caso en el cual es procedente decretar la nulidad, pero a partir de la audiencia, para que el juez del conocimiento, utilizando el procedimiento del artículo 501 del Código de Procedimiento Penal varíe la calificación.

Así mismo, si el fallador de segunda instancia pasa inadvertida la errónea calificación, esta puede ser demandada en casación acudiendo a la causal tercera, o puede ser decretada oficiosamente por la Corte.

Ante el hecho de haber desaparecido el error en la denominación jurídica como causal específica de nulidad, es procedente invocar el numeral 2º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, pues aunque se trata de un error in iudicando, *al ser cometido en el pliego de cargos, constituye una irregularidad que afecta el debido proceso.*

> *"La completa y acertada calificación del mérito del sumario son, a no dudarlo garantías del debido proceso. Si ellas no se cumplen es preciso invalidar la actuación para subsanar la irregularidad en que se ha incurrido" (sentencia septiembre 10 de 1985. M. P. Hernando Baquero Borda).*

En este orden de ideas, procede entrar a estudiar los cargos formulados:

2º *Primer cargo:*

Para fundamentar el error en la denominación jurídica acude a varios argumentos, a saber:

a) La tentativa de homicidio "sólo puede cometerse con dolo directo. Por eso Silvio Ronieri señaló como elementos de la tentativa los siguiente: a)... b)... c)... d). El dolo *directo* del delito consumado".

Falsea el demandante el pensamiento de Ranieri, porque no solamente no señala entre los elementos de la tentativa que el dolo sea directo, sino que expresamente manifiesta:

> "No obstante, si en la tentativa el dolo es el del delito consumado, esa identidad significa que es válida para constituirlo la misma forma de dolo que es válido para el delito consumado. *Por lo mismo, para la tentativa es suficiente, además del dolo directo, el dolo eventual.* Por ejemplo, se tiene homicidio intentado y no lesión personal, si se puede establecer que el sujeto obra tendiendo a otro resultado, pero habiendo aceptado previamente el resultado mortal que no se verifica" (Manual de Derecho Penal, Tomo II, pág. 62. Edit. Temis 1975) (subrayado fuera del texto).

La doctrina nacional y la extranjera en forma casi unánime está de acuerdo en que, si para la consumación es suficiente con el dolo eventual, también lo será para la tentativa (Maggiore, Wessels, Jescheck, Zaffaroni Bacigalupo, Sainz Cantero, Luis Carlos Pérez, Fernández Carrasquilla, etc.).

En el dolo eventual, el resultado no se quiere directamente, pero se acepta como posibilidad, mientras que en el dolo directo, como su nombre lo indica, el autor quiere directamente el resultado típico.

En el presente caso no hay ninguna razón para pensar que el homicidio no ocurrió con dolo directo, ya que la actitud de Rafael Astolfo Lara es muy concreta, respecto a lo que pretendía lograr y a ese fin dirigió su comportamiento, como lo indica el análisis de las pruebas hecho en la resolución de acusación. De manera, que el imputado no sólo no actuó con dolo eventual, sino que aún en esa hipótesis es posible la tentativa de homicidio, por lo tanto la argumentación es infundada.

b) Un segundo aspecto en el cual apoya el recurrente el cargo, consiste en que la conducta no es típica de tentativa de homicidio, porque no está demostrado que el acto estaba dirigido inequivocamente a matar.

Está plenamente acreditado en los autos, que ante la negativa de Héctor Morales para venderle aguardiente, Astolfo Lara acechó y cuando lo tuvo cerca (según los testigos 3 a 4 metros), le disparó

en dos oportunidades a partes vitales de su cuerpo y huyó del lugar. Al ser alcanzado por Daniel Rodríguez, nuevamente a corta distancia, disparó dos veces contra él, causándole una herida en el tórax.

Del conjunto de circunstancias que acompañan un hecho se deduce la intencionalidad y en este caso, lo deliberado de la acción, la idoneidad del medio utilizado, el número de disparos, la destreza del autor para utilizar el arma, la ubicación de las heridas y la gravedad de las mismas, no dejan a esta Sala duda alguna de que el procesado dirigió su comportamiento inequívocamente a causar la muerte de las infortunadas víctimas de su absurda agresión.

La calificación hecha por el instructor es correcta, acorde con la prueba recaudada y por lo tanto no le asiste razón al demandante.

c) En la sustentación de éste primer cargo, afirma el defensor, que "era obligación del instructor ordenar el reconocimiento médico legal del procesado para determinar el grado de embriaguez, que modificó su personalidad con directa incidencia en un elemento fundamental del tipo del delito que se le atribuye y que por esta razón quedó sin comprobación".

No se encuentra en el proceso ninguna razón para que el juez remitiera el inculpado a exámenes sobre su situación mental, pues de los hechos se deduce, tal como lo afirmó el juez en el auto calificatorio, la perfecta comprensión de la ilicitud de su comportamiento.

A este respecto anota acertadamente la delegada:

> "Como bien pudo verse, aunque el procesado se encontraba embriagado, en todo momento se mostró dueño de sus actos aunque el licor pudo haberle perturbado su estado de ánimo, en ningún momento perdió la lucidez. Quizás en lo único que conspiró el licor fue en contra de su puntería. Incluso la conciencia de su reproche lo llevó de inmediato a fabricar una coartada. La denuncia como víctima del supuesto hurto lo demuestra".

La embriaguez no es sinónimo de inimputabilidad, ni siquiera la alteración síquica que en todos los casos amerita examen de Medicina Legal, pues es el comportamiento observado el que servirá al juez para determinar la conveniencia del dictamen.

El texto de la indagatoria, los testimonios de las personas presentes en el momento de los hechos y la actitud asumida inmediatamente después de ellos por el acusado, demuestran claramente lo innecesario de su examen mental.

En estas condiciones, ninguno de los planteamientos del demandante fundamenta válidamente el cargo formulado, por lo tanto la Sala lo desestimará.

Segundo cargo:

Se deriva del primero, en el sentido de que si la calificación correcta era lesiones personales, había nulidad por falta de competencia del juez que calificó el mérito del sumario.

Al no prosperar el primer cargo, como consecuencia obvia, este también será desestimado.

Es oportuno hacer la observación, de que atendiendo al artículo 33 del Decreto 1861 de 1982, cuando se modifica la calificación y la nueva corresponde a un juez de menor jerarquía, el de mayor grado que está conociendo del proceso conserva la competencia para continuar con él, luego esto indica, que las nulidades por error en la denaminación jurídica, en estos casos, sólo comprometen la audiencia 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, oído el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo penal y de acuerdo con él,

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael J. Cortés Garnica, Secretario.

CONSULTA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

Cuando el hecho haya tenido ocurrencia antes de entrar en vigencia el Decreto 1861 de 1989, el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 prevalece sobre el 46 del Decreto 180 del mismo año, no sólo por ser posterior, sino porque regla expresa y específicamente lo referente a la segunda instancia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 37 de junio 5 de 1990.

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de los procesados *Eulises Barreto Zuleta, Arnulfo de Jesús Rúa Guzmán, Gilberto Peña Ramírez, Raúl de Jesús García Hoyos* y *José Albeiro Araque Solano,* contra la sentencia de 29 de noviembre de 1988, por medio de la cual el Tribunal Superior de Orden Público los condenó a la pena privativa de la libertad de 10 años y 6 meses de prisión, por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988 y 1º del Decreto 3664 de 1986.

Antecedentes:

En Montería (Córdoba), el 3 de mayo de 1988, agentes secretos capturaron a los susodichos procesados cuando éstos y otros transportaban en dos camperos una subametralladora, cuatro pistolas, un revólver, considerable cantidad de munición de diferente calibre y un radio "transmisor-receptor".

El Juzgado Octavo de Orden Público de Bogotá asumió inicialmente la investigación, entregando luego el expediente al Juzgado Segundo Especializado de la mencionada ciudad, que resolvió situación jurídica con auto de detención para todos los sindicados, por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988 (fls. 157 y ss.), y continuando con el trámite previsto en el artículo 46 *ibídem,* el Fiscal del Juzgado conceptuó que Rúa Guzmán debía ser condenado por violación al referido artículo 13, pero con la atenuante "por colaboración eficaz" contemplada en el artículo 37 de ese decreto. En cuanto a

Peña Ramírez y Araque Solano, estimó que procedía la expedición de copias para investigar el porte de armas de defensa personal; y respecto del resto de procesados, solicitó que se les condenara por ss.), consideró en primer término que esa compulsa no procedía ya de uso privativo de las fuerzas armadas y armas de defensa personal), debiéndoselas investigar y fallar bajo una misma cuerda. En relación con la solicitud de condena por encubrimiento la rechazó que se trataba de "conexidad sustancial entre ambos delitos (armas el delito de encubrimiento previsto en el artículo 167 del Código Penal.

El juzgado, en sentencia de 5 de septiembre de 1988 (fls. 325 y con el argumento de que "no ayudaron a eludir la acción de la autoridad ni a entorpecer la investigación", señalando que esos procesados tampoco pueden responder por infracción al artículo 13 del Decreto 180, porque en ellos "no hubo ánimo, propósito de cometer la infracción por la cual se encuentran detenidos" (fl. 333).

En cuanto a Araque Solano y Peña Ramírez, también optó por la absolución, por estimar que procedía una causal de inculpabilidad, al desconocer que "su jefe" Arnulfo de Jesús Rúa Guzmán no tenía permiso "legal" para portar y transportar el armamento. Finalmente, condenó al citado Rúa Guzmán a 80 meses de prisión como autor de la conducta descrita en el mencionado artículo 13, reconociéndole la ya citada atenuante del artículo 37.

Notificados todos los procesados, sus defensores y el agente del Ministerio Público, se dispuso la consulta de dicho fallo, y el Fiscal del Tribunal Superior de Orden Público conceptuó que las absoluciones debían ser revocadas y en su lugar proferir sentencia condenatoria para todos los procesados, como autores del comportamiento contemplado en el artículo 13 del Decreto 180, ya que que está demostrado que "todos participaron" en el transporte de las armas y de la munición; y respecto de Rúa Guzmán pidió que se revocara la disminución de la pena, ya que, por el contrario, ese procesado "trató de desviar la investigación", en vez de ayudar a la misma.

El Tribunal, mediante sentencia de 29 de noviembre (fls. 26-2), sostuvo, de una parte, que la consulta sí era viable según el inciso 4º del artículo 46 del Decreto 180, para luego entrar en el examen del material probatorio y poner de presente "los malabarismos jurídicos" del juzgado *a quo* en cuanto al fundamento de las absoluciones. Compartiendo de este modo y en su integridad las peticiones de su fiscal, revocó los fallos de absolución y la atenuante para el único condenado, imponiendo a todos como pena principal 10 años y 6 meses de prisión y multa de $ 1.281.400.00, las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad.

Salvó el voto el magistrado Guillermo León Gómez Arboleda, por estimar que el fallo no era consultable, ya que por mandato del artículo 2º del Decreto 474 de 1988, para efectos de la consulta es aplicable el Código de Procedimiento Penal, cuyo artículo 210 no la hace procedente en este caso. "Así las cosas —dice—, la sentencia que ha subido a la Corporación no ha debido ser revisada, aunque se procede por hecho delictivo sancionado con pena privativa de la

libertad superior a los 5 años, porque al ser notificada personalmente a todos los sujetos procesales, quedó excluida de ese grado jurisdiccional, conforme a la parte final del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal" (fl. 57).

Contra el mencionado fallo de segundo grado es que ha interpuesto recurso de casación.

La demanda y concepto del Ministerio Público:

1. Con base en el artículo 226, numeral 3º, del Código de Procedimiento Penal, el actor afirma que el proceso está viciado de nulidad, toda vez que el fallo del Juzgado Segundo Especializado de Montería no era consultable de conformidad con los artículos 2º del Decreto 474 de 1988 y 210 del Código de Procedimiento Penal, y agrega: "Se produjo por lo tanto una incompetencia funcional, prevista como motivo de nulidad en el numeral 1º del artículo 305 *ibidem*, en perjuicio de los procesados, ya que mientras a Rúa Guzmán se le aumentaron considerablemente las penas impuestas inicialmente, a los otros recurrentes se les cambiaron las absoluciones por condenas".

2. El Procurador Tercero Delegado en lo penal acoge dichos planteamientos y señala que "la anterior legislación (Decreto 474 de 1988), por ser norma de orden público y regular la materia específica en forma posterior a las citadas en precedencia (Decretos 180 y 181), debía entrar a regir a partir de la fecha de su publicación, mientras dure turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, para ser aplicada a los delitos cometidos a partir de su vigencia... En consecuencia la Procuraduría delegada solicita a la Corte Suprema de Justicia la casación de la sentencia impugnada, en cuanto el Tribunal Superior de Orden Público carecía de competencia para revisarla por consulta, declarando la nulidad de la actuación a partir de la ejecutoria del fallo de instancia".

Consideraciones de la Corte:

Tienen razón el actor y la Procuraduría. En efecto: *es cierto que el inciso 4º del artículo 46 del Decreto 180 de 1988 decía: "Si la pena privativa de la libertad impuesta fuese de cinco (5) o más años, la sentencia respectiva será consultada con la Sala competente del Tribunal Superior del Distrito Judicial si no hubiese sido apelada", y aquí la sentencia del Juzgado Especializado fue de ochenta (80) meses de prisión; pero también es verdad que el 16 de marzo de 1988 se dictó el Decreto 474 de 1988 ("por el cual se organiza la jurisdicción de Orden Público, se establecen nuevas competentes y se dictan otras disposiciones") en cuyo artículo 2º se dijo:*

> *"La segunda instancia de los procesos a que se refiere el presente artículo (los de conocimiento de los Juzgados de Orden Público), se surtirá ante el Tribunal Superior de Orden Público, bien sea mediante apelación o mediante consulta, de acuerdo a lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal".*

Desde luego que esta norma prevalece sobre la ya citada del Decreto 180, no sólo por ser posterior, sino porque regla expresa y específicamente lo referente a la segunda instancia en los procesos de conocimiento de los juzgados de orden público, o los que hagan sus veces, como en este caso el Segundo Especializado que dictó el fallo. Además, el hecho que se juzgó tuvo ocurrencia en mayo de 1988, es decir dentro de la vigencia del Decreto 474, y antes de regir el Decreto 1861 de 1989, cuyo artículo 14 dispone la consulta en los siguientes términos:

> *"Providencias consultables. Son consultables, cuando contra ellas no se hubiere interpuesto recurso de apelación, las siguientes providencias:*
>
> *"1. La sentencia y el auto de cesación de procedimiento, cuando el delito porque se procede constituya infracción al Estatuto Nacional de Estupefacientes, o se trata de delitos tipificados por el Gobierno con base en las facultades del Estado de Sitio o de la Emergencia Económica, o de delitos cuya investigación se atribuya por el ejecutivo a determinados jueces, con base en las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional..."*

El fallo del Juzgado Segundo Especializado de Montería fue notificado a todos los procesados, a sus defensores y al Fiscal del Juzgado, y dada la naturaleza del hecho delictuoso materia de la sentencia (art. 13 del Decreto 180 de 1988), no existe la posibilidad de constitución de parte civil. Entonces, de conformidad con el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), y como lo ha reiterado la jurisprudencia, la referida decisión no era consultable; mas como se consultó y el Tribunal por esa vía emitió su fallo como ad quem, *resulta clara la falta de competencia (art. 305-1 C. de P. P.), la cual tendrá como efecto la anulación de lo actuado a partir del auto que dispuso la consulta.*

Finalmente la Sala acoge la petición de la delegada en el sentido de expedir copias para que se establezca si el doctor Fredy Vásquez Ferrer, en su calidad de Juez Segundo Especializado de Montería, prevaricó al disponer mediante sentencia de 5 de septiembre de 1988 la absolución de la mayoría de los procesados y la rebaja de pena por colaboración eficaz para el único condenado, averiguación que deberá hacerse extensiva al Fiscal del Juzgado por su solicitud en este último sentido y por su actitud pasiva frente a las absoluciones. Para el efecto se tomará copia del fallo, del concepto del Fiscal Primero del Tribunal de Orden Público, del fallo que éste emitió, y de la presente sentencia de casación, para que sean enviadas a la autoridad competente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. *Casar* la sentencia impugnada.

2. *Decretar la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir, inclusive, del auto de 26 de septiembre de 1988, por medio del cual se dispuso consultar la sentencia de primera instancia, y que corre a folio último del cuaderno principal.

3. Con destino a la Presidencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, expídanse las copias relacionadas en la parte final del presente fallo.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Ricardo Calvete Rangel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA

El que un arma de fuego pertenezca a uno u otro grupo: defensa personal o uso privativo de las Fuerzas Armadas, depende de diferentes factores

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 045 de 9 de julio de 1990.

Vistos:

Por sentencia del ocho de junio de mil novecientos ochenta y nueve emanada del Juzgado Noveno de Orden Público se condenó a *Neftalí Suavita Molina* a la pena principal de diez (10) años de prisión como responsable del porte ilegal de armas. La anterior decisión fue confirmada por providencia del diecinueve de julio de mil novecientos ochenta y nueve del Tribunal Superior de Orden Público.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido. Presentada la correspondiente demanda, se declaró ajustada y se escuchó el concepto del Ministerio Público quien solicita no se case el fallo impugnado.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes,

Hechos:

El veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve fue capturado Neftalí Suavita Molina en el Barrio Bochica de esta ciudad con una pistola Browing-S de 9 mm. con 13 cartuchos en su proveedor. El procesado en el momento de la captura tenía 27 años y de profesión comisionista de esmeraldas.

Actuación procesal:

Se abrió investigación penal por auto cabeza de proceso del veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Fue indagado Suavita Molina el veintiocho del mismo mes y año.

Se decretó su detención preventiva por auto del cinco de enero de mil novecientos ochenta y nueve.

Se dictó sentencia condenatoria de primera instancia el ocho de junio de mil novecientos ochenta y nueve y de segunda el diecinueve de julio del mismo año.

Los argumentos de la impugnación:

Son dos las causales de casación invocadas por el impugnante, una por considerar que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida y por infracción directa e interpretación errónea y la segunda por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad.

En la demostración del primer cargo afirma el censor que no se estableció si el arma decomisada correspondía a la de las características descritas en el proceso, puesto que ella no le fue puesta de presente al capturado en la diligencia de indagatoria, y que aún en el evento de tratarse de la misma, es un arma de defensa personal y no de las de uso privativo de las Fuerzas Armadas, presentándose por parte del fallador un error de derecho. Considera que la norma jurídica aplicable en el caso bajo análisis es el Decreto 3664 de 1986, artículo 1º en concordancia con el Decreto 2003 de 1982, artículo 2º, incisos a, b, c y d y no el Decreto 180 en su artículo 13.

Sostiene el casacionista que:

> "El arma descrita al proceso como la supuesta que portaba el implicado, no rebosa en forma técnica ni mecánica los postulados del Decreto 2003 de 1982, pues la pistola decomisada es de calibre 9.00 mm., es decir que estaría por debajo de lo preceptuado en el artículo 2º del Decreto 2003 de 1982, lo que estaría en inferioridad de potencia 6,52 mm., menos de 38 pulgadas, lo que implicaría no ser arma de uso privativo de las Fuerzas Militares por no encontrarse contempladas dentro del artículo 4º del Decreto 2003 de 1982".

Destaca que existe constancia del Ministerio de Defensa Nacional en el sentido de que el arma decomisada no es de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Termina solicitando se aplique a su defendido el Decreto 3664 de 1986 que tiene prevista pena privativa de la libertad de uno a cuatro años, que hace susceptible de concederle el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Como fundamento de la segunda causal invocada, predica nulidad por falta de competencia de los falladores porque al no ser arma de uso privativo de las Fuerzas Militares no es el proceso de conocimiento de la jurisdicción de Orden Público sino de los Juzgados Penales del Circuito.

El concepto del agente del Ministerio Público:

Refiriéndose al primer motivo de casación afirma:

"...se nota con absoluta claridad que el recurrente entremezcló dos motivos de casación, así en este primer cargo hubiera enunciado —y de qué manera mal enunciado— solamente uno. En efecto, la violación directa de la ley no puede desconocer ni discutir el aspecto probatorio porque su naturaleza consiste precisamente en que el conjunto de elementos de juicio allegados a plenario conduce a un tratamiento diferente de la norma penal sustantiva que rige el asunto o que debía regir el asunto.

"Esa aceptación de la prueba es la que no quiere reconocer el memorialista, cuando tacha en el ámbito del recurso, tanto la idoneidad del perito que rindió experticia sobre la naturaleza y capacidad del arma y del proveedor, como cuando pretende amojonar en otra probanza, la constancia del Ministerio de Defensa, la tesis que ha venido argumentando sobre el proceso de adecuación típica.

"No es pues el error sobre la existencia de la norma, ni sobre su sentido o su alcance, o sobre las consecuencias jurídicas derivadas de ella, lo que lleva al recurrente a formular la demanda. Es la contrariedad con la prueba en que se amojonó el proceso de subsunción y ello, precisamente ello, es materia propia de la causal de casación conocida como violación indirecta de la ley sustancial".

Por las consideraciones precedentes pide rechazar el cargo.

En relación con la alegada nulidad por falta de competencia dice:

"Es que además el censor, para el evento de que la Corte estime conveniente asumir de oficio el análisis de la causal, no señala la trascendencia de la violación de norma del rito, ni señala el perjuicio causado en concreto a la defensa o al procesado, ni representa una valoración sobre la manera como en materia grave se desquiciaron las estructuras del proceso, se desconoció el esquema del mismo, se atacó contra alguna o contra todas las garantías constitucionales ahora reproducidas en el estatuto procesal como motivos invalidantes de la actuación.

"Fuera de eso, en verdad el proceso arroja claridad sobre las características del arma, como prueba que no fue contradicha de manera contundente y respecto de la cual el fallador tiene un amplio margen de apreciación como que la pericia está sujeta a la sana crítica y no a un sistema tarifario predeterminado.

"Las disposiciones que marcan la competencia en este asunto, y que en verdad coinciden con las que rigen el proceso de adecuación típica no dan lugar a los equívocos en que incurre el impugnante. Hay algunas que por su naturaleza, pueden en un principio ser estimadas como de defensa

personal y otras tienen principalmente condiciones que resultan albergando proveedores con capacidad mayor de nueve cartuchos, se convierten, por mandato del legislador, que en eso es soberano, en privativas de las Fuerzas Militares.

"Tampoco es, como parece considerarlo el casacionista, que la inscripción del arma por parte de los registros de las Fuerzas Militares, como de su propiedad o su tenencia, la convierta en de uso privativo de ellas. Lo que le da esa connotación son sus características, que a veces depende de su capacidad letal, a veces del tipo de proyectil que pueda arrojar, a veces, como en este caso, del número de cartuchos que pueda recibir su cargador o proveedor. No hay dudas en ese sentido, porque las disposiciones sobre el particular, ampliamente citadas en la sentencia, cumplen a cabalidad el principio de legalidad y no se prestan a confusión o ambigüedad".

Por lo anterior termina solicitando rechazar el cargo.

Consideraciones de la Sala:

Son evidentes las fallas técnicas en que incurre el censor y que son ampliamente destacadas por el Colaborador Fiscal, y que se mencionarán más adelante, pero para efectos de respetar una vieja costumbre de esta Corporación se analizará en primer lugar la causal esgrimida en segundo término; porque tratándose como se trata de una nulidad, de ser ella aceptada haría inútil el que la Sala se ocupara del otro cargo.

En este caso *la incompetencia propuesta se daría si se aceptase que la pistola decomisada es de defensa personal y no como en realidad lo es, de uso privativo de las Fuerzas Militares, porque el que un arma de fuego pertenezca a uno u otro grupo, y ello tiene consecuencias procesales y punitivas trascendentes, depende de muchos factores siendo generalmente los principales: el tamaño del cañón (aunque no siempre ocurre así) y el calibre de los proyectiles, siendo de utilización exclusiva de las Fuerzas Armadas las armas de cañón largo, incluidas aquellas en las que éste es recortado por sus usuarios o las que siendo de cañón corto disparan proyectiles de grueso calibre. También son consideradas de uso privativo aquellas que, como sucede en el caso de análisis, puede tratarse de un arma que en principio es de cañón y calibre que la harían pertenecer a las del grupo de defensa personal si su proveedor no excede capacidad de contener nueve proyectiles; si se le adapta un cargador con una cabida mayor, por ese solo hecho se habrá transformado en una pistola de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. En las condiciones anteriores es evidente que tratándose de este tipo de armas los competentes para juzgar el proceso eran los funcionarios de orden público y por ello no puede pensarse en la nulidad esgrimida por el censor, por lo que estando de acuerdo con el Fiscal de la Corporación, se rechazará el cargo.*

En relación con el ataque planteado en primer lugar, como ya se anotó por el Fiscal de la Corporación, los fallos técnicos son apre-

ciables, porque postula la censura sobre la base de una violación directa de la ley sustancial, pero para llegar a sus pretensiones entra a esbozar una serie de argumentos sobre las pruebas, cuando pone en duda que el arma a que hace referencia el proceso sea la misma que le fué decomisada al sindicado, puesto que no le fue puesta de presente a él en la diligencia de indagatoria y más adelante para destacar en beneficio de sus alegaciones que la certificación expedida por el Ministerio de Defensa afirmando que no es un arma de uso privativo de las Fuerzas Armadas es la prueba por excelencia idónea para demostrar la existencia del error de derecho en que se incurrió.

Estas consideraciones probatorias evidentemente ubican la demanda en un camino equivocado porque ha debido escogerse la violación indirecta de la ley si el problema en el fallo atacado era de carácter probatorio porque de manera reiterada lo ha sostenido la Corte, si el ataque constitutivo de la demanda es por violación directa de la ley sustancial, se debe respetar el acervo probatorio y formular los ataques conforme a lo que allí está demostrado. Basta recordar para estos efectos reciente decisión en tal sentido que dice:

> "Como se observa, el cargo es sustancialmente carente de idoneidad para su examen de fondo, es decir, desconoce las exigencias técnicas indispensables de este recurso extraordinario ya que el demandante olvida que *la violación directa de la ley sustantiva implica, como inveteradamente lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala, la aceptación de la valoración probatoria adelantada por el juzgador, y se limita al cuestionamiento de la norma sustantiva aplicada u omitida siendo la pertinente y a su significación y alcance jurídico; en tanto que la censura por la apreciación de la prueba o su ignorancia dentro del proceso son propias y exclusivas de la violación indirecta de la ley sustantiva*, pues es a través de ellas, consagradas en normas de carácter instrumental, como puede ésta ser infringida en el proceso de valoración judicial" (Casación de 2 de septiembre de 1988. M. P. Doctor Dídimo Páez Velandia).
>
> (Susbrayas de la Sala).

Pero por encima de tales falencias técnicas lo cierto es que por la regulación normativa existente, se ha de concluir que la norma aplicada por los juzgadores (art. 13 del Decreto 180 de 1988) es la correcta, porque el arma decomisada al procesado está clasificada como de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas por tener un proveedor de mayor capacidad a la permitida. Basta transcribir las normas legales pertinentes para llegar a la demostración de la veracidad de este postulado. En efecto, el Decreto 1663 de 1979 en su artículo 9º, que fuera modificado por el 2003 de 1982, artículo 4º, señaló las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y al efecto se transcribe lo pertinente:

> "Se consideran armas de fuego y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, las siguientes:

"a) Las que posean una o más características diferentes a las enunciadas en los artículos 2º y 3º del presente decreto;

"b) Aquellas que a pesar de no excederse en los datos numéricos señalados en el artículo 2º del presente decreto, hubieren sido modificadas en alguno o algunos de sus aspectos técnicos que influyan en sus características balísticas y de funcionamiento, con el ánimo de buscar efectos más letales que los causados por el arma original, o para lograr cumplir con las exigencias establecidas en el presente decreto, cuando con el modelo original no fuere posible;

"c) Las armas que llevan adaptado alguno de los siguientes dispositivos..."

Para complemento de la anterior disposición, y hacer expresa la referencia normativa que contiene los literales a) y b) del artículo transcrito, debe incluirse aquí el contenido del artículo 3º del citado Decreto 2003 de 1982 que modificó el artículo 7º del 1663 de 1979, el cual dice:

"Armas y municiones para defensa personal. Se consideran armas de fuego de defensa personal, las pistolas y revólveres que reúnan la totalidad de las siguientes características, así como las municiones que se emplean para las mismas:

"a) Calibre máximo: 9,652 milímetros (38 pulgadas);

"b) Longitud máxima del cañón: 15,24 centímetros (6 pulgadas);

"c) Funcionamiento: por repetición o semiautomático;

"d) Capacidad en el proveedor de la pistola no superior a 9 cartuchos a excepción de las que originalmente sean de calibre 22, caso en el cual se amplía a 10 cartuchos, y

"e) Energía en la boca de fuego (energía cinética), no mayor de 350 libras/pie.

"*Parágrafo 1º* Igualmente se consideran armas de fuego de defensa personal, las escopetas de cualquier calibre, cuyo cañón no sea inferior a 40,64 centímetros (16 pulgadas), que hubieren sido autorizadas para efectos de vigilancia y celaduría en predios urbanos o rurales, únicas actividades en las cuales se autoriza su porte.

"*Parágrafo 2º* Debe entenderse por pistola semiautomática, aquella que se carga automáticamente, posibilitando el funcionamiento tiro a tiro por acción del disparador".

Por manera pues que, en contra de las argumentaciones que al respecto hace el casacionista, no cabe duda alguna que la pistola decomisada al procesado es de aquellas clasificadas por la ley como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, razón por la cual no puede pretenderse la aplicación frente al caso concreto del contenido del De-

creto 3664 de 1986, el cual en su artículo 1º fija sanciones privativas de la libertad a quien desarrolle alguna de las conductas allí previstas, sobre armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, tal como puede leerse textualmente del inciso primero de la citada norma que dice:

> *"Artículo 1º Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno a cuatro años y en el decomiso de dicho elemento" (subrayó la Sala).*

En las condiciones anteriores no se casará el fallo impugnado, estando en ello de acuerdo con el Fiscal de la Corporación.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. TERRORISMO

La regulación de los ilícitos de armas a través del Decreto 180 de 1988 al omitir la expresión "terrorista", no es indicativo de que el legislador extraordinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 045 de 9 de julio de 1990.

Vistos:

En sentencia de fecha veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín condenó a *Fernando Antonio Henao* y *Andrés Lucena Blair* a la pena principal de *diez años de prisión* y multa de cincuenta salarios mínimos mensuales, como responsables del delito tipificado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988; se absolvió a otros procesados de la misma conducta y se ordenó la cesación de procedimiento a favor de *Haiber Alberto Tabares Usuga*, de quien se acreditó su fallecimiento.

Por virtud del grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia absolutoria y del recurso de apelación que se interpusiera contra la condenatoria, el proceso llegó al Tribunal Superior de Orden Público, corporación que desató la instancia el día once de abril de mil novecientos ochenta y nueve confirmando las decisiones, excepción hecha de la cesación de procedimiento que revocó.

El sentenciado Andrés Lucena Blair interpuso en tiempo el recurso extraordinario de casación y concedido que fuera, el mismo se declaró admisible en la Corte mediante auto calendado el veintidós de mayo de mil novecientos ochenta y nueve. Presentada la demanda y considerada ajustada a las prescripciones legales, se escuchó el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo penal, por lo que corresponde a la Sala decidir lo que fuere pertinente al respecto.

Hechos:

Por informaciones cuyas fuentes no fueron precisadas, en la Cuarta Brigada del Ejército Nacional se tuvo información de la existencia de algunas armas en la sede de la Defensa Civil del Barrio América de Medellín. Ordenado el allanamiento de las instalaciones, los efectivos del B-2 de la mencionada Brigada encontraron en el inmueble una subametralladora, una granada, un revólver, varias escopetas y municiones, y capturaron además a varias de las personas que allí se encontraban o llegaron al momento de la diligencia, contándose entre ellas los señores Fernando Antonio Henao y Andrés Lucena Blair, quienes en su calidad de funcionarios administrativos de la Defensa Civil aceptaron tener bajo su vigilancia los bienes incautados y que habían sido recibidos en calidad de préstamo de manos de los señores Haiber Tabares Usuga, Gustavo Gaviria, Juan Carlos Gallego González y Rodolfo Gallego González, según se afirmó por algunos.

La razón para que las armas se encontraran en el inmueble, alegaron luego los indagados, era la permanente amenaza que se cernía contra la sede por parte de personas no identificadas quienes advertían de un futuro atentado.

Actuación procesal:

El Juzgado Primero Especializado de Medellín ordenó la apertura de la investigación en auto de fecha dos de mayo de mil novecientos ochenta y ocho. Escuchó dentro de ella la indagatoria del señor Andrés Lucena Blair quien dijo ser jefe de la Sección Operativa de la Defensa Civil del Barrio América de Medellín y saber de la existencia de las armas en aquella entidad porque estas habían sido solicitadas en préstamo a los socios, ante las amenazas que se cernían contra la institución. Negó, sin embargo, que se hubiese dado cuenta de que Gustavo Gaviria era quien había llevado las armas a la sede allanada.

También se recibió declaración de indagatoria al comandante de la Defensa Civil del Barrio América, señor Fernando Antonio Henao, quien ratificó las amenazas que se habían hecho contra la sede, por lo cual se solicitó a los miembros de ella que facilitaran las armas que a su disposición tuvieran para efectos de la defensa. Dijo que la subametralladora y la munición correspondiente, fueron entregadas por el señor Haiber Tabares, quien pocos días antes había hecho solicitud de ingreso.

Con auto de fecha seis de mayo de mil novecientos ochenta y ocho se decretó la detención preventiva de los dos sindicados anteriormente mencionados, y se dejó en libertad a los demás vinculados al proceso.

Gustavo Gaviria fue escuchado en declaración jurada, habiendo en ella negado que fuera él quien entregó la subametralladora a la Defensa Civil, o les hubiera facilitado cualquiera otra arma. Contra Haiber Tabares, por su parte, el juzgado competente libró orden de captura para ser escuchado en indagatoria, sin que hasta la fecha se haya logrado su aprehensión, habiéndose aportado, en cambio, un certificado de defunción a nombre de Javier Alberto Tabares Usuga.

A su favor se decretó cesación de procedimiento en la primera instancia por haberse comprobado su fallecimiento, determinación que sin embargo fue revocada en el Tribunal de Orden Público en donde se consideró que no se hallaba adecuadamente acreditado que la persona contra quien se adelantó el proceso (Tabares Usuga) fuese la misma cuyo deceso se inscribió en la Notaría Séptima del Círculo de Medellín en el folio 006112 y cuya acta se aportó al proceso.

Con auto de dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho, el Juzgado Primero Especializado de Medellín declaró cerrada la investigación de conformidad con lo preceptuado en la Ley 2ª de 1984. En su concepto precalificatorio, la agencia fiscal ante ese despacho solicitó la convocatoria a audiencia pública de los indagados Lucena Blair y Henao, la cesación de procedimiento para los demás vinculados y la detención de Tabares Usuga y a más de ello agregó:

> "Es conveniente advertir y se hace como acotación final, que el procedimiento a seguir en el presente evento es el previsto en la Ley 2ª de 1984 y no el previsto en el Decreto 180 de 1988 (art. 46), por la potísima razón de que este último procedimiento sólo es aplicable cuando las armas de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas que se decomisan, se tiene con fines *terroristas* (art. 13, Decreto 180 de 1988), lo que no sucede en el caso de autos donde no hay la menor comprobación de que los sindicados tuvieran las armas y municiones con esos fines específicos".

Con auto de fecha trece de agosto de mil novecientos ochenta y ocho, el Juzgado Primero Especializado de Medellín consideró que la conducta materia de juzgamiento se encuadra dentro de las previsiones del artículo 2º del Decreto 3664 de 1986, en la medida en que los autores de la misma no perseguían fin terrorista alguno. Por ello, estimó que la competencia no radicaba en él, razón por la cual ordenó la remisión del expediente al Juzgado de Instrucción Criminal —reparto— de la ciudad, provocándole colisión negativa de competencias en caso de que no se aceptaran sus planteamientos.

Habiéndole correspondido la actuación al Juzgado Noveno de Instrucción Criminal, este con providencia fechada el veintidós de agosto del mismo año citado, rechazó las apreciaciones del especializado y aceptó la colisión propuesta, razón por la cual llegó el expediente a la Sala Penal de la Corte que en auto del veintiocho de octubre atribuyó la competencia de juzgamiento a los Juzgados de orden público, atendida la circunstancia de que el hecho investigado está tipificado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, invocando como argumento de su conclusión razones expuestas con anterioridad por la misma Sala en providencia de 15 de septiembre de 1988, en donde se dijo al respecto:

> "Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, *en ocasiones por decisión política del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas;* y en otras porque

la naturaleza de las materias tratadas legislativamente así lo exigían y dentro de esta línea de pensamiento es preciso destacar como en muchas de las conductas tipificadas se incluye un elemento subjetivo como es el caso de la conducta descrita en el artículo 23 que se inicia 'el que con fines terroristas...'; y en una u otra forma gramatical, en un primer grupo de artículos esta exigencia o elemento subjetivo del tipo aparece claramente en las conductas descritas en los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6, 8, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 20, 21, 24, 25, 26 y 31 (subrayas fuera de texto).

"Por el contrario existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma, la finalidad o propósito terrorista. En el segundo grupo se encuentra la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta realizada deba ser con finalidades terroristas o con vinculación a ella...;

"...

"...Realizado el análisis anterior debe concluirse entonces que fue querer del legislador que algunas conductas por su gravedad o trascendencia social fueran incluidas en el estatuto antiterrorista sin ser necesario en relación con ellas que se realizaran con finalidades terroristas".

Por providencia del veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho el Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín concedió a los procesados detenidos el beneficio de excarcelación bajo caución hipotecaria, por vencimiento de los términos.

Sin más incidencias procesales importantes que reseñar, el Juzgado Cuarto de Orden Público de Medellín procedió a dictar sentencia el día veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y nueve, condenando a los señores Fernando Antonio Henao y Andrés Lucena Blair por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988. Este fallo fue confirmado, con algunas modificaciones, por el Tribunal Superior de Orden Público el día once de abril siguiente.

La demanda de casación:

Dos cargos, fundados en dos diversas causales, se dirigieron en contra de la sentencia de segundo grado. El primero de ellos, bajo el entendido de que en la actuación se incurrió en un vicio *in procedendo* puesto que el funcionario competente para fallar el caso no era el de Orden Público, puesto que la conducta configura violación al contenido del artículo 202 del Código Penal y no al del artículo 13 del Decreto 180 de 1988. El segundo, porque en la sentencia se violó indirectamente la ley sustancial por error de hecho (falsos juicios de existencia) al no haberse considerado varias pruebas testimoniales que conducían a demostrar la legítima defensa que amparaba a los procesados.

Respecto de la nulidad alegada, manifestó el censor que esta es de índole legal, por violación del contenido del artículo 305, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, toda vez que "el porte ilegal de armas es de competencia de la jurisdicción de orden público, cuando tiene vinculación con los motivos que originaron la declaratoria del estado de sitio. Como en el caso de estudio, la tenencia de las armas no tenía trascendencia en la estabilidad institucional, la norma infringida sería el artículo 202 del Código Penal. No el artículo 13 del Decreto 180 de 1988".

En el acápite destinado a la demostración de este primer cargo el libelista señaló cinco argumentos principales. Dijo en primer término que debe existir íntima conexidad entre las medidas dictadas por el Gobierno durante el estado de sitio y las razones que originaron su declaratoria. No toda infracción amerita medidas de emergencia, y por ello las conductas reguladas a través de la legislación extraordinaria deben constituir perturbación del orden público. Sostuvo a renglón seguido que no todos los comportamientos descritos en el Decreto 180 de 1988 requieren el elemento subjetivo concretado en el ánimo terrorista, y que esta exigencia se desprende de la *naturaleza constitucional* del llamado estatuto antiterrorista, ya que bajo esa estrategia (la antiterrorista) se expidió el citado decreto.

Como otra fuente de sus argumentos alegó el demandante que los tipos penales que surgen como consecuencia del estado de sitio son pluriofensivos (o plurilutelares como sería mejor denominarlos) puesto que protegen dos tipos de bien jurídico: el primero denominado *originario*, cuyo amparo se desarrolla por medio de las normas del Código Penal; el segundo, llamado *derivado*, que surge de esa tutela especial que impone el estado de excepción que se concreta en los motivos de su declaratoria o los subsiguientes de su mantenimiento o expedición de normas tendientes a su restablecimiento. Así, los incrementos punitivos se justifican únicamente en cuanto el bien jurídico amplía su esfera de protección. Concebido de esta forma el problema, se concluye que es el bien jurídico (originario o derivado) el que permite saber cuándo se debe aplicar la legislación ordinaria y cuándo la de orden público.

Para respaldar su pedimento invocó también el censor una providencia de esta Sala relacionada con el delito de amenazas personales, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y con ponencia de quien ahora actúa en la misma calidad, en la cual se delimitan las esferas de acción de las normas del Decreto 180 de 1988 y del Código Penal al respecto. Deduce de aquí, que "la finalidad terrorista, es el único medio para distinguir la conducta descrita en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, del artículo 202 del Código Penal".

Finalmente, sostuvo el demandante que las armas no iban a ser utilizadas en la perturbación del orden público, sino que fueron adquiridas por los procesados con el único fin de defender las instalaciones de la Defensa Civil en donde prestaban sus servicios desinteresados de apoyo a la comunidad. De ello, fácil es deducir que el

bien jurídico de la estabilidad democrática no sufrió lesión alguna ni estuvo en peligro de sufrirla, como además lo demuestran la personalidad de los incriminados, el empleo que se hizo de las armas siempre dentro de las instalaciones de la defensa civil y el hecho de que cuando no se estaban utilizando en las labores de vigilancia permanecieron siempre bajo llave y con la custodia del sindicado Fernando Antonio Henao.

Para fundamentar el segundo de los cargos (violación indirecta por aplicación indebida proveniente de errores de hecho por falsos juicios de existencia), arguyó el censor que el Tribunal Superior de Orden Público desconoció amplia prueba testimonial que acreditaba el hecho de que la tenencia de las armas y municiones obedeció a la necesidad de prevenir o repeler un ataque a las instalaciones de la Defensa Civil, el cual había sido anunciado a través de anónimos y que se presentaba como inminente si se tiene en cuenta que existen debidamente comprobados en el expediente suficientes medios de convicción al respecto, como lo es la circunstancia de que ya había sido atacado un CAI del sector.

Como los actos de terrorismo enseñan especiales condiciones de sorpresa y agilidad, y la defensa era necesaria, no se podía exigir a los encausados la obtención de autorizaciones especiales para el porte de las armas.

Criticó el libelista que en la sentencia impugnada apenas si se hace una tangencial mención al fenómeno de la legítima defensa, incurriendo así el sentenciador en los errores de hecho reclamados, puesto que de la simple lectura de las pruebas omitidas en su consideración se desprende la necesidad de la defensa ante el inminente ataque. Concluye solicitando se case la sentencia y la absolución para su representado en la de reemplazo.

La opinión del Procurador Delegado:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo penal, al revisar la demanda presentada, apoyó la censura fundada en la nulidad del proceso por falta de competencia en el funcionario que adelantó el mismo. Dijo al respecto que si bien el análisis del libelista se orienta a señalar la diferenciación de supuestos incriminativos con base en el bien jurídico "...sin dubitación alguna esta delegada se identifica, sustantivamente, con las premisas y conclusiones del actor, entendiendo que el *quid* de la problemática radica en determinar la *ratio legis* del precitado Estatuto y la finalidad exigible a las conductas reprochadas y punidas en los tipos penales que lo integran, pues esclarecidos estos supuestos, puede ser viable la solución al caso concreto".

Así, dedujo el Procurador Delegado la necesidad de interpretar las normas del Decreto 180 de 1988 dada su oscuridad, que se presenta no en cuanto a las "palabras" de su texto, sino en relación con el contenido político-criminal de sus normas que integradas en un estatuto que pretende combatir el terrorismo, en varias ocasiones

no incluyen en la descripción comportamental el elemento subjetivo de fines terroristas, por lo que resulta claro que tales tipos penales contrarían el "espíritu" de la legislación de emergencia.

En busca de la *ratio legis* de las normas del Decreto 180 de 1988, el colaborador fiscal estima que no puede entenderse el derecho penal sin un "¿para qué?" que ayude a determinar el sentido actual de la norma, puesto que ella se encamina a la protección de los bienes jurídicos elevados a tal categoría por el Estado, único medio de mantener la potestad punitiva dentro de los marcos constitucionales.

"Sin el bien jurídico —dice—, no hay un 'para qué' del tipo ni del delito en general, y por ende, no habría posibilidad alguna de interpretación teleológica de la ley penal, lo cual sería un retroceso doctrinal, además de un específico desconocimiento a la Ley 153 de 1887, cayendo en un formalismo legal, o como lo afirma algún autor, en una pura 'jurisprudencia de conceptos' ".

Opina el Procurador Delegado que al enfrentar la ley penal con el caso concreto que ella misma está llamada a regir, deben tenerse en cuenta las funciones garantizadora y teleológica-sistemática según las cuales se impide que existan tipos penales sin que afecten el bien jurídico y se le da sentido a la prohibición manifiesta en el tipo. De aquí, que necesariamente se tenga que entrar a establecer cuál es el bien jurídico tutelado por el Decreto 180 de 1988, que no es otro que el de la seguridad ciudadana manifestada en la "normalidad" del orden público, puesto que las motivaciones de la compilación legislativa aludieron expresamente a la necesidad de enfrentar con ella "el auge de los atentados terroristas" y "complementar" las disposiciones del Código Penal, de donde deviene diáfano que las disposiciones del Estatuto no pretendieron la derogatoria o suspensión de la legislación ordinaria, sino su complementación.

Aún cuando se utilizó en el decreto que se comenta una inadecuada técnica legislativa, ha de entenderse, como así lo ha manifestado la Corte, que todas las conductas allí descritas deben contener, para que sean regidas por la legislación de excepción, una finalidad o ánimo terrorista.

Arguyó así mismo el Fiscal de la Corte que si bien es principio fundamental de la ley penal el de su "generalidad", y por ello la aplicación de la misma a todos los miembros del conglomerado social sin distingo alguno hecho a priori, esta condición no puede entenderse como la necesidad de aplicar los mismos parámetros descriptivos y punitivos a todos los ciudadanos mayores de dieciocho años, puesto que es la misma ley la que establece algunas diferenciaciones bien por la materia que regula, la naturaleza del hecho, la actividad profesional de sus destinatarios, etc., casos en los cuales se debe preferir la ley especialmente concebida a la general y abstracta.

Así, siendo que a través de los decretos de Estado de Sitio, y concretamente con el contenido del número 180 de 1988, el ejecutivo legislador pretendió proteger un bien jurídico diverso al amparado en la codificación penal que rige en tiempos de normalidad, sus disposiciones solamente pueden ser aplicadas a quienes alteren el orden

público, fundamento de la incriminación en las normas referidas, quedando las disposiciones del código ordinario relegadas a la regulación de las conductas que no afecten este valor social especialmente protegido a través de la actividad del ejecutivo en las ocasiones en que se encuentre alterada la normalidad institucional.

Hablando de la finalidad de la conducta, agregó:

> "No obstante, tal confusión no existe, ya que, si se admite, como que es una verdad jurídica inconcusa, que no se concibe una conducta típica sin que afecte un bien jurídico 'puesto que los tipos no son otra cosa que particulares manifestaciones de tutela jurídica de esos bienes', imperativo es afirmar, que la conducta para que sea punible debe estar dirigida a poner en peligro o vulnerar ese determinado bien jurídico, que en este caso es el *'orden público'* o en otros términos, que el sujeto agente dirija su acción a provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o un sector de ella.
>
> "Por tanto, siendo que en el contenido material de la prohibición es el de prevenir que se ponga con peligro (sic) el orden público, pero no de cualquier manera, sino 'con una específica repercusión en el ánimo de los individuos que forman la sociedad', necesariamente la conducta reprochada es la que tenga este adjetivo, así la ley no lo exija literalmente, pues hoy en día, no puede entenderse la conducta sin la subjetividad del fin propuesto".

Continuó el Procurador Delegado haciendo un análisis de la evolución jurisprudencial en torno a las interpretaciones del conocido como Estatuto Antiterrorista, remarcando como si bien en un primer momento la Sala Penal de la Corte estimó que de las descripciones de conducta allí contenidas debía tenerse en cuenta su aspecto objetivo con desprecio de los fines que impulsaran la acción, pronto admitió la necesidad de realizar la hermenéutica de dichas disposiciones atendiendo el ánimo de especial perturbación del orden público que debía acompañar al sujeto agente para quedar cobijado por las normas del estatuto. Concluyó diciendo:

> "Así las cosas, no cabe duda que la jurisprudencia de la Corte viene decantando el criterio interpretativo orientado desde un punto de vista teleológico, reconociendo, a no dudarlo, que dicho Estatuto justifica su aplicación en aquellos eventos de los que seriamente se infiere peligro al *"orden público"* de ahí que últimamente para algunos de estos delitos exija la finalidad o propósito terrorista así no lo predique la norma y se haya aceptado desde un comienzo, no previéndose obstáculo alguno, para que este criterio oriente la interpretación de todo el 'Estatuto antiterrorista' ".

Enfrentando los anteriores planteamientos teóricos con el caso concreto sometido a estudio, consideró el colaborador fiscal que en los hechos materia del proceso no se evidencia en modo alguno el ánimo terrorista que acompañaba hipotéticamente a los sujetos agen-

tes, razón por la cual su conducta se adecúa a las prescripciones del artículo 202 del Código Penal, no a la disposición especial del artículo 13 del Decreto 180 de 1988. Razonando de esta forma, apoya la censura del demandante y reclama con él la nulidad de lo actuado por falta de competencia en el juzgador, absteniéndose en consecuencia de estudiar el segundo de los cargos formulados en la demanda.

Consideraciones de la Sala:

Primer cargo:

Como quiera que de prosperar el cargo de nulidad presentado en la demanda, se haría innecesario entrar a estudiar la censura por violación indirecta de la ley sustancial planteado igualmente en ella, entrará la Sala a ocuparse de aquel en primer término. Para hacerlo, preciso es establecer en primer lugar si es procedente o no, frente al caso específico de estudio, proponer la anulación de la actuación por falta de competencia en el juzgador, existiendo de antes una decisión de la Sala que asignó la capacidad de juzgamiento precisamente a la jurisdicción que falló tanto en primera como en segunda instancia el caso que es materia de controversia.

Ahora bien, sabido es que la competencia es aquella atribución específica que la ley otorga a un determinado funcionario jurisdiccional para conocer de un asunto en razón de la materia, del territorio, de su posición jerárquica dentro de la estructura judicial o de las personas que son sometidas al proceso. Desde este punto de vista, podría decirse que la asignación de la misma no se desprende más que de condiciones materiales del proceso, que no de apreciaciones subjetivas del juzgador, salvo que estas influyan en el proceso de adecuación típica y por ende, en la materia de juzgamiento.

Por otra parte, el ordenamiento procesal penal ha establecido el mecanismo de la colisión de competencias cuando quiera que haya duda, durante la instrucción o en la etapa del juicio, acerca de cuál es el funcionario que debe encargarse del asunto. Por virtud de él, el funcionario provocado o su superior funcional han de decidir, en definitiva, a quien corresponde el adelantamiento de la actuación, en decisión que no es susceptible de recursos y que hace tránsito a ejecutoria material, esto es, se convierte en ley del proceso inmodificable, a no ser que por cualquier motivo cambien las circunstancias materiales o legales que dan origen al juzgamiento.

En el presente evento, durante su trámite entraron en conflicto dos funcionarios jurisdiccionales sobre el factor de competencia y por ello la Sala de Casación Penal de la Corte hubo de entrar a dirimir la disputa, asignando la función de juzgar a la jurisdicción de orden público, misma que ahora se reputa por el defensor y el Procurador Delegado incompetente para fallar el caso.

La determinación de la Corte, en su oportunidad, tuvo en cuenta tanto los aspectos materiales de la infracción, como los subjetivos que podrían llegar a determinar una adecuación típica, concluyendo que el delito que se estructura en los hechos denunciados es el que

se encuentra reglamentado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, habida consideración de que el legislador extraordinario incluyó en tal compilación normativa el comportamiento previsto en el artículo 202 del Código Penal sin modificación alguna por la especial gravedad que representa para el orden público perturbado, ya que el porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas militares, a cualquier título, entraña una puesta en peligro para el bien jurídico de la seguridad pública si se tiene en cuenta que a través de tales armas se vienen perpetrando graves atentados contra funcionarios del Estado, particulares, instituciones y bienes de la sociedad.

Las condiciones materiales de la infracción, y las específicas del proceso, no sufrieron cambio alguno a partir de la decisión de la Corte, ya que a partir de ella solamente se produjo la sentencia correspondiente, lo cual imposibilitaría un nuevo pronunciamiento en torno a la competencia porque, de hacerlo, se restaría seguridad jurídica a las resoluciones de los conflictos de competencias.

No puede revivirse, pues un tema ya dilucidado sobre la misma base fáctica, aún so pretexto de la nulidad del procedimiento, cuando lo único que ha variado en él han sido las apreciaciones de algunos de los sujetos procesales quienes si bien con argumentos entrados en razón lo predican, descuidan el verdadero alcance del tipo penal que reputan estructurado y las condiciones referentes al mismo, fundados en consideraciones que sirvieron para establecer el verdadero alcance de otras figuras típicas bien diversas a la que es materia de juzgamiento.

Pero, haciendo caso omiso de esta circunstancia, entrará la Sala a pronunciarse sobre la alegada causal de nulidad, para determinar que esta no se halla presente en este asunto.

Así, frente al primero de los argumentos esbozados por la defensa, *debe precisar la Sala que evidentemente, por disposición constitucional y de acuerdo también con el desarrollo jurisprudencial pertinente, durante el estado de sitio el ejecutivo está revestido de especiales facultades legislativas las cuales, sin embargo, tienen el límite señalado en el artículo 121 de la Constitución Nacional, esto es, que las normas que se dicten durante el estado de excepción solamente pueden suspender las leyes vigentes y necesariamente deben tener relación estrecha con los motivos que llevaron a la declaratoria de la perturbación del orden público. No todo comportamiento amerita, como bien lo señala el defensor, una medida extraordinaria.*

Olvidó sin embargo el censor, a este propósito, que las razones que tuvo el ejecutivo para declarar alterada la normalidad institucional incluían situaciones tales como "que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados que han atentado contra el régimen constitucional, mediante lamentables hechos de perturbación del orden público y suscitado ostensible alarma en los habitantes...", "Que con posterioridad a la expedición del Decreto 615 de 1984, han tenido lugar asaltos a poblaciones por obra de grupos armados...", según consta en los considerandos del Decreto 1038 de 1984 por medio del cual se declaró turbado el orden público en todo el territorio nacional. Indudablemente que estas mo-

tivaciones, en criterio del gobierno, ameritan la suspensión de algunas normas ordinarias —como de otra parte lo ha hecho— relativas a la posibilidad de autorizar el porte de armas a particulares, como quiera que se dirigen específicamente a controlar la proliferación de grupos armados, y a combatir sus actuaciones ilegales. Una de tales medidas, lógicamente, puede ser la de restringir el porte y comercio de armas, incluidas claro está las de uso privativo de las fuerzas militares, con lo que resulta diáfano que la inclusión en el Decreto 180 de 1988 de un tipo penal más severo que el ordinario, si tiene íntima relación con los motivos de perturbación del orden público.

Así, en efecto, no todos los tipos penales del Decreto 180 de 1988 incluyen el elemento terrorista como parte de su descripción típica, tal como se dejó sentado ya en varias providencias de esta misma Sala; empero, la simple omisión de su expresión no puede tomarse como indicativo de que el legislador extraordinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria, en punto al porte de armas porque, como ya se vio, para el restablecimiento del orden público se hace menester entrar a tomar medidas que desarmen a los grupos que alteran la normalidad institucional y causan alarma en la población, a más de que es compatible con el estado de sitio regular —así sea por la política penal del incremento punitivo— el comercio y tenencia de instrumentos que por sí mismos tengan una especial potencialidad de contribuir al estado de zozobra que vive el país.

La suspensión de las normas propias del Código Penal en asuntos de armas, y su regulación a través del Decreto 180 de 1988, revela esa "estrategia antiterrorista" que señala el defensor en su demanda, de donde surge que el tipo penal llamado a regular la situación que motiva este recurso es el contenido en el artículo 13 del decreto mencionado, y no las disposiciones establecidas para el tiempo de tranquilidad.

Y es que si bien la tenencia de armas no es el único camino para la perpetración de atentados terroristas o para causar zozobra en la población, sí es este uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se presentan en esta clase de hechos, de ahí por qué se haya establecido el comercio, porte, suministro, fabricación, almacenamiento, reparación o transporte de tales implementos como un hecho de por sí especialmente peligroso para la vida comunitaria dentro de las condiciones materiales que vive la nación.

No comparte, tampoco la Sala la posición del demandante en el sentido de que las normas de estado de sitio sean de carácter pluriofensivo (o pluritutelares), en la medida en que desarrollan una doble protección a los bienes jurídicos. No existe en ellas un interés originario y uno derivado, sino que su ampliación de la esfera protectora tiene fundamento en las condiciones de desestabilización institucional sin que pueda predicarse la existencia de dos órdenes públicos diferentes: uno para los casos de normalidad y otro para las condiciones de anormalidad. El orden público, como fenómeno, es uno mismo y está concretado en las garantías de seguridad, tranquilidad, salubridad, etc., que permitan una pacífica vida en comunidad. En ocasiones, estas condiciones no se consiguen con la actividad nor-

mal del Estado y por ello se hace necesario tomar medidas especialmente rígidas que hagan posible la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el cumplimiento de los deberes del Estado; de allí por qué la propia Constitución establezca algunas facultades extraordinarias para el ejecutivo permitiéndole solamente la suspensión de las leyes, y prohibiéndole su derogatoria; ellas, por su propia naturaleza están encaminadas a recobrar la normalidad, no a crear "otro" orden.

Cierto es que durante los estados de perturbación se continúan cometiendo delitos no relacionados con las causas de perturbación, esto es, se persiste en la infracción a las normas llamadas a regir en las condiciones de normalidad; ello no quiere decir, sin embargo, que todas las conductas descritas en el Código Penal puedan continuar sancionándose de acuerdo con sus preceptos, porque carecería de sentido entonces expedir reglas adicionales o temporales que no tendrían efecto alguno. El terrorismo, las amenazas, el porte de armas, y muchos de los tipos penales del estado de sitio —quizás todos— se encuentran contemplados en la legislación ordinaria y cabría siempre el argumento de la favorabilidad, de aceptarse la sofisticada tesis del demandante y del Ministerio Público, para impedir la aplicación de la legislación especial.

No es válida para la Sala la argumentación traída en la demanda de aplicar los mismos parámetros interpretativos al delito de porte de armas que al de amenazas personales. Y no lo es, puesto que una y otra figura son de por sí bien disímiles en tanto que no entrañan comportamientos equiparables para las instituciones.

Aceptado se tiene por la jurisprudencia, de la cual hizo reseña el censor, que el delito de amenazas personales descrito en el Decreto 180 de 1988, si bien no tiene en su construcción gramatical la exigencia de ánimo terrorista, es éste un elemento propio de él en la medida en que no todo comportamiento de esa naturaleza puede tener trascendencia en el orden público. Mas no sucede igual en torno al delito tipificado en el artículo 13 del mismo estatuto el cual, según se ha dicho, por su propia naturaleza constituye un peligro para la seguridad ciudadana, de conformidad con las condiciones materiales por las que atraviesa el país, en donde la acción de grupos armados está causando significativas perturbaciones de la tranquilidad de los coasociados y permite en grado sumo la concreción de muertes a los particulares y a los funcionarios del Estado y la creación de condiciones propias para llevar a la gente común a la zozobra y al terror a más de que contribuye al clima de tensión, al aumento de los enfrentamientos entre particulares y de éstos con los agentes del orden y posibilita la formación de grupos de fuerza privados como los conocidos con el nombre de "autodefensas".

Muy bien lo resaltó, por lo demás, la Sala, en ocasión de la providencia de 15 de septiembre de 1988 citada por el Procurador Delegado, cuando afirmó:

> *"Dentro de la modalidad legislativa escogida para la redacción del decreto que se comenta no se siguió un tratamiento legislativo uniforme, en ocasiones por decisión política*

del legislador extraordinario que consideró que algunas conductas debían hacer parte de este estatuto, así no estuviesen guiadas por finalidades terroristas.

"...

"Por el contrario existen dos grupos de artículos en los que no aparece esta exigencia subjetiva, o que tratándose de tipos de conducta alternativa, en una de ellas no aparece como integrante de la misma finalidad o propósito terrorista, en el segundo grupo se encuentra la fabricación y tráfico de armas y municiones de uso de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en el artículo 13 en el que no se hace mención a que la conducta realizada debe ser con finalidades terroristas o con vinculación con ellas..." (subrayas fuera de texto).

No se trata, como parece entenderlo el Procurador Delegado, que en aquel primer momento jurisprudencial bastó con la objetividad de la conducta para dar por tipificado el delito previsto en el Estatuto extraordinario, sino que se resalta, justamente y con propósitos de que sirva como derrotero a la interpretación íntegra del decreto, que allí existen algunas conductas que por su propia naturaleza entrañan un ataque más directo, más inmediato, más fuerte a las instituciones, lo que llevó al legislador a tipificarlas con más estricta penalidad independientemente de los fines que se buscaran con ellas.

Recuérdese además, en este punto, que ha sido tal la consideración del legislador extraordinario que el porte de armas, por sí mismo entraña un especial ataque a la seguridad o a la tranquilidad públicas, que incluso antes de la expedición del Decreto 180 de 1988 había ya regulado la materia para las áreas de Boyacá y el área metropolitana del Valle de Aburrá, porción esta última en donde se prohibió el porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, aún con salvoconducto, en Decreto 1667 de 1987, lo que revela, una vez más, lo adecuado de la interpretación que al respecto ha venido sosteniendo la Sala.

Por esa razón, mal puede aceptarse la tesis de que siendo que las armas se encontraban en una institución destinada a prestar servicios a la comunidad, por ello mismo pierde la posesión, potencialidad de causar perjuicio al bien jurídico protegido. Muy por el contrario, el caso específico de estudio revela que la seguridad pública sufrió menoscabo con el hecho investigado en la medida en que él suscitó en la comunidad así fuera de manera imperceptible un grado de desconfianza indesconocible ante la actitud asumida por los procesados quienes se valieron de la actividad de terceros, del ocultamiento de los implementos y de armas diversas de las autorizadas para violar la prohibición legal. El mismo defensor reconoce en su demanda que los implicados tenían en su poder armas de prohibida tenencia, lo que desconoce es la competencia de juzgamiento, la misma que según se ha visto corresponde a la jurisdicción especial de orden público.

La finalidad de una pretendida defensa, que luego replantea al amparo de la causal primera, no tiene fuerza alguna para que se

predique la incompetencia del funcionario como quiera que ello constituiría, si lo fuera, una violación de la ley sustancial por la vía indirecta, mas no un factor determinante del funcionario que debió adelantar el proceso. Ello, porque el Decreto 180 de 1988, se insiste, elevó a la categoría de delito que merece un mayor reproche punitivo el comportamiento endilgado a los procesados.

Respecto de lo señalado por el Colaborador Fiscal, debe decir la Sala que si bien en los considerandos del Decreto 180 de 1988 se incluyó la expresión "para lo cual es necesario complementar las disposiciones del Código Penal y de Procedimiento Penal", ello no es suficiente para concluir en la interpretación que le dio la agencia fiscal al contenido del articulado, en el sentido de que todas las normas del Código Penal quedarían inalteradas, subsistentes en forma paralela a las del decreto mencionado, puesto que de aceptarse tal cosa, significaría que las demás motivaciones carecen de fundamento y se estaría expidiendo una ley paralela llamada a ser ignorada. La complementación, sin duda alguna, se produce porque en el Estatuto para la Defensa de la Democracia se incluyen figuras sustanciales y procesales nuevas, inexistentes en los códigos ordinarios; pero a su vez, se modifican algunas de las disposiciones de ellas con miras a enfrentar la especial situación de violencia, con lo que se suspende la vigencia de las figuras que le sean contrarias, según lo expresa el artículo 52 del decreto.

No quiere decir lo anterior, sin embargo, que todas las normas especiales del estado de sitio suspendan y dejen sin vigencia sus similares de la legislación ordinaria, puesto que, dependiendo de su afección al bien jurídico y de su vinculación con los motivos que originaron la toma de medidas por la vía del artículo 121 de la Constitución Nacional, algunos de los tipos penales ordinarios subsisten paralelamente, como sucede con el delito de homicidio que bien puede ser realizado por fuera de las circunstancias que dieron base a la modificación de la figura —en cuyo caso se aplicará la regulación del Código Penal— o bien dentro de los muy precisos límites del Decreto 180 de 1988, evento este en el cual se impone la aplicación del llamado Estatuto para la Defensa de la democracia. Lo mismo sucede, por vía de ejemplo, con el delito de amenazas personales y su figura paralela del constreñimiento ilegal, según lo ha precisado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta Sala.

La generalidad de la ley a la que alude el Procurador Delegado, ciertamente que admite la expedición de normas específicas para situaciones y personas que no se quieran ver reguladas por las disposiciones de carácter más generales. Empero, con miras al restablecimiento del orden público el ejecutivo si bien ha dirigido algunas de sus medidas a enfrentar a grupos subversivos y de narcotraficantes, en varias de las disposiciones amplió la esfera de los destinatarios hacia toda la comunidad, porque el orden público inicialmente perturbado por tales agrupaciones, se vio también menoscabado por la actividad de los particulares que no pertenecen a ellos quienes se desbocaron a la creación de sociedades de autodefensa, hoy proscritas de la normalidad institucional, y por ello se restringió el porte de armas, o mejor, se elevó su penalidad como una medida que se consideró adecuada

para combatir tan perniciosa actividad de los particulares en detrimento de la autonomía del Estado y del buen funcionamiento de sus organismos.

No es aceptable tampoco el argumento según el cual el haberse hallado las armas en las instalaciones de la Defensa Civil, organismo dedicado al auxilio de la comunidad en las calamidades y circunstancias de adversidad, impone de por sí una exclusión de la antijuridicidad de la conducta o se constituye en indicativo de que ella no estaba dirigida a vulnerar el interés jurídico de la tranquilidad pública. Ello, porque es bien conocido que una de las formas actuales de la delincuencia es justamente la de penetrar en las instituciones del Estado o de la comunidad que tienen un mayor respaldo en los niveles oficiales o privados, para valerse de sus singulares características y construir desde allí grupos encaminados en la perpetración de hechos ilícitos.

Ciertamente, por obra de uno o varios particulares, este tipo de entidades son utilizadas, en ocasiones inocentemente, otras a plena conciencia de sus integrantes, para la creación de los denominados "grupos de autodefensa", como lo demuestra la reciente historia del país. Y es este uno de los casos en que se puede predicar tal accionar delictivo. No puede olvidarse que en este proceso se afirmó por varios de los que expusieron sobre los hechos, que las armas habían sido llevadas a la Defensa Civil por Gustavo Gaviria, hecho este con el cual no se revela inocente el hecho investigado, así no exista en el expediente —por desidia o miedo del funcionario que adelantó la actuación—, comprobación plena de los propósitos que perseguía el "miembro honorario" de la defensa civil quien a su vez, según se acreditó, presentó a otro de los procesados (Tabares Usuga) y tiene cercanos lazos con otros dos de los sujetos a quienes se endilgó el haber entregado las armas materia de la indagación (los hermanos Juan Carlos y Rodolfo Gallego González).

Vistas estas premisas, forzoso resulta concluir que el delito imputado a los procesados Andrés Lucena Blair y Fernando Antonio Henao está recogido por el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, que suspendió las disposiciones del artículo 202 del Código Penal y por tal razón, la competencia para fallar tal asunto radica en la jurisdicción de orden público, razón por la cual no prospera el ataque de nulidad planteado por el censor y secundado por el señor Procurador Delegado en lo penal, desde óptica diversa.

Segundo cargo:

El demandante predica la violación indirecta de la ley por errores de hecho en que incurriera el juzgador de segundo grado, quien ignoró los medios de convicción que apuntaban a demostrar la actuación en legítima defensa, de los implicados.

Verdad es, como lo puso de presente el libelista, que las consideraciones de los fallos de primera y segunda instancia son pobres en el análisis del fenómeno de la legítima defensa; ello no obstante, no quiere decir que se hayan desconocido las pruebas que acreditarían

su materialidad, puesto que se concluye al leer las respectivas piezas procesales que los juzgadores se ocuparon de todas ellas, aún cuando las estimaron en forma diversas a lo que ahora pretende el casacionista.

En efecto, no se desconoció en las instancias el hecho de que a la sede de la defensa civil en donde prestaban sus servicios los implicados se hubieran hecho amenazas telefónicas, por manera que aceptaron los funcionarios la base fáctica alegada; sin embargo, los mismos falladores estimaron que pese a ello, no existía fundamento suficiente para tomar como jurídica la conducta de los finalmente sentenciados puesto que la defensa de las instalaciones se había podido hacer —como al parecer sucedió antaño— por otras diversas a las empleadas, tales como la utilización de armas de defensa personal amparadas con la respectiva licencia de la autoridad competente.

Pero es que más allá de lo afirmado en las instancias, la verdad es que la necesidad defensiva no se dio como lo pretende el impugnante porque nunca se evidenció la inminencia o actualidad del ataque, requisito *sine qua non* de esta causal de justificación.

Esto es, que lejos de un desconocimiento de los medios probatorios, lo que sucedió en la sentencia fue una inadmisibilidad de los medios de defensa tal como fueron planteados; se aceptó que existió una agresión, que no tenía justificación, pero se discrepó de la necesidad de la defensa en los términos en que ella se planteó. Y es que no podría ser de otra forma, porque la ley permite de hecho la transgresión de las disposiciones por los particulares cuando actúan ante la falta del Estado en una específica situación; pero ello está supeditado a que deba el ciudadano suplantar a las instituciones por su ineficacia o su imposibilidad de colaboración. Está probado y ello no lo discute nadie, que las amenazas existían; pero carece el proceso de medio de convicción alguno que demuestre que la forma de defenderse era a través de la infracción de la ley. Bien ha podido acudirse, como además es lo común y lógico, a solicitar protección a las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional; también a la vía de tener algunas armas a disposición de los vigilantes, siempre y cuando ellas fueren de porte legal, esto es, amparadas con salvoconducto, tal como se solicitó.

Porque debe recordarse que la defensa justa, es situación excepcional, puesto que quien así actúa está suplantando al Estado y por ello la reacción defensiva era la alternativa más viable para la defensa de sus derechos amenazados se impone entonces la necesidad de la defensa y si es posible acudir a la autoridad, sin transgredir la ley así debe procederse.

Pero, proceder a la violación de la ley sin agotar antes los caminos de la legalidad, resulta inadmisible a juicio de los juzgadores de instancia, quienes no vieron así estructurada la necesidad de defensa con los mecanismos utilizados. Por ello, evaluaron en forma diversa las pruebas que echa de menos el libelista y concluyeron en la imposibilidad de dar aplicación al contenido del numeral 4º del artículo 29 del Código Penal.

Así las cosas, el cargo no prospera.

Aún cuando no es objeto materia del recurso extraordinario de conformidad con el libelo presentado, no puede la Sala dejar pasar por alto la incuria del funcionario que adelantó la actuación quien, sin explicación válida consignada en sus autos omitió investigar la posible participación en los hechos de los señores Gustavo Gaviria Restrepo, Juan Carlos Gallego González y Rodolfo Gallego González, a quienes inicialmente se señaló como los miembros honorarios que llevaron a las instalaciones de la defensa civil algunas de las armas incautadas, tal como puede verse en el informe rendido por la Cuarta Brigada el día 29 de abril de 1988 (fl. 1 del cuaderno principal); la exposición de Luis Eugenio Murillo Cardona (fl. 11), la de Andrés Lucena Blair (fl. 16); la de Nelson León García Gallego (fl. 18) y su indagatoria (fl. 36 vto.); la declaración del señor Luis Alberto Abello Benítez (fl. 47) en donde se refiere el sitio en donde fueron encontradas las armas, casillero de un locker que se dijo era de utilización exclusiva de alguno de los sujetos atrás nombrados; la declaración de Héctor Peña Gil quien afirma que "no creo que sean de él (refiriéndose a las armas y su relación con Haiber Tabares, aclara la Sala) porque según él me manifestó, él era pobre, que vivía del trabajo como chofer..." (fl. 126, vto.); el informe de la Cuarta Brigada de fecha 7 de junio de 1988 (fl. 165); declaración del mayor Epaminondas Zárate Herrera (fl. 181); a más de otra prueba indirecta como es el hecho de que Gustavo Gaviria negó tener lazos con Tabares Usuga, pese a lo cual en el formulario de ingreso de este último se consignó que fue recomendado por Gaviria y Juan Carlos Gallego, y otras más que no considera la Sala entrar a precisar.

De las probanzas reseñadas, se concluye que se ha debido vincular a la investigación a los citados Gaviria Restrepo y Gallego González (Juan Carlos y Rodolfo), por lo que, a fin de que si a bien lo tiene inicie contra ellos la investigación penal correspondiente por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, se expedirán copias auténticas de las piezas procesales pertinentes y se remitirán al reparto de los juzgados competentes.

Igualmente, para que se determine si la desidia de los funcionarios que conocieron de este proceso en primera instancia para adelantar una adecuada investigación, es o no constitutiva de falta contra la administración de justicia, se remitirá a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial copia de esta sentencia.

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

Resuelve:

No casar el fallo atacado.

Expídanse copias de la actuación y *remítanse* al reparto de los juzgados competentes, a fin de que, si fuere procedente, se inicie in-

vestigación penal en contra de los señores Gustavo Gaviria Restrepo, Juan Carlos Gallego González y Rodolfo Gallego González, de conformidad a las razones dadas en la parte motiva.

Envíense las copias pertinentes a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, para los efectos mencionados en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CASACION. CONCURSO

Es posible que en el juzgamiento por concurso de hechos punibles se introduzcan modificaciones al fallo en lo que hace alusión a los delitos que, por la cantidad de pena, no son susceptibles del recurso extraordinario

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 045 de 9 de julio de 1990.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia si es del caso declarar admisible el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *José William Tobón Monsalve*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el día dos de marzo de mil novecientos noventa, que confirmó la de primer grado dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad en la que se condenó al señor Tobón Monsalve a la pena principal de quince años de prisión como responsable de los delitos de Homicidio, Hurto calificado, Acceso carnal violento y lesiones personales.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 218 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), dispone:

> *"Procedencia: Habrá recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años".*

De esta disposición debe concluirse, sin lugar a dudas, que el recurso extraordinario solamente procede por aquellos delitos cuya pena establecida en la respectiva disposición penal sea igual o superior a cinco años y privativa de la libertad, debiéndose comprender en dicho quantum *punitivo todas aquellas circunstancias específicas que aumenten o disminuyan la punibilidad, en consideración a su máximo y mínimo, respectivamente.*

Sobre este punto, se dijo en providencia de fecha siete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, con ponencia del doctor Juan Manuel Torres Fresneda:

> "3. En el caso que se analiza, de los tres hechos punibles impulados al procesado recurrente, sólo el de falsedad en documento público colma el requisito de procedibilidad antecitado, pues la pena máxima privativa de la libertad que consagra es de diez años; los otros delitos contemplan prisión por un máximo de tres años (art. 146, Código Penal) y arresto por un máximo de dos (art. 137, Código Penal), de donde resulta que la norma procesal de que se habla, no permite el recurso de casación para los dos últimos delitos, pues el *quantum* penológico para que este proceda, es el de la norma tipo en abstracto armonizada con las que consagran variaciones que no dependen del criterio valorativo del juzgador (tentativa, grado de participación) sino que configuran situaciones de forzosa observancia, siempre y cuando el máximo de pena privativa de la libertad imponible, aún así, no devenga inferior al de la exigencia en comentario, para cada uno de los delitos por los cuales se procede contra una determinada persona, *lo que significa que tampoco el juzgamiento por concurso de hechos punibles habilita a los delitos que no llenan el requisito, para ser atacados en casación*" (subraya la Sala).

Ahora bien, al enjuiciado José William Tobón Monsalve se le condenó a la pena de quince años de prisión como responsable de los delitos de *homicidio*, definido y sancionado en el artículo 323 del Código Penal con pena de prisión de diez a quince años; *lesiones personales* del artículo 332, inciso primero, que establece una penalidad de dos meses a dos años de arresto; *hurto calificado* establecido en el artículo 350, numeral 1º del Código Penal, con sanción privativa de la libertad entre dos y ocho años, y *acceso carnal violento*, que tiene asignada una pena de prisión de dos a ocho años. *Si el recurso extraordinario de casación fue interpuesto de manera general, y así concedido, la Sala debe sin embargo limitar su admisibilidad a aquellas delincuencias que cumplen con el requisito punitivo señalado en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal, y en tal sentido se excluirá del auto admisorio el delito de lesiones personales que por disposición de la ley tiene una pena inferior a la requerida.*

Debe anotarse, sin embargo, que una vez admitido el recurso por los ilícitos por los cuales procede de conformidad con la pena fijada en la ley y presentada la demanda correspondiente que ataque el fallo por alguno de tales delitos, si al momento de la sentencia definitiva se observare que han de hacerse modificaciones al fallo impugnado o que deben tomarse decisiones que afecten el juzgamiento de los hechos punibles cuyo límite de pena los excluye del trámite propio del recurso extraordinario, el fallo definitivo los afectará, únicamente en la medida en que guarden una estrecha vinculación con uno de los delitos que por su quantum *punitivo dieron origen al recurso.*

Quiere decir lo anterior, que admitido el recurso con las limitaciones a que se ha hecho referencia, no procede la calificación po-

sitiva de la demanda correspondiente si en ella se incluyen cuestiones referentes a los ilícitos que por su cantidad de pena no son susceptibles del recurso extraordinario, aún cuando sí resulta posible que la sentencia de casación introduzca modificaciones al fallo en lo que hace alusión a esos mismos delitos, o que reconozca la presencia de vicios de juzgamiento que hagan aconsejable el retrotraimiento de la actuación, si, como se dijo, el hecho no casable guarda íntima relación con alguno de los ilícitos en los cuales sí procede el medio de impugnación extraordinaria.

Sin más consideraciones, 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:

Es admisible el recurso de casación interpuesto por el procesado José William Tobón Monsalve, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales el día dos de marzo de mil novecientos noventa, que confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Primero Superior de la misma ciudad, que condenó al citado sentenciado a la pena principal de quince años de prisión, en cuanto se refiere a los delitos de homicidio, hurto calificado y acceso carnal violento.

No es procedente la impugnación extraordinaria de casación interpuesta por el mismo procesado, en lo tocante al delito de lesiones personales por el cual fue condenado.

En consecuencia, córrase traslado al recurrente por el término de ley, para que presente su demanda por medio de abogado inscrito.

Para la notificación de esta providencia al detenido, *líbrese* despacho comisorio, con los insertos del caso, al señor Juez Primero Superior de Manizales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

MINISTERIO PUBLICO. EXTRADICION

A falta de una ley expresa que permita la intervención del Ministerio Público en el trámite de la extradición ante la Corte, es la Carta Política la que le da dicha función, como una contribución más a la justicia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 43-VI-27 de 1990.

El señor Procurador Tercero Delegado se niega a notificarse de la providencia que dispuso el trámite de la solicitud de Extradición de *Claudia María Goldsworhty.*

Como el punto es de importancia jurídica, se pronuncia al respecto la Corte.

Antecedentes:

El gobierno británico solicita la extradición de la ciudadana colombiana Claudia María Goldsworhty o Claudia Angel, solicitud que el Ministerio de Justicia envía a la Sala de Casación Penal de la Corte para el concepto correspondiente.

Se dispuso el trámite de rigor y, como ha sido tradición, se notificó al Ministerio Público representado por el señor Procurador Tercero Delegado quien se abstiene de hacerlo con el siguiente razonamiento:

"No obstante... que esta clase de providencias ha venido notificándose al Procurador Delegado en lo penal como representante del Ministerio Público y de la sociedad, hemos hallado que ninguna disposición de derecho interno, ni previsión alguna que en tratado que rige este trámite, nos otorga vocación para actuar, entre otras cosas por la naturaleza mixta del procedimiento y porque la actividad de la Corte corresponde a uno de los llamados actos preparatorios del trámite de extradición, que se desarrolla como forma de control de constitucionalidad-legalidad, pero no desemboca en una típica decisión jurisdiccional de carácter necesario.

No tiene sentido, en verdad, que el Ministerio Público se notifique de una providencia como la que origina este escrito, para sim-

plemente generar una presencia formal en la actuación. La ley no le legitima para solicitar pruebas, ni para intervenir en su práctica, ni para ser oído por la honorable Corporación antes de emitir el concepto de extradición..."

Consideraciones de la Corte:

Es verdad que el Capítulo IV del Título I del Libro V del Código de Procedimiento Penal no señala en ninguna de sus disposiciones que deba enterarse al Ministerio Público de esta tramitación. Sin embargo, en consideración a que ella pertenece o es una de las varias relaciones jurisdiccionales que las autoridades nacionales de este orden tienen con las extranjeras, según el Título correspondiente del Libro V del Código de Procedimiento Penal, encuentra explicable la Corte la tradición de enterar al Ministerio Público de dicha ritualidad para que este pueda cumplir la función genérica que le impone la Constitución en su artículo 143: "Corresponde a los funcionarios del Ministerio Público defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social".

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado de varias de estas funciones para darles un alcance mayor del que pudieran tener de una simple lectura de la norma. En efecto, a la función de perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social le dio el entendimiento de un "servicio a la justicia", y a la defensa del interés de la Nación lo equiparó a la del orden jurídico en general. Dijo, en efecto, al juzgar constitucional el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo:

"...consagró en el citado artículo 143 un amplio dispositivo institucional que incluso le agrega a las funciones del Ministerio Público la de perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social, expresión esta que según don José María Samper, uno de los autores de la Carta, precisamente 'equivale a servir a la justicia', alcance que la Corte ha prohijado en diversas ocasiones, particularmente en la sentencia de 17 de febrero de 1971 (G. J. CXXXVIII núms. 2340, 2341 y 2342 pág. 42).

"Por otra parte, tanto a la luz de la Teoría del Estado, como de la Teoría de la Constitución, no resulta científicamente aceptable prohijar una especie de antinomia del orden jurídico frente al Estado. La relación entre los dos conceptos e instituciones ha sido tan estrecha, que aún sin mencionar a Kelsen, por constituir un lugar común, el cual identifica como es bien sabido, el Derecho con el Estado, no hay duda de que en última instancia el Derecho no es otra cosa que la forma jurídica del Estado, o si se prefiere, la expresión jurídica del mismo. En tales condiciones, como lo afirman algunos autores, viene a ser como una especie de 'atmósfera' que circunda, vivifica y penetra enteramente, en una especie de capilaridad global, el tejido social de la comunidad. A ello se agrega por otro lado que todas las

relaciones existentes entre el orden jurídico y las tradiciones culturales de un pueblo, resulta entonces indisolublemente unido al propio concepto de Nación.

Así pues, no encuentra la Corte como se ha dejado dicho, que el atribuirse por el legislador al Ministerio Público la facultad de obrar en defensa del orden jurídico, tal cosa comporte una restricción de sus actividades en defensa de los intereses de la Nación. No advierte por consiguiente esta Corporación que la norma acusada quebrante lo dispuesto en el artículo 143 de la Carta, más bien lo desarrolla, como desarrolla también todos aquellos mandatos que aluden de alguna manera a la responsabilidad de los funcionarios públicos, como los contenidos en los artículos 20 y 51 de la Carta, y el consagrado en el artículo 10 de la misma según el cual: "Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia vivir sometidos a la Constitución y a las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades" (sentencia marzo 7 de 1985).

Por manera que si uno de los instrumentos de que modernamente se vale la ley —y la que aprueba un tratado lo es— para perseguir uno de los delitos de más honda repercusión social como el del narcotráfico es la extradición incluida la de los nacionales, nada más lógico y necesario que el Ministerio Público, 'sirva a la justicia' colaborando con ella en la forma más obvia posible cual es, pidiendo pruebas y controvirtiendo las que aduzcan los interesados, ya en procura de la sanción de los infractores de la ley penal ora de la defensa de las personas acusadas sin justa causa, de manera análoga a como expresamente se lo exige la ley dentro del proceso penal (art. 122 numeral 1º del C. de P. P.). Con ello, por lo demás, no hace cosa distinta como representante de la sociedad, que defender el orden jurídico que el Estado legítimamente ha señalado como instrumento esencial para la convivencia pacífica de esa sociedad.

A falta de una ley expresa que permita la intervención del Ministerio Público en el trámite de extradición ante la Corte, es la propia Carta Política la que le da dicha función como una contribución más a la justicia, a la que está obligado a servir en procura de combatir eficazmente el delito.

De acuerdo con lo anterior, deberá volver la actuación lo antes posible al señor Procurador Delegado para la notificación del trámite correspondiente y con la finalidad expresamente señalada en este proveído.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. JUSTICIA PENAL MILITAR

Aunque en el Código de Justicia Penal Militar no se incluyó expresamente el requisito de la no contradicción, sigue siendo indispensable para que la demanda de casación pueda aceptarse

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal— Bogotá, D. E., trece de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jaime Giraldo Angel.*

Aprobado Acta número 46.

Vistos:

Encuentra la Sala que la demanda de casación presentada por el defensor de *Carlos Antonio Builes* contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, en la cual se le condenó por el delito de homicidio, no reúne los requisitos de forma que permitan continuar la tramitación del recurso.

En efecto, el recurrente formula tres cargos dentro de la causal tercera del artículo 442 del actual Código Penal Militar, por recaer la sentencia en un juicio viciado de nulidad, consistentes todos en haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, así: En el primer cargo dice que al procesado se le debió condenar por homicidio culposo, en el segundo por homicidio ultraintencional y en el tercero por homicidio con causal.

Fundamenta cada uno de los cargos afirmando que según el material probatorio obrante en el proceso, la conducta realizada por su defendido se debe encuadrar en alguna de estas modalidades delictivas, pero no en el homicidio voluntario, que fue por el que se le condenó.

Como se observa, los tres cargos son excluyentes entre sí, lo que hace inane la demanda, pues la Corte no puede escoger entre las distintas alternativas que plantea el recurrente.

La casación no es una tercera instancia, sino una acusación clara contra la sentencia del Tribunal por haber incurrido en alguna de las causales señaladas taxativamente por la ley, proponiendo simultáneamente las decisiones que se deben tomar en reemplazo de las impugnadas, sin ninguna clase de vacilación. Por eso no es posible formular

cargos contradictorios en sí mismos considerados, o con relación a otros cargos, pues como se dijo, no se trata de plantear alternativas jurídicas a un juez de instancia, sino de formular acusaciones concretas contra una sentencia.

El requisito de la no contradicción en la demanda de casación ha sido una exigencia constante en la jurisprudencia de la Corte con relación a este recurso, la cual fue consagrada normativamente dentro del actual Código de Procedimiento Penal. Y aunque en el Código Penal Militar no se incluyó expresamente este requisito, él sigue siendo indispensable para que la demanda pueda aceptarse, pues el numeral 3º del artículo 440 de este último Estatuto exige que los fundamentos de cada acusación sean formulados en forma precisa y clara, expresiones estas a partir de las cuales la Corte había colegido la exigencia de no contradicción en los cargos de la demanda, aún antes de que el nuevo Código de Procedimiento Penal la consagrara normativamente.

La Corte, en providencia de 26 de julio de 1988 con ponencia del magistrado doctor Jorge Carreño Luengas, dijo:

"La Corte, ha venido repitiendo de manera infatigable, y lo reafirma una vez más, que el principio de no contradicción constituye la más elemental pero también la más insoslayable de las exigencias lógicas del recurso extraordinario de casación, al punto que su inobservancia por parte del censor en la formulación de los cargos, hace que la demanda se convierta en alegato insustancial, sin las proyecciones y alcances de una correcta petición de justicia.

"Tal exigencia impone al demandante el deber de cuidarse, en no caer en contradicciones en el planteamiento general del libelo, en el desarrollo de los cargos que formula con base en una determinada causal y en la presentación de cada cargo en particular.

"Tan pacífica y reiterada doctrina ha llevado a la Sala a predicar el quebranto de dicho principio, cuando a través de varias causales de casación se hacen planteamientos inconciliables y excluyentes; cuando dentro de la misma causal v. gr. la primera, se aduce violación directa e indirecta de los mismos preceptos sustanciales, o se alega del mismo medio probatorio, error de hecho o de derecho por falsos juicios de existencia y de convicción, o cuando dentro del mismo cargo se presentan argumentaciones opuestas e irreconciliables entre sí.

"La demanda, que delimita el ámbito de la impugnación, no es un escrito de libre forma y contenido, sino sometida a ciertas formalidades legales, cuyo incumplimiento autoriza su rechazo. Por eso, el artículo 576 del anterior Código de Procedimiento Penal establecía entre sus requisitos el de indicar 'en forma clara y precisa' los fundamentos de la causal o causales invocadas, el que no se cumplía cuando los motivos aducidos implicaban el planteamiento de situaciones contradictorias y excluyentes; y el nuevo Estatuto Procedimental

enfatizando sobre este principio de orden lógico lo consagró expresamente como un requisito más de la demanda, prohibiendo rotundamente la presentación de cargos contradictorios al disponer que 'si fueren varias las causales invocadas, se expresarán en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una, sin que puedan plantearse cargos incompatibles entre sí' (art. 224-3 *ibidem*)".

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

Resuelve:

Rechazar in limine la demanda de que se ocupa la parte considerativa de esta providencia, y por consiguiente, declarar *desierto* el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de fecha octubre 17 de 1989. *Devuélvase* la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Ricardo Calvete Rangel, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION

La lógica indica que si se está controvirtiendo la validez de un acto jurídico, como una sentencia ejecutoriada, ha de acompañarse copia del mismo a la demanda de revisión en que se le ataca

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 45- 9 de julio de 1990.

Vistos:

El abogado Jaime Alberto Alzate Cárdenas, en representación del sentenciado *Jhon Henry Salgado Alvarez*, por el delito de Homicidio, interpone recurso extraordinario de revisión contra el fallo respectivo.

Corresponde a la Corte pronunciarse sobre su admisibilidad.

La demanda de revisión:

Dice el profesional en el escrito donde interpone el recurso extraordinario que el Juzgado Cuarto Superior de Armenia (Quindío) en un proceso sin intervención del jurado de conciencia, profirió sentencia condenatoria a su poderdante por el delito de homicidio en la persona de José Aristides Murillo Cortés, determinación confirmada por el Tribunal Superior de dicho Distrito Judicial.

Acompaña al escrito la sentencia de primera instancia, una constancia secretarial del Juzgado Cuarto Superior de Armenia sobre ejecutoria de la sentencia de primera y segunda instancia y, además, acompaña la declaración extraproceso de Uberney Isaza Cifuentes como prueba nueva demostrativa de la inocencia de su poderdante, pues la causal invocada es la 3ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, siendo que dicho testigo fue oído como tal en el proceso.

Consideraciones de la Corte:

Con base en jurisprudencia pacíficamente reiterada de esta Corporación, son dos las razones determinantes del rechazo in limine *de la pretensión en examen. En efecto, en auto de junio 7 de 1983 con ponencia del magistrado Darío Velásquez Gaviria sostuvo la Corte:*

"Es verdad que no hay norma que exija de manera expresa a quien recurre en revisión que aporte las copias de los fallos que impugna, pero ese silencio ha de tenerse más como una manifestación de lo obvio del requisito, que como demostración de la voluntad de la ley de eximirlo del mismo.

"En efecto, la lógica indica que si se está controvirtiendo la validez de un acto jurídico, en este caso una sentencia ejecutoriada, ha de acompañarse copia del mismo a la demanda en que se le ataca.

"El hecho de que después vendrá dicha sentencia a la Corte, como parte integrante que es del proceso que habrá de solicitar esta, no exime al actor de la obligación de aportarla desde un comienzo, pues hay aspectos de valoración en cuanto a la procedibilidad de la admisión del recurso que deben y tienen que ser analizados por la Corte antes de que tenga a su disposición el proceso".

Como se destacó en precedencia, el actor solamente adjuntó el fallo de primera instancia cuando, como es sabido, para estos efectos ha de entenderse como sentencia las varias decisiones que con dicho carácter se hayan proferido en las instancias y aún en sede de casación, salvo que por mandato legal se trate de únicas instancias; circunstancias que la hace inepta para su admisión.

De otra parte, y por ser evidente el error del recurrente, ha de destacarse que las pruebas aducidas deben estar orientadas a la demostración de la causal alegada en la demanda, pues las que tiendan a comprobar hechos diferentes, así estén relacionados con el delito por el que se condenó, son inequívocamente inconducentes, ya que el objetivo de este recurso no es el de reabrir la investigación o el debate probatorio, sino el de verificar a instancias del actor si se dan los supuestos normativos señalados en la causal invocada para disponer o no la revisión del proceso. En idéntico sentido se pronunció la Corte en auto de junio 7 de 1983 con ponencia del magistrado Alfonso Reyes Echandía.

La prueba que como nueva aduce aquí el actor, es una diversa versión de quien depuso en el proceso sobre los hechos por los cuales se sentenció. El cuestionamiento de esa prueba, que por lo demás no fue soporte único del fallo, no corresponde a la causal invocada por no tener la virtualidad de demostrar la inocencia del condenado.

El estar encaminado a desconocer el carácter de cosa juzgada que caracteriza los fallos judiciales, pilar fundamental del derecho, hace de este recurso extraordinario un mecanismo particularmente exigente y la interpretación de sus causales taxativas ha de estar precedida de particular rigorismo "de modo que ese medio de impugnación sólo proceda en los casos consagrados por el legislador y cuando exista certidumbre o muy fundadas razones de que un inocente se halla sufriendo las consecuencias de una condena injusta" (auto de julio 27 de 1983, M. P. Doctor Luis Enrique Romero Soto).

Las consideraciones anteriores permiten a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resolver:

Rechazar in limine la demanda de revisión presentada por el abogado Jaime Alberto Alzate Cárdenas contra la sentencia que condenó a 12 años de prisión a Jhon Henry Salgado Alvarez por el delito de homicidio. Archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Por no existir tarifa legal para la apreciación y valoración de los diversos elementos de convicción, estos no pueden ser objeto de ataque por error de derecho en ese aspecto

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 48.

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de mayo de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería condenó a *Carlos de la Rosa Montes* y *Alejandro Ruiz Andrade* a 38 meses de prisión por el delito de hurto.

Antecedentes:

En la tarde del 1º de diciembre de 1988, Carlos De La Rosa Montes y Alejandro Ruiz Andrade contrataron un vehículo de servicio público en el que se trasladaron a la residencia de Jorge Enrique García Castillo, ubicada en la carrera 7ª número 64-A-30 de la ciudad de Montería (Córdoba), cuya puerta violentaron para proceder a empacar unos elementos y preparar el apoderamiento de otros (televisor, aparatos de sonido, vajilla, máquina de escribir, sumadora, accesorios para construcción, lapiceros, etc.); mas cuando salían con el televisor, una vecina, Doris Yamile Guerra Echeverría, los interceptó y dio voces de alarma, ante lo cual los susodichos ciudadanos emprendieron carrera y, perseguidos por varias personas, subieron a una buseta en donde minutos después fueron capturados por los policiales Jorge Luis Chaverra Ramos e Iván Darío Montoya Ruiz, admitiendo ser los autores del hurto e insistiendo en que el conductor del referido vehículo (que nunca se identificó en el proceso) era totalmente ajeno al mismo. En poder de los delincuentes se encontró una pareja de bolígrafos de propiedad de la víctima García Castillo.

La investigación fue asumida por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Montería, que escuchó en indagatoria a los capturados, practicó otras pruebas, fijó como procedimiento a seguir el abreviado (por flagrancia) y por auto de 12 de diciembre decretó la detención preventiva de los inculpados por el delito de hurto (fls. 32 y ss.). Posteriormente el Juzgado Primero Penal del Circuito de la mencionada localidad citó a audiencia pública, celebró la misma,

y mediante sentencia de 9 de febrero de 1989 (fls. 69 y ss.) condenó a De La Rosa Montes y Ruiz Andrade a la pena principal de 44 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado, conforme a los artículos 349, 350, 351 (numeral 10, comisión por dos personas) y 372 del Código Penal. Condenó igualmente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y al pago de 10 gramos oro por perjuicios materiales y de 5 por concepto de los morales, negando finalmente el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Apelado el fallo, el Tribunal, mediante el suyo que recurrió en casación el defensor de los procesados, lo confirmó, modificándolo en el sentido de rebajar la pena principal a 38 meses (fl. 11 del cuaderno del Tribunal).

La demanda:

Al amparo de la causal primera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, se formulan dos cargos:

1. En el primero se afirma que la sentencia violó indirectamente la ley "por apreciación errónea de la prueba", al estimar el sentenciador que los procesados estaban en situación de flagrancia y deducir de ello el proveído de condena, del cual se dice que se basó "en un informe policivo y en una declaración testimonial que sufren graves irregularidades y vacíos y que por ende resultan completamente insuficientes para basar en ellas una sentencia condenatoria". Luego se critican los testimonios rendidos por Doris Yamile Guerra y por la pareja de policiales, para concluir que la deducción de "plena certeza" fue "absolutamente subjetiva del fallador".

2. En el segundo ataque el actor sostiene que se debió condenar con arreglo al artículo 349 del Código Penal, es decir sin agravantes, porque no se demostró la violencia ni tampoco que el hurto haya sido cometido por los dos procesados. "Es que ni siquiera hay mérito para sentencia condenatoria", dice el demandante, quien para sustentar este reproche se remite al "análisis de las pruebas y de los elementos de la sentencia que impugnó, efectuados en las páginas anteriores", es decir en el cargo primero.

Bajo el epígrafe de "causal 2ª", invoca la causal tercera de casación, con el argumento de que se incurrió en una nulidad, ya que al no existir prueba de la flagrancia, no se podía adelantar el procedimiento abreviado. "Las pruebas que se allegaron —dice— no son idóneas ni suficientes ni contienen el mérito de probanzas indispensables para acreditar la tesis de la flagrancia que aplicó el funcionario instructor y acogieron tanto el juez *a quo* como el *ad quem*, precisando concluir que en este asunto no se observaron las formas propias del juicio que se debió adelantar, lo cual es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional..."

Cita las disposiciones sustanciales que estima violadas (arts. 349 y ss., 372 C. P., 246 y 247 C. de P. P.), y solicita a la Corte, en primer lugar, que case el fallo y dicte el de reemplazo "que en su ilustrado criterio considere pertinente"; en segundo lugar, que se decrete la

nulidad "hasta la etapa o acto procesal que la honorable Corte estima legal", y, por último, y "en subsidio", que se modifique la pena para imponer el mínimo del hurto simple que prevé el artículo 349 del Código Penal.

La delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, luego de advertir que los "tres cargos, involucran un elemento común: el equivocado proceso de análisis o valoración probatorio realizado por el juzgador", concluye en primer término que las pruebas indican la situación de flagrancia y, luego, al referirse a la apreciación de las pruebas tenidas en cuenta para condenar, que "el juzgador realizó una valoración acorde con los postulados de la sana crítica, prodigando en forma razonable mayor valor a la prueba de cargo y a *contrario sensu*, descartando por improcedente y carente de toda lógica la postura remisa de los inculpados en el proceso y sus aseveraciones en torno a los motivos que determinaron su presencia en el sitio de los acontecimientos".

Por último, en cuanto a las agravantes que se dedujeron para el delito de hurto, dice la delegada que el actor peca al no decir y probar si se trata de error de derecho o de hecho, limitándose a "que no se acreditan las circunstancias tenidas en cuenta en el fallo".

Pide, pues, que se desestime la demanda.

Se considera:

Si, como bien lo anota la delegada, no hay duda de que toda la demanda de casación se fundamenta en que el censor estima que el sentenciador valoró equivocadamente la prueba, igualmente claro resulta que dicho libelo no puede ser objeto de un examen a fondo.

En efecto, el testimonio y las demás pruebas "deberán ser apreciadas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica", según el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, lo cual significa que, al no existir tarifa legal para la apreciación y valoración de los diversos elementos de convicción, estos no pueden ser objeto de ataque por error de derecho en tal aspecto: si, en cambio, la apreciación del juzgador deviene tan irracional y descabellada, al punto que se la pueda estimar como desconocedora y alteradora de la prueba, emerge con legitimidad la censura por error de hecho, con el fin de demostrar que el fallador ignoró la prueba, la supuso o la distorsionó grave y comprometedoramente.

Ello último no lo hizo aquí el demandante, sino que se limitó a esgrimir su propio y personal criterio del crédito probatorio, para enfrentarlo de tal modo al expuesto en el fallo de condena. Es que ni siquiera el casacionista cumplió con la obligación de demostrar (pero ni siquiera enunciar) en qué clase de error incurrió el Tribunal, exigencia ineludible en sede de casación, en donde, además, se debe establecer lo "manifiesto" del yerro de hecho o de derecho.

Ello en cuanto a los dos "cargos" de violación indirecta y que se dirigen a cuestionar la responsabilidad de los procesados De La Rosa Montes y Ruis Andrade y/o a poner en entredicho las circunstancias agravantes que el fallador encontró concurrentes para el delito de hurto por el cual se les condenó.

Por lo que concierne a la nulidad, alegada en tercer término, también ella descansa en el desacuerdo del casacionista con la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal, censura esta de falso juicio de convicción no permitida, como se acaba de señalar. La nulidad la pretende fincar el actor en que no hay prueba (por lo menos no la plena prueba que se exige) del estado de flagrancia que se tuvo en cuenta para adelantar el proceso por la vía abreviada prevista en los artículos 474 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, motivo por el cual debe admitirse un atentado al debido proceso.

Queda entonces claro por qué dicho ataque de nulidad carece de sustentación propia, y se nutre, "por remisión", de la crítica probatoria base del primer cargo: "como creo haberlo demostrado en el análisis que del escaso acopio probatorio hago en el capítulo correspondiente a la primera causal de casación que aduzco", son las palabras del actor en este cargo de nulidad. Todo con miras a probar ya que los procesados no fueron capturados en flagrancia y, por tanto se les debe absolver, ora para sostener que se les debió seguir el procedimiento ordinario, y no el abreviado.

En fin, como los "tres" cargos (en realidad se enfrenta uno solo), tienen expreso e inequívoco cimiento en una supuesta errada valoración de la prueba, resulta apenas obvio que la demanda no puede ser examinada en su juridicidad sustancial, ni merecer, en consecuencia, respuesta alguna de fondo, yerro en que cayó la delegada al replicar uno por uno los remedos de cargo a los cuales se ha hecho referencia en su mera formalidad.

Sin perjuicio de la falencia anotada, no sobra acotar la contradicción en que incurre el demandante cuando en el primer cargo admitió expresamente como probada la violencia ejercida sobre la puerta de la residencia de la víctima, y en el segundo cargo discute la misma para tornar presentable el aserto de que el hurto es simple (art. 349, C. P.) y no calificado (art. 350).

Tampoco hizo el censor referencia alguna a las afirmaciones de los testigos en el sentido de que los procesados, al ser aprehendidos, admitieron su participación en el hurto y que se les encontró parte del objeto material del mismo (la pareja de bolígrafos), ni a que en sus injuradas ambos aceptaron "haberse acercado" a la mencionada puerta. De donde es fácil colegir con más acento el análisis parcial y acomodado que el actor hace del haz probatorio.

En el orden de ideas expuesto, debe concluirse que la demanda es ineficaz y debe en consecuencia rechazarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, 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.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ESTAFA. FRAUDE PROCESAL. CONCURSO

Resulta jurídicamente viable la concurrencia entre los delitos de Fraude Procesal y Estafa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 48.

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 20 de abril de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a *Alberto Varón Pérez* y *Esther Nubia Castro de Peña* a la pena de veintiún (21) meses de prisión, como autores de los delitos de fraude procesal y estafa.

Antecedentes:

Jaime Oviedo García prestó un dinero a Juan Climaco Peña y como éste se viera en incapacidad de pagarlo, liquidaron el crédito en $ 1.062.000.00, para lo cual el deudor Juan Clímaco giró una letra de cambio como garantía de la obligación. Posteriormente y antes de que se venciera el plazo de pago, el mencionado deudor y su esposa Esther Nubia Castro de Peña, mediante contratos simulados transfirieron sus bienes a Marco Aurelio Galindo, quien luego procedió a transferirlos a Esther Nubia. Así, al vencerse la letra y no realizarse el pago, mediante apoderado el señor Oviedo García promovió proceso ejecutivo, con el resultado de que no se encontraron, obviamente, bienes en cabeza del demandado Juan Clímaco.

Oviedo García dio poder entonces para obtener declaratoria de simulación de los referidos contratos, pero, asesorada por el abogado Alberto Varón Pérez, la señora Esther Nubia Castro de Peña, abrió una cuenta corriente en el Espinal (Tolima) y giró un cheque por $ 5.800.000.00 a favor de Alicia Montealegre Olaya, el cual fue impagado por insuficiencia de fondos, procediendo entonces Alicia Montealegre a endosarlo al abogado Varón Pérez, quien a su vez, en el mes de mayo de 1985, entabló en el Juzgado Civil del Circuito del Espinal proceso ejecutivo contra Esther Nubia, con el fin de crear un nuevo título y oponerlo con preferencia al proceso de simulación.

Así, el juzgado en mención admitió la demanda, dictó mandamiento de pago, a solicitud del abogado Varón Pérez embargó y se-

cuestró bienes, y cuando no restaba sino practicar la diligencia de remate, Jaime Oviedo García y su apoderado enteraron formalmente al juez del fraude de que estaba siendo víctima mediante esa "ejecución ficticia", motivo por el cual se suspendió el proceso y de esta forma se evitó el menoscabo del patrimonio de Oviedo García.

Esos hechos fueron denunciados penalmente por el apoderado de Oviedo García. El Juzgado Segundo Penal del Circuito del Espinal abrió investigación y perfeccionada la misma la clausuró mediante auto de 20 de junio de 1987, que quedó en firme el 27 subsiguiente, procediendo a calificar el mérito sumarial por auto de 1º de agosto con sobreseimiento temporal para Alberto Varón Pérez, Esther Nubia Castro de Peña y Alicia Montealegre Olaya, decisión que, apelada por el apoderado de la parte civil, fue revocada por el Tribunal Superior de Ibagué (auto de 27 de noviembre de 1987, fls. 349 y ss. cuaderno núm. 1), en el sentido de procesar a los dos primeros por los delitos de fraude procesal y tentativa de estafa, y sobreseer definitivamente a Alicia Montealegre Olaya.

Tramitada la causa normalmente, se dictó sentencia de primer grado con fecha 29 de septiembre de 1988 en armonía con el auto de proceder, condenando a los enjuiciados a la pena principal de 21 meses de prisión y multa de un mil pesos, a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad, al pago de $ 500.000.00 como perjuicios materiales y de 100 gramos oro por concepto de los morales, concediéndose finalmente el subrogado de la condena de ejecución condicional (fls. 104 y ss. cuaderno núm. 2).

Los defensores apelaron tal fallo, y el Tribunal, mediante el suyo que fue recurrido en casación por Alberto Varón Pérez y su defensor, por la defensora de Esther Nubia Castro de Peña, lo confirmó señalando en 50 gramos oro el monto de los perjuicios morales.

El recurso se declaró admisible y ajustada a las prescripciones de ley la demanda presentada por el apoderado de Varón Pérez, declarándose desierto el recurso respecto de la procesada, por no haber presentado la demanda respectiva.

Conviene anotar, por último, que el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral procesó a Juan Clímaco Peña, Esther Nubia Castro de Peña y Marco Aurelio Galindo por el delito de alzamiento de bienes.

La demanda, la delegada, la parte civil y consideraciones de la Corte:

1. Un solo cargo dirige el demandante a la sentencia, consistente en violación directa de la ley, de conformidad con el cuerpo primero del numeral primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que "no existe concurso de delitos", sino solamente el punible de fraude procesal,

Argumenta el actor que del procesado Varón Pérez es dable predicar "unidad de acción", la cual impide sustentar el "concurso ideal"

de fraude y estafa tentada por el cual se le enjuició y condenó, concurso que se basa en la "unidad de hecho", acotando que el "hecho" presupone la "acción" pero va más allá de esta, abarcando comportamientos y circunstancias "complementarias", y que no es dable tener como sinónimos los términos de acción y hecho; y que no es argumento para el concurso la violación de diversos bienes jurídicos, porque si así fuera "los delitos pluriofensivos siempre darían lugar a concurso ideal".

Agrega, pues, que en este caso se violó el principio *"non bis in ídem"*, y que "un mismo elemento subjetivo del tipo no puede desdoblarse para hacer producir el concurso".

Cita parte del proveído de esta Sala de 12 de noviembre de 1986 (en el cual se admitió el concurso entre fraude procesal y tentativa de estafa), para señalar que esa doctrina se aplicó erróneamente a este caso, en donde al haberse engañado solamente al juez (y no al perjudicado Jaime Oviedo García) torna improcedente la imputación por la estafa.

Concluye entonces que al no haber existido estafa sino únicamente fraude procesal, el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 356, 22 y 26 del Código Penal, aserto que conduce a la casación del fallo impugnado, al cual se le debe sustituir por el de rigor según el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.

2. El señor Procurador Tercero Delegado en lo penal empieza por recordar que la Sala, en sentencia de 14 de febrero de 1984 y 12 de noviembre de 1986, ha reiterado el concurso entre los delitos de fraude procesal y de estafa, y añade que "ninguna de las anteriores hipótesis (absorción, concurso aparente, subsidiariedad, especialidad, delito complejo, consunción) se adecúa a las relaciones en que se encuentran, en la vida real o en sus correspondientes tipicidades, los ilícitos de fraude procesal y estafa, o el fraude respecto de la tentativa de estafa. No son ilícitos que estén, definitivamente, en esa misma línea de delito a que se refiere Puig Peña, ni naturalística, ni jurídicamente. Y entonces por eso hay que desechar el proceso de subsunción", y añade que hay que mirar es "la descripción típica de cada uno de los delitos", o sino en todos los eventos el "delito medio para la consecución del delito fin", habría que concluir —en la "unidad natural de acción"—, lo cual es evidentemente equivocado.

Replica, además, que no puede predicarse que el delito de fraude procesal es pluriofensivo, pues su descripción típica "no exige el perjuicio de otro", sí requerido en el tipo que contempla la estafa, y que tampoco hay "desdoblamiento del dolo", pues se trató de "fraude para estafar", "así como hay homicidios para hurtar", y aquí el dolo se dirigió a engañar al juez para, en últimas, perjudicar el patrimonio económico del señor Jaime Oviedo García, con provecho ilícito de los procesados. "Hubo, pues —dice el Procurador—, peligro concreto para el bien jurídico del patrimonio y daño real para el bien jurídico de la administración de justicia".

Por todo lo cual solicita no casar el fallo.

3. En su alegato el apoderado de la parte civil anota inicialmente que en el delito de estafa bien puede ser uno el engañado y otro el perjudicado, como lo admiten la doctrina y la jurisprudencia y se desprende de la misma estructura del artículo 356 del Código Penal, y que no puede hablarse en casos como el presente de "concurso aparente", como lo pretende el actor, ya que, como lo ha repetido esta Sala, esos dos comportamientos concurren y son claramente diferenciales tanto naturalística como juridicamente, aparte de que el artículo 26 del Código Penal ordena precisamente esa concurrencia cuando con una misma acción se violen varias disposiciones de la ley penal. "La cita jurisprudencial o doctrinal no es ley", dice el alegante, para contestar al demandante y reafirmar que en el remoto evento de que el Tribunal se haya apartado de determinadas posiciones doctrinarias, ello de suyo no puede conformar aplicación indebida de *la ley*, que, por el contrario, en este evento es el mencionado artículo 26.

Aclara, también, que el tipo penal de estafa carece de elemento subjetivo, y en el fraude procesal (que sí tiene tal elemento), la obtención del propósito es "extratípica" motivo por el cual nada impide que concurra con otros tipos penales.

En ese esencial orden de ideas, depreca de la Sala la no casación de la sentencia.

4. Pues bien: *esta Sala, en casación de 14 de febrero de 1984 consideró prolijamente por qué resulta jurídicamente viable la concurrencia entre los delitos de fraude procesal y estafa, concluyendo que "en estas condiciones y al amparo de la nueva codificación cuando por medio de un fraude se comete o se intenta cometer un delito de estafa, debe darse aplicación al artículo 26 del vigente Código Penal que prevé el concurso de hechos punibles" (magistrado ponente: Doctor Aldana Rozo).*

En oportunidad reciente (casación de noviembre 12 de 1986, magistrado ponente Doctor Carreño Luengas), la Sala reprodujo buena parte de la referida jurisprudencia, e indicó: "Es indudable que el fraude procesal puede estar íntimamente vinculado al delito de estafa, en cualquiera de sus modalidades de consumado o tentado y hallarse por ello el juzgador en presencia de un concurso ejectivo de tipos. Tal cosa puede ocurrir cuando mediante la maniobra fraudulenta se induce en error a un funcionario judicial para que produzca una decisión contraria a la ley, encaminada a obtener un beneficio ilícito; y en este supuesto es indiferente para los efectos del concurso, que el agente logre o no el resultado económico o que la estafa quede en el terreno de la tentativa", y concluyó:

"Bien puede presentarse en consecuencia, el concurso ejectivo ideal y heterogéneo del delito de fraude procesal y estafa en grado de tentativa, cuando el agente, pretendiendo la obtención de un provecho económico ilícito, induce en error a un funcionario judicial (fraude procesal) y obtiene una providencia que facilite la realización de su designio, sin que pueda obtener este segundo resultado por causas ajenas a su voluntad".

Téngase bien en cuenta que el casacionista, luego de reproducir el párrafo inmediatamente anterior, se limita a glosar: "Creemos que existe un error de adecuación de la doctrina al caso"; lo que significa que acepta el criterio allí plasmado por la Corte, y la censura la dirige es al fallador por haber admitido la estafa no obstante el destinatario del perjuicio económico (Jaime Oviedo García), no fue en momento alguno inducido en error.

"Para que exista el delito imperfecto contra el patrimonio —sustenta el demandante—, es decir, para que exista la tentativa de estafa, es necesario que el sujeto activo o los sujetos activos hayan inducido en error o mejor, hayan realizado actos idóneos e inequívocos de *inducción en error a sujetos pasivos titulares del bien jurídico correspondiente, es decir, del patrimonio.*

"Pero en el caso de autos, ninguna relación de inducción alcanzó a realizarse en relación con el señor Jaime Oviedo García" (fl. 26).

La exigencia del actor, que se acaba de subrayar —*y en la que finalmente estriba el fundamento de la impugnación extraordinaria*—, *resulta enteramente ajena al delito de estafa. En otros términos: no es cierto que en el mencionado delito el engaño y el perjuicio deban recaer sobre un mismo sujeto: la redacción del artículo 356 excluye semejante interpretación, pues allí lo que se requiere es que se induzca en error a determinada persona, obteniendo provecho ilícito en perjuicio "ajeno" es decir en perjuicio de cualquier persona, que bien puede ser o no la engañada.*

Ello bastaría para, sin más, rechazar el cargo de violación directa propuesto con soporte cardinal en la consideración que se acaba de rebatir, mas conviene recalcar que el artículo 26 del Código Penal preceptúa:

> *"El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto" (se subraya).*

Y es precisamente el casacionista quien reitera que el doctor Varón Pérez, su representado, llevó a cabo una sola acción dirigida a engañar al juez civil, de donde no se entiende por qué discute la evidencia del concurso. Es más: el actor trae como ejemplo de "dos delitos" cometidos mediante "un solo hecho" (olvida que para los efectos en examen "acción" y "hecho" son sinónimos), la violación carnal seguida de lesiones personales, y acota que en tal caso sí hay concurso porque el "resultado lesiones o es elemento esencial de la violación", a lo cual es dable responderle que (como lo sostiene la delegada y el apoderado de la parte civil) el perjuicio económico tampoco es "elemento esencial" (o sea integrante de la estructura típica) del delito contra la administración de justicia denominado fraude procesal, consideraciones estas que también sirven para rebatir la tesis de la "pluriofensividad" que apenas sugiere el censor, con el mismo objetivo de desbaratar el concurso.

Para expresarlo gráficamente aquí puede decirse que los procesados lanzaron hacia el juez el engaño y lo indujeron en error, inducción que —aquí sí— "se desdobló" para afectar primera e inmediatamente la administración de justicia (el juez dictó mandamiento de pago y produjo otras decisiones), y luego, mediata y finalmente, el patrimonio económico del señor Jaime Oviedo García, pues al poner en ejecución la estafa, puso en peligro dicho bien jurídico.

Como, en resumen, el concurso entre fraude procesal y el conato de estafa estuvo correctamente deducido por el fallador, fuerza es concluir que no hubo violación de la ley sustancial y que, por tanto, el cargo en tal sentido 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.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

A excepción de la "interpretación errónea" los otros dos sentidos de la violación (aplicación indebida y falta de aplicación) son comunes a las violaciones directa e indirecta

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 48.

Conoce la Sala el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de mayo de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a *Jairo Pineda Alvarez* a 46 meses de prisión por el delito de hurto.

Antecedentes

En la noche de 25 de diciembre de 1987 Jairo Pineda Alvarez y otro sujeto entraron violentamente a la residencia del abogado Carlos Enrique Calderón Bejarano (calle 52-A Nº 73-42 de Bogotá) y se apoderaron de varios elementos de su propiedad, tales como una caja fuerte, joyas, dinero en efectivo, un maletín. La policía alcanzó a llegar y dio captura al susodicho hurtador, encontrándosele en su poder la caja fuerte y un revólver que también tenía la víctima en su residencia. Allí mismo Jairo Pineda manifestó (luego dijo que por las torturas recibidas de la policía) que su compañero de delincuencia y que había logrado huir, era su hermano Norberto, que, en consecuencia, fue aprehendido esa misma noche, sin que se le hallara en su poder ninguno de los objetos materia del hurto.

El caso fue asumido por el Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de Bogotá, que definió la situación jurídica para ambos sindicados con auto de detención y posteriormente calificó el mérito sumarial con resolución de acusación para los mismos por el delito de hurto calificado y agravado (fls. 183 y ss.), por el cual fue finalmente absuelto Norberto y condenado Jairo Pineda Alvarez a la pena principal de 40 meses de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas, al pago de $ 1.460.523.00 como daños causados con el delito, y se le negó la condena de ejecución condicional; todo ello según sentencia de 9 de marzo de 1989 proferida por el Juzgado Treinta y Seis Penal del Circuito de Bogotá y que, apelada por el defensor, fue

confirmada por el Tribunal mediante la suya que recurre en casación el procesado, con la modificación en cuanto a la pena, que incrementó en 6 meses (fls. 24 y ss. del cuaderno núm. 4).

La demanda

Se invoca como causal de casación la "violación de la ley sustancial" según el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 (modificatorio del 226 del C. de P. P.), "por provenir la violación de la ley sustancial de error grave en la apreciación de uno de los medios de prueba allegados al proceso", y agrega el actor:

"En el caso que nos ocupa, por habérsele dado un alcance probatorio que no podía tener, al dictamen pericial de avalúo de los daños y perjuicios ocasionados con el delito, factor este que incidió de manera directa en la tasación de la pena impuesta.

"Y además por habérsele dado plena credibilidad y validez a lo afirmado sobre el aspecto de la cuantía por parte del denunciante, sin que se hubiera aportado prueba válida sobre la propiedad y preexistencia de los objetos materiales supuestamente perdidos para su patrimonio el día de los hechos".

En seguida dice el actor que se violó el artículo 247 del Código de Procedimiento sobre la "plena certeza" para condenar, y señala que los peritos avaluadores emitieron un dictamen "*a priori*", de manera "simbólica", y que "no llegó a existir certeza sobre la apropiación ilícita que se le imputó a la persona que represento, ciudadano sin ningún tipo de antecedentes y a quien no le fueron encontrados los elementos que dijo el denunciante haber perdido, a pesar de haber sido capturado en flagrancia".

Concluye solicitando a la Corte que "revoque" el fallo para "reformar la dosimetría de la pena" y, en consecuencia, otorgar a su mandante la condena de ejecución condicional.

La delegada

El señor Procurador Tercero Delegado en lo penal dice en primer término que la reforma introducida para la casación por el Decreto 1861 de 1989 "evidentemente torna menos exigente la impugnación en cuanto hace a la causal primera, pero en la modalidad de violación directa de la ley sustancial, en cuanto suprimió el legislador la necesidad de que el casacionista se refiera en la enunciación del cargo a uno de los tres sentidos de la violación", pero que, en cambio, la violación indirecta "no sufre trascendentales variaciones en su presentación y forma de alegarse", pues el actor sigue obligado a demostrar si el error es de hecho o de derecho y su carácter de "manifiesto", exigencias con las cuales no cumple en este caso el demandante y que le impiden a la delegada examinar de fondo el libelo, "ya que de aceptarse la viabilidad de la demanda en las consecuencias anotadas, debe empezar a sostenerse el desaparecimiento del recurso de casación como motivo de impugnación *extraordinaria*, para ser consi-

derado simplemente como recurso de carácter ordinario, no sujeto consecuentemente en su alegación a ningún requisito predeterminado en la ley", por todo lo cual pide desestimar la demanda.

Se considera:

A excepción de la "interpretación errónea" (que se refiere a un yerro del juzgador sobre la ley, sobre la norma en sí), los otros dos sentidos de la violación (aplicación indebida y falta de aplicación —la ley denominaba a esta última "infracción directa") son comunes a las violaciones directa e indirecta: a nadie escapa que justamente por los errores de hecho o de derecho se deja de aplicar la ley sustancial o se la aplica indebidamente. De ahí que no sea válida del todo la glosa de la delegada en el sentido de que la supresión que el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 hizo de los sentidos de la violación incida en la violación directa mas no en la indirecta.

Lo que ocurre es que con esa reforma el actor no está obligado a mencionar, en sus términos "sacramentales y literales", el sentido de violación pertinente; pero ello no quiere significar que no esté el casacionista obligado a demostrar si fue que la ley se dejó de aplicar, o se aplicó o interpretó mal. Y como en la violación indirecta se trata de errores sobre las pruebas, se ve el impugnante igualmente abocado a demostrar si la falta de aplicación, o la aplicación indebida obedeció a que la prueba fue tenida en cuenta sin ser válida (error de derecho), o a que se la ignoró, se la supuso, o se la tergiversó (error de hecho); así se desprende del cuerpo segunda del artículo 15 precitado:

> *"Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente. Si el error fuere de hecho, este debe aparecer, además, manifiesto en los autos; cuando sea por violación de normas probatorias, deberá indicarse estas y explicarse en qué consiste aquella".*

Si, pues, el demandante no presenta una argumentación que conduzca a uno de dichos objetivos (o a varios si los tópicos atacados lo permiten sin que se incurra en incompatibilidad), la alegación se torna propia de las instancias, y no de la casación, recurso que se caracteriza precisamente por su logicidad, rigurosidad y plenitud, queriéndose significar con este último término que el ataque jurídico debe ser completo, ya que la Corte en casación no puede obrar oficiosamente, para mejorar la impugnación o suplir falencias del censor.

Al examinar las exigencias de esta impugnación extraordinaria frente a las modificaciones del mencionado Decreto 1861 dijo esta Sala en sentencia de 4 de mayo del año en curso:

"...si bien la regulación consagrada en el decreto de reforma a la legislación procesal no menciona los sentidos de la violación a la ley sustancial, ello no autoriza a considerar que el impugnante esté relevado de indicarle a la Corte cuál es el que alega y al hacerlo observar el principio lógico de no contradicción. En primer lugar, por cuanto el requisito formal de señalar de manera clara y precisa los

fundamentos de la causal aducida para solicitar la infirmación del fallo y la determinación de las normas sustanciales infringidas, a que hace referencia el numeral 3º del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, no modificado por el decreto antes citado, así lo impone. Pero, fundamentalmente, porque desde el punto de vista de la esencia misma de lo que debe entenderse por violación a la ley sustancial, ella puede tener muy variado contenido y alcance. Luego, si el casacionista no lo precisa, o lo hace sin la observancia debida a la lógica que orienta y gobierna el recurso, la Corte no tendría posibilidad, sin desnaturalizarlo, de constatar si la infracción se produjo y cuáles son sus alcances y efectos. Ello lleva a concluir, entonces, que aunque la nueva regulación a las causales de casación, no alude de manera expresa al sentido de la violación a la ley sustancial, ella no exonera de tener que precisarla en la demanda dentro del orden lógico tradicionalmente establecido. Desde luego, ello no entraña que deban ser empleadas específicas y convencionales expresiones".

Si bien aquí el casacionista impugnó, por "simbólico", el avalúo de la cuantía del delito, e igualmente censuró el valor que a esa prueba y al dicho del denunciante le otorgó el fallador, no planteó ni demostró en qué consistían esos yerros ni cuál su naturaleza; ni tampoco cumplió con otra obligación ineludible cuando se acude a la violación indirecta: precisar el sentido y el alcance entre el error y la "decisión" o parte resolutiva, a fin de establecer si el error alegado fue o no determinante, es decir que sin su existencia la conclusión del fallador habría sido opuesta, o por lo menos diferente. Harto ha dicho la jurisprudencia que sin ese nexo de causalidad el ataque por la vía indirecta está siempre llamado al fracaso.

Esas las breves pero bastantes razones para no penetrar al estudio jurídico o de contenido de la demanda, y, por ende, para no casar el fallo.

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.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez. Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Coriés Garnica, Secretario.

DEFENSOR. DERECHO DE DEFENSA

La ausencia de una defensa técnica sólo puede llegar a reconocerse cuando pueda demostrarse que ella fue la causa de una decisión contraria a los intereses del procesado

Corte Suprema de Justicia. · Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 048 de 17 de julio de 1990.

Vistos:

Por providencia del seis de marzo de mil novecientos ochenta y nueve, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó con modificaciones la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Diecisiete Superior de Bogotá contra *Luis Alfonso Cárdenas* procesado por los delitos de homicidio y hurto, cometidos en perjuicio de Gilberto Castillo Alvarado.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación fue concedido, y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda se declaró ajustada y se escuchó el concepto del Procurador Delegado, quien solicitó no se case la sentencia recurrida.

La Corte procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Gilberto Castillo Alvarado falleció en las horas de la noche del cuatro de octubre de mil novecientos ochenta y siete en el Municipio de La Palma, como consecuencia de las heridas que le fueron ocasionadas con arma cortocontundente (peinilla), hecho por el cual fue procesado Luis Alfonso Cárdenas, a quien también se imputó el delito de hurto del sombrero de la víctima.

Actuación procesal:

Por auto de cinco de octubre de mil novecientos ochenta y siete el Juez Ciento Quince de Instrucción Criminal de La Palma dictó auto cabeza de proceso.

Fueron indagados Luis Alfonso Cárdenas y Luis Hernando Triana Miranda a quienes se dictó auto de detención el nueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete; también fue vinculado a la investigación Vicente Angulo Fajardo a quien se le dejó en libertad con presentaciones el veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y siete, pues por auto del día anterior no se había decretado su detención.

Por providencia del dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y siete el Juzgado Ciento Quince de Instrucción Criminal dictó resolución de acusación contra Triana y Cárdenas por los delitos de homicidio y hurto, y cesación de procedimiento en favor de Angulo.

La resolución de acusación fue apelada y el Tribunal por auto del quince de marzo de mil novecientos ochenta y ocho la revocó en relación con Luis Hernando Triana Miranda y se ordenó reabrir la investigación. Se confirmó en relación con el otro procesado.

El cinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho el Juzgado Diecisiete Superior de Bogotá dictó el auto de control de legalidad.

Realizada la audiencia pública el diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve, el jurado por mayoría respondió afirmativamente a la responsabilidad del procesado en relación con ambos delitos.

Por sentencia de veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y nueve se condenó a Luis Alfonso Cárdenas a la pena principal de diez años, seis meses de prisión como responsable de los delitos por los que había sido llamado a juicio.

Por providencia de seis de marzo de mil novecientos ochenta y nueve se modificó la pena aumentándola a once años y seis meses de prisión.

Los argumentos de la demanda:

El impugnante sostiene haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa.

En la demostración del cargo sostiene la ausencia de defensa material, por habérsele negado la ampliación de indagatoria solicitada por el propio procesado, cuando al otro sindicado sí se le concedió este derecho.

Sostiene que de la misma manera no se le concedió la oportunidad para reconocer el arma homicida, derecho que sí se otorgó al otro procesado. Igualmente, afirma haberse negado escuchar los testimonios de Bárbara Gómez y Emiliano Moreno que habían sido citados como testigos por el procesado y que si no se les pudo localizar fue precisamente porque no se le dejó ampliar su indagatoria.

Afirma igualmente la ausencia de defensa técnica, pues no contó con un abogado que lo asistiera desde el principio del proceso, pues inicialmente se le nombró de oficio a un ciudadano para que lo asesorara en la indagatoria, pero que durante todo el periodo de la investigación careció de un defensor.

Las razones del Procurador Delegado en lo penal:

El Colaborador Fiscal en relación con la ausencia de defensa material sostiene que las afirmaciones del recurrente no corresponden a la realidad, porque en el expediente figura una solicitud del procesado de una audiencia de carácter personal que fue atendida al día siguiente de haber sido formulada.

Pero que posteriormente el proceso requirió una segunda audiencia personal que le fue negada "teniendo en cuenta que la audiencia personal que anteriormente solicitó fue atendida y sólo refería calamidades familiares.

Que en tales condiciones si no le concedió una nueva ampliación de indagatoria fue porque nunca la solicitó.

Sostiene el Ministerio Público que no sucedió lo mismo con Triana quien si expresamente solicitó la ampliación y afirma no entender de qué manera se le negó al procesado la posibilidad de conocer los nuevos cargos formulados en su contra por Triana y que la guarda de la peinilla homicida y su extravío no constituyeron pruebas fundamentales que sirvieran de base a la resolución de acusación y que aquí lo que se advierte es una crítica probatoria que pretende obviar sobre el presupuesto de la nulidad, sabedor de no poder formular este tipo de críticas en juicio donde interviene el jurado y que de la misma categoría son las críticas en relación al no reconocimiento de la peinilla y la no recepción de ciertos testimonios; y sobre este último punto dice que al igual que el *a quo* no encuentra indicio que señale que tales personas hubieran sido testigos o partícipes de los hechos investigados. Que tampoco en el período probatorio de la causa Cárdenas fundamentó la importancia capital de tales declaraciones y que no se disculpa con la excusa dada en la impugnación de que ello no fue posible por no haberse ampliado la indagatoria, porque ello hubiera sido posible de subsanar en el mismo memorial en que solicitó las pruebas.

En relación con la ausencia de defensa técnica afirmó:

> "...tampoco es consistente el censor en la demostración del cargo, pues apenas trae en ayuda de su impugnación el nombramiento que se le hiciera de apoderado 'un día antes del cierre de investigación... como para llenar el requisito'. Luego advierte que en la etapa del juicio el defensor nombrado brilló por su ausencia 'pues ninguna prueba eficiente de las tantas que existían para esgrimir a su favor fueron exigidas' y comenta lo sucedido en la inspección judicial, en la que una 'actuación determinante' del apoderado hubiera podido rebatir la existencia de testigos, debido a la oscuridad reinante.
>
> "Como bien puede verse, la abstracción es la regla en la fundamentación del cargo. Olvida el recurrente que 'no basta en sede de casación alegar la falta de defensa sino que es necesario señalar qué hubiera podido hacerse y qué no se hizo, es decir, mostrar que una asesoría en este sentido

hubiera podido lograr la declaración de inocencia del acusado o una condenación más benigna' (C. S. J., nov. 27 de 1980).

"Sin embargo, nada de esto logra demostrar el censor pues no menciona cuáles eran las 'tantas' pruebas que existían en favor del sindicado, qué importancia revertían para haber cambiado la suerte de su poderdante, cómo su recepción dependía exclusivamente de la actividad diligente del apoderado, y cuya ausencia no fue suplida por el dinamismo instructor del juez de instancia.

"Apenas se refiere tangencialmente a la diligencia de inspección judicial, tratando de demostrar que una 'actuación determinante' del apoderado hubiera podido arrojar resultados favorables para su poderdante. No obstante, dicha diligencia fue prolija en su realización, prueba de ello es el álbum fotográfico que enfrenta las versiones de Cárdenas y Triana y muestra la ubicación de la casa desde donde presenció los hechos la menor Aydeybi Obando, a la par que se deja constancia que el día de autos 'no estaba en servicio el alumbrado público, lámpara ubicada en la casa de la señora Deissy López'. A más de ello se realizó el plano correspondiente.

"Y en cuanto a los apoderados, si bien es cierto que el primero de ellos fue nombrado en vísperas de cerrarse la investigación, tuvo oportunidad de presentar su alegato de conclusión. En lo que se refiere al nombrado para representarlo en la etapa del juicio, participó en la inspección judicial y en la audiencia pública. En esta última diligencia analizó las pruebas de cargo buscando restarles fuerza, destacando las que a su modo de ver eran fallas protuberantes de la investigación. Además, se refirió a las pruebas técnicas que permitían 'abrigar serias dudas acerca de lo que en rigor percibieron los testigos que se han tomado como de cargo', debido a la oscuridad reinante.

"Es que, como lo ha reiterado la Corte, la defensa denominada técnica no puede cuantificarse por el número de intervenciones o peticiones que haga el defensor en un determinado proceso; la dinámica defensiva encierra la complejidad metódica que, de conformidad con los fines prefijados, puedan conducir al específico fin trazado por el procurador judicial.

"Conforme las acciones positivas del defensor pueden ser las que tiendan a buscar el beneficio del procesado, la aparente positividad puede ser otro medio para lograr igual o mejor fin; el subjetivismo no puede ser el mejor derrotero para evaluar esta clase de defensa, muy difícilmente se encontrarán dos criterios iguales sobre el mecanismo defensivo aplicable a una situación dada; es el conjunto de la actividad defensora señalada, básicamente, por los resultados obtenidos de conformidad con la objetividad probatoria lo que permite, a la postre, sacar tal conclusión.

"Tan proteiforme como la conducta humana es la defensa, pues, al fin y al cabo, ella es el objeto de la intervención profesional; lo que sucede es que no puede asimilarse la buena defensa con la reprochable habilidad para imposibilitar al Estado de establecer la verdad.

"Pero además, en este caso, hiperbólico resultaría afirmar falta de defensa técnica, pues esta encuentra plena realización, como también lo ha sostenido desde antiguo la jurisprudencia, en el juicio, cuando ya existe un concreto pliego de cargos de los cuales es posible defenderse con mayor concreción; tal como sucedió en este proceso.

"En las diligencias en que imperaba la presencia de abogado así se hizo y lo que es más importante, clausurada la investigación el defensor de oficio tuvo oportunidad de alegar de conclusión, absteniéndose de hacerlo porque no lo consideró necesario, bien pudo pensar, como suele suceder en esta clase de investigaciones, esperar la celebración de la audiencia pública para debatir *in extenso* la prueba, conforme, en efecto, lo hizo, y si el veredicto no le fue favorable, esto no está significando, ineludible, que la defensa haya sido insuficiente.

"La defensa material y la profesional se cumplieron frente al procesado impugnante; por tanto, el cargo no está llamado a prosperar; que así lo declare la honorable Sala de Casación Penal, no casando el fallo recurrido, es la comedida petición de este Delegado".

Las consideraciones de la Sala:

Comparte la Sala el expresado criterio de su Colaborador Fiscal, porque si no se amplió la diligencia de indagatoria del procesado Cárdenas, fue porque nunca lo pidió de manera expresa, pues inicialmente solicitó una audiencia personal y el juzgado ordenó trasladar el despacho a la cárcel para escuchar las inquietudes del procesado y en una segunda ocasión en que formalizó la misma petición le fue negada "teniendo en cuenta que la audiencia personal que anteriormente solicitó fue atendida y sólo refería calamidades familiares".

No sucedió igual con el otro procesado quien también requirió una audiencia personal, pero al mismo tiempo ampliación de su indagatoria, que al haber sido solicitada expresamente le fue concedida.

El proceder del juez ha sido el correcto y no podría pretenderse que cada vez que el procesado le solicitara audiencias personales para comentarle sus cuitas y tragedias familiares el juez tuviera que descuidar la investigación para acceder a ello, como de la misma manera, si no es por iniciativa oficiosa, mal podría estar ordenando ampliaciones de indagatoria que no le han sido solicitadas.

En relación con la negativa a recepcionar el testimonio de Emiliano Moreno, debe recordarse que la primera solicitud que formuló en tal sentido, la hizo varios días después de haber sido cerrada la in-

vestigación y en tales condiciones era imposible que tal prueba pudiera ser practicada cuando ya la etapa investigativa había fenecido y la negativa del juez competente para recepcionar este testimonio y el de Bárbara Gómez en el período probatorio de la causa fue acertada pues no es solamente porque el peticionario no hubiera precisado qué pretendía probar con tales medios, sino que revisado el expediente se observa que las mencionadas personas no aparecen citadas por nadie y por tanto no existe constancia de ninguna naturaleza dentro del proceso que hubieran podido ser testigos de los hechos que han sido motivo de investigación o que tuvieran conocimiento de sucesos relacionados con los mismos y en tales circunstancias está perfectamente justificada la decisión del juez para negar la práctica de tales pruebas, porque el juez como supremo director del proceso, no está en la obligación de ordenar la realización de cuanto medio probatorio le sea solicitado, sino que por el contrario debe ser sumamente cuidadoso cuando ordena la práctica de alguna prueba para evitar que la investigación sea desviada de su curso o que puedan llegar al proceso medios de convicción aislados de la actuación, es decir, sin que exista una relación entre el proceso y ellas, llamadas en el argot de los estrados judiciales como "paracaidistas", dando a entender que llegan al plenario, de un momento a otro, sin que exista ninguna vinculación entre la práctica de la prueba y el origen de la misma dentro del proceso, esto es que no aparecen citadas, ni vínculo de ninguna naturaleza que las ubique causalmente con los hechos del proceso. El juez que así procediera, es evidente que lo haría de manera equivocada porque estaría dejando ingresar al proceso pruebas que posiblemente tienen la intención dañina de alejar al juez del conocimiento de la verdad.

Si dentro del proceso no existía ninguna relación que vinculara a estos pretendidos testigos con los hechos y sus circunstancias, era absolutamente necesario que el juez negara su práctica.

Es cierto que no se hizo un reconocimiento del arma homicida, pero debe destacarse que tal prueba no fue considerada dentro del auto de resolución de acusación y por tanto no puede tomarse como trascendente para la decisión que es motivo de impugnación, además que debe advertirse, como muy bien lo destaca el Fiscal de la Corporación que el impugnante en este caso trata de salirse de la causal alegada, para pretender una crítica de carácter probatorio que es bien sabido es imposible en juicio donde hubiese intervenido el jurado popular.

Tampoco no *asiste la razón al censor en cuanto a la pregonada ausencia de defensa técnica, porque además de que no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia en tal sentido, esto es, que no basta alegar la falta de defensa, sino que es menester señalar qué hubiera pódido hacerse y que por tal ausencia de defensor no se hizo, es decir demostrar que la falta de defensor fue trascendental en relación con la decisión que se impugna y que de haber existido, otro hubiese sido el resultado de la decisión.*

Afirma el recurrente que en la etapa del juicio el defensor brilló por su ausencia en la diligencia de inspección judicial, y si bien ello es cierto, ha de reconocerse que la misma fue realizada con el lleno de todas las garantías debidas a los procesados y es así como se dejó

constancia que el día de los hechos o mejor la noche de los mismos, no había servicio de luz, que se atendieron las diversas versiones y no solamente se realizó un plano técnicamente elaborado, sino que se tomaron fotografías de las diversas circunstancias relatadas por los partícipes.

Cuál es o cuál debe ser la actividad de un abogado en el ejercicio del derecho de la defensa de los intereses que le han sido confiados, es un interrogante que en ningún caso puede ser respondido de manera general o abstracta, y ni siquiera en un caso concreto puede responderse adecuadamente, porque lo cierto es que la estrategia defensiva es bien diferente en cada profesional del derecho o la que obliga en cada caso en concreto, de tal manera que en unos será necesario la petición de muchas pruebas o de la intervención en la práctica de ellas, o posiblemente la formalización de muchas peticiones en diversos sentidos y en la interposición de los más variados recursos ordinarios y extraordinarios, pero es posible que en otros la no petición de pruebas o la no interposición de recursos pueda ser la estrategia más adecuada; de tal manera que en tales circunstancias la inactividad de un abogado en un caso concreto no puede tildarse de ausencia de defensa técnica, porque es posible que esa inactividad sea la estrategia defensiva adecuada para sacar los mejores beneficios en favor de su cliente; la ausencia de tal defensa técnica sólo puede llegar a reconocerse cuando pueda demostrarse que ella fue la causa de una decisión contraria a los intereses del procesado y en tal caso no basta la afirmación genérica en tal sentido sino que es menester entrar a demostrar cómo esa inactividad incidió de manera trascendente en el fallo adverso y cómo una mayor actividad hubiera podido generar otro tipo de resultados más favorables.

Es cierto que al procesado sólo se le nombró apoderado poco antes de cerrarse la investigación, pero al mismo tiempo debe destacarse que tanto en la indagatoria, como en un careo practicado con un testigo, el procesado fue asistido de su correspondiente defensor. La no existencia de un apoderado permanente en pueblos como este donde sucedieron los hechos, de manera general pequeños y donde regularmente no existen abogados residentes dificulta el que se pueda garantizar la permanencia de un defensor, pero evidentemente que este problema que corresponde a la realidad social y económica del país no puede ser generador de nulidades procesales, sobre todo teniendo en cuenta que el abogado que le fue designado antes del cierre de la investigación presentó un alegato de conclusión en defensa de los intereses de su defendido oficiosamente.

En las condiciones anteriores tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación habrá de rechazarse el cargo formulado y por tanto no se casará el fallo impugnado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

NARCOTRAFICO. COMPETENCIA. LEY 2ª DE 1984

El Decreto 1233 de 1987 comenzó a regir el 1º de julio de 1987, simultáneamente con el Código de Procedimiento Penal, precisamente para evitar los traumatismos propios del tránsito de legislación, en cuanto a competencia de delitos relacionados con el narcotráfico

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 048 de 17 de julio de 1990.

Vistos:

Por sentencia de ocho de octubre de mil novecientos ochenta y ocho, emanada del Juzgado Primero Especializado de esta ciudad, se condenó a *Mercedes Ortiz de Rodríguez* y *Carolina Rodríguez Ortiz* a la pena de cuatro años de prisión como responsables de violación a la Ley 30 de 1986 y a *César Augusto Rodríguez Dussán* a la pena de dos años de prisión como cómplice de la misma infracción.

Revisada la anterior providencia en consulta, se confirmó con modificaciones en cuanto se aumentó la pena a Mercedes Ortiz de Rodríguez a ocho años de prisión, *quantum* similar que se impuso a Cesar Augusto Rodríguez Dussán considerado como autor y a Carolina Pilar Rodríguez Ortiz se le rebajó a dos años de prisión como cómplice.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda fue declarada admisible y se escuchó el concepto del Fiscal de la Corporación quien solicitó no se case el fallo impugnado.

La Corte procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

El 23 de junio de 1987 en el momento en que iba a abordar una nave de la empresa Eastern fue requisada Maritza V. Rodríguez a quien se le encontró cocaína en la vagina, la cual había ocultado simulando una toalla higiénica. Como consecuencia de ello se dio

captura a sus padres y a su hermana que ya habían subido al avión. A la señora Ortiz de Rodríguez, se le encontró en su bolso una sustancia que también resultó ser cocaína y en el espaldar del asiento dos bolsas más con la misma sustancia.

Actuación procesal:

Por auto cabeza de proceso del veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y siete se inició la investigación.

Fueron indagados Mercedes Ortiz de Rodríguez, Carolina Rodríguez Ortiz y César Augusto Rodríguez, a quienes se les dictó auto de detención el primero de julio de mil novecientos ochenta y siete, concediéndosele la libertad con fianza a la menor Carolina Rodríguez Ortiz.

Por auto de tres de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, se citó a audiencia pública a los indagados.

Se dictó sentencia de primera instancia el ocho de octubre de mil novecientos ochenta y ocho y de segunda el diecinueve de diciembre del mismo año.

Las alegaciones del recurrente:

El censor esgrimió como causal única, el haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por haberse realizado el juicio por funcionario judicial que no tenía la competencia.

En desarrollo y demostración del cargo enfatiza que los hechos tuvieron ocurrencia el veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y siete y que siete días después se expidió el Decreto 1303 de 1987 (junio 30) que asignaba la competencia a los jueces especializados para conocer de los delitos contemplados en la Ley 30 de 1986 y estipulando que el procedimiento a seguir en este tipo de casos sería el consagrado en la Ley 2ª de 1984. Sostiene que antes del mencionado decreto estaba rigiendo el 468 de 1987 (marzo 11) que señalaba como competentes a los jueces especializados, pero que debe recordarse que paralelamente había comenzado a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) que contemplaba dos procedimientos, uno ordinario y otro abreviado.

Que el proceso es nulo por haber sido conocido por quien no era competente y por haberse adelantado por un procedimiento que es desfavorable.

El concepto del agente del Ministerio Público:

El Colaborador Fiscal solicitó se rechazaran las pretensiones del censor, apuntalando su argumentación en el contenido del artículo 5º del Código de Procedimiento Penal que estipula que las normas sobre jurisdicción y competencia y las relacionadas con la ritualidad del proceso comenzarán a aplicarse desde su vigencia para concluir que:

"La motivación del Decreto 1203 de 1987 alude justamente al conflicto de competencia que podía llegar a presentarse al entrar a regir el nuevo Código Procesal, respecto a la investigación y fallo de las infracciones a la Ley 30 de 1986, y por ello entró en plena vigencia el 1º de julio del año en cita, dio competencia a los jueces especializados a tal respecto, debiendo observarse el procedimiento especial previsto en la Ley 2ª de 1984, y advierte expresamente que suspende todas las normas legales que le sean contrarias, en ejercicio de la facultad Constitucional que tiene el Legislador Extraordinario (el Ejecutivo). Luego, las normas de competencia en cabeza del Penal del Circuito quedaron suspendidas, y sin que pueda alegarse favorabilidad alguna por mandato del transcrito artículo quinto.

"Así, pues, el Juez Especializado conservó la competencia, para el caso que nos ocupa, sin solución de continuidad. Luego, mal puede configurarse la causal de nulidad atinente a la incompetencia del juez, en sana hermenéutica jurídica".

Consideraciones de la Sala:

El once de marzo de mil novecientos ochenta y siete, el ejecutivo en virtud de las funciones que le otorga el artículo 121 de la Constitución Nacional dictó el Decreto 468 que en su artículo 21 dispuso que los delitos previstos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y sus conexos serían de competencia de los jueces especializados a que se refieren los Decretos 1806 de 1985 y 466 de 1987. El artículo 2º dispuso que lo aquí previsto sería sin perjuicio de la competencia estipulada en la Ley 2ª de 1984 y que estos procesos se tramitarían por el procedimiento especial previsto en la misma.

Los hechos motivos de investigación tuvieron ocurrencia el veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y siete, es decir cuando la competencia para el conocimiento de los delitos de narcotráfico estaba señalada en virtud del decreto citado con anterioridad en los juzgados especializados y mediante el procedimiento abreviado previsto en la Ley 2ª de 1984.

El treinta de junio de este mismo año, el Gobierno Nacional haciendo uso de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional dictó el Decreto 1203, en el que se ratifica que mientras dure el Estado de Sitio los funcionarios competentes para conocer delitos relacionados con el narcotráfico y conexos serán los jueces especializados y que tal competencia se ejercerá sin perjuicio de la señalada en la Ley 2ª de 1984, y que los delitos previstos en esta nueva norma se tramitarán y fallarán por el procedimiento especial señalado en el Capítulo I de la Ley 2ª de 1984.

Este decreto comenzó a regir el 1º de julio en virtud de lo expresamente previsto en el artículo 7º. El nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) entró a regir el 1º de julio de 1987 en virtud de lo estipulado en el artículo 680.

De la reseña legislativa que se ha hecho con anterioridad y que contempla la norma procesal que regía en el momento de la comisión de los hechos que motivaron el juzgamiento y las que sucedieron a la misma, no puede llegar a pregonarse la existencia de un tránsito de legislación, en cuanto a que hayan cambiado algunas instituciones procesales y respecto de ellas pueda llegar a predicarse la favorabilidad, porque la verdad es que cuando los hechos que motivan el juzgamiento tuvieron ocurrencia, los funcionarios competentes para conocer de los delitos previstos en los artículos 32 a 35 de la Ley 30, eran los jueces especializados que debían tramitar dichos procesos por el procedimiento especial previsto en la Ley 2ª de 1984 y la verdad es que siete días después de haber sido capturados los procesados entró en vigencia el Decreto 1203, conjuntamente con el Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987) y si aparentemente no tendría justificación que en la misma fecha entren a regir dos leyes que tienen normas de competencia diversa y procedimientos igualmente diferentes para el juzgamiento de los delitos, debe advertirse que precisamente el Decreto 1203 fue dictado para evitar que se presentara un tránsito de legislación y con ello los traumatismos que en el juzgamiento suelen acarrear este tipo de cambios, porque es lógico que el Código preveía unas disposiciones de competencia y procedimientos para tiempos de normalidad, pero fue el querer del legislador que su entrada en vigor no afectase las normas de competencia y los procedimientos especiales creados para la situación de emergencia que se genera con la perturbación del orden público y la declaratoria de Estado de Sitio y entonces se previó de manera clara y precisa, que a pesar de entrar en vigor el Código Procesal, las normas de competencia y el procedimiento especial de la Ley 2ª debía de seguir en vigencia como norma de Estado de Sitio, y no las contempladas para tiempos de normalidad en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

En las condiciones anteriores y tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación, no hay lugar a que se decrete la nulidad solicitada, puesto que no se han desconocido las disposiciones sobre competencia que rigen el juzgamiento de este tipo de procesos. Como consecuencia de tales razonamientos no se casará el fallo impugnado.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

RESOLUCION ACUSATORIA. NULIDAD

En la actual ritualidad penal cambiaron las características de la Resolución de Acusación, como que permite la variación de la calificación provisional del delito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 048 de 17 de julio de 1990.

Vistos:

Por sentencia del veintisiete de octubre de mil novecientos ochenta y ocho el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yarumal condenó a *Jairo Dávila Gallego, Jairo Cochero Jaraba* y *Andrés Salgado Nieves* a la pena principal de treinta y siete meses de prisión como coautores responsables del delito de hurto calificado y agravado, y absolvió a *Oscar de Jesús Rojas Mejía*, quien había sido vinculado al proceso.

Apelado el fallo correspondió desatar la instancia al Tribunal Superior de Medellín, Corporación que en decisión del quince de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho confirmó la sentencia con algunas modificaciones, entre ellas la de aumentar la pena a Jairo Dávila Gallego y Andrés Salgado Nieves a cuarenta y dos meses de prisión, y disminuir la sanción a Jairo Cochero Jaraba a veintiún meses.

Interpuesto el recurso extraordinario de casación por los procesados Dávila y Salgado, se remitió la actuación a la Corte que lo declaró admisible mediante auto de once de abril de mil novecientos ochenta y nueve. Solamente se presentó demanda de casación a nombre de Jairo Dávila Gallego la cual se declaró ajustada a las exigencias legales, a la par que se declaró desierto el recurso del otro impugnante.

Corresponde ahora a la Sala de Casación Penal resolver lo que fuere pertinente en torno al libelo presentado.

Hechos:

El día seis de enero de mil novecientos ochenta y ocho el señor Oscar de Jesús Vera Orozco viajaba por la carretera troncal del norte, en porción correspondiente al departamento de Antioquia, conducien-

do el camión de placas AE-1998 en el cual llevaba un cargamento de licor y otros objetos de propiedad de la Fábrica de Licores de Antioquia, con destino a la ciudad de Montería.

Al pasar por el Municipio de Valdivia (Antioquia), fue interceptado por varios hombres (entre seis y diez) quienes atravesaron en la vía un camión bloqueando el paso. El señor Vera Orozco fue reducido a la impotencia lo mismo que su sobrino quien lo acompañaba, y conducido fuera de la carretera en donde los tuvieron cautivos hasta que los asaltantes se apoderaron del camión y su contenido.

Más tarde, fue encontrado el automotor desvalijado en el Municipio de Caucasia, y luego se halló parte de la mercancía hurtada en la comprensión municipal de Tarazá.

Actuación procesal:

Practicadas algunas diligencias de indagación preliminar por el Juzgado Promiscuo Municipal de Valdivia, el asunto pasó al Juzgado Cincuenta y Nueve de Instrucción Criminal de Yarumal en donde se recibió indagatoria el día quince de enero de mil novecientos ochenta y ocho al señor Ricardo Javier Mesa Quintero quien luego fue dejado en libertad mediante auto de fecha dieciséis de los mismos mes y año.

También se recibió indagatoria a Oscar de Jesús Rojas Mejía, a quien se decretó detención preventiva el día veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Más tarde fueron vinculados a la investigación, mediante indagatoria, los sujetos Jairo Cochero Jaraba, Jairo Dávila Gallego y Andrés Salgado Nieves contra quienes se decretó detención preventiva en auto fechado el veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y ocho.

Impugnado el auto de detención por el señor Jairo Dávila Gallego, y surtido el recurso correspondiente, el Tribunal Superior de Medellín mantuvo vigente la medida en decisión calendada el once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

Con auto de ocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho se declaró cerrada la investigación cuyo mérito fue calificado el siete de abril siguiente con resolución de acusación por el delito de hurto calificado en contra de Jairo Dávila Gallego, Andrés Salgado Nieves, Jairo Cochero Jaraba y Oscar de Jesús Rojas Mejía, a la vez que se cesó procedimiento en relación con el indagado Ricardo Javier Mesa Quintero.

El auto de control de legalidad pertinente lo emitió el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yarumal el día veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

Celebrada la audiencia pública, se profirieron las sentencias de primero y segundo grado que ya quedaron reseñadas.

La demanda de casación:

Tres cargos formuló el casacionista contra la sentencia de segunda instancia. Los dos primeros al amparo de la causal tercera por considerar que el fallo se dictó en un juicio viciado de nulidad, y el tercero con base en el primer motivo de casación.

Una primera causal de anulación de lo actuado la centró el libelista en el hecho de que, según lo afirma, la resolución de acusación no cumplió con los requisitos formales y esenciales que exige la ley, deficiencia que tornó la providencia en ambigua y anfibológica por no haberse precisado los límites de la acusación, lo que impidió la adecuada defensa de los procesados.

Alegó el libelista que en el pliego de cargos el funcionario se limitó a repetir lo narrado por la prueba, sin entrar en análisis alguno, obviando la prohibición legal de transcribir los textos de las diligencias practicadas con la supresión de las comillas en los pasajes a que hizo referencia. Copió a continuación un párrafo de la resolución de acusación, el cual dijo es el único que se refiere a su patrocinado Dávila Gallego y en donde solamente se hace mención de un solo indicio que milita en su contra. Es aquí en donde considera vulnerada la estructura del procedimiento, ya que la ley pertinente exige para este tipo de decisiones una pluralidad de pruebas indirectas.

Señaló también como vicio de la resolución acusatoria el no haberse precisado en ella el grado de participación con el cual se citaba a juicio a Dávila Gallego, lo que impide la adecuada defensa del enjuiciado. A tal punto fue trascendente esta irregularidad, que en la sentencia de primera instancia el juez, tratando de corregir el error, afirmó que los procesados actuaron en calidad de coautores, esto es, que todos los procesados realizaron la conducta material constitutiva del delito, según el entendimiento que a aquella expresión da la doctrina dominante. Empero, en el fallo de segundo grado el Tribunal volvió a ocuparse del problema de la participación y calificó a Dávila Gallego como determinador del comportamiento punible.

Puso también de presente el censor que el auto de resolución de acusación mencionó que la infracción por la cual se citó a juicio a los implicados se encuentra tipificada en el Código Penal, Libro Segundo, Título Catorce, Capítulo Primero, artículo 350, agravado por las circunstancias contempladas en los numerales 6, 9 y 10 del artículo 351 y la del artículo 372 *ibidem*.

Esta formulación del cargo la reputa equivocada el libelista, pues considera que no se violó el tipo básico del artículo 349 del Código Penal, deduciendo que si no existe como concreción de la acusación el tipo básico, mal puede existir el calificado. Por otra parte, el juzgador no hizo mención a cuál de las cuatro circunstancias de calificación del artículo 350 se refiere la acusación. Esta indebida redacción de la providencia, vulnera el derecho de defensa y va en contra del principio del debido proceso.

Todas las fallas señaladas, opina el casacionista, hacen nula la actuación sin que se pueda invocar que algunas de ellas fueron corregidas en la sentencia, puesto que el derecho a la defensa debe prote-

gerse no solamente en esta fase procesal, sino que ha de ser garantía que se otorgue a los procesados a través del curso de la actuación.

La segunda causal de nulidad la predicó el demandante de haberse equivocado la resolución de acusación en el cargo formulado contra Dávila Gallego, puesto que los hechos investigados indicaban la comisión de un delito contra la Administración de justicia (receptación) y sin embarggo se le enjuició por un ilícito de hurto.

Para tratar de demostrar su aserto, el demandante enfatiza que a su defendido se le encausó por no haber dado explicación sobre el por qué apareció el aguardiente robado en una bodega rural de su propiedad, sin que milite en su contra prueba alguna de autoría o determinación de ninguna especie. Reseñó, con la transcripción correspondiente, que en la sentencia de primera instancia las consideraciones referentes a la responsabilidad penal de Dávila Gallego giran en torno al supuesto de que él sabía que en el inmueble de su propiedad se guardaba la mercancía que resultó ser producto de un ilícito. Discurrió además el censor:

> "La verdad es que no hay en la infoliatura prueba certera de que Jairo Dávila Gallego haya participado en alguna operación de apoderamiento de la mercancía despojada al transportador. Y el apoderamiento es el verbo rector del tipo de hurto y mientras no milite la prueba necesaria para decir que Dávila se apoderó de la mercancía; o participó en la conducta material de apoderamiento con otros; aconsejó, ordenó o contrató a otros tal apoderamiento, es imposible dar a esos hechos el valor de prueba de un hurto.
>
> "...
>
> "Pero en cuanto la conducta de Jairo Dávila Gallego, en lo que las providencias dan por probado, se tiene que lo realizado por él se circunscribe a ocultar y a asegurar el producto del delito principal, al facilitar su bodega para que allí se guardara la mercancía hurtada. Se dan las condiciones del delito accesorio en fraude, a la actividad de la justicia".

Al amparo de la causal primera, el libelista atacó la sentencia condenatoria proferida contra su patrocinado Jairo Dávila Gallego por ser violatoria de la ley sustancial de manera indirecta, al haberse ignorado algunas de las pruebas recogidas en el plenario, y haber dado una equivocada interpretación a otras.

En cuanto a la omisión de pruebas se refiere, dijo el casacionista que en las instancias se ignoraron los testimonios de Humberto Muñoz Quintero, Rafael Angel Barrientos, Félix A. Rodríguez, Jesús Arango García y Arnulfo Yepes, entre otros, pruebas estas que de haber sido consideradas por los juzgadores los hubiesen llevado a la convicción de que el sujeto Jaime González Noreña sí existía, no era una simple coartada de los vinculados a la investigación, y que este individuo era el propietario de la mercancía hurtada y a la vez arrendatario de Dávila Gallego, quien de esta forma resultaría exonerado de toda culpa.

Finalmente, sostuvo el defensor que el Tribunal apreció erróneamente la diligencia de reconocimiento que realizara el denunciante Vera Orozco, al ignorar paralelamente en este punto similar prueba practicada con John Fredy Gallego. De tales diligencias dice el demandante, se concluye que no tiene fuerza incriminatoria la aserción del denunciante en el sentido de que Salgado fue uno de los partícipes o autores materiales de la infracción (puesto que no lo reconoció John Fredy Gallego como uno de ellos), de donde es dable concluir que Dávila Galego (patrono de Salgado), no fue determinador de la conducta.

La opinión del Procurador Delegado:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal es de la opinión que no se case la sentencia recurrida.

Comienza el Colaborador Fiscal por analizar someramente la resolución de acusación producida en este asunto, para resaltar que ella, si bien no es ejemplo de pureza formal, sí reúne las exigencias mínimas requeridas por las disposiciones procesales para citar a juicio los procesados. Le negó a la providencia aludida la calidad de ambigua que en ella señalara el recurrente, afirmando que éste tiene razón en cuanto sostiene que no se especificó el artículo 349 del Código Penal como fundamento de la incriminación, pero ello no puede entenderse como base de una pretendida oscuridad en la formulación de los cargos, como quiera que se señaló inequívocamente que se procedía por un delito de hurto calificado y agravado, determinándose incluso las causales de la agravación correspondientes. El hurto calificado por el cual se profirió el pliego de cargos, no es más que una modalidad específica del tipo básico que lo lleva sobreentendido.

Sostuvo igualmente el Procurador Delegado que en torno a la responsabilidad penal de los procesados, si bien no se hizo un acápite especial para señalar con exactitud a qué título se llamaba a responder en juicio a cada uno de ellos, sí del texto integral de la providencia se deduce con meridiana claridad que todos los vinculados fueron considerados como coautores del delito investigado, en la medida en que en lo referente a Dávila Gallego, se consignó expresamente que este era considerado "autor del delito", lo que motivó incluso que su defensor solicitara la práctica de pruebas tendientes a desvirtuar tal autoría, con lo que queda despejada toda duda frente a la posibilidad de anfibología del pliego enjuiciatorio.

Estimó así mismo el Procurador Delegado que el tema de la nulidad con fundamento en la producción de la resolución de acusación con asidero en uno sólo indicio, no corresponde al ámbito de los motivos de invalidación del proceso, sino a discusión que se debe plantear al amparo de diversa causal de casación.

Frente al segundo de los ataques de nulidad, el Colaborador Fiscal puso de presente que este se torna incompatible con el primero, puesto que si bien este se refiere a una inadecuada formulación de cargos en cuanto existió error en el *nomen iuris*, debe concluirse que

ninguna dificultad de interpretación se presentó frente a la resolución de acusación que se dictara por el delito de hurto en contra del procesado Dávila Gallego.

Sostiene el Procurador Delegado que la mala explicación dada por el sentenciado recurrente sobre la presencia del aguardiente en un inmueble de su propiedad, es lo que ha servido a los juzgadores de instancia para atribuirle la responsabilidad a título de determinador, para lo cual reseñó algunos apartes de la sentencia y recalcó en el análisis que se hizo de ellos, el cual señala no la figura de la receptación sino una autoría atribuible a Dávila Gallego para cuyo establecimiento si bien se parte de la mala justificación, se tienen en cuenta otros medios de convicción y diversas valoraciones probatorias.

Para despejar cualquier asomo de duda frente a la correcta calificación del sumario, el delegado señaló otros criterios que deben ser tenidos en cuenta al respecto. Dijo así que Dávila Gallego no logró acreditar que estuvo laborando el día de los hechos en la mina de su propiedad desde la seis de la mañana hasta las ocho de la noche; que la verdad en torno al contrato de arrendamiento sobre el inmueble en donde fue encontrada la mercancía robada se presenta débil e inconsistente porque la prueba testimonial recogida a este efecto no logró ratificar lo dicho por el procesado o no fue suficientemente contundente y exenta de contradicciones como para que permita dar plena validez al hecho alegado; que de las pruebas recaudadas lejos de comprobarse el contrato de arrendamiento sobre la bodega donde se halló el aguardiente hurtado, se puede deducir que Dávila Gallego lo tenía como de su única y exclusiva propiedad y goce, puesto que no solamente un tercero tenía las llaves del local por comisión del citado procesado, sino que además no existe medio de convicción que tienda a identificar válidamente al presunto arrendatario; por lo demás, los policías que intervinieron en las primarias diligencias acreditaron con sus testimonios la realidad de la primera versión de los coprocesados Andrés Salgado y Jairo Cochero, quienes no dudaron en aquella oportunidad señalar a Dávila Gallego como el propietario de la bodega y quien detentaba dominio sobre la mercancía incautada.

Concluye así que las pruebas apuntan a demostrar la calidad de determinador de la conducta de hurto, y no simplemente a la autoría del ilícito de receptación por lo que, calificada correctamente la conducta, no debe prosperar la censura.

Respondiendo el cargo fundado en la causal primera, el Procurador Delegado estimó que se encuentra mal planteado en tanto que el demandante alegó error de hecho respecto de la diligencia de reconocimiento en fila de personas, cuando en verdad dicho medio fue tenido en cuenta por el fallador y de él derivó alguna conclusión en la sentencia, por lo que, de haberse cometido alguna irregularidad que de origen al recurso de casación, esta solamente podría debatirse en el ámbito del error de derecho, que no invocó el casacionista.

Respecto del error por omisión en la estimación de varias pruebas, señaló el Colaborador Fiscal que tampoco puede prosperar el cargo porque, como lo hizo al analizar uno a uno los medios de convicción que fundaron la censura, ellos no fueron desconocidos por los

falladores sino que sus contenidos resultaron informados por otras pruebas, y la circunstancia de que Jaime Antonio González Noreña fue considerado como persona inexistente para el proceso o en quien no podía radicarse la responsabilidad de la conducta investigada, fue deducida de un análisis global de las evidencias existentes y de la mayor credibilidad que se le dió a pruebas diferentes de las invocadas por el libelista.

Finalmente, estimó el delegado que aún cuando se hubiese presentado el error de hecho sobre las pruebas aducidas, este se tornaría irrelevante frente a la decisión condenatoria puesto que otros medios de convicción posibilitaban la sentencia condenatoria emitida.

Consideraciones de la Sala:

Causal tercera. Primer cargo:

Varios argumentos se presentaron en este punto por el demandante, siendo el primero de ellos el de la necesaria anulación del fallo porque en el pliego enjuiciatorio se desconocieron los requerimientos formales y sustanciales del auto de resolución de acusación, habiendo merecido especial mención el hecho de que en él el funcionario dictó tal providencia valiéndose de un solo indicio de responsabilidad que militaba contra Dávila Gallego, contrariando de esta forma las disposiciones legales del artículo 470 del Código de Procedimiento Penal, que exige por lo menos dos de aquellas pruebas indirectas.

Al respecto, el Procurador Delegado en lo penal se ocupó de resaltar cómo en el calificatorio se cumplieron las exigencias formales por haberse incluido allí un resumen de los hechos, la base probatoria que sirvió a las consideraciones del juez, la estimación que se hizo de aquellos medios de convicción, las conclusiones que afloraron de ellas así como la calificación jurídica que se le dio a los hechos investigados. Por lo demás, refiriéndose al enjuiciamiento hecho con base en un solo indicio, dijo:

> "...y se llama la atención cómo en uno de los apartes del desarrollo del reparo por nulidad el casacionista involucra un tema diferente, cual es el de la falta de prueba, por cuanto el calificatorio reconoce la existencia de un solo indicio, cuando el presupuesto procesal para la resolución acusatoria es la pluralidad de indicios graves (art. 470. C. de P. P.), lo cual podría ser motivo de censura en las instancias y más tarde en casación, por otra causal, salvo que se trate de juicio con jurado".

La anterior transcripción, con el fin de relievar la equivocación del Colaborador Fiscal, quien entiende los términos del ataque sobre la base de una violación indirecta de la ley por total desconocimiento de los medios probatorios, pese a que preciso fue el casacionista al enfocar la censura como la violación de los presupuestos procesales

necesarios para proferir auto de enjuiciamiento, vale decir, con base en la vulneración de las garantías que se desprenden del principio del debido proceso.

El demandante señaló como contrario a las regulaciones procesales el auto calificatorio, no la sentencia, y no predica de él que se haya incurrido en falso juicio de existencia sobre las pruebas, sino el incumplimiento de sus requisitos mínimos, esto es, la omisión de precisas disposiciones que atacan la validez de la resolución acusatoria y por tanto la estructura debida del proceso, con lo que se presentaría una causal de anulación de lo actuado.

Pero, de todas formas, tampoco le asiste razón al libelista cuando solicita la anulación del procedimiento por violación de los presupuestos de fondo de la resolución acusatoria. Es verdad que en esta no penetró el funcionario competente más que en el análisis de un indicio grave de responsabilidad en contra de Dávila Gallego, cual fue el de la mala justificación en el sentido de que el inmueble de su propiedad se encontraba arrendado para la época de los hechos a un señor Jaime, cuya identificación no se logró en el sumario y es bastante discutible su existencia pese a las diligencias practicadas en la etapa del juicio, en cuanto sujeto que tenga que ver con los hechos investigados. No obstante, no es esta la única prueba que a juicio del instructor obraba en contra del acusado en referencia. Bien claro fue en la pieza enjuiciatoria al señalar que "*En lo que hace relación a los implicados Dávila,* Cochero y Salgado Nieves *subsiste el indicio también de carácter grave tenido en cuenta al momento de resolver la situación jurídica de los mismos...*"; (resalta la Sala), con lo cual se está remitiendo necesariamente al aludido auto y a su confirmatorio expedido por el Tribunal.

No puede olvidarse, en este punto, que *el proceso penal pese a sus diversas etapas, constituye una unidad en la que las actuaciones anteriores son supuesto de las siguientes, y que tanto unas como otras se interrelacionan para producir un acto final y definitivo, sin que sea posible su desconocimiento, salvo que por disposición del funcionario encargado de la dirección del proceso se declare la anulación de alguno o algunos de los actos correspondientes.*

Esta integridad no solamente pretende la protección de las formas externas del proceso, sino que fundamentalmente está dirigida a la seguridad de los sujetos procesales y garantizarle a ellos en forma amplia su derecho a la defensa. Por lo anterior, todas las decisiones tomadas en el proceso pueden servir de fundamento tanto al pliego de cargos como a la sentencia, y han de considerarse integradas a ellos en cuanto no se hayan desechado en las apreciaciones de los juzgadores y no se tornen contradictorias con las determinaciones subsiguientes.

De esta forma, fácilmente se colige que si el instructor al momento de calificar el mérito del sumario no desestimó los anteriores análisis probatorios, y en cambio invocó los mismos como fundamento de la resolución de acusación, ellos integran con el que se hizo en la última

providencia mencionada, una unidad que permite delimitar claramente los cargos elevados en contra del procesado y determina las pruebas que se harán valer en su contra durante la fase del juicio.

Así, al indicio de mala justificación dada por Dávila Gallego han de sumarse el de ser el encausado propietario del inmueble en donde se encontró el licor hurtado, el que se constituye de la contradicción entre los dichos de Cochero Jaraba y Dávila Gallego en cuanto a las actividades desplegadas por el primero el día de los hechos y la "prueba que en contra del mismo milita en el proceso", según expresión del funcionario instructor en su calificatorio, medios de convicción estos que reseñó en el mismo proveído. Pero, además, sirven de fundamento de la resolución acusatoria y se erigen como prueba que acredita la responsabilidad penal del procesado, las evidencias analizadas por el Tribunal Superior de Medellín en su auto de fecha once de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, entre los cuales se resaltan la prueba indirecta de mala justificación, la imposibilidad de identificación del presunto arrendatario Jaime, las contradicciones entre Dávila Gallego y Cochero Jaraba, el testimonio del teniente Ramón Ovidio Carmona y el silencio del recurrente después de haberse enterado de que en su predio se encontraba mercancía de ilícita procedencia.

Todas estas consideraciones indican, sin lugar a duda alguna, que no se esgrimió para el enjuiciamiento una prueba contra el sindicado, sino varias de ellas que fueron además precisadas, analizadas y dadas a conocer al mismo. Se integraron, además explícitamente según los términos del auto enjuiciatorio a éste, y por tanto se cumplieron en él las ritualidades y los requisitos de fondo que la ley procesal exige para dicha actuación, por manera que no puede prosperar la censura de nulidad planteada por este aspecto.

Las exigencias formales de la resolución acusatoria también se cumplieron en términos generales por el instructor, como que hizo la correspondiente reseña de los hechos, aludió a las pruebas recaudadas, sentó sus consideraciones en torno al aspecto material, probatorio y subjetivo de la materia de juzgamiento, identificó las normas que motivaron los cargos así formulados, y se ocupó de estudiar, aún cuando fuese en forma sucinta, los alegatos de las partes. Así lo reseñó el Procurador Delegado, y nada debe objetar la Sala a tal apreciación que corresponde a lo que se puede encontrar de la simple lectura de la providencia correspondiente.

Se arguyó por el demandante también en este cargo la nulidad de la actuación por no haberse precisado en la resolución de acusación el grado de participación en el delito por el cual se llamó a responder en juicio a su patrocinado Dávila Gallego.

Si se examina el proveído correspondiente, en verdad que no se encuentra allí la precisión demandada por el libelista quien piensa que el funcionario ha debido ocuparse con detenimiento en el análisis del punto, expresando con toda claridad cuál era el grado de participación de cada uno de los vinculados al proceso, quizás empleando para ello un capítulo separado en que se hicieran este tipo de consideraciones. La Sala no encuentra reparo alguno a esta exigencia que,

a honor a la verdad, se torna en el ideal que deben cumplir este tipo de providencias enjuiciatorias, que redunden en claridad y precisión con beneficio para las garantías procesales de los sujetos que intervienen en la actuación y para la correcta aplicación del derecho.

No obstante lo anterior, no puede predicarse la inidoneidad del pliego enjuiciatorio cuando carezca de estos requisitos formales que le brindarían mayor claridad y contundencia, cuando, de otra parte, se encuentran consideraciones del juzgador que permiten establecer sin asomo de duda cuál es el grado de participación que se endilgó a cada uno de los partícipes en el delito, o no se excluyó a ninguno de ellos de los planteamientos generales que se hicieron en torno al ilícito.

Vale decir, que *si el juzgador al momento de calificar el mérito sumarial en los casos de concurso en el delito no hizo mención alguna a que uno o varios de los partícipes actuaron en calidad diversa a la del autor material, debe entenderse que el enjuiciamiento cobija a todos ellos bajo tal grado de participación en cuanto es la primordial y general base de imputación para el derecho penal. Las formas imperfectas de realización del delito vienen a ser la excepción, requieren su precisión puesto que son fenómenos variantes de la forma lógica de responsabilidad más no así se puede ser exigente cuando se discute apenas si uno u otro procesado pueden ser autores materiales o determinadores de la conducta delictiva, máxime si se tiene en cuenta que tales formas de coautoría implican una misma penalidad.*

Aún hay más. Se tiene sentado por doctrina y jurisprudencia que la nulidad es un fenómeno procesal que reconoce la inidoneidad de un acto para surtir los efectos que al mismo le señala la ley, y que como tal, solamente puede ser declarada en la medida en que no exista otra vía legal para corregir el yerro que se produzca en el juzgamiento. Así mismo, se predica que la nulidad únicamente puede tener efectos reales cuando cause agravio a los sujetos procesales, puesto que la corrección de los vicios in procedendo *no se consagra en mero interés de la ley. Significa lo anterior que si el acto que se reputa nulo tiene plena idoneidad en la actuación posterior y de consiguiente no entraña en sí mismo un error que tenga trascendencia en la sentencia, no puede acudirse al mecanismo de la invalidación del procedimiento a fin de proteger las formas externas del juicio en desmedro de los intereses de los sujetos procesales, de la administración de justicia y de la propia sociedad.*

En el caso bajo estudio, si bien en el auto de resolución de acusación no se señaló a Dávila Gallego *como determinador de la conducta de hurto por la cual fue llamado a juicio y posteriormente condenado en segunda instancia, el adecuar el pliego de cargos a la denominación dada por el sentenciador no traería beneficio alguno fuera del respeto —que resultaría absurdo— a las ritualidades que en alguna época exigía la legislación procesal al auto de proceder. Sus efectos, sin embargo, serían exactamente iguales en la medida en que, bien como autor material, ora como determinador, la sanción aplicable al recurrente sería exactamente la misma dentro de los parámetros señalados en el ar-*

tículo 23 del Código Penal, según el cual "El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción".

No puede olvidarse tampoco que la nueva legislación procesal penal (Decreto 050 de 1987), varió sustancialmente la filosofía de la resolución de acusación (antes auto de proceder), en cuanto la liberó de los estrictos formalismos que la regulaban en el Decreto 409 de 1971, reconociendo su carácter de calificación provisional que por tanto no impide al juzgador moverse dentro de los diferentes aspectos del delito según lo indiquen los medios probatorios recaudados, utilizando el mecanismo del artículo 501 del Código de Procedimiento Penal.

Si en la legislación de 1971 se señalaba entre los requisitos formales del auto de proceder el señalamiento de la imputación al procesado, y la precisión en la denominación jurídica de la infracción era imperativo indesconocible so pena de anulación del proceso, en la moderna ritualidad penal se excluyeron estas características de la resolución de acusación puesto que no solamente el artículo 471 no hace alusión alguna a la imputación del procesado, sino que la misma codificación permite incluso la variación de la calificación provisional del delito, de donde se deduce que si bien el pliego de cargos continúa siendo una pieza que debe responder a las exigencias formales de la ley, estas no guardan tan estrecho rigorismo, y sí en cambio dejan en libertad a los sujetos procesales y al funcionario competente para que en la etapa del juicio se concreten y perfeccionen no solamente los aspectos atinentes a la adecuación típica de la conducta, sino también los relativos a la responsabilidad penal del encartado y obviamente los que determinen la punibilidad del mismo.

De esta forma, cuando en la resolución de acusación el funcionario no señaló especificación alguna en torno al grado de participación de cada uno de los vinculados llamados a responder en juicio, debe entenderse que a todos ellos se les consideró autores de la conducta, como de otra forma fue el alcance que le dio al pliego de cargos el defensor del procesado Dávila Gallego quien pudo ejercer sin limitación alguna los medios de defensa que tuvo a su alcance para demostrar la inocencia de su poderdante, sin que la falta de precisión que ahora se alega se constituyera en obstáculo para ello.

Durante la fase probatoria del juicio la actividad del representante judicial estuvo encaminada a romper la relación de causalidad que estableció entre Dávila Gallego y los hechos materia del proceso, atacando puntualmente las pruebas que dieron pie a la resolución de acusación que contra él se dictó, y en la audiencia pública de juzgamiento, si bien el vocero del sindicado planteó la existencia de múltiples nulidades en la actuación y el defensor respaldó en algo tales pretensiones, se alegó la inocencia del vinculado sin dificultad de ninguna especie, con claro entendimiento de las razones por las cuales se le dictó resolución acusatoria y que en ella se le había considerado como "coautor" del hecho punible, tal como lo reveló el Procurador Delegado en lo Penal.

No puede tampoco aceptarse como causal de anulación del procedimiento, como lo pretende el casacionista, el no haberse mencio-

nado en el auto calificatorio el tipo básico de hurto (art. 349 del Código Penal) o haberse omitido la identificación a través de las normas que la regulan, de las circunstancias que convierten al ilícito en un tipo calificado. Lo primero, porque en el auto correspondiente el funcionario instructor precisó sin duda alguna que el delito por el que se procedía era el de hurto calificado del artículo 350 del Código Penal *(resalta la Sala), esto es, que la adecuación típica se predica de esta norma que recoge en su propia descripción la del tipo básico en la medida en que, siendo uno de carácter subordinado, para su entendimiento y aplicación ha de acudirse a aquel sin que sea preciso invocar expresamente el número del artículo que lo consagra como figura delictiva.*

Adecuar la conducta del tipo de hurto calificado entraña la aceptación de que los procesados se apoderaron de cosa mueble ajena con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, puesto que el artículo 350 enseña que "la pena será de prisión de dos a ocho años si el hurto *se cometiere:..." (subrayas fuera de texto), disposición en la que no se incurre en la impropiedad de repetir la conducta básica, pero que sí permite la precisión de los cargos sin ambigüedad o anfibología alguna.*

El no haber determinado cuál de las cuatro causales de calificación estimó el funcionario instructor que se presentaban en el caso bajo su estudio, tampoco tiene poder de invalidar la actuación porque si bien se omitió el señalamiento de uno o varios de los numerales del artículo 350, la exposición de los hechos, el análisis probatorio que se hizo y las consideraciones correspondientes del juez, así como las circunstancias materiales de la infracción, permiten a los sujetos procesales su identificación plena. Obvio resulta desechar las cualificantes de los numerales 3 y 4 del citado artículo, en la medida en que los hechos no ocurrieron en lugar habitado alguno o en sus dependencias inmediatas, como claramente quedó expuesto en la providencia correspondiente y porque las condiciones materiales en que se produjo la infracción no permitían las modalidades consagradas en el numeral 4 citado.

En cambio sí se determinó a través de la providencia, la existencia de las causales 1 y 2 del mismo artículo, en cuanto que se narró con lujo de detalles la violencia que se hizo sobre el conductor del vehículo hurtado y su acompañante y la indefensión a que fueron sometidos con la fuerza de las armas. No existe pues nulidad por este aspecto.

En conclusión, el cargo no prospera.

Causal tercera. Cargo segundo:

El segundo cargo con fundamento en la causal tercera afirma la nulidad de la actuación, por haberse formulado pliego de cargos en contra de Dávila Gallego por delito diverso al que revelaba la investigación. Dijo el casacionista a este respecto que las pruebas recogidas

en la fase sumarial afirman la existencia de un delito de receptación consagrado en el artículo 177 del ordenamiento penal, mas no la realización de un ilícito contra el patrimonio económico.

Haciendo una valoración de los medios de convicción obrantes en el sumario, sostuvo el censor que de ellos no puede deducirse nada distinto al hecho de que su defendido no pudo dar explicación satisfactoria en torno a la permanencia de los bienes materia del ilícito en un inmueble de su propiedad, con lo cual se demuestra que a este imputado se le debió procesar por ayudar a ocultar el producto material del delito.

No comparte el Procurador Delegado esta visión de las pruebas y al entrar a estudiar las implicaciones de ellas, dice que la calificación que se le impartió al mérito del sumario fue la adecuada, a más que señaló otros fundamentos de convicción que también llevan a concluir en la existencia de un delito de hurto del cual es autor el procesado Dávila Gallego.

Encuentra la Sala acertada la opinión de su colaborador fiscal. No es verdad, como lo sostiene el censor, que solamente pueda imputarse a su patrocinado la colaboración relativa al ocultamiento de la mercancía materia de la infracción, pues si se examinan los medios de prueba allegados durante la etapa del sumario, y corroborados en la fase del juicio, válidamente puede llegarse a la conclusión de que Dávila Gallego participó como coautor de la delincuencia contra el patrimonio económico.

En efecto, es verdad procesal que no admite refutación de ninguna clase, que Dávila Gallego tenía una relación estrecha con Cochero Jaraba y Salgado Nieves, personas estas que prestaban sus servicios en la mina de propiedad de aquel y residían en el campamento "El Cinco", inmueble sobre el cual su patrono tenía el dominio, en donde fue incautada la mercancía que días antes había sido hurtada. Esta relación, es cierto, no es suficiente para predicar la coautoría de Dávila en el ilícito de hurto, pero tampoco es ella solamente la prueba sobre la cual se construyó la resolución acusatoria.

A más de ello, se debe tener en cuenta que uno de los empleados —Salgado Nieves— fue reconocido por el denunciante como integrante de la banda de asaltantes por haber tenido a su cargo, junto con otro, la vigilancia del quejoso y de su sobrino cerca de la carretera mientras se cometía la apropiación de la mercancía, con lo cual se señala también la autoría material del hecho en cabeza del así reconocido.

Por su parte, respecto de Salgado Nieves, el acusado Dávila Gallego sostuvo que el día de los hechos estuvo trabajando en su mina desde las seis de la mañana hasta las ocho de la noche, afirmación esta que se presenta mendaz con el reconocimiento que se hiciera del procesado citado y que vincula por tanto a Dávila Gallego con los hechos investigados puesto que, la cobertura que brinda a Salgado a través de su dicho sumada a otras evidencias, permite deducir su participación en el delito, como así se afirmó en las instancias.

Igualmente, debe recalcarse que Cochero Jaraba y Salgado Nieves afirmaron en algún momento que se encontraban en el campamento

"El Cinco" de propiedad de Dávila cuidando el inmueble en donde fue hallada la mercancía, la cual fue a observar el mismo recurrente para luego decir a uno de ellos "que viviera en un inmueble de su propiedad y que le pusiera cuidado a los elementos que habían en la bodega", al decir del teniente Ramón Ovidio Carmona Monsalve, esto es, que los dos empleados no actuaban solos o sin la anuencia de su patrono, quien al verse descubierto alegó que la bodega la tenía arrendada a Jaime N., de quien no suministró sus datos ni pudo localizar el día de su aprehensión, según quedó consignado en el informe policivo correspondiente.

El propio Jairo Cochero Jaraba en su indagatoria afirmó que "Yo trabajo con don Jairo (se refiere a Dávila Callego, aclara la Sala) entonces él me dijo que le cuidara esos campamentos...", para luego afirmar: "...cuando nos capturaron estábamos ahí en el campamento. Yo no estaba cuidando ese aguardiente ni él tampoco (alude a Salgado Nieves)...", es decir, que entra en contradicciones acerca de las funciones que debería cumplir en el inmueble, más aún si se tiene en cuenta que Salgado Nieves afirmó en su injurada que había recibido instrucciones de Dávila Callego para impedir que Jaime N., ejerciera acto de arrendatario ante la voluntad del propietario de cancelar el contrato correspondiente, pese a lo cual días antes habían permitido la entrada de cuatro personas para que sacaran de la bodega que existía en el campamento una carga bastante voluminosa.

Todos estos medios de convicción están vinculando a Dávila Callego como coautor del delito de hurto por el cual se profirió en su contra resolución de acusación, y no simplemente como autor del ilícito de receptación, máxime si se tiene en cuenta que en su ampliación de la declaración el teniente Carmona Monsalve sostuvo: "...y luego le pregunté (a uno de los muchachos que vivía en el campamento —Cochero o Salgado—, aclara la Sala) que quién había llevado eso hasta allí, *me dijo que don Jairo Dávila lo había contratado para cuidar de lo que allí había en compañía del otro morenito bajito que también está detenido...*" (resaltó la Sala) y más adelante agregó: "...ya que él únicamente se había limitado a recibir o *cumplir órdenes dadas a él por el dueño de la bodega y de las casas donde estaban residiendo el señor Jairo Dávila...*"

Así, pues, mal puede concluirse con este acervo probatorio que el recurrente hubiera limitado su acción a la guarda de la mercancía hurtada por otros y sin nexo alguno con el ilícito investigado, puesto que de otra forma no habría tenido que cubrir con su dicho a su empleado, carecería de sentido el haberlos contratado para la vigilancia de las cosas hurtadas, y no habría tenido necesidad de impartir órdenes al respecto, a más de que, su justificación de haber arrendado los inmuebles a Jaime N., resulta aún más rebatida con el hecho de que si no participó en los hechos, pero advirtió la presencia de la mercancía hurtada en los predios de su propiedad, la conducta que se podría esperar de él era la de haber acudido a las autoridades a denunciar el ilícito para poner a salvo su responsabilidad y la de sus empleados quienes, como ya se vio, lo vincularon al delito de hurto que se investigó.

De esta forma mal puede hablarse de una errónea calificación y la consiguiente nulidad invocada por el demandante, con lo que a las claras se establece que el cargo, tal como lo solicita el Procurador Delegado, no puede prosperar.

Causal primera. Cargo único:

Afirma el libelista que el Tribunal no hizo consideración alguna en torno al informe inicial del teniente Ramón Ovidio Carmona y su posterior ratificación en la cual afirmó que los capturados dijeron que el propietario del aguardiente era Jaime N.; que tampoco analizó la indagatoria de Cochero Jaraba cuando hizo alusión al mismo personaje, ni la injurada de Dávila Gallego en igual sentido. Tampoco apreció la versión procesal de Salgado Nieves al respecto, y omitió la consideración a los testimonios de Jairo Carmona Londoño, Humberto Muñoz Quintero, Rafael Angel Barrientos, Félix A. Rodríguez, Jesús Arango García, Arnulfo Yepes, Jairo Cardona, Hermilda Rosa Carmona y Pablo Emilio Londoño, pruebas todas ellas que apuntaban a demostrar la real existencia de Jaime N., luego identificado como Jaime Antonio González Noreña, y su participación en los hechos investigados como que era el propietario del aguardiente hallado en predios del inculpado Dávila Gallego.

Asistiría razón al censor la afirmación de los errores de hecho aludidos, si solamente se tuviera en cuenta el fallo de primera instancia, en donde el problema relativo a la identidad y vinculación con los hechos del citado Jaime N., no fue materia de análisis prolijo. Sin embargo, la sentencia de segundo grado sí se ocupó del asunto y respondió vehementemente las alegaciones de los defensores relativas al punto.

No puede considerarse error de hecho alguno en la omisión de estimar las afirmaciones de los procesados Dávila Gallego, Salgado Nieves y Cochero Jaraba que se refieren a la existencia y actividad de Jaime González Noreña, puesto que ella no se presentó en la sentencia; muy por el contrario, uno de los temas que requirió mayor análisis allí fue precisamente este, y el fallador de segundo grado sostuvo que si bien los encartados trataron de disculpar su vinculación con los hechos a través del citado Jaime, ninguno fue capaz de precisar la identidad del mismo, todos desconocían su apellido, su ocupación, el sitio en donde podría localizarse, el lugar en donde se encontraba para la fecha de los hechos delictuosos, todo lo cual lo convirtió en un "fantasma" para el proceso. Surge claro de aquí que el sentenciador sí se ocupó de las injuradas en este aspecto y si bien no las acogió en el sentido que hubiera deseado el casacionista, no puede endilgársele por esta circunstancia un error de hecho en la sentencia.

Similar cosa sucede en torno a las declaraciones de Jairo de Jesús Carmona Londoño y Pablo Emilio Londoño Marín, las cuales el Tribunal consideró que no presentaban razones suficientes para ser acogidas como verosímiles ya que, lejos de corroborar las citas perti-

nentes, se apartaron de su contexto dejando en el aire la vinculación de Jaime N., con los hechos investigados. No existió, pues, error de hecho alguno en torno a las pruebas aquí mencionadas.

Los demás medios de convicción echados de menos por el demandante, tampoco fueron omitidos manifiestamente por el juzgador de segundo grado; a ellos se refirió en forma expresa, aunque general, el Tribunal cuando sostuvo que en la etapa del juicio se acreditó por "diversas voces" que el citado Jaime Antonio González Noreña era persona real y conocida en la región, afirmaciones que sin embargo desestimó al relevar que las descripciones suministradas del sujeto aludido no eran coincidentes una con otras ni con las señas que de él obran en la tarjeta de la registraduría que se aportó al proceso, apreciaciones que deben ser además analizadas con las consideraciones precedentes según las cuales no se logró acreditar la vinculación que el citado Jaime tuviera con los hechos materia de la averiguación. Esto es, que si bien no se ocupó el Tribunal de mencionar uno por uno los testimonios citados por el censor, sí dejó constancia de que se adentró en su examen y llegó a la conclusión de que deberían desestimarse como prueba respecto del hecho alegado por Dávila Gallego, esto es, que no se incurrió en el fallo en error de hecho alguno.

El otro ataque bajo este mismo cargo, consiste en haberse dado una apreciación errónea a la diligencia de reconocimiento en fila de personas que realizara el denunciante Vera Orozco. No acierta, sin embargo el demandante en la vía escogida para plantear su censura, pues que si bien esgrimió como fundamento de ella la existencia de un error de hecho, en su desarrollo consignó el predicado de uno de derecho en cuanto sostuvo que el sentenciador dio a la prueba del reconocimiento en fila de personas un "alcance y una fuerza de la que carecen", esto es, que estimó que la equivocación del fallador se refirió a la estimación que debió darle a la prueba, pero en forma alguna erró en cuanto a su existencia o identidad.

El sostener que el Tribunal "dio a la primera prueba (reconocimiento del denunciante, aclara la Sala) un alcance y una fuerza de la que carecen", y más adelante que "el error del Tribunal consiste en dar pleno valor al reconocimiento de Salgado, hecho por Vera Orozco", entraña un ataque por falso juicio de convicción, ubicable dentro del error de derecho, no el de hecho, como lo enunció el casacionista.

Pero, además, se vuelve imposible de desentrañar el espíritu del cargo, si se tiene en cuenta que también sostuvo el libelista que la prueba se realizó "en circunstancias anormales, sin auto que lo ordene, sin defensor que lo asista, etc.", con lo que se discute la validez de la prueba y se traslada, aquí sí, la censura al campo del error de derecho. Sin embargo, como la rigidez del recurso no permite a la Corte entrar a corregir las imprecisiones del demandante, se deberán desechar los cargos así planteados.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA

La apreciación de pruebas legalmente producidas, debe hacerse al amparo de la causal primera por violación indirecta y en orden a demostrar errores de derecho

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 49.

Vistos:

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, a través de la cual se confirmó la de primera instancia en que se condena a *Estebana del Socorro Lans Cuava* a la pena principal de cuatro años de prisión, como infractora al Estatuto Nacional de Estupefacientes, y se revoca la absolución de *Jairo Rodríguez Peñuela*, para en su lugar, condenarlo a una pena igual.

Hechos:

En la mañana de dieciocho de octubre de mil novecientos ochenta y siete, personal de la Policía Especializada Antinarcóticos, mientras llevaban a cabo diligencia de registro y control en las residencias "Cuaviare" de San José del Guaviare (Meta), hallaron en la habitación ocupada por Jairo Enrique Rodríguez Peñuela y Estebana del Socorro Lans Cuava, una sustancia que por sus características correspondía a base de coca. Por este hecho, fueron aprehendidos y puestos a disposición de las autoridades competentes, comprobándose pericialmente que la sustancia sí correspondía al estupefaciente indicado.

Actuación procesal:

1. Agotada la instrucción, el Juzgado Segundo Especializado de San José del Guaviare profirió auto de citación a audiencia en contra de los procesados por el delito contemplado en el Capítulo V, artículo 33, de la Ley 30 de 1986.

2. Celebrada la audiencia respectiva, se dictó la sentencia de primer grado. En ella, se condenó a Estebana del Socorro Lans Cuava a la pena principal de cuatro años de prisión y se absolvió a Jairo

Enrique Rodríguez Peñuela. Recurrida ante el Tribunal Superior de Villavicencio, se le impartió confirmación en cuanto a la condena y se revocó en lo referente a la absolución, para, en su lugar, condenar a Rodríguez Peñuela a la pena principal de cuatro años de prisión.

La demanda de casación:

Al amparo de las causales primera y tercera de casación, el recurrente acusa la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial y haberse proferido en juicio viciado de nulidad.

En relación con la primera de las censuras indicadas, sostiene que la violación de la ley sustancial se operó por aplicación indebida de los artículos 33 de la Ley 30 de 1986, 41, inciso 1º y 42, incisos 3º, 5º y 7º del Código Penal, en cuanto el sentenciador, en el fallo, incurrió en manifiestos errores de derecho respecto a la apreciación de las pruebas sobre las cuales sustenta la autoría y responsabilidad de los encartados en los hechos investigados.

En la demostración de los errores enunciados, sostiene que se le otorgó credibilidad a los testimonios de los agentes Estanislao Angarita Carrillo y Oswaldo Aguirre Castro, no obstante lo discordante de sus versiones en relación con las circunstancias de hallazgo de la sustancia estupefaciente materia del proceso. Así mismo, que se demeritó el valor probatorio de las indagatorias de los procesados y de la declaración de la dueña de las residencias donde se produjo la aprehensión de los imputados, a pesar de que, conforme con tales versiones, se establece que el estupefaciente pertenecía a un indígena y, por otro lado, que Rodríguez Peñuela acreditó su permanencia en San José del Guaviare para pagar un cheque girado tiempo atrás.

Señala las normas procesales que estima violadas, para concluir que también se incurrió en error de derecho por falsa apreciación del acta de allanamiento y los informes policivos, los cuales no poseían eficacia jurídica. En relación con el allanamiento, dice que fue practicado sin haber sido decretado previamente, mientras que de los informes, considera, no fueron controvertidos.

Dentro del marco de la causal segunda aducida, denuncia que la sentencia se profirió en juicio viciado de nulidad por violación al derecho de defensa y al debido proceso. En demostración de este cargo, expresa que los procesados estuvieron desprovistos de defensor, no pudiendo ejercer el derecho de contradicción de la prueba y porque se sustentó el fallo en la diligencia de allanamiento, sin tomar en cuenta los vicios que en su formación ostenta, como ausencia de decreto previo y la de circunstancias de urgencia o fuerza mayor que permitieran su práctica en los términos registrados por el proceso.

El concepto de la Procuraduría:

Para el Procurador Tercero Delegado en lo penal, por las deficiencias técnicas que exhibe la demanda, la Corte debe abstenerse de examinar el fondo de los cargos en ella propuestos, desestimando el recurso.

Inicialmente, considera que algunos aspectos de la censura desconocen el principio lógico de no contradicción, como acontece cuando se sostiene la incapacidad jurídica de la prueba de allanamiento por vicios de formación como error de derecho y sobre el mismo supuesto, se demanda la nulidad de la actuación.

Si a esto se agrega, concluye el Ministerio Público, la improcedencia de alegar error de derecho en la apreciación de pruebas no sometidas a tarifa legal, la ineptitud de la demanda es manifiesta, imponiéndose la desestimación del recurso.

Consideraciones de la Corte:

En razón a la manera antitécnica como son propuestos los cargos contra la sentencia, habrán de ser examinados comenzando por aquellos que ameritan su estudio de fondo, lo cual, además, corresponde a la observancia del principio de prioridad.

La nulidad invocada: En relación con el doble motivo de censura, propuesto al amparo de la causal tercera de casación, por haberse dictado la sentencia en juicio viciado de nulidad, toda vez que el proceso se originó en una diligencia de allanamiento inexistente por incumplimiento de las formas y ritualidades previstas para su propia validez, como el decreto previo de la misma y haberse oído a los procesados en indagatoria sin la debida representación, como que no fueron asistidos por defensores técnicos, debe la Corte hacer algunas precisiones.

Reiteradamente se ha sostenido que la alegación correspondiente a la apreciación de pruebas ilegalmente producidas, debe hacerse al amparo de la causal primera de casación por violación indirecta a la ley sustancial y en orden a demostrar errores de derecho en la estimación de tales medios y no, como se hace en la demanda materia de examen, con invocación de la causal de nulidad.

Esto, porque como lo destaca la jurisprudencia de modo persistente, la ilegalidad de la prueba, por desconocimiento de sus propios ritos de formación, una vez ha sido admitida, determina como sanción procesal no tenerla en cuenta en el momento de su apreciación. Proceder de manera contraria, comporta vicio de juicio o error in iudicando *por parte del sentenciador, en cuanto considera un medio para valorarlo, debiendo desestimarlo. Ello, en sí mismo, se opone al vicio de actividad o error* in procedendo, *fundamento de la declaratoria de nulidad. Luego, el remedio procesal perseguido a través del recurso de casación debe ser el de que se dicte el fallo de reemplazo, en el cual la Corte prescinda de apreciar las pruebas ilegalmente producidas y tenidas en cuenta en la sentencia acusada. Por supuesto, ello no es factible, dentro de la aplicación rigurosa de la técnica que disciplina el recurso, sino con aducción de la causal primera, alegando como motivo la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho determinado por falso juicio de legalidad.*

Habida consideración que el recurrente de modo excesivo, que no contradictorio, formula el reproche referente a la ilegalidad con que dice se practicó y apreció la diligencia de allanamiento atrás indicada,

como motivo de invalidación del proceso y como error de derecho generador de violación indirecta a la ley sustancial, vale decir de manera antitécnica y correcta, respectivamente, la Corte estudiará tal punto al referirse a los cargos propuestos con apoyo en la causal primera de casación.

En relación con el motivo de nulidad que se plantea, el cual se hace consistir en que se violó el derecho de defensa porque los procesados no estuvieron asistidos por un defensor letrado, impidiéndoseles la contradicción en el sumario, él está llamado a no prosperar.

Del examen de la actuación, se establece que si bien es cierto las indagatorias se practicaron sin la asistencia de abogado titulado, no por eso pueden ser tenidas como ilegales de manera que den lugar a la invalidación del proceso. En ellas aparece la advertencia hecha por el juez sobre el derecho de los imputados a designar defensor y sólo frente a la manifestación en el sentido que estaban en imposibilidad de hacerlo, se procedió a nombrarle ciudadanos del lugar. Este procedimiento, no es contrario a la observancia debida a la garantía plena del derecho a la defensa, si se toma en cuenta que con él se estaba dando cumplimiento a lo dispuesto en la ley —art. 139 del C. de P. P.—.

Desde un punto de vista integral, el derecho a la defensa, en el presente caso, ha sido ejercido en forma adecuada. El juzgado proveyó de defensor de oficio a los procesados en el sumario (fl. 53); con posterioridad, los entonces sindicados designaron defensor de confianza (fl. 83). La prueba ha sido suficientemente controvertida; se interpusieron recursos contra las decisiones estimadas equivocadas; se solicitaron pruebas; se adujeron nulidades y, aún más, la Fiscalía del juzgado de manera diligente, atenta estuvo para que los derechos de los procesados fueran suficientemente garantizados. En este sentido, cabe destacar su asistencia a las diligencias de indagatoria y sus alegaciones en la audiencia pública.

En estas circunstancias, el cargo propuesto para solicitar la invalidación del proceso, no constituye cosa distinta que la apreciación personal del recurrente en cuanto a cómo ha debido ser adelantada la actuación, lo cual, desde luego, en la medida que ella no acusa evento alguno constitutivo de ilegalidad, resulta ser inaceptable. Por tal razón, el reproche no prospera.

La violación indirecta de la ley: *Asiste razón al Ministerio Público, cuando pone en evidencia la imperfección sustancial de la demanda en la proposición y desarrollo de este cargo. Ignora el casacionista que resulta improcedente alegar errores de derecho, por falso juicio de convicción, en relación con la prueba testimonial y, en general, sobre cualquier medio probatorio. Esto, porque de acuerdo con los criterios de estimación, adoptados en el Código de Procedimiento, la ley por ninguna parte señala un valor específico a alguno de ellos. El abandono absoluto al sistema de apreciación legal o tarifado, es evidente; de manera contraria, la aceptación del sistema de la persuasión racional, no consagra excepciones. De acuerdo con él, la valoración probatoria está liberada al juez y a su capacidad razonadora; es decir, a factores extranormativos. Esto hace, entonces, improbable que*

el juzgador incurra en violaciones a la ley al determinar el grado de convicción de las pruebas, pues, ella misma, como antes se indicó, está mandando que sean factores pertenecientes al sentenciador y no a la normatividad sobre los cuales se establezca el mérito probatorio.

En cuanto tiene que ver con el falso juicio de legalidad que, con relación a una diligencia de allanamiento, dentro del mismo cargo se plantea, propuesto igualmente en sede de causal de nulidad y que, como ya se indicó, debe ser examinado como violación indirecta, por ser la vía correcta de alegación, aparece antitécnicamente aducido y, por lo mismo, determinado a la improsperidad. Parte el casacionista, en su ataque, del supuesto equivocado de considerar esta prueba como único sustento del fallo que acusa. Desconoce así la regla técnica para el ejercicio del recurso, en tratándose de alegación de violación indirecta, consistente en el deber de atacar todas las pruebas consideradas en la sentencia y, aún más, aquellas que desechadas en las instancias pudieran determinar el mantenimiento del sentido del fallo, al momento de revalorarse el material probatorio para dictar la decisión de reemplazo de llegar a prosperar el recurso. Esto, para evitar la situación que sobrevendría de prosperar la invalidación de la sentencia con base en las incompletas razones del censor aducidas en la demanda, y hubiera de reconocérsele validez con apoyo en los medios probatorios no cuestionados.

Antitecnicismo de tal magnitud, hace inepto el reproche para comprometer a la Corte a efectuar un estudio de fondo con respecto a él. Con todo, el evento en el cual se funda la censura, no posee la entidad que el casacionista le atribuye. Consistiendo ella, en que el sentenciador otorgó validez a un allanamiento no decretado previamente, para estimarlo como sustento del fallo materia del recurso extraordinario de casación, encuentra la Corte que la invalidez denunciada no existe.

Cierto es que no obra en el proceso orden judicial para la práctica de la diligencia cuestionada. Sin embargo, no puede perderse de vista que el hallazgo de la pasta de coca en poder de los procesados, se produjo en la habitación de las residencias "Guaviare" ocupada por ellos, cuando allí se llevaba a cabo un registro de rutina por parte de la policía, propio de los que se suelen realizar en esta clase de establecimientos.

Lo anterior significa que el registro de la habitación ocupada por los acusados y en desarrollo del cual fue hallada en su poder la sustancia estupefaciente, no puede ser entendido, en estricto, como realizado en su domicilio, sino en un establecimiento público, en desempeño de la función de policía. Pero aún admitiendo que hubiera sido en el domicilio de los acusados, como tuvo oportunidad de expresarlo la Corte en decisión de Sala Penal de 1º de junio de este año, por la situación de flagrancia en que se hallaban los implicados, no era menester la orden de funcionario judicial para penetrar en él, pues, como allí mismo se destaca, la propia Constitución dispone que en tales eventos la autoridad puede ingresar al domicilio para aprehender al infractor.

Estableciéndose, entonces, que no existe irregularidad alguna en las circunstancias en que fueron aprehendidos los procesados cuando tenían en su poder 372.5 gramos de base de cocaína, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1º FALSEDAD EN DOCUMENTO

Hoy dabido a los adelantos de la técnica el concepio de documento para los efectos penales, no es sólo la manifestación escrita como expresión del pensamiento y destinado a servir de prueba

2º CONCURSO. FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

Ha sido unánime y reiterada la jurisprudencia que reconoce la modalidad concursal, tratándose de falsedad en documento público, porque no es necesario su uso para integrar la conducta ilícita

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de julio de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 49, 24 de julio de 1990.

Vistos:

En sentencia de cinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho, el Tribunal Superior de Bogotá, confirmó la del Juzgado Diecisiete Superior de esta ciudad de 4 de agosto de 1986 y condenó a *Antonio Cebollero Campo, Rafael Esteban Rodríguez Cristancho, Bernardo Bedoya Hoyos, Carlos Eduardo Mendoza Campo, Luis Alberto Orozco González, Nelson Torres Palomino y Ayda Cañizares Padilla,* a la pena principal privativa de la libertad de setenta y cuatro meses de prisión como responsables de los delitos de falsedad en documentos públicos y estafa.

En la misma providencia, se condenó a Roberto Soto Prieto y Henry Rusell a la pena principal de ochenta y cuatro (84) meses de prisión como responsables de los delitos de falsedad en documentos públicos y estafa en perjuicio del Estado colombiano en la cantidad de trece y medio millones de dólares.

Contra la anterior sentencia, interpusieron oportunamente el recurso extraordinario de casación los apoderados de Roberto Soto Prieto, Antonio Cebollero Campo y Luis Alberto Orozco González.

Agotado el trámite del recurso y escuchado el concepto del señor Procurador Delegado, la Sala resuelve, previas estas consideraciones:

Episodio procesal:

El 10 de mayo de 1982, el Chase Manhattan Bank y Manufacturas Hanover Trust Company, otorgaron un empréstito al Gobierno de la República de Colombia por la cantidad de US$ 47.225.317.94 dólares destinados a adquirir equipos para la Policía Nacional.

El empréstito fue garantizado mediante pagaré que suscribieron por Colombia, el señor Ministro de Hacienda, la Tesorería General y el Contralor General de la República.

Los dineros quedaron depositados en el Chase Manhattan Bank de Londres y se afectaban o giraban mediante el siguiente procedimiento:

El Ministerio de la Defensa celebraba los contratos de suministros y efectuado lo anterior solicitaba a la Dirección de Crédito Público acompañando la documentación de rigor, el pago al contratista. El señor director de Crédito por la época el doctor Jorge Serpa Erazo efectuaba una notificación de retiro con destino al Chase Manhattan, que se transmitía por intermedio del Departamento Internacional del Banco de la República y mediante télex con las claves y seguridades del Banco.

Por este sistema se giraron treinta y cuatro y medio millones de dólares, quedando un saldo disponible a favor de Colombia de trece millones quinientos mil dólares que fueron pasados a una subcuenta del mismo Manhattan Bank por no haber sido girados oportunamente y de acuerdo a las cláusulas del contrato. Esta subcuenta se manejaba mediante télex emitido del Chase Manhattan de Bogotá y no del Banco de la República.

El 11 de mayo de 1983, el Chase Manhattan Bank de Londres, recibió de Colombia el siguiente télex, emitido por la máquina 45407 del Banco de la República:

"Mayo 11 de 1983: Bogotá Chase Manhattan Bank Londres. Referencia República de Colombia. DLR 47.225.317.49 OAN Fron 10.5.82. Atentamente con cargo a la subcuenta del préstamo en referencia entre la República de Colombia y un grupo de Bancos con el Chase Manhattan Bank como agente, les ruego girar con valor mayo 12 de 1983 la suma de 13.500.000 (trece millones de dólares US al Morgan Bank Nueva York cuenta 66.711.957 Repúolica de Colombia, presupuesto referencia 18061. Favor avisarnos confirmación giro al Télex 45407 Breg Co. Banco de la República Bogotá. Cordialmente Jorge Serpa Erazo Director General de Crédito Público Ministerio de Hacienda y Crédito Público..."

Como el Banco de Londres observara algunas irregularidades en el télex recibido, especialmente la diferencia en la suma de números y letras, solicitó confirmación al Banco de la República —Télex 45407— entidad que esa misma noche respondió mediante nuevo télex.

En tales condiciones, el Chase Manhattan Bank ordenó el giro del dinero a un depósito en el Banco Morgan de Nueva York y allí Henry Rusell distribuyó dicho dinero en cuentas de Bancos como Hapoalin de Zurich Suiza y el Banco Iberoamericano de Panamá.

Descubierto el desfalco, se vino a establecer, que los télex eran falsos en su integridad y que mediante el uso de estos documentos falsos y hábiles maniobras anteriores y posteriores se había efectuado esta millonaria defraudación en perjuicio de la República de Colombia.

Como cerebro de esta sofisticada organización actuó el señor Roberto Soto Prieto quien dirigió un grupo de delincuentes, entre ellos particulares y empleados públicos, expertos varios de ellos en el manejo de los modernos medios de comunicación y quienes por dinero se prestaron a falsificar los documentos y a defraudar al Estado colombiano.

La sentencia considera a los acusados como responsables de los delitos de Falsedad en Documentos Públicos en concurso con el delito de Estafa.

Demandas de casación. Concepto de la Procuraduría Delegada. Decisión de la Corte:

Tres demandas han sido presentadas en oportunidad contra la sentencia por los apoderados de Roberto Soto Prieto, Luis Alberto Orozco y Antonio Ceballero por diferentes causales y motivos de casación.

La Sala se ocupará de cada una de las censuras, empezando de acuerdo al principio de prioridad por aquella de mayor amplitud, que de prosperar haría innecesaria la consideración de los demás libelos.

Del mismo modo, la Sala irá considerando en relación con cada demanda al parecer del señor representante del Ministerio Público, que lo es para este caso, el Procurador Tercero Delegado en lo penal.

Primera demanda: Causal de nulidad

El señor apoderado de Soto Prieto formula un cargo único contra la sentencia del Tribunal: "Haber dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad por errónea denominación jurídica de la infracción..."

"Me propongo —dice el demandante— ...demostrar que los hechos calificados por el Tribunal no configuran los delitos de falsedad y estafa porque los télex apócrifos recibidos en Londres por el Chase Manhattan Bank, carecen de aptitud para servir de prueba o para engañar a nadie, menos a ese organismo calificado, especialmente en esa clase de operaciones bancarias...".

Analiza el censor detenidamente el documento para poner de presente nueve irregularidades que dice observar en el télex y critica el hecho de que la firma impresa del funcionario que ordenó el traslado de fondos, no estuviera acompañada de la clave de seguridad

pactada, circunstancia que según el actor lo hacía inepto para engañar al destinatario porque por su apariencia externa no era apto para inducir en error. Concluye, afirmando que el documento no podía llevar al error a nadie medianamente advertido y que por tanto no es adecuado para servir de prueba. Considera que por ello, no puede existir en el caso de estudio, delitos de falsedad ni estafa e insinúa la posibilidad de que se tipifique un hurto por aprovechamiento del error ajeno. Esta argumentación lo lleva a pedir la nulidad del proceso desde el auto calificatorio.

Debe advertirse que esta causal de supuesta nulidad ya fue debatida dentro de las instancias y rebatida por el Tribunal Superior con gran propiedad y acierto. Sostuvo esa Corporación, que el documento no obstante las irregularidades propias de las circunstancias en que fue emitido, fue suficiente para hacer incurrir en error al Chase Manhattan Bank hasta el punto de llevarlo a entregar los trece y medio millones de dólares. Expresó el Tribunal, que la maquinación para generar el error fue tan sutil y hábilmente elaborada "que el propio resultado está hablando por sí mismo..." agregó el juez colegiado que se empleó como medio por parte de los delincuentes y dentro del proceso criminoso un documento apócrifo en el cual previamente se había consignado una falsedad, documento que indudablemente constituyó "una mentira eficaz" "una mentira elaborada", que fue factor decisivo para la consumación del ilícito.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo penal considera infundada la demanda. Estima, con apoyo en un estudio de Sociología Criminal del profesor Von-Hentig, que la ligereza y cierta clase de negligencia son comunes a las víctimas de estafa. Podría asegurarse que no hay estafa que analizada después de su ejecución, no hubiera podido ser evitada. Agrega el Ministerio Público, que en el caso de estudio la orden de pago dirigida al Manhattan Bank con algunas irregularidades se acompañó de todo un aparato, correcciones, confirmaciones "tanto de los errores advertidos en el télex como de la operación en él ordenada" suficientes para vencer las resistencias intelectuales de los burócratas del Banco y llevarlos por error a cancelar el valor ordenado en los documentos falsos.

Sostiene la delegada que de ahí "...ante un manejo que no venía ciñéndose estrictamente a los términos del contrato y ante un contrato que no alcanzó a prever todos los pormenores pactables del mecanismo de las utilizaciones, no resulte tan absurdo y/o tan imposible el engaño, la inducción en error, máxime si la autenticidad del télex falso no era constatable únicamente —ni de hecho— ni por convenio por el sistema de claves, sino que a imprimirle y confirmarle concurrieron otros factores..."

Entre esos factores que se conjugaron para inducir en error a los funcionarios del Banco cita la Procuraduría la fórmula de reserva "*please avoid duplication*" la oportuna corrección del error en el télex sobre la cantidad en números y en letras, la circunstancia de haberse ordenado el depósito o traslado (operación bolsillo a bolsillo) entre

dos cuentas, la una cierta y la otra ficticia de la República de Colombia, la confirmación solicitada y emitida por un telefax oficial cuyo número correspondió efectivamente al Banco de la República.

Por eso, con gran lógica jurídica afirma la Procuraduría, que aunque existieron algunas omisiones o irregularidades en la emisión de las órdenes de pago, precisamente el aprovechamiento de esta clase de omisiones y desentendidos, determina la posibilidad de la comisión de la estafa, y hacen de documentos que carezcan de algunos requisitos, mecanismos idóneos para probar una voluntad inauténtica y mendaz, con lo cual tanto la falsedad como la estafa son figuras típicas de recibo y consecuencialmente entendido el complejo aparato montado por los defraudadores en toda su capacidad de engaño, el error en la denominación jurídica no existió. Concluye la delegada solicitando la no prosperidad del cargo.

Se considera:

Ha querido el Estado colombiano, proteger la seguridad de la capacidad probatoria del documento público y garantizar la confianza que en él deben tener todos los integrantes de la sociedad en cuanto a su valor, genuinidad y autenticidad dentro del tráfico jurídico. Por ello, se consideran como violatorios de la ley penal, todos aquellos comportamientos que al falsificar en cualquier sentido un documento, alteren la forma, el sentido, el contenido, el valor probatorio, la eficacia jurídica de que está dotado el instrumento.

Hoy, debido a los adelantos de la técnica, el concepto de documento para los efectos penales se ha mirado con mayor amplitud. Ya no es sólo la manifestación escrita como expresión del pensamiento y destinado a servir de prueba, sino que a él se asimila toda materialidad idónea que establezca, reconozca, modifique, extinga o en general presente un hecho dotado de relevancia jurídica.

Por eso, el artículo 225 del Código Penal expresamente asimila a documento y siempre que pueda servir de prueba "...las expresiones de persona conocida o cognoscible recogidas por cualquier medio mecánico, los planos, los dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, fonópticas, archivos electromagnéticos y registro técnico impreso...". De ahí, que los medios de comunicación impresos emitidos por funcionarios del Estado, incluidos los telegramas, los télex y toda clase de procesos, son no sólo documentos, sino además documentos públicos y por tanto, pueden ser objeto material de un delito de falsedad en cuanto sean contrarios a la verdad.

En el caso que se examina, por el teletipo oficial del Banco de la República, máquina número 45407, se remitió suscrita por el Director General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda doctor Jorge Serpa Erazo y con destino al Chase Manhattan de la ciudad de Londres, un télex oficial de notificación de retiro por la cantidad de $ 13.500.000 de dólares, télex que resultó falso como lo fueron los demás —emiti-

dos corrigiendo y confirmando el anterior— y que fueron elaborados falsos en su integridad y que sirvieron a los defraudadores para la indebida apropiación de dicha suma de dinero.

Está la Corte en presencia de una falsificación de documento público.

Tan claro es este aspecto, que el casacionista no discute la naturaleza del documento público como tal, ni su efectiva falsificación. Insiste en que esa falsedad no es punible, porque el documento en su concepto no tenía aptitud para inducir en error a nadie y menos a personas expertas en esta clase de negociaciones como los funcionarios del Chase Manhattan Bank a quienes culpa de negligentes, incluso acusa de una posible complicidad en el delito.

La doctrina y la jurisprudencia, están acordes en considerar como inidónea la conducta falsaria, cuando el documento argüido de falso, ha sido elaborado con tal imperfección u ordinariez, hasta el punto de que esa burda alteración de la verdad sea advertida de inmediato por cualquier persona a simple vista, sin necesidad de cotejo o examen posterior. Es la falsificación torpe, grosera, del instrumento que no tiene idoneidad para engañar. Es una alteración "grosalona" de la verdad de que habla Irureta Goyena. Este criterio tiene su razón de ser en que un documento así de burdamente elaborado no puede ocasionar daño ni un perjuicio efectivo y si no tiene siquiera la potencialidad de causarlo, no puede ser objeto material de un delito de falsedad porque la fe pública no se siente lesionada con él.

Pero esa inidoneidad del documento, no puede pregonarse en forma alguna, de aquellos que sirvieron para consumar la millonaria defraudación y que ahora ocupan la atención de la Sala.

En el caso *sub examine*, crearon en su totalidad varios documentos públicos falsos, íntimamente relacionados entre sí y en ellos un pseudo-otorgante hizo declaraciones encaminadas a producir efectos jurídicos. Para elaborar esos documentos de orden de pago o transferencia de fondos, se utilizó un teletipo oficial, la máquina —número 45407— de uso exclusivo del Banco de la República y en la operación se hizo aparecer como otorgante a una persona que no lo fue, pues el doctor Jorge Serna Erazo, Director General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, quien aparece suscribiéndolos no intervino en la negociación.

Es verdad, que el primer documento que daba la orden de pago, tuvo errores y vacíos en su elaboración que pudieran llevar a pensar —como lo afirma el actor— que no era apto para inducir en error. Pero, olvida el casacionista que estos errores y vacíos fueron observados por los funcionarios del Chase Manhattan quienes pidieron al Banco de la República la aclaración del caso y los errores fueron corregidos por los mismos delincuentes, quienes con nuevo télex presuntamente oficial, confirmaron esa misma noche la orden de pago, despejando cualquier incertidumbre que hubiera podido quedar en los operarios de Londres.

Pero además, como bien lo anota el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, los télex ordenando el desembolso de los dine-

ros oficiales, se rodearon de un muy bien sofisticado y preconcebido aparato, suficiente para dar apariencia de veracidad y autenticidad a los documentos apócrifos.

Se sabe, que con anterioridad a la emisión de la orden de pago, Henry Rusell copartícipe de los hechos delictuosos, había abierto una cuenta a nombre de la República de Colombia en los Bancos Morgan de Nueva York y Hapoalin de Suiza, en este último con la colaboración de un falso oficial del Ejército de Colombia y había logrado que estos bancos entraran en contacto telefónico con el Chase Manhattan, sobre la inminente operación de transferencia de fondos "bolsillo a bolsillo" que se efectuaría con los depósitos oficiales. Incluso, al Banco de Suiza se le había remitido también un télex falso desde el Banco de la República, confirmándole la transferencia de los trece y medio millones de dólares para ser consignada en la cuenta 18061 oficial. Toda esta habilidosa maniobra indudablemente, influyó para dar claros visos de autenticidad a los documentos apócrifos.

Agréguese a lo anterior, que algunas claves de seguridad habían sido suspendidas y sólo se usaban las del Banco de la República como lo certificó su gerente y que además, como lo manifiesta Lucila Castro (fl. 23) funcionaria del Banco, la totalidad de las medidas de seguridad no se exigían para la subcuenta porque ya se habían acreditado al afectar la cuenta. Y de todo esto estaban enterados los delincuentes.

No se descarta la posibilidad, como lo insinúa el demandante, que algunos funcionarios del Chase Manhattan hubiesen prestado una punible colaboración en la consumación de la defraudación. Pero este aspecto hipotético en nada demerita la apariencia exterior de los documentos que indudablemente si ostentaban las características de los genuinos y tenían en consecuencia gran capacidad y aptitud para engañar.

Se puede afirmar entonces, sin duda alguna, que se encuentra la Sala en presencia de un delito de falsedad por cuanto se alteró, la verdad en los documentos, se afectó la fe pública y el tráfico jurídico, al dar vida dentro de las actividades crediticias internacionales a una orden de pago con las características de instrumento público emanado de la entidad oficial que podía emitirlos, con gran relevancia y capacidad probatoria hasta el punto que como bien lo anota el Tribunal de Bogotá fueron suficientes para obtener la transferencia de dinero con perjuicio del erario nacional y en beneficio exclusivo de los defraudadores.

Se emplearon escritos apócrifos aptos para inducir en error y con capacidad suficiente para despertar credibilidad por su aparente veracidad y autenticidad.

No prospera el cargo.

Segunda demanda

El señor apoderado de Luis Alberto Orozco formula un sólo cargo contra la sentencia al amparo de la causal primera, violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 26, 356 y 372 inciso 2º del Código Penal.

En la fundamentación del cargo hace el casacionista un meritorio estudio sobre el concurso real y el aparente de tipos penales y los diversos principios que la doctrina ha señalado para solucionarlos y darles adecuado tratamiento, afirmando que en el caso de estudio se encuentra la Corte ante "...la existencia de un concurso aparente de delitos entre la estafa y la falsedad con uso de documento público, el cual debe resolverse aplicando el principio de consunción en su modalidad de hecho posterior copenado ..". Agrega, que la falsedad documental no tiene sentido alguno sin su posterior uso en perjuicio de alguien, pues esa es la forma como normalmente se agota el delito contra la fe pública. Concluye el censor, solicitando a la Corte, casar parcialmente la sentencia y condenar a su asistido únicamente por un delito de falsedad en documento público, agravado por el uso del documento.

Concepto del Ministerio Público:

No comparte el Procurador Delegado las objeciones de la demanda, por considerar que ya han sido respondidas por la Corte en reciente sentencia de 22 de agosto de 1989, cuando al aceptar el concurso efectivo entre fraude procesal y estafa, dijo lo siguiente:

"...En materia de hecho posterior, según la doctrina más generalizada, la circunstancia de que la nueva acción deba realizarse 'normalmente' para perfeccionar el objetivo propuesto no es lo único que caracteriza el llamado principio de consunción, sino además la no intensificación cuantitativa del daño ya producido y la ausencia de lesión a un nuevo bien jurídicamente tutelado, porque de ocasionarse cualquiera de estos dos últimos eventos, adquiriría realidad práctica la noción del concurso con retraimiento del que se suele denominar acto posterior copenado..."

Agrega la delegada, que para excluir una ley un beneficio de otra, no se puede dejar por fuera aspectos sustanciales vinculados con la criminosidad general del comportamiento y que no debe confundirse el llamado delito complejo (hurto agravado por penetración a domicilio) con el acto posterior copenado en que existe lesión de un sólo orden.

Sostiene con gran propiedad el señor Procurador y ya refiriéndose al hecho en estudio que "la falsedad es un mecanismo de engaño cuyo contenido está complementado por el mismo bien jurídico que tutela el tipo, es decir, busca traicionar la capacidad probatoria de los medios de prueba para alterar, crear o suprimir relaciones jurídicas". Agrega la Procuraduría, que como los medios de prueba están dados para todo tipo de relaciones sociales reconocidas jurídicamente, no puede aceptarse que la falsedad documental, sólo necesaria y formalmente deba afectar el patrimonio; por ello, expresa, que si por obra del falsario se intensifica el daño al orden jurídico establecido con ánimo de provecho propio o de terceros y en perjuicio ajeno, es factible el concurso real de hechos punibles.

Concluye, afirmando la Procuraduría que "cuando por la consunción un tipo excluye a otro (o mejor, lo subsume) de conformidad

con su función punitiva es porque el desvalor del subsumido está explícita o implícitamente declarado en el tipo que prevalece. Pero ello implica relaciones entre ambos tipos penales o entre los respectivos bienes jurídicos que nosotros no vemos entre la falsedad y la estafa, porque ni en uno ni en otro delito hay elementos típicos mutuamente retomados ni hay progresión, ni hay relación de necesariedad de medio a fin, ni se trata de actos copenados por lo que ya expresara la Corte en cuanto a la intensidad del injusto y de la misma culpabilidad..." Por estas razones, considera la delegada, que el cargo no debe prosperar.

Se considera:

Es indudable, como lo demuestra el proceso, que en el caso en examen, se realizaron comportamientos que lesionaron la fe pública y el patrimonio económico del Estado colombiano. Demostrado está, que se elaboraron télex oficiales falsos, documentos que por su naturaleza jurídica tienen la calidad de públicos y que dada su aparente veracidad y autenticidad fueron usados para obtener un considerable lucro en perjuicio del erario público. Pone en evidencia el proceso, tanto los elementos que integran el delito contra la fe pública, como los que afectan el patrimonio del Estado, pues la emisión de los télex, maniobra de por sí engañosa, estuvo rodeada de otra serie de actividades fraudulentas encaminadas a inducir en error y a obtener un beneficio económico, conducta esta última que se subsume en el tipo penal de la estafa.

La impugnación vuelve a traer a la Sala el debatido tema, de si puede existir concurso efectivo entre la falsedad en documento público, su uso y el delito de estafa, o si uno de estos tipos penales absorve al otro de acuerdo al principio de consunción, o al criterio del delito copenado.

Diferente ha sido el tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, han dado a esta modalidad concursal, entre la falsedad y la estafa, según se trate de documento privado o documento público. Ello obedece a que de acuerdo a nuestra legislación penal, la falsedad en documento privado, el momento consumativo se identifica con su uso, dado que se le considera como figura punible de doble actividad consistente acumulativamente en las acciones de falsificación y el uso del documento. En este caso, el delito sólo existe cuando se ha hecho uso del documento falso con daño o peligro de daño para la fe pública, por tratarse de dos acciones recíprocamente integrantes: la producción de la falsedad y el empleo del documento falso.

En cambio, en el documento público el momento consumativo está constituido por la elaboración, alteración o supresión del documento sin que sea necesario para integrar el delito que el documento falsificado sea empleado —ya que del sólo hecho de falsificarlo, se deriva una lesión cierta a la fe pública a la función oficial autenticadora (art. 220 del C. P.). De ahí que el uso del documento, conducta que también lesiona la fe pública, constituya delito autónomo, de

acuerdo al artículo 222 del mismo Estatuto, independientemente de las demás lesiones a otros bienes jurídicos que ulteriormente pueda ocasionar el uso del documento.

Pero ha sido unánime y reiterada la jurisprudencia que reconoce la modalidad concursal, tratándose de falsedad en documento público por cuanto la lesión al bien jurídico (fe pública) queda perfecta por la sola falsificación del documento, sin que sea necesario su uso para integrar la conducta ilícita y sin que puedan considerarse como circunstancias constitutivas del delito las lesiones a otros bienes jurídicos, como el patrimonio económico que ulteriormente pueda ocasionar el uso del documento apócrifo.

En estos casos, se estaría —como lo anota el señor Procurador— en presencia de comportamientos diferentes que al lesionar diversos bienes jurídicos, constituiría un concurso material de hechos punibles integrado por la falsedad en documento público y la estafa al patrimonio económico.

La falsificación —dice Sebastián Soler— "...es empleada con suma frecuencia como medio para la comisión de otros delitos y en particular de delitos contra el patrimonio. Ello plantea el problema de determinar las formas de concurrencia de los hechos de falsedad y estafa. De acuerdo con los principios explicados acerca de la separabilidad de las lesiones jurídicas parece claro que tampoco podrá adoptarse la misma solución para los casos de documentos públicos o de documentos privados.

"Con respecto a los documentos públicos, es hoy opinión general que la falsedad concurre materialmente con la estafa. A nuestro juicio, es claro que la lesión implicada por la usurpación de funciones oficiales autenticadoras no es absorvida ni puede serlo por la ulterior lesión producida en algún otro bien jurídico. Con relación a los documentos privados en cambio, el sólo hecho de que el momento consumativo se identifique con el uso ya señala una diferencia" (Sebastián Soler —Derecho Penal— Tomo V).

Del mismo parecer son Lombardi y Manzini citados por Soler.

Pretende el censor, que los anteriores criterios no son válidos ante el inciso 2º del artículo 222 que incrementa la pena, cuando quien elabora el documento falso es el mismo que lo usa, y que comprende un aumento punitivo para la falsedad del documento seguido de su empleo.

Tal objeción es inadmisible, porque el inciso segundo del artículo 222 no tiene otro objetivo que evitar las consecuencias que para el delincuente acarrearía la acumulación de penas, si se le juzgara por la falsedad material en documento público (art. 220 del C. P.), y al mismo tiempo por el uso de documento —art. 222 del C. P.—, normas específicas que lesionan ambas el bien jurídico de la fe pública. Pero tal criterio, no tiene aplicabilidad cuando el comportamiento excede al que la figura principal requiere como elemento constitutivo, o tiene como agravante, más aún cuando con él se lesionan bienes jurídicos diferentes. La aplicación del inciso segundo del artículo 222

no puede dejar impunes consecuencias ulteriores provenientes del uso del documento, como la grave lesión al patrimonio económico en el caso que se examina.

Tal criterio fue aplicado por la Corte en sentencia de 16 de abril de 1985, cuando admitió el concurso entre la falsedad de documento público y el peculado proveniente de su uso. Dijo la Corporación:

"En la falsedad en documento público no se precisa de su uso para que pueda hablarse del perfeccionamiento del delito, como sí es necesario que ocurra cuando ella recae en documento privado. En tratándose de aquel, puede afirmarse, una vez falsificado, la existencia del delito aunque no se haya usado, con tal eso sí, que el documento tenga la capacidad para servir de medio de prueba y tenga la potencialidad de ser utilizado. De ahí que su uso por la misma persona que lo falsificó configure agravación del ilícito como se dejó anotado. Por tanto, como además de falsificar los documentos, el procesado se apropió de dineros entregados en razón de procesos que cursaban en su despacho y sobre los cuales tenía él la disponibilidad jurídica, incurrió también en el delito de peculado en concurso con el de falsedad..."

Idéntica posición adoptó la Corte en la sentencia de 22 de agosto de 1989 citada por el señor Procurador en su concepto, al admitir el concurso material entre los delitos de falsedad en documentos públicos y fraude procesal.

Lo expuesto es suficiente para que no prospere esta impugnación.

Tercera demanda

El apoderado del sentenciado Antonio Cebollero formula diversos cargos contra la sentencia al amparo de la causal primera, cuerpo segundo —violación indirecta— de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación y valoración de la prueba.

Primer cargo. Considera el casacionista que se incurrió por el juzgador en error de derecho, falso juicio de legalidad, al darle valor y apreciar en el juicio la prueba técnica surgida de la interceptación de las líneas telefónicas. Afirma, que dichas grabaciones no fueron agregadas legalmente al proceso mediante escrito certificado por el juez (art. 375 del C. de P. P.) y que no hubo oportunidad de controvertirlas. Que no se estableció técnicamente mediante espectógrafo que la voz de las grabaciones fuera de Cebollero y que no allegaron las certificaciones juradas de los expertos, en el sentido de que las transcripciones correspondían fielmente en su contenido al de las cintas grabadas.

Sin embargo, de las glosas que formula el censor, unas no concuerdan con la realidad establecida en autos, y otras no son de la entidad suficiente como para desestimar la prueba y desconocer su valor probatorio.

Se sabe, que la orden de interceptar las líneas telefónicas de las personas comprometidas en el hecho investigado, entre ellas la del señor Cebollero, fue proferida por los jueces Diecisiete y Cuarenta y

Tres de Instrucción Criminal quienes adelantaban el sumario y a petición del señor Procurador General de la República. Los teléfonos fueron interceptados y las conversaciones grabadas en cintas o casettes por expertos de la Policía Judicial, como lo fueron, los señores Ramón Otálora, Beatriz Calero y Arturo Caicedo. Consta igualmente, que los casettes permanecieron por algún tiempo en el despacho judicial, hasta cuando el juez por razones de seguridad consideró necesario su traslado a las oficinas de la Procuraduría. Sin embargo, la transcripción al papel del contenido de las grabaciones permaneció todo el tiempo a disposición de las partes agregada al expediente.

Se puede afirmar entonces, que esta prueba fue decretada por juez competente, practicada por funcionarios idóneos, presentada al proceso con la manifestación de los expertos de haber sido recepcionada por ellos, con conocimiento y aquiescencia del juez, de ahí que la falta de la certificación a que alude el artículo 375 del Código Penal, no sea suficiente para invalidar una prueba sobre la cual las partes disfrutaron ampliamente de la oportunidad de impugnarla, tuvieron el derecho de controvertirla, sin que en momento alguno se presentara objeción al respecto. No se quebrantaron los principios de publicidad y contradicción que orientan la aducción de la prueba.

Por eso el Procurador Delegado, al tratar este tema, sostiene que la prueba fue recogida por funcionario público, en ejercicio de misión encomendada por el instructor, fue aducida al proceso con conocimiento del juez estuvo a disposición de las partes en las dependencias de la Procuraduría durante el transcurso del proceso y su contenido fue conocido por las transcripciones.

Se omitió en realidad, como lo afirma el demandante, la identificación de la voz de Cebollero, mediante el empleo del espectógrafo, prueba que hubiese sido de gran utilidad, pero que no era indispensable en este caso, pues el propio Cebollero aceptó en sus manifestaciones ante los investigadores que era su voz la que se escuchaba en las grabaciones y que era su hija Natalia la que mantenía una conversación telefónica con Soto Prieto que fue interceptada y en la cual se hablaba de giros de dinero a Suiza.

Por otra parte, los técnicos de la Policía Judicial manifestaron bajo juramento, que reconocieron la voz de Cebollero en las grabaciones, personaje a quien ya conocían y a quien habían realizado un seguimiento por varias ciudades del país. En el curso de esta actividad, los agentes después de haber tomado fotografías a Cebollero cuando se entrevistaba con otras de las personas comprometidas en los hechos, hablaron con él en diversas oportunidades.

En estas condiciones, las manifestaciones juradas de los miembros de la Policía Judicial en el sentido de que una parte de la grabación correspondía a conversaciones telefónicas de Cebollero, permitía al juez valorar dicho medio de convicción de acuerdo a la sana crítica, sin que el hecho de no haberse empleado el espectógrafo prive a la prueba de su fuerza de convicción y menos aún le reste validez. No prospera el cargo.

Cargo segundo

Por error de derecho, critica el casacionista la apreciación que se hiciera en la sentencia del indicio del cambio de posición económica del sentenciado, por no estar acreditado el hecho indicador, ya que la circunstancia de que Cebollero tuviera en un Banco de Panamá la reducida suma de 738 dólares, no ofrece sustento suficiente a la apreciación del juzgador.

Se responde al respecto, que si en realidad no aparece demostrado que Cebollero hubiese girado cheques por cuantiosas sumas, es lo cierto, que el indicio no se dedujo únicamente del hecho que alude el casacionista, sino sobre otras pruebas sobre las cuales no extiende la censura el actor y que bien permitían al juzgador dar por establecido el hecho indicador. Consta en autos, que Cebollero creó en Cali la empresa "PROICON" con un capital inicial de veinticinco millones de pesos y prueba testimonial afirma que Cebollero recibió de su cuñado Soto Prieto una casa de habitación cuyo título traslaticio de dominio este no alcanzó a otorgar por su apresurada salida del país. El hecho de que el Banco de Panamá no pudiera pagar un cheque girado por Cebollero por diez mil dólares, por sólo tener en la cuenta 738 dólares, no debilita el indicio, si se tiene en cuenta que el informe correspondía a un estado de cuenta para abril de 1984, un año después de la fecha de consumación del reato, cuando los acusados habían contado con tiempo suficiente para colocar el dinero lejos del alcance de las autoridades. No prospera la impugnación.

Tercer cargo

Considera el casacionista, que el Tribunal incurrió en error de derecho al aceptar y apreciar como prueba el reconocimiento fotográfico que de Cebollero hiciera Norberto Ruiz Sánchez, porque la diligencia se practicó sin el cumplimiento de uno de los presupuestos que señala la ley, como lo es la presencia de un número plural de fotografías.

Como lo anota acertadamente el señor Procurador, la presunta diligencia de reconocimiento, no tuvo por objeto la identificación del acusado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 389 del Código de Procedimiento Penal, porque ya Cebollero había sido señalado por prueba testimonial, como la persona que en compañía de Rodríguez Cristancho había tratado de penetrar indebidamente ofreciendo dinero, a las oficinas del Fondo Andino de Reservas. La fotografía sólo sirvió para complementar el testimonio del celador y como prueba testimonial se apreció por el juzgador. El propio Cebollero fue capturado cerca a este lugar y acepta su presencia aunque por razones diferentes.

No prospera la impugnación.

Cargos cuarto y quinto

Las consideraciones de la Corte al responder el cargo anterior, tienen plena validez en relación con los cargos cuarto y quinto que tratan de desvirtuar otros de los elementos de prueba (indicio de con-

tradicción y acta de inspección judicial a las dependencias del F-2) y sobre los cuales se basó igualmente el Tribunal para afirmar la presencia de Cebollero y Rodríguez en el Fondo Andino de Reservas, circunstancia suficientemente probada sin que la equivocación del Tribunal al afirmar una contradicción inexistente en el dicho del acusado, cuando sólo hay una contradicción con Rodríguez, su compañero en la empresa criminal, afecte o desvirtúe el hecho que el Tribunal dio por probado.

Se agrega tan sólo, que en la tacha propuesta, el actor trata únicamente de imponer su personal criterio interpretativo sobre el parecer del juzgador en relación con la estimación de las pruebas, en posición inadmisible en sede de casación. Por eso ha dicho la Corte, que "si al juez corresponde apreciar razonablemente esos medios probatorios, vale decir, si goza de prudente y necesario arbitrio, al ejercer la facultad de evaluarlos para formar su convicción, existe imposibilidad jurídica para fundar un error de derecho en las normas que tal sistema estructuran.

"Es preciso no olvidar, que el error de derecho en la estimación de una prueba, sólo puede resultar de la confrontación entre el mérito reconocido o negado a este medio en la sentencia y el mérito que tiene o del cual carece a la luz del texto legal que establece su valor probatorio..." (sent. marzo 25 de 1974).

Cargo sexto

Alega el censor, que el juzgado, incurriendo en error de derecho, apreció como confesión la versión rendida por Cebollero ante Jaime Hernández Salazar y otros funcionarios de la Procuraduría, cuando en su concepto dicha prueba carece de toda validez.

Para desoír esta impugnación, es suficiente advertir que el Tribunal no apreció dicha prueba como confesión, en el sentido que la ley otorga, es decir, como aceptación de la responsabilidad hecha por el acusado ante juez competente, sino como indicio de responsabilidad, que con sobrada razón dedujo el juzgador de prueba testimonial digna de credibilidad y proveniente de personas que escucharon a Cebollero cuando hacía comprometedoras manifestaciones y esa credibilidad —como lo afirma el Procurador—, "...es asunto de competencia de las instancias como que se trata de valoración de testimonios, prueba no sujeta a tarifa legal y que por tanto, no podía generar error de derecho..."

No prospera la censura.

Cargo séptimo

Expresa el recurrente, que el Tribunal dio por demostrada —suponiendo pruebas—, la capacidad moral del sentenciado para delinquir, lo cual constituye un evidente error de hecho.

Considera la Corte, que la apreciación que hizo el Tribunal sobre la personalidad del acusado, no es supuesta ni gratuita. Si bien es

cierto, que no aparece certificación sobre la existencia de procesos en contra de Cebollero, éste admite que en 1980 llegó a Colombia huyendo de Suiza, donde las autoridades lo requerían en extradición para responder por un delito de estafa. Téngase en cuenta además, que Cebollero ocultando su identidad y haciéndose llamar Felipe, ejerció presión sobre su empleado Lara Satizábal para que guardara silencio y trató mediante la oferta de dinero, internar a Fernando Bedoya como enfermo mental en una clínica de la ciudad de Cali, para que éste no fuera descubierto por las autoridades, ya que era buscado por su participación en la dolosa defraudación. Quien de tal manera obra, denota indudablemente una gran capacidad moral para el delito, un comportamiento antisocial que el Tribunal con acierto dedujo de claros e irrefutables elementos de prueba. En estas condiciones, el cargo no puede prosperar.

Octavo cargo

Afirma por último el censor, que el Tribunal incurrió en error al deducir como indicio una posible participación de Cebollero en la muerte de su empleado Lara Satizábal. Debe aceptarse, como lo hace el señor Procurador que este hecho no está probado aunque el padre de Lara compromete a Cebollero en la muerte de su hijo a quien, se afirma, presionaba para que guardara silencio. Pero, aún prescindiendo de este indicio, la participación de Cebollero en la defraudación al Estado colombiano, es manifiesta y la sola prosperidad de esta censura no puede de modo alguno llevar a la Corte a revocar la sentencia.

Las anteriores consideraciones, son suficientes para que la Corte, no case la sentencia, objeto del recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia recurrida, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

CASACION. NULIDAD

Los errores in procedendo son vicios de actividad, su forma de enmienda por lo gensral es la nulidad; mientras que los errores in judicando se producen en el acto de juzgar y su corrección se hace directamente por la Corte de Casación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 049 de 24 de julio de 1990.

Vistos:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación, en sentencia fechada el dos de febrero de mil novecientos ochenta y nueve absolvió al procesado *Arturo Luciano Pérez* de los cargos que contra él se habían formulado por el delito de Acceso Carnal Violento, según hechos ocurridos en aquel municipio el día dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y siete.

Apelada que fuera esta decisión, correspondió desatar el recurso al Tribunal Superior de Ibagué, Corporación que en fallo del doce de abril siguiente revocó la absolución proferida y en su lugar condenó al encausado a la pena principal de veintiséis meses de prisión, como responsable del delito por el cual se le llamó a responder en juicio.

El defensor del procesado interpuso contra la sentencia de segundo grado el recurso extraordinario de casación el cual, luego de concedido, fue admitido por la Corte en auto del dieciocho de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve. Presentado el libelo respectivo y declarado ajustado a las exigencias legales, corresponde ahora a la Sala pronunciarse sobre la impugnación propuesta.

Hechos:

Según cuentan los autos, el día dieciocho de junio de mil novecientos ochenta y siete llegó hasta la casa del procesado Arturo Luciano Pérez la señorita Olga Lucía Morales Cifuentes, de sólo dieciséis años de edad, con el fin de cuidar la hija del acusado y solicitar a la esposa de éste un libro en calidad de préstamo.

En la citada residencia, ubicada dentro del área urbana del municipio de Purificación y pared de por medio con la casa en donde residía la víctima, solamente se encontraban el sindicado y su menor hija de escasos dos años de edad. Esta circunstancia fue aprovechada por Arturo Luciano Pérez quien solicitó a Olga Lucía que le pusiera la ropa de dormir a la pequeña y cuando a ello procedió, se le acercó por detrás, la derribó sobre la cama y luego de algún forcejeo, la accedió carnalmente contra su voluntad produciéndole desfloración y consiguientemente sangrado en sus genitales.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de su progenitora por parte de la agredida, quien fue llevada ese mismo día a reconocimiento por la médica del lugar, quien dictaminó la desfloración y la percepción de signos externos de violencia de carácter leve. Al día siguiente, la propia menor formuló la respectiva denuncia en contra del sentenciado.

Actuación procesal:

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Purificación ordenó la apertura de la investigación en auto calendado el diecinueve de junio de mil novecientos ochenta y siete y a fin de comprobar la realidad de los hechos, ordenó las pruebas instructivas que estimó necesarias, entre ellas la indagatoria del acusado que se surtió el mismo día de la apertura del sumario.

Llegado el expediente al Juzgado Veinte de Instrucción Criminal del lugar para el adelantamiento de la fase investigativa, se resolvió la situación jurídica del incriminado mediante auto de dieciocho de julio del año citado, en el cual se abstuvo de dictar medida de aseguramiento. Esta determinación, sin embargo, fue luego revocada el veintiocho de septiembre por el mismo juzgado que ordenó la detención preventiva con beneficio de excarcelación para el procesado. No obstante, a petición de parte se produjo una revocatoria de esta última medida en auto de nueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete por parte del mismo juzgado, decisión que fue luego revocada por el Tribunal Superior de Ibagué el día veintiséis de noviembre del mismo año.

Cerrada la investigación, el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Purificación formuló resolución de acusación en contra de Arturo Luciano Pérez, como sindicado del delito de acceso carnal violento. El veintisiete de septiembre siguiente el proceso recibió auto de control de legalidad por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de aquel municipio.

Celebrada la audiencia pública de juzgamiento, se dictó la sentencia absolutoria ya referida, la cual fue luego revocada por el Tribunal de Ibagué.

La demanda de casación:

Con fundamento en lo previsto en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el censor eleva seis cargos contra la sentencia de se-

gunda instancia a la que acusa de haber violado la ley sustancial de forma indirecta por error de hecho, en cuanto que el juzgador incurrió en falsos juicios de identidad respecto de algunas pruebas testimoniales, pericial e indiciarias.

El primero de los ataques lo centró el libelista en la equivocada valoración que hizo el Tribunal del testimonio de la ofendida Olga Lucía Morales Cifuentes. Sostuvo a este respecto que la errónea apreciación se concreta en el hecho de haber dado credibilidad a las declaraciones de la víctima quien no fue acorde en sus diversas intervenciones procesales ni conteste con los demás medios de convicción, testimonio del cual no podía, de conformidad con las reglas de la sana crítica, derivar la demostración de la violencia presuntamente ejercida por el acusado para obtener la cópula sexual. Señaló prolijamente el censor las afirmaciones que estimó mentirosas de la ofendida, poniendo de presente a través de ellas, además, que Olga Lucía Morales no hizo oposición real a las pretensiones de Arturo Luciano Pérez, no adoptó conducta alguna tendiente a evitar el acceso carnal, pudiendo hacerlo, puesto que las condiciones fácticas relatadas por ella demuestran que existían condiciones para oponer resistencia o escapar del lugar de los hechos.

La segunda censura toca con la valoración del testimonio de la señora Josefina Cifuentes Sanabria, del cual —junto con los demás medios de prueba— dedujo el Tribunal la existencia de una violencia real para el acceso carnal. Sobre este punto el demandante manifestó que el juzgador de segunda instancia apreció erróneamente esta declaración puesto que, según los cotejos que hace entre este testimonio y el de la ofendida, concluye que no es verdad que la víctima haya gritado durante el acoplamiento sexual en solicitud de auxilio, sino que las voces fueron de dolor ante el ayuntamiento que hacía por primera vez. Adujo también el censor que el testimonio resulta inverosímil puesto que la declarante vivía en la casa contigua a aquella en que sucedieron los hechos y por tanto ha debido pasar a auxiliar a su sobrina, porque no podría aceptarse la explicación de la citada señora Cifuentes Sanabria que creyó que los gritos provenían de la esposa del encartado, pues acreditado se halla que sabía que ésta no se encontraba en la residencia.

El tercero de los cargos lo dirige el memorialista contra la constancia y posterior declaración jurada que rindiera la médica Norma Constanza Villegas Rodríguez, quien reconociera a la víctima del hecho momentos después de sucedido el mismo y dictaminó la observación de señales externas leves de violencia en el cuerpo de la señorita Morales Cifuentes, especialmente en las zonas inguinal y perineal. Estima el casacionista que el juzgador de segundo grado concluyó de estas probanzas la existencia de violencia física en la relación carnal, siendo que las mismas no demuestran tal hecho en la medida en que fueron contradichas por el mismo testimonio de la ofendida, por el experticio realizado por el médico autorizado del Instituto de Medicina Legal de la zona 10 y por la doctora jefe de Reconocimientos Médicos del Instituto de Medicina Legal, a más de que el dicho criticado resulta en ocasiones contradictorio intrínsecamente.

Alegó el censor que de haberse hecho la crítica probatoria dentro de los estrictos parámetros de la sana crítica, la conclusión que se imponía era la falta de demostración de la violencia en la relación sexual, y por lo tanto la absolución del procesado.

Un cuarto ataque esboza el demandante, esta vez en contra del dictamen pericial rendido por el médico del Instituto de Medicina Legal de la zona 10 que reconoció a la ofendida menos de veinticuatro horas después de ocurridos los hechos. Resalta en este punto que el citado dictamen pericial informa que no se observaron huellas externas de violencia en la región corporal, situación que se encuentra avalada por otros medios de convicción. Terminó afirmando el casacionista que "no obstante se subestimó el dictamen del perito o francamente se le negó valor probatorio".

La quinta censura refiere error en la apreciación del dictamen pericial rendido por la doctora María Dolores Sánchez, jefe de Reconocimientos del Instituto de Medicina Legal, porque se desconoció su contenido que por sí mismo era suficiente para acreditar la falsedad de las apreciaciones de la doctora Norma Constanza Villegas Rodríguez en cuanto a los signos de violencia externa que dijo haber observado, y también porque no se comprendió la significación del punto cuarto del peritazgo según el cual "las lesiones descritas son calificadas como lesiones leves de los tejidos blandos, las cuales pueden o no presentarse en una relación normal", contenido este que indica que las leves lesiones presuntamente observadas en la víctima no son señales inequívocas de violencia.

El último de los ataques lo dirige el libelista contra la prueba indiciaria, concretamente ante los indicios de oportunidad, del rastro o huella de acto violento —los pantalones interiores de la ofendida fueron aportados rasgados al sumario— y de las manifestaciones posteriores del procesado cuando éste ofreció "arreglar" el conflicto familiar con dinero.

Sobre este aspecto resalta el defensor que el indicio de oportunidad predicado por el juzgador no se puede entender como referido al delito de acceso carnal violento puesto que solamente comprueba que Arturo Luciano Pérez tuvo ocasión de acceder carnalmente a la señorita Olga Lucía Morales Cifuentes, no que tal ayuntamiento sexual se haya realizado mediante violencia.

La prueba de responsabilidad derivada del desgarramiento del pantalón interior de la víctima resultó deficientemente construida en la medida en que carecía de elementos de juicio suficientes para concluir la contundencia del hecho indicador, ya que no se estableció en el expediente si aquella prenda se hallaba en buen estado antes de los hechos, cuál era su calidad, si se trataba de un pantalón nuevo o desgastado por el uso, y no se precisó si las señales que ostentaba correspondía realmente a una rasgadura, a una rotura o simplemente a una descosedura. Ante este hecho, no se podrá concluir, dice el censor, que el pantalón roto comprueba la aplicación de fuerza física para la obtención de la cópula. Reforzando sus argumentos, señaló que la descripción que la propia ofendida hizo de los hechos, demuestra que resultaba imposible la aplicación simultánea de la violencia

con los otros actos del procesado, puesto que éste en varios momentos tuvo sus manos ocupadas realizando actividades tales como bajar la cremallera de sus pantalones, con lo cual no se ve cómo pudo ejercer simultáneamente fuerza sobre la víctima, ni se encuentra explicación lógica alguna para que ésta no pidiera auxilio a sus parientes que se hallaban en la casa vecina, o hubiese emprendido la huída.

Respecto del indicio de las manifestaciones posteriores al delito, el demandante pone de presente que el ofrecimiento de "arreglar" el problema no surgió del encausado sino de la propia madre de la señorita Morales Cifuentes. Sustentó también su censura en el hecho de que aún cuando Arturo Luciano Pérez hubiese ofrecido la compensación económica, ello no prueba la realización del hecho punible, pues bien sabido es que en algunas regiones del país es éste un sistema socialmente aceptado para solucionar los conflictos derivados de una relación sexual o desfloración, independientemente de que ello constituya infracción a la ley penal.

Terminó el demandante solicitando la ruptura de la sentencia y un fallo absolutorio a favor de su defendido.

El concepto del Procurador Delegado en lo penal:

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal es de la opinión que la sentencia no debe casarse, arguyendo fundamentalmente la ausencia de técnica de la demanda. En un breve análisis de la misma, dijo respecto del primer cargo:

> "En realidad, el supuesto error de hecho sólo sirve de título al cargo, porque lo que se demuestra es que el señor defensor tiene un criterio diferente al del Tribunal sobre la credibilidad de la versión de la denunciante, debate propio de las instancias pero inaceptable en casación".

Y refiriéndose al segundo de los cargos, sostuvo:

> "Muy interesante y explicable la posición del señor defensor, pero eso no revela un error de hecho sino juicio diferente sobre la valoración de las pruebas. Afirmar que se violó el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal que obliga a valorar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es aceptar abiertamente que detrás del rótulo del error de hecho, se está discutiendo es un problema de valoración que técnicamente no corresponde".

Refiriéndose a la tercera censura el Procurador Delegado la calificó de sofística y remarcó que el ataque no es más que la presentación de una valoración diversa de la prueba, lo que no constituye error de hecho.

Al contestar el cuarto ataque dividió el mismo en dos partes, señalando que la primera de ellas (la subestimación del dictamen del perito del Instituto de Medicina Legal) responde a un desacierto del censor que llama error de hecho a lo que no es más que una equivocada valoración de la prueba. En la segunda parte, referida a la afirmación del demandante según la cual el Tribunal cambió el significado

del dicho de la doctora Norma Constanza Villegas Rodríguez, consideró que sí se ajustaba a la técnica del recurso, en cuanto que correspondería exactamente al error de hecho, pero predicó su improsperidad porque "no existe dentro del proceso, porque el sentenciador se atuvo a lo dicho por la testigo", para concluir el análisis del cargo diciendo: "Probado el acceso carnal y la existencia de unas lesiones leves, no hay ningún error en que esas circunstancias sean tenidas en cuenta para que junto a las demás pruebas se acredite la violencia".

Para oponerse a la quinta censura, consignó textualmente el Colaborador Fiscal:

> "No hubo desconocimiento del dictamen en su alcance, porque precisamente lo que dice es que las lesiones descritas pueden ser o no ser causadas por una relación normal, lo que deja abierta la posibilidad para concluir de acuerdo a lo recogido por la investigación. Es el demandante el que le da un alcance que no tiene el dictamen y por eso pretende que no se puede deducir que esas lesiones provinieron de una violación.
>
> "En el cuarto cargo se afirma que las lesiones no existieron y en este, se admite que existieron pero que no sirven para deducir de ahí la violencia. Planteamientos francamente contradictorios".

Sobre los ataques que realiza el libelista con base en la prueba indiciaria, comienza por poner de presente el Colaborador Fiscal que el indicio de oportunidad, tal como puede leerse en la sentencia, no lo consideró el Tribunal como demostrativo de violencia; la rasgadura del pantalón, estimó el Procurador Delegado, es una señal de violencia que si bien puede ser objeto de debate en cuanto a la valoración probatoria del hecho mismo, no constituye error de hecho y finalmente, sostuvo refiriéndose al indicio de las manifestaciones posteriores al delito:

> "Entender que ese deseo de arreglar sea producto del 'sentimiento o complejo de culpa'; es una conclusión susceptible de controversia, pero de ninguna manera acusable como error de hecho".

Consideraciones de la Sala:

Dentro de la actividad procesal en materia penal, el funcionario encargado de adelantarla puede incurrir en uno cualquiera de dos tipos de errores: in procedendo *e* in judicando.

Los errores in procedendo, *también conocidos bajo el nombre de vicios de actividad, se caracterizan porque pueden cometerse en cualquiera de las etapas del proceso e imponen la invalidación del mismo desde el momento en que se produjo hacia el futuro en cuanto los demás actos dependan del ilegalmente construido. Se trata de violaciones a la ley de ritos y que fundamentalmente pueden presentarse o porque alguna de las partes no ejecutó lo que la ley le impone hacer,*

o porque alguno de los sujetos procesales desarrolló alguna actividad que la ley le prohibe, o porque uno de los intervinientes en el proceso asumió una actitud diversa a la señalada por la norma instrumental.

Estos errores pueden bien romper la unidad conceptual del proceso o la unidad formal del mismo en cuyo caso se habla de errores de estructura, o bien pueden violar los derechos procesales y son entonces conocidos como errores de garantía.

Como quiera que se trata de vicios de actividad, su corrección no siempre puede lograrse una vez agotadas las etapas procesales en las cuales se cometieron, y por ello su forma de enmienda por lo general es la nulidad, dentro de los parámetros establecidos para este fenómeno por la ley instrumental y los principios garantistas de la carta fundamental.

Los errores in judicando, *por el contrario, tienen como condición esencial que se producen en el acto de juzgar, esto es, en la sentencia, de allí que su corrección pueda hacerse directamente por la Corte de casación a través de la correcta aplicación de la lógica jurídica en el fallo. Se trata de equivocaciones en que incurre el juzgador en el desarrollo de su actividad intelectual, que implican la construcción errada de premisas que tienen incidencia efectiva en la conclusión que se deduce en la sentencia.*

Este tipo de errores pueden, a su vez, ser de derecho o de hecho. Se dice que se ha cometido un error de derecho, cuando se expresa un falso juicio de valor sobre la norma, y de allí que esta clase pueda predicarse tanto de la violación directa de la ley sustancial como de la vulneración indirecta de la misma.

Cuando se está frente a la violación directa de la ley sustancial porque el fallador incurre en equivocaciones relativas a la existencia misma de la norma, a su selección o a su hermenéutica, es indudable que en el acto de juzgar se produjo un falso juicio sobre la norma y ello da base a que se recurra en casación a través de la causal primera, cuerpo primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

El error de derecho se ubicará en la infracción indirecta de la ley sustancial (causal primera, cuerpo segundo), en dos diversas eventualidades:

a) Cuando el sentenciador admite y confiere valor probatorio a un medio de convicción irregularmente aportado al proceso, por omisión de las formalidades que la ley exige para su aducción (falso juicio de legalidad), evento este en el cual el falso juicio de valor recae sobre la norma que impone las formalidades con las cuales se debe introducir la prueba al proceso, desconociéndola o dándole a ella un alcance diferente al que tiene;

b) Por falso juicio de convicción, cuando a la prueba se le niega el valor que la ley le asigna o es valorada en forma diversa a como lo señala la norma, esto es, se desconoce la norma que establece la tarifa probatoria bien para dejar de aplicarla o para apartarse de su contenido. Estas eventualidades, dentro del actual derecho procesal colombiano, han devenido desuetas en virtud del principio de aprecia-

ción probatoria de acuerdo con las reglas de la sana crítica que rige la valoración de los medios de convicción en el Código de Procedimiento Penal en el cual desapareció toda tarifa legal.

El error in judicando *será de hecho cuando el falso juicio se realiza por el fallador en torno a la prueba fácticamente considerada. En este evento se habla de falsos juicios de existencia y de identidad. El primero, en la medida en que la equivocación verse sobre la existencia material del medio probatorio como cuando el juzgador supone un medio de convicción que no obra realmente en el plenario o desconoce uno que aparece en la actuación procesal; será falso juicio de identidad, cuando el hecho que recoge la prueba fue tergiversado por el sentenciador, es decir, que éste puso a la prueba a acreditar cosa diversa de lo que lógicamente de ella se puede desprender.*

Estos errores in judicando *de hecho, por su naturaleza, solamente tienen cabida dentro de la violación indirecta de la ley sustancial.*

Clarificada esta situación, se ocupará la Sala del análisis de cada uno de los cargos de la demanda, advirtiendo desde ya que todos ellos fueron elevados con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo —violación indirecta de la ley sustancial— por errores de hecho cometidos por el juzgador.

Primer cargo:

En la censura inicial, *el demandante expresa que se violó indirectamente la ley sustancial por errónea apreciación del testimonio de la ofendida Olga Lucía Morales Cifuentes, al cual el sentenciador le dio credibilidad sobre la circunstancia de haber sido accedida carnalmente con violencia.*

Si bien dentro de este primer planteamiento podría pensarse —extralimitando las posibilidades de la Sala en sede de casación— que lo que el libelista pretende es alegar que se incurrió en un falso juicio de identidad en cuanto que el juzgador tergiversó el contenido de las declaraciones para deducir equivocadamente la comprobación del elemento violencia en la relación sexual que motivó el juzgamiento, bien pronto se advierte que lo que realmente hizo el demandante fue adentrarse en los terrenos del error de derecho en la medida en que los ataques desplegados en el capítulo de "demostración de los cargos" y las argumentaciones allí contenidas se dirigen a señalar que el Tribunal en la sentencia de segunda instancia le dio un valor probatorio superior al que la norma que rige la apreciación de las pruebas —principio de la sana crítica— permitía atribuirle a dicha declaración, con lo cual no está haciendo cosa diversa que poner de presente lo que en su criterio es un defecto de lógica del juzgador, pero no en tanto a la prueba, sino en relación con las normas que imponen su apreciación. Por ello se ocupó el casacionista de presentar varias contradicciones intrínsecas en el testimonio de la víctima, y algunas otras que se pueden derivar de su comparación con otros de los medios de convicción obrantes en el proceso, no para concluir que se tergiversó el sentido del dicho de la señorita Morales Cifuentes, como podría espe-

rarse, sino para determinar que lo afirmado por ella no era creible, esto es, que no se le ha debido conferir valor alguno como elemento de formación de la certeza del juez.

Es que, los motivos que haya tenido la ofendida para acudir a la casa del procesado, el tiempo de permanencia de la misma en la habitación del ofensor, las dificultades que ofrecía —según la personal apreciación del demandante— la vestimenta de Olga Lucía para la realización violenta del acceso carnal, la utilización de las manos por parte del sentenciado para la ejecución de actos diversos a la aplicación de fuerza física a la ofendida, la ausencia de señales de violencia en el victimario y el no haberse dado voces de auxilio por parte de la accedida, si bien podrían eventualmente establecerse como circunstancias que aconsejen la desestimación del testimonio, no revelan en forma alguna que el sentenciador haya tergiversado el dicho de la señorita Morales Cifuentes, quien enfatizó en sus afirmaciones haber sido sometida a la fuerza.

Los planteamientos de la censura, se repite, son propios del error de derecho en cuanto apuntan a desvirtuar el testimonio como medio de prueba (a señalar un falso juicio de convicción). No obstante, sobre este aspecto debe reiterarse que la ley procesal penal hace tiempo ya que eliminó la tarifa probatoria para la estimación de la prueba testimonial, y por ello mal podría plantearse este tipo de error frente a ella, cuando la propia ley le entrega al juez libertad en la estimación, siguiendo las reglas de la sana crítica. Pero, además, tampoco podría la Corte ocuparse de analizar la incidencia del error de derecho en el fallo atacado, o la prosperidad de la censura de haberse planteado dentro de la vía adecuada, porque la verdad es que el demandante equivocó el camino y por tanto la Sala no puede estudiar la situación más que como un error de hecho, por estarle prohibido —por la rígida estructura del recurso— interpretar o corregir los cargos formulados contra la sentencia.

Razón le asiste al señor Procurador Delegado en lo penal cuando, en breve planteamiento concluye que el ataque fue equivocado.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo:

En este segundo motivo de ataque, el demandante arguye que el juzgador incurrió en error de hecho al apreciar el testimonio de la señora Josefina Cifuentes Sanabria, de donde derivó la comprobación del hecho de que la víctima —Olga Lucía Morales Cifuentes— había gritado cuando era sometida al ilícito acceso carnal.

No acierta, empero el libelista a concretar la real naturaleza de su censura en cuanto que, si bien aduce en lo que denomina la "concreción del cargo" que "esta confusión dio pie para que el fallador afirmara que con el testimonio de Josefina Cifuentes se había probado que Olga Lucía sí había gritado pidiendo auxilio. Y por tanto su resistencia había sido seria. Y en consecuencia el acceso fue mediante violencia", antes y después de esta afirmación sostiene que la equivo-

cación del sentenciador fue relativa a la valoración dada a la misma prueba, en la medida en que la estimó como creíble cuando en verdad no presenta condiciones suficientes para considerarla así.

Quiere decir lo anterior que el censor trata de plantear la existencia del error de hecho porque en su opinión se tergiversó el contenido de la prueba (se consideró que acreditaba la violencia cuando no se tenía base para ello), desarrollando sin embargo un ataque con fundamento en un error de derecho (sobrevaloración del testimonio), con lo que su planteamiento luce contradictorio y no tiene vocación de prosperidad.

Es que, de las afirmaciones del Tribunal en la sentencia, resaltadas en parte por el libelista, no puede deducirse la existencia de evidente error de hecho respecto del medio de convicción que sustenta el ataque puesto que enfrentado el fallo al acta que recoge la prueba, no se observan contradicciones manifiestas; la testigo afirmó haber escuchado las voces de auxilio y esto fue lo que sostuvo, por su parte, el fallador respecto de tal testimonio; existe pues correspondencia entre la premisa (prueba) y la conclusión (sentencia) en este aspecto, por lo que se infiere que no existió error como el pretendido por el impugnante.

Siendo ello así, deben avalarse las conclusiones del colaborador fiscal de la Corporación cuando solicita el rechazo del cargo, a lo cual procederá la Sala.

Tercer cargo:

Incurre el casacionista, en este punto, en similar error que el señalado en precedencia en tanto que sustenta su ataque en una equivocada estimación de la prueba, pero desarrollando argumentos que en su criterio ayudan a demostrar la existencia de un error de hecho, esto es, que invocando el error de derecho, pretende que se invalide la sentencia por haberse tergiversado el contenido de los medios de convicción respectivos.

No a otra conclusión puede llegarse si se observa que el fundamento del cargo es el haber apreciado erróneamente el testimonio de la doctora Norma Constanza Villegas R., por "darle credibilidad como testigo experto sobre la violencia afirmada por Olga Lucía", resaltando empero que el elemento violencia en la relación carnal "no se desprende ni de la certificación ni del testimonio de la doctora Villegas Rodríguez".

Es evidente que la crítica testimonial que emprendió el libelista recoge argumentos importantes para poner de presente una inconsistencia entre el testimonio de la mencionada doctora Villegas Rodríguez y algunas de las otras piezas procesales; no obstante, ello daría pie, si fuese posible, al planteamiento de una censura por error de derecho. Tal como está presentado el cargo, no es más que un enfrentamiento entre la valoración que hiciera el Tribunal de la mencionada prueba, y el criterio señalado por el censor, situación esta que escapa a los restringidos marcos de la casación.

No existe, obviamente, falso juicio de existencia en relación con la prueba, como que ella efectivamente se encuentra obrante en el plenario; tampoco un equivocado juicio de identidad porque el sentenciador no se apartó en modo alguno del contenido revelado por la constancia y el posterior testimonio de la doctora Norma Constanza Villegas Rodríguez, quien especificó en sus dos actuaciones que observó señales externas de violencia en la humanidad de la señorita Morales Cifuentes, tal como lo aceptó el fallador. De ello, fácil es deducir que el ataque carece de fundamento.

El cargo, por lo tanto, no prospera.

Cuarto cargo:

Demanda el defensor la casación de la sentencia con el argumento de que el Tribunal de segundo grado incurrió en evidente error de hecho, al preciar erróneamente el peritazgo del médico legista Miguel Cuervo Escobar, consistiendo tal equivocación en "no darle crédito en cuanto afirma que no se aprecian huellas de violencia en la examinada".

En la "demostración del error en su valoración", sin embargo, dice el libelista que "no obstante se subestimó el dictamen del perito o francamente se le negó valor probatorio", con lo cual traslada el planteamiento inicial —desconocimiento de parte del contenido del dictamen— al ámbito del error de derecho (falso juicio de convicción).

Pero, aún pasando por alto esta falla técnica, no ve tampoco la Sala cómo pueda prosperar el cargo, atendiendo la circunstancia de que si bien es verdad que el Tribunal ignoró las afirmaciones del perito oficial en el sentido de que la víctima no presentaba huellas de violencia, pero aceptó el contenido del mismo cuando sostuvo que la ofendida había sido desflorada recientemente, las razones de este proceder están consignadas en el cuerpo del fallo condenatorio en la medida en que analiza la existencia o no de pruebas que lleven a la demostración del elemento violencia en el hecho investigado, llegando a la conclusión de que el mismo se halla debidamente acreditado con varias de las pruebas recogidas —testimonio de la ofendida, constancia y testimonio de la doctora Norma Constanza Villegas, etc.—. Quiere decir lo anterior, por tanto, que aún en el caso de que el sentenciador se hubiera ocupado del aparte del dictamen que extraña el libelista, la conclusión hubiese sido la misma puesto que las demás pruebas llevaron al convencimiento de la efectiva aplicación de fuerza física en la relación sexual.

En efecto, el Tribunal al momento de proferir el fallo condenatorio relacionó dentro de los medios de convicción allegados al plenario el peritazgo del médico Cuervo Escobar, resaltando que en él se afirma que el experto no apreció señales externas de violencia; más adelante, sin embargo, consignó el fallador:

> "Para la Sala, este conjunto de elementos que se dejan sintetizados en este capítulo (Testimonio de la ofendida, reconocimientos médicos practicados por la doctora Norma Constanza Villegas y por el médico legista, pantalones inte-

riores destrozados que se aportaron al sumario, aclara la Sala), contrario a la conclusión a que llegó el *a quo*, ponen en evidencia que la jovencita Olga Lucía Morales, fue sometida al acceso carnal contra su voluntad y mediante la violencia física, lo que en consecuencia estructura el delito de acceso carnal violento...

"...

"La Sala estima, que el señor juez del conocimiento al desembocar en la absolución del inculpado en este caso, no dio la valoración que verdaderamente corresponde a la declaración de la ofendida, como a los testimonios rendidos por la progenitora de ésta y la médico particular que preliminarmente examinó a la vulnerada, ni al indicio vehemente y casi necesario derivado del destrozo ocurrido en el pantalón interior que llevaba puesto la ofendida aquella noche. Pues de lo contrario habría llegado a la conclusión a que tendrá que llegar la Sala, de la responsabilidad del acusado, naturalmente que desestimando contradicciones nimias o no centrales del asunto y aspectos secundarios que lo condujeron a la absolución.

"...

"Este testimonio, es digno de credibilidad (el de la doctora Villegas, aclara la Sala), porque fue esta profesional la que preliminarmente a escasas horas del atentado contra el pudor, *vio esas señales inequívocas de la violación, que como en el expediente se ha dicho, podían desaparecer 'en lapso aproximado de 6 a 24 horas', por lo que se explica, que el experticio rendido por el legista no hablara de ellas*" (subrayas fuera de texto).

Fácil resulta concluir, en consecuencia, que el cargo en este aspecto fue mal planteado, y aún ignorando su falta de técnica, el ataque no puede prosperar en la medida en que el pretendido error de hecho no tuvo la incidencia en la sentencia que de él se predica, ante la contundencia de las pruebas, en la estimación del Tribunal, que obligaban justamente demeritar la parte del peritazgo omitida en las consideraciones pertinentes del fallador.

Advierte el Procurador Delegado que en este cargo se encuentra bien orientada la censura en cuanto desarrolla la existencia de un error de hecho, pero debe la Sala aclarar que si bien esta situación se presenta, ella ha debido plantearse dentro del tercero de los cargos —ya analizado— porque el otro error de hecho que alega el libelista se refiere al testimonio de la doctora Norma Constanza Villegas Rodríguez, cuyo contenido estimó el censor que fue tergiversado por el fallador al asumir que la declarante estableció las lesiones en la calidad de "coloradito", cuando en verdad hizo referencia a la calificación de "moretoncito", expresiones estas que según se aclaró por la jefe de Reconocimientos del Instituto de Medicina Legal, tienen diferentes nominaciones en la medicina, con distintas consecuencias y diversas etapas de curación.

Esta equivocación, sin embargo, no puede dirigirse contra el dictamen del experto de Medicina Legal, porque su opinión no fue cambiada en sus términos por el Tribunal. Ahora bien, el trastocamiento de la versión de la doctora Villegas Rodríguez no podría tampoco tener la virtud de apoyar la prosperidad del cargo, puesto que su estimación se realizó sobre la base de que comprobada la aplicación de fuerza externa a la víctima del delito y que la misma le causó algunos traumatismos apreciables para la médica, quien así lo consignó. Esto es, que tratándose de "coloradito" o de "moretoncito", en uno y otro caso se podría concluir en el sometimiento violento de la ofendida, tal como lo derivó el Tribunal.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Quinto cargo:

Fundado en la apreciación errónea del peritazgo rendido por la doctora María Dolores Sánchez, respecto del cual se desconoció "el alcance de su contenido en cuanto afirma que es equivocado hablar de sangrado 'abundante' como lo hizo la doctora Villegas. Que el desgarramiento del himen puede ser resultado de relación sexual tanto violenta como consentida. Que las lesiones leves de tejidos blandos pueden o no presentarse en relaciones sexuales normales. Y que las lesiones leves necesitan un tiempo para desaparecer".

Como bien lo destaca el colaborador fiscal, en este cargo el demandante presenta una visión del testimonio que no corresponde a la real, puesto que si bien es verdad que la mencionada testigo Norma Constanza Villegas Rodríguez afirmó que al examen "encontró una paciente con moderado sangrado vaginal", para luego afirmar que dicha hemorragia era abundante, esta última afirmación, dentro del contexto de la declaración, utiliza expresiones que no dejan duda acerca de la presencia de la pérdida de sangre en la víctima, que no fue calificada de moderada, pero que el mismo fenómeno se podría estimar de abundante frente a la simple desfloración, con lo cual llegó la médica a la conclusión —junto con los demás signos observados— que se había producido la rotura del himen contra la voluntad de la ofendida. En efecto, cuando denomina abundante el sangrado, consignó expresamente la testigo: "Pues me llamó la atención fue que el sangrado que tenía la paciente *era abundante, de todas maneras en otras desfloraciones nunca había visto un sangrado así, que lo lleva a uno a pensar de que el acto fue violento*" (subrayó la Sala).

No existe, pues, error de hecho alguno cuando el sentenciador omitió entrar en consideraciones sobre el experticio pertinente en el punto anotado por el impugnante, puesto que las afirmaciones en él contenidas ni fueron tergiversadas ni resultaron desconocidas por el fallador, quien se apartó de ellas por considerar su intrascendencia, como lo consignó en la sentencia correspondiente al afirmar que llegaba a la conclusión de que la responsabilidad del encausado estaba comprobada "naturalmente que desestimando contradicciones nimias o no centrales del asunto y aspectos secundarios que condujeron a la absolución".

En relación con este cargo, comparte la Sala las apreciaciones del señor Procurador Primero Delegado en lo penal, cuando afirma:

> "Pero la acusación se centra en el punto cuarto del cuestionario, en donde dice: 'las lesiones descritas son calificadas como lesiones leves de los tejidos blandos, las cuales pueden o no presentarse en una relación normal'. De aquí se deduce que son señales equívocas, por lo tanto el sentenciador incurrió en un error al considerarlos como 'señales inequívocas de violación'.
>
> "Otra conclusión errada del demandante. El dictamen dice que las lesiones descritas '*pueden o no presentarse en una relación normal*', lo que significa que si del contexto de los hechos se infiere que fueron fruto de una relación anormal, no hay ningún error. La sentencia sostiene que la doctora Norma Constanza, según su testimonio 'vió esas señales inequívocas de la violación', pero no como una afirmación caprichosa o abstracta, o sin motivo serio, como lo llama el defensor, sino como fruto de la evaluación del conjunto de pruebas para el caso concreto.
>
> "...
>
> "No hubo desconocimiento del dictamen en su alcance, porque precisamente lo que dice es que las lesiones descritas pueden ser o no ser causadas por una relación normal, lo que deja abierta la posibilidad para concluir de acuerdo a lo recogido por la investigación. Es el demandante el que le da un alcance que no tiene el dictamen y por eso pretende que no se puede deducir que esas lesiones provinieron de una violación".

Es suficiente lo anterior para concluir que el cargo no prospera.

Sexto cargo:

Se centra el demandante a señalar un presunto error de hecho por apreciación errónea de la prueba indiciaria, concretamente de la deducida por encontrarse víctima y victimario en el mismo lugar de los hechos, por la aportación que se hizo del pantalón interior de la ofendida con rasgaduras y de las manifestaciones del encausado posteriores al delito.

Frente al indicio de oportunidad el libelista se limitó a decir que este no puede ser prueba de la violencia ejercida para el acceso carnal que sostuviera con la víctima Olga Lucía, porque del hecho de la presencia del acusado en el lugar de la infracción no se deduce el ejercicio de fuerza en el acto.

Obviamente se equivocó aquí el demandante al hacer el estudio de la sentencia correspondiente, puesto que jamás el fallador afirmó tal cosa. Por el contrario, dentro del capítulo destinado a la responsabilidad del encausado, el Tribunal estudió el indicio de oportunidad para delinquir al que calificó como grave, reduciendo el hecho indi-

cador a sus justas proporciones, esto es, que al hallarse el incriminado en la misma habitación de la ofendida indicaba la posibilidad de cometer el hecho; presupuesto este que no ofrece contradicción alguna con la realidad, puesto que según el examen probatorio del juzgador el elemento violencia vino a ser corroborado por otros medios de prueba.

Fallando así el supuesto, carece también de sentido el ataque. Aún cuando las pruebas apuntaran a indicar que Arturo Luciano Pérez y Olga Lucía Morales Cifuentes permanecieron juntos en la misma habitación, nada impide al fallador para estimar acreditada esta misma circunstancia, como lo hizo, con otra prueba más, adicional a las ya recogidas —el indicio de oportunidad— en la cual no se entremezcló el elemento violencia puesto que a él se dirigieron otras múltiples consideraciones. Es que, tal como está presentado en la sentencia, el indicio de oportunidad analizado dentro de la responsabilidad del procesado, es una prueba de la autoría, no de las incidencias mismas del acceso carnal, vale decir, demuestra que fue el incriminado quien realizó una conducta; la forma como esta se efectuó, se acreditó con otros medios de convicción.

Por manera tal que no existe en este análisis error alguno y por este aspecto el cargo no debe prosperar.

Respecto del cargo relacionado con el indicio de violencia derivado del pantalón interior roto, bastaría para desechar las pretensiones del censor con lo afirmado por el fiscal ante la Corte: "El hecho indicador, pantalón roto, existe materialmente y fue aportado a la investigación por la denunciante. En las circunstancias relatadas constituye sin duda un indicio de violencia, cuyo valor puede ser objeto de debate, pero no constituye error de hecho".

Es que no se incurrió aquí en un falso juicio de existencia de la prueba; según las constancias procesales se aportó el pantalón interior en las condiciones en que se acogió en la sentencia. Cierto es que no se comprobó su calidad ni estado, pero la base de la inferencia existe. Tampoco constituye un falso juicio de identidad puesto que los demás elementos de convicción apuntaron a señalar la desgarradura como producto de la fuerza física que el encausado ejerció sobre las ropas de la ofendida, y así se estimó su alcance.

No existe pues error de hecho, y por tal razón el cargo no está llamado a prosperar.

Refiriéndose al indicio de las manifestaciones posteriores al delito, el censor insiste en que ellas no son prueba alguna de la violencia ejercida por el encausado, que cuando más comprueban que éste fue el autor del acceso carnal y la desfloración consiguiente. Y en ello tiene razón. Sin embargo, no constituye este hecho a juicio de la Sala el error que predica el demandante como quiera que en momento alguno el fallador supuso el hecho indicante o extralimitó su apreciación al estimarlo como prueba demostrativa de la violencia física con la cual se sometió a la víctima.

Al igual que lo que ocurrió con el indicio de la oportunidad para delinquir, este debe apreciarse en conjunto con los demás medios de

formación de la certeza, varios de los cuales llevan a la conclusión de que la violencia se ejerció. Si ello fue así, y además el mismo libelista acepta que las manifestaciones comprueban la autoría de Arturo Luciano Pérez respecto del acceso carnal y la desfloración, lógico resulta concluir que el indicio se encuentra adecuadamente construído. Esto es, demostrada la realización del acceso carnal y la violencia que se ejerció para obtenerlo, deducese que el hecho constituye el tipo de acceso carnal violento por el cual fue sentenciado el incriminado.

No prospera, por tanto, el cargo.

No obstante que las siguientes consideraciones no son materia del recurso extraordinario de casación, no puede pasar por alto la Sala la irregularidad que observa al momento de la ampliación de indagatoria del sindicado Arturo Luciano Pérez recibida por el Juzgado Veinte de Instrucción Criminal de Purificación el día tres de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, con el único fin de llamar la atención a este funcionario quien, actuando en contra de lo preceptuado, permitió la intervención de la parte civil en aquella diligencia, con desconocimiento de las facultades a ella entregadas, y lo que resulta más asombroso, con la anuencia del defensor.

En efecto, en aquella diligencia se presentó el apoderado de la parte civil y solicitó la venia del instructor para interrogar al sindicado, a lo que accedió el funcionario en abierto desconocimiento del artículo 385 del Código de Procedimiento Penal que establece que "En la recepción de indagatoria (y esto vale para sus ampliaciones, aclara la Sala *sólo el funcionario de instrucción podrá dirigir preguntas al procesado*" (subrayó la Sala). Esta irregularidad, reprochable desde todo punto de vista, no solamente debe ser corregida, sino que no puede permitirse que se convierta en conducta habitual de las partes, puesto que entrañaría en algunos eventos un marcado desequilibrio entre los sujetos procesales en la medida en que el sindicado puede ser sometido a interrogatorios que lesionen su derecho a la defensa, por su contenido o porque en modo alguno se limite su libertad de respuesta, o se dirijan a la comprobación de hechos íntimamente vinculados con los intereses del particular que hace las preguntas.

No obstante ello, debe la Sala afirmar que la irregularidad señalada no constituye aquí causal alguna de anulación, toda vez que a decir verdad la intervención de la parte civil en este caso no trascendió a los ámbitos de la lesión al derecho a la defensa, pues sus interrogantes no limitaron las prerrogativas del indagado ni fueron formulados con contenidos o en formas prohibidas por el Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Carlos Upegui Zapata, conjuez; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DENUNCIA. ANONIMO

En los delitos de investigación oficiosa las formas de recibir la noticia criminis por parte del juez son múltiples y amplias, de manera que esta puede llegar por informaciones anónimas

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 050 de 31 de julio de 1990.

Vistos:

Por auto de quince de marzo de mil novecientos noventa la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla dictó cesación de procedimiento en favor de la doctora *Martha Lucía Rebolledo de Oñoro*, en su calidad de Juez de Instrucción Criminal en dicha ciudad, sindicada del delito de prevaricato omisivo.

La anterior decisión fue apelada por el representante de la parte civil.

Tramitada la segunda instancia, se escuchó el concepto del fiscal de la Corporación quien solicitó la confirmación de la providencia impugnada.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

El proceso se inicia como consecuencia de la denuncia que instaurara contra la Juez Quinta de Instrucción Criminal radicada en Barranquilla, doctora Martha Lucía Rebolledo de Oñoro el doctor Alejandro Orjuela Hernández, quien consideró que su denunciada había incurrido en un posible delito de prevaricato omisivo, que hace consistir doblemente en: 1º haber dejado pasar algo más de un año sin decidir si abría o no investigación, o decretar diligencias preliminares, en la denuncia que había formulado Dagoberto Granados contra la señora Marina Sanmiguel de Melo en su calidad de gerente de las Empresas Municipales de Barranquilla, y 2º que después de haber sido instruido el proceso por otro funcionario y haber regresado al des-

pacho de la denunciada le solicitó cerrar la investigación y calificar el mérito del sumario, sin que resolviera en ningún sentido a pesar de haber transcurrido varios meses desde la formulación de la petición.

El concepto de la Procuraduría Delegada en lo penal:

El colaborador fiscal solicitó la confirmación de la providencia recurrida con base en las siguientes argumentaciones:

"Acusada de prevaricato por omisión, la doctora Rebolledo de Oñoro ha fundamentado su exculpación en la falta de ratificación de la denuncia formulada por Dagoberto Granados, lo cual en su entender, imposibilitaba tomar una decisión sobre la apertura de investigación, y en cuanto a no haberla cerrado, su explicación se concreta en la falta de competencia para hacerlo, a la cual también le atribuye el no pronunciamiento sobre la petición del cese de procedimiento. Veamos:

"Es cierto que de conformidad con el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, la denuncia debe hacerse 'bajo juramento', pero también lo es, que esta no puede constituir una insuperable exigencia que condiciona el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando por cualquier medio el funcionario competente tenga conocimiento de un hecho delictivo o que fundadamente pueda ser considerado como típico penalmente, pues como lo ha afirmado la Corte '. . .la denuncia es el acto por medio del cual se pone en conocimiento de la autoridad competente la realización de un delito perseguible de oficio, lo que significa que la apertura de la etapa investigativa o la medida opuesta, el pronunciamiento del auto inhibitorio, no pueden estar supeditados a la ratificación bajo juramento del respectivo escrito, pues lo contrario equivaldría a que el Estado dentro de esta modalidad de iniciación de la acción, cediera su obligación constitucional de poner en marcha el aparato jurisdiccional de acuerdo a la voluntad de los particulares' (C. S. J. 2 de septiembre de 1986).

"En este caso se denunciaba un presunto delito de prevaricato, investigable de oficio, no obstante, la juez creyó que la falta de ratificación en la denuncia, impedía tomar una decisión, bien ordenando la apertura de investigación, inhibiéndose de hacerlo u ordenando diligencias previas, por esto en cinco oportunidades dispuso citar al denunciante para tal fin; no se trata, entonces, de una simple afirmación defensiva de última hora, sino de una realidad manifiesta en su actuar, consecuente de una equivocada interpretación de la ley procesal penal.

"Y, siendo que 'El prevaricato por omisión no consiste en la mera inactividad del funcionario, pues, es necesario para que se estructure la conducta típica la conciencia del deber

omitido y la ausencia de razones para ese cumplimiento; uno y otro factor deben concurrir para que se predique la perfecta adecuación típica' (C. S. J., 6 de junio de 1989).

"Aquí la doctora Rebolledo de Oñoro creyó que cumplía con la ley y no en forma absolutamente arbitraria, pues en verdad, por lo menos en principio, la exigencia del juramento en la denuncia, bien puede llevar al funcionario, erradamente desde luego, a creer que si no se cumple con la ratificación no es posible que el Estado decida sobre los hechos concretados en el escrito; así lo entendió la acusada procediendo a citar al quejoso con resultados negativos, pero no con el conocimiento de que estaba infringiendo la ley, pues de haber sido esta su intención no hubiese procedido a proferir constantes autos ordenando la referida ratificación y a enviar las citaciones, pues suficiente era dejar totalmente inactivas las diligencias.

"Tan convencida estaba la juez de que actuaba conforme al procedimiento debido, que en la indagatoria al interrogársele al respecto, explicó que no decidió sobre la apertura de investigación, porque creía que 'a ella había lugar, una vez ratificados bajo juramento los cargos que se ponían en conocimiento del juzgado, reuniendo así la denuncia los requisitos de ley exigidos', para luego analizar si los hechos eran o no constitutivos de delito y proceder a decidir.

"Y, si bien esta explicación riñe con la interpretación jurisprudencial predominante y sostenida por la Corte, como quedó expuesto, también es una verdad, que no falta quienes continúen judicialmente afianzando la tesis formalista de conformidad con la cual entratándose, por ejemplo, de escritos anónimos o aquellos que no han sido ratificados bajo juramento no constituyen un medio idóneo para que el Estado ponga en movimiento el aparato jurisdiccional e inicie una investigación carente de seriedad en la *noticia criminis*.

"Equivocado es, desde luego, esta forma de raciocinar, pero en condiciones como las que presenta esta investigación, no puede ser reprochado como comportamiento doloso, pues la juez acusada no estaba motivada por circunstancia alguna de afectividad o enemistad contra denunciante o denunciada para favorecer a uno u a otro, no tenía relaciones vinculantes con éstos; en fin, sólo fue su errónea interpretación de la norma la que implicó su actuar, y cuando más, podría afirmarse la falta de diligencia para consultar sobre el punto, pero esto sólo la haría sujeto imputable de la omisión culposa ajena al tipo de prevaricato descrito y punido por el artículo 150 del Código Penal.

"c) La conclusión

"Así las cosas, se impone reconocer en favor de la doctora Rebolledo de Oñoro el error sobre el tipo regulado por el artículo 404 de la ley punitiva, disponiendo la cesación de

procedimiento a su favor y por ende, confirmando la decisión objeto de apelación, pues además, en cuanto al no pronunciamiento sobre el cierre de investigación y la petición de cesación de procedimiento a que se refiere el impugnante, no resulta cierto que el proceso haya permanecido inactivo desde 'el mes de marzo de 1989', ya que recibió la solicitud de cese el 18 de mayo del mismo año, el 27 de julio la juez acusada se declaró incompetente para conocer del sumario por considerar que era al Juez Dieciséis de Instrucción Criminal —Ambulante— a quien le correspondía continuar con el conocimiento y devuelto por este funcionario el 1º de agosto de 1989, quien además propuso colisión de competencias, entró al despacho de la acusada el 11 del mismo mes y año para decidir lo pertinente.

"Entonces, apresurado e inexacto resulta afirmar, como lo hace el apelante, que las diligencias han estado inactivas; lo que sucede es que no se ha resuelto lo relacionado con el cierre de investigación o con la petición de cese de procedimiento porque no se ha decidido la colisión de competencias suscitada entre estos jueces de Instrucción Criminal.

"Por lo tanto, es criterio de esta delegada impetrar a la honorable Sala de Casación Penal, la confirmación del proveído objeto de apelación".

Consideraciones de la Sala:

Se demostró por la diligencia de inspección judicial efectuada sobre el proceso en el que se afirma que la sindicada habría cometido el delito de prevaricato por omisión, que la titular de dicho despacho citó en cinco ocasiones al denunciante para que se ratificara de la denuncia instaurada sin que en ninguno de los casos se hubiera podido realizar la diligencia por diversos motivos y entre ellos la inasistencia del denunciante. Es igualmente cierto que uno de los requisitos de la denuncia es el ser formulada bajo la gravedad del juramento, y por ello es que de manera regular y generalizada cuando esta se presenta por escrito, lo primero que hace el funcionario judicial es citar al denunciante para realizar la correspondiente ratificación y este fue el procedimiento adelantado por la juez denunciada, en cinco ocasiones.

Se ha discutido y se discute si es posible iniciar proceso penal sin que se haya realizado la diligencia de ratificación y como bien lo recuerda el fiscal de la Corporación este no es un requisito ineludible porque como lo precisó esta Corporación: "...la denuncia es el acto por medio del cual se pone en conocimiento de la autoridad competente la realización de un delito perseguible de oficio, lo que significa que la apertura de la etapa investigativa o la medida opuesta, el pronunciamiento de auto inhibitorio, no puede estar supeditados a la ratificación bajo juramento del respectivo escrito, pues lo contrario equivaldría a que el Estado dentro de esta modalidad de iniciación de la acción, cediera su obligación constitucional de poner en marcha el aparato jurisdiccional de acuerdo a la voluntad de los particulares" (C. S. J. 2 de septiembre de 1986). La anterior determinación corres-

ponde a la realidad, porque debe recordarse que son dos las clases de delitos desde el punto de vista de su investigación, los de iniciación oficiosa —y el caso debatido es de esta naturaleza— y los de previa formulación de querella. En los primeros la noticia criminis, *puede llegar a conocimiento del juez por denuncia, ratificada o no, como se demostrará más adelante, por informe de otro funcionario a quien le consta la realización de una posible infracción a la ley penal o por cualquier otro medio de expresión del pensamiento, noticia periodística, por hecho notorio, por la experiencia vivencial del propio juez, por informaciones anónimas. En los de iniciación por querella, bien se sabe que es requisito de procedibilidad que quien tenga las características de querellante legítimo bajo la gravedad del juramento solicite al funcionario jurisdiccional que abra el correspondiente proceso.*

En los delitos de investigación oficiosa, por haber considerado el legislador que se debaten intereses que afectan de manera grave la convivencia social y la supervivencia de los derechos fundamentales del individuo, de la colectividad y del Estado, es este quien por propia iniciativa puede dar comienzo a la correspondiente investigación penal, por ello es que en este tipo de delitos las formas de recibir la noticia criminis *por parte del juez son múltiples y amplias, pues no podría el Estado exigir determinados formalismos como requisitos de procedibilidad, porque con tales trabas estaría dificultando la defensa de esos intereses fundamentales salvaguardados por el derecho penal y por el proceso correspondiente. Es tan vasta la concepción de las formas de recepción de la* noticia criminis, *que evidentemente se ha de reconocer que esta puede llegar incluso por informaciones anónimas, pero en este caso es prudente que el juez primero que todo analice la seriedad, logicidad y racionalidad de la información y en tal caso, también como una medida de prudencia, que decrete diligencias preliminares, para tener siquiera una prueba precaria de que efectivamente se ha cometido una infracción a la ley penal; pero estos actos de prudencia que aquí se comentan, no sólo son necesarios para esa forma de transmitir la noticia del hecho punible, sino que es recomendable para todos aquellos casos, donde la denuncia, bajo juramento o no, el informe oficial, o cualquier otro medio resulten alejados de la realidad, manifiestamente exagerados o definitivamente mentirosos o claro fruto de la fantasía, porque debe recordarse que la institución de la indagación preliminar ha sido creada por el legislador para aquellos casos en los que surjan dudas razonables sobre la posible infracción a la ley penal o cuando el autor o autores no estén debidamente identificados o individualizados; porque la verdad es que si la información anónima o cualquiera otra de las formas de poner en conocimiento de la autoridad un hecho punible es suficientemente serio y da al instructor la certidumbre o seguridad de que se ha cometido una infracción penal y están identificados o individualizados los posibles autores, es claro que debe prescindir de las diligencias preliminares y dictar de inmediato el correspondiente auto cabeza de proceso en que se ordene la iniciación del proceso penal.*

Es cierto que en la legislación procesal anterior existía la prohibición de anexar informaciones anónimas al proceso, y tal previsión

estaba contemplada en el artículo 156 con su correspondiente excepción al disponer "no es permitido agregar al expediente escritos anónimos ni hacer de ellos algún uso procesal, salvo que constituyan elemento material de una infracción o que fundadamente se atribuyan al procesado" pero debe recordarse que esta prohibición no está contemplada en la legislación vigente, y es acertado que se hiciera esta modificación, porque como se afirmó en la jurisprudencia citada en precedencia, la acción soberana del Estado para investigar de manera oficiosa los atentados contra los derechos fundamentales del ciudadano, la colectividad y del Estado, no puede estar sometida a formalismos de carácter procesal que la impidan o retrasen, y si bien es cierto que la noticia anónima debe recibirse con precaución, porque en muchas ocasiones es el arma de los cobardes para atacar en su honra a ciudadanos de bien, también lo es, que son en ocasiones informaciones de ciudadanos respetables, que por los más diversos motivos de carácter burocrático, político o social, quieren poner en conocimiento de los funcionarios judiciales hechos delictivos, pero que en previsión de las represalias que tal conducta les puede ocasionar, buscan la información anónima, y sería este caso inaceptable que por tratarse de una información de tal naturaleza que el juez se abstuviera de abrir un proceso penal, cuando lo relatado por ese autor desconocido, es seria, fundada y tiene visos de verosimilitud; si es importante insistir que el anónimo tiene que ser manejado judicialmente con la prudencia y seriedad que la noticia del autor desconocido exige, puesto que no puede descartarse que sean escritos o información con el único fin dañino de ocasionar mal a ciudadanos sin mancha.

Tampoco puede descartarse y por ello está bien la modificación legislativa, que una información anónima posteriormente puede identificarse a su autor y en tal caso citar al anónimo informante para que responda con la seriedad y las responsabilidades legales que le incumben a cualquier testigo.

Lo dicho con relación a la denuncia anónima, sería igualmente predicable para anexar informaciones anónimas a los procesos que se estén adelantando, siempre con las mismas precauciones anotadas con anterioridad y con la posibilidad futura de poder desentrañar su origen; porque se insiste una vez más, el anónimo cuando contiene información seria y verosímil, puede convertirse en un poderoso instrumento de investigación, en cuanto se puede orientar y dirigir la investigación por rutas antes desconocidas, que posiblemente no llegaría a conocimiento del juez por otros medios procesalmente más formales.

No debe olvidarse la terrible situación de violencia que vive el país en los actuales momentos y cómo ella incide cada vez más, para que los testigos eludan la obligación de denunciar o de testificar, y es claro que si en principio no existe obstáculo legal, puedan utilizarse estos medios informativos, que podrían llegar a tener la calidad de medios de convicción si es identificado su autor, pero que si no ocurre así, sí pueden servir de medios orientadores de la investigación.

Pero el hecho de haber sentado tales premisas en cuanto a la no necesaria exigencia de la ratificación de la denuncia no puede llevar

a la Sala a concluir que la funcionaria denunciada prevaricó por omisión al no haber ordenado diligencias preliminares, ni haber dispuesto la apertura del correspondiente proceso penal, sino que ha de aceptarse como así lo ha postulado el Procurador Delegado, que no se observa en la funcionaria una omisión de mala fe, sino una equivocada interpretación de la norma, al considerar erradamente que no podía iniciar proceso penal, sin haber ratificado previamente al denunciante, y esta fue la explicación que dio en su indagatoria, al afirmar: "...si no se abrió investigación, ni preliminar, lo fue porque el criterio del juzgado y respecto a la apertura de investigación, a ella había lugar, una vez ratificada bajo juramento los cargos que se ponían en conocimiento del juzgado, reuniendo así la denuncia los requisitos de ley exigidos, para con base en ella entrar el juzgado, a apreciar, a analizar los hechos y si los mismos, eran constitutivos del delito, que diera lugar a la apertura de la investigación correspondiente" y tal explicación tiene fundamento en la actividad realizada por el juzgado en el sentido de ordenar por cinco ocasiones la ratificación de la denuncia sin que ello fuera posible.

Tratándose, como se ha aceptado, de una simple y errónea interpretación de la norma penal, es apenas obvio concluir en la inexistencia del delito denunciado y por ello se confirmará la decisión que es motivo del recurso.

Esta errónea interpretación puede ser atribuible a culpa, en cuanto implica el desconocimiento de jurisprudencia de esta Corporación de reciente data, donde precisamente se señalan pautas interpretativas en relación con esta problemática; este error del que se hubiera podido salir con suficiente diligencia de investigación y estudio no afecta la decisión que se tomará, porque no debe olvidarse que el prevaricato omisivo es un delito esencialmente doloso y siendo la conducta atribuible a culpa no resulta punible, como así expresamente lo prevé el último inciso del artículo 40 al disponer "Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

La otra conducta omisiva que el denunciante considera como prevaricato es el no haber cerrado y calificado oportunamente el mérito del sumario como se lo solicitó en su calidad de parte, y haber permanecido en tal estado durante varios meses.

Es cierto que el proceso regresó instruido al Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado, proveniente del Dieciséis Ambulante el 6 de marzo de 1989 y cuando se realizó la diligencia de inspección judicial sobre dicho proceso, en los primeros días de septiembre del mismo año, aún no se había resuelto la petición del denunciante, pero no es cierto como éste lo afirma que durante dicho lapso el proceso haya estado inactivo. La petición a que se alude fue presentada el 18 de mayo y el 12 de junio aparece un informe secretarial conociendo al juez sobre la recepción de la anterior solicitud; el 6 de julio de 1989 se sustituye en otro profesional el poder inicialmente otorgado al denunciante; el 12 del mismo mes y año, aparece informe secretarial sobre tal asunto. El 27 de julio la sindicada dicta un auto donde luego de hacer un análisis de la competencia de los jueces de instrucción concluye en afirmar que no es competente para calificar el pro-

ceso y disponen la remisión del expediente al Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal ambulante. El 1º de agosto de 1989 el Juzgado Dieciséis declara que tampoco es competente y provoca colisión negativa al Juzgado Quinto. El primero de agosto la Juez Quinta dicta auto en el que ordena se informe al Tribunal que el proceso se encuentra en el Juzgado Dieciséis. El 30 de agosto, en el último folio del proceso aparece informe secretarial donde se comunica a la juez denunciada que el Juzgado Dieciséis devolvió el proceso y se encuentra pendiente para resolver la petición de cierre y calificación.

Luego de reseñar en las partes fundamentales, la materialidad del proceso tal como se destacó en la diligencia de inspección judicial realizada sobre el mismo, se ha de concluir que en esta actividad o inactividad mejor, si se trata de un pretendido delito de prevaricato por omisión, es evidente, que este no se vislumbra, pues la realidad es que si no se ha resuelto la petición del abogado, es porque los jueces que en principio debían de conocer se han declarado incompetentes y hasta el momento el conflicto no se ha desatado. Si esta es la realidad, mal se haría si se predicase la existencia de un delito de prevaricato omisivo, porque es claro que la inactividad no es por la existencia de la intención de no cumplir con los deberes legalmente impuestos, sino que la juez considera que no es competente y en tales circunstancias es imposible que hubiera procedido a cerrar y calificar el mérito del sumario.

En las condiciones anteriores se confirmará el auto que es motivo del recurso, puesto que la Sala considera, al igual que su colaborador fiscal, que el delito denunciado es inexistente.

El hecho de predicar la ausencia de actividad delictiva, no descarta la violación de normas disciplinarias, pues en este sentido es posible pensar en la existencia de una mora adjudicable bien a la juez o a la secretaría y en una posible irregularidad en la que han podido incurrir los titulares de los despachos que en dicho proceso han planteado un inexistente conflicto de competencias.

La anterior afirmación tiene su justificación y fundamento en las argumentaciones que a continuación se van a plantear. La primera vez que el denunciante fue citado, se hizo presente al juzgado el doce de noviembre de mil novecientos ochenta y siete, pero la diligencia no se pudo realizar por no estar presente la titular del despacho y después de tal ausencia, sólo el ocho de febrero de mil novecientos ochenta y ocho se viene a informar secretarialmente que la diligencia de ratificación no se ha llevado a efecto, y luego vienen una serie de informaciones en el mismo sentido e igualmente espaciadas entre una y otra. Lo anterior no parece tener justificación, porque si se tiene en cuenta que el término de instrucción de un proceso es de treinta (30) días, entre el incumplimiento de la juez y el nuevo informe secretarial no pueden transcurrir más de tres meses. Esta mora en tales condiciones debe ser investigada y para el efecto se compulsarán copias para que se envíe a los funcionarios competentes quienes determinarán qué se debe hacer.

Situación similar ocurre en relación a la no calificación del mérito del sumario, porque recibe el proceso instruido el 6 de marzo de

1989, luego recibe una petición de cierre y calificación el 18 de mayo, pero sólo por auto de 27 de julio viene a declarar que no es competente y ordena la remisión del proceso al Juzgado Dieciséis, pero sin provocarle colisión de competencia negativa como es lo de rigor en este tipo de casos. Lo evidenciado con anterioridad demuestra una inactividad de dos meses y unos días entre la fecha que recibe el proceso y la recepción de la petición, y entre este momento y la declaratoria de incompetencia pasan también dos meses y varios días, lapsos que desde el punto de vista puramente cronológico no tendrían justificación y que por tanto deben ser objeto de investigación disciplinaria.

Pero es que además se ha incurrido por parte de las funcionarias que se han trenzado en el conflicto en irregularidades en cuanto a la forma de provocarlo y de tramitarlo, porque una vez recibido por el Dieciséis y en vista de que quien remite el proceso no ha provocado el conflicto, lo propone disponiendo que sea el Tribunal Superior quien lo resuelva y a partir de este momento comienza un cruce de oficios entre estos dos despachos judiciales y entre el Quinto y el Tribunal a quien informa que el sumario se encuentra en el Juzgado Dieciséis, pero sin que este despacho finalmente perfeccione el entrabamiento del conflicto, ni tampoco de manera consecuencial disponga el envío del proceso a la Sala Penal del Tribunal. En esta irregular tramitación del conflicto transcurre más de un mes, hasta el día de la realización de la inspección judicial y quién sabe cuanto tiempo más después de la misma.

Considera la Sala que más que un conflicto de competencias se trata de un problema de reparto, pues no se puede olvidar que no es posible que exista tal conflicto entre jueces de una misma competencia (art. 36) y el hecho de uno ser radicado y el otro ambulante no los convierte en funcionarios de diversas competencias, y con mayor razón si el artículo 16 del Decreto 1861, modificatorio del artículo 316 del Código de Procedimiento Penal, resolvió las dudas sobre competencia calificatoria de los jueces ambulantes, resolviendo de tal manera los conflictos interpretativos que se habían originado en la normatividad procesal y tratándose como se trata de un conflicto de reparto debe ser dilucidado por el presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla tal como se estipula en el artículo 102.

En esta nueva problemática se observa igualmente una errada interpretación normativa, puesto que es claro que no se trata de un conflicto de competencias, sino de uno de reparto, además que la tramitación del mismo, como ya se advirtió fue absolutamente irreglamentaria; pero nuevamente debe concluirse que se trata de un error interpretativo culposo y que en tales circunstancias no es posible pensar en la consumación de un delito de prevaricato omisivo.

En las condiciones anteriores se compulsarán las copias pertinentes para que si es del caso se inicie investigación disciplinaria para los funcionarios trabados en el conflicto.

No puede la Sala dejar pasar por alto la oportunidad para destacar el escaso fundamento conceptual y formal de la providencia que se revisa, porque de la lectura de la misma, el lector termina su labor sin

saber cuáles fueron las razones exculpativas presentadas por la sindicada y porque ellas fueron aceptadas por la instancia como relievantes para exonerarla de responsabilidad penal. La razón de nuestro aserto surge de la lectura del párrafo respectivo cuando afirma el Tribunal de Barranquilla:

> "De la prueba traida al expediente, se resalta, que si bien, es cierto, que la acusada demoró más de un año para decidir sobre la apertura o no de la investigación, lo que en definitiva no hizo, no es menos verdadero, que ella presentó, al ser instruida de cargos, *la explicación que tuvo a bien* y que se apoya en pronunciamientos de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, que si bien es cierto no ha sido variada al respecto en ningún momento es equivocada, cuando de otra parte, *dá razones que tienen correspondencia con normas procesales vigentes y que son atendibles*, no se observa que la conducta que se le achacaba a la denunciada Sanmiguel de Melo, constituyera de por sí un hecho flagrante, que autorizara la apertura inmediata de la investigación penal, por manera que a tal respecto, la funcionaria acusada actuó dentro del marco legal y existe suficiente constancia en el informativo respectivo, que por causa ajena a la voluntad no pudo ratificar a la denunciante" (lo subrayado es de la Sala).

Y en relación con la segunda acusación de prevaricato omisivo, el Tribunal con desatino afirma:

> "...no obstante lo aseverado por el apoderado de la sindicada, las actas procesales nos evidencian que la petición sufrió su trámite normal y *la juez dio la explicación sobre los motivos que tuvo para no resolver*, y ello referido al cúmulo de negocios del juzgado. No embargante lo anterior, la Sala considera que siendo la causal alegada objeto de estudio y de apreciación probatoria, no era obligante entrar a despachar la impetración exigida de forma inmediata, por lo que al respecto su conducta tampoco constituye hecho punible" (subrayas de la Sala).

Más adelante afirma que sus descargos son de recibo, pero sin que especifique cuáles son, por qué medios probatorios los considera probados y por qué son de recibo, cuando además de hacer la afirmación anterior concluye:

> "...luego actuó dentro de una de las causales de justificación del hecho (art. 29, numeral 1º del C. de P. P.) de lo que se sigue, que su proceder no es delito y por lo mismo corresponde disponer el cese del procedimiento, por estar demostrado que se cumple a cabalidad una de las exigencias señaladas por la ley para pronunciarse en ese sentido".

Finalmente como conclusión de tan pobre providencia declara el cese de procedimiento, aludiendo a un delito contra la administración pública, pero sin precisarlo —como si se tratase de una resolución

de acusación —, concluyendo sin especificar tampoco cuál la razón concreta del cese, pues se limita a afirmar que es "en razón de los dichos en la parte considerativa de este proveído".

Es entendible que en una resolución de acusación no se pueda precisar en la parte resolutiva la entidad delictiva por la que se hace la imputación, pues reiteradamente la jurisprudencia y la doctrina lo han sostenido, ello limitaría las posibilidades defensivas, pero esta imposibilidad penal no es predicable de un auto de cese de procedimiento donde por el contrario y teniendo en cuenta que es una decisión que con la ejecutoria toma fuerza de cosa juzgada, que en la parte resolutiva se diga concretamente cuál es el delito por el que se toma la decisión y cuál la razón específica, de las contempladas en el artículo 34, la que provoca o lleva a tales conclusiones. La precisión delictiva es indispensable, para que si se llegase a presentar un nuevo juzgamiento se pudiera establecer con claridad si se viola o no el principio del *non bis in idem* y en relación con el motivo específico que lleva al cese, porque es necesario precisar que la absolución —y el cese de procedimiento es una forma atípica de la misma—, sólo en algunos casos tiene fuerza de cosa juzgada extrapenal y ellos son los señalados en el artículo 55 del Código de Procedimiento Penal, al enumerar los casos: a) cuando el hecho causante del perjuicio no se ocasionó, b) que el sindicado no lo cometió, c) que éste obró en cumplimiento de un deber, o d) en legítima defensa.

Si se tienen en cuenta las consecuencias que la precisión del motivo del cese pueden tener para efectos de intentar el perjudicado una posible responsabilidad civil extracontractual, es entonces indispensable precisar este aspecto y es así como en forma equivocada sostiene la instancia que la calificación del sumario es una conducta ubicable dentro de una de las causales de justificación, pero nada dijo en cuanto a la otra mora denunciada, pues se limitó a afirmar que las explicaciones dadas por la indagada eran aceptables, y en la parte resolutiva se dice que por lo dicho en la parte considerativa.

Existen una serie de requisitos formales y sustanciales que deben cumplirse dentro de una providencia interlocutoria, y es así como debe hacerse una relación de los hechos, un análisis de los medios de pruebas, las consideraciones jurídicas relacionadas con los medios de convicción y con las normas jurídicas que se apliquen o dejen de aplicarse y esto no es más que la reglamentación del principio constitucional según el cual toda sentencia debe ser motivada (art. 163); y dentro de un estado derecho, con profunda vocación democrática es injustificable la existencia de decisiones judiciales inmotivadas o con motivaciones vagas o confusas en cuanto a los hechos que se juzgan, en cuanto a las argumentaciones dadas para tomar la decisión, que en este caso, bien se sabe llegará a tener fuerza de cosa juzgada con su ejecutoria. Pero es que precisamente la claridad motivacional que exige la Constitución no se da en esta providencia, por la vaguedad de las consideraciones, que dejan al lector en el limbo en cuanto a cuáles son los hechos y las razones justificativas que se aceptan a la sindicada y menos la imprecisión que se destaca en la parte resolutiva en la que no se especifica cuál es el delito por el que

se decreta el cese, ni cuál el motivo de atipicidad, justificación o inculpabilidad que lo motiva, vacíos graves en la decisión que tomará fuerza de cosa juzgada como se afirmó con anterioridad.

No obstante lo anterior, estima la Sala que pese a la deficiente motivación de la providencia, rayana en la absoluta falta de ella, no es procedente declarar la nulidad del auto recurrido, en la medida en que esta es remedio procesal extremo, que solamente puede tener operancia cuando no sea posible corregir el yerro por otra vía, siempre que con esta solución no se afecten los derechos de los sujetos procesales o las formas propias del juicio.

La falta de motivación anotada y predicable del proveído de primera instancia, en nada incide frente a los intereses de los sujetos procesales en la medida en que al desatarse el recurso contra ella propuesto, la Corte como juez de segundo grado hace las precisiones necesarias para dotar a la decisión de fundamentos, con lo cual quedan subsanadas las informalidades procesales que podrían dar origen a la anulación del procedimiento.

En las condiciones anteriores se confirmará la providencia rercurrida, con las aclaraciones y adiciones analizadas y relacionadas con la parte motiva y resolutiva de la misma.

En consideración de las reflexiones precedentes, 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:

Confirmar la providencia recurrida, con la aclaración que el cese de procedimiento dictado es por el delito de prevaricato por omisión (art. 150), por haber actuado la Juez Quinta de Instrucción Criminal de Barranquilla, doctora Martha Lucía Rebolledo de Oñoro, en una errada interpretación de la ley de naturaleza culposa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PENA. NARCOTRAFICO

Una interpretación gramatical y sistemática del artículo 75 de la Ley 30 de 1986, rechaza la concurrencia de penas privativas de la libertad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diez de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 50 julio 31 de 1990.

Vistos:

Clausurada la investigación, se procede a calificar su mérito probatorio, previos los siguientes antecedentes y consideraciones:

Antecedentes:

El 30 de junio de 1988, el Juzgado Unico Especializado del Magdalena condenó al procesado *Víctor Eduardo Lozano Valencia* a las penas principales de 12 meses de prisión y multa equivalente a dos salarios mínimos legales como responsable del delito descrito en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986 consistente en llevar consigo, sin permiso de autoridad competente, cocaína en cantidad superior a la dosis de uso personal pero inferior a cien gramos, fallo consultado con el Tribunal Superior de Santa Marta y por este confirmado mediante el suyo de 16 de septiembre del citado año (fls. 47 y 63 del expediente).

Días después, el sentenciado Lozano Valencia, pidió la libertad por pena cumplida, habida cuenta de la rebaja a que tenía derecho por estudio y por haber observado buena conducta durante su cautiverio, manifestando que no podía constituir caución para gozar de dicho beneficio por la difícil situación económica en que se encontraba, de la cual podían dar fe dos personas que menciona en su escrito petitorio.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Santa Marta conformada por los magistrados doctores Nancy Saldarriaga de Polo (ponente), César Pompeyo Rodríguez Rangel y Fernando Arrieta Charry mediante auto de 4 de octubre de 1988 se abstuvieron de excarcelar al peticionario por no haber purgado la totalidad de la pena impuesta

en la sentencia "toda vez que si bien es cierto cumplió con la pena privativa de la libertad, no hizo lo propio con la pecuniaria" (fls. 71 y 159 *ibidem*).

Argumentó el Tribunal, que la multa impuesta a Lozano Valencia no había sido cancelada por éste "ni ha solicitado plazo para su pago por cuotas, ni ha amortizado el pago de la misma mediante trabajos realizados en favor de la administración pública o de la comunidad, eso sí escogido libremente por el procesado y sin remuneración alguna, como tampoco ha hecho la conversión de multa en arresto..."

El 13 de octubre siguiente, pidió el sentenciado que le fuera rebajada la multa impuesta como pena, petición denegada por el Tribunal Superior en providencia de 26 de octubre de 1988 luego de hacer un paralelo jurídico entre multa y caución (fls. 74 y 161 *ibidem*).

Devuelto el proceso al Juzgado Unico Especializado del Magdalena, este despacho ante nueva solicitud de libertad de Lozano Valencia, luego de oír en declaración a las personas por él citadas, en auto de 19 de diciembre del mismo año, ordenó su libertad por pena cumplida quedando "comprometido a pagar la multa de dos salarios mínimos legales mensuales que le impuso el juzgado en sentencia condenatoria, mediante el pago de 12 cuotas mensuales de $ 4.000.00 cada una..." (fl. 59 *ibidem*).

Por estos hechos, el procesado Víctor Eduardo Lozano Valencia denunció penalmente a los mencionados magistrados atribuyéndoles los delitos de prevaricato y detención arbitraria: aquel por haber emitido resolución manifiestamente contraria a la ley y éste, por haber prolongado ilícitamente la privación de su libertad más allá del límite legal, dando cuenta que por esa misma época, en caso similar al suyo, dos de los magistrados denunciados (los doctores Nancy Saldarriaga de Polo y César Pompeyo Rodríguez) habían integrado la Sala presidida por la magistrada Amalfi Gómez Arregocés que concedió la libertad por pena cumplida de un procesado por narcotráfico, sin consideración a la cancelación de la multa impuesta en la sentencia.

Oídos en indagatoria los magistrados sindicados coincidieron en manifestar que las decisiones tildadas de ilícitas estuvieron precedidas de amplio debate y fueron objeto de examen y confrontación con las tesis expuestas por conocidos tratadistas nacionales sobre la materia —cuyos principales apartes transcriben—, siendo el resultado de un nuevo criterio jurídico respecto a la ejecución de la multa para efectos de excarcelación de condenados como infractores al Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Expresan, que conforme al texto del artículo 75 de la Ley 30 de 1986, en el evento de no cancelarse la multa dentro del término allí estipulado, deberá hacerse la conversión en arresto en la proporción indicada pudiendo concurrir dicha sanción restrictiva de la libertad (arresto) con la pena de prisión impuesta igualmente como principal, conclusión a la que llegan apoyados en citas de los mencionados comentaristas nacionales.

Agregan, que la excarcelación denegada a Lozano Valencia lo fue, con fundamento en tal interpretación de la ley, realizada de la mejor buena fe y en razón a no haber cancelado la multa impuesta en la sentencia como pena principal.

El defensor suplente de la procesada Nancy Saldarriaga de Polo, único que alegó, solicita cesar procedimiento en favor de los sindicados por atipicidad de la conducta endilgada, fenómeno que resulta de una acertada y correcta interpretación del artículo 75 de la Ley 30 de 1986, la que los llevó a variar su anterior criterio jurídico sobre el tema por uno nuevo respaldado en respetable corriente doctrinaria conforme a la cual, cuando el sentenciado no cancela oportunamente la pena de multa queda sometido a una doble sanción: prisión más arresto hasta por cinco años.

Arguye, que las decisiones por ellos adoptadas "lejos de constituir un agravio al mandamiento penal, es el resultado de un análisis juicioso y ponderado de una situación nacida de la misma ley, que les *permitió recoger un criterio indebidamente asumido y proyectar uno nuevo*, acorde con la debida interpretación del mandamiento especial consagrado en la Ley 30 de 1986. Se censura al Tribunal, haber estudiado, como se entiende es su obligación y, *haber dinamizado la interpretación*. Una conclusión nueva, a la que llega la Sala, no sólo con fundamento válido, sino con respaldo en criterios de diversos autores" (subrayas del texto).

Afirma, que en la hipótesis de que los magistrados denunciados se hubiesen equivocado o no hubiesen acertado en la interpretación de las normas legales aplicables al caso juzgado, se trataría de un actuar "errado" que no genera juicio de culpabilidad y según los términos del artículo 75, la conversión allí prevista no es facultativa del juez, sino un imperativo legal.

Y apoyado en abundante jurisprudencia de la Corte sobre los elementos estructurantes del delito de prevaricato, expresa lo siguiente:

"Retornando al evento *sub examine*, deberá insistirse en la ausencia absoluta de interés dañino por parte de los honorables magistrados sometidos a indagatoria. Resalta, que al resolver lo hicieron dando fundamento de un nuevo criterio (sic). Adoptando, perdóneseme la insistencia, una posición doctrinaria, válida y sin duda, amparada en la misma ley".

Consideraciones de la Corte:

Ninguna de las decisiones cuestionadas de ilegales, esto es, las proferidas por los magistrados sindicados el 4 y el 26 de octubre de 1988 mediante las cuales se abstuvieron de concederle la libertad por pena cumplida al sentenciado Víctor Eduardo Lozano Valencia y le negaron la rebaja de la multa impuesta en la sentencia, aluden para nada al artículo 75 de la Ley 30 de 1986, pues la primera de ellas se fundamentó en la concurrencia de varios factores negativos por parte del peticionario: no haber cancelado el valor de la multa impuesta, ni haber obtenido autorización para pagarla por cuotas o amortizarla mediante trabajo no remunerado, ni mucho menos haberse operado

la conversión en arresto, fenómenos a los cuales se refieren los artículos 47, 48 y 49 del Código Penal y la segunda, en la imposibilidad jurídica de "rebajarla" por muy precaria que fuera la situación económica del solicitante ya que dicha circunstancia había sido considerada precisamente para imponerle el mínimo de pena pecuniaria previsto en la disposición infringida.

Llamados a rendir indagatoria, explicaron que la negativa a conceder la libertad del sentenciado, pese a haber descontado la totalidad de la pena de prisión a que fue condenado, se basó en el claro texto del artículo 75 de la Ley 30 de 1986 y en los comentarios hechos a dicha norma por conocidos tratadistas en la materia, aspectos estos que los llevaron a cambiar de criterio jurídico sobre el particular y conforme a los cuales, en los procesos penales adelantados por infracciones al Estatuto Nacional de Estupefacientes, concurrían dos penas privativas de la libertad: la de prisión por el delito cometido y la de arresto hasta por cinco años, por no haberse cancelado oportunamente la multa impuesta en la sentencia.

La norma en comento expresa lo siguiente:

"Artículo 75.— Las multas contempladas en la presente ley deberán ser pagadas dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva resolución. Si las multas no fueren pagadas dentro de ese término, se convertirán en arresto, a razón de un (1) día por cada mil ($ 1.000.00) pesos sin exceder de cinco (5) años".

Sin embargo, para la Corte es evidente, que una interpretación gramatical y sistemática de tal dispositivo penal rechaza la concurrencia de penas privativas de la libertad, por las siguientes razones:

Las infracciones a la Ley 30 de 1986 por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes se dividen en delitos y contravenciones. Aquellos aparecen descritos y reprimidos en el Capítulo V con penas principales de prisión y multa, mientras que las contravenciones de que trata el Capítulo VI se encuentran sancionadas generalmente con penas pecuniarias y únicas.

Los delitos tipificados en la ley de estupefacientes (arts. 32 a 35) son investigados y fallados en primera instancia por los jueces Especializados, los Penales y Promiscuos del Circuito conforme al procedimiento establecido en la Ley 2ª de 1984 (Decretos 1203 de 1987, 1582 de 1988 y 2459 del mismo año), al paso que las contravenciones lo son por las autoridades administrativas o de policía y mediante el breve procedimiento señalado en los artículos 68 y siguientes de la Ley 30 de 1986.

El artículo 75 forma parte integral del Capítulo VI de la Ley 30, y de manera especial del procedimiento consagrado en ella para la investigación y fallo de contravenciones mas no de delitos y no obstante que él alude a las "multas contempladas en la presente ley", expresa a continuación que ellas (las multas) deberán ser pagadas dentro de los diez días siguientes "a la ejecutoria de la respectiva resolución".

La "resolución" a que se refiere dicha disposición no puede ser otra que la que pone fin al proceso contravencional y no la "senten-

cia" que pone término al proceso penal adelantado por jueces penales mediante el procedimiento contemplado en la Ley 2ª de 1984.

De otra manera no tendría razonable explicación el contenido de los artículos 71 y 72 de la Ley 30 de 1986 que posibilitan un doble procesamiento por los mismos hechos: penal y disciplinario, o viceversa.

De modo pues, que pese a la expresa alusión que hace el artículo 75 al fenómeno de la conversión de multas en arresto a razón de un día por cada mil ($ 1.000.00) pesos, sin exceder de cinco (5) años, no puede tenerse dicha referencia como una excepción al principio general del artículo 49 del Código Penal que autoriza la conversión de multa en arresto cuando el condenado no la pagare o amortizare, siempre que aquella haya sido impuesta como principal y única. Si estuviere acompañada de otra sanción, como ocurre en el presente caso no será convertible.

Objetivamente considerada la negativa a excarcelar al sentenciado Lozano Valencia, resulta abiertamente contraria al sentido y alcance del artículo 49 del Código Penal por lo que con dicho proceder los magistrados sindicados subsumieron su conducta en el artículo 273 del Estatuto Punitivo que prohíbe la prolongación de la privación de la libertad de una persona más allá del límite legal.

Pero debe enfatizarse, en el hecho —por ellos alegado y no desvirtuado por prueba en contrario— que a la conclusión contenida en la providencia que cercenó la libertad del condenado arribaron convencidos de haber acertado respecto al sentido y alcance de las normas legales reguladoras de la pena de multa y su incidencia en la excarcelación del sentenciado, interpretación que en lo que hace al artículo 75 de la Ley 30 de 1986, prohija una respetable corriente doctrinaria y la que, para el caso sub judice, *no encuentra asidero en un obrar arbitrario o caprichoso, sino en la mejor buena fe.*

No siempre los errores del juzgador en la interpretación de las normas sustanciales o adjetivas aplicables al caso concreto, o en la valoración de los medios de convicción, constituyen factores determinantes de un torcido proceder. Se requiere que las equivocaciones aparezcan precedidas de una clara orientación de la voluntad hacia un fin ilícito, propósito que no se vislumbra en el caso examinado por parte de ninguno de los magistrados procesados quienes no conocían al denunciante ni tenían el más mínimo interés en perjudicarlo.

Establecido entonces, que las decisiones del Tribunal Superior tuvieron su fundamento en una equivocada interpretación del verdadero sentido de la pena de multa y su incidencia en el beneficio de la libertad por pena cumplida, pero jamás en la incorrección moral de los funcionarios sindicados que los hubiera llevado a prolongar ilícitamente la detención de una persona, concluyese que procedieron sin culpabilidad y en tales condiciones, no incurrieron en conducta susceptible de reproche penal.

Por tal motivo, se decretará en su favor la cesación de procedimiento en los términos del artículo 34 del Código de Procedimiento

Penal, en armonía con el artículo 469 *ibidem*, pero no por aticipidad de la conducta como lo sugiere la defensa, sino por la presencia de una causal excluyente de responsabilidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, *ordena cesar procedimiento* en favor de los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, doctores Nancy Saldarriaga de Polo, César Pompeyo Rodríguez Rangel y Fernando Arrieta Charry, en razón de los cargos por los cuales fueron oídos en declaración indagatoria.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. TRANSITO DE LEGISLACION

En "el tránsito de legislación" pueden sobrevenir las leyes sobre términos, actuaciones y diligencias como especies de "derechos adquiridos" del procesado, lo demás, esto es, la competencia y el simple trámite quedan por fuera del principio de favorabilidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 51, agosto 8 de 1990.

Vistos:

De plano decide la Corte el recurso de hecho interpuesto por el defensor de la procesada *María José Torres* contra la providencia del Tribunal Superior de Aduanas que negó el recurso extraordinario de casación.

Antecedentes inmediatos:

1. El 18 de mayo de 1988, personal adscrito a la División de Investigaciones Especiales de la Aduana retuvieron a Javier Jaramillo una máquina inyectora usada, repintada de color azul y crema, tipo P. P. 60/40, matrícula 240/271 de 1976, marca A. Triulzi, con modelos para elaboración de tapas para envases plásticos.

Adelantada la investigación, el Juez Primero Superior de Aduanas de Bogotá, calificó el hecho como "Contrabando por fuera de la Aduana" que tipifica el artículo 20 del Estatuto Penal Aduanero (Decreto 951 de 1987) y profirió sentencia condenatoria contra Iván Espinosa Cerinza y María Josefa Torres Clavijo a la pena de 23 meses de prisión para cada uno, según resolución acusatoria de abril 22 de 1989.

El Tribunal de Aduanas confirmó en su integridad el fallo recurrido. Contra dicha determinación el defensor de María Josefa Torres Clavijo interpuso recurso de casación.

2. El Tribunal denegó el recurso por cuanto el valor de la mercancía ($ 11.440.000.00) es inferior al requerido por la ley bajo la cual se rituó el proceso, según la certificación del Banco de la República.

Se pidió reposición y copias para el recurso de hecho, en subsidio, como se negara lo primero, se accedió a lo segundo, que son las copias que tiene la Corte para decidir.

3. El defensor, dentro del término, sustentó el recurso y sustituyo poder.

Consideraciones de la Corte:

1. El fundamento jurídico de la impugnación lo hace radicar la defensa en el principio constitucional de la favorabilidad, pues, en su opinión, el hecho imputado a su defendida tuvo ocurrencia en el año de 1986 que fue cuando se introdujo ilegalmente al país la máquina objeto de la investigación, y para ese entonces las disposiciones vigentes lo eran los Decretos 955 de 1970, 520 de 1971 y Ley 21 de 1977 que permitían el recurso extraordinario por delito que tuviese como máximo de pena 5 o más años y siempre que el valor de la mercancía sea o exceda de cien mil pesos. Como el artículo 66 del anterior Estatuto es más favorable al sindicado, debe aplicársele en virtud al principio rector consagrado en el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, aplicable aquí, para lo cual se apoya en jurisprudencia y doctrina.

2. Evidentemente que el principio universal de la favorabilidad que consagra la Constitución como garantía penal (art. 26) y que reproducen los Códigos Penal y de Procedimiento, es aplicable a ambos ordenamientos; pero en ambos casos tratándose de nuevos Estatutos, el juicio comparativo de legislaciones debe hacerse frente a todo el Estatuto y no fraccionándolos de manera que se tome lo favorable de cada uno de ellos para "crear" una tercera disposición que no puede ser de recibo en ningún ordenamiento jurídico.

Lo sostuvo la Corte (auto de abril 20 de 1988) y lo reafirma ahora, al reconocer que habiéndose aplicado el nuevo Estatuto (Decreto 051 de 1987) a un hecho considerado delito en ambos ordenamientos, con sujeción a la regla señalada en el artículo 86: "El presente Estatuto entrará en vigencia el primero (1º) de julio de mil novecientos ochenta y siete (1987) y se aplicará a los procesos en curso que se encuentren en la etapa de investigación y a los que se inicien con posterioridad a ella. Los demás continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior", no hay lugar a excepcionar con base en el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal un mandato que incide directamente en la competencia, pues fija ésta en la Corte, cuando además del factor punitivo del delito, el valor de la mercancía tenga uno superior al equivalente en moneda nacional a cinco mil gramos oro (art. 51).

El hecho fue conocido en 1988 y la investigación se inició en el mismo año, es decir, en plena vigencia del Estatuto bajo el cual se tramitó el juicio y se impuso la condena, sin que se afecte con ello término alguno empezado a correr o actuación o diligencia iniciada (Ley 153 de 1987, art. 40 y art. 5º del C. de P. P.), porque ni siquiera conocimiento del hecho se tenía.

Con razón la Corte ha puntualizado: "Es cierto que el principio de favorabilidad que prescribe el artículo 26 de la Carta, obliga al juez de la causa a resolver el proceso penal dando aplicación a la

norma más benigna y que el sindicado puede exigir la definición de su negocio penal con invocación de sus imperativos, siempre que durante su tramitación *se opere el fenómeno de sucesión de leyes, mejor conocido como 'tránsito de legislación' (subraya fuera de texto mayo 3 de 1979), porque sólo de esa manera pueden sobrevivir las leyes sobre términos, actuaciones y diligencias como especies de 'derechos adquiridos' del procesado, lo demás, esto es, la competencia y el simple trámite (sustanciación y ritualidad) quedan por fuera del principio de favorabilidad.*

"No es procedente el recurso por razón del valor de la mercancía objeto del proceso. Por carencia de interés, no se pronuncia la Sala sobre la sustitución planteada".

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

Resuelve:

Declarar improcedente el recurso de hecho presentado. En consecuencia, estímase bien denegado el extraordinario de casación contra la sentencia condenatoria del Tribunal de Aduanas.

En firme, devuélvase la actuación al Tribunal de origen para que sea agregada al proceso.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. Uso

El legislador de 1980 separó nítidamente la hipótesis del actor que usa el documento habiendo concurrido a su falsificación, situación esta que excluye la posibilidad de un concurso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 51 agosto 8 de 1990.

Vistos:

Mediante oficio de fecha 27 de junio de 1989 el Tribunal Superior de Cali remitió a esta Corporación el cuaderno de copias pertenecientes al proceso que por el delito de falsedad se sigue a *María Elena Muñoz* en atención a que en el mes de septiembre de 1985 la actuación original se envió con el fin de que se surtiera el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Quinto de ese Tribunal y, seguramente desapareció en los hechos registrados en el Palacio de Justicia durante los días 6 y 7 del mismo año.

Mediante auto de 18 de julio de 1989 el magistrado sustanciador dispuso practicar algunas diligencias con el fin de verificar el estado del proceso para el mes de noviembre de 1985, estableciéndose que con fecha 28 de octubre se radicó en la Procuraduría Tercera Delegada en lo penal con la declaratoria de admisibilidad del recurso interpuesto. Así mismo, el señor Fiscal Quinto del Tribunal presentó certificación jurada en el sentido de que no le fue notificada la admisión del recurso por él interpuesto ni se le corrió el traslado de ley para la presentación de la demanda.

Con fecha 20 de noviembre último se ordenó correr traslado al fiscal recurrente y se comisionó al presidente del Tribunal de Cali para tal efecto.

En consecuencia procede la Corte a decidir sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el señor Fiscal Quinto del Tribunal Superior de Cali contra la sentencia dictada por esa Corporación el 29 de julio de 1985 confirmatoria de la de primera instancia del Juzgado Cuarto Superior de esa ciudad de fecha 31 de mayo del mis-

mo año en la que se condenó a la procesada María Elena Muñoz a la pena privativa de la libertad de 16 meses de prisión como autora del delito de "falsedad por creación y uso de documento público falso".

Hechos y actuación procesal:

Los sintetiza así el Tribunal de instancia:

"...El 28 de mayo del año inmediatamente anterior (1983) fue retenida en la Sección de Emigración del Aeropuerto de Palma Seca de esta ciudad la sindicada María Elena Muñoz Gómez, la que se identificó con la cédula de ciudadanía número 29.580.498 expedida en La Cumbre (V.) a nombre de Lucía Sanclemente Barco, documento que le había sido puesto la fotografía de la procesada al igual que la huella de su índice derecho, y que tal retención se obtuvo por información que tenían los agentes del DAS de que una de las pasajeras que abordaba el vuelo nacional de AVIANCA con destino a la ciudad de Cartagena portaba documentos falsos. Que posteriormente en las dependencias del Departamento Administrativo de Seguridad le fue decomisado el pasaporte T 761326, expedido a nombre de Lucía Sanclemente Barco en el que se había colocado igualmente la foto de la incriminada María Elena Muñoz G., y se le habían colocado sus datos personales, y, le fueron decomisados pasajes con itinerario Cali-Cartagena-New York-Cali".

Con fundamento en las diligencias preliminares realizadas por el Departamento Administrativo de Seguridad Seccional del Valle del Cauca, Grupo de Policía Judicial, el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de Cali, inició la correspondiente investigación penal el día 30 de mayo de 1983, recibió indagatoria a la acusada y le resolvió su situación jurídica decretándole la detención preventiva mediante providencia de 4 de junio siguiente.

Con fecha 7 de julio del mismo año el Juzgado Cuarto Superior de Cali avocó el conocimiento del asunto disponiendo la práctica de varias diligencias tendientes al perfeccionamiento de la investigación. Se recibieron varios testimonios y la procesada amplió su indagatoria diligencia en la cual se tomaron muestras manuscritas a María Elena Muñoz Gómez con el fin de someterlas al experticio legal.

Así mismo, el instructor practicó diligencia de inspección judicial en la sección de pasaportes adscrito al Departamento Jurídico de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca, diligencia en la cual tomó muestras de los sellos aplicados por dicha dependencia para la expedición de pasaportes.

Rendido el dictamen grafológico por el forense correspondiente, por auto de octubre 3 de 1983 se llevó a conocimiento de las partes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 276 del Código de Procedimiento Penal y, por no haber sido objetado el 17 de octubre del mismo año se declaró cerrada la investigación.

El Juzgado Cuarto Superior en auto de noviembre 9 siguiente comprometió en juicio criminal a la acusada por los delitos de falsedad por uso de documento público falso y le concedió el beneficio

de la libertad provisional por encontrar reunidos los requisitos de ley para el otorgamiento anticipado del subrogado de la condena de ejecución condicional.

Con fecha noviembre 28 de 1983 la secretaría del juzgado informa que el auto de proceder dictado no fue recurrido y en consecuencia causó ejecutoria. En la misma fecha se abrió el juicio a pruebas sin que las partes hubieran solicitado la práctica de las mismas.

Celebrada la diligencia de audiencia pública el juzgado del conocimiento con fecha 30 de mayo de 1984 dictó fallo condenatorio contra la encausada condenándola a la pena privativa de la libertad de un año de prisión como responsable del delito de falsedad por uso de documento público.

Consultado el fallo en mención con fecha 11 de julio de 1984 el Fiscal Quinto del Tribunal, el mismo que ahora recurre en casación, solicitó la confirmación integral "...puesto que las pruebas que fueron aportadas a los autos evidenciaron con suficiencia el hecho punible y la responsabilidad de la procesada quien no desconoce la utilización de una cédula de ciudadanía falsificada y que fue elaborada a nombre de Lucía Sanclemente Barco, documento que exhibió ante los señores agentes del DAS, extranjería cuando se le solicitó la documentación momentos antes de viajar de esta ciudad de Cali a la ciudad de Cartagena..."

El Tribunal en fallo de agosto 13 declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto calificatorio del mérito del sumario al considerar que el tipo penal al que se adecuaba la conducta de la procesada lo era el artículo 222 del Código Penal, por cuanto ella había suministrado los datos personales y entregado sus fotografías y la suma de cuarenta mil pesos para la elaboración de los documentos falsificados, es decir era coautora de dicha falsedad.

El 2 de noviembre de 1984 el Juzgado Superior en obedecimiento a lo resuelto por el Superior la llamó a responder en juicio criminal como autora del delito de falsedad en documento público y uso de los mismos, decisión que fue notificada a las partes sin haber sido recurrido por ellas según informe secretarial de fecha 26 de noviembre siguiente, es decir, que el auto de enjuiciamiento causó ejecutoria el 25 de noviembre a las 6 de la tarde.

Verificada la diligencia de audiencia pública con presencia de la acusada, con fecha 31 de mayo de 1985 el Juzgado Cuarto Superior, la condenó a la pena privativa de la libertad de 16 meses de prisión como responsable del delito de falsedad por creación de documento público y uso de los mismos. Surtida la consulta, el señor Fiscal Quinto del Tribunal de Cali, solicitó la confirmación del fallo condenatorio con la modificación en cuanto a la tasación de la pena en atención a la interpretación que esta Sala dio al artículo 222 en providencia de fecha 23 de febrero de 1984 siendo magistrado ponente el doctor Alfonso Reyes Echandía, para demandar en definitiva una sanción de 30 meses de prisión.

El Tribunal en providencia de 29 de julio de 1985 confirmó íntegralmente la sentencia consultada sin que haya hecho referencia al

concepto del Ministerio Público distinto de aquel en la parte introductiva en que se puntualiza el *quántum* de la pena demandada por el colaborador fiscal. Con fecha 12 de septiembre siguiente se concedió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público.

La demanda:

"El Tribunal Superior de Cali incurrió en la sentencia recurrida en la causal primera, inciso primero, del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, por violación directa de la ley sustantiva penal, por aplicación indebida del artículo 222 del Código Penal, pues esta norma no podía aplicarse en su totalidad, sólo su inciso segundo, el que a su vez remite, entendido dentro de una sana lógica jurídica, al artículo 220 del mismo Código Penal, por ser esta norma la que sanciona al particular que falsifique documento público".

Para desarrollar el cargo dice el casacionista que "la encausada María Elena Muñoz, fue residenciada en juicio criminal como determinadora de falsedad material en documento público y uso del mismo documento, una cédula de ciudadanía falsa, según decisión del Juzgado Cuarto Superior de Cali, de 2 de noviembre de 1984, y atendiendo una nulidad decretada por el Tribunal Superior de Cali, pues se incurrió en una deficiente calificación en la primera ocasión, al observar la Corporación que el *a quo* sólo dedujo a la condenada el delito de uso de documento público falso".

"Si es cierto que el juzgador se refirió al inciso 2º del artículo 222 del Código Penal, también es evidente que al decretarse la nulidad se hacía con el único fin de que el juez de primera instancia incluyera en los cargos aquel relacionado con la autoría de la enjuiciada como determinadora de un delito de falsedad material de particular en documento público, y así se consignó en la parte motiva del entonces auto de proceder, además del cargo por el uso de ese documento falso, y en la parte resolutiva la denominación genérica de *falsedad en documentos*".

"Se sabe que el artículo 222 del Código Penal consagra dos situaciones diferentes. En su primer inciso se sanciona al que haga uso de documento público falso, pero 'sin haber concurrido a la falsificación', es decir que no se le señale como autor, determinador o cómplice. Y en el segundo inciso ya regla la sanción para la persona que no sólo usa el documento público falso, sino que además participó en la falsificación. Y si aquí se incluyen a los autores necesariamente tenemos que remitirnos al artículo 220 del Código Penal, para encontrar la base de la pena para quien se acusa de falsificar documento público que además usó y que no es otra que la de prisión de dos a ocho años, y de ella hacer el aumento que indica el inciso 2º del artículo 222 ya citado".

Con apoyo en el fallo de esta Sala de fecha 23 de febrero de 1984 con ponencia del magistrado doctor Alfonso Reyes Echandía, precisa el actor que "hubo, entonces, aplicación indebida del inciso 1º del artículo 222 del Código Penal, porque el asunto juzgado comprendía la responsabilidad de la señora María Elena Muñoz, como determina-

dora de la falsedad material de particular en documento público y uso del documento falsificado conducta que no se enmarca en este primer inciso, y por ello, en forma equivocada dedujo la pena con los parámetros de este primer inciso, pues la base fue un año de prisión, cuando lo correcto debió ser la aplicación del artículo 220 de la misma codificación, que tipifica la falsedad de particular en documento público, con pena de prisión de dos a ocho años, y que en este asunto es la mínima citada, para deducirle a la enjuiciada María Elena Muñoz y de allí incrementarse en seis meses más, conforme al inciso 2º del artículo 220 del Código Penal".

Corrido el traslado al señor agente del Ministerio Público de conformidad con lo previsto en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal anterior, el señor Procurador Primero Delegado en lo penal, consideró innecesario ampliar la demanda de casación presentada por el señor Fiscal Quinto del Tribunal de Cali y devolvió el proceso a la Corte para continuar su trámite.

Declarada ajustada por la Sala la demanda presentada por el señor fiscal recurrente, se corrió traslado a la procesada no recurrente el 7 de mayo del corriente año, término que venció el 23 del mismo mes sin que haya presentado su alegato por medio de apoderado.

Consideraciones de la Sala:

En atención al tiempo transcurrido desde el auto de proceder dictado en este asunto y el actual momento procesal del recurso extraordinario de casación que comportó la inactividad por cerca de cuatro años, al no haberse advertido por el Tribunal de instancia y el fiscal recurrente la desaparición del expediente en los hechos ocurridos durante los días 6 y 7 de noviembre de 1985, en la sede de la Corte, resulta forzoso determinar si la acción penal se halla prescrita.

Enseña el artículo 80 del Código Penal que el término de la prescripción será igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes.

Por su parte el artículo 84 precisa que la prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder o su equivalente, debidamente ejecutoriado. Interrumpida la prescripción principiará a correr de nuevo el término del artículo 80, reducido en la mitad, pero en ningún caso será inferior a los cinco años. Recuérdese que el auto de proceder dictado en esta causa fue notificado a las partes y causó ejecutoria el 25 de noviembre de 1984.

El delito de falsedad documental que le fue deducido a la procesada (art. 222 del C. P.) tiene prevista una pena privativa de la libertad de uno a ocho años cuando quien hiciere uso del documento público falso que pueda servir de prueba no ha concurrido a su falsificación: Dicho máximo de ocho años, al tenor del inciso 2º del referido artículo, se aumenta hasta en la mitad cuando quien usa el documento fuere el mismo que lo falsificó, es decir, que la pena máxima imponible según la norma comentada sería la de doce años

de prisión que para efectos del fenómeno prescriptivo se reduce en la mitad, luego de ejecutoriado el auto de proceder. En consecuencia, para el caso concreto la acción prescribiría el 25 de noviembre del año en curso (1990).

Ahora bien, de acuerdo con lo puntualizado por el fiscal recurrente, el artículo 220 del Código Penal tiene prevista para el delito de falsedad material de particular en documento público, pena de prisión de dos a ocho años, es decir que en su máximo coincide con la estipulada en el inciso 1º del artículo 222 del Código Penal para quien use el documento público falso. Dicho máximo, el previsto en el artículo 220, aumentado hasta en la mitad por la circunstancia prevista en el inciso 2º del artículo 222 *ibidem*, llegaría a un máximo de doce años de prisión que reducida en la mitad según las voces del artículo 80 ya citado, quedaría en un máximo de seis años, es decir, que la acción prescribiría igualmente el 25 de noviembre de este año 1990. En tales condiciones se impone la consideración de la demanda y el pronunciamiento de fondo por parte de esta Sala.

Tal como consigna el recurrente, *esta Sala con fecha 23 de febrero de 1984 con ponencia del magistrado Alfonso Reyes Echandía, hizo un estudio referente a la punibilidad con relación al delito de falsedad material en documento público y el uso del mismo por quien concurrió en su falsificación.*

Dijo la Sala: "La regulación legal de los hechos relacionados con la falsificación de documento público y con el uso del mismo por la persona que realizó su alteración, cambió del Código Penal de 1936 al que actualmente rige; en efecto, en la legislación precedente, su artículo 231 describía distintas formas de falsedad en documento público por empleado oficial, el 233 se refería al mismo hecho punible cometido por particulares o funcionarios por fuera de su cargo, en tanto que el 234 regulaba de manera autónoma el uso del documento público falso sin distinguir si el usuario había intervenido en su falsedad o era ajeno a ella. El nuevo Código Penal, en cambio, no solamente separó las formas de falsedad material e ideológica de documento público por empleado oficial (arts. 218 y 219) sino que luego de describir en el inciso 1º del artículo 222 la conducta de quien usa documento público que otro ha falsificado, se ocupa en el segundo inciso de esa misma norma del comportamiento de quien habiéndolo falsificado lo utiliza, caso en el cual prevé un incremento punitivo; de esa manera el legislador de 1980 separó nítidamente la hipótesis de quien usa el documento público siendo ajeno a su alteración material o ideológica de aquella que se refiere al actor que usa tal documento habiendo concurrido a su falsificación, situación esta última que excluye consecuencialmente la posibilidad de un concurso", a no ser que la conducta incida en situaciones jurídicamente protegidas y distintas a las comentadas (enriquecimiento del tipo penal).

En el mismo fallo y luego de consignar el criterio de las distintas comisiones redactoras del Código Penal desde 1972, se llegó a la conclusión que respecto del artículo 222 del Código Penal se tiene: a) Que todas las comisiones evitaron la creación de un tipo autónomo de uso de documento público falso por quien hubiese concurrido a su falsificación; b) Que por esta vía se eliminó la posibilidad jurídica

de un concurso delictivo entre falsedad y uso de documento público cuando la misma persona realizara ambas conductas; c) Que tal situación fue resuelta desde el anteproyecto de 1974, mediante la fórmula de consagrar el uso de documento público por quien lo hubiere falseado, como una forma agravada del delito de falsedad documental; por eso en aquel anteproyecto se hacía específica referencia a las distintas especies de falsedad documental para referir a la que correspondiera, el incremento punitivo previsto por el uso de documento ya falseado.

"En verdad que la redacción definitiva del inciso 2º del artículo 222 no fue tan clara en este punto como lo 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 tres a diez años de prisión si fuere empleado oficial o de dos a ocho si actuase como particular, a tiempo que quien además de falsificar el documento público lo usa, resultaría penado con prisión mínima de un año y un día hasta ocho años y un día, y máxima de dieciocho meses a doce años sanción esta, en promedio menor que la prevista para el sólo delito de falsedad documental, lo que resulta ciertamente ilógico".

Es indudable que en el presente caso se advierte la violación directa de la ley sustancial que predica el fiscal recurrente, pues el juzgador ignorando una norma jurídica inequívocamente aplicable al caso sub judice. De acuerdo con lo planteado anteriormente, ha debido partir del mínimo previsto en el artículo 220 del Código Penal, sanción prevista para quien interviene en la falsificación material del documento público entratándose de un particular, agravada por el uso del mismo documento por quien concurrió a ello.

Lo anterior resulta manifiesto ya que a la procesada María Elena Muñoz finalmente se le tasó como pena privativa de la libertad por la conducta a ella imputada la de dieciséis meses de prisión es decir, sustancialmente inferior a la prevista para el autor material de la falsificación del documento.

En consecuencia la Sala casará parcialmente el fallo recurrido para imponer a la procesada la pena que legalmente le corresponde.

Como no concurren en la procesada circunstancias genéricas de agravación punitiva, la sanción a imponer será la mínima prevista en

el artículo 220 del Código Penal incrementada en seis meses por el agravante del uso del documento público falso, inciso 2º del artículo 222 *ibidem*.

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

Resuelve:

1º *Casar parcialmente* la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Cali, de fecha 29 de julio de 1985.

2º *Imponer* a la procesada María Elena Muñoz Gómez de condiciones civiles y personales conocidas en autos, la pena privativa de la libertad de treinta meses de prisión como responsable del delito de falsedad de documento público y uso del mismo, de conformidad con lo puntualizado en las consideraciones precedentes.

3º Las accesorias sufrirán la modificación propia a esta variación de la pena privativa de la libertad; en lo demás rige el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia, Wando Fernández León, conjuez; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Jaime Giraldo Angel, Gustavo Gómez Velásquez, Diáimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INDULTO

La Ley 77 de 1989 señala un procedimiento mixto para dispensar el cese de procedimiento a los individuos que fuera de la organización subversiva, hubiesen demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. (En el mismo sentido providencia de agosto 24 de 1990)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 0054 agosto 15 de 1990.

Vistos:

Contra el auto proferido en mayo dieciséis (16) de mil novecientos noventa (1990), por el Tribunal Superior de Nieva, por medio del cual se negó la cesación de procedimiento solicitada por el acusado *Marcos Murillo Galindo*, al tenor de lo dispuesto en la Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario 206 de 1990, este interpuso el recurso de apelación.

Realizado el trámite de rigor, recogido el concepto del señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo penal, quien impetra ratificar la decisión impugnada, procede la Corte a resolver lo pertinente.

Actuación procesal:

En escrito dirigido al señor presidente de la República, Marcos Murillo Galindo y Rafael Polanía Molano solicitaron la concesión del beneficio de indulto, acreditándose como combatientes de las "Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia" —FARC, EP— "...integrantes del segundo frente que opera en el desartamento (sic) de Huila y Caquetá...", advirtiendo a continuación que fueron "...capturados cuando cumplíamos tareas propias de la revolución, pues conformábamos una comisión de finanzas...". Como apoyo a su pretensión anotan que "...dentro del proceso, obra suficiente material probatorio de que en efecto somos integrantes de la agrupación mencionada, como lo es el proceso por revolución adelantado por el Juzgado Treinta y Cinco Penal Militar de la Novena Brigada..."

Mediante certificación firmada por los señores Ministro de Justicia —titular— y Ministra de Minas y Energía —encargada de las fun-

ciones del anterior—, se dijo que Marcos Murillo Galindo "...no presentó ninguna prueba que acredite su voluntad de reincorporarse a la vida civil. En consecuencia no se reúnen los requisitos señalados en el artículo 4º de la Ley 77 de 1989, para la concesión del beneficio solicitado..."

Se allegó un informe de la División de Inteligencia del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS—, en la que se afirma que Murillo se encuentra vinculado a un proceso por homicidio conocido por el Juzgado Primero (1º) Superior de Neiva y que "...No le aparecen datos que lo vinculen con el II Frente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia 'FARC', ni con otro grupo armado..."

De otro lado, obra un oficio del Juzgado Penal Militar citado en el que se confirma la existencia del mencionado proceso y que recibiera en comisión impartida por el Comando de la Novena (IX) Brigada "...por infracción al Decreto 1058, porte ilegal de armas en diciembre 18 de 1984...". También, un informe de la Sección de Inteligencia de la Policía Nacional en el que se indica que Galindo Murillo "...presenta antecedentes como miembro del II frente de las FARC...", al tiempo que el Juzgado Primero (1º) Superior de Neiva hace lo propio comunicando que contra el peticionario cursa un proceso por homicidio y otros delitos, en el que se produjo fallo condenatorio de primera instancia.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Superior de Neiva señala que para la concesión del cese de procedimiento "...es menester que la persona que aspire a él tiene que hallarse en las listas suministradas por el Gobierno Nacional o que, en su defecto, cuente con el certificado de habilidad para solicitar el beneficio que al efecto expidan los ministros de Gobierno y Justicia y se tiene que Marcos Murillo ni se encuentra en esas listas... ni reúne los requisitos que indica el artículo 4º de la Ley 77 de 1989..."

Concepto del Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal:

El colaborador fiscal se muestra partidario de mantener la decisión impugnada merced a la negativa de los Ministerios de Gobierno y Justicia de otorgarlo al solicitante el correspondiente certificado de habilidad que debe ostentar para que pueda tramitarse la cesación de procedimiento ante el Tribunal Superior.

La Corte:

1. La Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario 206 de 1990 establecen un procedimiento mixto para dispensar cese de procedimiento respecto de los individuos que fuera de la organización subversiva de la cual formen o hayan hecho parte, hubiesen demostrado, a juicio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

Para acceder a tal merced, el interesado deberá en primer lugar formular una petición al ejecutivo, por intermedio del Ministerio de Justicia, con el fin de que se certifique su habilitación para hacerse

acreedor a la dicha medida, allegando con el requerimiento las pruebas que considere respaldan su voluntad de reinsertarse a la sociedad.

El Gobierno deberá evaluar, primordialmente, la militancia del solicitante – pasada o actual— en la agrupación rebelde, basándose en la información que suministren el Ministerio de Defensa y los organismos de inteligencia del Estado; de igual manera, las probanzas aportadas por el petente. Si del estudio resultare que se cumplen las condiciones exigidas por el parágrafo del artículo 4º de la Ley 77 de 1989, emitirá la correspondiente certificación y la enviará, junto con la solicitud y el expediente administrativo al respectivo Tribunal.

Recibida la documentación, tal Corporación verificará que se reúnan los presupuestos para otorgar el mentado beneficio, previa la suspensión del proceso o procesos adelantados contra el agraciado y en los cuales no se haya establecido su responsabilidad material o intelectual mediante sentencia ejecutoriada.

II. Como se observa, solamente agotado en forma favorable el procedimiento administrativo, le corresponderá conocer y, por ende, decidir sobre la concesión del beneficio, a la autoridad jurisdiccional. Por consiguiente, si de la evaluación hecha por el Gobierno Nacional, resultare que no se satisfacen las condiciones establecidas por el parágrafo en comento, dicho ministerio deberá rechazar la petición por inconducente.

Tal separación de funciones decisorias responde al propio desarrollo del proceso de paz y los beneficios que conlleva, entre estos la cesación de procedimiento en asuntos penales, cuyas características son eminentemente políticas y tienen como objetivo fundamental la reincorporación a la sociedad de los alzados en armas. Por ello, es al Gobierno Nacional a quien le corresponde, como supremo rector del proceso de pacificación, evaluar tanto la calidad de rebelde que le asiste a la agrupación de la cual forme o haya formado parte el peticionario, como su ánimo de retornar a la vida comunitaria. De incumplirse tales estipulaciones, no tendría objeto el que el ente jurisdiccional se pronunciara sobre los demás aspectos.

Resulta incontestable que compete a la autoridad política cumplir tal examen por lo que un evaluador diferente, conllevaría una intromisión indebida, como quiera que a la autoridad judicial le corresponde fallar en estricto derecho, sin atender razones de índole política, por altruistas que ellas sean. Por consiguiente, sólo cuando se expida el certificado de habilidad por parte del Gobierno Nacional, le concierne al Tribunal respectivo estudiar el proceso penal correspondiente con el fin de establecer si los hechos en él investigados se adecúan a los delitos señalados en el artículo 7º de la Ley 77 de 1989, evento en el cual procederá a impartir su aprobación o su negativa al otorgamiento del beneficio impetrado.

III. En el caso que ocupa a la Sala, es evidente que la autoridad administrativa erróneamente envió para estudio del Tribunal Superior de Neiva, una solicitud de cesación de procedimiento que no reunía los requisitos contemplados en el parágrafo aludido. En efecto, pese a las consultas elevadas al Ministerio de Defensa Nacional y a los orga

mismos de inteligencia estatal, la indagación que buscaba confirmar las aseveraciones del solicitante, resultó infructuosa, aunque algunos de aquellos respondiera con una vaga referencia a su mentada militancia política. Tales resultados negativos imponían al Ministerio de Justicia el denegar la comentada petición por inconducente.

En consecuencia, como quiera que esta Rama del Poder Público no ha adquirido jurisdicción para resolver sobre una posible cesación de procedimiento, corresponde a esta Sala inhibirse para conocer del presente asunto, devolviéndole al Tribunal de origen para lo de su cargo, luego de lo cual por su conducto deberá reenviarse el asunto al Ministerio de Justicia.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo penal,

Resuelve:

Inhibirse de conocer del presente asunto, disponiendo, consecuentemente, su devolución al Tribunal Superior de Neiva, para lo de su cargo con relación a su auto de mayo dieciséis (16) de mil novecientos noventa (1990), luego de lo cual se dispondrá su reenvío al Ministerio de Justicia, por su intermedio.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SECUESTRO. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

Si en la búsqueda de los propósitos de restablecimiento del orden público turbado se dictó el Decreto 180 de 1988, es natural que la nueva forma de secuestro debe tener finalidades terroristas o debe ser realizado sobre alguna de las personas enumeradas en el Decreto 474 de 1988, con pretensiones similares

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 056 de 22 de agosto de 1990.

Vistos:

Por sentencia de diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve el Tribunal Superior de Cali confirmó la providencia del Juez Segundo Especializado que había condenado a *Omaira Marlene Caicedo Anguio* por los delitos de secuestro y supresión, alteración o suposición del Estado Civil, suscrita el ocho de agosto del mismo año. En la confirmación se rebajó la pena a catorce años de prisión.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación por el fiscal de la Corporación, fue concedido y admitido por la Sala. Presentada la demanda se declaró ajustada a las exigencias de ley. El Procurador Delegado consideró innecesario hacer ampliación del libelo.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

El proceso se inicia como consecuencia de la denuncia instaurada por Mercedes Venté Amú, por los delitos de secuestro simple, supresión, alteración y suposición del Estado Civil, quien relata que dos meses atrás dio a luz una niña y al salir del hospital fue abordada por una mujer que se identificó como Myriam N., quien se ofreció a ayudarla y siguió frecuentándola en su casa, hasta que el veintiuno de julio, luego de haber estado cargando la niña, dijo que iba a comprar algo a la tienda, llevándose la menor sin que hubiera regresado.

El nueve de noviembre amplió su denuncia, para decir que tuvo conocimiento por su esposo que habían capturado a la mujer, con quien efectivamente conversó en el DAS, reconociéndole que había hecho eso porque el marido le había dicho que la dejaría si no tenían un hijo.

Actuación procesal:

Por auto del veintitrés de julio se abrió investigación preliminar.

En proveído del nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho se dictó auto cabeza de proceso.

Indagada Omaira Marlene se le dictó medida de aseguramiento el doce de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Con fecha ocho de marzo de mil novecientos ochenta y nueve se citó a audiencia pública a Omaira Marlene Caicedo Angulo por los delitos de falsedad y secuestro.

Realizada la audiencia pública el diez de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, se dictó sentencia el quince de mayo del mismo año, imponiéndose a la procesada la pena principal de treinta cuatro (34) meses de prisión como responsable de los delitos de falsedad y secuestro.

Por providencia del veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y nueve, se decretó la nulidad de lo actuado, por considerar equivocada la calificación, pues se estimó que parte de los hechos configuraron un atentado contra el Estado Civil y no contra la fe pública.

Termina solicitando se case parcialmente el fallo y se modifique el punto primero de la parte resolutiva para que la pena corporal sea de doce (12) meses de prisión en armonía con los artículos 262, 269, 270 y 26 del Código Penal y el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Sala:

Comparte la Sala la impugnación del censor, porque la verdad es que la puesta en vigencia del Decreto 180 de 1988, como legislación de Estado de Sitio dictada bajo las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional, produce las más diversas consecuencias. Una de ellas es la creación de nuevos tipos penales que no aparecen en la codificación ordinaria; otra es que suspende todas aquellas disposiciones de la ley común —de derecho penal material o procesal— que le sean contrarias; pero ha de reconocerse que en relación con varios delitos se presenta un verdadero paralelismo, entendiendo esta expresión como la existencia de un mismo ilícito previsto simultáneamente en las normas ordinaria y de Estado de Sitio, en ocasiones con una mayor riqueza descriptiva en la segunda, pero en otras repitiendo la descripción de la conducta típica existente en la primera.

En las condiciones anteriores el intérprete debe ser especialmente cuidadoso para determinar con claridad cuáles son los preceptos ordinarios que han sido suspendidos y cuáles rigen simultáneamente con los de Estado de Sitio y, de presentarse esta última hipótesis, cuándo y en qué circunstancias debe ser aplicada la disposición común o la de excepción.

En el supuesto de la doble tipicidad en ordenamientos de origen y contenido políticos completamente diferentes se presentan los más diversos fenómenos, tal el caso del homicidio que en la legislación para tiempos de paz contiene un tipo básico, con otros subordinados, agravados y privilegiados y desde la perspectiva de la culpabilidad la triple concepción, esto es, las modalidades dolosa, culposa y preterintencional. Por su parte, en la normatividad extraordinaria aparece un homicidio terrorista, que se concreta por la muerte de alguna de las personas específicamente enumeradas en la norma que lo consagra (art. 29 del Decreto 180 de 1988), es decir que se trata de un tipo con sujeto pasivo cualificado y con particulares circunstancias de agravación previstas en el artículo 30.

Similar duplicación de tipos se presenta en las dos compilaciones legislativas en relación con el secuestro, pero con mayores complejidades de interpretación, que justifican el que esta Corporación con anterioridad haya hecho una determinada exégesis del fenómeno y ahora insista en una nueva versión hermenéutica del mismo problema, cuyas bases se sentaron en providencia de seis de junio del año en curso, a la cual se hará referencia en su oportunidad.

Efectivamente en el artículo 268 del Código Penal aparece la descripción del secuestro extorsivo que no está tipificado bajo ese nomen iuris *en el artículo 22 del Decreto 180 de 1988 en donde se define la conducta, allí denominada simplemente "secuestro" y que no coincide con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo común en los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple), este último, en la medida en que en él no aparece la expresión "con propósito distinto a los previstos en el artículo anterior", lo que precisa, para determinar su adecuación, hacer el juicio correspondiente sobre los fines del agente, descartando los ya relacionados en el artículo que consagra el secuestro extorsivo, operación mental que por tanto no resultaría necesaria frente al tipo del artículo 22 del Estatuto para la defensa de la democracia.*

No obstante lo anterior, en la norma 23 del Decreto 180 se estipulan unas circunstancias de agravación punitiva, la última de las cuales (literal h) recoge dos de los elementos subjetivos que se incluyen en la legislación ordinaria como ingredientes del secuestro extorsivo del artículo 268: "para hacer u omitir algo" y "fines publicitarios de carácter político", si bien la redacción del primero de ellos es más afortunada en la legislación ordinaria en donde aparece como "para que se haga u omita algo", aludiendo más claramente al hecho de que la exigencia de acción u omisión se dirige a persona diversa del agente, en tanto que en la norma de excepción se utiliza el infinitivo "hacer u omitir", que no brinda la misma claridad interpretativa.

Y finalmente el artículo 1º del Decreto 474 de 1988, para efectos de señalar la competencia de los jueces de orden público, hace una enumeración de las personas sobre las cuales se podrían cometer varios de los ilícitos previstos en el Decreto 180 entre los cuales se incluye el secuestro. A pesar de tratarse de una norma procesal de señalamiento de competencia, es evidente que tiene repercusiones típicas en cuanto a la estructuración del delito de secuestro dentro de las modalidades del Decreto 180.

Es claro para la Sala y ya haciendo referencia de manera específica al secuestro que es el problema jurídico que se demanda en casación, que tal delito dentro de la perspectiva del Código Penal puede ser, de acuerdo a sus modalidades, monotutelar o pluritutelar según que proteja uno o más bienes jurídicos. Pero en relación con las modalidades previstas en el Decreto 180, es evidente que se agrega un nuevo bien jurídico que debe entenderse amparado por el tipo de secuestro, cual es la seguridad pública, la conservación del orden público y su restauración, afirmando que no puede desconocerse porque si esas fueron las motivaciones políticas que llevaron a la Presidencia de la República a declarar en Estado de Sitio toda la Nación y si en la búsqueda de los propósitos de restablecimiento del orden público turbado se dictó el Decreto 180 de 1988 y en él se tipificó nuevamente el delito de secuestro con diferencias respecto de la legislación ordinaria que por ello mismo no resulta contraria a las especificaciones de la norma de excepción y por tanto no puede entenderse como suspendida, es natural concluir que la nueva forma de secuestro debe tener finalidades terroristas, así en su descripción no se haga expreso dicho elemento subjetivo, o el ánimo de causar perturbación pública o zozobra social; o debe ser realizado sobre una de las personas enumeradas en el artículo 1º del Decreto 474 de 1988 con finalidades similares. Y debe ser así, porque de otra forma no tendría sentido repetir normas pues si no se puede inferir la suspensión de las disposiciones comunes, las nuevas deben necesariamente interpretarse y aplicarse dentro de los lineamientos de las circunstancias históricas y políticas que justificaron su nacimiento y de acuerdo con los parámetros de hermenéutica por medio de los cuales la Corte declaró su exequibilidad. Sólo de esta manera podría resolverse lo que en realidad constituye un concurso aparente de tipos.

Para concluir es entonces necesario decir que para que pueda realizarse el proceso de adecuación en algunos de los comportamientos previstos en el Decreto 180 (arts. 22 y 23) es indispensable que el secuestro haya tenido una motivación terrorista por parte del sujeto activo de la infracción, o que se haya actuado con el propósito de crear zozobra entre la ciudadanía; o que por la cualificación del sujeto pasivo del hecho se advierta la intención de afectar o perturbar el orden público; o que por las circunstancias comportamentales de su realización que necesariamente lleven a la alteración del orden público, debiéndose en todos estos casos, al aplicar la ley, recordar las motivaciones que tuvo el Gobierno Nacional para declarar turbada la normalidad institucional en todo el territorio nacional mediante el Decreto 1038 de 1º de mayo de 1984, móviles que son importantes porque re-

cuérdese que esta Corporación en sus decisiones de constitucionalidad ha venido exigiendo de manera reiterada, que el contenido de los decretos de Estado de Sitio deben tener conexidad con los motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden público y cuando no se ha establecido tal relación, se ha declarado su inexequibilidad por ausencia de la misma.

En el pronunciamiento que hizo la Sala Plena sobre constitucionalidad parcial del Decreto 180 de 1988, dijo en relación con la conexidad:

"Como se advierte objetivamente, el Decreto 180 de 1988 se apoya en las motivaciones del Decreto 1038 de 1984 que declaró turbado el orden público y en Estado de Sitio toda la Nación, y además, agrega otras causas de perturbación del orden público que lo han agravado considerablemente en todo el territorio nacional, lo que viene a constituir las llamadas circunstancias o motivaciones sobrevinientes que la Corte ha aceptado en otras oportunidades como justificativas de nuevas regulaciones de orden público, sin que sea necesario producir ningún nuevo decreto que las fundamente.

"La validez constitucional de las normas objeto de examen depende, como lo ha dicho la jurisprudencia, de que las disposiciones suspensivas de leyes vigentes y las que establezcan las transitorias que las sustituyen, tenga conexión directa con los motivos de perturbación que se pretenden superar con su aplicación, así como de su conformidad con el artículo 121 y las demás disposiciones constitucionales. El estudio de constitucionalidad que se confía a la Corte debe atenerse por lo común previamente, de manera principal, al examen objetivo de la vinculación que exista entre las providencias decretadas por el Gobierno y las necesidades del orden público turbado (sentencia de mayo 14 de 1980. *Gaceta Judicial*. 2338 Bis de 1970, pág. 154).

"El Estado de Sitio, como lo ha dicho también en forma reiterada la jurisprudencia, es un régimen de excepción previsto en la Constitución, por eso mismo no puede implicar la sustitución de sus preceptos. En Estado de Sitio rige la Constitución con las restricciones en ella establecidas de manera expresa. Esa es la razón del control de constitucionalidad que compete a la Corte sobre el ejercicio de los poderes propios de aquel régimen. Para este efecto ha distinguido la jurisprudencia tres grupos de normas: las que rigen plenamente tanto en tiempo de normalidad como de turbación, las que prevén limitaciones temporales por razón del Estado de Sitio, y aquellas que permiten suspender el ejercicio de algunos derechos y libertades por igual causa. Las dos clases mencionadas últimamente, es obvio, son excepcionales y de aplicación restrictiva y temporal. La Corte ha dicho que los criterios determinantes de este juicio de constitucionalidad son la conexidad entre el contenido de los decretos que se juzgan, con las causas que fundaron la declaración de

turbación del orden público y el carácter sustitutivo, transitorio y restrictivo de las disposiciones frente al régimen legal de tiempo de paz.

"La Corte también ha precisado que 'sólo en casos extremos en los que se viera de bulto la falta de conexidad material de un decreto legislativo con los motivos invocados por el gobierno para decretar el Estado de Sitio o su evidente inconducencia para lograr el fin propuesto estaría legitimada la Corte para declarar su inexequibilidad' (sentencia de 16 de junio de 1987). También ha dicho la Corte en ese fallo que el examen de conexidad es de carácter formal 'pues el juicio sobre sí, en el fondo, una medida conduce o no a superar la alteración del orden público y a procurar su restablecimiento versa sobre cuestiones de hecho extrañas a este tipo de procesos amén de que implicaría pronunciarse sobre la conveniencia de las medidas adoptadas, que es asunto que debe ser decidido por el presidente de acuerdo con los elementos de juicio de que disponga'.

"Por estos aspectos se concluye que existe en el Decreto 180 de 1988 la conexidad exigida por la reiterada jurisprudencia de la Corte en materia de decretos de Estado de Sitio".

Esta interpretación de la jurisprudencia constitucional de la Corporación es igualmente trascendente para el adecuado entendimiento del contenido de los decretos que pasaron el examen de constitucionalidad, porque es obvio que las previsiones de los mismos deben estar vinculadas con los motivos de perturbación que originaron la declaratoria de Estado de Sitio, tal como se dejó sentado para el caso que aquí ocupa la atención de la Sala en la revisión constitucional del Decreto 180 de 1988 ya transcrito.

Soslayar los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional constituiría en la realidad un verdadero desconocimiento de la fuerza erga omnes *que tienen este tipo de decisiones, por lo menos de manera indirecta, porque para la Corte le de viabilidad a esta clase de normas, es necesario que aparezca claro cuando menos por su aspecto objetivo que buscan el restablecimiento del orden público y como es apenas obvio, en su interpretación han de tenerse en cuenta cuáles fueron los motivos que originaron esta legislación extraordinaria y qué finalidades políticas se le señalaron o eran buscadas por el Gobierno. Hacer lo contrario es desconocer la doctrina constitucional, porque en tales circunstancias de nada valdría que la Corte ejerciera dicho control, haciendo tales exigencias, cuando el intérprete y aplicador de la ley estaría en libertad de señalarle a los preceptos que fueron declarados constitucionales por la Sala Plena, fines diversos o contrarios a los que justificaron su existencia.*

Si la finalidad del 180 es entonces luchar contra los grupos armados que amenazan la estabilidad constitucional, hacer frente a los narcotraficantes, combatir a los terroristas y garantizar la paz, sosiego y tranquilidad ciudadanos, es apenas lógico que las conductas que han de recibir el proceso de adecuación típica del Decreto 180 deben estar vinculadas así sea de manera indirecta con los objetivos políti-

cos de la norma, no hacerlo así es desconocer la legislación extraordinaria y la interpretación que de ella ha hecho con fuerza de ley la Corte Suprema de Justicia como máximo juez de control constitucional.

Dentro de tales lineamientos del pensamiento se resalta que la parte considerativa del Decreto 1038 de 1984 afirma entre otras cosas:

"Que en diversos lugares del país han venido operando reiteradamente grupos armados. . suscitando ostensible alarma en los habitantes..."

"Que el gobierno ha utilizado para el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales los medios que le atribuye la legislación ordinaria, sin que haya bastado su efecto para recobrar la normalidad".

"Que por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, viene perturbándose gravemente el normal funcionamiento de las instituciones en desafío criminal a la sociedad colombiana, con sus secuelas en la seguridad ciudadana, la tranquilidad..."

"Que recientemente ocurrieron actos terroristas en las ciudades de..."

"Que al anochecer del día de ayer fue asesinado el señor Ministro de Justicia..."

"Que en general, hechos de violencia provocados por las circunstancias antes mencionadas han ocasionado sensibles bajas del personal de las Fuerzas Militares..., lo mismo que víctimas en la población civil".

"Que se hace necesario, ante la gravedad de la situación, adoptar las medidas de excepción contempladas en el artículo 121 de la Constitución Política".

Es entonces el Decreto 180 y en general todos los que se han dictado bajo las facultades que confiere el artículo 121 de la Carta a partir de entonces, el remedio extraordinario que el ejecutivo ha buscado ante el fracaso de las previsiones de la legislación ordinaria; y siendo esta la motivación política y social que justificó la declaratoria de Estado de Sitio es de absoluta necesidad concluir que existiendo normas paralelas sólo podrán ser aplicadas las de Estado de Sitio cuando las conductas efectivamente afecten el orden público que se pretende proteger de manera extraordinaria, porque cuando se trata de violaciones normales al orden jurídico, como consecuencia de lo que podría denominarse criminalidad convencional, es apenas natural que se recurra a la legislación ordinaria, porque proceder de otra manera sería desconocer el querer del legislador, que concibió tal legislación excepcional sólo en razón de las consideraciones antecedentemente transcritas y se desconocería también de contera la jurisprudencia constitucional de la Corte de manera indirecta, en cuanto que se le estaría dando viabilidad jurídica a normas extraordinarias para solucionar o sancionar casos y conductas que nada tienen que ver con

los motivos de perturbación y que no afectan en mayor grado el orden público, debiéndose entender este, dentro de la concepción política que de él tuvo el ejecutivo para justificar la expedición del Decreto 1038 de 1984. La Corte de manera reiterada ha venido realizando claras precisiones en cuanto a los alcances de la legislación de emergencia, no sólo por su jurisprudencia constitucional, sino por las decisiones de la Sala de Casación Penal que en varias ocasiones se ha pronunciado sobre el tema, especialmente en referencia al tantas veces mencionado Decreto 180.

Como un puro criterio interpretativo y con el único propósito de unificar las pautas de aplicación de la ley, vemos la necesidad de transcribir apartes de algunas de dichas decisiones:

En providencia de la Sala de Casación Penal del trece de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho se ejemplificó con el delito de homicidio, uno de los que aparece doblemente tipificado en el Código y en el Decreto 180, para demostrar cómo no todo homicidio cometido en la persona de quienes allí aparecen enumerados en el artículo 29, tenía que reputarse adecuado a tal estructura típica. Se dijo entonces:

> "En el estatuto que se analiza, se debe afirmar que si el propósito del legislador es tomar medidas para contrarrestar una determinada forma de delincuencia, es necesario que en sus normas tiene que enfatizarse, cuáles son las conductas que efectivamente, y de manera más eficaz influyen en la perturbación del orden público y porque si se quiere crear un grupo de jueces con una competencia singular, denominada jurisdicción especial, es necesario delimitar su órbita de competencia, para que en un momento determinado, por falta de su precisa individualización, no se conviertan en realidad en jueces ordinarios regulados por las normas generales de competencia y dentro de tales finalidades entonces era indispensable que se especificara el elemento subjetivo. Para clarificar el concepto tómese por ejemplo el caso del homicidio, con el que no era posible pensar que todos los homicidios, cometidos por mil y un motivos, o incluso sin motivaciones especiales, fueran a quedar dentro de la competencia de estos jueces creados especialmente para combatir una forma específica de delincuencia, determinándose entonces que el homicidio para que fuera del conocimiento de la jurisdicción especial era necesario que se cometiera con finalidades terroristas y sobre alguno de los funcionarios que se mencionan en el artículo 29 del estatuto comentado; es por ello entonces que el homicidio para que sea de competencia de la jurisdicción especial debe ser cometido con fines terroristas, y sobre determinadas personalidades y aún así, es preciso destacar que si se comete el homicidio sobre uno de los personajes allí enumerados pero con motivaciones diversas a las terroristas, las pasionales, por ejemplo, la competencia para conocer del proceso será la señalada en las reglas generales del Código de Procedimiento Penal" (M. p. Doctor Edgar Saavedra Rojas).

En decisión del cuatro de octubre de mil novecientos ochenta y ocho con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas y en referencia al delito de terrorismo tal como aparece tipificado en el Código Penal de 1980 y como fue adicionado y modificado en el Decreto 180, se sostuvo:

"Se entiende por terrorismo un delito de mera conducta que consiste en emplear medios de destrucción colectiva contra personas o cosas, con el propósito de crear un ambiente de zozobra o perturbar el orden público. El tipo penal tutela el bien jurídico de la seguridad pública y la conducta lesiona además al conglomerado social.

"El Código Penal de 1936 en el Título VIII, al tratar los delitos contra la salud e integridad colectivas, trata un tipo penal (art. 261) que sancionaba el lanzamiento contra personas o edificios, de explosivos o sustancias inflamables, gases o bombas, pero guardaba silencio sobre el elemento subjetivo que debía mover la conducta del agente.

"El Código Penal de 1980, subsanando la anterior omisión, sanciona con el *nomen juris* de *terrorismo* y como delito contra la seguridad pública, la conducta de un sujeto activo indeterminado que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público '...emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva...' (art. 187 del C. P.).

"Se trata de un hecho punible con un ingrediente subjetivo referido a los fines perseguidos por el infractor, de crear o mantener un estado de zozobra o perturbar el orden público, mediante el empleo de medios de destrucción colectiva contra personas o bienes. Es pues, un tipo que requiere la utilización de medios peligrosos, pero de mera conducta pues no es necesario que las personas o cosas sufran el daño, es decir, que sean alcanzadas por los objetos peligrosos o inflamables.

"El Estado colombiano, teniendo en cuenta la grave situación de alteración del orden público que vive el país y ante la pérdida del sosiego para la ciudadanía por la constante ejecución de hechos violentos contra las personas y los bienes, promulgó en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio (art. 121 de la Constitución Nacional) el Decreto 180 de enero 27 del presente año que introdujo fundamentales variaciones al tipo penal de terrorismo de nuestro Código Penal.

"En el decreto citado 'Estatuto para la defensa de la democracia', que empezó a regir a partir de la fecha de su publicación, se establecen una serie de conductas constitutivas de delito, que adicionan y modifican transitoriamente la contemplada en el artículo 187 del Código Penal.

"En su normatividad el citado decreto crea un tipo básico y propio de terrorismo en su artículo 1º y describe en

sus demás artículos diversas conductas que por atentar contra la seguridad pública al crear zozobra, terror en la población o a un sector de ella, son constitutivos de delito de terrorismo".

En decisión del veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, en relación con el delito de amenazas tipificado en el artículo 26 del Decreto 180, afirmó la Sala que no todas las que se profieran tenían adecuación en el mencionado artículo, porque en el caso concreto que allí se resolvió se consideró que las amenazas recibidas por la persona "...no revisten la seriedad y gravedad necesarias, como para sostener que deben ser investigadas por la jurisdicción de orden público, en razón a que actos como el denunciado, no fueron de aquellos que llamaran la atención del Estado en la creación del Estatuto para la defensa de la democracia (Decreto 180 de 1988), pues es responsable, como lo sostuviera esta Sala en anterior oportunidad, '...a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social'.

"Basta recordar que la sola conducta, consistente en la amenaza, no es suficiente para incriminar al agente, puesto que la estructura del tipo penal se deduce, que debe producirse efectivamente la alarma, la zozobra o el terror; al fin de cuentas, el tipo penal, es de resultado. Lo anterior para fundamentar el hecho, en el caso propuesto, de la falta de seriedad y gravedad que reclama el tipo penal de las amenazas personales o familiares, cuando ellas no responden en manera alguna, a la finalidad política o de orden público, esté contenida de manera expresa o tácitamente se deduzca de ella, del espíritu del legislador extraordinario, para la expedición del decreto mencionado.

" 'La amenaza a que se refiere el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, si bien tutela la libertad individual como bien personalísimo, debe tener de todas maneras, una connotación política, lo que permite en principio, excluir de la normatividad relativa al orden público, aquellos comportamientos que apuntan fundamentalmente a la vulneración de intereses individuales, sin penetrar en el ámbito de lo colectivo y sin generar zozobra, terror o pánico en la comunidad.

"En anterior pronunciamiento, que se reitera en esta decisión, la Sala con referencia a las amenazas de que trata el artículo 26 del Estatuto mencionado, como uno de sus elementos estructurales, dijo:

" 'No obstante, del breve contenido de la queja, se puede deducir que no se trata de amenazas proferidas para atemorizar a uno o varios habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, con fines de carácter social o político, sembrar la zozobra o atentar contra la paz o la tranquilidad pública' ".

" 'Sólo la amenaza revestida de los caracteres de seriedad, gravedad, transmitida por medio idóneo para difundir el pensamiento y con capacidad suficiente para infundir pánico y zozobra, alterar la paz y la tranquilidad de los ciudadanos, puede ser conducta subsumida en el tipo penal consagrado en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, teniendo en cuenta además las finalidades políticas y de orden públi-

co que sirvieron de fundamento para la expedición del citado decreto' (auto C. S. J. diciembre 6 de 1988. M. p. Doctor Rodolfo Mantilla Jácome)".

En decisión del dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve con ponencia del magistrado Guillermo Duque Ruiz haciéndose referencia nuevamente al delito de amenazas personales, hizo énfasis la Sala en los motivos que había tenido el ejecutivo para la expedición del Decreto 180, cuáles las finalidades perseguidas y teniendo en cuenta los criterios políticos del ejecutivo, cuál la forma de realizar la adecuación típica de las conductas que tengan que ver con las descritas en el Decreto 180. Dijo la Corte:

> "El estatuto 180 que contiene ese artículo 26 fue expedido para contrarrestar la grave e inmensa alteración del orden público: dentro de esa realidad y a través de esa dinámica socio-política hay que examinar toda esa normatividad de excepción, y entonces, ahí sí aparece explicable y acertado sostener, como lo ha hecho esta Sala (autos de 6 de diciembre de 1988 y 29 de marzo de 1989, entre otros) que únicamente encajan en el citado artículo 26 las amenazas que trascienden de algún modo la esfera meramente *personal o privada*, y, en ese desbordamiento, alcancen a afectar intereses sociales o de más amplitud, que pongan en peligro o perturben la vida en común o social, de los coasociados (pocos o muchos), y *no de individualidades aisladas*. En otras palabras, es con base en *sus efectos*, y no sólo en consideración a la persona o personas objeto de la amenaza, como se debe dilucidar la naturaleza de la misma, aunque obviamente la calidad o carácter que tenga el amenazado en ocasiones influye en los efectos de esta".

En auto del seis de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas se precisó una vez más por la Sala que el delito de terrorismo exigía una especial motivación del sujeto activo del delito, puesto que es menester que exista "el propósito de provocar o mantener un estado de zozobra o terror en la población o un sector de ella, para alterar la paz, la tranquilidad o el orden público".

En reciente decisión (julio 9 de 1990) en relación a la tenencia de armas trató de especificarse una vez más por la Sala, que si bien todos los tipos del 180 no tenían el elemento subjetivo de la intención terrorista, algunos como el porte de armas, constituían un verdadero presupuesto para la creación de un estado de zozobra y perturbación del orden público. Se sostuvo en esta ocasión:

> "Así, en efecto, no todos los tipos penales del Decreto 180 de 1988 incluyen el elemento terrorista como parte de su descripción típica, tal como se dejó sentado ya en varias providencias de esta misma Sala; empero, la simple omisión de su expresión no puede tomarse como indicativo de que el legislador extraordinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria, en punto al porte de armas porque, como ya se vio, para el

restablecimiento del orden público se hace menester entrar a tomar medidas que desarmen a los grupos que alteran la normalidad institucional y causan alarma en la población, a más de que es compatible con el estado de sitio regular —así sea por la política penal del incremento punitivo— el comercio y tenencia de instrumentos que por sí mismos tengan una especial potencialidad de contribuir al estado de zozobra que vive el país.

"La suspensión de las normas propias del Código Penal en asuntos de armas, y su regulación a través del Decreto 180 de 1988, revela esa 'estrategia antiterrorista' que señala el defensor en su demanda, de donde surge que el tipo penal llamado a regular la situación que motiva este recurso es el contenido en el artículo 13 del decreto mencionado, y no las disposiciones establecidas para el tiempo de tranquilidad.

"Y es que si bien la tenencia de armas no es el único camino para la perpetración de atentados terroristas o para causar zozobra en la población, sí es este uno de los presupuestos que con mayor frecuencia se presentan en esta clase de hechos, de ahí por qué se ha establecido el comercio, porte, suministro, fabricación, almacenamiento, reparación o transporte de tales implementos como un hecho de por sí especialmente peligroso para la vida comunitaria dentro de las condiciones materiales que vive la nación.

"No comparte, tampoco la Sala la posición del demandante en el sentido de que las normas de estado de sitio sean de carácter pluriofensivo (o pluritutelares), en la medida en que desarrollan una doble protección a los bienes jurídicos. No existe en ellas un interés originario y uno derivado, sino que su ampliación de la esfera protectora tiene fundamento en las condiciones de desestabilización institucional sin que pueda predicarse la existencia de dos órdenes públicos diferentes: uno para los casos de normalidad y otro para las condiciones de anormalidad. El orden público, como fenómeno, es uno mismo y está concretado en las garantías de seguridad, tranquilidad, salubridad, etc., que permitan una pacífica vida en comunidad. En ocasiones, estas condiciones no se consiguen con la actividad normal del Estado y por ello se hace necesario tomar medidas especialmente rígidas que hagan posible la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el cumplimiento de los deberes del Estado; de allí por qué la propia Constitución establezca algunas facultades extraordinarias para el ejecutivo permitiéndole solamente la suspensión de las leyes, y prohibiéndole su derogatoria; ellas, por su propia naturaleza están encaminadas a recobrar la normalidad, no a crear 'otro' orden.

"Cierto es que durante los estados de perturbación se continúan cometiendo delitos no relacionados con las causas de perturbación, esto es, se persiste en la infracción a las normas llamadas a regir en las condiciones de normalidad; ello no quiere decir, sin embargo, que todas las conductas

descritas en el Código Penal puedan continuar sancionándose de acuerdo con sus preceptos, porque carecería de sentido entonces expedir reglas adicionales o temporales que no tendrían efecto alguno. El terrorismo, las amenazas, el porte de armas, y muchos de los tipos penales del estado de sitio —quizás todos— se encuentran contemplados en la legislación ordinaria y cabría siempre el argumento de la favorabilidad, de aceptarse la sofística tesis del demandante y del Ministerio Público, para impedir la aplicación de la legislación especial.

"No es válida para la Sala la argumentación traída en la demanda de aplicar los mismos parámetros interpretativos al delito de porte de armas que al de amenazas personales. Y no lo es, puesto que una y otra figura son de por sí bien disímiles en tanto que no entrañan comportamientos equiparables para las instituciones.

"Aceptado se tiene por la jurisprudencia, de la cual hizo reseña el censor, que el delito de amenazas personales descrito en el Decreto 180 de 1988, si bien no tiene en su construcción gramatical la exigencia de ánimo terrorista, es este un elemento propio de él en la medida en que no todo comportamiento de esa naturaleza puede tener trascendencia en el orden público. Mas no sucede igual en torno al delito tipificado en el artículo 13 del mismo estatuto el cual, según se ha dicho, por su propia naturaleza constituye un peligro para la seguridad ciudadana, de conformidad con las condiciones materiales por las que atraviesa el país, en donde la acción de grupos armados está causando significativas perturbaciones de la tranquilidad de los consociados y permite en grado sumo la concreción de muertes a los particulares y a los funcionarios del Estado y la creación de condiciones propias para llevar a la gente común a la zozobra y al terror a más de que contribuye al clima de tensión, al aumento de los enfrentamientos entre particulares y de éstos con los agentes del orden y posibilita la formación de grupos de fuerza privados como los conocidos con el nombre de 'autodefensas'" (M. p. Doctor Edgar Saavedra Rojas).

Finalmente, y refiriéndose con precisión al delito de secuestro, la Sala con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas expresó el 6 de junio de 1990:

"En el caso que se examina, no se trata de aplicación del principio de favorabilidad en un tránsito de legislaciones, sino que el juzgador en presencia de dos procedimientos especiales, ambos vigentes, dejó de aplicar el que correspondía al caso de estudio por mandato expreso de la ley, como es el de la Ley 2ª de 1984, para adelantar el juicio por los trámites más restrictivos y desfavorables como son los establecidos en el Decreto 180 de 1988, creado para comportamientos punibles diferentes al que es objeto de juzgamiento.

"En efecto:

"La Ley 2ª de 1984, creó en su artículo 1º unos jueces especializados con categoría de jueces de Circuito a quienes atribuyó el conocimiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo y señaló en su artículo 1º y siguientes un procedimiento igualmente especial para su juzgamiento. Tal competencia se ratificó en el Decreto 2829 del mismo año.

"Con posterioridad el Gobierno en uso de facultades extraordinarias de estado de sitio, dictó el Decreto 180 de 1988, o estatuto antiterrorista, por el cual con el fin de restablecer el orden público se modificaron algunas disposiciones del Código Penal, se tipificaron ciertas conductas ilícitas como antiterroristas y se creó un procedimiento especial breve y sumario para su juzgamiento.

"El Decreto 474 de 1988, al determinar la competencia de los jueces de orden público, creados por el Decreto 1631 de 1987, les atribuyó el conocimiento de los delitos contemplados en dicho estatuto, que serían juzgados por los trámites en él señalados y en su artículo 23 mantuvo la *competencia de los jueces especializados* para conocer de los siguientes delitos:

"a) De los señalados en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos.

"b) De los delitos de extorsión con excepción del referido en el artículo 25 del Decreto 180 de 1988.

"c) De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 (secuestro extorsivo) y 269 (secuestro simple) del Código Penal y el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1º (debe entenderse 2º de dicho decreto).

"De acuerdo a esta normatividad, la ley mantuvo la competencia para conocer de los delitos de secuestro en los jueces especializados y sólo otorgó competencia al juez de orden público para el secuestro terrorista, es decir, el consumado en sujeto pasivo cualificado, como magistrado, juez, gobernador, intendente, alcalde, miembro del Congreso, etc.

"De manera que, para los delitos de secuestro simple y secuestro extorsivo, la competencia la siguieron conservando los jueces especializados quienes debían adelantar el juzgamiento por las normas de la Ley 2ª de 1984.

"En el caso que se examina, se trata de un delito de secuestro extorsivo en sujeto pasivo no cualificado ni realizado con fines terroristas, tipificado en el artículo 268 del Código Penal y por tanto, de competencia de los jueces especializados y juzgados por las normas de la precitada Ley 2ª, pues los hechos ocurrieron el 24 de octubre de 1988, en vigencia de todas las normas citadas y analizadas anteriormente. Es entonces manifiesta la violación de las normas constitucionales y legales que garantizan la legalidad del juzgamiento".

En relación con el caso debatido y como ya se había anticipado con anterioridad, razón tiene el impugnante —representante del Ministerio Público de la instancia—, porque claramente se encuentra demostrado que el delito de secuestro aquí investigado nada tiene que ver con los motivos de perturbación, puesto que se trata por el contrario, por lo menos en su motivación de finalidades nobles, esto es la situación de una mujer frustrada en sus ansias de maternidad, y para efectos de conservar la relación estable con el concubinario quien deseaba tener un hijo, decide secuestrar la niña y así conservar su estabilidad marital. Ni por su motivación, ni por la forma circunstancial en que se realizó, ni como se ejecutó en el tiempo, se puede pensar en una conducta, que de alguna forma perturbara el orden público, o que creara especiales motivos de inquietud o zozobra entre los miembros de la comunidad; pues debe recordarse que la dinámica criminal utilizada, fue la de buscar la amistad de la madre, frecuentarla durante varios meses en su casa y luego aprovechando tal amistad decirle que iba a comprar leche para la niña y llevarse a ésta sin que volviera a aparecer.

Es evidente que el secuestro existió, pero que el proceso de adecuación típica no debe predicarse de las figuras previstas en el Decreto 180, puesto que en ningún momento, ni en la motivación del sujeto activo del mismo existió ánimo terrorista, ni en su ejecución, pues no se utilizaron medios que pudieran crear zozobra o una especial situación de inseguridad de los ciudadanos y tampoco en su desarrollo, pues durante el tiempo que la menor permaneció en su poder fue cuidada como si realmente fuese la hija de la procesada y tampoco fue ejecutado sobre ninguna de las personas enumeradas en el artículo 1º del Decreto 474 de 1988.

Si no se dan las circunstancias sociales y políticas necesarias para que la conducta objeto de juzgamiento sea ubicable dentro de las previsiones del Decreto 180, es necesario concluir entonces que la adecuación acertada es en el artículo 269 del Código Penal, con las agravaciones previstas en el artículo 270, numerales 1 y 3 por haberse ejecutado en menor de 16 años y por haberse consumado por más de treinta (30) días.

Es necesario resaltar, que la Sala con anterioridad había tomado decisiones contrarias a las que hoy se precisan con esta providencia en ampliación a la interpretación esbozada el 6 de junio de 1990 ya transcrita y como tal es indispensable recordar los fallos anteriores que se varían y explicar un poco más ampliamente las razones de la aclaración jurisprudencial. Dijo la Corte, con ponencia del doctor Jorge Carreño Luengas:

"El artículo 22 del Decreto 180 de 1988, dice:

"'Secuestro. El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos' ".

Por virtud del inciso 2º del artículo 2º del Decreto 181 de 1988, el conocimiento de ese delito fue atribuido a la juris-

dicción de orden público. Sin embargo, el 16 de marzo se expidió el Decreto 4747 ('Por el cual se organiza la jurisdicción de orden público, se establecen nuevas competencias y se dictan otras disposiciones'), cuyo artículo 23 es del siguiente tenor:

"Mientras subsista turbado el orden público los jueces especializados conocerán en primera instancia de los siguientes delitos:

"'1. De los delitos establecidos en los artículos 32, 33, 34 y 35 de la Ley 30 de 1986 y conexos.

"'2. De los delitos de secuestro a que se refieren los artículos 268 y 269 del Código Penal y el artículo 22 del Decreto 180 de 1988, con excepción del secuestro consagrado en el artículo 1º de este decreto.

"'Cuál es el secuestro previsto en el artículo 2º (no artículo 1º como dice equivocadamente el texto) del Decreto 474? El secuestro simple y el secuestro extorsivo cometidos en *determinados* sujetos pasivos, que el inciso 1º selecciona en atención al cargo que desempeñen, a su profesión, a su liderazgo político o sindical, o a sus ideas políticas. El secuestro que tenga por objeto alguna de estas personas es de competencia de los jueces de orden público, dice expresamente el citado artículo 2º del Decreto 474.

"'Es decir que los secuestros que recaigan sobre sujetos no incluidos en el referido elenco, escapan a la jurisdicción de orden público, para caer en competencia de los juzgados especializados.

"'Destaca la Sala que en relación con la vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal, acierta el Juzgado Treinta y Cinco de Instrucción Criminal al sostener que dicha vigencia está suspendida por los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1988, que recogieron en su normatividad, con modificaciones e incrementos de pena, lo que ellos preveían.

"'La referencia que a aquellos textos (arts. 268 y 269 del Código Penal) se hace en el Decreto 474 de 1988, artículo 23-2, no puede interpretarse en el sentido de que el mismo legislador extraordinario los considere vigentes. Esta alusión se explica porque el Gobierno consideró conveniente mantener la competencia de los jueces especializados para conocer de los secuestros que se habían cometido con anterioridad a la vigencia del Decreto 180 de 1988, o sea de los contemplados en los artículos 268 y 269 del Código Penal, que no podían subsumirse en una norma posterior claramente desfavorable (arts. 22 y 23 del citado Decreto 180). En otros términos, lo que el texto que se comenta dispone es que los jueces especializados seguirán conociendo de los secuestros cometidos antes de entrar a regir el Decreto 180 de 1988, cuya tipicidad y pena consagran los artículos 268 y 269 del Código Penal, y que también conocerán de los secuestros que se cometan con posterioridad a la suspensión de la vi-

gencia de tales normas, los cuales se encuentran tipificados y punidos en los artículos 22 y 23 del multicitado Decreto 180, normas estas que, se repite, suspendieron la vigencia de las correspondientes y ya referida del Código Penal. De esta competencia se excluye, como ya se anotó, el secuestro cometido en cualquiera de las personas o por los móviles o finalidades que se determinan en el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, el cual es de competencia de la jurisdicción especial de orden público".

La anterior decisión fue reiterada el 12 de diciembre de 1988 con ponencia del doctor Guillermo Duque Ruiz y el catorce de febrero de mil novecientos ochenta y nueve con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez.

En providencia de 24 de febrero de 1989, al decidir una colisión de competencias entre juez especializado y otro de orden público, la Sala sostuvo:

"En el caso presente, como se resaltaba atrás, se ha acreditado la calidad de miembro de una asociación profesional y de una agrupación presuntamente equiparable a un comité cívico, pero nada hay en el expediente que diga que López Bedoya era dirigente de esas dos o de alguna de las juntas profesionales, razón por la cual no puede considerarse como una de aquellas personas a que taxativa y especialmente hace referencia el artículo 2º del Decreto 474 de 1988, concluyéndose, por este aspecto, que la competencia para adelantar el juzgamiento no corresponde a los jueces de orden público sino a los funcionarios denominados jueces especializados en virtud de lo dispuesto en la Ley 2ª de 1984.

"Debe advertir la Sala, además, que aún cuando esta calidad objetiva se hallara comprobada, en el caso particular sometido a estudio no se podría atribuir la competencia a los jueces de orden público. En efecto, si bien el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 establece que a tales funcionarios corresponderá el conocimiento en primera instancia de los procesos por delitos de secuestro extorsivo y homicidio, entre otros, que se cometan contra un dirigente de comité cívico, a más de otros cargos o calidades, para que aquellos jueces puedan conservar la competencia de juzgamiento se requiere que el delito cometido con el sujeto pasivo calificado lo haya sido precisamente en razón a su investidura y no con base en cualquiera otra motivación (como se evidencia en el presente caso) excluido, claro está, el motivo de las creencias u opiniones políticas partidistas o no—, porque de otra forma perdería estructura la codificación que recoge tales comportamientos y se contraría la filosofía que inspiró la jurisdicción de orden público.

"Piénsese por un momento en el homicidio que se cometa en contra de un profesor universitario por razones de celos del esposo traicionado. En esta hipótesis, el homicidio no tiene relación alguna ni con el cargo del occiso ni con las

creencias u opiniones políticas, partidistas o no, y por ello debería concluirse que la calidad del sujeto pasivo no puede ser factor determinante de la competencia en los jueces de orden público, quienes están llamados a reprimir la conducta que alteren en especial forma el orden público en razón a las situaciones de zozobra o terror en que pueda colocarse la totalidad de la población o parte de ella. La atribución de juzgamiento en el ejemplo que se analiza, estaría atribuída a los jueces de instrucción criminal durante la etapa del sumario, y a los jueces superiores en su fase del juicio, porque la víctima necesariamente debe ser considerada como un ciudadano común, y el delito como de aquellos que si bien perturban el orden público, no lo hacen dentro de las motivaciones que dieron origen a la expedición de los Decretos 180 y 474 de 1988 y demás que los complementan.

"Similar situación se presenta en el caso bajo estudio de la Sala. De aceptar, lo que no se ha comprobado, que el sujeto pasivo era dirigente de un comité cívico o gremial, nada existe en el expediente que haga siquiera pensar que por esa calidad y en razón a ella se cometieron contra la persona de López Bedoya las infracciones de secuestro extorsivo y homicidio. Muy por el contrario, de lo hasta ahora actuado parece abrirse paso como verdad procesal el hecho de que, aprovechando algunos gustos personalísimos de la víctima por sujetos de su mismo sexo, uno de sus amigos ideó la comisión de los delitos sin otra consideración que la de obtener algunos pesos y eliminar al interfecto para borrar toda huella de su acción delictuosa. Así estructurados los hechos, como hasta el presente se acreditan, no puede atribuirse su juzgamiento a los jueces de orden público, sino que la competencia radica en los juzgados especializados" (M. p. doctor Edgar Saavedra Rojas).

Si se tiene en cuenta las reflexiones que de manera reiterada ha dado la Sala para captar a cabalidad el alcance de las normas previstas en el Decreto 180 y en razón de las motivaciones sociales y políticas que tuvo el ejecutivo para dictarlo es entonces claro concluir que cuando el numeral segundo del artículo 23 del Decreto 474 de 1988 hace relación a los artículos 268 y 269 del Código Penal es porque el legislador extraordinario consideró que dichas normas continuaban vigentes de manera paralela a las previsiones que sobre el secuestro aparecen en los artículos 22 y 23 del Decreto 180 y artículo 1º del Decreto 474 y no como se afirma en la jurisprudencia que se ha modificado, que es para indicar que la justicia ordinaria seguiría conociendo de los delitos de secuestro que se hubieren cometido con anterioridad a la vigencia del Estatuto para la defensa de la democracia.

De aceptarse la tesis que en ocasiones venía sosteniendo la Sala, de la suspensión de los artículos 268 y 269 del Código Penal por las disposiciones del Decreto 180 de 1988, debería concluirse en la inexequibilidad del decreto mencionado, puesto que en esta forma las previsiones de los artículos 22 y 23 no guardarían conexidad con los

motivos que tuvo el ejecutivo para declarar turbado el orden público en todo el territorio nacional, lo que resulta imposible debido al pronunciamiento que la Sala Plena de esta Corporación hizo con referencia a la citada legislación de excepción.

Se entiende ahora que cuando se dictó el Decreto 180 que preveía el delito de secuestro con similar estructura típica a la del Código Penal (secuestro simple, art. 269), pudiera aceptarse esta interpretación, porque si se trataba de dos normas que prevén una misma conducta, pero una con mayor penalidad, era evidente concluir que la correspondiente a la legislación ordinaria, necesariamente estaba suspendida por decisión tácita del decreto de estado de sitio. Pero esta duda interpretativa que hubiera podido surgir inicialmente, se despeja para acoger la segunda interpretación, que ahora se reitera, porque si esa hubiese sido la intención del legislador, así lo hubiera manifestado expresamente, esto es, hubiera indicado que la competencia para acoger los jueces especializados en relación con los delitos de secuestro previstos en los artículos 268 y 269 del Código Penal, era en relación con los delitos cometidos antes de la vigencia de la legislación extraordinaria; pero como evidentemente esto no se afirma en la ley, no puede el exégeta darle alcances superiores a los contenidos en la propia norma.

El compartir la jurisprudencia anterior implicaría desconocer una realidad procesal evidente en cuanto a las competencias para efectos de reconocer la subsistencia o vigencia de los artículos 268 y 269 del Código Penal porque dentro de tal criterio se podrían proponer varios interrogantes que no tendrían respuesta de perseverarse en la doctrina que ahora se precisa o que necesariamente llevarían a reconocer la vigencia de tales normas ordinarias.

¿Los secuestros cometidos en personas diversas a las enumeradas en el artículo 1º del Decreto 474 de 1988 por qué funcionario serán conocidas?

¿Cuáles serán los funcionarios competentes para conocer de los delitos de secuestro de las personas enumeradas en la norma antes citada, pero cuando las motivaciones de los agentes sean diversas a la de sus "creencias u opiniones políticas, partidistas o no? ¿Cuál el funcionario competente para conocer del delito de secuestro cuando no tenga motivaciones terroristas, ni ánimos de crear zozobra o desasosiego social?

Es evidente que los artículos 268 y 269 del Código Penal siguen vigentes, a pesar de la existencia del artículo 22 del Decreto 180 y del 1º del Decreto 474 de 1988.

Es igualmente evidente que cuando el numeral 2º del artículo 23 del Decreto 474 de 1988 menciona los artículos 268 y 269, no es para conferirles competencia a los jueces especializados en los delitos de secuestro cometidos ante de las legislación de estado de sitio como se había afirmado, sino para señalar la facultad de juzgamiento en la justicia ordinaria de las otras formas de secuestro que por no quedar comprendidas en los artículos 22, 23 del 180 y 1º del 474, necesariamente lo están en los artículos 268 y 269. Por ello y en relación con

el caso concreto motivo de análisis, se ha de concluir que desde la perspectiva de la competencia el proceso estuvo bien fallado, en cuanto lo fue por un juzgado especializado y en segunda instancia por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali. Pero lo que no acaba de entender la Sala es que siendo justicia ordinaria se haya aplicado una norma (art. 22 del Decreto 180 de 1988) que es competencia exclusiva de los funcionarios de orden público. Siendo coherentes o se ha debido declarar incompetente y remitirlo a los jueces de orden público, o si, como lo hizo se creía competente, ha debido dar aplicación al artículo 269 del Código Penal.

En las condiciones anteriores ha de concluirse, que efectivamente se ha presentado una infracción directa a la ley penal, como acertadamente lo propone el censor, por aplicación indebida de los artículos 22 y 23 del Decreto 180 de 1989 y consecuencialmente se ha de casar parcialmente la sentencia, en cuanto hace relación con el delito de secuestro y en tales condiciones tal como lo dispone el numeral 1º del artículo 229 del Código de Procedimiento Penal se procederá a dictar el fallo de reemplazo.

El delito de secuestro simple tiene prevista una penalidad de seis (6) meses a tres (3) años y concurren sobre la procesada las causales de agravación previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 270 por haberse realizado sobre persona menor de 16 años y prolongado la privación de libertad por más de treinta (30) días. Esta norma permite un aumento de la pena hasta en la mitad.

Como en las instancias se condenó por secuestro y supresión, alteración o suposición del estado civil y este último delito no fue demandado en casación deben tenerse en cuenta los criterios de punibilidad adoptados en las instancias, para respetar la penalidad que en ellas se señaló para el delito que no fue impugnado y esto es importante puesto que como ya se advirtió la decisión de la Sala es casar parcialmente la sentencia en cuanto al delito de secuestro.

En la primera instancia la penalidad fue tasada de la siguiente manera: se partió de 15 años, pena mínima señalada en el artículo 22, aumentada en una tercera parte por la existencia de dos causales de agravación que le fueron deducidas, razón por la cual se aumentó en cinco años, para un total de 20 y por el delito del concurso, se aumentó en un año para un total de veintiuno (21).

En la segunda instancia se le reconoció la rebaja por confesión del artículo 301 en consideración a que había confesado y había colaborado para recuperar a la niña y teniendo en cuenta que la captura no se realizó en flagrancia, razón por la cual sobre el total de la penalidad, se le rebajó una tercera parte y la pena final fue de 14 años.

Para efectos de respetar entonces la pena impuesta por el delito de supresión, alteración o suposición del estado civil, debe recordarse que por esta ilicitud en primera instancia se impuso una pena de un

año y al haberse rebajado en segunda instancia la tercera parte del total es obvio que la pena intocable en este caso por el delito antes mencionado es de ocho meses de prisión.

Al *quántum* antes deducido en las instancias debe sumarse la que corresponde por el delito de secuestro simple (art. 270) que como antes se dijo tiene una sanción mínima de seis (6) meses de prisión y de allí se partirá para efectos del señalamiento de la pena, si se tiene en cuenta que ni la motivación, ni la forma de ejecución deja entrever una especial peligrosidad, sino que por el contrario podría decirse que tuvo motivaciones altruitas de fingir una maternidad frustrada para tratar de preservar una relación material de tipo estable. Pero como tiene dos circunstancias de agravación se aumentará hasta en la mitad para que quede en nueve meses, más los ocho en que se había tasado por la penalidad correspondiente al otro delito, queda una pena principal de diecisiete (17) meses de prisión.

Se revocará la condena al pago de multa en cuantía de 88,6 salarios mínimos mensuales, pues es claro que esta pena sólo está prevista en la norma indebidamente aplicada.

Se condenará a la procesada a interdicción de funciones y derechos públicos por un período igual al de la pena principal.

Se revocará la condena en abstracto a que se hizo mención en la primera instancia, pues es sabido que en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, de manera imperativa el juez debe condenar en concreto y si no se practicaron las pruebas o no se realizaron las diligencias necesarias para fijar el monto de los perjuicios, se habrá de recurrir a las previsiones del artículo 107 del Código Penal que permite que el perjuicio material se concrete en gramos oro (hasta 4.000) "cuando no pudiere avaluarse pecuniariamente, debido a que no existe dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito" y para estos efectos la suma será de cien gramos oro.

Se confirmará la condenación a cinco gramos oro por los daños morales ocasionados, tal como fueron deducidos en la primera instancia, de acuerdo a las previsiones del artículo 106 del Código Penal. La procesada estuvo detenida desde el nueve de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, hasta el diecisiete del mismo mes y año.

Fue nuevamente detenida el trece de enero de mil novecientos ochenta y nueve hasta la fecha. Lo anterior quiere decir que lleva en detención preventiva más de dieciocho meses efectivos, tiempo que supera la condena definitiva impuesta; por tanto se expedirá de inmediato boleta de libertad incondicional, que deberá cumplirse siempre y cuando no esté solicitada por alguna otra autoridad.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Primero. Casar parcialmente el fallo impugnado, en cuanto se refiere al delito de secuestro por el que fue sentenciada Omaira Marlene Caicedo Angulo.

Segundo. Condenar a la procesada Omaira Marlene Caicedo Angulo a la pena principal de *nueve (9) meses de prisión* como responsable del delito de *secuestro simple* de que trata el artículo 269 del Código Penal, en concordancia con lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 270 de la misma codificación.

Tercero. Revocar la pena de multa impuesta a la misma procesada, equivalente a 88,6 salarios mínimos mensuales.

Cuarto. Revocar la condena en abstracto al pago de los perjuicios materiales y en su lugar *condenar* a Omaira Marlene Caicedo Angulo al concreto pago de *cien (100) gramos oro* de acuerdo con lo previsto to en el artículo 107 del Código Penal.

Quinto. Ordenar la *libertad inmediata e incondicional* de la sentenciada Omaira Marlene Caicedo Angulo, por haber cumplido con la totalidad de la pena impuesta, la cual se hará efectiva siempre y cuando no se encuentre solicitada por otra autoridad.

Sexto. Declarar que como consecuencia de la casación del fallo, la pena total impuesta a la sentenciada Caicedo Angulo es de *diecisiete meses de prisión*, incluida la correspondiente al delito de *supresión, alteración o suposición del estado civil* que se falla en concurso con el delito de secuestro y la indemnización que deberá pagar queda fijada en *ciento cinco (105) gramos oro*, por concepto de perjuicios materiales y morales.

Séptimo. En lo demás, rige el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INDULTO. CESACION DE PROCEDIMIENTO

Si se ha comprobado la militancia en la agrupación subversiva desmovilizada y si el vocero de la misma ha reafirmado que los hechos se cumplieron como parte de la estrategia rebelde, debe proferirse la cesación de procedimiento (Ley 77 de 1989)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 0055 agosto 16 de 1990.

Vistos:

Contra el auto proferido en mayo cuatro (4) de mil novecientos noventa (1990), por el cual el Tribunal Superior de Orden Público denegó la cesación de procedimiento solicitada por el acusado *Carlos Chiquiza Segura*, al tenor de lo dispuesto en la Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario 206 de 1990, su apoderado interpuso el recurso de alzada.

Realizado el trámite de rigor y recogido el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal, procede esta Sala de la Corte a resolver lo pertinente.

Hechos:

Se sintetizaron en la primera instancia de la siguiente manera:

"...Dio lugar a esta acusación el hecho de haber sido hallados en un taller correspondiente a José Joaquín Molina Betancur, explosivos varios, armados en tarros, con sus correspondientes mechas, los cuales habían sido dejados allí por Chiquiza Segura para ser sometidos a un proceso de soldadura..."; hallazgo que se cumplió en Bogotá luego de que "...el 7 de junio pasado 1989..., un grupo de investigadores del DAS, recibió llamada telefónica en la cual se informaba de la existencia de material explosivo en la calle 27 sur número 5-14. Se montó frente a esa dirección un operativo que dio como resultado la observación de la llegada de un hombre y una mujer quienes estacionaron allí un taxi y de un establecimiento situado en las proximidades, sacaron tres (3) cajas de cartón que acomodaron en el carro siguiendo su recorrido hacia el barrio Policarpa, a un taller de orna-

mentación donde fueron dejadas... A continuación los investigadores solicitaron orden de allanamiento, retuvieron al individuo que había transportado las cajas, quien resultó ser Carlos Chiquiza y en su compañía fueron hasta el barrio Policarpa, al taller de ornamentación donde se hallaron 73 tarros de aceite de carro que contenían diferentes elementos y sustancias explosivas..." (fls. 68 y 40, cdno. Tribunal).

Actuación procesal:

1. La investigación no proporcionó en lo fundamental elementos de juicio que permitieran predicar un fin subversivo para la dinamita incautada. Por el contrario, su principal protagonista, el acriminado Carlos Chiquiza Segura, en todo momento sostuvo que fue un propósito comercial la motivación que lo llevó a adquirir el explosivo. Según sus palabras, esto lo era "...para llevarla hacia La Pedrera... con el fin de ganarme unos pesos...", aclarando que no tenía "...ninguna otra intención...". Más explícito se muestra en una ampliación de su injurada cuando advierte que al venderla en las minas "...hacia un buen negocio y en ningún momento era para actos terroristas..."

2. No obstante, en el informe policial que dá cuenta de su aprehensión, aseguran los miembros del Departamento Administrativo de Seguridad —DAS— que Chiquiza Segura, al ser interrogado, señaló "...que él era un enlace de las FARC y que recibía órdenes del comandante Ramiro y que las cajas fueron llevadas... con el fin de que los tarros fueran sellados, ya que en su interior iban los explosivos y estos eran despachados hacia los Llanos...". Tal información es corroborada por uno de los agentes al deponer en este proceso.

3. De igual manera, durante el allanamiento, aparte de encontrarse libros de literatura izquierdista, se decomisó una revista que explica en términos sencillos, la posición de los movimientos subversivos frente a la extracción de petróleo colombiano por empresas multinacionales.

4. En lo que se refiere al propio Chiquiza, en su intervención procesal admitió que cuando se encontraba "...en el llano por los lados de San José del Guaviare, por ahí en el 81 o (sic) 80, entonces yo ingresé a las FARC... y de ahí yo duré hasta el 83 que fue cuando estuve detenido...". Una posible comunicación con el grupo "M-19" la plantea cuando relata que en el establecimiento carcelario conoció a "...un muchacho de nombre Pacho... que también había sido guerrillero del M-19..."

5. Aparte de estas alusiones al pasado subversivo de Chiquiza, el recaudo probatorio se muestra ajeno a señalar propósitos políticos para la dinamita incautada. Unicamente, a partir de la promulgación de la Ley 77 de 1989 y de su Decreto reglamentario 206 de 1990, es que el procesado reivindica la acción como parte de los propósitos rebeldes que perseguía el "Movimiento diecinueve de abril" (M-19).

6. En memorial, distinguido por su parquedad y firmado por la apoderada de Chiquiza, ésta solicita le concedan "...el beneficio de *cesación de procedimiento*... de acuerdo a (sic) lo establecido por la Ley 77 de 1989 ...en virtud de que el sindicado cumple con todos

los requisitos exigidos...", aduciendo como prueba un escrito del "vocero político" de la agrupación guerrillera mencionada (fl. 370, cuaderno 1º).

7. El documento al cual se refiere la defensora afirma que Chiquiza, en el momento de su captura "...se encontraba realizando actividades orientadas por uno de nuestros comandos...", que ha negado su militancia para "salvaguardar su vida" y que, merced a las negociaciones entre la agrupación insurgente y el Gobierno nacional, dicho miembro "...está dispuesto a dejar las armas y reincorporarse a la vida civil..."

8. La Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia informó que el procesado Chiquiza Segura "...figura en la lista de 9 de marzo de 1990, remitida por este Ministerio, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 9º del Decreto 206 de 1990..."

9. Con apoyo en estos elementos de juicio, el Tribunal Superior de Orden Público, por mayoría, negó la cesación de procedimiento invocada por la procuradora judicial del inculpado, quien elevara similar pedimento ante el Ministerio de Justicia, en memorial al cual alude la providencia respectiva (copia, fl. 58, cdno. 3º). Para llegar a su decisión, el *a quo* tipificó la conducta endilgada en el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, argumentando que si bien "...no se sabe ciertamente qué actos terroristas se iban a favorecer...", de todas maneras "... ha de tenerse en cuenta que en el momento actual tiene que partirse de la base de que ...pertenece a un grupo rebelde, por confesión del mismo..."

Sin embargo, advierte el Tribunal "...El anterior hecho no lo excluye de la posibilidad de hacer parte de una organización terrorista, así no se le dé este carácter al grupo M-19, pero si es subversivo y sorprendido en la actividad de fabricar bombas explosivas, existe fundamento lógico para afirmar que hace parte de organización terrorista...", pues tal acción no podía cumplirla individualmente. Por fuerza debía estar "...siendo auxiliado por otro..."

A renglón seguido plantea la inquietud de si podrán entenderse como "armas", los explosivos incautados y después de esgrimir una duda gramatical sentencia que "...si el grupo rebelde emplea en su lucha como armas, medios de terrorismo, se convierte en grupo terrorista, no sometido al mismo tratamiento..."

Luego, el Tribunal somete a estudio los requisitos exigidos por la Ley 77 de 1989, indicando que el relativo a figurar en las listas elaboradas por el Gobierno nacional como integrante del grupo rebelde desmovilizado, se cumple a cabalidad; pero, no sucede lo propio con la conducta que se le imputa "...porque la actitud asumida por él en sus injuradas lo presentan como no rebelde...", no pasando "...de ser una mera suposición, sin respaldo en los autos..." sus actividades relacionadas con los explosivos.

Concluye la Corporación citada precisando que el delito "...no político tiene que ser conexo con el que ostenta tal calificativo... pero... su sujeto activo no puede hacer parte de organización terrorista...", al tiempo que "...El ser rebelde no excluye la posibilidad

de pertenecer a organización terrorista, antes, al contrario, lo hace verosimil...", y "...no se sabe si el otro delito que se le imputa, está dentro de las excepciones de la Ley 77 en comento y si no lo está, si aparece cometido en conexidad con el de rebelión...", se muestra partidario de profundizar en la investigación (fls. 68 a 75, cdno. 3º).

10. De la determinación anterior se apartó uno de los miembros de esa Corporación. En su salvamento de voto coincidió "...con lo decidido en la providencia en el sentido de que la acción imputada a Chiquiza Segura lejos estaba de subsumirse en el tipo penal descrito en el artículo 11 del Decreto 180 de 1988, por cuanto no hay correspondencia entre la realización episódica y la descripción normativa..."

Sin embargo, disiente sobre "...la eventual adecuación de la misma conducta al artículo 7º del decreto en cita, toda vez que ningún elemento permite ni siquiera inferir que el procesado pertenezca a una organización terrorista o a un grupo de sicarios...". Lo único cierto es el transporte del explosivo al taller para soldar los tarros en que se iba a ocultar. En lo referente a la versión del inculpado, anota que independientemente de su credibilidad "...objetivamente su conducta logra adecuación en el artículo 1º del artículo (sic) 3664 de 1986 pues... sin permiso de autoridad competente... transportó y almacenó explosivos..."

Respecto al artículo 7º del Decreto 180 de 1988, advierte que requiere para su configuración un sujeto activo singular, hecho que lo diferencia de la conducta descrita en el artículo 186 del Código Penal "...en el que se demanda la presencia de dos o más personas que se conciertan para cometer delitos...". En consecuencia, en tratándose del referido artículo 7º preciso es que se demuestre ...que el sujeto 'forma parte', entendida esta expresión de un todo en cuanto organización terrorista o grupo de sicarios, prueba que no aparece en el proceso..."

Por lo tanto, aduce el disidente, el fabricar bombas no constituye "fundamento lógico" para afirmar que el acusado hace parte de una organización terrorista, pues "...justamente su condición de rebelde le impone tareas que, como en el presente caso, fueron agotadas en forma individual, independientemente de que fuera o no auxiliado por otras personas. Surge así la conexidad entre el delito político cuya existencia no ha sido rechazada por la Sala y el delito común de transporte, sin permiso de autoridad competente, de sustancias explosivas..."

Finalmente, señala que el negar la militancia política "...no permite al juzgador descalificar la existencia del punible rebelión...", máxime cuando el procesado admitió haberla recibido de un sujeto a quien había conocido cuando ambos pertenecían a las FARC, que dicha manifestación adquiere fuerza si se tiene en cuenta que, según los informes de la policía, Chiquiza, al ser aprehendido, afirmó ser enlace de dicha agrupación subversiva.

Además "...obra en el proceso el memorial... suscrito por el vocero del M-19 ante el Gobierno nacional, en el que se reitera la

militancia del procesado...", así como se acreditó tal calidad con su inclusión en las listas del Ministerio de Justicia, con arreglo a lo dispuesto en la ley de indulto.

Concluye el discrepante oponiéndose a la tesis mayoritaria de que sólo es posible rebelarse empleando armas de fuego "...por cuanto de ser así se desnaturalizaría la estructura misma del delito de rebelión al restringir en sumo grado uno de sus elementos —armas—, de suerte que sólo se podría configurar cuando se usen única y exclusivamente armas de fuego...", advirtiendo que si bien el rebelde puede llegar a ser terrorista, tal situación se daría únicamente cuando se desborden "...los límites del delito político...", ejecutando "...actos que comportan terror, utilizando medios catastróficos que producen como resultado alarma o terror en la población que bien puede ser consecuencia del medio utilizado o de la conducta que caracteriza la actividad terrorista..."

Concepto del Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal:

En un interesante estudio, el señor agente del Ministerio Público critica la posición mayoritaria del Tribunal sobre el delito de rebelión, por cuanto, a su modo de ver "...la limitante que le impone... circunscribiéndolo al empleo de armas de fuego, desnaturaliza por completo su esencia y se muestra ajena a la evolución que ha sufrido en el mundo contemporáneo..."

En lo que se refiere a la cesación de procedimiento negada en primera instancia, el colaborador fiscal comparte la decisión recurrida por resultar insuficiente lo manifestado por Ciro Sabogal, vocero político del M-19, cuando afirma que el procesado "se encontraba realizando actividades orientadas por uno de nuestros comandos '...puesto que...'. Tal aseveración abstracta no permite establecer a ciencia cierta quién ordenó la acción delictiva, qué propósitos políticos se buscaba cumplir con la utilización de los explosivos, qué comando del M-19 era el encargado de esta tarea, cuál era el objetivo militar, etc...."

Tal razonamiento lo lleva a concluir que "...únicamente profundizándose en la investigación se podrán resolver estos interrogantes y con ellos si en verdad existe una conexidad entre estos delitos comunes y el político de rebelión, requisito exigido por la Ley 77 de 1989, resultando insuficiente la demostración de su militancia política, que apenas conduce a demostrar su condición de rebelde...", por lo cual solicita se confirme la providencia apelada.

La Corte:

I. De acuerdo con la Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario 206 de 1990, son requisitos para aplicar la medida invocada, los siguientes:

a) Que se trate de hechos cometidos con anterioridad al veintidós (22) de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989);

b) Que se adelante un proceso por los ilícitos de "...rebelión, sedición y asonada y los delitos conexos con los anteriores..., cometidos con ocasión de la actuación del grupo rebelde del cual forme o haya formado parte..." el solicitante;

c) Que no se trate de "...homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie. Tampoco se aplicará a quienes formen parte de organizaciones terroristas ..";

d) Que no exista sentencia condenatoria ejecutoriada; y

e) Que el peticionario integre o haya formado parte de una organización rebelde que hubiese "...demostrado inequívocamente su voluntad de incorporarse a la vida civil...", o. "...que fuera de la organización rebelde de la cual formen o hayan formado parte, lo solicite y, a juicio del Gobierno nacional, hayan demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil..."

II. Surge incontestable la existencia de las exigencias anteriores, excepción hecha del literal "b". En lo referente a la conexidad entre el delito de rebelión y la conducta endilgada al procesado Chiquiza Segura y que diera origen a la presente investigación, el Tribunal Superior de orden público niega su existencia. Corresponde a esta Sala de la Corte dilucidar la exactitud que pueda caberle a tal aserción.

Argumenta el Tribunal que la calidad de rebelde no excluye la de terrorista pues bien puede pertenecer a una organización de este tipo y que la incipiencia de la averiguación impide establecer si el injusto que se le impula se encuentra dentro de las excepciones contempladas en la Ley 77 en comento "...y si no lo está si aparece cometido en conexidad con el de rebelión...", interrogantes que sólo podrán ser despejados con un ahondamiento en la indagación.

III. De acuerdo con la precitada ley y su decreto reglamentario, para adoptar la decisión sobre el cese de procedimiento, deberá verificarse en primer término que el solicitante sea miembro de la organización rebelde desmovilizada. Para comprobarlo, el Ministerio de Justicia pondrá en conocimiento de los Tribunales Superiores o del Tribunal de orden público, en su caso, la lista de personas que formen parte de dichas agrupaciones, para lo cual "...podrá basarse en la información que deberá suministrar quien, a juicio del Ministerio de Gobierno, lleve la vocería de la respectiva organización rebelde..."

La previsión es juiciosa. No basta con la solitaria manifestación del peticionario. Su solicitud deberá estar apoyada por la inclusión de su nombre en una relación que identifique con certeza a los militantes de la agrupación desmovilizada. Por tal motivo, la confección del listado deberá fundarse en los datos que suministre quien se encuentre al mando del grupo subversivo o reciba autorización de éste para tal fin, adquiriendo la calidad de vocero.

Aquí la disposición se muestra generosa al otorgarle el rol de identificador de los presuntos beneficiarios de la ley de indulto, a los líderes rebeldes. Aparte de que el Gobierno Nacional no posee los datos suficientes que le permitan realizar dicha tarea, detrás de tal previsión se

encuentra el principio de buena fe que regenta todo proceso de paz. En este sentido, si en verdad los alzados en armas han dado muestras inequívocas de cumplir con lo pactado, haciendo una realidad su inserción a la vida comunitaria, el Estado deberá aceptar como ciertos sus informes sobre la identidad de los integrantes de la organización insurrecta.

Ahora bien: la buena fe no muere aquí. Sabido es que el rebelarse contra el Estado requiere de una actitud conspirativa. El anonimato de sus integrantes es factor fundamental en el éxito de sus aspiraciones y es por ello que, en variadas ocasiones, cambian de identidad u ocultan su militancia, como una manera eficaz de escapar a la acción de las autoridades.

De igual manera, en el desarrollo de su lucha, acometen acciones que, por su carácter negativo ante la sociedad, no reivindican a nombre de su organización. Tal es el caso de los secuestros con fines económicos o los hurtos a entidades bancarias, para no mencionar sino dos ejemplos. Por esto, ordenan a sus militantes no mencionar su calidad de miembros de la agrupación subversiva, en el evento de que sean aprehendidos por las fuerzas del orden.

En estos casos, el rebelde adquiere la connotación de delincuente común y sólo una situación excepcional hará posible que los propósitos políticos del hecho delictuoso se revelen. Tal ocasión se ha presentado en el pasado y se cumple ahora, con la promulgación de amnistías e indulto, mecanismo eficaz que permite al través del perdón o el olvido, llevar a la realidad la paz social.

Empero, descubierta la identidad revoltosa y tildado el hecho ilícito de político, única manera de acogerse a la magnanimidad estatal, no puede favorecérsele sin antes corroborar sus aseveraciones. Aparte de confirmarse la militancia por sus líderes reconocidos, tal como lo prescribe la Ley 77 de 1989, de igual forma, quienes han estado al frente de la organización son los más idóneos para refrendar, si es el caso, el carácter político de la acción delictuosa.

No cabría interpretación diferente para la norma en cuestión. Exigir pruebas mayores, en el tracto que ocupe el ahondamiento de la investigación, en la que el único aporte al esclarecimiento de los hechos solamente podrían hacerlo aquellos a quienes en principio se les han rechazado sus afirmaciones, no es sino un pretexto para dilatar la concesión de un beneficio al cual se tiene derecho por ministerio de la ley.

Por consiguiente, si se ha comprobado la militancia en la agrupación subversiva desmovilizada, con su inclusión en las listas elaboradas por el Ministerio de Justicia y si, igualmente, el vocero de dicha agrupación o su líder máximo, han reafirmado que los hechos delincuenciales comunes se cumplieron como parte de la estrategia rebelde, debe considerarse satisfecha a plenitud la conexidad exigida y proferirse, en consecuencia, la cesación de procedimiento correspondiente.

IV. En el caso materia de estudio, observa la Sala que el procesado Chiquiza Segura aparece anotado en las relaciones elaboradas por el Decreto 206 de 1990 y que tanto el vocero político del Movi-

miento Diecinueve de Abril (M-19), como su dirigente nacional, Antonio Navarro Wolff, son contestes en adverar que en el momento de ser aprehendido aquel "...se encontraba realizando actividades orientadas por uno de nuestros comandos..."

Además, como argumento adicional, la Corte quiere poner de presente el pasado subversivo del acusado, la confesión que hizo ante las autoridades al instante de su captura sobre sus enlaces rebeldes, suministrando incluso el nombre de su "comandante", la afirmación hecha en su injurada sobre sus relaciones con un miembro del M-19 a quien conoció cuando se encontraba privado de la libertad a virtud de otro proceso, y, los libros, misivas y cartilla de literatura izquierdista, todo lo cual comprueba su fidelidad a las ideas que motivaron su afiliación al grupo insurgente.

V. Finalmente y para aclarar la duda planteada en la providencia recurrida sobre si el vocablo "armas", empleado por el artículo 125 del Código Penal, se refiere únicamente a las de fuego, o podrán entenderse por tales, también objetos de destrucción como los explosivos incautados, la Sala considera pertinente recordar un pronunciamiento anterior en el que se rechaza la primera interpretación:

"...El juez... hace una mejor adecuación típica del delito de rebelión, al considerar que..., para luego introducir un elemento descriptivo que no contiene el tipo penal, pues afirma que para que este delito se concrete en la realidad jurídica, los agentes deben emplear armas de fuego, porque considera que sólo con ellas se puede derrocar un gobierno y la afirmación no puede ser más equivocada porque el tipo penal menciona simplemente las armas y por tanto el intérprete no puede introducir al tipo elementos que no estén contenidos en él; además no se entiende por qué llega a tal conclusión pues es evidente que por la utilización de otras armas puede derrocarse un gobierno o cambiar su esquema constitucional y si no, basta recordar la gesta guerrera del general Mosquera con los famosos macheteros del Cauca..." (auto, septiembre 15 de 1989, mag. ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas).

En este sentido, razón le asiste al señor Procurador Delegado cuando afirma:

"...Nos encontramos frente a una nueva guerra, lejana de la convencional, llamada por los teóricos 'guerra de guerillas', la que ante la superioridad del grupo dominante en todos los órdenes, opone el golpe repetino y audaz. Es por ello que, dentro de su desarrollo se pueden distinguir varias etapas..."

"...Mellar el Estado, debilitarlo al máximo, maniatarlo, acobardarlo, desmoralizarlo, es la primera fase. Se acude entonces a la desestabilización política (asesinato o secuestro de dirigentes, recorte de la influencia de los partidos detentadores del poder, demostración de su incapacidad para gobernar o de su corrupción, exigencias imposibles de cumplir), económica (destrucción de sus arterias viales: agricultura, industria, finanzas) o social (huelgas, marchas campesinas, paros cívicos).

"...*A la par con esta se encuentran las tareas militares (emboscadas, asaltos a propiedades), económicas (secuestros, inversiones legales, contribuciones, asaltos bancarios, extorsiones), propagandísticas acciones filantrópicas, comunicados de prensa, reportajes), adoctrinamiento (conformación de partidos legales, grupos de apoyo de todo tipo), y logística en la que va envuelta una organización de su retaguardia que provee a sus necesidades...*"

"...*Por consiguiente, derrocar al Gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente por la vía armada, es una conducta completa que encuentra realización a través de múltiples caminos, los que armónicamente reunidos y complementados, conducen a la estructuración del tipo...*"

"...*Infortunadamente los redactores del Código, enfrascados en el mundo formal, utilizaron el ambiguo 'empleo de las armas'. El tipo hubiera ganado en precisión si en cambio hubieran colocado 'movimiento político militar' que refleja toda la dimensión del problema, pues no sólo explica la violencia como método para el acceso al poder, sino la necesidad de una organización política que haga posible el cambio institucional o estructural e impulse a la sociedad hacia un nivel de mayor justicia e igualdad...*"

"...*Por consiguiente, la utilización de explosivos, siempre que estos sean empleados en objetivos estrictamente militares y no comprometan a la población civil, no repugna con los principios altruistas que gobiernan la rebelión. El terrorismo, en cambio, busca causar zozobra en la sociedad, para conseguir fines que les permitan afianzar su influencia criminal...*" *(fls. 8 y 9, cdno. Corte).*

Las anteriores razones las estima la Sala suficientes para revocar la providencia recurrida y en su lugar decretar la cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 10 de la Ley 77 de 1989 y disposiciones concordantes, a favor del procesado Carlos Chiquiza Segura, concediéndole su libertad inmediata (art. 15, *ibidem*).

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal,

Resuelve:

1º *Revocar* el auto de mayo cuatro (4) de mil novecientos noventa (1990), proferido por el Tribunal Superior de Orden Público dentro de este proceso.

2º *Decretar* la *cesación* de todo el *procedimiento* adelantando con este expediente y por, los hechos investigados a través del mismo, a favor del acusado Carlos Chiquiza Segura, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 77 de 1989 y normas concordantes.

3º *Disponer* la libertad inmediata de Chiquiza Segura, oficiándose para el efecto por la Secretaría de la Sala a la dirección de la cárcel respectiva.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

Si se presenta un cargo por violación directa de la ley sustancial, se contraría la técnica del recurso argumentando que no se aplicó una causal de inculpabilidad porque no se tuvo en cuenta un hecho como prueba, pues la vía para esa impugnación es la indirecta

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 056, agosto 22 dde 1990.

Vistos:

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de los imputados *Olga Lucero Calle y Miguel Pombo Salazar,* y por el procesado *Marino Emiro Caicedo,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual los condenó a la pena principal de ocho (8) años de prisión por los delitos de Peculado y Falsedad.

Hechos y actuación procesal:

Los redactó así el Tribunal Superior:

> "Esta investigación se inició por denuncia presentada por el visitador fiscal, investigador de la Contraloría General de la República, quien a través de las pesquisas adelantadas y del estudio de los documentos, detectó varios ilicitos en doce importaciones de EMSIRVA realizadas durante la gerencia de Marino Emiro Caicedo Carvajal y Miguel José Pombo Salazar. Entre las diversas violaciones descubiertas por el visitador están las de haberse pretermitido el contrato; la licitación pública necesaria, además de que los elementos que se importaban existían en el país y a muchísimo menor costo del que aparecía en las facturas proforma que utilizaron los procesados. Existió sobrefacturación, se aceptaron facturas proforma falsas o su contenido, no aparecía autorización de la junta directiva para contratar con el supuesto Jhon Lubar, tampoco se pidieron cotizaciones como debía ser lo usual y con todo este cúmulo de obvias maniobras para apropiarse del dinero del Estado a través de las ilícitas importaciones,

se obtuvieron iguales cartas de crédito, una por cada importación por un total de más de seiscientos mil dólares, hoy en día suma superior a ciento cincuenta millones de pesos (fl. 1-118 cdno. núm. 1)".

"Por los anteriores hechos se vincularon al proceso a los señores Arturo Francisco Martínez Amaris, quien aparecía como intermediario entre el personaje que figura como Jhon Lubar, persona cierta o supuesta bien fuera natural o jurídica y EMSIRVA; Jorge Horario Hurtado Narváez a quien se le imputó ser el eslabón primario que permitió la conexión entre Martínez y EMSIRVA; Miguel José Pombo Salazar quien desempeñó por algún tiempo la gerencia de EMSIRVA por delegación del señor Marino Emiro Caicedo Carvajal gerente titular por aquel entonces Fabio Heli Quiceno Gómez el auditor de dicha empresa que permitió las ilícitas importaciones, Olga Lucero Calle Villegas quien ejerció el cargo de jefe del Departamento Financiero de EMSIRVA y que figura como coautor de los ilícitos investigados y Rafael Urias Cardona a quien se le imputó ser el autor de la falsedad de cobertura de la Resolución número 961 y su respectiva alteración del acta correspondiente en su calidad de presidente de la junta directiva de EMSIRVA; estos ciudadanos fueron indagados entre otros, que a lo largo de este complicado proceso fueron desvinculados definitivamente de los mecanismos procesales. Calificado el mérito del sumario, en definitiva fueron encausados los anteriormente nombrados, por diversas conductas contra la administración y la fe pública (fl. 1-310 cdno. ognal. núm. 9) y (fl. 1-330 cdno. núm. 11 pro. 2ª instancia)".

"Tramitada la causa sin que variara la prueba básica recaudada, se llegó a la audiencia pública en donde el agente del Ministerio Público indicó con claridad la actuación ilícita de los procesados y analizó cada una de las probanzas para llegar a la inequívoca conclusión que están intactos los cargos deducidos en el auto de proceder, por lo que considera se debe dictar sentencia condenatoria; por su parte los procesados y los señores defensores con diversas tesis y a través del análisis cuidadoso y meticuloso de la prueba recaudada, son de criterio que a los encartados se les debe absolver por ausencia de la prueba plena de responsabilidad. Por último el representante de la Parte Civil al igual que lo hiciera el fiscal, pidió en su intervención la condena de los encausados (fl. 1-299 cdno. número 16)".

"El Juzgado Quinto Superior estudió pormenorizadamente todo el contexto de este vasto proceso, en el fallo que determinó declarar que dentro del proceso no existía nulidad de ninguna especie; no cesar procedimiento por prescripción de la acción penal en favor del señor Rafael Urías Cardona; condenar al señor Arturo Francisco Martínez Amarís a seis años ocho meses por peculado por apropiación como cómplice; condenar a los señores Marino Emiro Caicedo Carvajal, Miguel José Pombo Salazar, Olga Lucero Calle Villegas

y Fabio Helí Quiceno Gómez a siete años de prisión como responsables del delito de peculado por apropiación; condenar al señor Rafael Urias Cardona Carvajal a siete años de prisión como responsable del delito de *falsedad en documento público;* se condena igualmente a los anteriores a las penas accesorias correspondientes y se les negó la condena de ejecución condicional, revocando el beneficio de la libertad provisional y se ordenó librar las respectivas órdenes de captura; también se declara la prescripción de la acción penal para los antes nombrados por el delito de falsedad ideológica en documento público y ordena cesar todo procedimiento en favor de los mismos por tal hecho; se absuelve al señor Jorge Horacio Hurtado Narváez de los cargos que se le endilgaron en el auto de proceder y se ratifica el beneficio de la libertad provisional en favor del mismo (fl. 147 cdno. núm. 17)".

La sentencia de primera instancia fue apelada por varios de los defensores y el Tribunal Superior al resolver el recurso, tomó las siguientes determinaciones:

"*Primero. Revocar* el numeral 11 de la parte resolutiva de la sentencia apelada.

"*Segundo. Reformar* el punto tercero de la parte resolutiva de la misma sentencia, en el sentido de condenar al señor Arturo Francisco Martínez Amaris a la pena principal de *seis (6) años de prisión* en lugar de la impuesta por el juzgado *a quo*, de conformidad con las anotaciones hechas, por los delitos de *peculado y falsedad.*

"*Tercero. Reformar* el numeral cuarto de la parte resolutiva del fallo en cuestión, en el sentido que la condena para los señores Marino Emiro Caicedo Carvajal, Miguel José Pombo Salazar, Olga Lucero Calle Villegas y Fabio Helí Quiceno Gómez, es por los delitos de *Peculado y Falsedad* cuya pena principal es la de *ocho (8) años de prisión* los que debe purgar y no siete como en la sentencia aparece.

"*Cuarto. Reformar* el numeral quinto de la providencia ya mencionado, en el sentido de que son *seis (6) años de prisión* los que deben purgar al señor Rafael Urias Cardona Carvajal y no los siete que impusiera el señor juez *a quo.*

"*Quinto. Reformar* los numerales 7º, 8º, del fallo impugnado, en el sentido de que dichas accesorias quedarán supeditadas al mismo lapso de tiempo de la pena principal.

"*Sexto.* Se *confirma* en su integridad los numerales 1º, 2º, 6º, 9º, 10, 12, 13, 14, de la sentencia que por vía de apelación se revisa".

Contra la sentencia interpusieron el recurso de casación los inicialmente mencionados.

Las demandas:

1º El defensor de Olga Lucero Calle y Miguel José Pombo, presentó una demanda en nombre de sus dos representados, en la cual impugna la sentencia, porque en su concepto "violó directamente por aplicación indebida el artículo 133 del Código Penal y el artículo 134 del mismo ordenamiento; como quebrantó también los artículos 247, 248 y 253 del Código de Procedimiento Penal, pues hizo operar tales normas sustanciales en una situación fáctica que ellas no contemplan".

En la sustentación afirma, que el haber dado cumplimiento a la Resolución número 961 de mayo 4 de 1976, no constituye ningún delito para sus defendidos, porque dada su calidad de funcionarios, estaban obligados a hacerlo. Invoca las causales de justificación previstas en los numerales 2º y 3º, del artículo 29 del Código Penal vigente, y el numeral primero del artículo 25 del Estatuto Penal de 1936.

Que el deber que sus representados tenían de cumplir con lo ordenado en la citada resolución, hizo que en ellos surgiera el derecho a cumplirla, sin que pudiera oponerse la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad.

Dice también que está demostrado que la resolución 961 de mayo 4 de 1976 reunía todos los requisitos legales de carácter administrativo, como las firmas de los funcionarios que intervinieron en su formación; por lo tanto esa apariencia de legalidad creó en el ánimo de Miguel Pombo y Olga Lucero Calle la creencia de que procedía el trámite para su cumplimiento o ejecución. "Se trató pues de un error esencial de hecho que no fuera tenido en cuenta dentro de la sentencia como prueba, incurriéndose por tanto en esta en la causal primera de casación al no tenerse en cuenta el numeral 4º del artículo 40 del Código Penal o el numeral 2º del artículo 23 del Código Penal anterior, que es más propiamente la disposición legal que debe ser tenida en cuenta por haberse rituado el proceso y dictada la parte resolutiva de la sentencia recurrida conforme a dicho ordenamiento".

Luego se refiere a las expresiones "con conocimiento de causa" y "a sabiendas", para sostener que requieren "una demostración clara y positiva, no una simple sospecha, que se obró con el conocimiento perfecto de estarse contrariando el orden jurídico, dándosele (sic) a una prueba un entendimiento que en realidad no tiene, la prueba de la oportunidad física, como indicio necesario para cometer un delito, como lo eran los cargos desempeñados por los doctores..."

Termina solicitando que se case la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a sus poderdantes.

2º El defensor de Marino Emiro Caicedo Carvajal, formula dos cargos al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal derogado, aplicable al caso en estudio.

En el primero, dice que se violó indirectamente la ley sustancial, por falta de aplicación, debido a errores manifiestos de hecho.

A Caicedo Carvajal se le condenó como coautor de falsedad de la Resolución 961 y su posterior intercalación en el Acta número 340, en concurso con el delito de peculado, pero el Tribunal no tuvo en cuenta el principio de *in dubio pro reo* consagrado en el artículo 216 del anterior Código de Procedimiento Penal, existiendo serias dudas sobre la fecha exacta de comisión de los delitos de falsedad, por lo cual ha debido decretar la prescripción de la acción penal.

Considera que los medios probatorios infringidos por el sentenciador fueron: "Capacidad para rendir testimonio. Valor probatorio" (art. 236); "Obligación de rendir testimonio" (art. 238); "Interrogatorio sobre la razón del testimonio" (art. 248); "Juramento" (art. 254); "A quién se le recibe indagatoria" (art. 381); "Prohibición de juramentar al indagado" (art. 385).

Cita los artículos 233, 231 y 33 del Código Penal de 1936, los cuales fueron aplicados en la sentencia, y afirma que como no se decretó la prescripción, se dejaron de aplicar los artículos 105 y 106 *ibidem*, lo que conllevó a la falta de aplicación del artículo 163 del antiguo Código de Procedimiento Penal.

Los errores evidentes de hecho que el censor asegura que cometió el Tribunal, obedecen a: Falso juicio de identidad, por tergiversar los testimonios de Alba Tedy Rangel y Sonia Gallego Giraldo en cuanto a la fecha en que se cometió la falsedad; falso juicio de existencia al ignorar la declaración de Germán Ocampo Hurtado; falso juicio de identidad "al valorar caprichosamente las declaraciones de Arturo Peláez Montenegro y Mariela Aristizábal, en el sentido de que la falsedad se cometió el 7 de diciembre de 1976. Estos errores conllevan a la incertidumbre con relación a la fecha en que se cometió el delito de falsedad documental, por lo tanto es el artículo 105 del Código Penal de 1936 en armonía con el artículo 163 del derogado Código de Procedimiento Penal, los preceptos cuya aplicación reclama el caso concreto.

Finalmente, hace algunas apreciaciones sobre el término de prescripción de la acción penal y concreta el cargo así:

> "Esa violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación de los artículos 105 del Código Penal de 1936 y 163 del antiguo Código de Procedimiento Penal, llevó al sentenciador de segunda instancia a aplicar impertinentemente el artículo 233 del Código Penal de 1936, en armonía con el artículo 33 *ibidem* (Concurso material de delitos) y teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 61; 66 numerales 2, 4, 7, 11, 12 y 15 y artículo 67 del Código Penal de 1980. De conformidad con el artículo 39 del anterior Código de Procedimiento Penal, el delito más grave es el de falsedad en documento público, pues este fue el que le dio la competencia al Juzgado Quinto Superior de la ciudad de Cali, luego la tasación de la pena sería únicamente por el delito de peculado".

La petición es, *casar* parcialmente la sentencia, decretar la prescripción de la acción penal por el delito de falsedad en documento público, disminuyendo la pena impuesta en cuatro años de prisión y sus accesorias de ley.

En el segundo cargo acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, por aplicación indebida a causa de errores manifiestos de hecho.

Las normas que alega fueron aplicadas de manera indebida son: artículo 3º del Decreto 1858 de 1951; artículo 33 del Código Penal de 1936, teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 61, numerales 3, 4, 7, 11, 12 y 15 y artículo 67 del Código Penal vigente.

Asegura que a través de errores de hecho se dio por probado el dolo de apropiación para su defendido, lo mismo que el ingrediente subjetivo "en provecho suyo o de un tercero", pues el sindicado de nada se apropió.

Cita los artículos 236, 238, 248, 254, 381, 385, 262, 263 del Código de Procedimiento Penal anterior, como "medios probatorios" mediante los cuales el sentenciador dio por probado el dolo y el ingrediente subjetivo.

En la demostración del cargo cita varios párrafos de las sentencias de primera y segunda instancia, para concluir que el error de hecho es evidente, porque el sentenciador tergiversó el sentido de la prueba testimonial, de indagatoria y documental, dando por probado que Marino Caicedo y los demás sindicados obraron en coautoría, siendo su poderdante totalmente ajeno a ello.

Para demostrar que la vinculación del presunto Jhon Lubar fue obra de Martínez Amaris, Jorge Horacio Hurtado y Fabio Helio Quiceno Gómez, transcribe parte de sus versiones y de las de otros testigos; luego señala las fechas de vinculación a la entidad de los demás procesados, con el fin de destacar que el supuesto comerciante norteamericano era conocido en EMSIRVA desde antes de llegar a la gerencia su defendido. En esas condiciones, el dolo se inició y se culminó desde la administración anterior.

En su concepto Caicedo Carvajal no cometió el delito de peculado por apropiación, pero sí el de peculado culposo por no examinar lo que estaba ocurriendo de manera personal y confiar en sus colaboradores. Pero como esta modalidad delictiva no tenía pena privativa de la libertad, concluye que cuando se dictó auto de proceder la acción penal ya estaba prescrita, de conformidad con el artículo 105 del Código Penal de 1936.

La petición es casar totalmente la sentencia y absolver a su representado del delito de peculado y del concurso de hechos punibles por el que fue sentenciado.

Concepto del Procurador Delegado:

Respecto a la demanda presentada por el defensor de los procesados Miguel J. Pombo y Olga Lucero Calle, el delegado considera

que el cargo está formulado de manera imprecisa y con argumentos propios de la violación indirecta de la ley sustancial.

Advierte que cuando se invoca la violación directa es improcedente criticar las pruebas, regla que olvidó el recurrente, quien también incurre en el error de relacionar como normas violadas los artículos 247, 248 y 253 del Código de Procedimiento Penal las cuales no son de carácter sustancial.

Por las fallas de orden técnico de que adolece la demanda, solicita que se desestime.

En cuanto al libelo presentado por el defensor de Marino Emiro Caicedo, el colaborador fiscal solicita que no se case la sentencia, por las siguientes razones:

El primer cargo, esto es, error de hecho por falso juicio de identidad, no se presentó, porque el Tribunal Superior dio a las pruebas a que se refiere el censor la interpretación, alcance y sentido que realmente ofrecen. En efecto "lo único que resulta claro es que la resolución fue mecanografiada en el mes de octubre, pero no puede señalarse sin lugar a equívocos, determinadas fechas como aquellas cuando fue firmada, e insertada en el Acta número 340 que ostenta fecha mayo 4 de 1975; y por ello optó por indicar el 7 de diciembre de 1976, día en que el gerente de EMSIRVA en reunión de junta directiva hizo pública la existencia de los falsos documentos, para efectos de contabilizar el término prescriptivo de la acción penal, por ser aquella la primera ocasión de que se tiene conocimiento, en que se aceptó la presencia de los falsos documentos".

Admite que el Tribunal no hizo mención de los testimonios de Germán Ocampo y Oscar Grisales, quienes en sus versiones afirman que Urías Cardona firmó la resolución a mitad del año de 1976, pero considera que la omisión de dichas pruebas no tiene relevancia jurídica para desmontar las bases probatorias tenidas en cuenta por el sentenciador.

El segundo cargo, error de hecho por falso juicio de identidad al tergiversar testimonios, injuradas y documentos, estima que no fue correctamente desarrollado, porque no menciona a qué documentos se refiere, ni en qué consistieron las erradas interpretaciones de estos, ni tampoco cuáles eran las que correspondían.

El fallador consideró que los delitos se iniciaron y agotaron durante la administración de Caicedo Carvajal y en consecuencia absolvió a Jorge Horacio Hurtado, pues aunque durante su gestión se aprobó la Resolución número 875 de febrero 20 de 1975, que autorizó la compra de las herramientas, no por ello se le puede deducir responsabilidad personal; también concluyó que la vinculación de Jhon Lubar a EMSIRVA por parte de Hurtado no estaba probada; y, que Caicedo Carvajal fue coautor y obró a título de dolo en los delitos de peculado y falsedad, pero estas determinaciones no obedecieron a que tergiversara el contenido de los testimonios, de manera que la inconformidad del censor se debe es a que no les dio el valor que él

cree que ha debido dárseles para desvirtuar las demás pruebas de responsabilidad, crítica propia de error de derecho, por lo cual opina el fiscal que hay una falla de técnica.

Tampoco tergiversó el sentenciador la injurada de Hurtado Narváez, por cuanto él nunca aceptó ser la persona que vinculó a EMSIRVA, pues simplemente dice que lo conoció en Miami en el viaje realizado con otros funcionarios de la empresa.

Finalmente, respecto al testimonio de Arturo Peláez Montenegro, acepta el reproche del demandante por cuanto fue alterado en su contenido material, ya que el fallador lo cita como persona que declaró sobre la no mención de Jhon Lubar por parte de Hurtado Narváez ante la junta directiva, cuando realmente lo que dijo fue que conoció a Jhon Lubar cuando el gerente mencionado solicitó autorización a la junta directiva para comprar herramientas. Sin embargo, así lo hubiera apreciado correctamente, era insuficiente para el quebrantamiento del fallo.

Consideraciones de la Sala:

1º Demanda a nombre de Olga Lucero Calle y Miguel José Pombo.

Razón le asiste al representante del Ministerio Público al solicitar que se desestime por fallas de orden técnico, pues evidentemente, no obstante la insistencia de la Corte en este sentido, el demandante presenta un cargo por violación directa de la ley sustancial y en su desarrollo cuestiona pruebas y hechos reconocidos por el fallador, entrando en contradicción insalvable.

En la sentencia se declaró probado que los procesados obraron con conocimiento de causa, luego es inadmisible que aduciendo violación directa, se afirme que sólo existía una simple sospecha y que se le dio a la prueba de la oportunidad física para cometer el delito un entendimiento que no tiene.

De igual manera contraría la técnica del recurso, argumentar que no se aplicó una causal de inculpabilidad porque no se tuvo en cuenta un hecho como prueba, pues la vía para esa impugnación es la indirecta.

Aunque en los alegatos de instancia es posible presentar tesis subsidiarias sobre el mismo punto, en casación el demandante debe precisar el cargo, y no es de recibo que acudiendo a la vía directa, con los mismos hechos declarados probados en la sentencia, se planteen simultáneamente causales de justificación y de inculpabilidad, pues para las primeras se requiere que las circunstancias que las constituyen hayan existido realmente, mientras que en el error determinante de inculpabilidad dichas circunstancias sólo existieron en la mente del sujeto.

Tal es la confusión del censor, que cita como normas violadas los artículos 247, 248 y 253 del Código de Procedimiento Penal, vigente, las cuales no rigieron el proceso, ni pueden citarse como infringidas atendiendo al cargo formulado.

Por las anteriores consideraciones, la impugnación será desestimada.

2º Demanda de Marino Emiro Caicedo.

Formula dos cargos por errores de hecho, lo que implica que el demandante debe demostrar lo siguiente:

a) Que el error es manifiesto, esto es, ostensible, que salta a la vista sin mayor esfuerzo especulativo.

b) Que ocurrió como consecuencia de un falso juicio de existencia o de un falso juicio de identidad. El primero se presenta cuando el juez no tiene en cuenta una prueba que existe en el proceso y el hecho que ella recoge, o cuando lo da por existente creyendo que la prueba del mismo obra en el expediente. El segundo cuando tergiversó el contenido de la prueba, dándole un alcance mayor o menor del que realmente tiene.

c) El nexo causal entre el error y la parte resolutiva del fallo impugnado, para probar que de no haber ocurrido el error otra hubiera sido la decisión.

d) El señalamiento de la norma o normas sustanciales que de manera indirecta se violaron con la sentencia, por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Partiendo de estos presupuestos tenemos:

El primer cargo se concreta en no haber confirmado el Tribunal Superior la prescripción de la acción penal por el delito de falsedad ideológica en documento público.

La razón que tuvo el Tribunal para revocar la decisión del *a quo* consiste en que no se puede establecer con certeza la fecha en que se cometieron las falsedades y menos si esa resolución se firmó el día en que fue mecanografiada e insertada en el acta número 340 o en días posteriores. En consecuencia tomó como fecha inicial para contabilizar el término de prescripción, el 7 de diciembre de 1976, porque ese día en la reunión de la junta directiva de EMSIRVA, fue el primero en que públicamente se informó sobre la existencia de la resolución falsa.

El demandante afirma que hubo falso juicio de identidad respecto de las declaraciones de Alba Tedy Rangel, Sonia Callego, Mariela Aristizábal y Arturo Peláez Montenegro, pero no precisa en qué consistió el error y se limita a transcribir apartes de las declaraciones, reiterando que en su concepto la falsedad ocurrió antes del 7 de diciembre, pero sin demostrarlo.

Las citas que hace son precisamente las mismas que tuvo en cuenta el Tribunal para determinar que no existía certeza sobre la fecha de las falsedades y como tantas veces ha manifestado esta Sala, no basta para demandar en casación, tener una opinión distinta a la del fallador sobre la apreciación de las pruebas, sino que es necesario indicar en forma clara y precisa el error que sirve de sustento a la demanda.

También aduce falso juicio de existencia con relación a los testimonios de Germán Ocampo Hurtado y Oscar Grisales, los que realmente el Tribunal no mencionó en la decisión, pero que en modo alguno podían cambiar lo resuelto, pues el primero dice que la resolución se firmó a mediados de 1976 y el segundo, que en el mes de mayo del mismo año, afirmaciones perfectamente desvirtuadas por las declaraciones que cita el defensor para invocar falso juicio de identidad, pues de ellas se infiere que el borrador se mecanografió en el mes de octubre, luego no podía haber sido firmado antes.

Es un evidente desacierto, pretender demostrar el mismo punto con versiones que se contradicen, pues si hubiera existido el falso juicio de identidad sobre los testimonios anteriormente mencionados, eso obligaba a no plantear el posible falso juicio de existencia sobre declaraciones en las cuales los deponentes afirman lo contrario.

Pero lo que definitivamente impide que se profundice más en el estudio del cargo, es que el demandante aduce error de hecho en la apreciación de algunas pruebas por parte del fallador y al mismo tiempo acepta la conclusión expuesta en la sentencia, esto es, que no existe certeza sobre la fecha en que se cometieron las falsedades, para pedir que se resuelva la duda en favor del procesado.

Textualmente dice el libelo:

> "La sentencia impugnada ignoró la existencia de duda razonable y manifiesta originada en el haz probatorio recaudado, respecto de la prescripción de la acción penal, y sin embargo de que existe esa situación se decide perjudicando al sindicado Marino Emiro Caicedo Carvajal profiriendo sentencia condenatoria por el delito de falsedad documental..." (subrayado de la Sala).

Luego concluye:

> "El juzgador de primera instancia, Juzgado Quinto Superior de Cali, sí reconoció la prescripción de la acción penal para el punible de falsedad documental pública (sic) en favor de Marino Caicedo y otros procesados, pero el honorable Tribunal Superior de Cali, en Sala de decisión penal, *revocó dicha medida, sin reconocer si quiera el principio universal del* in dubio pro reo (subrayado fuera de texto).

Y después erróneamente agrega:

> "Los errores de hecho anotados, conllevan a la incertidumbre con relación a la fecha en que se cometió el delito de falsedad documental, es decir a la duda y en este caso el precepto cuya aplicación reclama el caso concreto es el artículo 105 del Código Penal de 1936, en armonía con el artículo 163 del antiguo Código de Procedimiento Penal".

La contradicción es clara: si acusa error de hecho, tiene por objeto demostrar que las pruebas que hay en el proceso permiten establecer con certeza el día de la comisión del delito, por lo que la duda que argumenta el Tribunal no es correcta; si por el contrario solicita la aplicación del *in dubio pro reo*, es porque está de acuerdo con la con-

clusión del fallador, luego en este caso no se pueden presentar los dos problemas en el mismo cargo, porque se excluye y eso coloca a la Sala ante la alternativa de escoger, facultad de la que carece por el principio de limitación que rige el recurso.

Desde otro punto de vista, es oportuno recordar el pronunciamiento de esta Sala, de fecha diciembre 9 de 1982, con ponencia del doctor Gustavo Gómez Velásquez, sobre la aplicación de la duda.

> "...debe recalcarse que la duda sólo favorece al procesado cuando la misma incide en una decisión de inocencia o responsabilidad, para tomar partido por la primera, y siempre que no sea posible su eliminación".

En el caso que nos ocupa, la duda no es sobre la inocencia o responsabilidad, sino simplemente que las pruebas recaudadas no permiten establecer con certeza que el hecho hubiera ocurrido antes del 7 de diciembre de 1984, para efectos de la prescripción de la acción penal. Siendo esto así, el fallador no puede inventarse una fecha so pretexto de que la duda se resuelve en favor del procesado.

Acorde con lo expuesto, el cargo no prospera.

El segundo cargo se refiere a que Caicedo Carvajal no obró con dolo sino con culpa, al no actuar con el cuidado debido y permitir que otras personas se apropiaran de dineros en su provecho.

Afirma el demandante que el Tribunal incurrió en errores de hecho al dar por probado el dolo y el ingrediente subjetivo, pero como acertadamente lo dice el Procurador Delegado, no demuestra en qué consistieron las erradas interpretaciones de los testimonios y de la indagatoria, ni señala a qué documentos se refiere, quedando así la acusación incorrectamente formulada.

Demostrar que se tergiversó una prueba implica precisar que el fallador alteró su contenido fáctico, por defecto o por exceso, de tal manera que le dio un alcance mayor o menor del que realmente tiene. Por consiguiente, el impugnante debe concretar su real significado y alcance, para confrontarlo con el que declaró el sentenciador y de esa manera probar el error.

El censor se limita a transcribir párrafos de la sentencias de primera y segunda instancia, y concluye que el error por falso juicio de identidad es evidente, lo que resulta inaceptable para la Sala por carecer de absoluta demostración.

Acto seguido se dedica a citar partes del testimonio y fechas de vinculación a la empresa de los demás procesados, con el fin de demostrar que Jhon Lubar era conocido en EMSIRVA desde antes de llegar a la gerencia su defendido, como si ese hecho desvirtuara las razones por las cuales fue condenado y que el juzgador de segunda instancia resumió así:

> "a) No hay ninguna duda de la participación del señor Caicedo Carvajal en las ilícitas importaciones, puesto que

figura durante todo el proceso como impulsador de las cartas de crédito, firma documentos falsos y no cumple con los requisitos legales.

"b) Comenzó a violar la ley cuando se abstuvo de hacer licitación pública y el argumento que era menester lo anterior por la urgencia en el servicio ya que no existían las herramientas y repuestos en el país, se derrumbó cuando probado quedó que tales elementos los había en Colombia, cien, doscientas y trescientas veces más baratos que los que figuraban en las facturas utilizadas para los actos delincuenciales.

"c) Jamás existió autorización de la junta directiva para realizar las doce importaciones.

"d) No existió contrato entre el supuesto comerciante Jhon Lubar y EMSIRVA.

"e) No hubo cotizaciones.

"f)Firmó registros de importaciones con sobre facturación.

"g) Autorizó facturas proforma con contenido falso que sirvieron para los registros de importación.

"h) Fue el impulsor, propulsor y diligente funcionario para conseguir las cartas de crédito, dineros que a la postre pasaron a las manos de los autores del hecho ilícito".

Si la preparación del ilícito se inició antes de ser gerente Caicedo Carvajal, eso nada le quita a su responsabilidad por las actuaciones realizadas cuando ya estaba posesionado en el cargo, y ellas están debidamente probadas. No se le imputa un dolo ajeno y anterior a asumir la gerencia, sino el que lo acompañó como coautor de los delitos.

Antes que referirse a verdaderos errores, pretende revivir el debate sobre las pruebas, oponiendo su personal criterio al del fallador, situación admisible en las instancias pero inaceptable en casación.

El fallo condenatorio emitido no es producto de ningún error, sino el fiel reflejo de lo recaudado por la investigación y acertadamente apreciado por el sentenciador, por lo tanto el cargo se desestimará.

Al regresar el expediente al juzgado de primera instancia, se debe insistir en la captura de los condenados. Como se observa que la presentación del poder otorgado por Marino Emiro Caicedo Carvajal se efectuó en Houston, Texas y el otorgante manifiesta que está transitoriamente radicado en los Estados Unidos, el señor juez deberá analizar lo relacionado con la posible solicitud de extradición, al tenor de lo preceptuado por el artículo 669 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.



DICTAMEN PERICIAL. NULIDAD

Es apegarse con exceso al formulismo reducir los cuestionarios del artículo 273 del Código de Procedimiento Penal a que estos so pena de nulidad, tengan que hacerse por auto separado y titulándose en tal sentido

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 58.

Vistos:

El Juzgado Unico Especializado del Magdalena, el 7 de diciembre de 1988, condenó a *José Antonio Peralta Barrera* y *Diego Arellano Márquez* a la pena principal de 51 meses de prisión y multa en cuantía equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y a las accesorias de ley como autores responsables de atentado contra el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, y a *Luis Manuel Martínez Sánchez* como encubridor lo sancionó con pena de arresto de seis (6) meses y a la accesoria de restricción domiciliaria. Impugnada esta determinación, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, la confirmó integralmente.

Inconformes con la decisión, los defensores de Peralta B. y Arrellano M., interpusieron recurso de casación, el cual fue admitido, en sede de la Corte, en abril 24 de 1989, y, el 24 de enero de 1990, se declaró ajustada a las exigencias legales la demanda presentada a nombre del primero de los mencionados y desierto el recurso interpuesto por Arellano M. Obtenido el concepto de la delegada procede la Sala a la decisión de fondo.

Hechos y actuación procesal:

Los primeros ocurrieron en las horas de la mañana de 2 de septiembre de 1987, cuando unidades de la Policía Judicial de Santa Marta detuvieron el vehículo Renault 6, modelo 83, color amarillo y negro, identificado con las placas UC-2747, manejado por Luis Martínez Sánchez y en donde se transportaban como pasajeros José Antonio Peralta Barrera y Diego Arellano Márquez, encontrando en la parte delantera y en medio de las sillas de conductor y pasajero, un paquete que contenía sustancia polvorienta que, al ser sometida a prueba

técnica, reaccionó de manera positiva para estupefaciente *Cocaína*, en cantidad aproximada a los 1.800 gramos. Igualmente las autoridades le decomisaron a Peralta B. una pistola marca Browing, calibre 7.65, con 3 proveedores y 28 cartuchos y a Arellano M. otra marca Prieto, también calibre 7.65 con un proveedor para la misma, ambas con los respectivos salvoconductos.

Para la misma fecha y luego de haberse realizado el traslado de los tres capturados a las instalaciones del F-2 de la capital del Magdalena, y al momento de cumplirse la requisa de los elementos pertenecientes a los aprehendidos, y en la billetera de propiedad de José Antonio Barrera Peralta se halló una pequeña muestra de la misma sustancia estupefaciente que se encontró en el paquete de marras.

Fue la policía judicial de Santa Marta la autoridad que adelantó las primeras diligencias el 2 de septiembre de 1987, escuchando su versión libre y espontánea a los aprehendidos, siempre en presencia de un abogado; inclusive a los profesionales del derecho que asistieron a la exposición de Peralta B. y de Arellano M., éstos les otorgaron poder ese mismo día. Es del caso señalar también que todos los aprehendidos suscribieron, sin anotaciones de ninguna índole, el acta de incautación levantada por el oficial jefe de la Policía Judicial, teniente Eduardo Rativa Melo y en donde se da cuenta del resultado positivo arrojado por la prueba de narcotex a que se sometió la sustancia confiscada.

El mismo 2 de septiembre el Juzgado Unico Especializado del Magdalena dispone la apertura de la investigación con base en el informe y actuación que le hace llegar la Policía Judicial y allí, entre otras cosas, se ordena inspeccionar judicialmente "las sustancias incautadas con el fin de establecer si se trata o no de sustancia estupefaciente, en caso afirmativo determinar a qué clase pertenecen, su estado físico y demás características". Se ordena también dar aviso de la iniciación de la averiguación a las autoridades correspondientes, incluida la comunicación al fiscal del juzgado.

Se recepcionan las indagatorias y Luis Manuel Martínez Sánchez quien en la versión rendida ante la policía judicial había sostenido que la bolsa negra encontrada en la parte delantera del automotor por él conducido pertenecía al pasajero que venía a su lado, esto es, a Arellano Márquez, y ahora da a entender que aquella fue abandonada por ocupantes anteriores del taxi. Los otros indagados, o sea, Peralta B. y Arellano Márquez, se limitan a señalar que no son los propietarios del alcaloide, esto es, que sostuvieron la misma versión rendida ante la policía.

Se escucharon las declaraciones del oficial y de los agentes que cumplieron el decomiso y la captura, y se resolvió la situación jurídica de los aprehendidos, disponiendo la detención de Peralta Barrera y de Arellano Márquez por atentado a la Ley 30 de 1986 y medida de aseguramiento de conminación para Martínez Sánchez por encubrimiento (art. 176 C. P.).

El 23 de septiembre de 1987, previo auto de sustanciación y en desarrollo del numeral 2º del auto cabeza de proceso, se cumple la

inspección judicial "sobre las sustancias que forman parte de la presente investigación, a fin de determinar su cantidad, peso, apariencia física e identificación técnica; cumplido lo anterior, extráiganse muestras de la sustancia para los estudios definitivos de Medicina Legal y destrúyanse los remanentes. Actuará como perito oficial el que designe el DAS". Se comprueba entonces que la sustancia incautada tenía un peso neto de 1.680 gramos y reacción positiva para sustancias que contienen alcaloides. En la diligencia estuvo presente el agente del Ministerio Público Rosario Angulo Maestre y ofició como perito el técnico del DAS, Alfonso Merino Echeverría.

En cumplimiento del auto de enero 29 de 1988, el 5 de febrero del mismo año se inspeccionó judicialmente la sustancia encontrada en las pertenencias de Peralta B., en presencia del fiscal Carlos Fandiño del Portillo y contándose con el auxilio de la técnica del DAS en materia de estupefacientes, Rocío Díaz Rodríguez, constatándose que ella reaccionaba ante la prueba de campo "dando una coloración azul prusia positivo para sustancia que contiene alcaloide".

Tanto en la inspección judicial de septiembre 23 de 1987 como en la de febrero 5 de 1988, se tomaron las respectivas muestras y se remitieron a Medicina Legal y, rendido el experticio por esta entidad oficial, se dictaminó afirmativamente para estupefaciente *Cocaína*, identificándose así el alcaloide primeramente decomisado con el hallado en poder de Peralta B., cuando fuera requisado en las dependencias del F-2.

Es sólo en la ampliación de indagatoria cuando los procesados aluden a la desaparición de varias esmeraldas (alrededor de 200, estimadas en un valor de $ 400.000.00) Peralta B. sostiene, en la segunda ampliación de la injurada, bajo la gravedad del juramento, que el teniente Rativa Melo y el agente Méndez le decomisaron las esmeraldas, de las que nunca volvió a saber.

Hubo una solicitud de cesación del procedimiento que fue despachada negativamente (auto de octubre 9 de 1987), determinación confirmada por el Tribunal (febrero 29 de 1988).

Con relación al número del apartado aéreo identificado en el papel que envolvía el estupefaciente encontrado en la billetera de Peralta B. resultó pertenecer a la Lotería de Chiquinquirá, pero este procesado manifestó que en dicho papel guardaba las esmeraldas y que lo había tomado de las oficinas de tal lotería, aclarando que tomó la hoja completa y no sólo la parte que aparece al folio 47.

El Juzgado Unico Especializado en mayo 23 de 1988 citó a audiencia por los trámites especiales de que trata la Ley 2ª de 1984 y, practicada esta diligencia el 8 de agosto del mismo año, sobrevinieron las sentencias condenatorias a que se hizo referencia *ab initio*.

La demanda:

Un sólo cargo se formula al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal "con fundamento en que (el Tribunal) incurrió en un *error de derecho*

ostensible al condenar al señor José Antonio Peralta Barrera por el delito tipificado en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. El sentenciador ha violado la legalidad de la prueba en su producción y en todas sus fases, por la forma como fue recogida y llevada o aducida o aportada al proceso. Y en esta forma infringió las normas reguladoras o rectoras o disciplinantes de las pruebas, en lo atinente a la observancia de la *ritualidad* de su producción o formación, lo que, como corolario, condujo al vicio de que tales probanzas no son regulares o conforme a derecho, son ilegales porque —se reitera— fueron desconocidos hasta los *presupuestos* de las mismas, en la operación de recogerlas, acarrearlas o llevarlas al proceso, con menosprecio de los modos previstos por la ley para que produzcan sus naturales efectos y practicadas sin la observancia de lo ordenado por las normas procesales que prescriben las ritualidades especificas que son de imperativo acatamiento para el juzgador y para la correcta formación de ellas".

La inspección judicial y la peritación (fls. 2 y 4) son pruebas ilegales, pues no se cumplieron los requisitos de producción de este tipo de pruebas, desconociéndose los artículos 78, 79, 80, 82 y 83 de la Ley 30 de 1986, igual que los artículos 263, 264, 265, 266, 269, 270, 271, 272 y 273 del Código de Procedimiento Penal. Según las normas primeramente citadas en las referidas diligencias ha debido intervenir un agente del Ministerio Público y un perito en estupefacientes; como no se hizo así, las pruebas son ilegales. No hubo entonces peritación, ni se produjo la identificación técnica de la droga.

Son también ilegales la inspección judicial de septiembre 23 de 1987 y de febrero 5 de 1988, por extemporánea, pues ellas han debido practicarse conforme lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 30 de 1986 que a su vez remite al artículo 290 del anterior Código de Procedimiento Penal, o sea al día siguiente de recibidas las diligencias por el funcionario, esto es, el 3 de septiembre.

El auto que dispuso la práctica de la prueba no expuso con claridad el objeto de la misma, ni el lugar, ni su fecha y hora extrañamente ello se hizo fue en el oficio dirigido al DAS y es un auto de "*Cúmplase*", cuando según principio universal "todo auto que decrete una prueba o diligencia probatoria, debe ser conocido por las partes para que puedan presenciar su producción y su práctica". Se infringieron así los artículos 164, 165, 176 y 263 del Código de Procedimiento Penal.

La inspección judicial no se practicó en presencia del agente del Ministerio Público del Juzgado Único Especializado del Magdalena, sino que actuó como agente especial la doctora Rosario Angulo Maestre, pero sin que la juez se hubiera dirigido a la Procuraduría Regional para que se le designara tal agente, el que actuó sin que se hubiera identificado con su C. de C. o su tarjeta profesional, sin haberse posesionado y sin que se le haya tomado el juramento de cumplir bien y fielmente con los deberes que el cargo le impone. Se violó así el artículo 79 de la Ley 30 y los artículos 266 a 276 y 262 a 265 del Código de Procedimiento Penal y concordantes.

Se encuentra también viciada esta diligencia porque el acta que la recoge no da cuenta que las sustancias estuvieran debidamente

aseguradas durante su permanencia en policía judicial, y la agente del Ministerio Público no dejó ninguna constancia sobre el estado que presentaban las bolsas, incumpliéndose así el artículo 83 de la Ley 30.

Se ignora la identificación del funcionario de policía judicial que hizo entrega de las sustancias objeto de inspección y peritación. Y ninguna explicación se da en el acta al hecho de que, pesada la sustancia, aparezcan 100 gramos menos. Se violaron así los artículos 151, 155, 259 y 264 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre la diligencia de febrero 5 de 1988, se critica lo ya dicho de su extemporaneidad y de que se dispone por auto de simple *"Cúmplase"*. También que cuando se practica la inspección sobre la papeleta encontrada en poder de Peralta B., la juez, con desparpajo, le sugiere al perito la respuesta, violando su deber de imparcialidad y con desconocimiento del artículo que prohíbe a los peritos emitir cualquier juicio de responsabilidad en el dictamen (art. 252 anterior C. de P. P. y 272 del actual). Se vulneró el artículo 273 sobre los cuestionarios que han de ser absueltos por el perito. La papeleta no se menciona en el acta de incautación y no aparece que hubiera sido lacrada y sellada. No se verificó la correspondiente identificación técnica (art. 78 de la Ley 30), ni tampoco fue sometida a la segunda inspección y peritación de que trata el artículo 79 *ibídem*.

Se incurrió en error de derecho al tener como válidamente "producidas, aducidas y rituadas las versiones rendidas por Luis Manuel Martínez, José Antonio Peralta y Diego Arellano Márquez". En las actas no consta las razones de urgencia o fuerza mayor para que la policía judicial las hubiera recepcionado. Y, así se estuviera ante una situación de flagrancia, la adución de la prueba es ilegal como quiera que al procesado no se le hizo saber sus derechos, no se le pidieron datos sobre la persona que debía enterarse de su aprehensión, no designó el defensor y por sustracción de materia la policía judicial no lo citó, y no se le nombró defensor de oficio.

Los abogados firmantes de las versiones lo hicieron en calidad de testigos y no como defensores, con lo que se desconocieron los artículos 334-7 y 403 del Código de Procedimiento Penal. Por ninguna parte aparece constancia de que se les hubiera juramentado en orden al cabal desempeño de los deberes de oficio.

"Los errores de derecho tienen, pues, envergadura y entidad bastantes para socavar los soportes probatorios del fallo que se impugna. Se violaron, pues, las disposiciones procesales rituarias y de producción de la prueba que aparecen enunciadas en la página 39 y que sería ocioso repetir ahora. Este quebranto sirvió de base y generó el error de juicio o decisión o *in judicando*, constituyendo aquel quebranto *errores de derecho* que influyeron en lo dispositivo del fallo.

"...La incidencia es clarísima: de no haber sido por el *error de derecho* que repercutió en la parte resolutiva del fallo, pues este se basó en las pruebas nulas o ilegales, el *sentido* de la sentencia hubiera sido absolutorio, por aplicación indebida de los artículos 33 de la Ley 30 de 1986, 23, 24, 61, 64, 67, 50, 52, 57, 66, 70, 68, 57 y 176 y concordantes del Código Penal".

Breves consideraciones de la Sala y la delegada:

1. Desde ya dígase que acierta el censor cuando se trata de señalar en el campo jurisprudencial y doctrinario lo que se ha entendido y entiende por error de derecho, dentro de la filosofía de la causal primera, cuerpo segundo de casación, pero desatina cuando de intrascendentes irregularidades presentadas en la marcha del proceso pretende levantar nulidades o inexistencias procesales con capacidad suficiente como para trocar la fundada sentencia de condena en absolutoria, dizque porque está de por medio un error *in judicando* en la decisión por haberse dado por demostrado un hecho sin la concurrencia de los medios que la ley declara eficaces e indispensables para la prueba del mismo.

El fondo de su alegación radica en que no obra aducida legalmente la demostración de que la sustancia decomisada en el taxi de marras y en el que se transportaban los procesados era o es estupefaciente y, así, ante la carencia de la imprescindible prueba técnica en tal sentido, ninguna labor probatoria cumple la prueba testimonial cualquiera que sea su número.

En tal orden de ideas ataca el "Acta que trata de la incautación de dos paquetes que contienen en su interior una sustancia blanca al parecer clorhidrato de cocaína", que fuera levantada por el jefe de la Policía Judicial, teniente Eduardo Rativa Melo, en septiembre 2 de 1987, refiriéndose a ella como si se tratara de una inspección judicial con todas las de la ley y con la respectiva peritación para sostener entonces que los requisitos propios de aquella y el experto de esta, brillan por su ausencia, igual que critica la no presencia del Ministerio Público.

Enorme disparate el del demandante pues la ley no obliga a que esa identificación sea practicada por un experto en estupefacientes y basta en tal sentido que un práctico en el asunto realice la prueba de narcotex, como así se hizo en el evento *sub exámine*. No se pretendía tampoco en sentido esto realizar una diligencia de inspección judicial, según claramente se desprende del contenido del artículo 78 de la Ley 30 de 1986. Recuérdese que se trata de una diligencia preliminar que busca también precisar cantidad y peso, señalar nombres y datos personales de quienes aparecieren vinculados al hecho y describir cualquier otra circunstancia útil a la investigación, cometidos estos que bien puede cumplir a satisfacción el jefe de la Policía Judicial.

Es verdad que el acta de incautación no refiere que hubiera estado presente un agente del Ministerio Público, pero reiterativamente la Corte ha sostenido que ello comporta una mera irregularidad, la que para el caso fue debidamente subsanada por la diligencia de septiembre 23 de 1987 cuando con la participación de la doctora Rosario Angulo Maestre, en representación del Ministerio Público y del perito Alfonso Merino Echeverría, se inspeccionó judicialmente la sustancia con resultado positivo para estupefaciente.

Ha dicho la Corte:

"La defensa sólo ha alegado y alega que la ausencia del procesado en el momento de efectuarse el decomiso de las sustancias encontradas en la habitación, desintegra la imputación y responsabilidad de éste, anotando como causales de nulidad constitucional que en el decomiso e investigación no se cumplieron estrictamente los requisitos determinados en los artículos 70 y 71 del Decreto 1188 —hoy Ley 30 de 1986, arts. 77 y ss.—, o sea, que la Policía Judicial al decomisar la cocaína y la marihuana, no realizó sobre esas sustancias 'inmediatamente' identificación pericial, ni intervino un agente del Ministerio Público, sin cuyos requisitos no podía enviar las diligencias al juez de instrucción, anotando que estos son los elementos objetivos del delito.

"La verdad es que la materialidad del ilícito y la imputabilidad y responsabilidad del procesado se probaron plenamente a lo largo del sumario y del juicio, pues si se admitiera que tales extremos deben acreditarse plenamente antes de abrirse investigación, sobraría esta" (M. p. Doctor Gustavo Gómez Velásquez, septiembre 9 de 1981).

"...Las razones expuestas..., tampoco confluyen a fundamentar la causal primera por error de derecho, por haberle dado un valor probatorio a la diligencia de incautación celebrada sin la presencia del agente del Ministerio Público... La omisión no es de entidad tal, para destruir la totalidad de la prueba máxime ante lo concluyente del dictamen pericial que examinó las sustancias decomisadas" (M. p. Doctor Lisandro Martínez Zúñiga, marzo 25 de 1987).

"En el caso concreto la inobservancia del artículo 70 del Decreto 1188 de 1974, no viola el derecho de defensa del procesado como lo pretende el casacionista, ya que en el curso de la investigación se practicó diligencia de inspección judicial, pesaje, identificación y destrucción del estupefaciente con intervención del señor Personero Delegado y la representante de la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Medicina Legal dictaminó que la sustancia incautada al procesado dio resultado positivo para cocaína al 96%. Además, en el momento de la incautación, las autoridades practicaron diligencia de identificación pericial de la sustancia, con resultados positivos. En tal virtud, la ausencia del representante del Ministerio Público en las diligencias preliminares constituye una simple irregularidad sin que por ello se pueda predicar violación al derecho de defensa ya que, se repite, durante el curso de la investigación se probó la materialidad del ilícito y la imputabilidad y responsabilidad del procesado" (M. p. Doctor Jorge Carreño Luengas, abril 25 de 1989).

2. Acierta la delegada cuando afirma que las críticas del casacionista en el sentido de que la extemporaneidad en la práctica de la diligencia de inspección judicial, la falta de notificación y demás censuras, unas no comportan sino meras irregularidades sin la trascendencia pretendida por el actor y, las otras, en rigor no consultan la realidad procesal.

"En vigencia el actual Código de Procedimiento Penal —dice el Ministerio Público— a la ocurrencia de los hechos, tiénese en conse-

cuencia la derogatoria de las normas procesales (Decreto 409 de 1971) a que se remite la Ley 30 de 1986. Por eso no es apropiada la cita hecha del artículo 79 de la ley de estupefacientes, pues como se observa esta disposición remite al artículo 290 del Código derogado que le fijaba al funcionario de policía judicial la obligación, cuando hubiera persona capturada de permitir la actuación inmediatamente o a más tardar dentro de las 24 horas siguientes al juez, quien a su vez al día siguiente de recibirlas practicaría la diligencia de inspección judicial.

"En la actualidad el Decreto 050 de 1987 estipula con toda claridad cuáles son las diligencias que debe y puede practicar la policía judicial encontrándose dentro de esas facultades: 'De conformidad con el Estatuto Nacional de Estupefacientes, proceder al decomiso y aprehensión de las sustancias y elementos a que se refiere aquel' —art. 334-8 C. de P. C.—; y avisar de inmediato o en la primera hora hábil del siguiente día al juez correspondiente para que este asuma directamente el conocimiento de la investigación - art. 335 ibídem—.

"No se observa en las nuevas disposiciones procesales un término perentorio dentro del cual el funcionario instructor deba practicar la inspección judicial; de ahí que no ofrezca solidez la censura de extemporaneidad —entre el inicio de la investigación y la práctica de las diligencias— 23 de septiembre de 1987 y 5 de febrero de 1988.

"Y si bien es cierto que en el primer experticio no participó el doctor Fandiño del Portillo, fiscal del juzgado, lo es también que esta prueba y la segunda se practicaron legalmente, pues no sobre recalcar que lo imperativo por la ley es que en dicha diligencia participe un representante del Ministerio Público y la doctora Rosario Angulo Maestre, como lo reconoce el mismo casacionista, se desempeñaba en la oficina de Policía Judicial en tal calidad, no sólo para este caso sino para las diligencias que se practicaran en esas dependencias".

Atina también la delegada cuando asegura que en cuanto se refiere al perito que intervino en la primera diligencia de inspección judicial para identificar la sustancia incautada, no son de recibo las críticas del demandante respecto de su falta de designación, posesión y juramento, pues por tratarse de un perito oficial en cumplimiento de sus funciones, descontado resulta que, en tales condiciones, puede derivársele responsabilidad penal de contrariar con su dictamen manifiestamente la ley. Es que debe entenderse, señala la Corte, que su juramento de cumplimiento del deber ya lo había pedido, cuanto tomó posesión del cargo, sin que sea menester estarlo reiterando cada vez que simplemente cumple con su función.

Otra cosa: para el demandante los autos ordenadores de las pruebas técnicas deben ser interlocutorios y como tal notificable, pero olvida el censor y bien se lo recuerda la Procuraduría que el trámite en el evento sub exámine *era el previsto en la Ley 2ª de 1984 y es el artículo 14 de este estatuto el que manda que el auto cabeza de proceso y el de reapertura de la investigación sean de sustanciación, siendo en estos donde se ordenaron las inspecciones judiciales criticadas por el impugnante.*

Alejada de la realidad es la afirmación de que la juez fue infiel a su obligación de imparcialidad y que hubiera sugerido la respuesta al perito al ordenar y practicar la inspección judicial sobre la papeleta encontrada en poder de Peralta B. Basta en tal sentido observar el auto de enero 29 de 1988 donde se dispuso la diligencia en cuestión y su realización en frebero 5, para que se aprecie que la funcionaria se limitó a cumplir con su deber y a señalar cómo se había encontrado la sustancia objeto del peritaje, sin comprometer jamás la responsabilidad del procesado o sugerir respuesta de responsabilidad al experto.

Es apegarse con exceso al formulismo, reducir como lo hace el impugnante los cuestionarios a que alude el artículo 273 del Código de Procedimiento Penal a que estos irremediablemente so pena de nulidad y en todos los casos tengan que hacerse por auto separado y titulándose en tal sentido, y que no pueda aceptarse que habrá eventos en los cuales, como en el caso presente, basta la formulación concreta del interrogante que interesa a la investigación al experto para que éste lo absuelva y que logrado este propósito el cometido o la diligencia se haya cumplido cabalmente. En casos así es donde ha dicho la Corte que oponer el formulismo a la esencia del derecho es tanto como hacer bizantismo en contra de la equidad. Se debe renunciar a rendir pleitesía a la forma, en la obligada búsqueda del contenido que es cuanto verdaderamente importa.

Y se aleja también de la realidad procesal el censor cuando asegura la ausencia de un segundo experticio, pues al folio 87 del segundo cuaderno ordinal obra el examen practicado por el Instituto de Medicina Legal que da cuenta de resultado positivo para cocaína en la sustancia hallada en poder del hoy condenado Peralta Barrera.

Finalmente, es cierto que en la práctica de la diligencia de inspección de septiembre 23 de 1987, no se identificó por su nombre al funcionario de policía que puso a disposición la sustancia objeto de prueba, pero se dijo que se trataba del jefe de Policía Judicial; no era pues ningún desconocido. Que la agente del Ministerio Público no hubiera dejado la constancia a que alude el artículo 83 de la Ley 30, en el sentido de que los paquetes, bultos o empaques se encontraban inalterados, es una mera informalidad, si acaso, porque de todas maneras ella firmó el acta y allí se dice que aquellos se encontraron "forrados y sellados con esparadrapo y con los sellos de la Policía Judicial". *Ahora, que no se encuentra explicación al hecho de que, pesada la sustancia, sólo aparezcan 1.680 gramos, la verdad es que este asunto fue debatido suficientemente en las instancias y en ellas se hizo ver que, ese peso, era el neto y no el bruto como cuando se pesó con empaques y todo dio los 1.800 gramos, a más de que estos no eran exactos, sino simplemente un peso aproximado. Y es más: esa circunstancia nada quita ni pone al hecho irrebatible de que la sustancia decomisada era cocaína y a la prueba de responsabilidad que gravita incontrastable contra los condenados.*

Como desde tiempo atrás lo ha señalado la Corte: "Raros son los procesos en que no se advierte alguna informalidad en su tramitación. Pero no todo descuido que se descubra en ellos los convierte en inválidos. Solamente en los casos previstos en la ley puede ser

declarada la nulidad, y también, muy excepcionalmente, cuando las informalidades son tan graves que bien puede decirse que al delincuente se le juzgó con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la república" (febrero 5 de 1947, noviembre 8 de 1962).

3. Nada tiene la Corte que agregar a la atinada respuesta del Procurador Segundo Delegado en lo penal al ataque del censor a las versiones rendidas ante la Policía Judicial, si no se quiere caer en redundancia. Así dice, pues, la delegada:

"Las versiones que cada uno de los procesados rindieron en Policía Judicial, se tachan por no haber estado asistidas por apoderado, a más de no existir los motivos de urgencia o fuerza mayor para tal proceder, privándose igualmente a los aprehendidos de los derechos previstos en el artículo 403 del Código de Procedimiento Penal.

"Ahora bien, así los abogados Armando Castillo Castillo y Dorca González Pérez, firmen las respectivas actas como 'testigos', lo cierto es que su actuación correspondió a la de un apoderado que presencia el interrogatorio formulado por el funcionario de Policía Judicial, esto es así, pues obsérvese como la misma doctora Dorca González firma en calidad de abogada la versión de Arellano Márquez, identificándose desde el inicio con la tarjeta profesional como lo hizo también su colega.

"Es que además, ninguna anormalidad refleja la actuación de estos profesionales en las citadas diligencias, al punto que inspiraron confianza en Arellano y Peralta, procediendo ese mismo día a suscribir los correspondientes para que aquellos los representen judicialmente".

No prospera el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, ya señalado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Juan Manuel Torres Fresneda, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

IMPEDIMENTO

Que alguno de los sujetos procesales sea apoderado o defensor del juzgador, no tiene por qué comportar la virtualidad de que éste se parcialice

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiocho de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 58.

Resuelve la Sala el impedimento manifestado por los doctores Aida Rangel Quintero y Abelardo Rivera Llano, magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que por los delitos de hurto y concierto para delinquir se adelanta respecto de *José Amado Aponte Amaya y otros.*

Se considera:

1. Mediante auto calificatorio de 23 de agosto de 1989 el Juzgado Treinta y Dos de Instrucción Criminal de Bogotá profirió resolución acusatoria contra José Amado Aponte Amaya, y otros sindicados, por los delitos arriba mencionados.

Ya en proceso en el Juzgado Cuarto Superior, el defensor de Aponte Amaya, doctor Edgar Lombana Trujillo, solicitó la nulidad del susodicho auto, la cual fue negada mediante proveído de 18 de abril (fls. 378 y ss.), contra el cual interpuso los recursos de reposición y subsidiariamente apelación, habiéndole sido negado el primero y concedido el último. Recibido el expediente en el Tribunal, los magistrados Aída Rangel Quintero (ponente) y Abelardo Rivera Llano se declararon impedidos para conocer del mismo, al amparo del numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debido a que el referido abogado recurrente ejerce "el cargo de apoderado de los suscritos dentro de otro asunto penal que en contra nuestra cursa actualmente ante la honorable Corte Suprema de Justicia".

Aclaran que si bien es cierto no se trata de la causal prevista en dicha disposición ("haber sido el juez o magistrado apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales"), sino de una "situación inversa" a la misma, de todos modos procede, dada la relación contractual que subsiste entre ellos y el defensor, y que "la ley ha querido que un juez o magistrado no llegue a quedar colocado en posición

propicia para parcializarse en favor de algún sujeto procesal, por haber sido éste anteriormente su cliente profesional, con mayor razón debe pensarse que al legislador le interesa que el cliente de un abogado no pueda decidir, como juez, un caso en el cual ese mandatario también tiene interés..." (fls. 5-3).

El expediente pasó al magistrado Marino Alberto Rodríguez Muñoz, quien en Sala integrada con los magistrados Gloria Segovia Quintero y Julio E. Socha Salamanca, resolvió no aceptar el impedimento, por estimar que "las causales de impedimento son taxativas y están descritas en la ley procedimental con tal claridad que no es posible su distorsión a título interpretativo. Y mucho menos tratar de hacer valer cualesquiera de ellas frente a una situación totalmente 'inversa' a la propia de la descripción de la respectiva norma, porque entonces ya no se trata de interpretar el sentido de la ley y sus alcances, sino de legislar para crear motivos de impedimento no previstos en ella".

Y agrega la Sala de Decisión:

"Pero la ley no reconoce que pueda afectar subjetivamente al juez el hecho de que el abogado que lo representa en proceso seguido en su contra, sea a la vez defensor de personas incriminadas dentro de indagación de la cual el funcionario esté llamado a conocer en cumplimiento de su labor".

2. En verdad, el impedimento aducido no puede admitirse: *tiene soporte lógico y razonable la consideración concerniente a que si el juzgador se ha desempeñado como apoderado o defensor de un sujeto procesal, trate de sacar avante, en el mismo proceso en que antes ejercía tal función de litigante, las tesis que allí sostuvo y defendió: de ahí que resulte del todo atendible y conveniente la causal de impedimento que en ese sentido consagra el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.*

Dijo al respecto la Sala en auto de 30 de agosto de 1988 (Mag. ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez):

"El otro aparte de la norma que se comenta, esto es, el 'haber sido el juez o magistrado apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales', conserva el carácter jurisprudencial que la Corte tradicionalmente le ha dado, o sea que se busca con ello evitar que el criterio del funcionario se vea comprometido 'por interés de índole intelectual de sacar avante, como juez, la concepción jurídica que del caso se tuvo como litigante', obviamente referido el asunto al proceso del que ahora le toca conocer, y sólo a él..."

En cambio, que alguno de los sujetos procesales sea apoderado o defensor del juzgador (hipótesis inversa a la anterior que contempla la ley), no tiene por qué comportar, de suyo y en principio, la virtualidad de que éste se parcialice y, en consecuencia, exista fundada probabilidad de que decida "en su favor". Ni tampoco esta situación que se examina es idónea por sí misma para sembrar la desconfianza en los demás sujetos procesales ni en la ciudadanía en general sobre la rectitud y eficacia de la administración de justicia, que es la garantía democrática que se pretende tutelar con estas instituciones de los impedimentos y recusaciones.

Cosa distinta es que la comentada "relación contractual" entrañe una amistad íntima entre el sujeto procesal y su "cliente" (juez o magistrado), o bien que la misma derive en un vínculo de deudor-acreedor, hipótesis ambas que conforman otras causales de impedimento, que no fueron aducidas ni sugeridas aquí.

Así las cosas, a esta causal de "haber sido el juez o magistrado apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales", no se le puede "dar la vuelta" o aplicarla "a la inversa", como lo hicieron en este caso los magistrados, ya que procediendo de esta manera desaparece el fundamento de la causal, que consiste, como se vio, en el "compromiso jurídico" del juzgador en el asunto que le corresponde resolver.

En el orden de ideas planteado, el impedimento se rechazará.

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

Resuelve:

Declarar infundado el impedimento aducido por los doctores Aída Rangel Quintero y Abelardo Rivera Llano, magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quienes, en consecuencia, deberán conocer del presente asunto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

INASISTENCIA ALIMENTARIA. COLISION DE COMPETENCIA

El delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente y exige querella de parte, que sólo existe cuando esta se ha ratificado bajo la gravedad del juramento, requisito para fijar la competencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 59.

Vistos:

El 16 de agosto de 1989, *Diomelba Arias Cristancho*, dirige un escrito al Juez Penal Municipal de Cúcuta —reparto—, en el que le hace saber que *Pablo Antonio Monsalve Vargas*, padre de la menor *Deysi Yolima*, ha venido incumpliendo con la cuota alimentaria, hasta el punto de que, para tal fecha, adeudaba la cantidad de cuarenta y siete mil quinientos pesos ($ 47.500.00) y a pesar de que estaba en condiciones económicas aptas para cumplir con su obligación legal. Al escrito, en el que la señora madre de la menor afirma que reside en la calle 19, avenida 2ª, número 2-03, Buenos Aires, se adjunta una constancia del Juzgado Segundo Promiscuo de Menores del Círculo de Cúcuta, en el sentido de que efectivamente esa es la cantidad que adeuda Monsalve V. por tal concepto.

El Juzgado Séptimo Penal Municipal, al que correspondió por reparto el asunto, el 23 de agosto de 1989, de una vez dispuso la apertura de sumario. Y, el 18 de septiembre oyó en diligencia de "ampliación y ratificación de denuncia" a Diamelba Arias C. y allí, entre otras cosas, dice que vive con sus menores hijas en Bucaramanga, en la calle 1ª número 1-06, Barrio Regader". El 11 de diciembre de aquel año, se presentó la misma señora al mismo juzgado, para aclarar su querella, en el sentido de que "yo resido en la ciudad de Bucaramanga, en la calle 1ª número 1-06, Barrio Regadero". Entonces, el juzgado dispone remitir el expediente, por competencia, al Juzgado Penal Municipal, reparto, de esta ciudad capital.

El 18 de mayo de 1990, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Bucaramanga, al que correspondieron las diligencias por reparto, resuelve provocarle colisión negativa de competencia al Séptimo Penal Municipal de Cúcuta, con base en lo siguiente:

"...En el evento subanálisis, de la lectura sumarial se extrae que la señora Diamelba Arias Cristancho cuando colocó la denuncia residía en la ciudad de Cúcuta en la calle 19, avenida 2ª número 2-03, Buenos Aires, hasta el punto de haber iniciado los procesos alimentarios ante el Juez Promiscuo de Menores de esa ciudad (hoy Juzgado Promiscuo de Familia) y el punible contra la asistencia alimentaria de su otra menor hija Shirley Johana en el Juzgado Segundo Penal Municipal. Posteriormente, se traslada a la ciudad de Bucaramanga para residir en la calle 1ª número 1-06, Barrio Regadero.

"De los anteriores prenotados, concluyese que el proceso consumativo de la infracción penal se inició en la ciudad de Cúcuta, permaneciendo en el tiempo dada la naturaleza del ilícito, es decir, continuando en la ciudad de Bucaramanga, sin que pueda por ello afirmarse que por el traslado a esta última región del país de la querellante y sus menores hijas surjan dos hechos independientes, dado que la conducta permanece en el tiempo y se trata de un solo injusto típico y por ende, se varíe la competencia territorial cada vez que la representante legal de los menores cambie de residencia.

"Ahora bien, si el hecho punible se realizó en varios stios (Bucaramanga y Cúcuta) por permanecer en el tiempo, de acuerdo a la normativa del artículo 75 del Código de Procedimiento Penal que consagra la competencia a prevención, el juez competente para conocer de esta diligencias, es el Juez Penal Municipal de Cúcuta (Norte de Santander), por razón de la naturaleza del hecho del territorio (sic) en el cual se formule la denuncia o el que primero haya iniciado la investigación".

El Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta, en determinación de julio 21 de 1990, resuelve *no aceptar* la competencia negativa provocada por el Juez Décimo Penal Municipal de Bucaramanga, Santander, y en consecuencia no aprehender el conocimiento de estas diligencias" y "*ordenar* que, en firme este auto, se envíe el expediente al Tribunal Disciplinario, para que dirima la competencia". Fueron fundamentos de su decisión los siguientes:

"Ciertamente que en el Juzgado Segundo Penal Municipal de esta ciudad, se adelanta un proceso de inasistencia alimentaria, de su menor hija Shirley Johana y se concluye que para este proceso hubo una sentencia del juzgado de menores, pero también es cierto que la denunciante es clara en su ampliación de denuncia, cuando dice que al iniciarse el proceso en el Juzgado Segundo Penal Municipal de esta ciudad, se estaba tramitando un proceso en el juzgado de menores para que Pablo Antonio Monsalve Vargas, reconociera su otra hija Deysi Yolima Monsalve Arias, lo cual sucedió más tarde; luego entonces, hubo otra sentencia del Juzgado de Menores, en la cual le imponían otra cuota de cinco mil pesos, por concepto de alimentos, para su hija Deysi Yolima. Luego entonces, se ocasionó la lesión de un nuevo bien jurídico, como es el que se produjo en un momento dado, es decir, al no dar alimentos a su hija Deysi Yolima, y como se puede observar se ha prolongado en el tiempo, y no ha dado cumplimiento hasta la fecha, por esta misma razón ha sido permanente.

"Ahora bien, en su ampliación de la denuncia dice Diamelba Arias Cristancho, que ella reside en la ciudad de Bucaramanga, en la calle 1ª número 1-06 del Barrio Regadero, y aún más, esta misma denunciante cuando se presenta en el Juzgado Segundo Penal Municipal de esta ciudad, da esta misma dirección, es decir, calle 1ª número 1-06, Barrio Regadero, luego entonces, la señora denunciante no se trasladó a la ciudad de Bucaramanga, sino que residía allí, tal como se puede observar en el oficio número 504 del Juzgado Penal Municipal de esta ciudad; que no se aclaró el por qué formulaba la denuncia en esta ciudad de Cúcuta, es otra cosa, pero lo cierto es que cuando se inició el proceso en este juzgado, ya la denunciante Diamelba Arias Cristancho, residía en la ciudad de Bucaramanga.

"También el Código del Menor, Decreto 2737 de noviembre 27 de 1989, en su artículo 271, dice que el juez competente es el del lugar de residencia del titular del derecho, como en el presente caso es Diamelba Arias Cristancho".

Breves consideraciones de la Sala:

1. Conviene, prima facie, *señalar que, tanto doctrina como jurisprudencia, son pacíficas en sostener que el delito de inasistencia familiar es de carácter* permanente, *como quiera que su comisión permanece hasta cuando se ejecute la prestación debida, dependiendo del culpable hacer cesar el estado de permanencia, lo que sucede en el momento mismo en que realice la conducta a que está obligado. Es, igualmente, un ilícito de los conocidos como* propios de omisión, *pues, paradójicamente, hay un no hacer al incumplirse la obligación impuesta por la ley.*

Para lo que viene al caso, el artículo 13 del Código Penal, señala que el hecho punible se considera realizado en el lugar donde debió cumplirse la acción omitida. Pues bien, ese lugar es tanto la ciudad de Cúcuta como la de Bucaramanga porque la madre vivió con la menor en una y otra localidad y, en ninguna de ellas, Pablo Antonio Monsalve Vargas cumplió con su obligación alimentaria. Lo anterior significa también que el delito fue perfecto en Cúcuta, esto es, que allí se consumó, igual que continuó siéndolo en Bucaramanga; de ahí su condición de permanente.

Pero el meollo del asunto no es saber donde se consumó, sino quién es el competente para conocer del delito de inasistencia alimentaria y dado que la ley ordena —artículo 271, Código del Menor, Decreto 2737 de 1989— que conozca de él el juez municipal de la residencia del titular del derecho y habida consideración también de lo mandado por el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal en el sentido de que la ley que determine la competencia se aplicará desde que entre a regir, para el caso marzo 1º de 1990.

Se ha entendido, con razón, que esa residencia del titular del derecho —establecida con el objeto de favorecer a la parte desvalida—, es al momento de la presentación de la querella, pues no es de recibo que fenómeno jurídico tan trascendental como la competen-

cia esté variando, según los desplazamientos de residencia que, por los inconvenientes económicos mismos o factores de otra índole, haya de soportar el titular del derecho o su representante legal.

2. El fenómeno de la competencia a prevención (art. 75 Código de Procedimiento Penal) sí es aplicable en estas materias, pues dado el carácter de permanente del ilícito de que se trata, bien puede, como quedó visto, realizarse, consumarse en varios sitios, en todos los cuales pudo haberse formulado la querella y ser en su momento la residencia del titular del derecho, resultando claro que, en tal evento, el juez competente será aquel en que primero se formule aquella. Para el caso sub examine, esa solución, que es la que presenta el Juez Décimo Penal Municipal de Bucaramanga, no es acertada, pero simplemente porque uno de los requisitos del conocimiento a prevención no se da, cual es el de que en esta ciudad no se presentó querella y, así, verdad de Perogrullo, no hay lugar a decir cuál fue primero.

3. En el caso sub judice, cuando se presentó el escrito de querella —agosto 16 de 1989—, se señaló como ciudad de residencia Cúcuta y, cuando la diligencia de ratificación y ampliación de aquel —septiembre 18 de 1989—, el sitio de residencia se ubicó en la localidad de Bucaramanga.

Pues bien, el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, dispone:

"Querella y petición. Cuando la ley exija querella o petición especial para iniciar el proceso, bastará que quien tenga derecho a presentarla formule la respectiva denuncia ante la autoridad competente".

A, su turno, el artículo 21 ibidem, ordena, entre otras cosas, que "la denuncia se hará bajo juramento". Aquí, extrañamente, obrando sólo el escrito de demanda, sin ratificación alguna bajo tal solemnidad, se destinó la apertura de la investigación penal y sólo después se cumplió con la exigencia del juramento. Eventos habrá en los cuales el requisito de la denuncia juramentada no se exija por lo que la investigación puede marchar oficiosamente; pero, en casos como el presente, la apertura de la averiguación no es procedente, sin la ratificación de la querella bajo la gravedad del juramento. Se puede afirmar entonces válidamente que stricto sensu sólo existe jurídicamente la querella, cuando el escrito contentivo de la misma ha sido ratificado bajo la solemnidad que se comenta.

Así las cosas, la aquí presentada sólo tuvo vida jurídica cuando ya el titular del derecho residía en la ciudad de Bucaramanga, deviniendo, entonces, por imperio de la ley, que el competente para conocer del presente asunto es el Juez Décimo Penal Municipal de la capital de Santander.

4. Finalmente, una vez más debe la Corte señalar que, cuando se provoca colisión de competencia negativa, el juzgado provocado —que obviamente es aquel a quien se atribuye por el provocador la facultad para conocer del asunto—, cuando no se considera competente, está en la obligación legal de aceptar el conflicto y de enviar las diligencias a la autoridad facultada para dirimir la colisión. Re-

fulge, entonces, que, en tal evento, expresiones como "no aceptar la colisión", cuando es un hecho que el conflicto está trabado, o "no aceptar la competencia negativa provocada", cuando patentemente lo que provoca es el conflicto, para el caso de que no se acepte la competencia, son absurdas, contradictorias. Igualmente es tremendo disparate afirmar que las diligencias se envían para que "se dirima la competencia", pues lo que en realidad se dirime, esto es, se anula, termina, disuelve, es el conflicto, determinándose el funcionario competente para conocer del expediente.

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

Resuelve:

1. *Asignar* al Juez Décimo Penal Municipal de Bucaramanga, Santander, la competencia para conocer de este asunto.

2. *Envíese*, por la Secretaría de la Sala, copia de esta providencia al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cúcuta, Norte de Santander, para lo de ley.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

INDULTO

La Ley 77 de 1989 exige como condición para iniciar el trámite de la cesación, la solicitud expresa y el rito previo administrativo que culmina con la integración de listas destinadas a los respectivos Tribunales Superiores

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda*

Aprobado Acta número 59.

Vistos:

Por auto de mayo 9 próximo anterior emanado del Tribunal Superior de Orden Público, se denegó al procesado *Walter Triviño Gómez* la cesación de procedimiento intentada con aplicación de la Ley 77 de 1989.

Contra esta decisión interpuso el defensor del acusado recurso de apelación, petición sobre la cual se ha pronunciado adversamente el señor Procurador Primero Delegado en lo penal.

Hechos:

El procesado fue aprehendido el 2 de junio de 1989 en el sector de la avenida 2ª norte con calle 70 de la ciudad de Cali, cuando discutía con el conductor de un bus de servicio público, al descubrirse que ninguna autorización le asistía para usar el uniforme camuflado de las fuerzas militares que vestía, portar una subametralladora con 13 cartuchos calibre 9 milímetros, ni exhibir dos documentos de identificación militar que luego se demostrarían falsos. Tampoco el vehículo Mazda en el cual se movilizaba el procesado resultó de lícita procedencia, pues se trataba de automotor hurtado con violencia el día anterior a los ciudadanos Dimas Camacho y Edilberto Muñoz, quienes perdieron dentro de las mismas circunstancias dinero, joyas y electrodomésticos.

Actuación procesal:

1. El acusado señor Triviño Gómez resultó condenado mediante fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Quinto de Orden Público de Cali a la pena principal de 15 años de prisión y 50 salarios mínimos de multa como autor responsable de los delitos de fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas militares,

utilización ilegal de uniformes militares, falsedad personal, hurto calificado y lesiones personales culposas, delito este último protagonizado al provocar el volcamiento del vehículo en que se le conducía, en un esfuerzo por eludir la retención.

2. Contra la sentencia interpuso el defensor recurso de apelación, interrumpiendo luego el trámite de la instancia ante el Tribunal de Orden Público con la solicitud de cesación de procedimiento, petición en la que se afirma la afiliación del procesado al Movimiento 19 de Abril y su propósito de acogerse a los beneficios de la Ley 77 de 1989, mediante su reintegro a la vida civil.

3. Al resolver sobre el anterior pedimento, y sin que obrara en el proceso prueba que así lo acreditase, afirmó el Tribunal que el solicitante hacía parte de la lista de integrantes del antecitado grupo. Sólo que al concluir no se perseguían en la actuación delitos políticos, ni se mostraba conexidad entre los hechos del debate y aquella clase de infracciones, denegó la cesación pedida.

4. Al exponer los motivos de su inconformidad, el recurrente sostuvo que el silencio del procesado sobre su vinculación rebelde obedecía precisamente a la estrategia del grupo para no reivindicar acciones que pudiesen repercutirle en riesgo político, silencio que estimó ahora superado por la aparición del procesado en la lista oficial de integrantes de la agrupación, y que para suplir la posible falta de pruebas sobre el nexo entre la acción desarrollada y el delito de rebelión, aportaba certificación expedida por el líder máximo del movimiento, en la cual se asumía que la conducta protagonizada por Triviño Gómez había sido ordenada por esa organización.

5. Al descorrer traslado, el señor Procurador Primero Delegado ha expresado su criterio favorable a la confirmación del auto recurrido, insistiendo en que no se persigue en autos conducta que pueda valorarse como delito político, como tampoco media vínculo de conexidad entre los comportamientos motivo de la acusación, y aquella clase de infracciones.

No suple esas deficiencias, añade, la certificación expedida por el líder del movimiento, a la cual se atiene el apelante, pues por las contradicciones que en modo, no se varía la realidad que muestra el expediente.

Consideraciones:

1. La Ley 77 de 22 de diciembre de 1989 a la cual se atiene el recurrente, prevee a la par con el indulto, la cesación de procedimiento en favor de los nacionales colombianos actores o cómplices de delitos políticos (rebelión, sedición, asonada y sus conexos) cometidos antes de su vigencia, que a juicio del gobierno hayan demostrado inequívoco propósito de reincorporación a la vida civil, siempre y cuando se hallen procesados, y sin que en el trámite respectivo se haya proferido aún sentencia.

La antecitada ley sólo exceptúa de las cesaciones los delitos de homicidio cometidos fuera de combate, con sevicia o colocando a la

víctima en estado de indefensión, los actos de ferocidad y barbarie, y a quienes hagan parte de organizaciones terroristas.

2. Como condición para iniciar el trámite de la cesación, el cual implica ya consecuencias importantes como la suspensión del proceso y de las órdenes de captura, exige que el beneficiario, quien debe presentar solicitud expresa como que no se trata de un derecho de otorgamiento oficioso, ha de pertenecer a organización rebelde "que a juicio del gobierno haya demostrado voluntad de reincorporación a la vida civil", y para acreditarlo, dispone un rito previo administrativo que culmina con la integración de listas destinadas a los respectivos Tribunales Superiores, en las cuales radica la competencia para el pronunciamiento de primera instancia.

Para el caso en que el interesado no aparezca como integrante de aquellos listados, precisa el artículo 9º del Decreto 206 de 1990 que la opción del respectivo Tribunal se limita a indicarle que su petición debe dirigirse previamente al gobierno, a fin de que éste certifique su habilidad para la solicitud del beneficio.

3. Consultando la actuación cumplida en el Tribunal de origen, halla la Corte que al pedimento formulado mediante apoderado especial por parte del procesado, siguió el reconocimiento de personería y enseguida el pronunciamiento que se recurre, sin que previamente se hubiese allegado la prueba idónea de inclusión del procesado señor Triviño Gómez en el listado oficial, omisión que en modo alguno suplen la certificación del dirigente máximo del M-19, la copia de la constancia expedida por el responsable del comando superior de ese grupo, ni la copia de la constancia expedida por el consejero presidencial (fls. 39 a 41 del cuaderno del Tribunal) agregadas por el recurrente con el escrito de sustentación, como que la exigida por la ley es una prueba calificada, exclusivamente proveniente del Gobierno Nacional, y, como queda dicho, surgida de un trámite y valoración privativos del ente oficial.

Si, como queda expuesto, la decisión materia de la alzada se produjo sin que constase en el expediente cumplido el requisito que de manera expresa demanda la ley para la iniciación del trámite que se define, no otra solución asoma posible que la de inhibir un pronunciamiento que resuelva la instancia, discrepando por ello ahora del criterio fiscal.

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

Resuelve:

Inhibirse de revisar la decisión motivo de la instancia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PREVARICATO

No le compete al juzgador, aplicador o intérprete de la ley, resolver la bondad de la norma legal, pues ello es tarea del legislador

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 56 de agosto 22 de 1990.

Por apelación, revisa la Sala el auto de 2 de febrero último, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver la situación jurídica de la doctora *Luz Amparo Leaño Castellanos*, Juez Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá, dictó contra ella auto de detención por el delito de prevaricato activo previsto en el artículo 149 del Código Penal.

Antecedentes:

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá, en sentencia de 4 de julio de 1985, absolvió a Francisco Daza Bueno, Angel María Valencia Manzanares y Orlando Gómez Reyes, del delito de hurto por el cual se les procesó.

Por consulta, conoció de esa providencia el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito, a cargo de la doctora Luz Amparo Leaño Castellanos, despacho que, en sentencia de 24 de febrero de 1986, revocó dicho pronunciamiento y condenó a los acusados a 24 meses de prisión, negándoles, a la vez, el subrogado de la condena de ejecución condicional previsto en el artículo 68 del Código Penal, sobre la base de que "los procesados sí requieren tratamiento penitenciario" (fl. 13).

El 7 de octubre de 1987 fue capturado el condenado Gómez Reyes cuando se disponía a obtener pasaporte, motivo por el cual constituyó abogado de confianza, quien solicitó la libertad para su defendido por ser acreedor a la condena de ejecución condicional, pronunciándose adversamente el Juzgado Segundo, por estimar que "la única oportunidad procesal para considerar la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia, conforme con el artículo 68 del Código Penal, es la sentencia de primera, segunda o única instancias" y que "después de ejecutoriada la sentencia no es posible volver sobre el tema de la condena condicional" (fl. 22).

Contra ese proveído fue interpuesto el recurso de apelación, argumentando el recurrente que "en el presente caso se reúnen a cabalidad los presupuestos del artículo 68 del Código Penal" (fl. 24). La fiscalía conceptuó que no era posible acceder a esa petición, pero el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá "reconsideró" la negativa del subrogado, la que estimó como "un error", porque en el fallo "en forma alguna se analizó la personalidad de los condenados y apriorísticamente se tomó esa determinación, posiblemente dado el cúmulo de trabajo que existía para esa época", y, luego de hacer las precisiones de rigor, concedió el subrogado a Gómez Reyes y su consecuente libertad (fls. 32 y ss.).

Devuelto el proceso, el Juzgado Segundo dictó auto de 27 de marzo de 1989, en el cual, luego de hacer un recuento de lo ocurrido, consideró que el auto del *ad quem* que concedió el subrogado podría ser prevaricador, expidiendo entonces copia de lo pertinente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que abrió investigación, escuchó en indagatoria a la juez sindicada y en declaración jurada a los empleados del Juzgado Dieciocho, procediendo luego por auto de 2 de febrero del año en curso a definir la situación jurídica de la doctora Leaño Castellanos con auto de detención por el delito de prevaricato que contempla el artículo 149 del Código Penal.

En esencia, estimó esa Corporación que la "única oportunidad" para otorgar el subrogado de la condena de ejecución condicional es la sentencia, cuestión conocida por la juez, no obstante lo cual, violando el mandato legal, concedió el sustituto en oportunidad posterior y cuando ya el fallo de condena se encontraba ejecutoriado. Se dice en dicho proveído que al conocer la sindicada esa situación y admitir que se había equivocado al no otorgar en la sentencia el subrogado, siendo este de recibo, es cosa que "está demostrando inequívocamente la voluntad manifiesta de contrariar la ley; no es por ignorancia de ella, ni error en la interpretación que bien pudiera quitarle el carácter doloso a su actuación ilícita" (fl. 81).

La acusada dio poder, y su abogado apeló el auto de detención, argumentando sustancialmente que "el error no puede generar el dolo propio del delito de prevaricato". Luego, en sus alegaciones ante la Corte, reitera que el dolo no puede presumirse sino que debe demostrarse, exigencia que está ausente en el auto impugnado, y que el señor juez "conocedor del derecho", no está exento de errar en la interpretación y aplicación de la ley, máxime en este caso en que la acusada se apoyó en el criterio de tres magistrados de la Corte que salvaron voto y manifestaron —concretamente el doctor Alfonso Reyes Echandía— que el subrogado de la condena de ejecución condicional podía concederse con posterioridad a la sentencia, sin que ello implique una "modificación" de la misma.

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal estima que el auto debe ser confirmado, ya que es "contrario a la ley". "El salvamento de voto del doctor Reyes Echandía no lo cita en el auto —dice—; el tema de la procedencia de la petición no lo aborda, lo elude, pero

como es consciente de la violación de la ley, la explicación que no pudo dar en la providencia, la utilizó en la indagatoria, en donde es igualmente inaceptable".

Se considera:

El artículo 68 del Código Penal es del siguiente tenor:

> *"En la sentencia condenatoria de primera, segunda o única instancia, el juez podrá, de oficio o a petición de interesado, suspender la ejecución por un período de prueba de dos (2) a cinco (5) años..."*

De dicho texto emerge claro que es la sentencia *el momento o acto procesal donde se puede otorgar dicho sustituto. El artículo no lo dice, pero ya la Corte ha admitido que también en la sentencia de casación es dable conceder la condena de ejecución condicional, pues como* derecho *que la misma es, puede ser desconocido, y entonces esa violación de la ley sustantiva se permite reparar a través del citado recurso extraordinario.*

En este caso, el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá, actuando como *ad quem*, dijo sobre el tema en la sentencia:

"Finalmente, considera el juzgado que los condenados (hoy) Francisco Daza Bueno, Angel María Manzanares y Orlando Gómez Reyes no se hacen acreedores al beneficio de la ejecución condicional de la condena, pues no obstante que la pena impuesta es inferior a tres años de prisión, el segundo requisito del artículo 68 del Código Penal no se reúne por considerar el juzgado que los procesados sí requieren tratamiento penitenciario y en consecuencia se ordenará su captura para hacer efectiva la condena" (fl. 13).

Lo primero que surge claro es la ausencia de motivación de ese considerando, ya que no se dijo, en mínima parte, por qué los procesados requerían "tratamiento penitenciario".

Pero ya ejecutoriada la sentencia el examen de la procedencia del subrogado no es posible por haber precluído el proceso y haber cobrado el fallo las notas de inmutabilidad y definitividad inherentes a la cosa juzgada; de esto se percató claramente la juez sindicada, tal como se lee en el auto que se tilda de prevaricante:

"Como lo aduce el señor juez *a quo* y nuestra colaboradora fiscal, se ha producido un fallo *el cual debe acatarse* por aquello de *'dura lex, sed lex'*. Sin embargo, es de humanos fallar y por ende nunca es tarde para enderezar lo que presumimos se encuentra torcido. Primeramente porque este aspecto no es el principal de la sentencia sino secundario. Además, en forma alguna se analizó la personalidad de los condenados y apriorísticamente se tomó esa determinación, posiblemente por el cúmulo de trabajo que existía para esa época" (fl. 32, se subraya).

Valga entonces señalar que la juez, no obstante saber que debía respetar lo resuelto en fallo ejecutoriado, procedió en forma ostensiblemente opuesta, pues "desarchivó" el proceso y —esta vez sí moti-

vadamente— concedió el subrogado al condenado Orlando Gómez Reyes: no puede negarse que de ahí dimana con razón el reproche por dolo del prevaricato, como se consignó en el auto recurrido: "La juez tenía que conocer el precepto y la claridad del mismo (art. 68 del C. P.) por ser abogada y tener experiencia judicial" (fl. 81).

Tal es, pues, el dolo en el prevaricato descrito en el artículo 149 del Código Penal: conocer que se viola la ley y, a pesar de este conocimiento, dirigir la voluntad a esa violación. Los "motivos" o "móviles" que inspiren y acompañen esa transgresión en nada inciden sobre la estructuración del punible; bien pueden ser nobles o no.

Es que, insístese, el prevaricato es ajeno en rigor al daño o bien "particulares", porque el bien jurídico que mediante su tipificación se quiere proteger es la administración pública, que se lesiona cuando el empleado oficial decide en franca contravía del respectivo texto legal. No le compete al juzgador, aplicador e intérprete de la ley, resolver la bondad de la norma legal, pues ello es tarea del legislador, y frente a una disposición "injusta" o inconveniente, no le queda otro camino que aplicarla, porque —como lo precisó la propia doctora Leaño Castellanos— la ley es "dura" pero "es la ley".

Dijo el Tribunal al respecto:

"El bien jurídico protegido en este tipo penal es la recta administración pública, la lealtad que el empleado oficial debe a la ley que como regla general señala las funciones a él atribuidas y el procedimiento para cumplirlas. Quien ejerce funciones públicas y especialmente aquellas tan trascendentales como las de interpretar el derecho para aplicarlo en la solución de casos concretos, no tiene una facultad discrecional para administrar justicia; su competencia está reglada por la ley y a falta de esta, por los principios generales del derecho.

"Significa lo anterior que cuando el juez, como empleado oficial con rango de funcionario que es, aplica una norma jurídica en la toma de una decisión a él encomendada contrariando en forma manifiesta el precepto que invoca, comete prevaricato necesariamente porque ha sido infiel a sus deberes que juró, al asumir el cargo, cumplir recta y eficazmente. La solución de los conflictos encomendada a los jueces de la república no puede quedar al arbitrio de quien la administra. Su deber es resolver el conflicto con los instrumentos y en la forma que la regla jurídica le señala" (fl. 80. Se subraya).

Si se aceptan conductas como la que aquí se examina y juzga, qué sería de la seguridad jurídica de las decisiones, y del principio de "preclusión", que precisamente impide que los procesos se tornen "eternos" o sin definición en el tiempo? Sería abrir una brecha como mínimo inconveniente y riesgosa, pues con el pretexto (bien orientado, o no) de corregir errores "pasados" se entronizaría el mecanismo de volver sobre cosa juzgada y modificar (total o parcialmente, no importa) la respectiva decisión. Bien claro es, por otra parte, el

artículo 216 del Código de Procedimiento Penal en relación con la "irreformabilidad" de la sentencia (esta comprende varios aspectos o tópicos, no sólo el de la declaratoria de responsabilidad), salvo dentro del término de ejecutoria, si se trata de error aritmético o en el nombre del procesado "o de omisión sustancial en la parte resolutiva". Para "volver" sobre la cosa juzgada se debe acudir al recurso de revisión, de suyo (y explicablemente, por lo dicho) demasiado exigente y restringido.

Ahora bien: tanto la sindicada en su indagatoria como su defensor insisten en que la cuestionada decisión tiene respaldo en el salvamento de voto del magistrado Reyes Echandía a la sentencia de 22 de octubre de 1980 (mag. ponente doctor Gómez Velásquez), y que dice así en su parte pertinente:

"El artículo 688 del Código de Procedimiento Penal establece que el juez podrá en la misma sentencia suspender condicionalmente la ejecución de la pena impuesta, lo que significa que también podrá hacerlo después de proferido el fallo, determinación que resulta, ciertamente, más lógica si se tiene en cuenta que es esta, como ya se dijo, una causal de extinción en concreto de la potestad punitiva del Estado" (subrayas del texto original).

Pero es que el nuevo Código de Procedimiento Penal no trae norma alguna comparable al citado artículo 688, y, además, el artículo 80 del Código Penal de 1936 (el vigente para cuando se hizo esa salvedad de voto), a diferencia del 68 actual, no decía expresamente que el subrogado penal se concederá en la sentencia, aunque de su texto ('cuando se imponga la pena de arresto no mayor de tres años o la de prisión que no exceda de dos, podrá el juez suspender la ejecución de la sentencia...') ello se colegía, ya que aparte de la sentencia no existe otro momento procesal debido para imponer pena, y además la norma habla de suspender la ejecución de la 'sentencia'".

Lo expuesto es suficiente para concluir que el auto atacado tiene soporte en los artículos 414 y 421 del Código de Procedimiento Penal y entonces debe ser aprobado en esta instancia.

Debe finalmente la Sala hacer una llamada de atención al señor defensor por manifestar en su memorial sustentatorio del recurso de apelación que la decisión "ha sido tomada como pretexto para ultrajar, no sólo el nombre de una funcionaria honesta, sino el de la misma justicia, tan apabullada en los últimos tiempos, con las consecuencias dolorosas que son conocidas y vividas por todos, todos los días..." (fl. 94): la decisión que por unanimidad tomó la Sala de Decisión en el sentido de detener preventivamente a la doctora Leaño Castellanos merece todo el respeto es seria y motivada, y que no se le comparta no significa que devenga insultable o que se le asignen propósitos diferentes al de hacer justicia y cumplir con el deber.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado,

Resuelve:

Confirmar el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Carlos Upegui Zapata, conjuez; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, José Ignacio Talero Lozada*, conjuez; *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial no puede ser impugnado por error de derecho al haberle otorgado el fallador un valor probatorio de acuerdo a su criterio jurídico

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 0060.

Vistos:

Decide la Sala, el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Manuel Enrique Barreto Díaz* contra la sentencia de junio primero (1º) de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (fls. 18 y siguientes, cdno. 5º), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual revoca el fallo absolutorio dictado en junio veintidós (22) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por el Juzgado Veintiuno (21) Superior de este Distrito Judicial, para condenar al mencionado procesado a la pena principal de doce (12) meses de prisión, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago en concreto de los perjuicios ocasionados, otorgándole el beneficio de la condena de ejecución condicional, al considerarlo autor responsable del delito de falsedad en documentos privados, según hechos ocurridos en esta ciudad hacia el año de mil novecientos ochenta y dos (1982), frente a los cuales formuló denuncia *Pedro Alfonso Pinzón Medina.*

En el curso del trámite se recibió concepto de la Procuraduría Primera (1ª) Delegada en lo penal con solicitud de rechazar las pretensiones del actor.

Hechos:

Los resume, acorde con la realidad procesal, el fiscal colaborador, así:

"...Por escritura pública número 1172 de 3 de septiembre de 1981 de la Notaría 16 de Bogotá, el señor Alfonso Pinzón Medina cedió a título de venta en favor de Manuel Enrique Barreto Díaz, un inmueble rural denominado 'Los Aliados' situado en jurisdicción del municipio de Simití (Bolívar), por la cantidad de dos millones quinientos mil pesos ($ 2.500.000.00), suma que declaró recibida..."

"...No obstante los términos del documento público en cuestión, afirma el denunciante Pinzón Medina que el precio real de venta fue la suma de $ 3.500.000.00, pagaderos así: $ 1.500.000.00 en un pagaré aceptado por Barreto Díaz y $ 2.000.000.00 representados en un lote de terreno ubicado en Soacha, parte de otro mayor extensión, sobre el cual el ciudadano alemán Peter Grossich adelantaba un juicio de pertenencia en el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de Bogotá..."

"...Esta última transacción —señala el querellante— se plasmó en el documento de 3 de septiembre de 1981, traído a los autos, en cuya cláusula tercera, se prevé que si el juicio de pertenencia instaurado por Grossich le resulta a este desfavorable, Grossich y Barreto Díaz cancelarán en dinero efectivo a Pinzón Medina, la cantidad de dos millones de pesos..."

"...Como ninguno de los mencionados cumplió con este acuerdo, Pinzón Medina por intermedio de abogado los citó a un interrogatorio de parte ante el Juzgado Noveno Civil del Circuito y allí Barreto Díaz afirmó que la cantidad de dos millones de pesos que le cobraba Pinzón Medina, era el monto de una comisión ofrecida por haber gestionado la venta de un terreno de propiedad de Alba Luz Barreto y el propio Pinzón Medina..."

"...Agregó Barreto Díaz que esta omisión había sido cancelada mediante el giro de tres cheques más la suma de $ 365.000.00 en dinero efectivo y para corroborar su aserto presentó un documento privado firmado en Bogotá, supuestamente por Pedro Alfonso Pinzón Medina, en donde éste dice haber recibido la suma arriba mencionada y comprometerse a desistir de la prueba anticipada pedida ante el Juzgado Noveno de este Circuito..."

"...La investigación demostró que este documento no había sido firmado por Pedro Alfonso Pinzón Medina..." (fl. 15, cdno. Corte).

Actuación procesal:

Formulada la denuncia respectiva, se inició la investigación con base en los documentos acompañados, practicándose numerosas diligencias, entre estas, la recepción de indagatoria al acusado Barreto Díaz, quien afirmó la autenticidad del recibo tachado de falso, explicando las circunstancias en que este se expidió, agregándose, de otra parte, copia de la actuación cumplida en el Juzgado Civil ante el cual fue presentado dicho documento. Sometido el escrito a estudio grafológico, se estableció la falsedad de la firma del denunciante, correspondiendo la que allí aparecía a una imitación de su rúbrica (fl. 198, cdno. 1º), concepto posteriormente ampliado y ratificado por el mismo perito; igualmente, fueron oídos los testigos que según el procesado presenciaron la suscripción del comprobante redargüido de apócrifo, efectuándose confrontaciones entre el denunciante, el sindicado y los declarantes mencionados, diligencias en las que cada cual sostuvo su versión inicial.

Perfeccionada la investigación, se cerró y fue calificada por el Juzgado del conocimiento con sobreseimiento temporal, ordenándose

practicar varias probanzas en el término de reapertura del ciclo instructivo, entre otras, nueva pericia grafotécnica en la cual "...se deduce que la firma y grafías dubitadas no fueron estampadas por el señor Pedro Alfonso Pinzón Medina, tratándose de una imitación de los acopios gráficos de dicho señor..." (fls. 500/1, cdno. 1º). Clausurada nuevamente la etapa sumarial, se califica con un segundo sobreseimiento temporal, providencia apelada por el representante de la Parte Civil —que el Tribunal Superior revocó— dictando enjuiciamiento contra Barreto Díaz, por falsedad en documento privado, decretándole como medida asegurativa, caución prendaria. En la etapa probatoria del juicio se practicó, entre otras pruebas, un estudio grafológico sobre el documento espúrio, comprobándose que se elaboró en máquina de propiedad del acusado (fl. 59, cdno. Tribunal). Efectuada la audiencia pública, se profirió en primera instancia sentencia absolutoria, la cual fue revocada por el Tribunal mediante el fallo objeto del recurso extraordinario.

La demanda:

Con breve reseña de los hechos y referencia a la actuación procesal cumplida, el actor invoca contra la sentencia la causal primera de casación de conformidad con el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal derogado y en atención a lo previsto en el artículo 677 del actual ordenamiento, proponiendo contra esa determinación la acusación que se procede a examinar.

Consiste el *cargo único* en que "...incurrió el sentenciador en error de derecho por falso juicio de convicción por el desconocimiento que hizo del valor o tarifa probatoria del dictamen del perito grafólogo forense cuanto que le asignó el valor de plena prueba riñendo su concepción con lo preceptuado por el artículo 278 del Decreto 409 de 1971, norma adjetiva que predica que tal dictamen no es por sí plena prueba y que debe ser apreciado por el juzgador quien para acogerlo o desecharlo, total o parcialmente ha de expresar clara y precisamente los motivos en que funda su decisión..."

Transcribe apartes de la providencia atacada para ratificar lo dicho en cuanto a que se reconoció el efecto indicado a la prueba aludida, cuando, de acuerdo con lo expresado en otra oportunidad por esta Sala, la convicción del sentenciador debe depender no sólo de lo que la ley reconoce como plena prueba sino, también, de "...la concurrencia de todo el acervo probatorio..." (arts. 217 y 218 C. de P. P.), y lo que importa es la verdad objetiva, a la cual se puede llegar por todos los medios probatorios autorizados.

Del texto del fallo cuestionado —advierte el libelista— deviene que el Tribunal sustentó la condena únicamente sobre el dictamen referido —solitaria prueba que perjudica al procesado— "...desconociendo de paso todo el caudal probatorio...", cuyo análisis conjunto conducía a la absolución de aquel, como concluyó el juzgado cognoscente. Anota que la prueba constituida por la pericia, es un simple indicio que, conforme a las normas respectivas, no puede tenerse como cabal comprobación del hecho, a menos que aquel sea necesario, pues lo contrario sería nocivo para los acusados por esta

clase de ilícitos "...cuanto que siguiendo el criterio de Benet se concluye que el procedimiento grafológico no es infalible y que todos los grafólogos pueden equivocarse...", tema respecto al cual cita algunos tratadistas.

Señala el actor seguidamente las normas del Código de Procedimiento Penal derogado que considera se aplicaron erróneamente, como también aquellas que a su juicio debían tenerse en cuenta. Así, al otorgársele valor de plena prueba al concepto grafológico, se contravino lo previsto en el artículo 217 del anterior estatuto procesal, por cuanto el dictamen surge de los hechos y de los reconocimientos de los expertos debiéndose razonar o sustentar sus conclusiones y jamás pudo afirmarse en la sentencia la falsedad documental, por ausencia de sus elementos estructurales.

También, afirma, la acción infringe el artículo 218, *ibidem*, porque contra el procesado sólo existe una prueba, incompleta por demás, sin que pueda sostenerse que obre suficiente demostración del hecho. En cuanto al artículo 229 del mismo ordenamiento, anota el demandante:

"...Jurisprudencialmente se ha dicho que para que se tenga un indicio como elemento de convicción de la responsabilidad, es necesario que la existencia material del delito esté plenamente demostrada; que el hecho indiciario se halle probado; que sean varios y graves cuando uno solo no es necesario o concluyente para la demostración de la responsabilidad; que sean independientes unos de otros; que no tengan el mismo origen en cuanto a la prueba; que no constituyan momentos sucesivos de un solo hecho; que sean convergentes entre sí en tal forma que su conclusión sea resultado natural y lógico de un todo coherente y, se puede decir, indivisible..."

"...Es claro que cuando muchos indicios se refieren a un solo hecho no necesario y cuando sus modos probatorios dependen de un solo argumento, la suma de estos, por numerosos que sean, no forman la plena prueba que exige la ley para condenar. Porque en este caso, todos ellos no serían la expresión de diversos hechos indiciarios sino uno solo con un mismo argumento, es decir, sería un indicio no necesario demostrado por varios hechos convergentes que tratan de vigorizarlo, pero no de multiplicarlo..." (fls. 8|9, cdno. 6º).

En cuanto al artículo 230 de la misma codificación, aduce el recurrente que según la Corte un solo indicio contingente no produce sino duda o probabilidad y es entonces prueba imperfecta o semiplena, aun cuando varios de este carácter pueden constituir cabal demostración. Respecto al artículo 231 del Código aludido, anota el impugnante que en el proceso no subsiste ningún indicio necesario, que es el que en forma cierta corrobora la existencia del hecho. Tampoco existe presunción legal, como lo contempla el artículo 232 de esa obra; y con relación al artículo 234 del Código de Procedimiento Penal derogado, cita jurisprudencia referente a que un hecho indicador sólo constituye un indicio, aunque aparezcan diferentes pruebas que demuestren el mismo y, además, menciona el artículo 235

sobre la comprobación suficiente del indicio. Insiste en que al dictamen grafológico se le dio valor de plena prueba sin atender todos los elementos de convicción (art. 278 C. de P. P.).

Se quebrantó —sostiene el actor— el artículo 215 del estatuto citado, por ausencia de completa comprobación del delito o cabal de la responsabilidad, como lo estimó el juez del conocimiento. Además, dice, debió aplicarse el artículo 216 de esa normatividad, en atención al principio del *"in dubio pro reo"*, allí contenido y de imperioso acatamiento, pues el juez no es omnímodo en la estimación de la prueba toda vez que al adoptar el legislador un sistema intermedio entre la libre apreciación y la tarifa legal, se entiende que siguió las bases de la teoría general de la prueba, que no pueden ser desestimadas.

Finalmente, alude el demandante al artículo 221 del Código Penal, observando que el delito de falsedad en documento privado y su uso no tuvieron suficiente demostración y que el Estado por medio del juzgador no probó la responsabilidad del acusado respecto de tal hecho y simplemente presumió que éste había sido el autor de ese supuesto. Concluye advirtiendo que el cargo se encuentra comprobado y consecuentemente impetra casar la sentencia impugnada para absolver a su defendido.

Concepto del Procurador Primero Delegado en lo penal:

El Ministerio Público examina en primer término la procedencia de invocar el error de derecho frente a pruebas sujetas a la sana crítica, para concluir, conforme a la jurisprudencia, que no es admisible (sentencias, junio 24 de 1980, enero 24 de 1984 y junio 2 de 1985), bien que el fallador puede atribuirle a aquellas determinado valor demostrativo, no previsto en las normas legales, caso en el cual incurre en falso juicio de convicción y, por tanto, en error de derecho; y como este es el planteamiento, resulta correcta y debe analizarse la alegación.

Observa el colaborador fiscal que contra lo que se deduciría de la redacción del fallo y como lo entendió el demandante, el Tribunal únicamente tuvo en cuenta el dictamen, al expresar que esta prueba merece total credibilidad. Sin embargo, ello no significa una afirmación de que la ley le asigne un valor probatorio específico. Prueba de esto es el análisis que hace de las firmas para relievar sus diferencias, del testimonio del denunciante, el cual valora, y de los indicios inferidos, para deducir la responsabilidad del acusado. Se descarta, por consiguiente, el falso juicio de convicción alegado, pues no es cierto que le diera valor de plena prueba al experticio grafotécnico, razón por la cual solicita negar la casación interpuesta.

La Corte:

1. Como aparece de lo anteriormente reseñado, el cargo contra el fallo impugnado se fundamenta en que el Tribunal le dio a un dictamen grafológico el valor de plena prueba que no contempla la

norma pertinente, incurriendo, por tanto, en error de derecho por falso juicio de convicción llegándose por esta vía a la violación indirecta de la norma sustancial.

La acusación se plantea conforme a las reglas del anterior estatuto procesal, bajo el cual se calificó la investigación, debiéndose establecer según su ordenamiento, la procedencia del ataque respecto a la técnica del recurso.

El artículo 278 del Código de Procedimiento Penal, señala que la prueba pericial está sujeta en su valoración a la prudente apreciación del juez quien, para acogerla o rechazarla, deberá expresar sus motivos. Por consiguiente, ausente la cuantificación legal, el aducir un error de derecho por falso juicio de convicción, pierde su razón de ser.

Sin embargo, no bastaría esto para rechazar la acusación por fallas en su planteamiento, pues —como también lo destaca la delegada, con cita de las sentencias proferidas por la Corte ya mencionadas— el demandante parte del supuesto de que el juzgador le fijó a la prueba referida un valor total, por entender, además, que tal alcance demostrativo lo contempla la disposición pertinente; situación en la cual efectivamente se coloca el libelista, al aducir un posible error de derecho por falso juicio de convicción, siendo, por tanto, procedente efectuar el análisis respectivo.

Frente a una situación similar, expresó la Sala:

"...El error de derecho y la prueba pericial. En técnica de casación el error de derecho en la apreciación de las pruebas, sólo puede proponerse cuando se ha violado la legalidad de la prueba en su aducción y cuando no se le ha reconocido el valor exacto que le atribuye la ley..."

"...Estos eventos trasladados a la prueba pericial pueden concurrir si el sentenciador ha incurrido en falso juicio de legalidad, es decir, si ha efectuado la valoración de la prueba creyéndola regular conforme a derecho. Lo que supone que la prueba fue llevada al proceso sin atender al modo previsto por la ley para surtir su natural efecto, fue practicada sin la observancia de las ritualidades específicas que esta exige para su formación..."

"...En cambio, este medio probatorio no puede ser impugnado por error de derecho al haberle otorgado el fallador un valor probatorio de acuerdo a su criterio jurídico, alegándose un falso juicio de convicción que no puede darse en ninguna hipótesis, porque se trata de elementos de certeza no tarifados..."

"...Como lo afirmó esta Corporación: 'La ley no les asigna a estas pruebas un valor entendido sino que ha dejado el dictamen pericial a la libre convicción del juez y el testimonio a la credibilidad que razonablemente a éste le merezcan. Que el legislador haya indicado pautas a seguir para la confirmación de ese libre convencimiento o de esa credibilidad razonada, no significa, en manera alguna, que quiso atribuirles un valor probatorio determinado" (Cas. de 3 de noviembre de 1978)..."

"...Sin embargo, podría cometer el juzgador error de derecho, por falsos juicios de convicción, posiblemente los únicos, si llegare a afirmar que al dictamen pericial le otorga o le niega un específico valor aduciendo que la ley se le atribuye o se lo niega, porque en tales eventos desconoce la naturalidad (sic) de las normas reguladoras del alcance probatorio de este elemento de juicio..." (Sentencia, junio 15 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Martínez Zúñiga).

Aunque —como lo destaca la demanda— podría deducirse de algunos apartes o frases de la providencia impugnada, que el Tribunal le reconoció tal alcance a la prueba en cuestión, cuando dice que "...para la Sala es un concepto claro que fuerza a darle a la pericia grafotécnica el alcance de plena prueba acorde con el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal...", un examen prolijo de la sentencia conduce a desechar tal interpretación.

El artículo 278 del Código de Procedimiento Penal derogado, aplicable al caso sub júdice, *afirma con claridad que un dictamen de perito no es plena prueba y debe ser apreciado por el juez o funcionario quien para acogerlo o desecharlo, total o parcialmente, deberá expresar clara y precisamente las razones en que funda su decisión.*

Adviene indudable el acatamiento de la norma por el Tribunal pues no fue la valoración solitaria del experticio el soporte exclusivo de su determinación. También tuvo en cuenta las afirmaciones del denunciante, fortalecidas por las conclusiones del perito, y "...aspectos de carácter indiciario...", sumado todo lo cual le llevó a concluir que se encontraba demostrado a plenitud el hecho imputado y la responsabilidad del acusado.

De este último aspecto llama la atención la reunión en la que supuestamente se firmó el documento apócrifo para destacar el que todos los asistentes, con excepción del denunciante, mantenían vínculos de índole laboral y comercial con el procesado. De igual manera, se detiene en la declaración de Peter Grossich y los detalles que proporciona de aquel encuentro —notorios de por sí— como el finiquitarse el arreglo de cuentas para retirar los procesos judiciales, los cuales no mencionan los demás testigos en sus dicciones. Resalta también cómo ni Peter y Alvaro Cuerrero "...afirman haber visto la suscripción del recibo, muy a pesar de que se hallaban a muy corta distancia unos de otros...". Así mismo, relieva el que habiéndose declarado sin valor el documento del tres (3) de septiembre de mil novecientos ochenta y uno (1981), resulta insólita la carencia en el nuevo instrumento de las firmas de Barreto Díaz y Grossich, "...quienes eran los más interesados para confirmar y dejar constancia del arreglo a que se había llegado...", ya que ellos habían participado del primer documento y por tanto "...eran los llamados, de la misma manera, a aceptar las condiciones que figuran en el recibo espúreo... (sic)..."

Finalmente, pone de presente la inexistencia de duplicado para los interesados, aparte del acriminado, y la falta de aprobación con su firma, de Pinzón Medina, "...lo que indica entonces que su contenido es acomodaticio y únicamente favorable para los intereses del procesado Barreto Díaz..."

A lo anterior se agregaría que no se acreditó debidamente el pago de la suma que se afirma en el recibo se cubrió en efectivo al denunciante, contra la práctica comercial ordinaria, seguida también entre las partes, de dejar constancia escrita de las operaciones correspondientes.

II. Basten estas consideraciones para concluir que la decisión del Tribunal se basó en un examen conjunto de los elementos de juicio existentes en autos, entre los cuales se hallaba el dictamen pericial en referencia, todo lo cual lo estimó como prueba plena o completa, tanto del hecho punible como de la responsabilidad del acusado.

No demostrado el error de derecho manifestado en la demanda, impera el rechazo de esta impugnación extraordinaria.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

Resuelve:

Negar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Alfredo Rey Córdoba, conjuez; *Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Para que la demanda de casación prospere es indispensable que quien ejercita este recurso, la ajuste rigurosamente a los requisitos exigidos por la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 61. Septiembre 5 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en sentencia del veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y ocho al confirmar en su integridad el fallo de primer grado proferido por el Juzgado Especializado de la misma ciudad, condenó a *Jaime Pérez González, Julio Franco Clavijo* y *Jesús María Vallecilla Zamorano* a la pena principal de seis (6) años de prisión para cada uno de ellos por violación a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 elaboración de cocaína.

Contra la anterior sentencia, se interpuso el recurso extraordinario de casación por los procesados Jesús María Vallecilla y Julio Franco Clavijo.

Los hechos:

De la sentencia recurrida se toma el siguiente compendio de los hechos que dieron origen a la investigación:

"Dentro de un operativo realizado conjuntamente por el Juzgado Primero Especializado y la Policía, fueron sorprendidos en flagrancia los señores Jaime Pérez González, Julio Franco Clavijo y Jesús María Vallecilla Zamorano, cuando se dedicaban a la elaboración de cocaína en el inmueble ubicado en la carrera 33-A número 10 A-97 del Barrio Colseguros; en dicho inmueble se decomisaron 5.596 gramos de cocaina y diversos elementos para la fabricación de mencionado estupefaciente. En presencia del juez, Julio Franco Clavijo admitió que en compañía de los señores Jesús María Vallecill y Jaime Pérez González estaban procesando el alcaloide cuando fueron sorprendidos (fls. 1 a 4) (fl. 462 del 2º cuaderno).

Demandas de casación:

Dos demandas han sido presentadas contra la sentencia del Tribunal:

En la primera, y al amparo de la causal primera y a nombre de Jesús María Vallecilla, se acusa el fallo por violación indirecta de la ley sustancial, por "manifiestos errores de hecho y de derecho... en la apreciación de las pruebas sobre las cuales se fundamentó la sentencia condenatoria" del Tribunal. Tres cargos se formulan en la demanda, a saber:

1º Error de hecho que hace consistir en que en la diligencia de pesaje de la sustancia incautada se habla de 5.207 gramos de cocaína y que el juez en su sentencia consideró que se trataba de 5.596 de acuerdo a un dictamen de la DIJIN que no tiene validez por no ir firmado por el jefe del laboratorio.

2º Error de hecho, consistente en que el juez desconoció el principio *"indubio pro reo"* porque el Tribunal no tuvo en cuenta "el verdadero contenido probatorio de pruebas existentes en el proceso las cuales de haber sido apreciadas, hubiesen llevado a una absolución por duda sobre la responsabilidad del sentenciado".

3º Violación directa de la ley, porque según el demandante el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 34 de la Ley 30 de 1986 (destinar inmueble a la elaboración de cocaína) y no el 33 de la misma ley por elaborar estupefacientes.

Concluye el casacionista, pidiendo que se case la sentencia, pero sin expresar cuál deba ser el sentido y alcance de la sentencia de sustitución.

En la segunda demanda y a nombre de Julio Franco Clavijo, el mismo apoderado formula sólo un cargo, al amparo de la causal tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal: nulidad del proceso por ambigología o falta de claridad en la formulación del cargo en la resolución de acusación y por violación del derecho de defensa.

Fundamenta el cargo en el hecho de que la conducta imputada a su defendido ha debido subsumirse dentro del tipo penal del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 y no en el 34, como equivocadamente lo hicieron los juzgadores de instancia.

Concepto de la Procuraduría:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, solicita a la Corte desestimar las demandas, porque ellas no se ajustan en su elaboración a los requisitos de técnica que la jurisprudencia y la doctrina exigen en el campo de la casación.

Sostiene el Ministerio Público, que las demandas presentadas parecen simples alegatos de instancia; que en ellas se desconoce la exigencia normativa de expresar en capítulos separados los fundamentos de cada causal y la prohibición de formular cargos incompatibles entre sí.

Dice el Procurador que el demandante involucra al mismo tiempo dos motivos de vulneración de la ley sustancial, la directa y la indirecta "...que resultan completamente inconciliables entre sí, puesto que si se sostiene el primer motivo de transgresión, esto significa que los hechos se aceptan tal y como los valoró el sentenciador y entonces se centraliza la crítica exclusivamente alrededor de la norma considerada indebidamente aplicada, mientras que por lo segundo, el cuestionamiento recaería únicamente en torno al proceso de valoración de la prueba por parte del juzgador y de contera se terminaría infringiendo flagrantemente el principio de no contradicción que rige la casación..."

Agrega el Ministerio Público, que el censor involucra al mismo tiempo en un sólo cargo, errores de hecho y de derecho que no especifica ni concreta y que la causal de nulidad carece de todo fundamento, ya que el cargo contra el inculpado se precisó con absoluta claridad en el auto de citación a audiencia, aunque con cierta benignidad sin que por ello se quebrante el derecho de defensa o las normas que regulan el debido proceso.

Consideraciones de la Corte:

Reiterada y uniformemente ha sostenido esta Corporación que para que la demanda de casación prospere es indispensable que quien ejercita este recurso extraordinario la ajuste rigurosamente a los requisitos exigidos para el caso por la ley, no sólo en su aspecto formal sino en su contenido intrínseco. Sólo cuando la demanda se ajusta a estos requisitos formales y de técnica puede la Corte proceder a hacer el estudio de fondo de las censuras que se proponen.

En el libelo que se examina, el demandante con fundamento en la causal primera formula tres cargos del todo diferentes, pero no los invoca separadamente, no obstante que involucra motivos de violación directa e indirecta de la ley sustancial, en posición a todas luces contradictoria, porque es propia de la violación indirecta, discutir la prueba ya que es de su esencia que el quebranto de la norma sustancial sea mediato, esto es, a través de la prueba, mientras que en la violación directa no se impugna, critica o discute la prueba, y por el contrario, se aceptan los hechos tal como han sido apreciados en el fallo, discrepando, sólo el demandante sobre la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado.

El actor, en el caso en examen, empieza por alegar error de hecho en relación con la apreciación que hizo el juzgador de un dictamen pericial sin valor en su concepto, por falta de uno de los elementos formales en su aducción (falta de una firma) y que por ello se admitió como la cantidad de droga decomisada la de 5.596 gramos, cuando otro dictamen habla de 5.207 gramos. Se observa al respecto, que cuando se pretende impugnar la validez o legalidad de la prueba, no debe alegarse error de hecho, sino de derecho por falso juicio de legalidad. Por otra parte, en el caso de violación indirecta no es suficiente con señalar el yerro probatorio, su naturaleza, su magnitud, sino que es además indispensable, demostrar su trascendencia en la parte resolutiva del fallo impugnado y los efectos

jurídicos que le son propios. Nada de esto acredita el censor y el error en el supuesto de existir, no produciría efecto alguno, ni en la naturaleza del hecho punible, ni en su punibilidad de suerte que de haberse cometido el error, la violación o error de legalidad resultaría sin incidencia relevante en la parte resolutiva del fallo, y por lo tanto sería intrascedente.

Pasa luego el recurrente a impugnar la sentencia, por error de hecho en que el juez desconoció el principio in dubio pro reo, *porque no tuvo en cuenta el verdadero contenido probatorio de los elementos de convicción existentes en el proceso, que de haber sido apreciados acertadamente, hubiesen llevado a la absolución, por duda sobre la responsabilidad del acusado.*

Sustenta el censor este cargo, por error de hecho con fundamentos o argumentaciones propias del error de derecho, examinando de nuevo la prueba testimonial existente en el proceso para oponer su criterio personal al que tuvo sobre ella el fallador, en posición a todas luces equivocada, porque como es bien sabido, ni la prueba testimonial, ni la indiciaria ni ningún medio probatorio, en el nuevo Código Penal están sujetos a tarifa legal y por tanto, quedan sometidos a la libre convicción del juez y a la credibilidad que razonablemente y de acuerdo a la sana crítica lo merezcan.

Pasa luego el impugnante, y con desconocimiento de la técnica del recurso a formular dentro del mismo capítulo una violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 34 de la Ley 30 de 1986, cuando en su concepto debió aplicarse el artículo 33 del citado estatuto.

No entra la Sala a responder este cargo, no sólo por la evidente falta de técnica en su formulación, sino de manera especial por la ausencia de interés jurídico en el demandante.

No puede aceptarse en casación, que quien representa el interés del procesado, pida que la conducta de éste se subsuma dentro de una norma que impone una pena mayor (art. 33 de la Ley 30 de 1986) a cambio de la norma benigna y favorable como la que le fue aplicada en la sentencia (art. 34 de la misma ley). La sola enunciación del cargo es suficiente para demostrar su improcedencia, porque pone en evidencia la falta del presupuesto de la legitimatio ad causam *o interés jurídico del recurrente, pues está pretendiendo que se revoque la sentencia que contempla una situación favorable o benévola para que se sustituya por otra, que haga más gravosa la situación del procesado con inocultable perjuicio para sus intereses.*

Igual decisión adoptará la Corte en relación con la segunda demanda, donde con idéntico argumento se pretende la nulidad por error o anfibología en la formulación del pliego de cargos y violación del derecho de defensa. No sólo aparece en la forma ya anotada la falta de interés jurídico en el demandante, sino que además la nulidad es a todas luces inexistente. El cargo se formuló con absoluta claridad y precisión, sin que existiera error en la denominación jurídica de la infracción, pues al acusado se le citó a audiencia, para

que respondiera por violación a la Ley 30 de 1986, encasillándose su conducta con notoria benignidad como infracción a la prohibición contenida en el artículo 34 de la citada ley, y la punibilidad contemplada en dicha norma, sirvió de fundamento a los jueces de primera y segunda instancia para la graduación de la pena. Tal hecho en nada dificultó ni limitó el derecho de defensa del cual disfrutó a plenitud el acusado en el proceso, ni quebranta las formas propias del juicio.

No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *No casa* la sentencia impugnada, de fecha, origen y naturaleza consignado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Leonel Oliver Bolilla, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

El recurso de casación no es un tercera instancia, sólo busca dilucidar la pretensa violación a la ley por el fallador —no disvalorar la sana crítica que le asiste— enfrentándole tesis diferentes

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., siete de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 056 (agosto 22 de 1990).

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Primera (1ª) del Tribunal Superior de Florencia, contra la sentencia dictada por la Sala de Decisión Penal de dicha Corporación el veintisiete (27) de junio del año próximo pasado (fls. 49 y ss. cdno. 3º), mediante la cual confirmó el fallo absolutorio proferido por el Juzgado Segundo (2º) Penal del Circuito de la misma ciudad de octubre diez (10) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dentro del proceso adelantado contra *Gilberto Serpa Mendoza* por estafa y según denuncia formulada por *Jorge Silva Cabrera.*

La Procuraduría Segunda (2ª) Delegada en lo penal se abstuvo de ampliar la demanda.

Hechos:

Fueron resumidos por el Tribunal *a quo* de la siguiente guisa:

"...El denunciante Jorge Silva Cabrera, manifestó que entre los días 10 y 12 de agosto de 1986, en la ciudad de Bogotá, celebró un contrato de compraventa con Gilberto Serpa Mendoza, de carácter verbal, en el que el segundo daba en venta un automóvil marca Renault-12, modelo 1980, color blanco, distinguido con las placas JF-5897, servicio particular, pactándose un precio por la suma de un millón de pesos ($ 1.000.000.00,) cancelándose inicialmente la suma de quinientos mil pesos ($ 500.000.00) y con acuerdo mutuo que la suma restante se cancelaría el día en que se hiciera el respectivo traspaso del vehículo ante las autoridades de Tránsito y Transportes para lo cual se señaló como plazo máximo el día 30 de noviembre de 1986 en esta ciudad..."

"...Así mismo, autorizó al denunciado para que firmara el respectivo contrato de compraventa con su hermano Eduardo Silva Cabrera y que la entrega del automotor se produjo en Florencia. Que vencido el plazo estipulado para el traspaso este no se llevó a cabo pero que sí fue retenido el vehículo por las autoridades de policía en cumplimiento a una orden impartida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, porque pesaba sobre ese bien un embargo y secuestro ordenado desde el mes de agosto del año de 1984 dentro del proceso ejecutivo instaurado por Hugo Osorio Ríos contra Silvio Enrique Giraldo Gallego..."

"...Como al momento de la venta el vendedor le manifestó que el vehículo materia del contrato tenía 'un problemita' solucionable dentro del plazo para traspasar, ha sido objeto de una estafa porque sabiendo que estaba fuera del comercio utilizó artificios y engaños para obtener la cantidad de dinero que le entregara..."

Actuación procesal:

Abierta la investigación por funcionario de instrucción con base en la denuncia pertinente, fueron oídos varios testigos en relación con la negociación referida, expresando uno de estos, Florencio Rubiano (fl. 29), que Jorge Silva le había hecho diversos préstamos a Serpa, en uno de los cuales él había intervenido como fiador, crédito que se canceló .Se arrimaron también constancias sobre la existencia del juicio ejecutivo tramitado ante el Juzgado Primero (1º) Civil del Circuito de Florencia a instancia de Hugo Osorio contra Enrique Giraldo Gallego, iniciado en abril tres (3) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), en cuyo recurso se ordenó el embargo del vehículo materia de transacción en mayo dieciocho (18) del mismo año, efectuándose el secuestro correspondiente el día quince (15) de agosto postrero. En ampliación de denuncia, expresó Jorge Silva que con anterioridad había prestado quinientos mil pesos ($ 500.000.00) a Serpa Mendoza, los cuales imputó al precio del automotor agregando copia del cheque respectivo, con la aclaración de que aquel se negoció en Bogotá y fue recibido en Florencia, ciudad a la cual viajó en el mismo vehículo con el acusado. Eduardo Silva Cabrera, hermano del denunciante, expresó que el automotor lo adquirió éste pero conviniendo las partes que los documentos y registros se harían a su nombre en razón de un negocio celebrado con su consanguíneo.

Gilberto Serpa Mendoza manifestó en su indagatoria haber efectuado la dicha transacción con Eduardo Silva, acuerdo de voluntades que se concretó en un contrato de venta que agregó en copia y, además, haber recibido préstamos por diversas cantidades de Jorge Silva, entre ellos, el mencionado por Rubiano, obligaciones que canceló, en la parte correspondiente y el resto con cheques a su favor por dineros recibidos de la Licorera Departamental. Recibidas otras pruebas, entre estas, la declaración de Silvio Enrique Giraldo quien expresó haber vendido o transferido el vehículo de marras a Serpa Mendoza como consecuencia de un convenio de compra-venta de un almacén y como aquel careciera de registro a su nombre otorgó letra

a favor de Hugo Osorio, promoviendo este juicio ejecutivo dentro del cual se embargó, secuestró y remató dicho automotor a nombre del acreedor.

Con base en las anteriores pruebas, el juzgado instructor dispuso medida de aseguramiento —caución— en contra de Serpa Mendoza y recibidas otras diligencias como la ampliación de declaración de Eduardo Silva en cuanto al contrato que sobre adquisición del automóvil suscribió con el procesado y el posterior registro provisional a su nombre en Florencia, se cerró la investigación que calificó el juez competente con resolución de acusación contra Gilberto Serpa Mendoza como presunto responsable de estafa a virtud de los hechos y por las pruebas reseñadas.

Remitido el expediente al Juzgado Penal del Circuito, declarada la legalidad de la actuación, se ordenaron y practicaron las pruebas solicitadas por la defensa y algunas dispuestas por el despacho judicial, tales como, comprobaciones referentes a pagos hechos a Jorge Silva a nombre de Serpa Mendoza por la Empresa de Licores del Caquetá, avaluándose, además, los perjuicios. Celebrada la audiencia pública, en la cual la fiscalía impetró la absolución del acriminado por no encontrar demostrada la infracción, se dictó la sentencia de primera instancia que tuvo carácter absolutorio, decisión que apelada por el representante de la parte civil, quien reclamó su revocatoria, recibió confirmación integral por la Sala respectiva del Tribunal Superior de Florencia, integrada por conjueces.

La demanda:

Previa relación de los hechos del proceso y detenida referencia a la prueba contenida en el mismo y a la forma como se desarrolló la negociación entre los señores Silva Cabrera y Serpa Mendoza, la actora invoca contra la sentencia de segunda instancia la *causal primera de casación* (art. 226 C. de P. P.), aduciendo errores de apreciación probatoria y con fundamento en la misma presenta las acusaciones que a seguida se resumen y analizan:

Se expresa en la demanda que "...la sentencia mencionada viola indirectamente la ley sustancial proveniente de un error de hecho al distorsionar el fallador el sentido de la prueba en que fundó su juicio, de forma que su interpretación hecha por él vale lo mismo que haberla supuesto, pues le es difícil para el censor de segunda instancia, creer que el denunciante frente a la manifestación hecha por su denunciado de que el vehículo tenía un pequeño 'problemita' no profundizara, inquiriera o requiriera a su vendedor para que le explicara, cuál la clase de dificultad que tenía lo dado en venta, porque de esa manera surgiría el compromiso en este caso para Serpa Mendoza del saneamiento, pago de costas y demás consecuencias que tales procesos conllevan..."

Se refiere la demanda a otras consideraciones del sentenciador que controvierte enunciando que pretende la revocatoria de la dicha determinación para que en su lugar se profiera fallo de condena; manifiesta acusar la sentencia "...por haber dejado de aplicar el

artículo 356 del Código Penal y 253 del Código de Procedimiento Penal...", pues "...considero hubo estafa en el caso de autos porque así la norma referida no estipule claramente que la enajenación de una cosa como propia a sabiendas de que es ajena, incurre en delito y que la nueva codificación penal derogó el artículo 409 que contemplaba esta clase de situaciones denominada anteriormente como estelionato, esto no implica que haya quedado en la impunidad, ya que la estafa subsume actualmente esta clase de comportamiento..."

Insiste en que no hay duda en cuanto al contrato pactado entre Jorge Silva y Serpa Mendoza, no obstante que el documento aparece firmado por Eduardo Silva como comprador del automóvil, pues advierte éste que así procedió por acuerdo inicial con su hermano Jorge, ya que su intención era adquirirlo pero al no poderse llevar a cabo lo convenido, quedó en poder de aquel.

Anota la casacionista que el dicho de Jorge Silva encuentra respaldo en las declaraciones de Luis Fernando Calderón, Alvaro Ortega Rojas, José Hilario Scarpetta y Florencio Rubiano Suárez, quienes se enteraron de la transacción o negocio en la distribuidora "El Trópico", en las condiciones ya plasmadas de pagar la mitad en ese momento y el resto del precio con la legalización de los documentos, según Calderón y Scarpetta; a Ortega Rojas ambas partes le comentaron la negociación efectuada, incluso que era para ceder el automotor a Eduardo Silva, pero no que existiera limitación de dominio; y, según Rubiano Suárez, Jorge Silva le habló sobre la compra-venta y sus condiciones, sin embargo, que Serpa dice haberle vendido a Eduardo Silva.

Concluye la actora afirmando que es indudable que el contrato se celebró entre Jorge Silva y Serpa Mendoza, a pesar de que lo firmó Eduardo Silva (fl. 82) y que tan cierto es que se realizó en Bogotá, que el acusado dice haber transportado, en un rasgo de generosidad, a Jorge Silva y su familia, cumpliendo la entrega del automotor en Florencia a Eduardo Silva en presencia del abogado Jorge Alejandro López, siendo éste último testigo de ello como también Hugo Osorio Ríos y Arley Gutiérrez. El doctor López López aseveró también que a su oficina concurrieron Serpa y Eduardo Silva, comentándole el negocio que habían efectuado respecto al vehículo, sin recordar sus condiciones de pago, ni constarle la entrega a éste último pero suponiendo que se le dio a Jorge Silva a quien vio después conduciéndolo, enterándose que Eduardo se lo había cedido a aquel; y según lo manifestado por Serpa cuando se cumplió el pago de la cuota, Jorge Silva le dijo que debía unos cheques que le había recogido al doctor Omar Ortega "...descontando por la derecha esa obligación..."

Destaca la demandante que pese a presentarse Serpa como único dueño del vehículo por él recibido de Silvio Enrique Giraldo como parte de pago de un almacén que le vendiera, lo cual ratifica éste, se trata de hecho no demostrado y por el contrario subsiste un pleito civil ya mencionado en el que está involucrado el automotor sin aparecer allí como propietario Serpa Mendoza. Que tampoco es cierto que el doctor Jorge Alejandro López informará al momento de la

compra al adquiriente de la medida cautelar que existía respecto al automóvil —como lo dice Serpa— cuando lo real es que nada dijo porque no se le preguntó; y Hugo Osorio, demandante en el juicio ejecutivo, sostiene que reclamó el embargo a Giraldo por la deuda que le tenía, rematándose el automóvil en dicho proceso y obteniendo su registro en Guateque, rodante que prestó a Serpa autorizándolo para venderlo. Reitera que el automotor es suyo, presenciando la firma del documento entre Serpa y Jorge Silva pero sin saber cómo fue la negociación y que nada firmó; expresando Serpa que él sirvió como mediador entre Giraldo y Osorio para solucionar el desacuerdo de éstos.

Observa además la libelista que si bien Alvaro Ortega asevera haber pagado a Jorge Silva lo que le adeudaba Serpa Mendoza, no existe prueba al respecto siendo falso que así haya ocurrido, esto es, que le hubiera cancelado los quinientos veinte mil ($ 520.0000.00) pesos prestados, pues el mismo acusado acepta en su indagatoria que por los quinientos mil ($ 500.000.00), pesos, le giró un cheque de su cuenta corriente respaldado por Ortega, título que debe tener en su poder Jorge Silva y que se niega a pagar hasta tanto éste último no le reconozca los daños causados al vehículo en el tiempo que lo poseyó, admitiendo así que con quien en verdad se entendió para la venta del vehículo fue con Jorge Silva. De otra parte y aunque Silvio Enrique Giraldo afirma haberse hecho embargar por Hugo Osorio para al través del remate obtener los documentos del automóvil, éste último manifiesta ignorar el motivo de dicha afirmación pues aquel sí realmente le debía unos dineros, sin lograr acuerdo alguno. Deduce la actora mala fe en la conducta de Serpa Mendoza al enajenar bien que sabía estaba fuera del comercio no habiendo sólo incumplimiento de las partes como se sostiene en la sentencia; y que si bien es válida la venta de cosa ajena, el proceder del acusado constituye estafa porque a pesar de manifestar éste al denunciante que existía un pequeño problema solucionable para la fecha del traspaso, enajenaba como suyo algo que no le pertenecía sin demostrar por ningún medio legal que fuera al menos poseedor material del bien como tampoco que el fin del proceso ejecutivo referido fuera simplemente el de legalizar los documentos del automotor a nombre de Serpa Mendoza.

Insiste la recurrente en la violación del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo la falta de análisis en conjunto de las pruebas y la no apreciación de las mismas conforme al libre sistema de convicción racional, pues demostraban el delito, reiterando su solicitud de revocar el fallo absolutorio para proferir sentencia condenatoria.

La Corte:

I. Esta Corporación suma ya innumerables fallos advirtiendo sobre el cuidado que deben observar los censores en la elaboración de sus demandas de casación. No es capricho de la Corte el exigirles lógica, precisión y armonía en sus planteamientos. Ello responde a la evolución jurisprudencial del instituto, desarrollada para una mejor comprensión de su propia filosofía.

II. Así, se ha dicho que esta no es una tercera instancia, dispuesta a acoger en su seno una prolongación de la controversia instancial. Por el contrario, aquí se busca dilucidar la pretensa violación a la ley por el fallador —no disvalorar la sana crítica que le asiste— enfrentándole tesis diferentes.

Es por ello que, en guarda de la taxatividad que regenta el recurso, se debe mostrar con claridad no sólo la causal en la que se enmarca el yerro, sino también su especie y trascendencia, la cual debe ser de tal robustez que conlleve la distorsión de la verdad procesal o de las formalidades que la hacen posible. Por tanto, la simple oposición de una verdad particular, por la que sólo responde su impulsador, es de suyo incapaz de demostrar el atropello.

III. Se explica entonces el por qué se reclama, como una razón de elemental lógica, que la comprobación de la censura se haga a partir de la decisión cuestionada, esto es, examinándola en relación con el proceso mismo. Si existiere una disonancia, el desacierto que trastornó el discurrir ritual o probatorio, emergerá sin dificultad alguna.

IV. De otra parte, también debe guardarse el casacionista de incurrir en contradicciones que derrumben el esquema lógico de su demanda. Aducir a igual tiempo y sobre un mismo hecho una violación directa e indirecta de la ley no sólo provoca confusión al no poderse establecer con precisión el alcance de la impugnación; de igual manera viola el principio de no contradicción que cimenta el recurso al enfrentar dos verdades que por ser excluyentes entre sí, anulan el argumento.

Tal contradicción, suficiente para destinar al fracaso las aspiraciones casacionales del actor, se une a la flaqueza misma de su argumentación cuando pretende demostrar el errado examen de la prueba recaudada por el sentenciador. En vez de auscultar los puntos de vista del Tribunal, las probanzas en que basó su decisión, la interpretación que les diera, así como el alcance, vigor o debilidad que les asiste, brinda a la Sala apenas la visión unilateral de su pensamiento, incapaz de por sí, como se ha visto, para demostrar el yerro y con él la violación consiguiente de la ley.

"...

VII. En tal forma, habla de los verdaderos firmantes del contrato —el procesado y Jorge Silva— y de los testimonios que respaldan el aserto; también resalta que no se encuentre probado que Serpa fuera el único dueño del automotor; tampoco que al adquiriente se le hubiera dado cuenta de la medida cautelar que pesaba sobre el vehículo, recalcando que, según la versión de Jorge Osorio, éste se lo prestó a Serpa para que se lo vendiera y aunque presenció la negociación no se enteró de los pormenores de esta. Estos y otros razonamientos le hacen concluir que no hubo incumplimiento de las partes, que vendió el automóvil a sabiendas de que estaba fuera del comercio, etc., etcétera; sin que en parte alguna se refiera a los argumentos del fallador y el ningún mérito que conllevan para predicar la duda insalvable.

VIII. Alegar, pues, apenas con el propio deseo como norte, transforma la demanda presentada en un alegato de instancia que implica su rechazo.

En consecuencia, 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:

Negar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO. Interés

El interés no puede quedar restringido a la noción patrimonial, también merece ser observado bajo la óptica de una posible inclinación a respaldar la posición judicial asumida por un juez o por su colaborador fiscal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 58, agosto 28 de 1990.

Vistos:

Por auto de 25 de abril último se declaró ajustada a los preceptos legales la demanda presentada por el defensor del procesado *Roso Olarte Gómez* y se dispuso correr traslado de ella al agente del Ministerio Público por el término legal.

Correspondió por reparto al señor Procurador Tercero Delegado en lo penal doctor Carlos E. Mejía Escobar quien en escrito precedente se declara impedido para emitir concepto de fondo porque "me encuentro dentro del cuarto grado civil de consanguinidad con la fiscal superior que intervino en representación del Ministerio Público durante el trámite en la instancia y considero tal circunstancia como causal legal de impedimento".

"Constituyendo la finalidad del instituto de los impedimentos y recusaciones, la de asegurar a todo trance la imparcialidad del juzgador, frente al caso sometido a su consideración, estimo que el punto de vista emitido por mi pariente (prima hermana) dentro del proceso, puede tenerse como un interés de tipo profesional de parte suya en las resultas del juicio, evento previsto como causal de impedimento en el artículo 103 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal o configurar el grado de parentesco existente, la situación descrita en el numeral 3 del mismo artículo, disposición normativa objeto de amplia interpretación jurisprudencial..."

Consideraciones de la Corte:

Ha dicho reiteradamente esta Sala que en cuanto se refiere a impedimentos y recusaciones la ley ha sido cuidadosamente previsiva al fijar las diversas hipótesis en las cuales no conviene a la

administración de justicia que determinado funcionario actúe como tal. Esas causales buscan conservar el buen nombre de la Rama Jurisdiccional, garantizar la rectitud y acierto en las decisiones y evitar que se ignoren los sentimientos personales del fallador. Fuera de las causas previstas por el legislador, motivos de impedimento, la doctrina y la jurisprudencia aportan soluciones prácticas a los casos no contemplados específicamente por la ley o considerados de modo general, buscándose así que la realidad afirme sus fueros y se interprete adecuadamente la peculiar sicología de quienes participan en esta clase de procesos. Todo ello se reitera, consigue mantener la independencia de criterio en el funcionario, hacer que las partes purguen todas sus aprehensiones y, de paso, evitar que el juez o magistrado sea caprichosamente removido. No posibilita nuestro estatuto la creación de dudas en donde no las hay o el demérito de ejercicios judiciales rectamente aplicados, porque asumir criterio diferente sería menguar la eficia y seriedad que presiden el dictado de justicia. Así se conjuran con sabiduría y prudencia las inquietudes de abogados que creen ver en toda actuación un asomo de parcialidad y los apremios éticos o jurídicos de jueces y magistrados que vacilan ante ciertas circunstancias ciertamente molestas pero de fácil superación (auto de febrero 25 de 1977).

En el caso concreto sea lo primero señalar que el motivo del impedimento o recusación previsto en el numeral 3º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal está reservado para los funcionarios cuando él, su cónyuge o compañero o compañera permanente, son parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del apoderado o defensor de algunos de los sujetos procesales. Es decir, que la separación del funcionario en el conocimiento del asunto sometido a su concepto o fallo, por esta precisa causal está referida al vínculo existente entre el funcionario y los abogados intervinientes en el proceso penal en representación de los procesados o de quienes resultaren perjudicados con la infracción cuando se han constituido legalmente parte civil dentro de él.

Enseña el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal que las causales de impedimento y las sanciones, son aplicables a los agentes del ministerio público y a los secretarios de los juzgados y tribunales quienes pondrán en conocimiento del magistrado o juez correspondiente el impedimento que exista, sin perjuicio de que los interesados puedan recusarlos si no lo manifiestan dentro del término señalado en el artículo 105 ibídem, *es decir, que todos los motivos previstos en el artículo 103 comentado resultan procedentes en cabeza de los agentes del Ministerio Público y los empleados mencionados.*

Respecto de la causal primera invocada por el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, conviene advertir que la Corte no ha mantenido invariable su criterio pues si bien en algunas ocasiones, las más de las veces, se muestra inclinada a restringir la acepción de interés a una noción patrimonial directa o indirecta y de ahí que casos como el propuesto hayan sido desechados (septiembre 30 de 1986, M. p. Lisandro Martínez Zúñiga), en otras, y ahora se reiterará

este criterio, se amplía este concepto para evitar equivocidades sobre la forma como se comportan los administradores de justicia y, también, de paso para librar a éstos de angustias éticas o turbaciones sicológicas. Por eso, el interés también merece ser observado bajo la óptica de una posible inclinación a respaldar la posición judicial asumida por un juez de primera instancia, o por su colaborador fiscal, o para mantener el prestigio, buen nombre de los mismos o la unidad familiar a la cual pertenecen aquellos y el magistrado o representante del ministerio público que declara su impedimento.

En el caso concreto la fiscal del Juzgado Primero Superior de San Gil en diligencia de audiencia pública con intervención de jurado hizo una clara y precisa acusación contra los aquí procesados (fls. 133 a 136) cuyos planteamientos fueron acogidos integralmente por el juez de primera instancia en fallo de 12 de junio de 1989 al haber sido declarada por el jurista la responsabilidad de los acusados Tiberio Gómez Rodríguez y Roso Olarte Gómez, sentencia que finalmente fue confirmada con algunas modificaciones en lo relacionado con los perjuicios por el Tribunal Superior de la misma ciudad en fallo de 24 de noviembre del mismo año que es precisamente el impugnado en casación por el procesado Roso Olarte Gómez.

En tales circunstancias, debe admitirse la excusa presentada por el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal, al interpretar, para bien de la recta administración de justicia, la decidida intervención que tuvo su consanguínea, la fiscal del Juzgado Primero Superior de San Gil, en la emisión de un veredicto de condena, sustento de las sentencias de condena proferidas por el juzgado y el tribunal, aspecto que representa cierto atendible interés o compromiso de respaldo a sus tesis y pretensiones.

En consecuencia, la Sala aceptará el impedimento manifestado y ordenará que el proceso vaya al señor Procurador Primero Delegado en lo penal, a fin de que emita concepto sobre la demanda de casación presentada por el señor apoderado del procesado recurrente Roso Olarte Gómez.

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

Resuelve:

1º *Aceptar el impedimento* manifestado por el señor Procurador Tercero Delegado en lo penal para intervenir en este proceso como representante del Ministerio Público.

2º *Ordenar* que en firme esta providencia vayan los autos al señor Procurador Primero Delegado en lo penal, para que emita el concepto pertinente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia (con salvamento de voto); *Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas* (con salvamento de voto).

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO). MINISTERIO PÚBLICO (SALVAMENTO DE VOTO)

Las opiniones o conceptos que en representación de la sociedad se emitan no fueron objeto de regulación en la causal 7ª del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal

ACLARACION DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS EDGAR SAAVEDRA ROJAS Y DIDIMO PAEZ VELANDIA

Los suscritos magistrados, respetando la decisión mayoritaria adoptada en el proceso de la referencia, nos permitimos consignar las razones de nuestro disentimiento.

1. El señor Procurador Tercero Delegado invoca las causales 1ª y 3ª como fundamento de su impedimento no obstante ser el hecho determinante un parentesco en cuarto grado de consanguinidad con la persona quien ejerció la función de Ministerio Público en la primera instancia del proceso que es objeto de conocimiento por la vía extraordinaria de la casación.

Aun cuando por disposición del artículo 115 del Código de Procedimiento Penal, todas las causales son aplicables a los agentes del Ministerio Público, es evidente que la tercera, fundada en el parentesco, la limitó el legislador frente a los abogados (litigantes) que intervienen en el proceso en razón al interés particular o profesional objeto de regulación como causal impediente.

Si el legislador hubiese querido erigir como causal impediente el interés funcional o público además, así lo hubiese expresado en la causal referida.

2. La providencia acepta el impedimento con base en el interés de respaldar las tesis y pretensiones del pariente que actúa como Ministerio Público, en procura de salvaguardiar el prestigio o buen nombre del consanguíneo.

Este interés lo tuvo en cuenta el legislador pero solamente en relación a las *providencias objeto de revisión* (causal 7ª); las opiniones o conceptos que en representación de la sociedad se emitan no fueron objeto de regulación en esta causal que, por lo demás, bien hubiera podido consignarla de haber estado en su mente la idea de que los conceptos oficiales fueren igualmente impedientes. La extensión referida en el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal

ha de entenderse, entonces, que son aplicables las causales en lo pertinente, y sería impertinente considerar igual el concepto a la decisión, con mayor razón cuando aquel no es vinculante.

3. Para los magistrados disidentes ciertamente, la causal primera, al no especificar el interés que el funcionario o las demás personas allí señaladas puedan tener en el proceso, no es dable circunscribirlo al campo puramente económico porque, como ya lo dijo la Corte "no sólo en esta esfera de la vida cotidiana se desenvuelve el empleado público y en general el ser humano, ni a ella apuntan con exclusividad sus afectos y logros" (auto, junio 27 de 1988. M. p. Dídimo Páez Velandia); bien pueden quedar allí comprendidos otros intereses como los referidos en el incidente resuelto en aquella ocasión donde el fallador de segunda instancia y su cónyuge fueron testigos de cargo en el proceso por revisar.

La discrepancia radica en involucrar en esta causal, so pretexto de su generalidad, intereses regulados específicamente en otras causales limitadamente, porque con ello se quebranta la voluntad expresa del legislador a propósito de una interpretación extensiva de la norma.

4. La Corte ha sido reiterativa, no solamente en relación con esta causal sino con otras, en señalar la imposibilidad de invocar como causal de impedimento el cumplimiento de la propia función. Así, por ejemplo, la opinión sobre el asunto objeto del proceso exige que sea formulada extraproceso porque la que necesariamente emite en las diversas etapas son ejercicio obvio de la función; el interés en el proceso, debe ser personal y concretamente particular, porque el público es inherente a la función que la ley le impone.

En este orden de ideas, cuando el fiscal interviene lo hace en nombre de la sociedad a la cual representa sin más consideración y mira que el imperio de la ley; por ello, su interés será el mismo en todos los procesos donde interviene, tornándolo público, jamás particular.

Hallar interés impediente en el funcionario que ha de revisar esa actuación por la necesidad de respaldar la posición jurídica asumida en procura de "prestigio, buen nombre o unidad familiar" es sencillamente —respetuosamente lo decimos— cohonestar y fomentar la perniciosa tendencia a desconfiar de los servidores y dispensadores de justicia, porque ciertamente una disparidad de criterios en el campo estrictamente jurídico, tamizada por las instancias, no puede ser fundamento para dejar de aplicar el derecho rectamente y menos aún para considerar que tal disparidad conceptual afecte los lazos familiares que por imperativo natural permiten desarrollar permanentemente una función pedagógica que conduzca a la rectitud y a la verdad, a menos que el núcleo familiar se haya desarrollado con otros valores o persistan en el adulto las fijaciones freudianas de la adolescencia.

Razón tuvo la Corte al considerar que las causales de impedimento no pueden posibilitar "...la creación de dudas en donde no las hay o el demérito de ejercicios judiciales, rectamente aplicados,

porque asumir criterio diferente sería menguar la eficacia y seriedad que presiden el dictado de justicia" (auto de febrero 25 de 1977).

5. Como no creemos que un funcionario judicial o del Ministerio Público, anteponga el interés familiar del pariente que actuó como agente fiscal en la primera instancia, a la ley en el examen de la técnica y conceptualización de la demanda que impugna el fallo de un Tribunal, consideramos no debió aceptarse el impedimento que con celosa prudencia presentó el señor Procurador Tercero Delegado.

Fecha up supra.

Edgar Soaredra Rojas, magistrado; *Didimo Páez Velandia*, magistrado

IMPEDIMENTO. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El impedimento señalado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, hoy en el inciso 3º del artículo 34 del Decreto 1861 de 1989, no obra en el evento del procedimiento abreviado

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 0060 (septiembre 4 de 1990).

Vistos:

De plano, decide esta Sala de la Corte sobre el impedimento que al tenor del inciso 3º del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal (art. 34 Decreto 1861 de 1989), manifiesta una de las Salas de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del magistrado doctor *Guillermo Gómez Arboleda*, para conocer en segunda instancia y por vía de consulta, del fallo dictado por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota (Antioquia), contra *Oscar Rodrigo Henao Vergara*, por hurto y violación al Decreto 3664 de 1986.

Actuación procesal:

En noviembre veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), personal adscrito a la "Estación Girardota" del Departamento de Policía Metropolitana del "Valle del Aburrá", atendiendo aviso dado por los vecinos de la vereda "San Andrés", aprehendieron al sujeto Oscar Rodrigo Henao Vergara, luego de que él mismo sustrajera bienes ajenos de inmueble cercano, siendo perseguido por los uniformados contra quienes disparó un arma de fuego que le fuera incautada junto con los elementos materia del ilícito.

Iniciada la investigación por el Juzgado Setenta y Nueve (79) de Instrucción Criminal radicado en Girardota, ampliada la denuncia y recibidos algunos testimonios, se escuchó en injurada al procesado y al resolverse su situación jurídica, se le decretó detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, según providencia en la que se advierte que como el acusado fue aprehendido en situación

de flagrancia, el trámite a seguir es el procedimiento abreviado de que trata el artículo 28 del Decreto 1861 de 1989, disponiendo consecuentemente la remisión del proceso al Juzgado Penal del Circuito de la misma localidad con demanda de citación a audiencia pública y señalamiento de las pruebas pertinentes.

Henao Vergara apeló tal determinación que fuera confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín (auto, febrero 14 de 1990, fls. 42 y siguientes, cdno. 1º), con ponencia del magistrado, doctor Guillermo Gómez Arboleda.

Avocado el conocimiento por juez competente, superado el tracto probatorio, se efectúa la vista pública luego de la cual por ese despacho se dicta sentencia de primer grado (mayo 23 de 1990), condenando a Henao Vergara a la pena principal de veintidós (22) meses de prisión con las accesorias correspondientes a quien se negó el subrogado de la condena de ejecución condicional, como autor responsable de hurto calificado y agravado, absolviéndolo de los cargos por violación al Decreto 3664 de 1986.

Enviado nuevamente el proceso al Tribunal Superior de Medellín —en consulta del fallo anotado— se reparte otra vez al magistrado doctor Guillermo Gómez Arboleda, quien aduce que al tenor del artículo 34 del Decreto 1861 de 1989 —inciso 3º—, la Sala de Decisión que preside se encuentra impedida para retomar el conocimiento del caso por haber adoptado decisión en la etapa instructiva (auto, junio 14 de 1990, fl. 105). Acceptándose el impedimento aducido se ordena sortear de nuevo el expediente, correspondiéndole, para estudio, al magistrado doctor Leonel Calderón Cadavid, quien enuncia que conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte, el impedimento afirmado por su colega, doctor Gómez Arboleda, no procede entratándose de casos sometidos al régimen de la Ley 2ª de 1984 o al procedimiento abreviado, devolviendo la actuación a la presidencia de la Sala "...a efecto de que se sirva dirimir el conflicto de reparto..." (fl. 107). Sus argumentos son prohijados por la presidencia (auto, junio 26 de 1990), quien advierte, además, que respecto de asuntos como el *sub judice* donde en verdad no subsiste una clara separación entre la etapa sumaria y la del juicio pues que la solicitud de convocatoria a audiencia no reviste la especial calidad de pieza calificatoria de la instructiva —como sí lo es la decisión que en tal sentido se adopta en el procedimiento ordinario— no puede esgrimirse el impedimento especial invocado por el doctor Gómez Arboleda. En consecuencia determina devolver lo actuado al despacho de éste para los fines subsiguientes.

Respondiendo lo anterior, la Sala Penal respectiva, con ponencia del doctor Guillermo Gómez Arboleda, reitera y amplía los razonamientos originalmente esbozados al plantear el impedimento. Vuelto el trámite al despacho del magistrado doctor Calderón Cadavid, con proyecto suyo, la Sala Penal que integra insiste a su vez en los fundamentos de su oposición, apoyándose en jurisprudencia de la Corte y haciendo otras consideraciones a las que se referirá más adelante esta Sala envía el expediente a esta Corporación para que se resuelva la dificultad referida.

La Corte:

I. Persiguiendo una mayor imparcialidad, el legislador quiso que jueces diferentes, sin subordinación funcional, se encargaran de las dos etapas procesales —sumario y juicio— instaurándose un procedimiento con marcada inclinación acusatoria. Por la importancia de los delitos, determinada por su impacto en la sociedad, se decidió que dicha tarea se cumpliera respecto de aquellos casos cuyo conocimiento en primera instancia radicara en los Jueces Penales del Circuito y Superiores, de cuya instrucción y consiguiente acusación se encargó a los Jueces de Instrucción Criminal.

Apenas obvio que tal determinación no podía quedar circunscrita a este ámbito. Por consiguiente, para la segunda instancia se estableció una causal de impedimento que cubriera el riesgo de una posible intromisión indebida. Se dispuso entonces —antes en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, hoy en el inciso 3º del artículo 34 del Decreto 1861 de 1989— que decisiones tomadas en la fase sumaria, de suyo le impedirían a las Salas respectivas "...conocer en ese mismo proceso de cualquier providencia proferida en la etapa de juzgamiento..."

II. En pretéritas ocasiones, la Sala ha sido explícita en señalar —hoy lo reitera— que dicho impedimento no obra en el evento de procedimientos especialísimos, como el consagrado en la Ley 2ª de 1984, puesto que en ellos no se deslindaron las etapas de investigación y juzgamiento, refundiéndose en una sola que participa de ambas. Por ello se encargó del decurso procesal, en toda su extensión, a un mismo funcionario que, como antaño, respondía a un esquema inquisitivo.

En estas circunstancias, por consiguiente, resultaría contradictorio imponer en la segunda instancia una diferenciación inexistente en la primera. Tal razonamiento llevó a esta colegiatura a señalar la inanidad del impedimento en cita para estos específicos eventos, incluyéndose los casos en que la instrucción podía adelantarse por el mismo fallador, tal como sucede respecto de los juzgados municipales, los tribunales y la Corte.

III. La situación es la misma en el procedimiento abreviado. Aunque podría pensarse en la existencia de factores diferenciadores que alinderarían el sumario y la causa, el mojón no es más que aparente. Así, como regla general se estableció que el juez del conocimiento, al resolver la situación jurídica del aprehendido, habría de establecer si se trataba de confesión simple o de flagrancia, caso en el cual las diligencias entrarían a tramitarse por el procedimiento abreviado.

IV. No es cierto, por tanto, que se hubiera establecido por el legislador la intervención de dos (2) funcionarios de igual categoría e independientes entre sí, pues esto sólo responde a un determinado aspecto de los varios que cobija esta breve sistemática: el referente a los delitos de competencia de los jueces del circuito o

superiores. En los demás, el mismo funcionario cognoscente asume la investigación desde su inicio hasta proferir la determinación que le ponga fin al proceso.

V. La aparente excepción a que se ha hecho referencia, responde a una razón práctica. Como en estos casos es al juez de Instrucción Criminal a quien le corresponde averiguar por los dichos punibles, resulta apenas obvio que es él quien debe determinar la viabilidad del procedimiento abreviado. El que señale la práctica de pruebas o le solicite al juez del conocimiento la citación a audiencia, es una cuestión mecánica que persigue el cumplimiento de la celeridad que se busca con este trámite especial.

VI. No habría razón para descargar estas labores en el funcionario competente, pues el instructor, respondiendo al principio de inmediación de la prueba, es quien puede determinar con mayor eficacia y prontitud cuáles probanzas harían falta para completar la suma procesal. Cumple, por consiguiente, una tarea impulsadora y colaboracionista, no una labor excluyente que delimite el procedimiento. Es por ello que la realización de lo decretado le corresponde al juzgador cognoscente.

VII. Así, entonces, el que esta Sala en pasada ocasión haya asimilado el auto por medio del cual se resuelve la situación jurídica con el pliego acusatorio "...puesto que es este el auto que se lee en la diligencia de audiencia pública y porque además, una vez en firme esta decisión debe señalarse fecha para la realización de audiencia pública..." (auto, mayo 20 de 1989, mag. pte., doctor Saavedra Rojas), obedeció a establecer algunos elementos que lo diferenciaban del ritual ordinario. No se afirmó, ni mucho menos se prohijó la tesis sobre la existencia de también dos etapas, como parece entenderlo la Sala de Decisión Penal que se declaró impedida.

VIII. Por consiguiente, el que la Sala integrada por los magistrados, doctores Guillermo Gómez Arboleda, Fernando Gómez Gómez y José J. Gómez Gómez hubieran conocido por vía de apelación del auto que decretó la detención preventiva del acusado Oscar Henao Vergara, no estructura el impedimento que consagra el inciso 3º del artículo 34 del Decreto 1861 de 1989. Por ende, le corresponde desatar la consulta del fallo de primer grado proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Girardota.

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

Resuelve:

Declarar que no les asiste razón a los magistrados de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, doctores Guillermo Gómez Arboleda, Fernando Gómez Gómez y José J. Gómez Gómez, para separarse del conocimiento del proceso adelantado contra Oscar Henao Vergara por hurto e infracción al Decreto 3664 de 1986, por no estructurarse la causal prevista en el artículo 34 —inciso 3º— del Decreto 1861 de 1989.

En consecuencia, le compete a la misma absolver la consulta de la sentencia dictada en primera instancia dentro de ese asunto.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

EXTRADICION

A partir del 12 de diciembre de 1986, todo lo que se tramite en materia de extradición con los Estados Unidos de América, deberá ceñirse a las reglas contenidas en el Tratado de 1888, con su adición de 1940 y en materia de narcotráfico y conexos, el Decreto 1860 de 1989

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 0061 (septiembre 5 de 1990).

Vistos:

Por nota verbal número 640 del treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), perfeccionada con la también nota verbal número 105 datada a febrero veintiuno (21) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el gobierno de los Estados Unidos de América, por medio de su embajada acreditada en nuestro país, solicitó la extradición del ciudadano estadounidense *Timothy Allen Crawford*, procesado por el delito de narcotráfico.

Concluido el trámite de ley, procede la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia a emitir el concepto de rigor. El apoderado del requerido presentó en tiempo alegato de conclusión, en tanto que éste elevó un escrito extemporáneo.

Hechos:

Timothy Allen Crawford, ciudadano norteamericano, en la actualidad detenido y procesado en Colombia por una pretensa violación al Decreto 1188 de 1974, fue acusado mediante auto número 86-8128-CR ROETTGER, dictado el dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), ante la Corte Distrital de los Estados Unidos de América para el Distrito Sur de Florida (Palm Beach), de cuatro (4) cargos, el primero de los cuales se refiere a un "concierto para importar cocaína", al tiempo que los restantes se sustentan en la introducción efectiva del alcaloide a ese país.

Se dice en la referida nota verbal número 105, que "...los hechos del caso indican que entre marzo y junio de 1985, como parte de un concierto para importar cocaína, el señor Crawford transportó por

avión cocaína desde Colombia para ser distribuida finalmente en los Estados Unidos. Varios de los coacusados del señor Crawford lo han señalado a él como el piloto..."

Por oficio del seis (6) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Ministerio de Relaciones Exteriores expresó su concepto acerca de la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal a este asunto y envió copia debidamente traducida de la acusación hecha por el "gran jurado", de los textos legales en que se fundamenta y de los testimonios que la coadyuvan.

Alegatos de la defensa:

El apoderado del requerido en extradición se opone a la petición en comento, basando su manifestación en las siguientes argumentaciones:

1. Plantea una excepción de inconstitucionalidad de los artículos 647 a 668 del compendio, ritual pues, por expreso mandato del artículo 23 de la Carta, la detención de una persona sólo obra en virtud del mandamiento escrito de autoridad competente. De igual manera el Estado —como sujeto de derecho internacional— debe cumplir con los tratados públicos y si se considera a la extradición como una actuación político-jurídica, no sólo le son aplicables las garantías procesales sino también las consagradas en dichos convenios. Destaca luego la prevalencia de la Constitución sobre las leyes, la ausencia de garantías mínimas en los trámites de extraditables pese a su consagración en la Carta y los Tratados, señalando a continuación vacíos como el relativo a la posibilidad de excarcelación, haciendo nugatorio el debido proceso, todo lo cual confluye a predicar su inexequibilidad.

2. En un segundo capítulo titulado "Varias excepciones", alega en forma subsidiaria la falta de jurisdicción del Estado requiriente pues las diversas fases del hecho se cometieron fuera del territorio de los Estados Unidos de América; también el que se haya revivido un caso legalmente concluido pese a la prohibición contenida en las normas colombianas, advirtiendo que en la primera oportunidad no se presentó solicitud formal y se revocó auto de detención sin tener en cuenta esto y la carencia de elementos probatorios. Luego habla de la "tortura" a la que puede ser sometido su poderdante en el evento de ser extraditado, con desconocimiento de la Convención aprobada por la "O.N.U." en 1984. Igualmente señala una posible violación al principio *"nom bis in idem"*; por cuanto la extradición no procede si por el mismo hecho el requerido ha sido o está siendo juzgado en Colombia, lo cual sucede en el presente asunto, conclusión a la que arriba luego de examinar los cargos y el tiempo de su comisión.

3. En otros acápite cuestiona la validez formal de los documentos presentados como sustento de la solicitud de extradición, señalando que fueron preparados antes del fallo que declaró inconstitucional la ley aprobatoria del tratado respectivo. De ahí que se concluya por fuerza la sujeción a sus estipulaciones, una de las cua-

les —dice— se violó al no encontrarse firmados los escritos aducidos como prueba, por funcionario judicial alguno tampoco contienen la totalidad de las normas que definen y sancionan los hechos sustento de la medida.

4. Seguidamente el apoderado del reclamado señala que uno de los requisitos exigidos por el procedimiento penal es la plena identificación del sujeto pasivo de la solicitud para lo cual deberán allegarse todos los datos que se posean y que sirvan para tal fin. Sin embargo, el Estado requiriente en el presente caso apenas si envió una fotografía que no avala ninguna autoridad judicial y "...que tiene poca semejanza con el detenido...", indicando a continuación las diferencias morfológicas que permiten suponer que es otra la persona reclamada.

5. A seguida advierte el defensor que los hechos endilgados a su poderdante deben también encontrarse tipificados como delitos en el derecho colombiano pues ello es requisito esencial de la extradición. Empero, tal previsión se incumple ya que los actos se cometieron fuera de la jurisdicción del Estado requiriente. Además, que al acusarse al propio tiempo por conspiración e importación comporta un quebrantamiento al principio del *"nom bis in idem"*, pretender juzgar al procesado por "...*complicidad y autoría del hecho* y/o tentativa y consumación del mismo...". Finalmente, el memorialista llama la atención sobre cómo la "conspiracy" estadounidense no encuadra en el "concierto para delinquir" colombiano, conforme a reiterada jurisprudencia.

6. En capítulo titulado "Equivalencias de providencias", el alegante, luego de anotar que el *"indictment"* no constituye prueba de la existencia del ilícito, denuncia la carencia de firma judicial que lo respalde lo cual lo priva de la validez formal y, por consiguiente, de ser tomado en cuenta para efectos de la decisión a adoptar.

7. Por último, partiendo de la premisa de que "...Existen, o han existido varios tratados públicos, y, no obstante esfuerzos de parte del procesado para determinar cuáles son aplicables al presente caso, se ha decidido que esta es una cuestión de *fondo* que se resuelve en la decisión final...", el mandatario del solicitado decidió estudiar cada uno de los convenios posiblemente aplicables "...para sustentar una defensa completa...". Para ese objetivo examinó el Tratado de Extradición de 1888 y su Convención Adicional de 1940, la Convención de Montevideo de 1933, el Tratado de Extradición de 1979 y la Convención Unica Sobre Estupefacientes de la "O.N.U.", suscrita en 1961 y su modificación en Protocolo de 1971.

Respecto al Tratado de 1888, la defensa argumenta que es imperativa la intervención de la Corte en lo que se relaciona con la apreciación de las pruebas y la consiguiente determinación sobre si se justifica o no el arresto "...y el seguimiento a causa conforme a las leyes del Estado donde se halle la persona procesada por extradición cuando fuere en ese país cometido el delito...". Considera que en virtud del principio de separación de poderes, consagrado en la Carta, solamente al jurisdiccional le compete tal tarea. Además, afirma, cuando en el referido tratado se habló de gobierno, no se

refería a la rama ejecutiva, sino "...según el contexto, podía también indicar en términos generales el conjunto de los poderes públicos...". Para terminar, advierte el memorialista que la valoración probatoria y su pertinencia "...presupone una actuación de *carácter judicial*, no *administrativa, política o civil*..."

La Corte:

I. Aunque con claridad y suficiencia la Sala expuso en pretérita ocasión los alcances de la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 27 de 1980, el concepto emitido por la División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores persiste en recoger la tesis exhibida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del honorable Consejo de Estado, doctrina que no incide sustancialmente en el asunto cuestionado.

Fue por ello que, en su momento, esta colegiatura aclaró:

"...Cuando dentro de un trámite administrativo está prevista la intervención de un órgano de la justicia, esta participación no pierde su carácter judicial para convertirse por ese hecho en actuación administrativa. De ahí que al devenir un enfrentamiento de conceptos sobre las consecuencias de un fallo de inexequibilidad de la Corte que toca con la extradición, para limitar la glosa al caso de autos, y se hace necesario determinar si la Sala de Casación Penal debe emitir concepto o abstenerse de hacerlo, la solución no está en acudir al auxilio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que está inhibida para actuar en favor o en contra de los órganos de acción del poder público comprometidos en este conflicto de competencias o de interpretaciones, sino en acatar a quien debe resolver el problema suscitado, o sea, la Sala de Casación Penal de la Corte, la cual, en defecto de una definición de la Sala Plena de esta Corporación, le corresponde señalar si conceptúa o se inhibe..."

"...El gobierno nada tenía que consultar en cuanto al papel que debía representar en este asunto la Sala de Casación Penal, pues es a esta y no a ningún otro organismo por calificado que sea, a quien la ley le adscribe la potestad de hacer este pronunciamiento. Distinta es la situación una vez emitida la resolución positiva o negativa de extradición, por parte del gobierno. Su impugnación ya si corresponde desatarla a la Sección Primera del Consejo de Estado, quien puede contradecir algunas apreciaciones de la Sala de Casación Penal..." (auto, junio 3 de 1987, mag. pte. doctor Gómez Velásquez; G. J., Tomo CLXXXIX, núm. 2428, primer semestre, volumen I, pág. 538).

II. Ahora bien: respecto a la conclusión del referido concepto en el que, además se remite al artículo 17 del Código Penal, para adverar "...que como se trata de la solicitud de extradición de un extranjero, a nuestro juicio puede procederse de conformidad con lo dispuestto en el Código de Procedimiento Penal...", la Corte se ve obligada a volver sobre sus pasos para recordar lo dicho en anteriores fallos:

a) De acuerdo con el mencionado artículo 17 del estatuto penal "...La extradición se solicitará, concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos. A falta de estos el gobierno solicitará, ofrecerá o concederá la extradición conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal..."

b) De lo allí expresado se extrae que lo primero a dilucidar es si existe o no tratado con el país requiriente. La simple firma del convenio, como es bien sabido, no basta para responder afirmativamente, como que el proceso de su creación abarca varios actos que habrán de examinarse. Su nacimiento a la vida jurídica dependerá, entonces, del canje de ratificaciones o el depósito de instrumentos de ratificación, la ley aprobatoria que lo incorpore al derecho interno y, en general, los demás medios contemplados en el Derecho Internacional y en el tratado mismo.

Al respecto, la Corte ha dicho "...que la convención internacional es compleja, formada por operaciones distintas y sucesivas que se juntan para formar un solo acto. Cada pieza integrante del convenio internacional es indispensable, de modo que cuando una de ellas falta, la operación jurídica final deja de nacer..." (sentencia, octubre 23 de 1975. Mag. pte. doctor De la Vega; G. J., Tomos CLII y CLIII, núms. 2393 y 2394, años 1975 y 1976, pág. 207).

c) De otra parte, si el tratado no ha sufrido tropiezos en su formación y adquiere plena vigencia, los firmantes se encuentran en la obligación de cumplirlo, de acuerdo con las normas de Derecho Internacional. Esta Corporación recordó otrora la primacía de los convenios sobre la legislación nacional, la cual ha sido reconocida en los diferentes ordenamientos punitivos, concluyendo:

"...Resulta, pues, incuestionable que mientras esté vigente un acuerdo de extradición con algún Estado, el gobierno colombiano debe cumplirlo aunque en él se pacten cláusulas diversas de las que sobre aspectos idénticos estén previstos en la legislación sustantiva o procesal colombiana, cuya aplicación como ya se ha dicho es en tales materias subsidiaria..." (auto, noviembre 29 de 1983, mag. pte. doctor Reyes Echandía).

Más tarde, esta misma Sala Penal de la Corte aclaró que "...Cuando un Estado expide normas sobre trámite interno, esa regulación fatalmente tiene que ajustarse a las previsiones del tratado sobre el sistema adoptado para la extradición, pues es sólo una norma complementaria y no sustitutiva de las decisiones incorporadas a este... Las normas deben orientarse a complementar las previsiones del convenio, pues ninguna ley interna tiene capacidad para modificar unilateralmente las decisiones de un tratado internacional..." (auto, febrero 17 de 1987. Mag. pte. doctor Giraldo Angel).

d) En diciembre doce (12) de mil novecientos ochenta y seis (1986), la Corte declaró inexequible la Ley 27 de 1980 (noviembre 30), por la cual se aprobó el tratado de extradición suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América "...en cuanto no fue

constitucionalmente sancionada por el presidente de la República...", como quiera que el ministro delegatario que cumplió dicha función no tenía la investidura para ello.

Se dijo en aquel entonces que "...Si la ley es pues apenas uno de los requisitos para que el *tratado* adquiera eficacia y unida a los otros actos que lo conforman entra a formar parte inescindible del acuerdo internacional, los vicios sustanciales que afecten su proceso genético, ...necesariamente se proyectan o inciden en el *acto complejo* y no permiten que este adquiera existencia en el orden normativo o doméstico..." (cfr. M. P. Duque Pérez; G. J., CLXXXVII, núm. 2426, pág. 596).

e) Siguiendo los lineamientos trazados por este fallo, en la susomentada providencia de febrero diecisiete (17) de mil novecientos ochenta y siete (1987), esta Sala hizo un recuento de los tratados que Colombia ha suscrito con los Estados Unidos de América, a saber: el de mil ochocientos ochenta y ocho (1888), denominado "Convención Recíproca de Extradiciones de Reos", aprobada por la Ley 66 del mismo año; el de mil novecientos cuarenta (1940), suscrito como "Convención Adicional a la de 1888", ratificada por la Ley 8ª de 1943, mediante la cual se hacía extensiva a otros delitos, entre ellos, los cometidos "...contra las leyes de represión y comercio de narcóticos..."

f) En el año de mil novecientos treinta y cinco (1935), se suscribió el "Tratado Multilateral de Extradición de la VII Conferencia Internacional Americana" —entre cuyos participantes se encontraban los Estados Unidos de América—, siendo aprobado mediante la Ley 74 de esa anualidad. Sin embargo, como quiera que este país plasmó reserva contra el artículo 2º —que estipula la entrega del reo cuando éste fuere nacional del Estado requerido— esta Sala, ateniéndose al literal b) del artículo 21 de la "Convención de Viena", aprobada por la Ley 32 de 1985, concluyó que "...este tratado no puede regular las relaciones entre Colombia y los Estados Unidos de América cuando se trate de la extradición de nacionales de cualquiera de los dos países..."

g) Finalmente, se hizo alusión al Tratado de Extradición de mil novecientos setenta y nueve (1979), aprobado por la Ley 27 de 1980, declarada inexequible como se anotara, por lo cual se concluyó que en esta medida readquirieron "...automáticamente vigencia los tratados anteriores, según reiterada jurisprudencia de la misma Corte sobre los efectos de la declaratoria de inexequibilidad, es decir, los tratados de 1888 y 1940 atrás mencionados..."

h) Así, y al examinarse con amplitud estos convenios, lo que llevó a esta Corporación a precisar que, con base en ellos "...el procedimiento acordado por ambos Estados para el trámite de las solicitudes de extradición es exclusivamente administrativo, sin que se haya previsto ninguna participación de las autoridades judiciales del país...". De igual manera, "...que las solicitudes sobre extradición antes del doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), se tramitan y definen conforme a las regulaciones de los Convenios de 1888 (Ley 66 de 1888) y 1940 (Ley 8ª de 1943)..."

i) No es verdadera, por tanto, la aseveración acerca de la inexistencia de tratado sobre la materia, evento que de haber sido cierto,

daría razón al Ministerio de Relaciones Exteriores y se estaría a lo preceptuado en el estatuto procedimental, sin importar la calidad de extranjero que le asista al requerido, pues la ley sólo hace distinción —para prohibir la medida— respecto al ofrecimiento de extradición de nacionales y a su concesión para sindicados o condenados por delitos políticos.

j) De otra parte, como se explicó entonces, y se reitera ahora, el resurgimiento del Tratado de 1888 apartó a la Corte de cualquier tipo de intervención en el asunto. El otorgamiento de amplias atribuciones al presidente de la República para conceder o negar el requerimiento de extradición, consecuencia de haber restringido la potestad a los gobiernos de ambos países, entendidos por tales las ramas ejecutivas, convirtió el procedimiento en meramente administrativo. Sin embargo, ello no quiere decir que se haga nugatorio el derecho de defensa. Por el contrario, la sistemática en este ámbito es prolija en la salvaguardia de esta garantía constitucional, al contemplar fase para la solicitud de pruebas, la interponibilidad de recursos, causales de suspensión o revocatoria de los actos administrativos, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, etc., etcétera, todo lo cual resguarda los derechos del extraditable.

III. Finalmente, como quiera que en el momento se encuentra vigente el Decreto 1860 de 1989 —dictado al amparo del régimen de estado de sitio— que suspendió el inciso 2º del artículo 17 del Código Penal, la Sala considera conveniente hacer las siguientes precisiones:

a) El contorno de su aplicación se reduce a los delitos de narcotráfico y los conexos, no sólo porque así se precisó en sus consideraciones sino también porque únicamente sobre estos aspectos que tiendan al restablecimiento del orden público toda vez que ataca las causas que hicieron posible la declaratoria de su turbación, le es permitido al Gobierno Nacional el ejercicio de su facultad legislativa de excepción.

b) Si no existe tratado con el país requiriente y la solicitud de extradición versa sobre los delitos de tráfico de estupefacientes y conexos, el referido decreto tiene plena aplicación, pudiendo ofrecer la extradición de nacionales y extranjeros requeridos por estos ilícitos, ciñéndose al trámite contemplado en el Código de Procedimiento Penal, con las modificaciones introducidas en aquella normatividad, entre las cuales se cuenta el que no se requerirá concepto previo de la Corte.

c) En cambio, en presencia de un convenio vigente, como sucede con los Estados Unidos de América, su aplicación se torna subsidiaria. Por ello, la Corte en Sala Plena advirtió que "...la circunstancia de que ahora sea posible la extradición de nacionales por delitos de narcotráfico y conexos aún en ausencia de un tratado público que así lo autorice, no implica de ninguna manera que si tales instrumentos internacionales existen no deben ser observados, ya que, por el contrario, es imperativo para ambos Estados interesados y compromete la 'bona fide' que se les exige, que ellos sean cumplidos con exactitud..." (sentencia, octubre 3 de 1989).

d) Se deduce, entonces, que a partir del doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), todo lo que se realice en materia de extradición con los Estados Unidos de América, deberá ceñirse a las reglas contenidas en el Tratado de 1888, con su adición de 1940, debiéndose considerar, en materia de delitos de narcotráfico y conexos, el Decreto 1860 de 1989 como complementario, en la medida en que desarrolle lo estipulado en el convenio. De consiguiente, en lo que se le oponga no tendrá aplicabilidad.

IV. De todas maneras, el hecho de que tanto el tratado vigente, como el Decreto 1860 de 1989, no contemplan la actuación de la Corte, adviene inconcuso que no debe impetrarse la opinión de esta Sala, como que el gobierno colombiano tiene aquí libertad completa para resolver las solicitudes que con tal fin se le eleven.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Abstenerse de conceptuar, acorde a los razonamientos plasmados en la parte motiva de este proveído, en las diligencias extraditables de Timothy Allen Crawford.

Previa expedición de copia integral de lo actuado para el archivo de esta Corporación, en firme la providencia —de la cual se enviará fascimil al Ministerio de Relaciones Exteriores para su información—, de lo actuado hágase remisión al Ministerio de Justicia para los fines subsiguientes, comunicándose por la Secretaría de la Sala la actual situación jurídica y en reclusión del requerido Timothy Allen Crawford, a virtud del proceso que contra él mismo se tramita actualmente en esta colegiatura.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION

La capacidad que posee el recurso de desvertebrar la sentencia ejecutoriada, se basa en la robustez de los nuevos elementos probatorios invocados para conseguir su prosperidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobada Acta número 0062 septiembre 11 de 1990.

Vistos:

El apoderado del condenado *Carlos Alberto Castillo Gaitán,* por medio de escrito presentado ante esta Corporación, interpone el recurso extraordinario de revisión contra las sentencias proferidas en septiembre cuatro (4) y octubre veinticuatro (24) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de Cali y el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, respectivamente, a través de las cuales se le impusieron treinta y dos (32) meses de prisión como pena principal. Decídese si tal solicitud reúne los requisitos estipulados en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda:

El memorialista fundamenta la interposición del recurso en el numeral 3º del artículo 231 del estatuto procedimental "...por cuanto ni en la etapa instructiva ni en la etapa del juicio se aportó la prueba del señor Nelson Cruz Gómez de haber recibido personalmente los elementos que le fueron sustraídos...", los que fueron recuperados en la ciudad de Medellín y entregados a su presunto dueño. Inadvertida pasó "...la indagación sobre este fenómeno..." y sobre su procedencia "...por cuanto dichos objetos no son de fabricación nacional, todos ellos son de industria extranjera por lo tanto... están sometidos al régimen de importaciones y por ende el presunto ofendido ...ha debido presentar... los documentos idóneos para acreditar la propiedad..."

En lo que se refiere a la factura aducida para demostrar la dicha propiedad, el libelista la rechaza con calificativos de inidónea o apócrifa, al tiempo que predica la ilegalidad de la introducción al

país de las mercancías "...tipificándose... el delito de contrabando... y por consiguiente el juzgado ...ha debido hacer una severa investigación... con el fin de establecer la legitimidad o no de estos objetos materiales que fueron materia y causa de la condena de mi defendido...", por lo cual impetra la recepción de varios testimonios "...para que declaren todo lo que les consta con respecto a la entrega de las mercancías recuperadas...", así como el de Nelson Cruz para que hable "...sobre el recibido de la totalidad de las mercancías que le fueron entregadas..." (fls. 44 y siguientes).

La Corte:

I. La revisión, al contrario de la casación, no persigue el examen de la sentencia con miras a establecer un pretenso conculcamiento de la ley al ser aplicada por los falladores. El alcance es diferente. Aquí se ataca la cosa juzgada como que el objetivo cardinal es un replanteamiento de la investigación y de la sentencia misma, en el evento en que, demostrada alguna de las causales establecidas taxativamente en la norma, se proceda a la revisión de rigor.

De consiguiente, la capacidad que posee de desvertebrar la sentencia ejecutoriada, indica lo especialísimo de la impugnación, cuya razón de ser se basa en la robustez de los nuevos elementos probatorios invocados para conseguir su prosperidad, como quiera que han de comprobar, en forma incontrovertible, la irresponsabilidad o inocencia del sentenciado, lo que implica de suyo modificar el proceso en su integridad.

Por tanto, no podrían tenerse en cuenta pruebas que, debatidas con suficiencia en las instancias, fueron apreciadas o rechazadas por el fallador. De tales menesteres se ocupa la casación. Aquí, la revisión de la sentencia y, por lo mismo, del proceso, conlleva el aporte de nuevos elementos de juicio, debiendo entenderse por tales —como es apenas obvio— los que no fueron materia de discusión en las instancias.

II. Es por ello que la causal tercera, invocada por el demandante, señala con claridad que habrá lugar a revisión de las sentencias ejecutoriadas " Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas no conocidas el tiempo de los debates, que establezcan la inocencia del condenado o condenados "

Resulta explicable, entonces, que entre los requisitos formales que ha de contener el respectivo libelo, se expresen los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes y la relación de las pruebas aportadas para demostrar la petición. Sin embargo, como lo ha entendido la jurisprudencia, no se circunscribe a un mero inventario de razones y probanzas. De aceptarse esto, el examen exigido por el artículo 234, ibídem, no pasaría de ser un formulismo sin trascedencia alguna.

De ahí que el revisionista, en el escrito sustentatorio, ha de comprobarle a la Corte que, por lo menos, la reapertura de la discusión procesal, se hará con evidencias originales. Esta colegiatura, a su vez, valorará tal calidad analizando las copias aportadas de los fallos instanciales.

III. Tales previsiones no son tomadas en cuenta en la demanda. Descansa su argumentación sobre carencias probatorias en la investigación, tanto sobre la recuperación y entrega de los elementos sustraídos como de su procedencia, sin que al respecto precise cuál el hecho o la prueba nueva y cuál su incidencia en la suerte del condenado.

Su escrito, entonces, no persigue otra cosa que revivir el debate procesal con los mismos elementos de juicio que sirvieron para desarrollarlo y culminarlo con la decisión que hoy se pretende revisar. Tal limitación indica el yerro del actor quien, si por lo menos deseaba que sus tesis fueran reexaminadas, podría haber intentado en su momento acudir a la casación.

Además, como bien puede verse en las fotocopias aportadas, los temas traídos a cuento por el demandante, fueron debatidos en las instancias con suficiencia e incluso, respecto de la existencia de un posible delito de contrabando, se ordenó la expedición de copias para investigar por separado lo pertinente.

De todas maneras, sus razones, así hubieran estado apoyadas en pruebas nuevas, tampoco tenían asomo de triunfar pues ya el Tribunal había expuesto la hipótesis de ilicitud del objeto material, la que en el evento de demostrarse, no hubiera incidido en una declaratoria de inocencia por cuanto "...se lesionó patrimonialmente al señor Nelson Cruz quien de todas formas había hecho una erogación para la adquisición de los bienes hurtados, y en cuanto a los que tenía en depósito pertenecientes a otras personas, de todas maneras debía responder por ellas..."

IV. En consecuencia, el incumplimiento de los requisitos formales estipulados en el artículo 233 del ordenamiento procesal, impelen a la Sala a rechazar la demanda de revisión presentada, declarando desierto el recurso extraordinario.

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

Resuelve:

Rechazar "in limine" la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado Carlos Alberto Castillo Gaitán y, consecuentemente, *declarar desierto* el recurso de tal índole presentado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIAS. DELITOS CONEXOS

Cuando se trate de delitos conexos sometidos a diversas competencias, debe conocer el juez de mayor jerarquía que, por la misma razón, conoce del delito de mayor gravedad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 064 de septiembre 18 de 1990.

Vistos:

Por auto del veintiséis de julio de mil novecientos noventa la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín ordenó la remisión del proceso por homicidio del procurador Carlos Mauro Hoyos al Tribunal Superior de Bogotá, proponiéndole colisión de competencias negativa en caso de que no fueran aceptadas sus argumentaciones.

Por proveído del veintisieto de agosto de mil novecientos noventa el Tribunal Superior de Bogotá no aceptó las razones de su homólogo y ordenó la remisión del proceso a esta Corporación para que dirimiera el conflicto.

La Sala procede a resolver lo pertinente, luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Sostiene el Tribunal de Medellín que en este proceso se investigan infracciones conexas puesto que se formuló resolución de acusación por el secuestro del doctor Andrés Pastrana Arango ocurrido el dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y ocho, en la ciudad de Bogotá y por el secuestro y posterior homicidio del Procurador General de la Nación, doctor Carlos Mauro Hoyos y dos de sus escoltas, ocurrido el veinticinco de enero del mismo año.

Que la conexidad existe entre los dos hechos fue expuesta por el Juez Segundo Especializado en providencia del cinco de marzo cuando expresó:

"Los vehículos utilizados tanto en el secuestro del doctor Andrés Pastrana, como en los homicidios (sic) y secuestro del doctor Carlos Mauro Hoyos, pertenecen a una misma persona, que tiene relaciones con quien figuraba como patrón de los mayordomos de la finca donde se rescató al doctor Andrés Pastrana, existiendo una plena correlación, una identidad que une o unía a los administradores de las fincas 'Horizonte' y 'La Vega' de El Retiro, donde fueron llevados ambos personajes; siguiendo con este orden de ideas se utilizó un mismo aparato telefónico para emitir comunicaciones que hacían relación a los hechos investigados en ambos procesos, finalmente resulta muy diciente la afirmación del secuestrado Pastrana Arango en el sentido de que en su cautiverio pudo percartarse de las intenciones, de lo que se pensaba hacer con el doctor Carlos Mauro.

"Si miramos en conjunto todo este plexo probatorio, común a ambas investigaciones, encontramos que estos episodios delictuosos conllevan una sola finalidad: tomar medidas benéficas para que ciertas personas no fueran extraditadas del país, se palpa un propósito determinante final que los unifica".

Destaca el colisionante la declaración de Andrés Pastrana quien manifestó que sus captores le habían dicho que actuaban en nombre de los extraditables y que pensaban secuestrar al procurador con los mismos fines, esto es evitar que se siguieran haciendo las extradiciones.

Igualmente que poco después de haberle dado muerte al procurador se hicieron varias llamadas para notificar el suceso, informando que se trataba del grupo de "Los Extraditables".

Luego de hacer una serie de consideraciones en relación con los vehículos utilizados en las dos acciones para demostrar que fueron una misma persona, uno de los instrumentos utilizados y una la finalidad perseguida con las dos acciones delictivas, para concluir finalmente en ratificarse en la necesaria conexidad existente en los hechos que han sido motivo de investigación por una misma cuerda procesal.

Concluye afirmando que:

"Es ostensible que las conductas se ejecutaron en distintos lugares; en la ciudad de Bogotá, por lo menos, se consumó el secuestro del doctor Andrés Pastrana Arango y, por lo menos, se usó un documento público falso para la adquisición de los medios o instrumentos para la ejecución de ese hecho, como quedó enunciado; en Medellín, por lo menos, se cumplió la sustracción de otro de los instrumentos utilizados en los hechos punibles, esto es, el vehículo Renault 18 de placas QA-0301 provisto de radioteléfono 727021, y se formuló, en Envigado, la denuncia falsa sobre la sustracción del automóvil Renault 21 de placas LY-4492 (fl. 130, cuaderno 1), igualmente utilizado en ellos; por último, en jurisdicción de Rionegro y El Retiro se consumó el secuestro del Procurador General de la Nación, su homicidio y el de sus dos escoltas,

y, en fin, se continuó consumando, como delito permanente, el secuestro de Andrés Pastrana Arango, así como el porte y conservación de armas de uso privativo de las fuerazs militares, hecho este último que igualmente, en otra fase, se realizó en la ciudad de Bogotá".

Con base en las argumentaciones precedentes afirma que la investigación tuvo su inicio en Bogotá y que en tales circunstancias se está en presencia de competencia a prevención y que por tanto los competentes para conocer de este proceso lo son los funcionarios del Distrito de Bogotá.

Con providencia del veintisiete de agosto el Tribunal Superior de Bogotá rechazó la competencia propuestta por su homónimo de Medellín, y luego de hacer una enunciación de las diversas providencias que sobre competencia se han proferido en el proceso, termina por afirmar que no se discute la conexidad, pero que no comparte las conclusiones de quien propone la colisión de competencia negativa "para querer quitarse el conocimiento del proceso y poderlo remitir a esta Corporación", porque al tratarse de delitos conexos sometidos a diversas competencias debe conocer de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 84 del Código de Procedimiento Penal, el juez de mayor jerarquía que en este caso es el Superior.

Consideraciones de la Sala:

Como lo aceptan las corporaciones colisionantes, se trata evidentemente de delitos conexos, este punto no ha sido discutido, por ninguno de los funcionarios que han conocido del presente proceso, y es igualmente claro que en principio serían aplicables dos normas consagradas con la finalidad de resolver los conflictos de competencia y que de ser consideradas separadamente darían lugar a señalamientos diversos, porque si se acepta lo dispuesto en el artículo 75 sobre competencia a prevención, es claro que la Corporación competente lo sería el Tribunal Superior de Bogotá, pero si se aplica el artículo 84 le correspondería el juzgamiento al Tribunal de Medellín, por adaptarse el factor de competencia del funcionario y del delito de mayor importancia.

El conflicto que ahora se desata se suscita cuando está en trámite la segunda instancia, pero para efectos de mayor claridad, hipotéticamente piénsese en él, como si se hubiese presentado en primera instancia, para determinar cuál sería el funcionario competente.

También es preciso aclarar que los hechos ocurrieron antes de la vigencia del Decreto 180 de 1988 y por tanto no le son aplicables a este caso los factores de competencia señalados en dicha norma y en las sucesivas que lo han complementado.

Los delitos por los que se produjo la resolución de acusación son secuestros, homicidios y tenencia de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Si se tratara de una colisión en primera instancia, habría que conjugar los factores funcionales y territoriales para determinar quién

es el funcionario que debe seguir conociendo de este proceso y dentro de tal problemática se debe concluir que de los funcionarios de Bogotá sería competente el especializado para conocer del secuestro relacionado con el doctor Andrés Pastrana, pues fue el único delito cometido territorialmente dentro de tal competencia, pues el secuestro del procurador y los homicidios tuvieron ocurrencia territorial en jurisdicción del Distrito de Medellín.

En las condiciones anteriores, si bien en principio el competente para conocer de este proceso lo sería el especializado de Bogotá por competencia a prevención, la misma ha de ser descartada puesto que como ya se dijo el delito de mayor importancia es el homicidio y sobre este solo tiene competencia funcional y territorial el Juzgado Superior de Medellín pues dentro de su circunscripción ocurrieron los atentados contra la vida.

La coexistencia de los artículos 75 y 84 hacen pensar en principio en la existencia de un posible concurso de normas, porque podría afirmarse prima facie *que tanto el homicidio como el secuestro son competencia del Juzgado Superior de Medellín y que como el secuestro del doctor Andrés Pastrana se inició primero en la ciudad de Bogotá debe conocer, por competencia a prevención el especializado de esta.*

Pero de manera regular para el señalamiento de la competencia de un proceso concurren en forma simultánea varios factores de competencia, y este caso no es una excepción a la norma general porque la verdad es que si bien es clara la competencia del juez especializado para conocer del secuestro del doctor Pastrana, no tiene el competencia funcional ni territorial para conocer de los homicidios que tuvieron ocurrencia en el Distrito de Medellín.

Lo anterior quiere decir que en relación con el artículo 75 relativo a la competencia a prevención, este será aplicable cuando se trate de un delito realizado en diversos sitios, en lugar incierto o en el extranjero, o cuando se trate de delitos conexos, sometidos a una misma competencia, porque cuando se trata de esta clase de delitos y están sometidos a diversas competencias, el artículo aplicable es el 84 y no el 75, puesto que así lo dispone la manera clara y terminante, es decir, que debe conocer el juez de mayor jerarquía que por la misma razón conoce del delito de mayor gravedad.

En el caso concreto sometido a estudio, es evidente que el Juez Superior de Medellín tiene la competencia pues los homicidios, siendo los demás conexos con estos incluido el secuestro del doctor Andrés Pastrana, fueron cometidos en su territorio.

Si se concluye entonces la competencia del juzgamiento en cabeza del Juzgado Superior de Medellín, igualmente debe determinarse que el competente en la segunda instancia es su superior jerárquico, esto es el Tribunal Superior de Medellín.

En las condiciones anteriores debe remitirse el proceso al Tribunal de esa ciudad y enviarse copia de esta providencia para su conocimiento al Tribunal Superior de Bogotá.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Determinar que el Tribunal competente para conocer de este proceso lo es el de Medellín, a donde se deberá remitir este proceso, enviándose copia de esta providencia al Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez (salvamento de voto); *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

COMPETENCIA. A prevención

La competencia a prevención sólo exige el fenómeno de la denuncia y que ésta se refiera a conducta delictiva que haya tenido ocurrencia en el lugar donde actúa el funcionario que la recepciona

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ

A pesar de mi disentimiento, que obedece a un arraigado criterio expuesto en ocasiones anteriores que no es el caso rememorar en esta oportunidad, debo admitir sí que la apreciación mayoritaria corresponde al entendimiento que la Sala, con este *quántum* de votos, viene dando a situaciones como la *sub examine*.

1. No discuto, porque esto entraña una evidencia y una verdad procesal, que los hechos constituyen delitos conexos.

2. Destaco que la competencia a prevención sólo exige, para no mirar sino la hipótesis que cuenta en este evento, el fenómeno de la denuncia y que esta se refiere a conducta delictiva que haya tenido ocurrencia en el lugar donde actúa el funcionario que la recepciona. La Sala, y ella ha brindado razones conducentes para ello, entiende que debe requerirse un factor más: que quien así actúa, tenga competencia para los varios delitos (independientes, autónomos o conexos). Sólo si se da este factor es posible otorgar a la prevención una extensa eficacia, o sea, en el caso de autos, que quien oyó la denuncia en Bogotá, debía tener competencia para conocer del secuestro, del homicidio y posesión ilegítima de armas.

Como se ve, la opinión del suscrito alcanza hasta otorgar consecuencias positivas a la competencia preventiva, así, en este caso, la denuncia la hubiera recibido un juez municipal de Bogotá. En este entendimiento, este juez previene para que conozca el correspondiente juez de primera instancia (para instruir o para dictar la resolución acusatoria) y también para el de segunda. Y creo que el legislador, en este punto, ha sido sabio, pues si no edificara sobre tan objetiva y simple consideración lo de la competencia preventiva, daría lugar a que la competencia preventiva operara después de que se supiera cuáles son todos los delitos cometidos y a quién podría corresponder cada uno de ellos o establecer, para reunirlos, el de mayor jerarquía. Esto, muy seguramente, constituiría circunstancia propicia para nuli-

dades, inhibiciones, inercias, etc. Todo lo cual trata de conjurar la ley con la competencia preventiva, interpretada del modo por el cual propugno.

En las diligencias comentadas la situación todavía es más notoria, puesto que el funcionario que primero intervino en Bogotá, era competente para conocer del delito de secuestro en la persona del doctor Andrés Pastrana, hecho ocurrido en su territorio. De ahí que previniera la competencia tanto para el instructor o para quien debía dictar el procesatorio (juez superior) como para el de segunda instancia, o sea el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Adviértase, entonces, que una apreciación de esta índole no está dejando de lado lo del juez competente para conocer del delito más grave, pues esta es una obligada consecuencia de la competencia preventiva, esto es, que aunque todavía no apareciera la comisión del delito de homicidio, ya este, por el factor conexidad, se incluía en el secuestro y correspondía definirlo al juez superior de Bogotá.

Estimo, entonces, atinadas las reflexiones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el conflicto de competencia negativa que ha suscitado a su homólogo de Bogotá.

Con el debido respeto,

Fecha ut supra.

Gustavo Gómez Velásquez.

DEMANDA DE CASACION. NULIDAD

La nulidad como motivo de casación, es tan exigente como las demás causales, en su técnica y demostración

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 64.

Vistos:

El Tribunal Superior de Medellín, mediante sentencia de veintiocho de junio de mil novecientos ochenta y nueve, impartió confirmación a la proferida por el Juzgado Séptimo Superior en las causas acumuladas seguidas a *Carlos Arturo Palacio Arbeláez.* En ella se le condenó a la pena principal de 17 años de prisión por el homicidio de Luis Alfonso o Luis Antonio Suárez Manjarrés y se le absolvió por el homicidio de Reinaldo Valderrama Higuita.

Contra tal decisión, se interpurso el recurso extraordinario de casación que debe resolver la Corte.

Hechos:

Aparecen resumidos en el fallo materia del recurso, de la manera siguiente:

"*Hechos (primera causa).* Luis Alfonso Suárez Manjarrés o Carlos Franco Pérez o Gustavo Pérez Montoya, quien descontaba larga condena en la Cárcel de Bellavista, estaba confinado en el patio primero o 'La Guayana' del citado establecimiento, y sin que se sepan las razones, en fechas no determinadas, al mismo lugar fueron a parar, entre otros, John Jairo Salinas Muñoz, Alberto Jaramillo Sánchez (alias 'El Oso'), Saúl de Jesús Restrepo Londoño y Carlos Arturo Palacio Arbeláez (alias 'Bambas'). En la mañana del veintidós (22) de marzo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en desarrollo de la empresa criminal previamente concertada, cuando Suárez Manjarrés ingresó al sanitario, Alberto Jaramillo Sánchez lo sorprendió y lo sometió a la fuerza por el cuello, al paso que Saúl de Jesús Restrepo Londoño y Carlos Arturo Palacio le propinaban numerosas y certeras heridas con arma blanca que le causaron la muerte 'en forma casi instantánea' ".

"*Hechos (segunda causa).* Carlos Arturo Palacio Arbeláez y Reinaldo Valderrama Higuita, fueron trasladados de la Cárcel de Bellavista de esta ciudad a la Cárcel Nacional de Tunja 'El Barne', presentándose desde entonces cierta rivalidad entre ellos. Como el comportamiento de estos dos personajes no era bueno, las directivas del establecimiento muy a menudo se veían obligadas a sancionarlos llevándolos a las celdas de alta seguridad y castigo. En estas circunstancias se encontraban para el día doce (12) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), y aprovechando la hora de sol diaria que suele dársele a los reclusos sancionados, Valderrama Higuita camufló entre unas ropas un arma cotorpunzante, hecho que fue observado por Palacio Arbeláez desde algún lugar, y fue entonces cuando éste ladinamente se apoderó de la misma para arremeter contra su enemigo Valderrama Higuita, propinándole dos certeras heridas a consecuencia de las cuales dejó de existir en el mismo lugar".

Actuación procesal:

1. En desarrollo de la investigación por la muerte de Alfonso Suárez Manjarrés, para la práctica de la indagatoria del recurrente fue comisionado el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Tunja, por su homólogo de Medellín. Tal diligencia, se cumplió en las instalaciones de la Penitenciaría de "El Barne", a donde había sido trasladado el procesado, procedente de la Cárcel de Bellavista. Según el acta, por "...ausencia total de un abogado titulado...", se le designó como apoderado a un ciudadano no profesional del derecho.

2. Como consecuencia de la calificación del sumario, Palacio Arbeláez, junto con las demás personas vinculadas, fue llamado a responder en juicio por el homicidio de Luis Alfonso o Luis Antonio Suárez Manjarrés. En razón a la manifestación que hiciera, en el sentido de que se le designara un defensor de oficio, el juzgado realizó el nombramiento del respectivo profesional del derecho. Con él, se cumplieron los trámites inherentes a la causa y la audiencia pública que culminó con veredicto unánime de responsabilidad.

3. Al término de la vista pública y como el procesado Palacio Arbeláez pusiera en conocimiento del juez la existencia de otro proceso seguido en su contra en Tunja por el delito de homicidio en la persona de Reinaldo Valderrama Higuita, se dispuso la acumulación de las causas. A efecto de igualar los trámites, se efectuó un nuevo sorteo de jurados en el proceso procedente de Tunja y se requirió al implicado para que hiciera designación de un defensor, toda vez que el de oficio nombrado por el juez superior en Boyacá, en razón a su domicilio, podría tener dificultades para cumplir con la gestión encomendada. Frente a la manifestación de que se le fuera nombrado de oficio, se procedió a la respectiva designación. Cumplido este trámite, se celebró la audiencia pública, en la cual se emitió veredicto absolutorio a favor de Palacio Arbeláez.

4. Puestas las dos causas en igualdad de momentos procesales, el Juez Superior de Medellín profirió el fallo correspondiente. En él, acogió los veredictos que en cada uno de los juicios materia de acumulación se habían proferido. Consecuentemente, Palacio Arbeláez fue

absuelto por el homicidio ocurrido en la Cárcel de "El Barne" y condenado a la pena principal de 17 años de prisión por el de la Cárcel de "Bellavista" en Medellín.

Apelada esta decisión, el Tribunal le impartió confirmación en su integridad.

La demanda:

Con invocación de la causal cuarta de casación, contemplada en el artículo 580 del Código de Procedimiento Penal de 1971, aplicable al caso, se formula como único cargo contra la sentencia recurrida, el haber sido dictada en juicio viciado de nulidad.

Se estima por la casacionista que el artículo 26 de la Carta Política, los artículos 1º y 124 del Código de Procedimiento por el cual se rituó el proceso y los artículos 4º y 25 del Decreto 196 de 1971, fueron violados al no habérsele designado al recurrente un abogado inscrito que lo representara durante el sumario.

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal, con miras a destacar cómo el procesado no fue asistido por un defensor técnico, concluye que se desconoció el principio de la unidad y continuidad de la defensa, lo cual, en su criterio, debe ser sancionado con la declaratoria de nulidad de la actuación "a partir del auto que declaró cerrada la investigación".

El criterio del Procurador:

Al descorrer el traslado de rigor, el Procurador Segundo Delegado en lo penal, solicita a la Corte no casar la sentencia acusada. Fundamenta su petición, en dos aspectos esenciales. Uno de orden técnico y otro, referido a la verificación material en la actuación de la violación denunciada.

En relación con el primero, destaca cómo la libelista si bien apoya la censura en violación al artículo 26 de la Constitución, no precisa cuál de las cuatro garantías allí consagradas resultó vulnerada, limitándose a entremezclar argumentaciones de orden legal en relación con el estatuto rector del ejercicio profesional, sin demostrar el quebrantamiento del debido proceso, hipótesis dentro de la que ha debido formular el ataque.

Desde el punto de vista sustancial y con base en el examen concreto de la actuación cumplida, concluye el procurador que si bien al procesado Palacio Arbeláez no le fue designado abogado titulado para que lo asistiera en la indagatoria, no por eso puede afirmarse que las garantías del juzgamiento le fueron conculcadas.

Consideraciones de la Corte:

Resultan avenidos a la realidad registrada en el proceso y a los criterios fijados jurisprudencialmente los razonamientos del procurador delegado en que se basa para solicitar que no sea casada la sentencia recurrida.

En efecto: del examen de la demanda, se establece que algunos de los presupuestos técnicos orientadores del recurso, cuando él es ejercido al amparo de la causal de nulidad, son inobservados. Resulta imprescindible, para el caso, en el cual se alega violación al artículo 26 de la Constitución Nacional, que se precisara, en criterio de la casacionista, cuál de las garantías allí consagradas era la que resultaba vulnerada con las irregularidades a que se hace mención. La sola alusión general a la norma, no permite establecer la violación denunciada, en razón a la diversa naturaleza y alcances que poseen las cuatro hipótesis de preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento, la legalidad de la jurisdicción, la observancia plena a las formas del juicio, o la aplicación de la ley más favorable aunque sea posterior al acto imputado de que ella se ocupa. Pero, no sólo eso. Era, así mismo, deber de la demandante, según planteamiento lógico, demostrar la entidad del vicio aducido y su incidencia en el fallo, proponiéndole a la Corte, por modo consecuente ahí sí, a partir de qué acto procesal debía ser invalidada la actuación para proceder a su reposición.

En el último de los aspectos indicados, no puede la Sala dejar de destacar cómo aduciéndose por la casacionista que el vicio determinante de la nulidad demandada consiste en haberse adelantado el sumario sin que al procesado se le hubiera designado un abogado titulado que lo representara, de modo evidentemente contradictorio, se propone a la Corte la invalidación del proceso a partir del auto que dispone la clausura de la investigación, lo cual plantea, como lo destaca el procurador, que de prosperar el recurso, la actuación atacada por inválida subsistiría en el proceso y la válida perdería eficacia.

Esta forma de proponer y desarrollar la causa de casación, niega seriedad al cargo, haciendo de él demostración fehaciente de cómo se sigue abusando de la alegación de nulidades en este recurso, al margen de la precisión y rigor con que debe ser ejercido. Por ello, hácese oportuno reiterar, una vez más, que la nulidad como motivo de casación, es tan exigente como las demás causales, en su técnica y demostración.

Lo anterior no implica desconocer como lo tiene acordado la doctrina de la Corte, que la garantía constitucional de la defensa, deba ser presupuesto de validez del contradictorio. Tampoco, que su observancia tenga que ser continua y unitaria, al punto que su desconocimiento comporte la invalidación de la relación jurídico procesal. Pero estos principios, como también no deja en recordarlo la jurisprudencia, no pueden ser entendidos como puras abstracciones para burlarlos, o para denunciar su desconocimiento. En uno u otro caso, deben ser apreciados como realidades, imponiéndose, en los casos en que se propone su quebrantamiento como razón de invalidez del proceso, la demostración de sus efectos concretos frente a la actuación y el fallo acusado.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Corte que, en el caso materia de examen, cuando menos resulta exagerada la invalidez de la actuación propuesta en el cargo a la sentencia. La no designación de un "abogado inscrito" para la indagatoria del procesado, por sí, no puede ser tenida como desconocimiento de la garantía del derecho a la defensa. Es esta, una situación reglada en la ley, según la cual

se autoriza la recepción de la injurada sin la presencia de abogado titulado, siempre que se den las circunstancias allí mismo establecidas de la no presencia en el lugar de un profesional del derecho, evento en que puede ser suplido por un ciudadano de reconocida honorabilidad que no sea empleado público. Esto, precisamente, es lo acontecido en el presente caso, según se lee en el acta de indagatoria del proceso Palacio Arbeláez. Ello significa, entonces, que la actuación que pretende ser cuestionada en la demanda, más que quebrantar la legalidad, se encuentra ceñida a ella. Por lo mismo, mal puede constituir vicio que afecte la eficacia de la actuación, pues sería tanto como afirmar ilegalidad en la observancia de la ley.

Desde una apreciación integral de la actuación cumplida en las dos causas adelantadas en contra del procesado Palacio Arbeláez, tampoco se observa que la garantía de la defensa hubiera sufrido mengua alguna. La gestión judicial, respetuosa fue de los derechos de los procesados y, en particular, del recurrente. Las diferentes decisiones le fueron notificadas; se le impuso de sus derechos; se le designó defensor de oficio, quien abogó en pro de sus intereses, etc. Débese destacar, el celo del juez de conocimiento, en este sentido, al dar trámite a la acumulación de juicios. Consciente de las dificultades que podría tener Palacio para gozar de una oportuna defensa, dado que el proceso acumulado se adelantaba en Tunja, lo requirió para la designación de un nuevo defensor que le atendiera en Medellín y, frente a la manifestación de que no tenía como nombrarlo, de inmediato le proveyó uno de oficio, con el cual se cumplió la audiencia en que resultó exonerado de responsabilidad.

Lo anterior demuestra, pues, que el cargo propuesto en la demanda, además de corresponder a una antitécnica elaboración, resulta infundado. Por ello, él no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

DETENCION ARBITRARIA. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

No obstante que es cierto, que al prohibir la captura y detención de un empleado oficial antes de su suspensión se busca proteger la buena marcha de la Administración Pública, de esto no puede desprenderse que cuando se contraría ese mandato no se lesiona la libertad individual

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinte de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 0064 septiembre 18 de 1990.

Vistos:

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de diciembre dieciocho (18) de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (fl. 289 y ss. cdno. 1º), condenó al abogado *Augusto Eduardo Benincore Castro,* exjuez Ciento Quince (115) de Instrucción Criminal, a la pena principal de doce (12) meses de prisión y pérdida del empleo, a las sanciones accesorias correspondientes y al pago —en abstracto de los daños causados, reconociéndole el subrogado de la condena de ejecución condicional, en su condición de responsable del delito de privación ilegal de la libertad del cabo segundo de prisiones, *José Ramiro Tovar Gómez,* al disponer la detención del mismo en el proceso que contra éste adelantaba en su despacho —para ese entonces radicado en La Palma (Cundinamarca)— sin previamente haber solicitado la suspensión de aquel del cargo respectivo ante la entidad correspondiente.

Esta Sala de la Corte resolverá frente a la apelación que debidamente interpusiera y sustentara el procesado. En el trámite de segunda instancia, el señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo penal conceptúa impetrando revocar el fallo impugnado y absolver al exjuez Benincore Castro según los planteamientos que formula en su concepto fiscal.

Hechos:

Como expresó el Tribunal en su resolución acusatoria "...el día 5 de diciembre de 1987, en la discoteca 'Estudio 84' situada en el

perímetro urbano de La Palma (Cundinamarca), fue herido con arma de fuego Gerardo Cerquera Montaño miembro de la Policía Judicial, hechos atribuidos al cabo de prisiones José Ramiro Tovar Muñoz, guardián al servicio de la Cárcel del Circuito de la localidad, quien emprendió la huida refugiándose en el establecimiento carcelario a donde posteriormente llegó el doctor Benincore Castro, Juez Ciento Quince de Instrucción Criminal, para enterarse de lo ocurrido y verbalmente ordenó al personal de la guardia de la cárcel, que se mantuviera al cabo Tovar Gómez en calidad de retenido, situación que se prolongó hasta el 21 de diciembre del mencionado año, cuando por virtud de la medida de aseguramiento se legalizó el estado de privación de su libertad..." (fl. 194, edno. 1º).

Actuación procesal:

Al resolver frente a la apelación interpuesta contra el auto detentivo dictado contra el cabo de prisiones Tovar Gómez, el Tribunal Superior de Bogotá dispuso expedir copias de la actuación para investigar las irregularidades advertidas en el trámite del proceso respectivo y en que incurriera el doctor Benincore Castro, susceptible de investigación penal y disciplinaria. Con base en ellas se inició el presente proceso previo cumplimiento de algunas diligencias, entre estas, recepción de declaración al mencionado suboficial y al acompañante del herido en los hechos atribuidos a aquel; la incorporación de comunicaciones libradas por el juzgado a cargo del doctor Benincore Castro y la Personería Municipal de La Palma (Cundinamarca), con relación a la mencionada medida de aseguramiento y constancia que tienen que ver con el ejercicio del cargo por parte del funcionario acusado. Posteriormente se allegaron pruebas como testimonios del personal adscrito al establecimiento carcelario citado; inspección judicial en los libros de control de la cárcel para determinar lo referente a la reclusión del cabo Tovar Gómez, escuchándose luego en indagatoria al exjuez Benincore Castro, quien explica sus actuaciones en el expediente seguido contra Tovar, refiriéndose en forma amplia y pormenorizada al diligenciamiento cumplido en el mismo. Clausurado el ciclo instructivo, se calificó el sumario por el Tribunal Superior —de acuerdo con el concepto fiscal— con resolución acusatoria, disponiendo la detención del funcionario acriminado. Sin que se hubieran solicitado y practicado pruebas en el juicio, se efectuó la audiencia pública en cuyo decurso el acusado y su defensor, reiterando sus anteriores alegaciones, impetraron la absolución de aquel aduciendo ausencia de dolo en la conducta recriminada agregando el apoderado que el evento correspondería a una prolongación indebida de la libertad. A su vez, el Ministerio Público reclamó sentencia condenatoria, petición esta última acogida por el fallador en la providencia objeto del recurso que se procede a decidir.

Alegaciones del procesado:

Para sustentar su inconformidad,, el acusado recurrente presentó escrito afirmando que actuó en el caso de marras en pro a garantizar la debida protección del cabo de prisiones y prevenir hechos más

graves, esto es, que ordenó su rentención "...por razones de orden público y para la seguridad personal del mismo..."; que recaudada la declaración injurada de aquel, no dispuso su reclusión verbalmente ni por escrito, pues de haberlo hecho se habría apoyado en el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal; que decretada la detención de Tovar Muñoz, requirió su suspensión en el cargo y la implantación de la vigilancia correspondiente y si en ese momento no dispuso la efectividad de tal medida, el inculpado quedaba libre sin necesidad de orden especial. Sostiene que subsistía el peligro en contra del suboficial, como aparece del posterior traslado de éste a otras cárceles e igualmente, que en ningún momento tuvo intención de violar los derechos del sindicado y sí más bien evitar serias situaciones de hecho, agregando que la orden inicialmente impartida por él —como lo admite el Tribunal— no constituye acto abusivo (art. 393 y 395 C. de P. P.), pero que no obstante lo anterior y con olvido del artículo 437, *ibídem*, dictó la Corporación en su contra resolución acusatoria sin que el artículo 395 del mismo estatuto sea de obligatorio cumplimiento.

Alega que la sentencia no se ajusta a la verdad procesal, porque dejó de analizar pruebas de gran importancia que explican las razones de la reprobada retención, lo cual dá lugar a la revocatoria de aquella y con relación al artículo 272 del Código Penal, advierte que la conducta es atípica pues el hecho no se cometió con abuso de las funciones o indebidamente; que él decretó la medida de aseguramiento no en ese momento sino posteriormente (auto diciembre 21 de 1987), decisión que, insiste, no afectó la marcha del establecimiento carcelario para el cual laboraba Tovar Gómez y que de otra manera se justificaría acorde con el texto del artículo 437 del ordenamiento procedimental y que las órdenes de retención fueron impartidas antes de la indagatoria, nunca después de ella. Analizando el aspecto de la juridicidad de la conducta, anota que el fallador desechó sin argumentos y contrariando las pruebas, la situación de peligro en que se hallaba la vida del cabo inculpado sin ser cierto que cesara con su ingreso al penal persistiendo luego de la detención y traslado a otro establecimiento, como lo comprueban comunicaciones de la dirección de la Cárcel de Pacho (Cundinamarca) no estimadas por el Tribunal y que hablan de lo justificado de su accionar, como también es inveraz que en otra autoridad bien podía recaer la protección de Tovar Gómez, como lo sería la Policía Nacional, cuando precisamente uno de sus miembros fue la víctima de la conducta ilícita endilgada a aquel.

Advierte que su comportamiento no fue doloso pues su ánimo no fue el de perjudicar al suboficial de prisiones como sí el de pretender la protección de su vida o integridad personal, situación que lo hace inmerso en las previsiones del artículo 29 numerales 1º, 3º y 4º del Código Penal. Cita jurisprudencia de esta Sala de la Corte (autos, junio 3 de 1967 G. J. tomo DXXXV, pág. 425 y diciembre 3 de 1974, G. J. tomo CXLVIII, pág. 1133), relacionadas con el dolo para esta clase de infracción, agregando en cuanto a su responsabilidad que no ha negado la orden de retención, pero ha probado las razones que justificaron su conducta, debiéndose aceptar su confesión calificada, reforzada con otras pruebas, entre estas, la versión de Tovar.

Considera que al no demostrarse la ilicitud de su conducta, debe revocarse la sentencia porque no es merecedor de sanción quien actúa por motivos nobles —como lo es de defender la vida de un tercero— (art. 29, C. P.); así mismo, hace referencia a la forma y circunstancias en que cumpliera su detención (art. 426 C. de P. P.), al incumplimiento de los términos legales para adoptar una decisión en su caso y a posibles lesiones de sus derechos de defensa, toda vez que careció de asistencia de abogado en la indagatoria y en el decurso de la investigación y que el profesional designado al efecto en la etapa del juicio no actuó, todo lo cual constituye motivo de nulidad del trámite, y, finalmente, reitera su petición de dictar sentencia absolutoria.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo penal:

Previa alusión a los antecedentes procesales, expresa el Ministerio Público que si bien no se observaron los términos, excediéndose en ellos, esto no conlleva a la nulidad alegada porque no se afectó la defensa y el acusado estuvo asistido por apoderado de oficio en la indagatoria y luego en el juicio por defensor que se le designara en reemplazo del por él nombrado quien renunciara, habiendo nominado posteriormente otro profesional del derecho que actuó, sin que pudiera exigírsele determinada actividad.

Respecto al delito de detención arbitraria (art. 272 C. P.), la agencia fiscal hace referencia a los hechos y circunstancias que motivaron la retención del cabo de presiones Tovar Gómez incluso para preservar su seguridad, situación que se prolongó hasta el veintiuno (21) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), cuando se decretó su detención y así debía quedar en libertad hasta que se dispusiera su suspensión en el cargo (art. 395 C. de P. P.), o expirara el plazo indicado en la norma para materializar aquella, salvo que se entendiera que su captura no perjudicaba la marcha de la cárcel (art. 437 C. de P. P.), pero si en vista de tal disposición legal estimaba que podía prescindir de las prerrogativas contempladas para los empleados públicos "...ello determinaría la atipicidad del comportamiento atribuible al procesado..." siendo una de las razones que propuso éste "...que en verdad encuentra eco en la realidad..."

Aunque el funcionario inculpado hace diferencia entre retención y detención, anota la delegada que ciertamente el suboficial estuvo privado de su libertad quince (15) días sin que se le reconociera los referidos privilegios; como tal situación se originó en órdenes del instructor, con desconocimiento de la norma que respaldaba su conducta y hacia ilícita sus disposiciones de retención antes y después de la declaración injurada, su actividad tenía un apoyo legal, como quiera que lo mandado no lesionaba la administración del establecimiento carcelario y aunque no se basara en tal dispositivo, esto no hace que su acto se convierta en ilícito pues merece este calificativo lo que desvertebra la ley, que el delito materia de la sindicación era el de homicidio —imperfecto— que daba lugar a captura y detención (arts. 399 y 421 C. de P. P.); y siendo permitida la privación de la libertad, no existe abuso de funciones, faltando así este elemento estructural del tipo penal; el yerro en que incurriera el acriminado no torna

ilegal su acción y la ley excluye de responsabilidad toda la forma de imputación apoyada "...sobre la mera intencionalidad y otorgó preponderancia especial a los principios de legalidad o reserva y daño o puesta en peligro del bien jurídico..."

Agrega la delegada otras circunstancias sobre la antijuridicidad, la configuración de la conducta delictiva y las facultades conferidas al juez por la norma legal indicada. Finalmente, aduce que al través de la disposición (art. 272 C. P.), se busca tutelar la administración pública y no la libertad del funcionario así la infracción dañe aquel bien jurídico y no el derecho individual mencionado, adecuándose la conducta al tipo de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (art. 152 C. P.).

La Corte:

I. Sobre la nulidad:

Como el acusado recurrente al sustentar su alegación propone diversos motivos de nulidad por entender afectado su derecho de defensa, la Sala debe examinar estos reproches en primer lugar:

Radican las irregularidades determinantes de invalidez —al decir del procesado— en que los términos de instrucción duraron más de un año; que hubo demora en señalar fecha para audiencia pública, lo que se hizo diez (10) días después de vencido el término probatorio y que la sentencia tampoco se pronunció dentro del plazo legal; además, que se quebrantó el derecho de defensa pues ni en la indagatoria ni en el tracto investigativo fue asistido por abogado y el nombrado posteriormente se posesionó pero no actuó.

Inicialmente —advierte la Sala— que la simple demora en los términos, entre estos, el de la instrucción, no apareja nulidad, solamente por la presencia de esta razón objetiva, cuando, de otro lado, no se demuestra la violación de garantías sustanciales del derecho de defensa que puedan incidir sobre el debido proceso, esto, no obstante que la ley ha señalado determinados plazos para cumplir las actuaciones, dependiendo en muchas ocasiones el retardo del recargo de los despachos o de otros factores colaterales no imputables directamente al juez; y examinado el trámite dado en este asunto, no aparece que se llegare a quebranto del carácter expresado, ni tampoco el inculpado lo precisa en forma alguna; lo cual determina que es improcedente por este aspecto la invalidez alegada.

En cuanto a la afectación del derecho de defensa menos puede adoptarse la solución reclamada, por no haberse establecido o comprobado que la pretendida irregularidad se produjera realmente. Basta considerar que el acriminado fue asistido por apoderado en las diligencias en que la ley lo exige, como fue su indagatoria y si en alguna de las sesiones en que se cumplió esta extensa diligencia no intervino en calidad de defensor un profesional del derecho, acorde con las normas que así lo permiten o prevén, se designó en calidad de tal a una

persona honorable para suplir la falta de abogado bien por no hallarse uno, ora porque el indagado no hizo la designación respectiva, sin que esto presuponga irregularidad alguna. Tampoco la falta de asistencia en el periodo investigativo, cumplida en los trámites que requerían la participación del procesado, puede acarrear esa consecuencia, habida consideración de que pudiendo hacer un nombramiento tal, tenía —como lo anota el Ministerio Público— la calidad de abogado que lo capacitaba para ejercer o hacer valer sus derechos.

Y en la etapa probatoria del juicio, se le nombró un defensor oficioso ante la renuncia del designado por él y con tal asistencia letrada concurrió a la audiencia pública, en cuyo decurso se formularon los planteamientos que se estimaron oportunos en su favor y para explicar su conducta o mejorar su situación frente a los cargos existentes. El que no se cumplieran determinadas actividades que precisa, no implica incumplimiento de los deberes a que estaba obligado el profesional actuante, debiendo entenderse que conforme a su criterio orientó la defensa, sin que pudieran imponérsele determinadas pautas, concluyendo la Corte, por lo mismo, que tal actuación fue suficiente e idónea en ejercicio de la labor encomendada.

Por tales razones, no tienen asidero alguno las alegaciones examinadas.

II. Sobre la decisión impugnada:

1º Para resolver el problema de fondo, se precisa lo ocurrido así: Producidos los hechos de sangre en la noche del sábado cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el agresor, Tovar Gómez, se refugió en el establecimiento carcelario donde prestaba sus servicios como suboficial, haciéndose presente allí el juez de instrucción, doctor Benincore Castro, quien dispuso verbalmente que permaneciera retenido en el establecimiento para prevenir dificultades, debido a que el herido era agente de la policía, y también, para evitar de esta manera algún ataque contra su integridad.

Al día siguiente, domingo 6 de diciembre el doctor Benincore envió el oficio número 242 al director de la cárcel, en el cual manifiesta que el cabo José Ramiro Tovar queda en calidad de retenido dentro del establecimiento carcelario. "El mismo, *no podrá salir a la calle, bajo ningún motivo, lo anterior por razones de orden público y de su seguridad personal*". En el mismo escrito señala la hora de las 9:00 a. m. del día lunes 7 de diciembre para recepcionar la indagatoria.

Estos hechos están acreditados en el libro de minuta de la guardia del penal (fl. 96, cdno. 1); además por las declaraciones de los guardianes Efraín Peñalosa Morales (fl. 120) y Jairo Neira (fl. 125) y por la versión del director del establecimiento carcelario Celso Higuera Torres (fl. 105). También obra en el expediente (fl. 84), fotocopia del oficio número 242.

La acusación contra el doctor Benincore consiste, en que habiendo oído en indagatoria al cabo José Ramiro Tovar el lunes 7 de diciembre, se abstuvo de disponer de inmediato su libertad, no obstante conocer su calidad de empleado oficial, las funciones públicas que

desempeñaba y lo preceptuado en el artículo 395 inciso 2º del Código de Procedimiento Penal, retención que mantuvo hasta el 21 de diciembre fecha en la que, por haber transcurrido más de cinco días desde la solicitud de suspensión sin que ella se hubiera producido, resolvió librar orden de captura y legalizar la detención.

Mediante el oficio 080 de diciembre 17 de 1987 (fl. 77), la personera municipal Blanca Inés Ortiz, manifiesta al juez que ha debido dejar en libertad al detenido luego de la indagatoria; que en nada cambia la situación de privación de libertad que se le llame retención o detención; que la medida cautelar no puede tomarla hasta que no hayan transcurrido los cinco días previstos en el artículo 423 del Código de Procedimiento Penal, y por lo tanto le solicita legalizar la situación del procesado. También le plantea la posibilidad de un impedimento, en cuanto existe un vínculo laboral entre el agente lesionado y el juez, teniendo en cuenta que el Cuerpo Técnico de Policía Judicial al cual pertenece el agente, está adscrito al juzgado.

Con la misma fecha, diciembre 17 de 1987, el director de la cárcel expidió el oficio número 259 (fl. 79), dirigido al doctor Benincore, en el cual le expresa su preocupación porque el cabo continúe detenido sin que hasta ese momento se le haya suspendido en el cargo, además por estar recluido en el mismo sitio de trabajo, y por no haber expedido la boleta de detención para esta hacerse efectiva "...y que estoy esperando, para no incurrir también en detención ilegal e irregularidades".

Al anterior oficio respondió el juez Benincore Castro el mismo día, insistiendo en que el cabo de prisiones se encontraba en calidad de retenido y por razones de orden público, para proteger su vida. Que ya había solicitado la suspensión a la Dirección General de Prisiones y que la detención no se había hecho efectiva en espera de lo normado por el Código de Procedimiento Penal.

2º Como lo estima el Tribunal, la retención inicial de Tovar Gómez aparece justificada, ya que fue sorprendido en flagrancia y además las especiales circunstancias que rodearon los sucesos hacían necesaria una medida que protegiera su integridad y al mismo tiempo evitara la alteración de la paz pública. Pero a partir del momento en que fue oído en indagatoria y no se dispuso su libertad inmediata, la situación se torna irregular, pues no se puede, so pretexto de brindarle protección, mantener a una persona encerrada en la cárcel contra su voluntad durante 16 días.

Que la privación de la libertad se denomine retención o detención, eso no cambia su naturaleza ni la legitima, por esa razón no puede aceptarse la excusa del exjuez. Tampoco el supuesto propósito con que obró, pues es muy claro que mantuvo en el penal al indagado mientras tramitaba su suspensión en el cargo o pasaban los cinco días necesarios para legalizar la detención.

El conocimiento de su proceder ilícito lo manifiesta en el auto de detención, en donde en los numerales segundo y tercero dice:

"*Segundo.* Para hacer efectiva la encarcelación del procesado Tovar Gómez y tratándose de empleado oficial, solicítese a la Dirección Nacional de Prisiones con sede en Bogotá, para que proceda a retirarlo del cargo *y una vez obtenida la suspensión, líbrese orden de encarcelación con destino a la cárcel local. Previendo lo dicho en artículo 427 Código de Procedimiento Penal*" (subrayado de la Sala).

"*Tercero.* Para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia, solicítese a las autoridades policivas vigilancia para el mismo".

Mientras en el auto disponía lo correcto de acuerdo con la ley, de hecho hacía lo contrario, burlando su propia decisión. En este momento habían pasado cinco días a partir de la indagatoria y el cabo continuaba detenido.

Su actitud deliberada en perjuicio de la libertad del indagado, no cambió pese a la advertencia de la personera, ni ante la solicitud del director de la cárcel, que vio tan claro el proceder delictivo del juez, que le solicitó la boleta de detención "para no incurrir también en detención ilegal".

Como cierre a su abusiva actuación, al no recibir comunicación sobre la suspensión del cargo del cabo de prisiones, dispuso librar orden de captura dirigida al comandante de la Estación de Policía de La Palma, en la cual le dice que el solicitado se encuentra en la cárcel de esa localidad, que una vez capturado lo ponga a disposición del juzgado en el penal de Pacho (Cundinamarca); y en la misma fecha expide boleta de encarcelación con destino al director de la Cárcel de Pacho. Procedimiento con el cual pretendió subsanar su arbitrariedad.

3º El colaborador fiscal estima que la prohibición de captura a un funcionario o empleado estatal contra quien se haya dispuesto medida asegurativa de detención, se establece en favor de la administración pública, en aras, a evitar la causación de perjuicios o interrupción en la prestación del servicio respectivo, de modo que el bien tutelado no es la libertad del aprehendido, sino la propia administración, existiendo por tanto sólo el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (art. 152 C. P.).

No obstante que es cierto, que al prohibir la captura y detención de un empleado oficial antes de su suspensión se busca proteger la buena marcha de la administración pública, de esto no puede desprenderse que cuando se contraría ese mandato no se lesiona la libertad individual. La disposición procesal establece unas condiciones para poder hacer efectiva la detención de quien reúne esa calidad, de tal manera que si ellas no se cumplen, dicha detención es arbitraria, independientemente de que por esa razón se haya afectado o no a la administración pública.

Distinto es cuando el juez aplica la excepción del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, porque en ese caso en el auto de detención se debe hacer la motivación correspondiente, para que el detenido conozca con claridad su situación y pueda contraargumen-

tar si lo estima pertinente. El doctor Benincore no hizo mención alguna de esta disposición, luego su insistencia en mantener retenido al cabo Tovar y el procedimiento que utilizó para cubrir su ilicitud, indica que tal vez no podía justificar su detención inmediata en el auto y por eso lo hizo de hecho mientras adelantaba el trámite correspondiente o ignoraba la norma.

En cualquier caso, no puede aceptarse el argumento de la Procuraduría Delegada, porque aún en el evento de que no se hubiera afectado la marcha del penal por la detención de su empleado, es irrefutable que la privación de la libertad del 7 al 21 de diciembre de 1987 no tuvo ningún fundamento legal, porque inclusive en el auto de detención dice que no se hará efectivo hasta la suspensión en el cargo.

4º El Tribunal en la providencia calificatoria admite, que la retención ordenada por el juez en la madrugada del 6 de diciembre, hasta el momento de la indagatoria el día 7 del mismo mes, no tuvo origen abusivo. "El abuso de funciones con relación a la detención del cabo José Ramiro Tovar Gómez, se consolidó a partir de la indagatoria, puesto que terminada la diligencia debió cesar la orden de retención o de privación de la libertad, por disposición del inciso 2º del artículo 395 del Código de Procedimiento Penal".

Sin embargo, adecuó la conducta al artículo 272 del Código Penal, que tipifica la "privación ilegal de la libertad", haciendo caso omiso de que la orden para que mantuviera retenido al cabo de prisiones la profirió antes de la indagatoria y no luego de ella. Además, muy claramente afirma, que "a partir de las 11 y 45 a. m. del 7 de diciembre de 1987, hora en que terminó la diligencia de indagatoria, se imponía la orden de libertad a la dirección de la Cárcel Distrital de La Palma, en forma inmediata, junto con las medidas de seguridad, las necesarias para impedir que eludiera la acción de la justicia".

Posteriormente, en la sentencia condenatoria se afirma que no puede tipificarse la *prolongación ilícita de la libertad*, porque el sindicado se refugió voluntariamente en la prisión y la limitación a su libertad no fue obra del juez "la retención y custodia" que ordenó verbalmente el funcionario acusado y que luego oficializó (oficio 242 de 6 de diciembre) con el argumento del orden público y la seguridad personal del guardián, no tuvo origen abusivo en las funciones inherentes al cargo del juez instructor, como bien lo señaló el Tribunal y como "acto de precaución", no se constituyó en una *privación de la libertad*, ni lícita ni ilícita, era la situación de flagrancia en la que estaba envuelto el guardián y como situación de hecho, no podría hablarse de un encarcelamiento lícito que se tornó en ilícito luego de la injurada".

Ostensible contradicción contiene el párrafo anterior, pues no se puede sostener seriamente que la privación de libertad no fue obra del juez, y acto seguido admitir que la ordenó verbalmente y luego por escrito. De la misma manera, tampoco es de recibo pretender que la retención no fue lícita ni ilícita, pues si bien es cierto que el cabo de prisiones se refugió en la cárcel, también lo es que no lo dejaron volver a salir por orden del juez. No tiene nada de raro que un encar-

celamiento lícito se torne ilícito después de la indagatoria y eso fue precisamente lo que ocurrió. Lo que sí es muy extraño, es que no sea ni lo uno ni lo otro, como lo manifiesta el Tribunal.

Lo expresado en el auto calificatorio con claridad y acogido por la Corte, lleva lógica y jurídicamente a concluir, que la norma aplicable es la prevista en el artículo 273 del Código Penal, pues lo que realmente ocurrió fue una "prolongación ilícita de privación de la libertad", que surge a partir del momento en que el juez, terminada la indagatoria, resuelve mantener detenido al empleado oficial tantas veces mencionado.

En consecuencia, la sentencia impugnada se modificará en cuanto al delito por el cual se condena y la punibilidad, que será de seis (6) meses de arresto, y pérdida del empleo. Como pena accesoria se impondrá interdicción de derechos y funciones públicas por seis meses. En todo lo demás se confirmará.

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

Resuelve:

Primero. Modificar la sentencia apelada, en cuanto el delito por el cual se condena a Augusto Eduardo Benincore Castro, de condiciones personales y sociales conocidas en autos, es el de *prolongación ilícita de privación de la libertad*, cometido dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar reseñadas. En consecuencia se cambia la pena inicialmente impuesta, por la de *seis meses* de arrestro y *pérdida del empleo*.

La pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se rebaja a seis meses.

Segundo. En todo lo demás se confirma.

Cópiese. Notifíquese. Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez (salvo mi voto); *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DETENCION ARBITRARIA (SALVAMENTO DE VOTO). FUNCIONARIO PUBLICO (SALVAMENTO DE VOTO)

La norma prohibitiva contenida en el artículo 423 del estatuto procesal, debe interpretarse y aplicarse con relación a la facultad del artículo 437 del mismo ordenamiento, en cuanto permite al juez apreciar la situación para determinar si se lesiona la administración pública

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ

No fue aceptada mi ponencia de absolución por la Sala Mayoritaria. Tampoco a mí me convencieron las razones del proyecto sustituto, hoy convertido en sentencia de condena. Ante la radical discrepancia, concreto, sin vueltas, ni traspiés, el acto necesario de la desidencia. Así de simple:

I. La acusación planteada contra el doctor Benincore Castro radica en que habiendo oído en indagatoría al cabo de prisiones, José Ramiro Tovar Gómez, se abstuvo de disponer de inmediato su libertad dada su calidad de empleado estatal, las funciones públicas que desempeñaba y lo preceptuado en la norma procesal respectiva (art. 395, inc. 2º, C. de P. P.), retención que se mantuvo hasta que fue resuelta su situación jurídica con auto de detención y deprecada la suspensión en el cargo para los efectos pertinentes, se legalizó al trancurrir el término de cinco (5) días sin haberse decretado la referida suspensión.

II. Examinado el proceso aparece que producidos los hechos de sangre en la noche del sábado cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), el agresor, Tovar Gómez, se refugió en el establecimiento carcelario donde prestaba sus servicios como suboficial, haciéndose presente allí el juez de instrucción, doctor Benincore Castro, quien dispuso que permaneciera retenido en esas instalaciones para prevenir la presencia de dificultades a virtud de ser el herido, agente de la policía, evitando de esta guisa menoscabo a la propia seguridad del mencionado Tovar Gómez.

III. Así aparece de las constancias que se consignaron en el libro de minuta de la guardia del penal (copias, fls. 90 a 101, cdno. 1º), de las declaraciones de otros guardianes, entre éstos, Efraín Peñalosa Morales (fl. 120) y Jairo Neira (fl. 125), además del director del establecimiento de reclusión, Celso Higuera Torres (fl. 105), quien

aclara que ordenó hacer la anotación respectiva en dicho libro e igualmente que recibió comunicacioones en tal sentido, reproducción de las cuales se agregaron al proceso, como la de diciembre seis (6) de mil novecientos ochenta y siete (1987) (fl. 84, cdno. 1º), en la cual se dispone que el cabo de prisiones queda retenido "...por razones de orden público y de su seguridad personal..."; obran también fascímiles de otros escritos o mensajes sobre estos aspectos y de las respuestas correspondientes (fls. 74 a 76 y 80, cdno. copias). Vencido el plazo para la suspensión del acusado, el juez libró nuevas órdenes para su detención y posterior remisión a otra cárcel (fls. 91|3, cdno. citado).

IV. La doctora Blanca Inés Ortiz, Personera Municipal de La Palma, en su declaración (fl. 112, cdno. 1º), afirma haber expresado al funcionario inculpado —personalmente y por escrito— que estimaba improcedente la referida retención (fls. 86/7), enviando oficio en el mismo sentido al director del reclusorio (fls. 74/9, cdno. copias), insistiéndole el instructor en sus razones o motivos para haber dispuesto la actuación materia del debate (fl. 82, copias).

V. El Tribunal Superior en su resolución acusatoria, estimó que la situación irregular respecto de Tovar Gómez, se produjo a partir del momento en que, oído en indagatoria, no se dispuso su libertad, considerando que su retención inicial aparecía justificada a virtud de poder calificar el hecho como realizado en flagrancia (art. 393, C. de P. P.), por las especiales circunstancias que rodearon los sucesos y el carácter o condición personal de los implicados en los mismos (art. 395, *ibídem*). Y la sentencia se dictó por encontrar demostrada la infracción y la culpabilidad del acriminado, estimando que las explicaciones dadas por éste en redor de lo acontencido, no eran atendibles, frente a la claridad de las normas, a las solicitudes de otros funcionarios sobre el hecho y a que no podía incurrir en error sobre el efecto de la retención dispuesta en la forma y circunstancia que relatan los autos.

VI. Analizadas las exculpaciones del doctor Augusto Benincore Castro, estima el Tribunal que carecen de fundamento, pues, en primer término, no procede hacer la diferenciación que pretende el procesado entre arresto y detención, aunque esta última medida asegurativa se adopte mediante la providencia correspondiente y esto porque sustancialmente ambas órdenes tienen la misma consecuencia de limitar la libertad del sindicado, por lo cual debe reconocérseles el mismo alcance, sin que tal situación se modificara por el hecho de que dispuesta la medida primeramente indicada, que desconoce o rechaza el juez haber adoptado, no se reiterara una vez cumplida la indagatoria y que posteriormente, vencido el término para la suspensión que se había solicitado, se ordenara expresamente mediante oficio, pues la realidad es que tal situación de privación de la libertad se mantuvo ininterrumpidamente y subsistió una vez recaudada la declaración injurada.

VII. Ante las circunstancias existentes, el Tribunal encontró que la retención preliminar del cabo Tovar Gómez, se justificó inicialmente para prevenir enfrentamientos con las autoridades policivas, dada la

calidad del agresor, de quien podía entenderse fue sorprendido en flagrancia, procediéndose a indagarlo prontamente, pasado el día festivo intermedio, observando que a partir del instante de la injurada, no persistía dicho motivo y, así, el acusado debía quedar en libertad; y en realidad, habiéndose logrado tranquilizar los ánimos, por la intervención del funcionario como debe admitirse y adelantándose la investigación, no deviene que en ese momento existiera peligro para el suboficial, debiendo, por tanto, darse operancia a la norma legal que preveía su excarcelación y en tanto se decretaba la suspensión en el cargo por él desempeñado.

VIII. El procesado recurrente y el señor procurador delegado, impetraron la revocatoria de la sentencia de condena para que en su defecto se ordenara su absolución con base en argumentos diversos que examinó la Corte y que a seguida reseño.

Es conveniente analizar, en primer término, la alegación del colaborador fiscal en cuanto al delito que por la actuación sub examen se configuraba. Expresó al respecto la delegada, que como la prohibición de capturar a un empleado oficial contra quien se haya dispuesto detención precautelar, se erige en pro de la administración pública para impedir la irrogación de daños o la suspensión del servicio correspondiente, el valor jurídico tutelado en el precepto no es, en este caso, al aplicarse de inmediato la detención, la libertad del capturado, sino la administración misma, subsistiendo, por ende, solamente el punible de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto (art. 152 C. P.). Si bien es indesconocible que el bien interés que se protege al vedar la aprehensión y reclusión de un funcionario o empleado estatal antes de fenecer el plazo para decretar su suspensión, es el de la administración pública en los términos enunciados, de esto no puede desprenderse que no se afecte en ese momento irregularmente su libertad la que se requiere para el cumplimiento de sus labores, la cual se garantiza en tal forma y por el tracto preciso contemplado por la ley, con dicha finalidad y para que se puedan prohijar las medidas pertinentes por los superiores o autoridades respectivas encargadas del servicio o de atender su continuidad; por manera que no puede sostenerse —con fundamento— la existencia del delito de abuso de autoridad, pues con tal comportamiento se ha lesionado la libertad del individuo, derecho especialmente protegido en precepto que por lo mismo resulta de obligatorio cumplimiento.

Pero, además, no puede olvidarse que el abuso de autoridad es tipo o figura delictiva subsidiaria, en relación con la determinación arbitraria y que si bien en ambos ilícitos se presenta extralimitación de poder o mando, en el encarcelamiento irregular se afecta el bien jurídico de la libertad, criterio que siendo específico y especial, se aplica preferencialmente, según hermenéutica asaz conocida.

IX. Fue también argumento del impugnante y del Ministerio Público en aras al logro de su absolución, lo relativo al hecho de poder entenderse comprendida la resolución del funcionario —hoy sentenciado— de mantener la detención del aludido suboficial, con respaldo

en precepto de carácter procedimental penal expreso que le daría validez a la actuación y consecuentemente eliminaría de la conducta su índole antijurídica.

El artículo 437 del Código dde Procedimiento Penal, expresa que "...las prerrogativas concedidas a los empleados oficiales en los anteriores capítulos, no se tendrán en cuenta cuando a juicio del juez la aprehensión no afecte la buena marcha de la administración...", y entre estas ventajas se encuentra la de no poder hacer efectiva o materializar la detención hasta tanto se cumpla el plazo señalado para la suspensión de aquel en el empleo respectivo.

Como lo destacó la Procuraduría, la omisión, ignorancia o desconocimiento del precepto —que implicaría yerro del funcionario— no podría llevar a configurar la infracción si en verdad se presentara la situación contemplada, pues el acto en tal forma dejaría, ante la expresa permisión, de ser contrario a la ley, incidiendo, por tanto, en la constitución del punible, por cuanto resultaría desdibujado, al no subsistir y demostrarse uno de sus elementos esenciales.

La norma referida otorga al funcionario amplitud de apreciación para determinar, con base en las circunstancias y factores existentes, si las labores que cumple el empleado o dependiente oficial afectado por la medida de aseguramiento, son sustanciales o de trascendencia bastante para concluir que el buen funcionamiento de la administración sufre detrimento o menoscabo, con relación a las tareas o funciones específicas a aquel asignadas; y el error de motivación en que incurriera, ya para negar tal carácter o para señalarlo indebida o injustificadamente, impide la concreción del delito.

X. En resumen, la norma prohibitiva contenida en el artículo 423 del estatuto procesal, en cuanto a que no puede hacerse efectiva la detención mientras quien ejerce empleo oficial no haya sido suspendido, con el objeto de no causar dificultades o traumas en el desarollo de las labores o marcha de la administración, debe interpretarse y aplicarse con relación a la facultad que atribuye norma posterior del mismo ordenamiento legal, en cuanto autoriza o permite al juez apreciar la situación para determinar si en su criterio, con la ejecución inmediata de la medida de aseguramiento, no se lesiona la administración; lo cual es conveniente expresar en cada caso, con la fundamentación necesaria que apoye la decisión adoptada. Pero si no obstante omitir este análisis para hacer un pronunciamiento concreto al respecto, se infiere de las circunstancias existentes que no se causa tal perjuicio, dada la naturaleza o la índole de las labores o tareas asignadas al empleado procesado y conforme a la situación realmente existente, no cabe entender configurada la infracción, por ausencia del elemento básico ya señalado, como lo es el abuso de funciones.

XI. Estudiado el caso de la especie —conforme a los anteriores planteamientos— no deviene establecido que la privación de la libertad de que se hizo objeto al cabo de prisiones, afectara gravemente la marcha del establecimiento carcelario al cual estaba asignado; además, de que permaneciendo en el centro de reclusión, podía, no siendo

óbice para ello la retención ordenada, cumplir algunas labores que sus superiores le ordenaran o señalaran, circunstancia esta última que refuerza la consideración enunciada.

XII. Conforme a lo dicho, debo insistir en que el caso de autos, el empleado referido no ejercía función de la cual pudiera deducirse grave quebranto a la marcha o manejo de la cárcel, pues no detentaba o poseía facultades o responsabilidades de dirección u otras de cuyo carácter pudieran devenir perturbaciones o consecuencias anómalas, mayormente cuando con facilidad podía reemplazársele o disponer su sustitución.

XIII. Por otra parte, la medida asegurativa de detención procede conforme a la calificación inicial que de los hechos hace el juzgador dentro de sus facultades, para después modificarla, pero sin que de estos se desprenda irregularidad o anomalía alguna.

En relación con las potestades del funcionario y el perfeccionamiento de la infracción, expresó la delegada:

"...La norma de permisión impide la antinormatividad necesaria a la conducta para que se subsuma en el tipo de injusto, cualquiera sea el conocimiento erróneo o no, del agente. Hace imposible la infracción de la prohibición porque al mismo tiempo no pueden coexistir, en el orden jurídico, autorización e impedimento sobre el mismo hecho. Luego la conducta, independientemente aún de la convicción de quien la realiza, siendo atípica, no puede generar sentencia de condena..."

"...Es por eso por lo que se solicita la revocatoria del fallo y la absolución del imputado, ya que una cosa son los efectos del conocimiento real de la trascedencia de la conducta en el plano objetivo del injusto, y otras las consecuencias que ese conocimiento o desconocimiento apareja en el plano subjetivo..."

"...Es verdad que el artículo 437 establece un elemento subjetivo como es el del buen juicio del juicio (sic) en la valoración del grado de afectación que el acto de retener o detener produzca sobre la buena marcha de la administración. Pero de todas formas ello no podía ser sino así porque se trataba de una facultad que implica cierto ámbito, más o menos amplio, de discrecionalidad. El plano objetivo de la permisión es acá (sic) lo marca la pauta para la antijuridicidad de la conducta y, por supuesto, también para la tipicidad ya que el contenido del bien jurídico tutelado será siempre criterio que coadyuva a la interpretación del tipo. Esa autorización, sobre la base del buen juicio del juez, no es lo que estructura de manera determinante la prohibición o la autorización, sino que le señala las pautas para su juicio de valor. Tanto así que si se estima equivocadamente que la marcha de la administración no se afectaba, el tipo penal no recibe adecuación de la conducta. Y si el error se produce al revés para generar detención, tampoco hay tipicidad..."

"...La preponderancia de los elementos objetivos del tipo son consecuencias (sic) del principio de legalidad. La de los elementos subjetivos atañen a la culpabilidad, siempre que se dé por descontada y existente la tipicidad. Y como no puede haber tipicidad ni antijuri-

dicidad coexistentes con permisión, el hecho no contiene todos los elementos que lo hacen punible. Más o menos el mismo fenómeno de error que clásicamente ha sustentado la impunibilidad del delito imposible..."

XIV. Se concluye, así, que no demostrada esa circunstancia, el comportamiento devino atípico y conforme a lo expresado, ha debido absolverse al acriminado, acogiéndose en esta forma los argumentos que él mismo y la delegada elevaron al respecto.

Con todo respeto,

Fecha ut supra.

Jorge Enrique Valencia M.

COLISION DE COMPETENCIA. JUEZ ESPECIALIZADO

El juez competente para resolver lo pertinente con la inmovilización de aeronaves es, indiscutiblemente, el especializado del lugar donde se ordenó y efectuó

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 64, septiembre 18 de 1990.

Vistos:

Decide de plano la Corte la colisión negativa de competencias trabada entre los Juzgados Primero Especializado de Bogotá y Sexto Especializado de Medellín, en relación con las diligencias de inmovilización de una acronave.

Los hechos investigados:

Por orden del Juzgado Cincuenta y Ocho de Instrucción Penal Militar se ordenó allanamiento a los Talleres AVIOPARTES ubicados en inmediaciones del Aeropuerto de Guaymaral, en desarrollo de la cual el 21 de agosto de 1989 se dispuso la inmovilización de varias aeronaves entre las cuales está la HK-2932-P, a la que se contrae la presente actuación, de propiedad del señor *Bernardo Soto Burgos,* con fundamento en el Decreto legislativo 1856 de 1989 por estar vinculada presumiblemente a actividades del narcotráfico.

Remitida la actuación al Tribunal de Orden Público éste, por haber perdido la competencia que la norma de excepción declarada inconstitucional le señalaba, la envió a reparto de los Juzgados Especializados, correspondiendo al Primero lo relacionado con la aeronave referida, despacho que ordenó preliminares.

La colisión trabada:

Una vez agotada la indagación preliminar, la Juez Primera Especializada decide enviar el expediente a reparto de los Jueces Especializados de Medellín porque de lo investigado "se aprecia sin lugar a dudas que las diferentes transacciones se han realizado en la ciudad de Medellín; que en esa ciudad tiene su asiento la sociedad PORCESITO; que allí está el domicilio de Soto Burgos y el mismo Gil Duque.

Por tanto, si las operaciones han tenido lugar en esa ciudad, es allí donde la investigación y/o decisiones pertinentes deben ser tomadas, de acuerdo con los artículos 74 del Código de Procedimiento Penal y 13 del Código Penal, parámetros guía a seguir.

"El hecho de la inmovilización de la aeronave en Bogotá es una circunstancia accidental no incidente en la determinación del juez competente, porque lo que se trata de establecer es si se cometieron los delitos de enriquecimiento ilícito o testaferro. Diferente sería que se investigara una infracción a la Ley 30 de 1986, en cuyo caso el lugar de incautación de la sustancia si tendría efectiva incidencia en la determinación.

"El enriquecimiento ilícito y el testaferro son delitos de competencia diferentes, pero no corresponde a este despacho determinar si debe avocar orden público o especializados de Medellín, en lo que por razón del delito se refiere", y propone colisión negativa de competencia.

"Repartido el asunto al Juzgado Sexto Especializado de Medellín acepta la colisión y envía el caso al Tribunal Disciplinario el que a su vez lo remite a la Corte por competencia.

"El argumento del juez de Medellín radica en que es prematuro hablar de testaferro o de incremento patrimonial injustificado por lo que 'En síntesis, el juzgado sigue considerando que la indagación preliminar debe continuar respecto a la hipótesis que se dice afrentó la Ley 30 de 1986 sin que con ello se cierre el camino de la posibilidad de otras presuntas delincuencias, porque ese es el fundamento basal del mandato preliminar, hasta tanto la situación cambie probatoriamente. En consecuencia, la competencia sigue radicando en la Juez Primera de Bogotá, Especializada, porque lo denunciado pudo haber ocurrido en su jurisdicción' ".

Consideraciones de la Corte:

1. Como la colisión propuesta ha sido entre dos Jueces de Distritos Judiciales diferentes de la jurisdicción ordinaria, ciertamente compete a la Corte decidir el incidente según el alcance jurisprudencial de las nuevas disposiciones del ordenamiento procesal sobre la materia.

2. La aeronave, que se encontraba en lugar perteneciente a la jurisdicción de Bogotá, fue inmovilizada porque el servicio de inteligencia del Estado tenía fundada sospecha de su vinculación con el narcotráfico y, por idéntica razón, el Consejo Nacional de Estupefacientes le dio destinación provisional hasta tanto el juez competente resuelva lo pertinente.

3. El juez competente para resolver lo pertinente, una vez que el Tribunal de Orden Público perdió esa competencia, es indiscutiblemente el especializado del lugar donde se ordenó y efectuó la inmovilización. A él corresponde, en principio, adelantar la investigación para determinar si realmente tiene relación el bien directa o indirectamente con el tráfico de estupefacientes, por existir proceso en donde se le vincule o prueba para iniciarlo. Si existe proceso en tal sentido,

enviará la actuación inmediatamente al funcionario que lo tenga, pues ese será entonces el competente; si no existe investigación, deberá decidir si la inicia o no y como consecuencia de ello, pronunciarse sobre el bien inmovilizado.

4. Lo que no puede entender la Corte es el por qué si la Juez Primera Especializada estimó que podía darse en este caso un ilícito de competencia de la jurisdicción de orden público (el incremento patrimonial no justificado) propuso la colisión a uno especializado que, según la indagación preliminar, no adelantaba proceso alguno por narcotráfico donde estuviese involucrada la aeronave de la referencia o alguno de los propietarios?

Ahora bien, si estimó que puede surgir el delito tipificado en el artículo 6º del Decreto legislativo 1856 de 1989, ella es igualmente competente para conocer de él, por lo menos en la etapa investigativa, según las voces del artículo 9º del Decreto 1893 de 1989, ya que si, por razón territorial, la investigación demuestra que la ilicitud tuvo ocurrencia en otra jurisdicción, nada impide remitir allí el proceso instruido.

De la misma manera, si juzga que se dio o puede darse el delito tipificado en el artículo 1º del Decreto legislativo 1895 de 1989, puede compulsar copia de lo pertinente para el funcionario respectivo (art. 2º ibidem), sin perjuicio de la competencia por razones de conexidad delictual.

Por manera que en el estado actual de la actuación preliminar en estudio, el competente para pronunciarse sobre apertura de investigación sumarial y definición sobre el bien inmovilizado es, ciertamente, el Juzgado Primero Especializado de Bogotá. En este sentido se dirime la colisión planteada.

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

Resuelve:

Dirimir el conflicto de competencias suscitado en favor del Juzgado Sexto Especializado de Medellín, disponiendo que el competente para decidir sobre la investigación sumarial y el bien inmovilizado es el Juzgado Primero Especializado de la ciudad de Bogotá, a donde debe remitirse inmediatamente la actuación, previa comunicación al Sexto Especializado de Medellín.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. NULIDAD

De acuerdo con el principio de autonomía las causales de casación son independientes unas de otras, lo cual significa que ninguna de ellas está sujeta a los resultados de otra u otras

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 66.

Vistos:

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, por medio de la cual se confirmó integralmente la proferida por el Juzgado Tercero Superior de ese mismo distrito judicial en el proceso adelantado contra *William Humberto Arias Moreno* y los hermanos Jaime Alberto y Alvaro José Becerra López. En ella, se condena a Arias Moreno a la pena principal de dieciocho años de prisión y se absuelve a los restantes procesados.

Hechos:

El procurador, los resume de la siguiente manera en su concepto:

> "Dan cuenta los autos que en horas de la madrugada del día 26 de febrero de 1987, dentro de inmueble de la calle 48 número 30-16 de la ciudad de Villavicencio, en el cual el occiso había brindado hospedaje a los hermanos Jaime y Alvaro Becerra López, éstos se encontraban dedicados a las libaciones en asocio de William Arias, mientras que aquel se hallaba en su habitación ajeno a la tertulia. De pronto se suscitó tremenda riña en cuyo desarrollo perdió la vida Julio Antonio Páez a causa de múltiples traumatismos craneales y lesión con arma blanca en el tórax.
>
> "Los tres incriminados fueron aprehendidos por la policía en el momento mismo en que pretendían trasladar el cadáver dentro de un campero a lugar desconocido".

Actuación procesal:

1. El Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Villavicencio, al calificar el mérito del sumario profirió resolución de acusación por el delito de homicidio agravado en contra de William Humberto Arias Moreno, Alvaro José y Jaime Alberto Becerra López. El Tribunal Superior, al desatar la apelación que, contra esta decisión, interpusiera el defensor de los procesados Becerra López, le impartió confirmación.

2. Tramitado el juicio y celebrada la respectiva audiencia pública, el Juzgado Tercero Superior acogió los veredictos emitidos por el jurado de conciencia. De conformidad con ellos, condenó a William Humberto Arias Moreno a la pena principal de dieciocho años de prisión y absolvió a Jaime Alberto y Alvaro Becerra López. La sentencia, fue confirmada en su integridad por el Tribunal, al decidir el recurso de apelación que, contra ella, se interpuso.

La demanda:

Dos cargos se formulan a la sentencia por parte del casacionista. Uno, amparado en la causal primera de casación y el parágrafo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y, el otro, subsidiario del anterior, en la causal tercera por haberse proferido el fallo en juicio viciado de nulidad.

En demostración del primero de los reproches enunciados, se aduce que el juez de derecho dejó de declarar una circunstancia modificadora de la punibilidad, habida cuenta que, habiendo sido absueltos dos de los procesados, inmediatamente se desestructuró el agravante específico del aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima, lo cual imponía al Tribunal el deber de declarar que esa causal de agravación no existía; al no hacerlo, estima el censor, se violó el artículo 324 del Código Penal y el artículo 533 del Código de Procedimiento Penal.

La nulidad, se hace consistir en la deficiente elaboración de los cuestionarios sometidos a consideración del *juri*, toda vez que en ellos se le interroga por el agravante de haberse aprovechado de las circunstancias de indefensión de la víctima, cuando lo correcto habría sido por la situación de inferioridad, de acuerdo como aparece formulado el pliego de cargos. Al no hacerse así, concluye el actor, el Tribunal no pudo declarar que ese agravante no existía. Por eso, dice, demanda la casación del fallo para que se anule lo actuado a partir de la confección de los cuestionarios y la actuación sea repuesta.

El criterio del Procurador:

En su concepto, el Procurador Primero Delegado en lo penal solicita de la Corte no casar la sentencia recurrida. Es de la opinión que la demanda aparece incorrectamente elaborada. Los cargos que contiene son incompatibles, pues, sobre un mismo punto, no puede reconocerse y negarse la validez de la actuación. De otra parte, con-

sidera que las irregularidades sobre las cuales el censor apoya la nulilad aducida, no poseen la entidad que se les atribuye. A este respecto, destaca cómo los cuestionarios no han debido contener referencias a circunstancias de agravación sobre las que, el jurado, no tiene atribuciones para decidir. Pero, prosigue, aceptando que tales referencias fueron hechas y de manera equivocada, concluye que tal yerro no tiene carácter trascedente, toda vez que indefensión e inferioridad, no son conceptos excluyentes que, utilizados de manera indiferente, conduzcan a confusión.

Consideraciones de la Corte:

Desacierta el casacionista en la manera como propone y desarrolla los cargos que a la sentencia formula. De una estimación de conjunto sobre la demanda, destácase por modo manifiesto, la inobservancia del principio lógico de no contradicción. De acuerdo con él, en tratándose del ejercicio del recurso extraordinario de casación, ni al interior de cada causal, ni entre las diversas causales que se invoquen pueden existir cargos incompatibles.

Inicialmente, el actor alega causal primera de casación, por considerar que hubo aplicación indebida de la circunstancia específica de mayor punibilidad prevista para el homicidio en el numeral 7º del artículo 324 del Código Penal, por cuanto habiéndose proferido veredicto absolutorio para dos de los procesados, acogidos como fueron por los juzgadores de derecho, se desintegró el presupuesto fáctico del agravante, debiéndose, por parte del Tribunal, proceder a la no consideración de este factor de incremento punitivo.

Este planteamiento, sin lugar a dudas, parte de un supuesto concreto: la validez y debida elaboración de los cuestionarios sobre los que fueron emitidos los veredictos con que culminó la vista pública. Esto mismo, explica por qué el recurrente acude al error in judicando, *en su acepción de falla lógico-jurídica en el acto de juzgar, para atacar, desde allí, la legalidad de la sentencia por aplicación indebida de la norma al caso.*

No obstante, ese supuesto aparece contradicho, cuando "subsidiariamente", formula otro ataque a la sentencia por haber sido proferida en juicio viciado de nulidad. Fúndase, en este evento, en la irregular confección de los cuestionarios sometidos a consideración del jurado. Es decir, en un error in procedendo, *concretado en que habiéndose proferido la acusación por homicidio agravado, en razón al aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima, los cuestionarios aparecen elaborados con alusión a circunstancias de indefensión, lo que, en decir del demandante, determinó en el sentenciador el error de juicio a que hace referencia en sede de causal primera al proponer el no reconocimiento de la desestructuración del agravante a consecuencia de la absolución de dos de los procesados.*

En sentir de la Sala, así planteados los cargos, en cuanto resultan incompatibles, constituyen deficiencia técnica de la demanda. Tal incoherencia, como motivo de desestimación del recurso, se expresa en el doble y excluyente alcance que, con respecto a los cuestionarios, da

a sus argumentos el censor, reconociéndoles validez para fundamentar el error in judicando *y negándosela para la alegación del error* in procedendo. *Ello, conduce irremediablemente a la transgresión de la no contradicción y al desbordamiento de los parámetros dentro de los que debe ser ejercido el recurso, pues, como se ha sostenido, en él no se trata de proponer varias hipótesis de entre las cuales, el juez de casación, deba escoger la que parezca más conveniente. El principio de limitación, como imposibilidad de la Corte para proceder de oficio en la determinación de la causal pertinente, lo impide.*

La contradicción en el planteamiento de las causales, antes señalada, no constituye el único defecto de la demanda. Desde la perspectiva general, como viene examinándose, también debe ser destacado el yerro de orden técnico-jurídico en que se incurre al proponerse la causal de nulidad como subsidiaria de la violación a la ley sustancial. Esta manera de concebir el manejo de los motivos de casación, acusa el desconocimiento, por parte del demandante, del principio de autonomía. De acuerdo con él, las causales de casación son independientes unas de otras, lo cual significa que ninguna de ellas está sujeta a los resultados de otra u otras, o a que se proponga primero una para poder aducir otra. Esta autonomía es absoluta, lo que implica, como ha sido sostenido por la Corte, que cada causal de casación tiene su ámbito, su peculiar modo de ser y su propia tipicidad.

Al margen de los antitecnicismos que vienen de indicarse, del estudio particularizado de los dos cargos contenidos en el libelo, también se concluye la improsperidad del recurso.

En relación con el que se fundamenta en la causal primera y el parágrafo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, su proposición es confusa y carente de precisión. Anunciándose violación a la ley sustancial "por aplicación indebida de una norma, al dejar el juez de derecho de declarar una circunstancia modificadora de la punibilidad", lo cual de por sí implica un contrasentido, en la demostración se acude al argumento que el juez tuvo en cuenta la circunstancia de agravación de aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima, estructurada en el número de atacantes, sin tomar en cuenta que él se había reducido a uno sólo a consecuencia del veredicto de no responsabilidad proferido a favor de dos de los procesados, lo cual hacía desaparecer tal circunstancia.

De este razonamiento, derívase que el supuesto yerro del juzgador no es, en estricto "dejar... de declarar una circunstancia modificadora de punibilidad", como se afirma en el enunciado, sino haberla tenido en cuenta cuando no correspondía. Esta confusión, lleva, así mismo, a que el planteamiento no trascienda de la pura proposición, sin que, por parte alguna, el censor llegue a demostrar en qué consistió el error denunciado y cuáles sus efectos frente al fallo que acusa.

Entiéndase que el parágrafo del artículo 226 del Código de Procedimiento, si bien está referido a la declaración, o falta de ella, por parte del juez, de circunstancias modificadoras de culpabilidad o punibilidad, en los juicios con intervención del jurado, su alegación en sede de casación debe hacerse dentro de alguna de las causales motivo del recurso señaladas en la misma disposición.

En acatamiento de este mandato, era imperativo para el libelista no sólo sujetarse a las varias precisiones técnicas señaladas en esta decisión, sino, en específico y con respecto a esta causal, indicar si la violación a la ley sustancial invocada procedía por vía directa o indirecta, en el entendido que esta última hipótesis es procedente no obstante la intervención del juri, en tanto en cuanto a él le está vedado hacer pronunciamiento sobre circunstancias, y al hacerlo, demostrar el tipo de error en que incurrió el sentenciador. Esto último, no se suple con la sola manifestación de que se ha debido actuar de una determinada manera y no se hizo. Tan ostensibles deficiencias, comportan, inexorablemente, que este cargo no prospere.

En cuanto tiene que ver con la nulidad demandada, fuera de la precaria proposición que de ella se hace y a la cual ya se refirió la Sala, por la confusión en la elaboración de los cuestionarios en que se funda, al haberse hecho mención a circunstancias de indefensión de la víctima, cuando lo adecuado ha debido ser "situación de inferioridad" como se concretó en el pliego de cargos, no se establece conculcamiento a ninguno de los principios que orienta el trámite del juicio. Según se desprende del acta de vista pública, la defensa se centró en discutir la autoría de los procesados en el hecho. Esto, de por sí, conlleva la alegación implícita de las circunstancias de agravación, cualquiera fuera su configuración y denominación. Por tanto, mal podría, por esta vía, derivarse desconocimiento del derecho de defensa, en cuanto que no se hubiera contado con oportunidad para debatir el punto. Tampoco, que los defensores se hubieran visto sorprendidos o desorientados con el cambio de términos en el cuestionario. Claro es que ""indefensión" e "inferioridad", desde una consideración real, no son conceptos tan diferentes el uno del otro, pues, como lo destaca el procurador, la indefensión es la situación extrema de inferioridad, donde no hay comparación entre la situación de la víctima y la de su victimario, mientras la inferioridad implica la existencia de posibilidades de defensa en clara desventaja frente al agresor.

Pero, si algo hay definitivo para rechazar este cargo, es la incompetencia del jurado, de acuerdo con las previsiones del nuevo Código de Procedimiento, por el que se rigió el juzgamiento de este asunto, para hacer pronunciamiento sobre circunstancias de agravación de la responsabilidad, toda vez que su función se concreta a la expresión de un "sí" o un "no" sobre la cuestión propuesta a su consideración, teniéndose cualquier agregado como no escrito.

En estas condiciones, los cuestionarios no tenían por qué haber incluido entre los aspectos porque se inquiriría al juri, referencia a circunstancias de agravación, pues a él no correspondía definirlas. Por tanto, la equivocación aducida como vicio resulta intrascendente frente a los motivos de invalidación del proceso y si, en criterio del actor, ella debía ser alegada por medio del recurso extraordinario de casación, ha debido ser propuesta por vía diferente, con aducción precisa y lógica y demostrando la ilegalidad en que incurrió el sentenciador. Estos aspectos, precisamente, son los que hacen de la demanda un medio inadecuado para atacar la sentencia. Este cargo tampoco prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Hugo Humberto Rodríguez, (conjuez); *Jorge Carreño Luengos, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1. CASACION. MINISTERIO PUBLICO. PERJUICIOS

Si el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre indemnización de perjuicios, no puede, la Corte, aceptar causal distinta a las señaladas en el Código de Procedimiento Civil, ni admitirlo si por la cuantía resulta improcedente, así se trate del Ministerio Público

2. DEMANDA DE CASACION. PROCURADOR DELEGADO

Hoy el procurador delegado no sólo puede coadyuvar el libelo del fiscal recurrente, sino oponerse al mismo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado Acta número 66.

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscal Cuarta del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 1989 proferida por la citada Corporación, mediante la cual se reformó la de primera instancia en el sentido de condenar al procesado *Alberto Suárez Figueroa* al pago de cien (100) gramos oro, como perjuicios materiales y la confirmó en todo lo demás, al hallarlo responsable del delito de homicidio culposo.

Hechos y actuación procesal:

Los sintetizó el Tribunal de Cali de la siguiente manera:

"A eso de las 5:30 de la tarde de 4 de marzo de 1987 se produjo una colisión en la avenida 2ª norte con calle 5ª de esta ciudad, entre la furgoneta Renault de placas MC-2473 conducida por Alberto Suárez Figueroa y la motocicleta Yamaha de placas VTQ-12 conducida por José Joaquín López. Como consecuencia de ella perdió la vida este último, correspondiendo practicar la diligencia de levantamiento

del cadáver al Juzgado Catorce de Instrucción Criminal. De acuerdo con la necropsia (50) el fallecimiento se produjo como 'consecuencia de un traumatismo cráneo-encefálico severo...'".

Iniciada la investigación el 5 de marzo de 1987 se recibió declaración indagatoria al procesado a quien se le dejó en libertad con presentaciones; se recibió declaración a Enrique Mejía Muñoz quien viajaba con el sindicado al momento del accidente y a los agentes de la Policía Nacional José Olmedo Castro y Miguel López Muñoz.

Por auto de fecha 25 de abril del mismo año, se reconoció a la señora Dolores Elvira Gil Materón como parte civil y al doctor Rodrigo Reyes Ocampo como su apoderado, quien demandó medida de aseguramiento contra el procesado.

Con fecha 25 de enero de 1988, el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Cali dictó auto de detención contra Suárez Figueroa y le concedió el beneficio de excarcelación provisional y por auto de 27 de mayo siguiente dispuso el embargo de la quinta parte del salario devengado por el acusado como empleado de la firma Distribuidoras Unidas Limitada.

Mediante providencia de 29 de agosto del mismo año, el instructor profirió resolución de acusación, con beneficio de excarcelación contra Suárez Figueroa, por el delito de homicidio culposo, razón por la cual y por no haber sido recurrida, el Juzgado Quinto Superior avocó el conocimiento del proceso y dispuso el adelantamiento de la causa.

Por auto de fecha 10 de octubre de 1988 el Juzgado Quinto Superior de Cali dispuso la práctica de algunas diligencias y el 5 de septiembre de 1989 se verificó la diligencia de audiencia pública sin intervención del procesado.

Dictados los fallos de primera y segunda instancia, la Fiscal Cuarta del Tribunal interpuso el recurso extraordinario de casación el que le fue concedido por auto de 24 de enero del corriente año y admitido por la Corte el 19 de febrero siguiente. Presentada la correspondiente demanda, esta fue declarada ajustada a las prescripciones legales por auto de 17 de mayo del presente año.

La demanda:

Con invocación de la causal tercera (3ª) de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, la recurrente solicita de la Corte se case parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali "...*en lo relativo a la condena al pago de perjuicios materiales* y en su lugar se anule".

Como la acusación versa sobre la indemnización de perjuicios aduce que "El Ministerio Público, por ser parte en el proceso penal, con el deber ordinario de 'velar por la fiel y exacta observancia de las leyes', tiene interés jurídico para recurrir en casación el aspecto civil del fallo, *aunque la cuantía*, que en este caso es de doscientos (200) gramos oro *no dé civilmente la procedencia del recurso*, y por-

que el aspecto del fallo que se ataca es la legalidad misma del reconocimiento judicial de la obligación sustancial de indemnizar los perjuicios derivados del hecho punible" (destaca la Sala).

Luego de transcribir un párrafo del fallo impugnado, la fiscal en su demanda advierte: "Del texto transcrito, que corresponde en su totalidad a la motivación de la decisión condenatoria al pago de perjuicios materiales, perfectamente se concluye que el Tribunal no se ocupó de analizar la primera exigencia del artículo 50 del Código de Procedimiento Penal, que cita en su texto, aunque lo adjudica al Código Penal, y que corresponde a la precedencia de la condena al pago de perjuicios cuando se *'haya demostrado la exigencia de perjuicios provenientes del hecho investigado'*, lo que desde luego, le impedía, por sustracción de materia, fundamentar las razones de la tasación que realizó, de la que también, obviamente, se ignora su causa".

"No se sabe pues, cuál es la razón de la decisión condenatoria, lo cual impide, en virtud del principio de no contradicción, invocar la causal primera de casación, pues nada se dijo con relación a la presencia o a la ausencia de prueba que permitiera con relación a ella alegar un falso juicio de existencia por suposición o por omisión, o de identidad o de legalidad o de convicción".

"Es que ni siquiera puede afirmarse con claridad, que el Tribunal en la sentencia parcialmente acusada, partiera de la errónea concepción de que todo delito causa un daño material privado, porque el silencio al respecto, en ese fallo, es absoluto, y también resulta arriesgado sostener que el Tribunal derivó la existencia de un daño de la de un cónyuge, porque no se mencionó esa relación marital".

"No hizo el Tribunal ni siquiera un resumen de las cuestiones planteadas ni en la demanda, ni en el concepto fiscal, ni analizó los hechos y sus pruebas, como lo mandan los artículos 304 del Código de Procedimiento Civil y 186 del Código de Procedimiento Penal. Y no fue precisamente que ignorara la prueba allegada, porque esta no se produjo para demostrar la causación de un daño material, pues aunque con la demanda de constitución de parte civil, se presentó la prueba de la personería sustantiva (registro civil de matrimonio) que facultaba a la cónyuge de López para reclamar indemnización por un eventual daño que hubiera sufrido, es evidente que ella no demuestra la existencia del mismo, esto es, que sufrió una pérdida en su patrimonio para atender las consecuencias del delito, o que dejó de percibir un bien económico que debía ingresar a su patrimonio".

Concluye la casacionista que si el Tribunal de Cali en su fallo sólo hizo referencia a la norma que ordena la condenación de perjuicios materiales, sin determinar cuáles fueron, no podía pronunciarse respecto de ellos por no existir prueba que diera base cierta para su pronunciamiento, razón por la cual, violó el artículo 163 de la Carta Fundamental que ordena que toda sentencia debe ser motivada.

Concepto de la delegada:

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal (e.) dice que "Examinado el libelo advierte esta delegada que no es del caso entrar a ampliar o modificar la tesis que allí se expuso".

El fallo impugnado:

El Tribunal Superior de Cali, respecto del tema de la indemnización de perjuicios, consignó en la sentencia:

"En relación con la tasación de daños y perjuicios, es evidente que la parte civil tuvo una paupérrima intervención al acreditar, *como apunta certeramente el Ministerio Público en esta instancia*, la naturaleza y monto de tales daños, lucro cesante y daño emergente producidos por la desaparición del señor López en el entorno familiar. De esta manera *se identifica la Sala con su colaboradora fiscal* en cuanto a la negativa de las pretensiones de la parte agraviada en la suma de $ 10.000.000.00 por lo cual es de pertinencia la aplicación de los artículos 50 y 187 del Código Penal (sic) en concordancia con el artículo 106 del mismo precepto, *disponiendo la condena del procesado en la misma proporción de los perjuicios morales*, por lo que atañe a los del orden material, o sea en cien gramos oro. En este sentido se modificará la sentencia recurrida" (destaca la Corte).

Consideraciones de la Corte:

Enseña el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que "cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente *lo referente a la indemnización de perjuicios* decretados en la sentencia, *deberá tener como fundamento* las causales y la cuantía *para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil"; es decir, para el caso concreto teniendo en cuenta la fecha del fallo de segundo grado, las previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil derogado y la cuantía determinada en el Decreto 222 de 1988, o sea la suma de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00).*

De ello fue conciente la fiscal recurrente cuando advierte que como Ministerio Público tiene "interés jurídico para recurrir en casación el aspecto civil del fallo, *aunque la cuantía ,que en este caso es de doscientos (200) gramos oro* no dé civilmente la procedencia del recurso, *y porque el aspecto del fallo que se ataca es la legalidad misma del reconocimiento judicial de la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del hecho punible" (redonda fuera del texto).*

Es entendido que el Ministerio Público, como organismo estatal tiene funciones específicas dentro del proceso penal cuales son la de perseguir al delincuente y procurar su castigo; defender al inocente y reclamar su absolución y obtener la indemnización de los perjuicios causados por el infractor de la ley penal, *es decir, no representa dentro del proceso criminal interés particular, sino uno de orden público en representación de la sociedad a quien interesa ante todo la aplicación estricta de la ley para evitar tanto la impunidad como la injusticia.*

Y si corresponde al Ministerio Público buscar que se aplique la ley en el curso del proceso penal, debe sujetarse a las normas que lo rigen, incluso en los recursos extraordinarios. Por ello, como defensor de la ley, tiene la facultad de recurrir los fallos de segundo grado proferidos por los Tribunales Superiores, cuando el delito por el cual se ha juzgado a una persona, tiene señalada pena privativa de la libertad de cinco (5) años o más. Corresponde, entonces, al fiscal respectivo interponer el recurso extraordinario de casación y, una vez admitido por la Corte, dentro del término legal, presentar la demanda.

Pero esa demanda no puede ser caprichosamente redactada ya que el recurso extraordinario impone cierta técnica para que la Corte pueda estudiar de fondo los reparos que se hagan a la sentencia de segundo grado. Y esos requisitos de modo alguno pueden ser desconocidos por el Ministerio Público, so pretexto de que la ley sea aplicada en debida forma, esto es, con prescindencia de otros mandatos igualmente perentorios y que el legislador ha determinado inequívocamente.

Si el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre indemnización de perjuicios, *el recurrente debe presentar su demanda con arreglo a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando el interés para recurrir (económico) sea el previsto o determinado por la ley para su procedibilidad. No puede, la Corte, aceptar causal distinta a las señaladas en el Código de Procedimiento Civil, ni admitir un recurso que por la cuantía resulta improcedente, así se trate del Ministerio Público.*

Podría pensarse que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 372 del Código de Procedimiento Civil, la Corte no puede declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía. Sin embargo, dicha normatividad ha sido motivo de estudio por parte de la Sala Civil de esta Corporación y por tratadistas ilustres en materia civil, al punto que la jurisprudencia ha variado, según las modificaciones legislativas al respecto.

Inicialmente se tuvo como premisa para admitir o inadmitir el recurso extraordinario de casación, la cuantía determinada en la demanda (para la acción) cuando ella era aceptada por la parte demandada sin objeción alguna. Ello para determinar la competencia (jueces municipales o del circuito y el recurso extraordinario de casación ante la Corte) pues los procesos que dependen de la cuantía tienen juez natural distinto y procedimientos igualmente diversos, cuando ellos son de mayor, menor y mínima cuantía.

Posteriormente se ha sostenido que el interés para recurrir en casación no es aquel que la parte demandante consignó en su demanda y que aceptó la parte contraria. El interés para recurrir debe ser aquel que se determine al momento de proferirse el fallo de segundo grado, es decir, el valor del agravio, de la lesión o del perjuicio patrimonial según las determinaciones de la sentencia que sufra el recurrente.

Lo anterior significa que la cuantía del interés para recurrir es independiente del de la demanda(para iniciar la acción), de acuerdo

con las normas vigentes sobre la materia (Decreto 522 de 1988 que la fija en diez millones de pesos para la fecha del fallo de segundo grado en este proceso).

Debe también puntualizarse en esta oportunidad que cuando el fallo acoge las súplicas de la demanda (en el proceso penal lo pedido por la parte civil) resulta improcedente cualquier impugnación respecto de la indemnización de perjuicios, ya que la parte afectada con el delito, ha visto reconocida su pretensión pecuniaria. Tampoco procede el recurso cuando la diferencia entre la indemnización demandada y la concretada en la sentencia de segundo grado, resulta inferior a la cuantía prevista en la ley para determinar el interés jurídico para recurrir el fallo en casación.

Qué ocurre, entonces, cuando el sentenciador ha proferido fallo condenando a la indemnización respectiva, tanto del orden moral como material sin que en el proceso se hayan demostrado los perjuicios provenientes del hecho investigado?

a) Si la parte civil considera que la condena decretada es insuficiente, podrá interponer el recurso extraordinario de casación para procurar la enmienda, pero el Tribunal, antes de concederlo, deberá ordenar que se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale el magistrado sustanciador y a costa del recurrente. Si por culpa de éste no se practica el dictamen se rechazará el recurso interpuesto y se declarará ejecutoriado el fallo de segundo grado, sin perjuicio de que dentro del término de ejecutoria de dicha providencia, el recurrente interponga los recursos de reposición y de hecho (artículos 370 del Código de Procedimiento Civil derogado y 370 del actual).

b) Si el recurrente es el Ministerio Público, en igual forma el Tribunal ordenará el justiprecio de los perjuicios mediante dictamen de perito. Si la cuantía determinada por el perito es inferior a la prevista por la ley al momento de la sentencia de segundo grado, el recurso será rechazado por el Tribunal respectivo.

La peritación acogida por el Tribunal, en los casos a) y b), se presenta como inobjetable y a esta se contrae la previsión de no poderse inadmitir el recurso extraordinario de casación por motivo de la cuantía, o sea, que ya fijada de este modo y sobre esta base, no es dable desconocer este quántum *(artículo 372 del Código de Procedimiento Civil derogado y 372 del vigente).*

c) Cuando el recurrente es el Ministerio Público (o en su caso el procesado o la parte civil) y el fallo es condenatorio, en su escrito de interposición debe consignar inequívocamente que su discrepancia con él lo es por motivos de la indemnización de perjuicios, para que el Tribunal con conocimiento pleno pueda tomar determinaciones sobre la cuantía. Porque si el motivo es diverso, no es necesario mencionarlo, *pero tampoco podrá ante la Corte presentar acusación alguna por la vía de las causales de casación civil, es decir, por indemnización de perjuicios, so pena de ser rechazada* in limine *su demanda.*

En el caso subestudio, el Ministerio Público recurrente, nada dijo sobre su propósito de impugnar la condena relacionada con los perjuicios, como motivo de su impugnación. De haberlo advertido, el

Tribunal, muy seguramente, hubiera rechazado la pretensión por razón de la cuantía insuficiente. De donde sólo cabe, ahora, volver sobre el punto revocando la decisión de fecha 19 de febrero del presente año, para, en su defecto, declarar improcedente, por el indicado motivo (cuantía) el recurso interpuesto.

No obstante lo anterior y como la recurrente alega interés en el Ministerio Público de obtener una declaratoria de nulidad por falta de motivación de la sentencia de segundo grado, la Sala abordará el tema más por hacer claridad sobre el punto que por contestar el cargo presentado por la vía de la causal tercera de casación penal.

Respecto de este punto, que se apoya en los artículos 304 del Código de Procedimiento Civil, artículo 186 del Código de Procedimiento Penal y artículo 163 de la Carta Fundamental, se tiene:

a) Visto el concepto fiscal de folios 210 y siguientes del cuaderno original, suscrito por la recurrente, se advierte en él, como tesis central, la renuencia a admitir, por ausencia de presupuestos legales, una condena por daños materiales, en cuantía demandada por la parte civil ($ 10.000.000.00) o en la cantidad de gramos oro determinada por el juez de primera instancia quien los calculó en 3.280, no obstante consignar en su fallo que "...no es posible por parte del juzgador determinar el monto de los perjuicios de uno u otro orden, pues no tiene elementos de juicio a la mano para tal fin y, especialmente, si se tiene en cuenta que por desfortuna no se hizo nombramiento de perito alguno con el fin señalado, como tampoco se solicitó a los expertos determinasen el grado de supervivencia del occiso José Joaquín López López". Sin embargo, dice que "Este (el occiso) a la fecha de su defunción ostentaba 24 años de edad, es decir, restaban 41 años de supervivencia, cumplía labores de mensajería en cierta empresa de la ciudad, es decir, era sujeto productivo".

b) El Tribunal Superior de Cali atendiendo las razones expuestas por la Fiscal Cuarta de la Corporación consignó en su fallo que "En relación con la tasación de daños y perjuicios, es evidente que la parte civil tuvo una paupérrima intervención al acreditar, *como apunta certeramente el Ministerio Público en esta instancia*, la naturaleza y monto de tales daños, lucro cesante y daño emergente producidos por la desaparición del señor López en el entorno familiar. De esta manera *se identifica la Sala con la colaboradora fiscal* en cuanto a la negativa de las pretensiones de la parte agraviada en la suma de $ 10.000.000.00 por lo cual es de pertinencia la aplicación de los artículos 50 y 187 del Código Penal (sic) en concordancia con el artículo 106 del mismo precepto, disponiendo la condena del procesado en la misma proporción de los perjuicios morales, o sea en cien gramos oro. En este sentido se modificará la sentencia recurrida...", es decir, hizo suyos los planteamientos del Ministerio Público sin que fuera necesario transcribir en su integridad el criterio expuesto en la vista fiscal y, ello desde luego, no implica la falta de motivación del fallo recurrido al punto que deba ser declarado nulo por la Corte, aun haciendo uso de la facultad que le otorga la ley en estos casos, para proceder de oficio (subrayado fuera de texto).

Si el Tribunal de instancia atendió el pedimento del Ministerio Público y como consecuencia de ello revocó la decisión de primera instancia en cuanto a la condena de perjuicios en la forma ya reseñada, ningún interés jurídico cabe a la fiscal recurrente para demandar la nulidad de la sentencia de segundo grado, máxime que ella guardó silencio sobre la forma como debía el Tribunal pronunciarse, es decir, sobre la tasación de los perjuicios de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 106 y 107 del Código Penal que regulan la materia. Su escrito se concretó a demandar la revocatoria de la decisión adoptada por el juzgador de primera instancia y así fue resuelto por el Tribunal.

Por último, aprovecha la Corte esta ocasión en que recurre el Ministerio Público para puntualizar, igualmente, lo relacionado con su intervención en el recurso extraordinario de casación, frente a la nueva legislación prevista en el Decreto 050 de 1987 (Código de Procedimiento Penal).

Ha sido costumbre de los señores procuradores delegados en lo penal, frente a demandas de casación presentadas por los fiscales de los tribunales, hacer uso de lo normado en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal derogado, es decir, ampliarla respecto de las causales aducidas por el recurrente o absteniéndose de pronunciarse sobre ella.

Conforme a la norma citada, el Ministerio Público ante la Corte, representado por los señores procuradores delegados en lo penal, tenía la facultad de ampliar la demanda presentada por el fiscal del Tribunal, en cuyo caso, el escrito de uno y otro traducían unidad y debía entenderse como demanda formulada en conjunto, en su condición de Ministerio Público, como parte recurrente.

De ahí que el artículo 578 del estatuto procedimental en comento señalaba que una vez presentada la demanda por el recurrente, la Corte, si la hallare conforme a las prescripciones del artículo 576 ibídem *"dispondrá que* se corra traslado de ella a quienes no sean recurrentes, *por quince días a cada uno, para que formulen sus alegatos" (negrillas fuera de texto).*

Frente al actual Código de Procedimiento Penal, la situación es bien distinta:

El artículo 678 derogó la Ley 2ª de 1982 "por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal expedido mediante Decreto número 409 de 1971 y todas las disposiciones que sean contrarias al presente decreto" (Decreto 050 de 1987) y solamente exceptuó su aplicación a los procesos que para el 1º de julio de ese año, estuvieran con auto de cierre de investigación ejecutoriado, de donde aquellos asuntos que no cumplían ese preciso requisito, y los iniciados con posterioridad a esa fecha, no toleraban la aplicación de normas derogadas, salvo los que por mandato constitucional y legal representaban cierta atendible favorabilidad.

El artículo 219 del Código de Procedimiento Penal actual, enseña que el recurso extraordinario de casación "podrá ser interpuesto por el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil o el fiscal". *En esta codificación el legislador no mencionó el término genérico* Ministerio Público *como aparecía en el artículo 570 del anterior estatuto, razón por la cual, en el artículo 225 previó el traslado al señor procurador general de la Nación, representado por su delegado en lo penal, por el término de veinte (20) días* para que emita su concepto, *respecto de la demanda o demandas presentadas por los recurrentes, sin que se haya exceptuado a ningún sujeto procesal con capacidad para interponer el recurso extraordinario y presentar su demanda.*

Y es que el concepto *de la delegada respecto de la demanda o demandas presentadas, resulta de suma importancia no solamente para la decisión que deba adoptar la Corte, sino para las demás partes* no recurrentes *que frente al nuevo Código de Procedimiento Penal, disponen de un* término común *para presentar sus alegatos, bien sea oponiéndose a las pretensiones del recurrente o coadyuvando los motivos y las causales aducidas por el actor.*

Podría pensarse que de no compartir el delegado el criterio del fiscal recurrente, se rompería la unidad del Ministerio Público, lo cual era válido de acuerdo con las normas procedimentales derogadas, cuando se le otorgaba la facultad de ampliar la respectiva demanda. Hoy, el procurador delegado no sólo puede coadyuvar el libelo del fiscal recurrente, sino oponerse al mismo, ya por improcedencia del recurso, ya por defectos de técnica que haga imposible su estudio de fondo. Sostener lo contrario llevaría a la conclusión ilógica, con base en la unidad del Ministerio Público, de que la delegada, como atributo propio de ser parte, pudiera desistir del recurso extraordinario de casación interpuesto por el fiscal del Tribunal, lo cual resulta inadmisible. Su facultad, entonces, queda circunscrita a emitir concepto sobre la demanda, bien sea para apoyarla en sus conclusiones y demandar la prosperidad de la causal invocada o para oponerse a ella, como lo viene haciendo respecto de las demandas presentadas por los otros intervinientes en el recurso de casación. ... ...

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

Resuelve:

1º *Declarar la nulidad* de lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha 19 de febrero del presente año, por medio del cual se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por la recurrente.

2º *Declarar inadmisible* el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscal Cuarta del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia de fecha 4 de diciembre de 1989 proferida por la mencionada Corporación, mediante la cual se reformó la de primera instancia que condenó al procesado Alberto Suárez Figueroa como autor responsable del delito de homicidio culposo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas. Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION INDIRECTA

Tratándose de vicios en la práctica de la prueba y su consiguiente Legal adducción al proceso, debe orientarse la censura a través de la causal primera, cuerpo segundo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 66.

Vistos:

Cumplido el trámite correspondiente, se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Arnulfo Cifuentes Tovar*, en contra de la sentencia proferida el 31 de agosto de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, decisión que le condena a la pena principal de diez (10) años de prisión como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de José María Rodríguez.

Hechos y actuación procesal:

1º El 12 de agosto de 1988 practicó el Juzgado Noveno de Instrucción Criminal de Villavicencio el levantamiento del cadáver de José María Rodríguez, localizado a la orilla del río Ocoa, no lejos del puente de la vía que conduce de Villavicencio a Acacías. El cuerpo de la víctima se hallaba descuartizado, semicalcinado y distribuido en dos costales, presentando un orificio en el parietal izquierdo.

La diligencia se cumplió luego del hallazgo del cadáver por la Policía Judicial, entidad esta que se ocupaba de la búsqueda del occiso, cuya desaparición había denunciado su esposa Luz Mary Mina desde el 9 de ese mes, señalando como posible sabedor del paradero de su marido al profesor Arnulfo Cifuentes Tovar, de quien había recibido José María amenazas de muerte algunos meses atrás, derivadas de conflictos surgidos entre los dos varones al disputarse los afectos del menor Pedro Nelson Rodríguez.

2º Con la actuación cumplida por la Policía Judicial, el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Villavicencio adelantó diligencias previas, que pasó al Juzgado Noveno, donde se inició la investigación y se vinculó tanto a Cifuentes Tovar como a Lucinio y Zoilo Villamil

Virgüez, presentes en el lugar del levantamiento del cadáver a la llegada del personal del juzgado. Perfeccionada la investigación y proferida la calificación sumarial, solamente se dictó resolución acusatoria en contra de Arnulfo Cifuentes, cesando procedimiento en favor de los hermanos Villamil, haciéndose necesario que al proferir el auto de control de legalidad, el Juzgado Cuarto Superior de Villavicencio corrigiera el error en que incurrió el instructor al anotar en la providencia acusatoria el nombre del occiso.

Verificada la diligencia de audiencia con intervención del jurado, concluyó con veredicto unánime de responsabilidad, que hallado por el juzgado acorde con la evidencia procesal, sirvió de fundamento a su sentencia, imponiendo al acusado la pena mínima del artículo 323 del Código Penal, tasación ratificada en la decisión de segunda instancia que por vía de apelación profirió el Tribunal, fallo que resulta ahora motivo de este recurso.

La demanda:

Dos cargos presenta el defensor en su extenso escrito de demanda, a través de los cuales acusa el fallo de segunda instancia con fundamento en dos causales de casación. En el primero concreta su disentimiento basado en la causal tercera, mientras que en el segundo, que apoya en la causal primera entremezcla conceptos y argumentos relativos a la violación directa e indirecta de la ley sustancial.

En resumen, así razona el actor:

Cargo primero:

Bajo este enunciado se sostiene que el juicio se halla viciado de nulidad por desconocimiento del principio del debido proceso con violación de una de las garantías del artículo 26 de la Constitución, y en detrimento de su representado, añadiendo que la sentencia no se halla en concordancia con los cargos formulados en la resolución acusatoria.

Para desarrollar la acusación se remite el demandante bajo un capítulo I que denomina "resumen de los hechos procesales" a la reseña de algunos testimonios y de la actuación judicial cumplida, destacando que tanto el dicho de Arnulfo Cifuentes, como el del menor Pedro Nelson Rodríguez, los obtuvo la Policía Judicial mediante tortura y coacción, obligando a los interrogados a afirmar lo que el investigador quería, si bien aclara más adelante, y sin salir de sus reparos, que tales versiones fueron recibidas de nuevo dentro de la misma etapa preliminar, pero por parte del Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Villavicencio.

De la actuación judicial critica la del Juzgado Cuarto Penal Municipal, porque al recibir de la policía las diligencias, consideró que la competencia radicaba en los juzgados de instrucción; al Décimo de esta especialidad, porque cuando adelantaba las diligencias y descubrió que el Juzgado Noveno había realizado el levantamiento del cadáver,

resolvió remitir allí el expediente quedando unificadas las gestiones; censura además a este juzgado por haber vinculado exclusivamente al ahora condenado "descuidando... otras fuentes de conocimiento..." y haberle señalado como autor intelectual del delito con motivo de la definición de su situación jurídica, para luego, aprovechando el recurso de reposición interpuesto contra esa determinación, modificar la atribución para considerarle autor material del homicidio. Al Tribunal se le dirigen cargos porque al abstenerse de conocer de un recurso mal concedido "posibilitó" que un error cardinal se enmendara convenientemente.

Nuevamente se reprocha al Juzgado Noveno de Instrucción porque en la resolución de acusación equivocó el nombre del ofendido por el de "José María Cifuentes Tovar" y no Rodríguez, considerando que al rectificar ese yerro, habría incurrido en otro el Juzgado Cuarto Superior, por limitarse a hacer la designación con el apelativo correcto sin recurrir a una formal aclaración al respecto, añadiendo como nuevas fallas en desconocimiento del debido proceso ocurridas en este último despacho judicial el haber omitido el sorteo de jurados, la no concurrencia a la diligencia de audiencia de los seis miembros de ese cuerpo, la entrega de un solo cuestionario a todos los jurados para que sentaran conjuntamente su respuesta y la emisión del veredicto bajo un error inexcusable, pues en él se citó correctamente el nombre del occiso, cuando la resolución acusatoria había incluido un nombre equivocado.

Cargo segundo:

Al enunciarlo justifica el defensor el aglutinamiento de diferentes causales bajo único capítulo, advirtiendo que "...teniendo forzosamente que referirme a ellas, no me era posible examinarlas separadamente, pues que el error de hecho suele traer consigo un error de derecho y, como consecuencia de la ocurrencia de ambos, el surgimiento de la violación de la ley penal".

Autorizándose con ese preámbulo y entrando en una serie de transcripciones críticas de los fallos de primera y de segunda instancia sobre las apreciaciones probatorias que califica de frágiles, objeta como violación de la ley sustancial por infracción directa el hecho de que al proferir el fallo de primera instancia no se hubiese dispuesto su consulta —hoja 31 de la demanda— pasando a enunciar que se dá la "violación indirecta, basada en error de hecho" al concluir el Tribunal que el delito tuvo una motivación pasional dentro de la cual el acusado actuó con "tranquilidad"; que se está también frente a una "nueva violación de hecho que se condujo a violación indirecta" de la ley penal procesal pues "...los testimonios invocados y los indicios considerados como graves a tener (sic) de las disposiciones que se citaron en el numeral anterior no constituían la prueba requerida por la ley procesal penal para proferir sentencia condenatoria; que nuevamente se está ante una violación indirecta por error de derecho cuando el jurado se pronunció respecto de la muerte de "José María Rodríguez", cuando en la resolución de acusación se había formalizado el cargo por el homicidio de "José María Cifuentes", y que, final-

mente, por esos errores de hecho y de derecho, el sentenciador violó directamente la ley "al considerar que había prueba para condenar al reo como responsable de homicidio... y por dejar de aplicar el artículo 248, *in dubio pro reo*".

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal, desacorde con la demanda por contener "manifiestas razones de orden técnico y lógico en la sustentación" que la hacen imprósperа, sugiere que se proceda así:

Encuentra que el cargo basado en la alegada nulidad carece de fundamentación y de *petitum*. Respecto de lo primero, acude a citas jurisprudenciales de esta Sala en las que se han señalado las pautas técnicas del recurso, de las cuales no escapa la causal de nulidad, y en cuanto a lo segundo, observa que es indispensable que el demandante señale la medida a adoptar en caso de tener éxito su pedimento. Destaca además que olvidó el actor citar las normas vulneradas con los atentados al debido proceso de que habla, comentando sobre el particular que "en verdad no podría señalar disposición alguna, pues los pregonados vicios apenas si son normales incidentes en toda actuación procesal penal".

Sin embargo de sus anteriores comentarios sobre el cargo primero, al referirse al fondo de la impugnación y luego de relacionar los vicios señalados por el censor, advierte que "son circunstancias que por ninguna parte aparecen acreditadas en los autos, y de estarlo, lejos están de comportar una ostensible falla como para quebrar la estructura del proceso o causar agravio o menoscabo al derecho de defensa".

Al cargo segundo también le hace severas observaciones de carácter técnico, pues estima que el censor confunde las formas de la violación de la ley sustantiva, que son la directa y la indirecta, con los sentidos en que la misma se puede dar, y además entremezcla en desmedida equivocación el concepto de error de hecho con el de derecho "como si... no fuesen categorías excluyentes e incompatibles entre sí, frente a un mismo medio probatorio". Censura por último el método del recurrente de limitarse a oponer al criterio de los falladores el suyo propio "olvidando que la sentencia atacada viene amparada por la doble presunción de legalidad y acierto y que en los juicios con intervención del jurado popular no es dable abrir nuevamente el debate probatorio dado a la autonomía con que estos cuentan en el ámbito de la valoración probatoria.

Consideraciones de la Sala:

Se mantendrá la sentencia recurrida, como lo sugiere el señor representante del Ministerio Público, porque los cargos formulados en su contra, afectados de fallas en las exigencias lógicas de su presentación, resultan además carentes de todo fundamento.

En lo que atañe al cargo primero, *y ameritando su proposición los reproches de la delegada en cuanto extraña la formalización de un* petitum *y la cita de las disposiciones transgredidas, se hace notoria la inconsistencia y contradicción de las distintas razones sobre las cuales pretende el recurrente plasmada la violación de las formas propias del debido proceso.*

Cuando el actor propone que esa violación se dio porque en el recaudo de unos testimonios se recurrió por la Policía Judicial a la coacción y la tortura, trae en su inmediata aclaración la desnaturalización del reproche, como que a renglón seguido recuerda que esas versiones fueron de nuevo tomadas ante el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal, sin que allí se acuse la ocurrencia de los iniciales vicios, lo que implica claramente que el cargo se deshace ocurrida la reposición formal de esas declaraciones mediante su ratificación.

Ese reproche, por lo demás se muestra equivocadamente propuesto bajo la causal tercera de casación, pues tratándose de vicios en la práctica de la prueba y su consiguiente ilegal aducción al proceso, debe orientarse la censura a través de la causal primera, cuerpo segundo, por violación indirecta de la ley sustancial mediante error de derecho según lo ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, pues si bien el actual sistema procesal extraña la tarifa legal, permanece vigente el principio de legalidad en la aducción probatoria. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en decisiones de octubre 3 de 1978, julio 9 de 1983 y abril 8 de 1987, con ponencia, las dos últimas, de los magistrados Fabio Calderón Botero y Lisandro Martínez Zúñiga.

Proponer luego como lo hace el demandante, que mediaron violaciones sustanciales al debido proceso porque el Juzgado Municipal remitió el asunto a los de Instrucción Criminal y porque luego el Décimo de esa especialidad envió la actuación al Noveno que había realizado el levantamiento del cadáver, no constituye sino ignorancia acerca de la competencia para la instrucción del proceso, porque no podía pretender la suya el juez de menor jerarquía dada la naturaleza de los hechos, ciñéndose luego los juzgados de instrucción, ambos competentes para adelantar el sumario, a las reglas que sobre el reparto o distribución equitativa del trabajo les correspondía, actuaciones que jamás podrían estimarse siquiera irregulares.

Tampoco en la proposición de nulidad porque se hubiese vinculado solamente al profesor Cifuentes Tovar hay seriedad en el actor, si consultado el proceso se descubre que esa censura no es veraz, dado que con aquel fueron indagados los hermanos Villamil Virgüez según se dejó dicho, pero tampoco ajustada a la realidad procesal, dentro de la cual no asomaron cargos contra persona diferente que hubiesen ameritado su vinculación en injurada, recayendo todo el peso de la sindicación en contra del ahora condenado.

Cuando la demanda alude como razones de desconocimiento del debido proceso a rectificaciones oportunas ocurridas por los mismos funcionarios o mediante pronunciamientos consecutivos o de instancia cual es el caso de la modificación del grado de participación dentro del auto de detención, la abstención del Tribunal para conocer de un

recurso no interpuesto o la corrección que hiciera el Juzgado Superior sobre el nombre de la víctima equivocadamente anotado en la resolución acusatoria, apenas destaca el cumplimiento de sus deberes por parte de los funcionarios, nunca la ocurrencia de relevantes informalidades dentro de la actuación, pues obligaba tanto a los jueces como al Tribunal según imposición del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil "Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran", deberes dentro de los cuales estaba ante todo el de evitar mediante la modificación de autos que no causan ejecutoria material (como la medida de aseguramiento), o del control de legalidad (del para entonces vigente artículo 486 del Código de Procedimiento Penal) y con mayor razón de las instancias, la protocolización de yerros cuya inoportuna remoción podría generar al menos confusión si no la invalidación que ahora sin acierto se postula.

Y es precisamente esa oportuna corrección del error contenido en la resolución acusatoria sobre el nombre del occiso (exclusivo de la parte resolutiva) la que ahora y con mayor razón lleva al fracaso la proposición del actor de una supuesta falla radicada en la no coincidencia entre la persona que se cita como víctima en el veredicto y en el fallo, frente a aquella que menciona la acusación, pues si para la culminación del debate había ocurrido, como el propio actor lo reconoce, la aclaración pertinente, mal podrían de una falla en ese momento inexistente derivarse las consecuencias pretendidas.

Finalmente, ninguna de las informalidades que acusa la defensa respecto de la intervención del jurado como fuente de invalidación procesal se dio en el proceso. El sorteo respectivo se llevó a cabo sin reparos el día y hora previa y oportunamente señalados (fls. 227 y 228 del segundo cuaderno original), el juzgado declaró formal esa designación en providencia notificada y consentida (fl. 229), constando que en el enteramiento personal se cumplió con las mismas personas sorteadas (fl. 237), así que sin excusas se fijó la fecha de la audiencia a la cual concurrieron un jurado principal y dos suplentes, con quienes se integró formalmente ese cuerpo, quedando constancia al remate del acta, sobre la cual no se hace tacha por parte del recurrente, que el cuestionario se entregó a los "jurados para que estos procedan a emitir su fallo en forma individual", constando en el folio 263 de ese cuaderno la realización del escrutinio que remató en el veredicto unánime afirmativo de responsabilidad, actuaciones todas ceñidas a la ley de procedimiento, que obligan a concluir la legalidad y validez del rito revisado.

Suficientes, pues, las razones que del expediente surgen para desestimar las impugnaciones del actor, como para inhibir el decreto oficioso de la nulidad por parte de la Sala con fundamento en el inciso 2º del artículo 227 del Código de Procedimiento Penal. Según viene advertido, el cargo no prospera.

Más remoto podría estar aún el éxito de la proposición que bajo el *segundo cargo* intenta la defensa, si siendo tan protuberantes las

fallas de técnica que lo afectan, ni siquiera resulta posible entrar al análisis pormenorizado de sus precarios fundamentos.

Razón sobrada le asiste al Ministerio Público cuando al referir a esas censuras advierte que "la más protuberante confusión del casacionista, la constituye sin lugar a dudas la acusación de ser la sentencia 'violatoria de la ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida y al propio tiempo por interpretación errónea de los estatutos normativos de la situación contemplada en el proceso...'", pues el censor confunde lamentablemente las formas de la violación a la ley sustancial, que pueden ser por vía directa o indirecta con los sentidos de la transgresión; falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea. Esta distorsión del recurrente se evidencia aún más cuando enfatiza que "...el error de hecho suele traer consigo un error de derecho y como consecuencia de la ocurrencia de ambos, el surgimiento de la violación de la ley penal...", como si el error de hecho y el de derecho no fuesen categorías excluyentes e incompatibles entre sí, frente a un mismo medio probatorio.

La incontestable apuntación de la delegada sólo amerita agregar que para desfortuna del recurrente, ni siquiera reparó en que el juzgamiento del acusado Cifuentes Tovar ocurrió ante el jurado de conciencia, de manera que no resultaba entonces de recibo alegar como causal de casación la violación indirecta de la ley "porque los jurados deciden en conciencia, por íntima convicción sobre la responsabilidad del procesado, es decir, sin dejar constancia objetiva de la clase de prueba que los convenció, ni del análisis formal de la misma; en tales condiciones resulta imposible en casación cotejar analíticamente la prueba que obra en el proceso con la determinación conciencial de los jurados; y como los jueces de derecho —de primera y segunda instancia— deben dictar la sentencia de acuerdo con el veredicto del jurado (a menos que encuentren contravidencia ostensible de los hechos), tampoco ellos pueden adentrarse en el examen de la prueba, sino aceptar o rechazar el veredicto..." (sentencia de casación de octubre 13 de 1982, magistrado ponente: Doctor Alfonso Reyes E.).

Por último y dentro de tan marcada e insuperable confusión conceptual, olvidó el recurrente que la demanda de casación debía dirigirse en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal y no respecto de la emitida por el juez *a quo* de manera que aquella sugerencia de transgresión al artículo 210 del Código de Procedimiento Penal porque el Juzgado Superior omitió la orden de consulta de su fallo, no solamente se propuso en contravención con las demandas formales del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, omitiendo la petición que se formula en relación con la sentencia recurrida, sino además careciendo por entero de incidencia el hecho en que se funda en la decisión definitiva, como que el Tribunal conoció en todo caso del fallo por vía de apelación.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada. Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz. Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CASACION. Procedencia

En el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal no se habla de las posibilidades de adecuación típica que puedan darse durante el proceso, sino que se remite expresa y concretamente al contenido de la sentencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 068 de 3 de octubre de 1990.

Vistos:

Habiéndose agotado el trámite correspondiente, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte pronunciarse sobre el recurso de hecho interpuesto por el defensor del procesado *Pedro Claver Valencia Valencia.*

Razones del recurso:

Por sentencia de fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Manizales condenó al señor Pedro Claver Valencia Valencia a la pena principal de *doce (12) meses de prisión* e interdicción de derechos y funciones públicas por el período de un año, como autor responsable del delito de *peculado por uso.*

Este fallo fue confirmado en su integridad el día primero de agosto del año en curso, por el Tribunal Superior de Manizales y contra él interpuso el defensor del sentenciado el recurso extraordinario de casación, el cual fue denegado el día cinco de septiembre.

Interpuesto oportunamente el recurso de hecho, se compulsaron las copias pertinentes y el interesado lo sustentó debidamente ante la Corte. Afirma el memorialista en su escrito, que el recurso de casación se torna procedente en cuanto que debe hacerse una interpretación de la ley para buscar en ella los principios de equidad y justicia que quiso plasmar el legislador, para lo cual invoca el contenido de los artículos 218, 471 y 501 del Código de Procedimiento Penal, aduciendo que estas normas otorgan a la calificación del sumario la

categoría de provisional, avocando por tanto al procesado a una posibilidad de variación en cuanto a la adecuación típica de la conducta y por ello de la pena.

Si existe dicha posibilidad de que el enjuiciado resulte condenado por una conducta más grave que la que motivó la resolución de acusación, dice el recurrente, resulta apenas justo que al mismo encartado se le de la facultad de recurrir en casación por el factor punitivo cuando en la denominación genérica del delito se encuentre alguna disposición que señale pena privativa de la libertad de cinco años o más, así no sea esta la que motivó la sentencia final.

Consideraciones de la Sala:

bien invocado el contenido de la Ley 153 de 1887, parece sin embargo que el memorialista olvida otro precepto contenido en ella, concretamente en su artículo 27, que preceptúa: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", es decir, que no procede acudir a las vías de la interpretación legislativa, cuando las disposiciones pertinentes sean de tal diafanidad que no susciten duda alguna, como ocurre con la norma 218 del Código de Procedimiento Penal que señala la procedencia del recurso extraordinario de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Allí, nótese bien, no se habla en modo alguno de las posibilidades de adecuación típica que puedan darse durante el proceso, sino que se remite expresa y concretamente al contenido de la sentencia, pues que en ella es obligatorio que quede fijada de una vez la infracción por la cual se condena o absuelve al procesado, terminando con ella las posibilidades de variación en la calificación a que hace alusión el memorialista.

Ciertamente, el fallo ya no permite las eventualidades de la variación en la calificación —salvo por vía de la nulidad, si resultare procedente y oportuno plantearla—, pues que ha terminado con ello el juicio y así ha de entenderse que la sentencia ha declarado la calidad de la infracción por la que se adelantó el juzgamiento y por ende ha remitido expresamente a una punibilidad determinada sin que sea posible su modificación.

Pero, aún aceptando en vía de discusión que fuese necesario interpretar la norma que regula la procedencia del recurso extraordinario, tampoco le asiste razón al memorialista si se tiene en cuenta que las normas por él invocadas, las cuales supuestamente ayudarían a llenar de contenido el precepto que regula la impugnación extraordinaria, no sirven realmente para ello puesto que se refieren a etapas anteriores a aquella en la cual se deben examinar los requisitos para su concesión. En efecto, los artículos 471 y 501 del Código de Procedimiento Penal se refieren a la calificación del mérito del sumario, más concretamente a la resolución de acusación, y surgieron bajo el supuesto de que en el moderno proceso penal no puede el juez quedar atado

a decisiones calificatorias, como antaño sucedía, sin poder corregir los yerros que en ellas se presentaran, en detrimento de la labor juzgadora que adelantara adecuadamente la instancia del juicio.

Lejos de permitir ampliar el contenido del artículo 218, las disposiciones citadas por el memorialista lo limitan en la medida en que ellas, en particular el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, permiten que en el evento de que el procesado haya sido inadecuadamente acusado, se le concrete la imputación en aras a garantizar sus derechos. La calificación provisional, no deja ciertamente en el vacío la imputación; muy por el contrario, la concreta, y si se permite su modificación, no es para sumir al enjuiciado en la duda respecto de la sanción que finalmente le correspondería, sino justamente, para impedir que so pretexto de respetar la resolución de acusación, termine siendo condenado a una pena más grave de la que le correspondería y con violación de algunas disposiciones que protege sus derechos frente al proceso.

Nunca puede, en definitiva, condenarse a un enjuiciado, sobre la base de imputaciones dudosas o mal precisadas; por ello, la sentencia debe recoger —como lo hace— una forma concreta de infracción, y a la pena a ella fijada es que debe mirarse para establecer si procede o no la concesión del recurso extraordinario, como además se hizo por parte del Tribunal en el caso bajo estudio, lo que lo llevó a la conclusión acertada de que no era posible el otorgamiento de la impugnación.

Lo anterior, porque la infracción por la cual se produjo la sentencia de condena lo fue la de *peculado por uso*, contemplada en el artículo 134 del Código Penal y que tiene señalada una pena privativa de la libertad máxima de cuatro (4) años, monto punitivo que no alcanza los límites señalados en el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, la Sala estima correctamente denegado el recurso y así lo declarará.

Sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Declarar bien denegado el recurso extraordinario de casación en este asunto. En consecuencia, vaya la presente actuación al juzgado correspondiente, por intermedio del Tribunal de origen, para que forme parte de la actuación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Cada uno de los sentidos de la violación directa de la ley posee su propia estructura, lo cual la dota de unas específicas calidades que amojonan el linde de su influencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 0068.

Vistos:

Entra la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado oportunamente por el representante de la parte civil contra la sentencia calendada a julio diecinueve (19) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), emanada del Tribunal Superior de Villavicencio, por la cual se revoca íntegramente el fallo condenatorio que dictara en agosto nueve (9) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), el Juzgado Tercero (3º) Penal del Circuito de esta ciudad, y en su lugar absuelve a *Hernando Coy Cruz* de los cargos que se le imputaban como presunto responsable de la comisión de un delito de hurto.

La impugnación que ocupa la atención de la Sala se admitió el siete (7) de febrero del año en curso, declarándose luego ajustada a los requerimientos legales del artículo 576 del Código instrumental la demanda respectiva, según proveído de abril veintisiete (27) postrero. En concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal, deben desecharse las pretensiones del actor.

Hechos:

Fueron sintetizados por el Tribunal en los términos siguientes:

"...La señora Hilda Coy Cruz, en su calidad de gerente de la sociedad comercial 'Inversiones Coy Cruz Limitada', formuló denuncio (sic) contra el socio Hernando Coy Cruz por el delito de hurto de 22 cabezas de ganado vacuno sustraídas de los potreros de la hacienda 'La Primavera' el día 13 de enero de 1982, semovientes de propiedad de la sociedad y que estaban en ceba, cuyo valor es estimado en la suma de ochocientos mil pesos. Se hace saber en la denuncia que

para el transporte del ganado el sindicado pudo haber cometido delito de *Falsedad* en la tramitación de los documentos necesarios para ella..." (fl. 54, cdno. Tribunal).

Actuación procesal:

La delegada la condensa en estas palabras:

"...Indagado Coy Cruz, se exculpó ante el Juzgado Tercero de Instrucción Criminal de Villavicencio el 5 de mayo de 1982, afirmando la legalidad de su comportamiento amparándose en el cese de procedimiento decretado en favor de su hermano y socio José Luis, a quien había denunciado al disponer en venta varias cabezas de ganado pertenecientes a la sociedad, conducta considerada atípica por el Tribunal con el argumento de que cada socio podía disponer de los bienes sin exceder su cuota parte, de ahí el cese de procedimiento el 31 de octubre de 1981..."

"...Estudiada la posibilidad de que Hernando Coy Cruz también fuera favorecido con una medida de esta naturaleza, el Tribunal Superior de la citada ciudad, el 21 de abril de 1983, revocó la decisión del Juzgado Tercero Penal del Circuito que así lo había considerado, ordenando, en su lugar, continuar el trámite instructivo..."

"...Perfeccionada la investigación, luego de un sobreseimiento temporal, se halló mérito para enjuiciar a Hernando Coy Cruz, como presunto autor del punible de —hurto entre conqueños— (sic) mediante providencia de 18 de julio de 1985, decisión confirmada por el Tribunal un año después. Tramitada la causa, verificada la audiencia pública, el Juzgado Tercero Penal del Circuito agotó la primera instancia condenando al enjuiciado a la pena principal de 18 meses de prisión e imponiéndole las accesorias de rigor como autor del delito de hurto agravado..."

"...Apelada esta determinación, el *ad quem*, reconsiderando la versión exculpativa del condenado Coy Cruz y analizando la providencia contrapuesta por éste para justificar su comportamiento, reconoció en favor el 'error de tipo' como causal de inculpabilidad, absolviéndolo en consecuencia, tal como diéramos cuenta en precedencia, decisión ahora recurrida en casación..." (fls. 15/6, cdno. Corte).

La demanda:

El recurrente, en su calidad de apoderado de la parte civil, formula un *único cargo* contra el fallo de segunda instancia, apoyándose en la *causal primera de casación* que consagra el actual artículo 226 del Código de Procedimiento Penal y al efecto alude a la violación directa de la ley por aplicación indebida del artículo 40-4 del estatuto sustancial punitivo y falta de aplicación de los artículos 349, 350 y 351 de la misma codificación.

En lo que se refiere a la exclusión normativa, considera que las normas citadas son aplicables porque "...los semovientes vacunos hurtados pertenecen al haber social de un ente jurídico, que no el de

los socios...", citando al efecto los artículos 98, 143 y 144 del Código del Comercio, prohibiendo este último "...que el socio retire cuotas o partes de cuotas del *interés social* que tenga en una sociedad..."

En lo que respecta a la indebida aplicación, destaca que el error predicado en la disposición referida —art. 40-4 C. P.— debe ser invencible; sin embargo, el mismo fallador omitió la evidencia de que el sindicado cursó estudios superiores y que tuvo la capacidad de valorar como "absurdo" el auto del propio Tribunal que había decretado cesación de procedimiento por hechos similares cometidos por otro de los socios, con la diferencia de que éste sí había estado autorizado para vender por la gerente de la sociedad.

Finalmente, el libelista destaca "...la competencia analítica de penalista del procesado...", demostrada en la sustentación del recurso de apelación contra el auto de proceder, en la cual "...hace gala... de vastos conocimientos del derecho penal de la pericia judicial...", por lo cual solicita la infirmación de la sentencia, dictando el correspondiente fallo de reemplazo..." (fls. 4 y ss., cdno. 3º).

Concepto del Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal:

Considera el señor agente del Ministerio Público que el demandante falta al rigor de la técnica casacional "...al afirmar la aplicación indebida del artículo 40-4 cuando previamente había desarrollado y alegado la falta de aplicación de los artículos 349, 350 y 351 del Código Penal. Además, que equivocó la vía escogida "...pues lo que en el fondo propone el censor es una violación indirecta al colegir que había suficientes elementos probatorios para que el fallador de segunda instancia no hubiera reconocido la causal de inculpabilidad..."

Por último, redondea su pensamiento al plantear "...una contradicción interna que ofrece el libelo al estimar el actor, que no obstante el fallador dar por demostrados plenamente "...los hechos tipificadores del delito de hurto...", al aceptar en una de las consideraciones de la providencia impugnada, la confesión de Coy Cruz, dejó de aplicar las normas que sobre ese punible prevé el Código Penal...". Por consiguiente, sugiere no casar el fallo recurrido.

La Corte:

I. Un primer yerro de técnica en la casación —señala el colaborador fiscal— subsiste en la demanda sometida a su estudio. El planteo simultáneo de la aplicación indebida de una norma con la falta de adaptación de otras diferentes, le sirve de sustento para predicar la falencia que debe provocar la desestimación del recurso.

II. Al respecto, la Sala precisa:

a) Sabido es que cada uno de los sentidos de la violación directa de la ley posee su propia estructura, lo cual la dota de unas específicas cualidades que amojonan el linde de su influencia. Por consiguiente, para transitar con propiedad por uno cualquiera de sus dominios,

la impugnación habrá de atenerse a los principios que marcan su conformación, a la lógica que la hace posible y a la técnica formada en redor de su particular contorno.

b) Así, no sería dable el proponerse coetáneamente la errónea interpretación de una norma con uno cualquiera de los otros dos sentidos: la aplicación indebida o la exclusión evidente, pues para predicar que se descifró con impropiedad su espíritu, debe partirse del acierto en su escogencia, resultando antinómico el asegurar al propio tiempo que la norma fue mal escogida o simplemente ignorada.

Violaríase también el principio de no contradicción si respecto de un mismo precepto se pretende que coexistan su interpretación errónea y su aplicación indebida, ya que es apenas obvio que no puede haberse tenido y no tenido en cuenta, simultáneamente.

Sin embargo, no repugna a la lógica el que dada una exclusión evidente de una disposición, se elegue en el mismo cargo la indebida aplicación de la norma o normas que realmente acogió el fallador, puesto que lo uno es la consecuencia de lo otro.

En efecto, como lo enseña en su obra quien fuera magistrado de esta Sala, doctor Fabio Calderón Botero, tiénese que:

"...La incongruencia existe únicamente *en la simultaneidad de la interpretación errónea con los otros sentidos de una violación directa. Si se alega exclusión evidente de un precepto, se puede aducir a un mismo tiempo aplicación indebida del realmente aplicado; porque errar en la existencia de la norma es fallar en su escogencia; o a la inversa; porque equivocarse en la elección de una norma es desconocer la existencia de la pertinente..." (Casación y revisión en materia penal". Editorial Librería del Profesional, Bogotá, 2ª edición, 1985, pág. 84).*

Diferente es el caso —y a eso se refiere la providencia que recuerda transcribiéndola en lo pertinente la delegada— que hecha la alegación por el recurrente de uno de los sentidos del atropello directo, para sustentarlo se abandonen sus predios y se invadan los de otro, si bien interrelacionado, de todas maneras independiente en su esencia y composición.

No es la situación de la demanda puesta a consideración de la Sala.

Tanto en lo referente a la aplicación indebida como a la exclusión evidente alegadas, el actor señala las normas correspondientes y para cada una desarrolla su propia argumentación, las que si bien se encuentran emparentadas como que la comisión de uno de los yerros es presupuesto del otro, se respeta su independencia formal y argumental, por lo que en este aspecto la Corte no encuentra reparo que hacerle al libelo.

III. Desacierta, en cambio, el censor, cuando equivoca la vía escogida pues ha debido seleccionar el segundo cuerpo de la causal primera, al cuestionar la existencia del error de tipo que reconociera el Tribunal. Y es que al desbrozar sus razonamientos con miras a demostrar el desatino, por fuerza tenía que referirse no sólo al texto

de la disposición, sino también evaluar la injurada y los documentos en que pretensamente se basó el acusado para respaldar su acción, así como el hecho mismo que, al ser reportado por las autoridades, hizo posible el inicio de la respectiva investigación penal, detalles que, al ser apreciados por el fallador, podrían haber sido tergiversados en su contenido o no considerados, según el caso.

Bien se expresa el señor Procurador Delegado cuando advierte que en este evento resulta necesario "...cuestionar las conclusiones fácticas y probatorias que apoyaron bien su concesión ora su improcedencia, de ahí que difícil haya sido para el demandante, dejar de lado las apreciaciones que en su sentir merecían las exculpaciones del procesado, a las cuales el sentenciador no ha debido darse base para sustentar el error invencible con el que supuestamente actuó Coy Cruz..."

IV. Finalmente, esta colegiatura también hace eco del señalamiento hecho por el Ministerio Público acerca de la contradicción insita que exhibe la demanda en su exposición global. En su anhelo por demostrar la inexistencia del error de tipo, al tiempo que trae en su apoyo lo aducido por el acriminado en su indagatoria, al enjuiciar la providencia del Tribunal, calificándola de "absurda", a renglón seguido la desacredita para dar por cierta la estructuración del punible de hurto. Tal inconsistencia conspira de suyo contra el principio de no contradicción que regenta el recurso extraordinario, como en diversas oportunidades lo ha predicado esta Sala.

V. Basten las consideraciones anteriores para desechar la impugnación, en razón de las fallas de técnica anotadas.

Por lo dicho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

Resuelve:

Negar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael E. Cortés Garnica, Secretario.

EXTRADICION

A partir de la vigencia del Decreto legislativo 1860 de 1989, si la solicitud de extradición versa sobre los delitos de tráfico de estupefacientes y conexos, el procedimiento es netamente administrativo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 68.

Vistos:

Mediante nota verbal de noviembre 27 de 1989, ratificada en nota número 41 de febrero 5 de 1990, el gobierno del Reino Unido, por conducto de su embajada en Colombia, solicita al de nuestro país la extradición de *Claudia María Goldsworthy*, antes *Claudia María Angel Mesa*, colombiana por nacimiento pero con nacionalidad británica actual.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, por intermedio del de Justicia, envía tal solicitud a la Corte para el concepto a que se refiere el artículo 655 del Código de Procedimiento Penal.

Corresponde, por consiguiente, emitir el pronunciamiento a que haya lugar, una vez agotado el trámite de rigor.

Presupuestos fácticos de la solicitud:

El magistrado jefe de la Corona, correspondiente al Tribunal de Knightsbridge, profirió auto de detención contra Claudia María Goldsworthy o Claudia María Angel Mesa por "ayudar a otra persona a retener el beneficio de tráfico de narcóticos", entre el 1º de enero de 1986 y el 25 de octubre de 1987, pues según unos documentos interceptados a su esposo Keith Goldsworthy, ciudadano británico condenado y privado de la libertad en los Estados Unidos de Norte América por tal infracción, la comprometen en grado suficiente para llevarla a juicio ya que, por lo demás, a pesar de habérsele dado libertad mediante fianza no ha comparecido al juicio que debía realizarse el 2 de diciembre de 1988.

Con la solicitud correspondiente se adjunta, en traducción oficial, copia de la imputación de la medida adoptada y de las pruebas en que se funda.

La División de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores opina que el caso debe regirse por el Tratado de Extradición entre la República de Colombia y la Gran Bretaña suscrito el 27 de octubre de 1888, vigente.

Alegaciones de la defensa:

Agotada la tramitación que prevee la ley, dentro del término de traslado, la profesional que atiende la defensa solicita a la Corte conceptuar desfavorablemente a la extradición de su poderdante al no ser esta procedente, en primer lugar por no haber acompañado a la solicitud la orden de arresto que requiere el tratado y, en segundo lugar porque según las pruebas allegadas la imputación que se le hace sería por una contravención y por encubrimiento de la misma, aspectos que en nuestra legislación no exigen privación de la libertad y, en tratándose de esposos, ni siquiera es punible el encubrimiento ya que el artículo 25 de la Constitución Nacional garantiza el negarse a declarar contra el cónyuge.

Consideraciones de la Corte:

Es verdad que la extradición entre el Reino Unido y Colombia se rige por el Tratado suscrito el 27 de octubre de 1888 que fuera aprobado mediante la Ley 148 de dicho año con las adiciones introducidas por la Convención Suplementaria del referido tratado, firmada el 2 de diciembre de 1929 y ratificada por la Ley 15 de 1930.

Por medio de este pacto internacional las partes signatarias se comprometen a entregarse recíprocamente en las circunstancias y con las condiciones que en el presente tratado se establecen, todas las personas que, siendo acusadas o estando convictas de algunos de los delitos enumerados en el artículo II, cometidos en el territorio de una de las partes, se hallaren en el territorio de la otra".

El artículo II mencionado señala expresamente 24 casos en los que procede la extradición y agrega que procede igualmente para los casos de complicidad en cualquiera de los susodichos delitos siempre que sea punible tal grado de coparticipación, además de "poder ser concedida a voluntad del Estado de quien se solicite respecto de cualquiera otro delito por el cual pueda otorgarse de acuerdo con las leyes vigentes de ambas partes contratantes".

El artículo III dispone: "Cualquiera de los dos gobiernos tendrá absoluta libertad para rehusar la entrega de sus propios súbditos al otro gobierno"; el artículo VIII regula el trámite de la demanda de extradición sin que se mencione allí intervención alguna de la Corte Suprema en dicho procedimiento. El IX se limita a preceptuar: "Si la demanda de extradición estuviere de acuerdo con las anteriores estipulaciones, la autoridad competente del Estado al cual se dirija esta,

procederá a la aprehensión del prófugo"; y el XII que prevee la investigación previa para demostrar los presupuestos exigidos, la atribuye "a las autoridades del Estado demandado".

El Código de Procedimiento Penal, en el Capítulo IV del Libro Quinto, artículo 647 y siguientes, regula el procedimiento de la extradición para los casos en que no exista tratado internacional en la materia; en desarrollo de tal procedimiento se prevee en el artículo 655 la intervención de la Corte con miras a la emisión del concepto correspondiente. Es lo que se conoce en la doctrina con el nombre de "procedimiento mixto o administrativo judicial" que puede y debe ser aplicado en la actualidad únicamente si está previsto expresamente en los tratados o a falta de estos, cuando se trate de delitos diferentes al narcotráfico y conexos, porque a partir de la vigencia del Decreto legislativo 1860 de 1989, que se refiere a estos delitos, el procedimiento de extradición es netamente administrativo excluyendo, por consiguiente, el concepto previo de la Sala de Casación Penal.

La Corte, en providencia de septiembre 17 de 1990 con ponencia del magistrado Jorge Enrique Valencia Martínez, dijo: "Si no existe tratado con el país requirente y la solicitud de extradición versa sobre los delitos de tráfico de estupefacientes y conexos, el referido decreto tiene plena aplicación, pudiendo ofrecer la extradición de nacionales y extranjeros por estos ilícitos, ciñéndose al trámite contemplado en el Código de Procedimiento Penal, con las modificaciones introducidas en aquella normatividad, entre las cuales se cuenta el que no se requerirá concepto previo de la Corte".

Por manera que siendo, en este caso, la autoridad competente para otorgar la extradición autónomamente el Gobierno, es a él a quien incumbe valorar las pruebas allegadas, verificar la identidad de la persona solicitada, si existe el principio de la doble incriminación, la equivalencia de providencias y, en fin, la viabilidad o no de la extradición demandada conforme a los preceptos legales que gobiernan el acto administrativo correspondiente.

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

Resuelve:

Abstenerse de conceptuar en el presente trámite de extradición de la señora Claudia María Goldsworthy o Claudia María Angel Mesa, según solicitud del gobierno británico.

Compúlsense las copias de toda la actuación para el archivo de la Corte y devuélvase al Ministerio de Justicia, en firme esta determinación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SITUACION JURIDICA. DETENCION ARBITRARIA

Para definir la situación jurídica del procesado la ley no admite prórrogas, recuentos, adiciones o restitución del lapso

Corte Suprema de Justicia.- - Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 68.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor representante de la parte civil en contra de la providencia de enero 31 de 1990, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla cesa procedimiento en favor de los vinculados doctores *Luis Alfonso Ramos de la Hoz* y *María Elisa Granados Henríquez* titulares respectivamente del Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Sabanalarga y Penal Municipal de la misma localidad.

Hechos:

El doctor Miguel Vegar Escobar formuló denuncia penal para que se investigara la conducta de los funcionarios encargados de tramitar el proceso que por el delito de hurto se siguió en el Municipio de Sabanalarga en contra de Luis Moreno Carrillo y otros, según denuncia de Filemón Rueda Acevedo, señalando que realizada por unidades de la policía la captura de los sindicados, sin que mediara flagrancia ni orden escrita de funcionario competente, los jueces encargados de iniciar e impulsar el proceso desestimaron la ilegalidad de la aprehensión, pero además prolongaron el estado de captura excediendo el término señalado por la ley para definir situación jurídica.

Actuación procesal:

1º Acreditada documentalmente la vinculación oficial de los doctores Ramos de la Hoz y Granados Henríquez como titulares de los Juzgados Décimo de Instrucción Criminal y Penal Municipal de Sabanalarga, abrió el Tribunal Superior de Barranquilla la presente investigación penal, en cuyo curso se allegaron oportunamente las siguientes pruebas:

1.1. De la actuación seguida por el delito de hurto en contra de Luis Moreno Carrillo y otros, conocida mediante aportación de copia formal, se establece que los hechos remitían al apoderamiento de tres reses de propiedad del denunciante Filemón Rueda Acevedo, hecho que éste calcula ocurrido hacia el 24 de marzo de 1989.

El día 28 de ese mes concurre Rueda Acevedo ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Usiacurí, advirtiendo que con la colaboración de las autoridades de policía se había establecido el sacrificio de dos de sus bovinos en esa población, en tanto el tercero se localizaba en potreros de uno de los vecinos de su finca, lográndose la identificación de los autores de la sustracción.

Para la misma fecha las autoridades de policía informaron al Juzgado de Usiacurí sobre la captura de Luis Moreno Carrillo, Rafael Vergara Oliveros, Farid Llanos Másquez y Nemesio Roa Torregroza, ocurrida como resultado de "las investigaciones adelantadas en torno a este ilícito", aclarando que los dos primeros habían participado en el apoderamiento de las reses, Roa en su transporte y Llanos en su venta.

Atenido al lugar de ocurrencia del delito, el juez de Usiacurí remitió de inmediato el informe al Juzgado de Instrucción de Sabanalarga dejando a su disposición los capturados, de modo que recibido el asunto en el despacho a cargo del doctor Luis Alfonso Ramos, profirió el auto de marzo 30 en que avocó el conocimiento del asunto, abrió la investigación y dispuso la vinculación de los aprehendidos cuya captura formalizó.

Las diligencias de indagatoria se recibieron en el mismo Juzgado Décimo de Instrucción entre los días 3 y 4 de abril, y como uno de los defensores lo solicitara impugnando el valor que el denunciante dio a sus reses, se verificó diligencia de avalúo cuyo resultado varió la competencia. Ello determinó el envío del expediente con destino al Juzgado Penal Municipal de la misma población, a cargo de la doctora María Elisa Granados, a cuyo despacho se ingresó en la tarde del día 7 del mismo mes, sin que el juzgado de instrucción hubiese resuelto aún sobre situación jurídica provisional.

En la misma fecha de llegada del expediente, el juzgado municipal avocó el conocimiento y decretó la práctica de pruebas, una de ellas inspección en la finca del denunciante con el fin de constatar la presencia del tercer semoviente, diligencia que llevó a término el sábado 8 de abril.

El expediente no registra actuación procesal durante los días lunes 10 ni martes 11, pero con fecha del 12 de abril se agrega auto que define la situación jurídica de los indagados con detención preventiva para Vergara, Moreno y Llanos por el delito de hurto, decretando la libertad de Roa Torregroza.

1.2. Las explicaciones rendidas por los jueces denunciados dentro de sus indagatorias resultaron en el fondo coincidentes.

Para el doctor Ramírez de la Hoz, el trámite que le imprimió al proceso contra Rafael Vergara y sus compañeros de sindicación fue

el legal y debido, recibiendo en tiempo las indagatorias, realizando también en oportunidad la diligencia de avalúo, y procediendo, sin que el lapso para definir situación jurídica hubiese vencido, a remitir por competencia el asunto al juzgado municipal.

La doctora María Elisa partió del mismo presupuesto de acierto de sus actuaciones, añadiendo que a su juicio los términos para definir la situación jurídica de los capturados comenzaban a correr desde el recibo del expediente, valga decir, la tarde del 7 de abril. Explica que según su criterio, la conducción adecuada de la investigación requería verificar los hechos que constató en la diligencia de inspección cumplida, y si sólo produjo el auto de detención el día 12 de abril, ello se explicaba porque el lunes 10 lo había dedicado a realizar diligencias de inspección en otro proceso con preso y el 12 a la realización de una audiencia que cubrió íntegramente su horario hábil.

Añadió aún la doctora Granados, que su criterio se ratificó y consideró acertado por el Juzgado del Circuito al resolver un recurso de apelación interpuesto por la defensa, que dio lugar a la revisión de su actuación y decisiones en instancia.

A pesar de que uno de los reparos del denunciante radicaba en la omisión por parte de los denunciados de su deber de restituir inmediatamente a los capturados a su libertad, tras haber sido privados de ella de manera ilegal, ni el doctor Ramos ni la doctora Granados fueron interrogados sobre esa imputación.

1.3. Mayra Teherán y Eladio González, secretarios en los juzgados a cargo de los indagados coincidieron en cuanto a la rectitud de sus superiores y falta de interés respecto del caso que les correspondía definir. Agregó el segundo que en el juzgado de la doctora Granados Henríquez el recargo de trabajo era notorio, explicando que para atenderlo apenas contaba esa oficina con el juez, el secretario y un citador, dificultades que procuraban siempre superar como se demostraba con la dedicación que tuvieron a actuaciones importantes durante los días que mediaron entre el recibo del expediente y el pronunciamiento sobre situación jurídica.

1.4. Complementó la información del abogado Hernando Arévalo, insistiendo en el reproche contenido en la denuncia, pero reconociendo con evidente desasosiego que el criterio con el cual se había excedido el plazo legal para definir la situación jurídica de los capturados había resultado compartido y ratificado por el Juzgado del Circuito.

2. Al calificar el mérito del sumario, el Tribunal Superior de Barranquilla concluyó que ninguna conducta penalmente reprochable habían protagonizado los funcionarios denunciados, extendiendo su análisis, inclusive, al no vinculado juez de Usiacurí, pues ocurridos los hechos fuera del territorio de su jurisdicción territorial, la única decisión que correspondía tomar era la de remitir el asunto con destino a Sabanalarga, como con acierto procedió.

El comportamiento del doctor Ramos de la Hoz le pareció a la Sala ceñido a derecho, porque teniendo en ese momento la competencia para instruir, indagó a los aprehendidos dentro del término

legal; y si luego estableció a instancias de uno de los defensores que por la naturaleza y cuantía, el asunto correspondía al conocimiento de un despacho diferente, estaba lícitamente en la posibilidad de enviar el expediente, de donde su actuación resultaba conforme a derecho.

Por último y con relación a la situación de la indagada doctora María Elisa Granados, consideró el Tribunal que por tratarse de varios capturados en una misma fecha, los términos con que contaba la funcionaria para su pronunciamiento sobre situación jurídica se prolongaban a seis (6) días, contados además a partir del recibo del expediente en su despacho, presupuestos que llevaban a concluir que su decisión había ocurrido en tiempo y como consecuencia a decretar la cesación de procedimiento, con que favoreció a la funcionaria, inferida así la atipicidad de su conducta.

3. La sustentación del recurso por parte del apelante critica el análisis del Tribunal considerándolo errado al separar los términos para cada uno de los indagados, con lo que desestimaba la prolongación real del estado de captura. Insiste el recurrente en que la obligación de definir sobre la detención o libertad de los sindicados correspondía ante todo al juez de instrucción quien los había indagado, constituyendo su omisión un acto de abuso funcional, como también lo constituiría luego el comportamiento de la doctora Granados si ostensiblemente y de la sola comparación de fechas se establece que excedió el lapso legal para el pronunciamiento que le competía.

4. Omitiendo cualquier referencia sobre la legalidad del acto de captura y su tolerancia por los funcionarios procesados, la Procuraduría Primera Delegada descorrió traslado solicitando a la Sala imparta confirmación al auto recurrido. A su juicio, las indagatorias fueron recibidas en tiempo, obrando el juez de instrucción con sujeción a los plazos legales.

Si bien la doctora Granados Henríquez excedió en cambio el término que le concedía la ley para definir sobre situación jurídica su demora no resultó penalmente relevante, pues sus explicaciones en injurada resultaban de recibo, mereciendo credibilidad y llevando a comprender que su interpretación de las normas no constituía de su parte abuso funcional, menos si el tiempo transcurrido no se descontó en inactividad o por capricho, aplicada la juez a la práctica de diligencia no menos importantes que aquella retardada.

Consideraciones de la Sala:

Incurrió el Tribunal de manera ostensible en una apreciación errada de los hechos motivo de la denuncia, que dio como consecuencia el proferimiento de decisión que por su desacierto será motivo de revocación por parte de la Sala.

1. Con notoria ligereza desestimó el Tribunal la primera imputación dirigida por el denunciante en contra del señor Juez Décimo de Instrucción Criminal de Sabanalarga, doctor Ramos de la Hoz, y extensiva a la doctora Granados, consistente en el hecho de haber omi-

tido el deber inaplazable impuesto por el artículo 409 del Código de Procedimiento Penal de liberar de manera inmediata a los ilegalmente capturados.

Inadvirtió así el *a quo* que la captura de los señores Vergara, Moreno, Llanos y Roa realizada por parte de la Policía Judicial, no operó dentro de un sorprendimiento en la ejecución de la acción ilícita y ni siquiera instantes luego de ocurrida y cuando aún se hallasen en poder de evidencias vinculantes a su comisión (flagrancia). Tampoco se obedecía con ella orden escrita de autoridad competente, y menos se trataba de una aprehensión públicamente requerida, únicos eventos dentro de los cuales asistía en ese caso competencia para la intervención del cuerpo policivo auxiliar (art. 401 C. de P. P.).

Y si el cargo en contra de los capturados surgía frente a un delito de hurto (art. 349 del C. P.), cuya sanción mínima legal, ni siquiera considerando causales de agravación específica (art.s 351 y 372 *ibídem*), llegaba a los dos (2) años de prisión, surgía inaplazable para los funcionarios la obligación de revisar ante todo si la aprehensión había ocurrido dentro del respeto de las garantías constitucionales y legales para formalizarla, y en su defecto la de disponer de manera inmediata la libertad de los conducidos, con la sola condición de hacerles "firmar un acto de compromiso en la que conste nombre, domicilio, lugar de trabajo y la obligación de concurrir ante la autoridad que lo requiera".

Ni el doctor Ramos de la Hoz, ni la doctora Granados Henríquez atendieron las voces de ese mandato explícito del artículo 409 del Código de Procedimiento Penal, muy a pesar del estímulo que les hiciera la defensa mediante formal pedimento escrito que no recibió de su parte respuesta alguna (fl. 57 anexos), haciéndose objetivo el cargo, y obligatorio por ende extender la injurada a este principal aspecto de la imputación.

Las injuradas de los dos funcionarios transcurrieron sin que en momento alguno se les interrogara con relación a esta imputación, motivo suficiente para imponer ahora la revocatoria del auto de cesación proferido en su favor, sustituyéndolo por uno de reapertura sumarial que facilite con la ampliación de sus versiones, el recibo de las explicaciones que sobre esa atribución tengan los procesados, abriendo la posibilidad de allegar las pruebas que demanden sus excusas.

2. No menos infortunado resultó el estudio del cargo que ameritó la cesación de procedimiento.

Consideró para ello el a quo *que realizadas por el juzgado de instrucción las diligencias de indagatoria dentro de la oportunidad legal, y remitido el expediente al Juzgado Penal Municipal una vez establecida su competencia por la cuantía de lo hurtado, en este segundo despacho comenzaban a contarse de nuevo los términos para definir situación jurídica, lapso de seis (6) días al cual se habría ajustado el comportamiento de la doctora Granados quien profirió sin excederlo, el auto de medida cautelar.*

Extraño el planteamiento del Tribunal si para definir sobre la situación jurídica del aprehendido sea con medida de aseguramiento, ora disponiendo su libertad inmediata, fija el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal "los cinco (5) días siguientes" al recibo de la indagatoria, plazo que se extenderá al doble, pero nunca a seis (6) días y siempre y "cuando fueren cinco (5) o más las personas aprehendidas".

En el caso de análisis el número de aprehendidos no pasó de cuatro (4), de manera que el término para definir su situación no podía exceder de cinco (5) días, sin que admita la ley prórrogas, recuentos, adiciones o restitución de ese lapso, porque de lo que aquí se trata no es de la simple fijación de un término legal, sino del reconocimiento de un derecho *para el capturado, a fin de que su situación jurídica provisional sea definida dentro de márgenes legales, no bajo el arbitrio o la determinación de plazos judiciales, y sin que pueda recurrirse siquiera a una amplia interpretación de normas del Procedimiento Civil, y concretamente del artículo 124 porque no resulta posible recurrir al principio de integración cuando se cuenta con disposiciones tan expresas y terminantes como aquellas que en el proceso penal consagran sistemáticamente la* libertad *como* principio *(art. 4º), fijando en su garantía deberes de ineludible cumplimiento como el impuesto a los directores carcelarios para que aún de oficio restituyan la libertad del capturado frente a la prolongación de su excarcelación sin definición judicial oportuna (art. 422), e institucionalizando el "habeas corpus", bajo la premisa de que la libertad personal es un "derecho" que ha de abrirse camino "contra todo acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla".*

Como su principal garante, y dentro del deber de interpretar la ley instrumental ceñido a su finalidad de hacer efectivo dentro del proceso el derecho material, y operantes "las garantías debidas a las personas que en él intervienen" (art. 11), debe el juez proceder ceñido a esos términos precisos e improrrogables, haciéndose penalmente responsable aún frente a un proferimiento que dentro de esos límites temporales pero utilizando los plazos máximos, constituya la imposición arbitraria de su voluntad.

Por tal motivo, improcedente resultaba aún concluir la actuación con la sola remisión de la indagada doctora Granados Henríquez a la necesidad de cumplir otras tareas judiciales antes que respetar los perentorios plazos para definir la situación jurídica de los involucrados en el caso que se le imputa, sin haber cotejado previamente la veracidad de esas explicaciones, orientadas en tal caso a demostrar que procedió por fuerza mayor, no por abuso de poder ni por malicia.

La etapa de reapertura que se impone como consecuencia de las consideraciones que preceden, y dentro del término que señala el Decreto 1861 de 1989, artículo 25, se aplicará, entonces, a suplir las deficiencias instructivas reseñadas, inquiriendo a los procesados sobre la integridad de los cargos de la denuncia, y realizando las diligencias que se orienten a cotejar y satisfacer esas explicaciones. Quedan atendidas así las críticas del apelante, y frente a ellas las prescripciones del artículo 473 del Código de Procedimiento Penal.

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

Resuelve:

Primero. Revocar la decisión motivo de recurso, por medio de la cual se cesa procedimiento en favor de los vinculados doctores Luis Antonio Ramos de la Hoz y María E. Granados Henríquez.

Segundo. Decretar en su lugar la reapertura de la investigación seguida en su contra, por el término y para los fines indicados en la parte considerativa.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Córdoba Poveda (conjuez); *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan M. Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA

El ataque simultáneo con los tres sentidos de la violación directa, pone de manifiesto el desconocimiento del actor respecto a las exigencias del recurso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado Acta número 068, octubre 3 de 1990.

Vistos:

Procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado *Nahum Peñaranda Peñaranda*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Orden Público, mediante la cual confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Primero de Orden Público de Valledupar.

I. Hechos y actuación procesal:

En el perímetro urbano de San Alberto (César) en la mañana de 28 de febrero de 1989, al ser requerido Mahun Peñaranda por la policía para una requisa, optó por ofrecer resistencia, lo cual dio lugar a múltiples disparos de parte y parte, y a su huida hasta las cercanías de la zona de tolerancia en donde fue capturado.

Se le imputa ser portador de una pistola marca Browing, calibre nueve milímetros, semiautomática, con un proveedor que aloja trece tiros, de uso privativo de las Fuerzas Militares y sin salvoconducto, así como de las lesiones personales sufridas por el señor Reinaldo Tarazona.

La investigación la inició el Juzgado Promiscuo Municipal de San Alberto, quien luego de recibir la injurada y practicar algunas diligencias, dictó auto de detención contra Peñaranda Peñaranda. Posteriormente el Juzgado Primero de Orden Público de Valledupar asumió el conocimiento y realizado el trámite previsto en el artículo 46 del Decreto 180 de 1988, dictó sentencia condenatoria en la cual impuso al procesado pena de prisión de diez (10) años y multa de cincuenta salarios mínimos mensuales, como responsable del delito de porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares. Lo absolvió por las lesiones personales.

El condenado apeló la sentencia y solicitó la reducción de pena por confesión prevista en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. El Tribunal Superior de Orden Público confirmó la decisión de primera instancia adicionándola en cuanto a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena principal.

II. La demanda:

El demandante, luego de hacer una reseña sobre los hechos y la actuación procesal, invoca la causal primera de casación prevista en el artículo 226 del estatuto procesal vigente "para acusar la sentencia proferida por el honorable Tribunal de Orden Público; por cuanto es violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida y/o interpretación errónea, ya que no se entendió o no se tuvo en cuenta el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, para la reducción de la pena por confesión".

Refiriéndose al artículo 301 *ibídem*, se pregunta si se podrá tipificar el delito de porte ilegal de arma en una modalidad diferente al de la flagrancia. Dice que su defendido confesó aún antes de su primera versión y que dicha confesión fue fundamento de la sentencia.

Asegura que no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto 180 de 1988, pese a que Nahum Peñaranda colaboró eficazmente con las autoridades al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de su responsabilidad.

Al señalar el "*alcance de la impugnación*", dice:

> "Acuso, concretamente, a la sentencia recurrida por heber (sic) dejado de aplicar el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 37 del Decreto 180 de 1988. Normas estas que debieron incorporarse en el fallo acusado para reducir y fijar la pena correspondiente al señor Nahum Peñaranda Peñaranda".

Posteriormente, reitera que su defendido confesó y colaboró en la investigación; por lo tanto se le debe reducir la pena de acuerdo con el precitado artículo 301 y el 13 del Decreto 180, norma esta última que no ordena ninguna reducción y fue precisamente la que le aplicaron en la sentencia.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Segundo Delegado en lo penal solicita que *no se case* el fallo impugnado, con fundamento en que la demanda adolece de fallas técnicas.

De una parte, el libelista no precisa si su acusación es por la vía directa o la indirecta. Además, cita los tres sentidos de la violación directa con respecto a la misma norma, desconociendo el requisito de no presentar cargos incompatibles entre sí.

En otro aspecto, dice el colaborador fiscal que la demanda "carece de la demostración fundamentada de la violación de la ley, pues el libelista se limitó a aportar sus opiniones personales sobre los parámetros de aplicación de los preceptos que en su entender debió considerar el juez de segunda instancia, en una interpretación que rebasa el marco legal, pues pretende que, por haber confesado el delito por el cual se le condenó, a su mandante se le reduzca la pena, no obstante que fue aprehendido en flagrancia y que bajo esas condiciones la concesión de ese beneficio está expresamente exceptuado en la norma que lo establece".

Finalmente, agrega que la colaboración eficaz para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad, no surge de la simple confesión, sino que hay que demostrarla, lo que evidentemente se hizo.

Consideraciones de la Sala:

Por la manifestación de que acepta los hechos en que se fundamentó la sentencia impugnada, y por la formulación del cargo, es evidente que se refiere a la violación directa de la ley sustancial, de manera que aunque no lo dice expresamente, no hay ninguna duda sobre la vía escogida por el demandante para impugnar la sentencia.

Pero lo que sí resulta un error de técnica insalvable, como lo anota el procurador delegado, es que no haya precisado el sentido de la violación, sobre lo cual dice que ocurrió por "aplicación indebida y/o interpretación errónea, ya que no se entendió o no se tuvo en cuenta el artículo 301 *del Código de Procedimiento Penal" (subrayado de la Sala).*

Es violatorio del principio de no contradicción, predicar en el mismo cargo que una norma se aplicó indebidamente y a la vez sostener que no se aplicó o que se interpretó erróneamente. El ataque simultáneo con los tres sentidos de la violación directa, pone de manifiesto el desconocimiento del actor respecto a las exigencias del recurso, porque ese error es suficiente para neutralizar la eficacia de la demanda.

En una práctica también inaceptable, dentro de la sustentación de la acusación formulada con relación al artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, concluye que hubo falta de aplicación del artículo 37 del Decreto 180 de 1988, por lo que finalmente solicita que se reduzca la pena impuesta de acuerdo con las dos normas, aunque por error menciona el artículo 13 y no el 37.

La norma procesal se refiere a reducción de pena por confesión y la del Decreto 180, exención de pena por colaborar eficazmente con las autoridades en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal de quienes hubieren intervenido a cualquier título en su ejecución. Como se ve, se trata de dos situaciones diferentes, con características propios que no se pueden mezclar como lo hace el demandante, porque cada una requiere de una especial fundamentación.

En este punto también le asiste razón al procurador delegado, pues no se puede aspirar a la exención de pena simplemente mencionado que hubo confesión, ya que se debe demostrar la eficacia de la colaboración con respecto a la demostración de la responsabilidad de otras personas que hubieren intervenido en la ejecución de los hechos, factor imposible de alegar en este caso, como quiera que el indagado fue el único autor.

Finalmente, la "reducción" y la "exención" de pena son conceptos excluyentes, el primero implica disminución y el segundo no aplicación, por lo tanto no se puede hacer la misma petición al amparo de las dos normas.

Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que la demanda se debe desestimar.

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.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

El demandante en casación que habiéndose acogido expresamente a la violación directa de la ley aduce error de hecho o error de derecho, incurre en insuperable falla de orden técnico

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado Acta número 68, octubre 3 de 1990.

Vistos:

El dos de noviembre del pasado año, el Tribunal Superior de Florencia confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Superior de esa ciudad que condenó a los sujetos *José Alberto Carvajal Trujillo* (a. Mataperros) y *Henry Trujillo Camargo*, a la pena principal de veintidós (22) años de prisión, cada uno, y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsables de homicidio en Fernando de Jesús Herrera Alzate y Jairo Herrera, sentencia recurrida en casación por Henry Trujillo Camargo.

Antecedentes:

Los hechos que dieron origen a la formación del sumario son reseñados por la Procuraduría delegada, de la siguiente manera:

"En horas de la mañana de 8 de julio de 1986, los campesinos Fernando de Jesús Herrera Alzate y Jairo Herrera primos entre sí, en su rústica habitación de la vereda de 'Villa Nydia', jurisdicción de Cartagena de Chairá (Caquetá), fueron sorprendidos por dos enmascarados, quienes portando escopetas calibre 12 y 16 respectivamente, demandaron de sus víctimas cinco kilos de cocaína, un millón de pesos o la vida.

"A tales requerimientos respondió Fernando de Jesús desde la hamaca donde se encontraba descansando, que el dinero se lo había llevado un hermano y en cuanto al estupefaciente, bien podían buscar en las habitaciones. Efectivamente uno de los intrusos, revolcó la humilde vivienda no encontrando aquello que requería pero sí, topando a Jairo Herrera a quien obligó a tenderse en el suelo junto a la hamaca ocupada por Fernando de Jesús y allí en esa posición fueron ultimados de varios disparos de escopeta.

"Los miembros de la junta de acción comunal de la vereda, dieron aviso de estos hechos a los guerrilleros del XIV frente de las FARC, quienes realizaron veloz y efectiva investigación, la cual dio por resultado la incautación de las escopetas empleadas en el crimen y recuperadas en casa de Guillermo Trujillo, padre del acusado Henry Trujillo y la captura de éste, quien fuera puesto a órdenes del Juzgado Promiscuo Municipal de Cartagena del Chairá.

"El otro acusado José Alberto Carvajal logró huir a bordo de un deslizador hurtado, pero meses después cayó en poder de las autoridades del municipio de Puerto Rico (Caquetá) acusado de 'hurto de ganado mayor'".

Superadas las múltiples incidencias surgidas en desarrollo de la investigación, el Juzgado Trece de Instrucción Criminal radicado en Puerto Rico (Caquetá) profirió resolución de acusación por la vía en que intervenía el jurado de conciencia, contra los mencionados procesados y Guillermo Trujillo Camargo por doble homicidio, en concurso de hechos punibles, pronunciamiento consentido por la defensa (fls. 45 y ss. del cdno. núm. 2).

En la parte motiva de dicha providencia, expresamente se dijo que los acusados debían responder por doble homicidio agravado en la circunstancia del ordinal 7º, artículo 324 del Código Penal, esto es por haberse aprovechado la indefensión de las víctimas.

La misma circunstancia de agravación punitiva fue incluida en los cuestionarios sometidos a consideración del jurado de conciencia, que afirmó por unanimidad la responsabilidad de José Alberto Carvajal Trujillo y Henry Trujillo Camargo y la negó respecto a Guillermo Trujillo Camargo.

El Juzgado Tercero Superior de Florencia acogiendo la veredicción emitida, puso fin a la instancia condenando a los responsables a la pena principal de 22 años de prisión, cada uno, y a las sanciones accesorias correspondientes, absolviendo al último de los nombrados, fallo apelado por el procesado Henry Trujillo Camargo y confirmado, sin ninguna modificación por el Tribunal Superior de Florencia mediante el que es objeto del recurso de casación.

Al momento de individualizar la pena impuesta a los sentenciados, expresó el juzgado del conocimiento:

"Tenemos que Henry Trujillo Camargo y José Alberto Carvajal Trujillo (a. Mataperros) al dar muerte a los campesinos Fernando de Jesús Herrera Alzate y Jairo Herrera, violaron el artículo 323 del Código Penal, y que la consumación de los actos criminales estuvo acompañada de la circunstancia de agravación punitiva de que trata la causal séptima del artículo 324 *idem*, por haberse aprovechado estos del estado de indefensión de las víctimas, razón por la cual para la tasación de la sanción capital a imponer debemos partir del mínimo establecido en la última de las normas citadas que son dieciséis (16) años de prisión, y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 26 de la aludida obra represora, por cuanto los mismos procesados incurrieron en concurso de hechos punibles al violar por dos ocasiones la misma disposición, atendiendo además la peligrosidad denota-

da en la comisión delictiva, el anterior guarismo deberá ser aumentado en seis (6) años de prisión, para en definitiva llegar a condenarlos a la pena principal de veintidós (22) años de prisión".

Demanda de casación y respuesta del Ministerio Público:

En el marco de la causal primera de casación del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma directa, de la ley sustancial por haberse excedido los falladores en la imposición de la pena al recurrente, la que debió fijarse en 16 años de prisión en lugar de 22 con que fue condenado.

Expresa el demandante sobre el particular:

"El error de derecho (sic) en que incurrió el sentenciador de segundo grado, consiste en que el delito de homicidio imputado a los procesados, encaja dentro de la previsión contenida en el artículo 323 del Código Penal aumentada de acuerdo con el artículo 26 del Código citado, por haber sido infringido dos veces el artículo 323 de la norma represora, lo que daría un total de quince (15) años de prisión. A los quince años de prisión que es el *quantum* básico de la pena, se le debe aumentar en un año considerando la circunstancia de agravación del ordinal séptimo del artículo 324 del Código Penal, la cual fue considerada también en la resolución de acusación luego sometida a consideración del jurado en el cuestionario propuesto".

Agrega, que el Tribunal Superior omitió aplicar en la sentencia el principio de favorabilidad de la ley penal y solicita casar la sentencia a fin de que se dicte la que deba reemplazarla.

El señor Procurador Delegado en lo penal, se opone a las pretensiones del demandante, argumentando que la demanda adolece de variadas y graves imperfecciones que dan al traste con el cargo formulado.

Afirma en efecto, que el recurrente incurre en la "insoslayable" contradicción de aducir error de derecho no obstante haberse acogido a la violación directa de la ley sustancial; no integró la proposición jurídica completa, pues olvidó citar las disposiciones legales "que señalan al juez los criterios a tener en cuenta para graduar la pena, dentro de ese amplísimo margen indicado en la propia ley" y equivocadamente esgrimió el principio de favorabilidad de la ley penal que solamente opera tratándose del tránsito de una legislación a otra, pero nada tiene que ver con la dosificación de la pena al responsable.

A la concreta y reiterada incriminación de haberse perpetrado los dos homicidios en las circunstancias del ordinal 7º del artículo 324 del Código Penal, es decir, con aprovechamiento por parte de los acusados de la situación de indefensión de las víctimas, como fluye de las pruebas del proceso y aparece consignando en el pliego de cargos y los cuestionarios sometidos a consideración de los jurados de conciencia; opone el censor sus personales puntos de vista olvidando lo dicho por él de que "en los juicios con intervención del jurado

de conciencia, no es posible desconocer en casación, los fundamentos fácticos del fallo, tal como estos fueron tenidos en cuenta por el sentenciador".

Consideraciones de la Corte:

El demandante en casación que habiéndose acogido expresamente a la violación directa de la ley aduce error de hecho o de derecho, incurre en insuperable falla de orden técnico que hace de la demanda un escrito sustancialmente inepto a sus pretensiones porque un enfoque en tal sentido entraña la concurrencia de conceptos contradictorios e incomciliables: de una parte, la aceptación de los hechos como los dio por establecidos el sentenciador y de la otra, su desconocimiento por errores en la apreciación probatoria.

El libelo presentado a nombre del procesado recurrente adolece de tanta vaguedad e imprecisión —por la pobreza de argumentos de que se nutre—, que resulta imposible determinar si el error atribuido al sentenciador pudo haberlo cometido "al declarar o dejar de hacerlo, cualquier circunstancia modificadora de la culpabilidad o de la punibilidad" a que se refería el parágrafo del artículo 226 del Decreto 050 de 1987, única hipótesis que podía darse en procesos ventilados con intervención del jurado de conciencia en los cuales el juez de derecho podía incurrir en cualquiera de las causales de casación previstas en la ley, especialmente la primera, por errores manifiestos en la apreciación del caudal probatorio.

Sencillamente manifestó el censor que el yerro denunciado ocurrió al dosificar la pena impuesta a los acusados, pues el delito a ellos imputado encaja en el homicidio simple de que trata el artículo 323 del Código Penal y no en el agravado del artículo 324 de la misma codificación y en consecuencia debió partirse del mínimo de sanción previsto en la norma primeramente citada, incrementándolo en la proporción señalada por tratarse de concurso de hechos punibles (art. 26) y por concurrir en el comportamiento de su representado la "circunstancia de agravación del ordinal séptimo del artículo 324 del Código Penal, la cual fue considerada también en la resolución de acusación luego sometida a la consideración del jurado en el cuestionario propuesto".

Dicho planteamiento llama a su rechazo porque aceptándose que los homicidios imputados se cometieron con aprovechamiento de la situación de indefensión de las víctimas, circunstancia modificadora que emerge de las pruebas del proceso con avasalladora contundencia convirtiendo el homicidio simple en agravado, no puede arbitrariamente negársele la connotación punitiva que le asigna el ordinal séptimo del artículo 324 del Código Penal para convertirla en simple circunstancia genérica de agravación punitiva, máxime que el libelista no supo o no pudo explicar, ni menos demostrar —dentro de la exigente causal a la que se acogió— la razón por la cual los delitos atri-

buidos al procesado recurrente encuadran en el tipo básico del homicidio y no en el agravado, como entendieron los jueces de derecho al tasar la pena impuesta a los responsables.

Así pues, no encuentra la Sala sobre qué bases probatorias o jurídicas podría desconocerse la existencia de una circunstancia de agravación punitiva que por voluntad de la ley agrava considerablemente el homicidio, si en la demanda no se mencionan ni cuestionan las pruebas tenidas en cuenta por los falladores como soporte fáctico de la misma, y como le está vedado a la Corte suplir las deficiencias u omisiones de que adolece el libelo en orden a desentrañar el sentido y alcance de la impugnación, esta resulta totalmente inepta a las pretensiones infirmatorias del actor.

No prospera el reproche formulado a la sentencia.

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre del procesado Henry Trujillo Camargo, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NULIDAD. CASACION

La jurisprudencia tuvo necesidad de concretar los diferentes alcances de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, en elaboración que sirvió de antecedente a la regulación dada al fenómeno de las nulidades en el Decreto 050 de 1987

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cuatro de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 068 de 3 de octubre de 1990.

Vistos:

El día veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Tercero Superior de Manizales dictó sentencia condenatoria en contra de *John James Vargas Ceballos* y *Héctor de Jesús Salazar*, a quienes impuso la pena principal de *dieciséis (16) años* y *dos (2) meses de prisión*, como autores responsables de los delitos de *homicidio agravado y tentativa de fuga de presos.*

Apelada que fuera esta decisión, correspondió la segunda instancia al Tribunal Superior de Manizales que en fallo de veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve *confirmó* la sentencia condenatoria por el delito de *homicidio*, negó la declaración de nulidades solicitadas por el defensor y *se abstuvo* de conocer lo relacionado con el ilícito de *fuga de presos* por no haber sido objeto de la apelación ni admitir el grado jurisdiccional de consulta.

Contra la sentencia de segunda instancia se interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación que la Corte admitió en relación con el delito de homicidio en auto de fecha catorce de febrero de mil novecientos noventa. Presentada la demanda a nombre del procesado Héctor de Jesús Salazar, esta fue declarada ajustada a las previsiones de ley en providencia calendada el primero de agosto de mil novecientos noventa, misma en la cual se declaró desierto el recurso del sentenciado John James Vargas Ceballos.

Corresponde ahora a la Sala resolver la impugnación extraordinaria luego de escuchada la opinión del señor Procurador Delegado en lo penal, lo que se hace después de relatar los siguientes

Hechos:

El día veinticinco de abril de mil novecientos ochenta y ocho, en la localidad de Riosucio, fue agredido el señor Gerardo Morales Duque quien recibió dos impactos de bala en su cuerpo, los que determinaron posteriormente su muerte.

Iniciadas las investigaciones pertinentes por la policía del lugar, se logró la captura de John James Vargas Ceballos y Héctor de Jesús Salazar, a quienes se inculpó de ser los autores de la muerte del citado Morales Duque y en contra de quienes se inició el proceso correspondiente, habiéndose dispuesto posteriormente su detención preventiva.

Estando privados de la libertad en la cárcel de Riosucio, el día diez de agosto de mil novecientos ochenta y ocho Héctor de Jesús Salazar rompió una teja del techo del estudio del centro de reclusión y por allí escapó en compañía del también incriminado Vargas Ceballos, siendo capturados ambos el mismo día de su huida.

Actuación procesal:

El proceso por homicidio, único del cual se hará la reseña procesal correspondiente por haberse admitido solamente en referencia a él el recurso extraordinario que aquí se resuelve, fue iniciado por el Juzgado Catorce de Instrucción Criminal de Riosucio el día veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

El mismo funcionario instructor dispuso la detención preventiva de los procesados en auto de fecha veintinueve de abril siguiente, como sindicados del delito de homicidio, medida de aseguramiento que al ser impugnada recibió confirmación de parte del Tribunal Superior de Manizales en proveído del dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Agotada la etapa instructiva y cerrada la investigación, el sumario se calificó con auto de resolución de acusación en contra de los incriminados por el delito de homicidio agravado, el día diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, determinación que fue confirmada el nueve de noviembre del mismo año por el Tribunal respectivo.

La etapa del juicio correspondió adelantarla al Juzgado Tercero Superior de Manizales, el cual celebró la diligencia de audiencia pública con intervención del jurado de conciencia el día doce de julio de mil novecientos ochenta y nueve, al término de la cual el Tribunal popular emitió veredicto de responsabilidad por mayoría para ambos encausados, en concordancia con el cual se dictó la sentencia de primer grado.

La demanda de casación:

Dos motivos de nulidad, que entiende diferentes, alegó el censor. El primero, con fundamento en lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, y el segundo sobre la base de la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Pese a que invoca normas diferentes para sustentar lo que presenta como dos ataques a la sentencia, el cargo se torna único frente a los argumentos suministrados puesto que hace consistir el motivo de la anulación en la no observancia plena de las formas propias del juicio, por haberse omitido el interrogatorio de los encausados en la diligencia de audiencia pública y la lectura de piezas procesales diversas de la resolución de acusación, con lo que además estima se cercenó el derecho a la defensa de los imputados.

Arguyó el libelista que en la vista pública no se dio pleno desarrollo al contenido del artículo 494 del Código de Procedimiento Penal pues el director de la audiencia procedió con "extrema rapidez" a conceder el uso de la palabra al fiscal, sin permitir la lectura de otras piezas procesales y sin interrogar a los encausados acerca de su persona y las circunstancias del delito, con lo cual se privó al jurado de conciencia de la oportunidad de conocer "mediante relación directa la personalidad de los sindicados" y su opinión sobre los hechos investigados y los cargos formulados en su contra.

"La audiencia fue incompleta —dice el demandante— ya que se 'omitió requisito dispuesto por el legislador como integrante de ella'. Más adelante, en el desarrollo de lo que denominó cargo segundo, insistió el libelista en el mismo defecto, argumentando que el interrogatorio de los procesados en la vista pública podría ser determinante de un veredicto absolutorio, y que el hecho de su omisión, por consiguiente, privó a los enjuiciados de una oportunidad de defensa, con lo que resultó lesionado el derecho constitucional referido.

Termina solicitando, acorde con su posición, que se invalide el proceso.

La opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo penal es de la opinión que no se case la sentencia. Pone de resalto que el casacionista se equivocó al formular dos cargos diversos sobre bases exactamente iguales, pues en el primero invocó la norma legal (art. 305 del Código de Procedimiento Penal) y en el segundo la disposición constitucional (art. 26) que le da respaldo fundamental a ella.

A más de lo anterior, señaló el colaborador fiscal que la demanda carece de la técnica necesaria para su prosperidad, puesto que "nada dice en relación a la incidencia que las irregularidades por él consideradas hayan tenido en el fallo, y menos aún entra a demostrarlo".

No obstante lo anterior, se adentró en el examen de los cargos planteados. En cuanto al primero de los vicios endilgados a la audiencia —no lectura de piezas procesales—, anotó que este no tiene trascendencia alguna en el proceso de juzgamiento, pues que no es obligación del juez ordenar la reproducción oral de actos procesales, sino que es esta una facultad de la cual puede prescindir. No constituye tampoco irregularidad procesal, acotó, pues que las partes tampoco pidieron la lectura de actas o pruebas obrantes en el plenario.

Refiriéndose a la ausencia de interrogatorio de los procesados por parte del juez, admitió el Procurador delegado la existencia de dicha irregularidad a la cual, sin embargo, restó la importancia necesaria para que se pueda traducir en un motivo de anulación, pues que no es de carácter sustancial que son las que pueden tener entidad suficiente para la prosperidad del cargo.

Consideraciones de la Sala:

Acoge plenamente la Sala las atinadas observaciones del señor Procurador Delegado en lo penal. Ciertamente, los dos cargos presentados por el censor se hallan indebidamente estructurados en su demanda, pues que estima un diferente sustento para cada uno de ellos, cuando en verdad su razón de ser es una sola: la previsión constitucional del debido proceso y del derecho a la defensa, contenida en el artículo 26 de la Carta Fundamental y reproducida en el ordenamiento procesal no como independiente y exclusiva de aquella, sino como reiteración subordinada, como precisión legislativa de un sano principio admitido de tiempo atrás por la jurisprudencia nacional.

Recuérdese, para este efecto, simplemente cómo en la anterior legislación procesal los motivos de anulación de las actuaciones judiciales eran otros, más casuísticamente previstos que la generalidad de la consagración actual, por lo cual la jurisprudencia tuvo necesidad de concretar los diferentes alcances de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa en elaboración que sirvió de antecedente a la regulación dada al fenómeno de las nulidades en el Decreto 050 de 1987, sin que pueda afirmarse, por ello, que son dos diferentes los orígenes de las nulidades relacionadas con los principios señalados.

La insistencia del censor en fundamentar un mismo ataque bajo dos diversos supuestos no es, sin embargo, error suficiente para rechazar la demanda presentada, aún cuando parece sí que le hizo perder al libelista el correcto camino de la censura, pues que por ocuparse de estos dos sustentos, pretermitió la presentación completa del cargo, tal como se anota a continuación.

Si bien enunció las normas presuntamente violadas y con ello él presentó la causal de anulación que estima estructurada, nada dijo respecto a la sustancialidad de las irregularidades que reputa cometidas en el acto de la audiencia pública de juzgamiento, pues quedóse en el simple planteamiento de su existencia y en aludir a hipotéticas violaciones del derecho de defensa ante inciertos eventos que se habrían podido presentar al haberse interrogado a los encausados, tal como lo afirma en parte de su escrito en los siguientes términos: "Hubo necesariamente una irregularidad sustancial pues el acto del interrogatorio puede ejercer influencia sobre la decisión del jurado" *(subrayó la Sala), radicando así lo trascendental del vicio en su simple existencia porque ningún esfuerzo hizo para acreditar en el caso específico de estudio, qué influencia ha podido tener el acto omitido en la veredicción del Tribunal popular.*

Tampoco se ocupó el demandante de demostrar en qué medida se causó detrimento a las formas propias del juicio o al derecho a la

defensa en cada uno de los eventos que estimó irregularmente conformados, ya que se detuvo simplemente, para el primer evento, en afirmar que se incumplieron disposiciones legales (art. 494 del Código de Procedimiento Penal) sin exteriorizar por qué razón se viola el debido proceso al no darse lectura a otras piezas procesales diversas de la resolución de acusación, o al no interrogarse a los encausados en el acto de la vista pública. Su desarrollo no pasa de contener aserciones genéricas que impiden a la Sala abordar el minucioso estudio de lo acontecido en este específico proceso.

Aludiendo a la violación del derecho a la defensa, incurrió en similar yerro. Alegó el desconocimiento del precepto constitucional, mas no fundamentó en qué se tradujo el mismo. Señaló el acto procesal en donde aparentemente radica el vicio, pero no demostró en qué forma se restaron oportunidades de defensa a los procesados, pasando por alto, incluso la actuación del propio defensor en la audiencia y sin mencionar —quizás porque ello se constituye en un lastre para sus pretensiones— lo realmente sucedido en dicha vista pública.

No cabe duda alguna a la Sala que uno de los yerros señalados por el demandante no existió y que el otro no tiene la trascendencia suficiente para imponer la anulación del juzgamiento, como por otra parte así lo sostuvo el colaborador fiscal.

No existió irregularidad de ninguna naturaleza al omitirse la lectura de actos procesales diversos de la resolución de acusación en el momento de la audiencia pública, pues que como lo señala el artículo 494 del Código de Procedimiento Penal, no es rito obligatorio que se reseñen oralmente más incidencias procesales, según se desprende de su propio contenido, que textualmente dice: "Llegado el día y la hora para la vista pública, se dará lectura a la resolución de acusación y a las demás piezas del proceso QUE SOLICITEN LAS PARTES O QUE EL JUEZ CONSIDERE NECESARIAS" *(subrayado y resaltado por la Sala). Quiere decir lo anterior, que si el juez no considera necesario la reproducción verbal de algunas piezas del proceso,* debe omitir *su lectura, so pena de convertir el debate público en una superflua reiteración de lo actuado, siempre y cuando uno de los sujetos procesales no pida expresamente su lectura, caso en el cual esta se impone.*

Examinado el proceso base de la demanda, fácilmente se constata la inexistencia del hecho alegado por el censor. En la audiencia pública, según consta en su acta, se leyó la resolución de acusación, esto es, se cumplió con el requisito mínimo fijado por el artículo 494 del ordenamiento procesal y aún cuando el juez no dejó expresa constancia de que no consideraba necesario leer otras piezas procesales, como no está obligado a dejarla, ha de comprenderse que el entendimiento del director de la vista pública era que bastaba con dicho auto para los efectos subsiguientes. De los sujetos procesales, que si lo consideraban habían podido solicitarlo, solamente el fiscal pidió la lectura de los cuestionarios formulados a los miembros del tribunal popular, a lo que se accedió según se consignó en el acta. El defensor no elevó

petición alguna al respecto, de forma que mal puede ahora cimentar una causal de nulidad en un hecho que no tuvo existencia alguna, pues que se desarrolló plenamente la disposición legal al respecto.

Cierto es, por el contrario, que el juez pretermitió el interrogatorio a los acusados que se hallaban presentes en el local de la audiencia. Se desconoce la razón de este inadecuado proceder, mas sea ella cual fuere, tal omisión no tiene la fuerza suficiente para anular el juzgamiento, tal como lo afirma el Procurador Delegado. Y no la tiene, pues que si bien el auscultar a los enjuiciados sobre su personalidad y sobre los hechos materia del proceso son actos que se deben realizar, su no cumplimiento no puede privar a los encausados de oportunidades de defensa, máxime si, como en el uso concreto, el juez otorgó a los intervinientes la posibilidad de preguntar a los sometidos a juicio, habiendo ellos manifestado su voluntad de no hacerlo, tal como claramente quedó escrito en el acta de audiencia.

Las manifestaciones de los procesados respecto de los hechos, obviamente, resultaban nulas para los efectos de la decisión del jurado en este caso concreto, porque desde el inicio de la investigación los sindicados negaron haber participado en la muerte del señor Morales Duque, de lo cual se ocuparon por lo demás en forma extensa, el vocero y el defensor de los incriminados, así como el propio fiscal al hacer la crítica, todos ellos, de los medios de convicción obrantes en el plenario. Su personalidad, también fue puesta de presente por vocero y defensor, quienes arduamente insistieron en la procedencia familiar de los enjuiciados, sus sanas costumbres, su ausencia de antecedentes, su condición de trabajadores honestos.

La irregularidad cometida por el juez, no es de aquellas sustanciales que permitan la anulación de lo actuado, pues que bien pueden obtenerse los mismos propósitos —ilustrar al jurado sobre la personalidad de los acusados y su participación o no en los hechos— a través de otras vías procesales, para lo cual, en este evento, vocero y defensor utilizaron las que estimaron más adecuadas.

Pero, aún forzando las cosas, en caso de que se aceptara —como no puede hacerse— que este vicio es de trascendental importancia para el resultado final del proceso, tampoco podría prosperar el cargo elevado con este fundamento, porque el demandante no se ocupó de su demostración, no hizo esfuerzo alguno para ligar la omisión del interrogatorio con el resultado final de la actuación ni puso de presente su trascendencia frente al principio del debido proceso o a la garantía del derecho a la defensa, como ha debido.

Bastan las razones anteriores para concluir que los cargos no prosperan.

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

Resuelve:

No casar el fallo atacado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO. Firma

El delito de falsedad documental no siempre reclamará la creación imitativa de lo que es o ha sido real en torno a la individualización del otorgante

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado Acta número 64.

Vistos:

Rituado el trámite correspondiente, se decide el recurso de casación interpuesto a nombre de la procesada *Rosa Judith Polanco* por su defensora, contra la sentencia proferida el 1º de junio de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en la cual se le condena por los delitos de hurto y falsedad en documento privado, en concurso.

Antecedentes:

El 16 de junio de 1986 Rosa Judith Polanco, enfermera en el Colegio Nacional Santa Librada de Neiva, fue encargada por el rector del plantel para que durante el término de vacaciones colaborara en la oficina del pagador. Aprovechándose de esa circunstancia, se apoderó la empleada de un cheque girado a favor de la profesora Dora Alicia Carvajal por la suma de $ 31.562.10, pendiente de ser entregado, y colocándole al dorso el nombre de la beneficiaria lo utilizó para el pago de tres pollos asados que adquirió en el restaurante "Las Vegas", recibiendo y guardando el excedente que la cajera le devolvió.

Iniciada la investigación con base en la denuncia formulada por la pérdida del cheque, se vinculó en injurada a doña Rosa Judith Polanco quien resultó llamada a responder en juicio por los delitos de hurto y falsedad en documento privado, y por las mismas infracciones condenada en primera instancia por el Juzgado Segundo Superior de Neiva a la pena principal de 17 meses de prisión, fallo confirmado en su integridad por el Tribunal al desatar recurso de apelación, decisión esta última contra la cual se eleva el recurso extraordinario.

La demanda:

No obstante que la causa se tramitó de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal de 1971 y que por ese rito debe el proceso culminar, la defensora de la implicada, amparándose en el actual Código de la materia, artículo 226, numeral 3º, formula único cargo contra la sentencia de segunda instancia, sobre la base de que, en su sentir, el proceso se halla viciado de nulidad legal por falta de competencia del juez.

Por tratarse de una causal de casación reproducidas en la ley procesal que sustituyó el Código de 1971 y que este consagraba, se ocupará la Sala de su estudio.

Dice la censora que a su representada sólo le era imputable el delito de hurto, porque los actos que el sentenciador tomó como configurativos del delito de falsedad, apenas llegaban a conformar el dolo del ilícito contra el patrimonio económico, ya que Rosa Judith jamás "adujo suposiciones de nombre, persona o calidad para que se tuviera como la beneficiaria del título, ni tampoco se predica que el grafismo hubiese sido elaborado en presencia de la cajera para arrancar convencimiento o aceptación del cheque hurtado, concluyéndose que el uso agotado es parte subsiguiente del delito de hurto". Agrega que el endoso, ligado como está a "un acto convincente en relación proporcional a lo que se busque...", "es un elemento más de convicción para llegar al delito, pero no como creador de documento alguno", y que en el caso concreto "cumplió su función en ámbito comercial por el cual circuló el título cheque..."

Sobre esta premisa estructura la incompetencia del juez superior que calificó y falló en primera instancia el proceso, por que la competencia para esos efectos recaía en el Juez Penal Municipal según el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal, y solicita se case el fallo del Tribunal y se invalide la actuación desde el auto mediante el cual el juzgado superior asumió el conocimiento.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo penal critica en su concepto la falta de técnica de la demanda, y objeta los planteamientos de la recurrente para oponerse a la casación. Repasando los diversos actos cumplidos por la encausada, concluye que el delito de falsedad que le fuera atribuido no admite discusión alguna, porque el endoso, como acto con el cual "se legitima el cambio de beneficiario y se pone en circulación el instrumento" es una cláusula inseparable del título valor, y "todo aquello que afecte dicha cláusula, fatal y necesariamente altera el título" al cual está vinculada, de manera que al falsificar el endoso y usar el cheque para la compra de los bienes de que trata el proceso, cometió el delito tipificado en el artículo 221 del Código Penal.

Aludiendo a la condición de título meramente nominativo del cheque, en el cual "el aprovechamiento económico que busca quien lo sustrae implica una conducta posterior para hacer idóneo lo sustraído", observa "que en gracia de discusión" podría estar en entre-

dicho la tipificación del delito contra el patrimonio económico, pero aclara con todo acierto que "esto exigía que se hubiera acudido a la causal primera" de casación, porque el estudio de este aspecto no es abordable oficiosamente en sede de casación.

Consideraciones de la Sala:

1. No se cuestionan por parte de la actora los hechos que dieron fundamento a la sentencia que acusa, limitando su reproche a la adecuación típica que de ellos se hiciera.

Se acepta, entonces, que la acusada Rosa Judith Polanco tomó de la oficina del pagador del Colegio Santa Librada de Neiva un cheque librado a favor de la profesora Dora Alicia Carvajal por la suma de $ 31.562.10, le colocó al dorso el nombre de la beneficiaria y lo empleó como medio de pago para la compra de tres pollos asados, conducta que los falladores de instancia coincidieron en calificar como constitutiva de los delitos de hurto y falsedad en documento privado, teniendo en cuenta la impostura del nombre de la beneficiaria y el subsiguiente uso del instrumento, introducido al tráfico comercial como medio de pago.

2. Para sustentar el cargo de nulidad propone la impugnante la atipicidad de la falsedad en documento, porque a su juicio la sola colocación del nombre del beneficiario en el título valor, desprendida de cualquier suposición de calidad, nombre o persona, apenas si constituiría el agotamiento del delito de hurto, única infracción realmente cometida. De allí concluye que consultada la cuantía de la ofensa al interés patrimonial económico, no era de los jueces superiores la competencia para el conocimiento del asunto, motivo suficiente para que su alegación de nulidad prospere.

2.1. No admite duda que elaborado sobre un talonario con el nombre del banco librado y de su formato especial, conteniendo orden incondicional de pagar suma determinada de dinero, la indicación de ser pagadero a la orden, avalado por la firma de quien lo creó, con lugar de expedición y pago, y fecha de su otorgamiento, el cheque emitido a favor de Dora Alicia Carvajal reunía los requisitos esenciales que para su existencia señala la ley (arts. 621, 712 y 713 del Código de Comercio), aspecto que en nada impugna la recurrente.

Por lo demás, y tratándose como se ha dicho de un título pagadero "a la orden", requería para su negociabilidad del endoso, acción esta posterior y autónoma a la de creación del instrumento que se perfecciona según la ley comercial mediante la firma del tenedor y su subsiguiente entrega, instante propicio para que en él también recaiga el delito de falsedad.

Así en efecto lo tiene dicho la jurisprudencia según sentencia de abril 16 de 1986, con ponencia del magistrado doctor Lisandro Martínez Zúñiga:

> *"Es cierto que algunas corrientes doctrinarias del derecho comercial, sostienen que el endoso, es una cláusula accesoria e inseparable del título valor por el cual el tenedor*

o acreedor cambiario coloca a otro en su lugar, transfiriéndole el título con efectos limitados o ilimitados (Garrigues, Vivante, Cervantes Ahumada), aún, algunos de quienes tal sostienen, no hacen incompatibles, tales calidades con la independencia del endoso. Pero tal observación ha sido analizada por la doctrina y la jurisprudencia penal de muchos países, inspirándose la corriente autonomista del Derecho Penal, según el cual esta disciplina debe conocer los conceptos de derecho privado a la luz de los postulados de esta disciplina de derecho público, verificando detenidamente las consecuencias que se derivan de su aplicación, compaginándolas con las exigencias y caracteres del derecho punitivo. Con tales prenotandos interpretativos se ha concluido, que a pesar de los citados principios de la accesoriedad e inseparabilidad del endoso, no podrán aceptarse; existen hechos evidentes de indiscutible repercusión naturalística: el cheque se crea y perfecciona, al cumplirse las exigencias del Código de Comercio respectivo, en nuestro caso la Sección III, Subsección I 'Creación y forma del cheque' y más exactamente los artículos 712 a 714. Además de los requisitos generales para todos los títulos valores del artículo 621 del Código de Comercio, son las de que el cheque se expida en formularios impresos a cargo de un banco, cuyo nombre debe indicarse, que contenga una orden incondicional de pagar una determinada suma de dinero y la indicación de ser pagadero a la orden o al portador; igualmente se exige la provisión de fondos. A pesar de que se afirme por reputados comercialistas que el endoso es una operación comercial accesoria, no obstante tener su origen en el cheque, la verdad desde el punto de vista fáctico es que constituye un contrato nuevo, distinto del estimado como principal, que no crea un título, sino que lo transfiere (art. 651 del C. de Co.). Las personas que intervienen en la creación del cheque, son distintas de los endosantes; el endoso es un acto posterior al de su creación y giro del cheque, tanto que la ley concede un amplio plazo para que él se verifique. El acto accesorio es pues distinto del principal. Penalmente es un hecho autónomo".

Si de acuerdo a lo establecido dentro del proceso, la sentenciada señora Rosa Judith Polanco, obrando como particular colocó en el dorso del instrumento el nombre y apellido de la beneficiaria señora Alicia Carvajal, para proceder enseguida a la entrega del cartulario como medio de pago de mercancías que adquiría, lejos de estar con ello restringiendo su comportamiento al solo agotamiento del delito de hurto, según propuesta de la actora, claramente adecuaba su conducta a la descrita en el artículo 221 del Código Penal, constituyendo con su acción una inequívoca ofensa a la fe pública documental, atendida la credibilidad que frente a la ley comercial merecía con el lleno de esas formalidades el acto de transferencia.

2.2. No se mortifica esta conclusión porque en el caso de controversia se haya establecido pericialmente que la firma colocada en el dorso del cheque constituyó una "creación libre" por parte del falsario, en cuanto a pesar de ella, el documento tenía eficacia bas-

tante de acuerdo con la ley que rige su circulación, para derivar su importancia dentro de la vida jurídica y adquirir su particular capacidad de servir como "prueba" de hechos y relaciones jurídicas.

Ello porque el delito de falsedad documental no siempre reclamará la creación imitativa de lo que es o ha sido real en torno a la individualización del otorgante, para extender la protección de la fe pública en el aseguramiento de la circulación de estos documentos, criterio que al contrario del formal o restrictivo, radica en la necesidad de consultar como esencia el perjuicio real o potencial determinado por la falsificación.

> *Es así, entonces, como en criterio de la doctrina más actual, la imitación "...se exhibe como un procedimiento que tiende a una resonancia síquica sobre determinados sujetos, que se traduce en un error sobre el carácter auténticamente verdadero del documento que como tal se les presenta. Por consiguiente, para que se dé el tipo, hemos de pensar como mínimo, en la posibilidad de éxito del engaño que procura la conducta. Según esto, la imitación tiene que ser idónea para hacer aparecer como verdadero el documento falso..." de donde prosigue que "la apariencia de lo verdadero, configuradora del documento falso por el procedimiento de imitación no necesita ser perfecta. El grado de idoneidad de la imitación no se mide con un criterio propiamente material (p. ej., requerir la imitación copiativa de la letra de aquel a quien se atribuye el tenor) sino en los términos de la apariencia de genuinidad; es suficiente que los rasgos objetivos del documento falso y la coherencia de su contenido lo hagan aparecer como genuino "según los cánones de la experiencia" (Carlos Creus, Falsificación de documentos en general, E. Astrea, 1986, págs. 52 ss.).*

Otro tanto resalta Soler, para quien la imitación admite diferencias y distintivas según se tenga un mayor o menor conocimiento del "modelo". Así precisa que:

> *"Cuando se quiere atribuir una declaración a una persona real, el único medio es el de imitar los signos de su autenticidad. El criterio para apreciar la existencia de imitación es el mismo de toda falsedad de un signo, el cual, según hemos visto, concluía refiriéndose a la voluntad genérica de imitación y a la posibilidad de engañar; pero esos mismos criterios arrojan resultados muy diferentes según que se trate de imitar un modelo difícil y típico, como la moneda, un documento público o uno privado, porque entre los símbolos de la primera clase y los de la última, media la diferencia de que a aquellos todo el mundo los conoce, mientras que a la firma de un particular no, de manera que la posibilidad de engañar está en razón inversa, y en la medien que más fácil sea ese peligro, más amplia debe ser la protección. Para la falsificación de moneda la tutela es intensa, pero restringida, para la falsificación de firma la tutela es menor pero más amplia. Por lo tanto, en general, con*

respecto a la firma no es necesario que se alcance una imitación perfecta. ...Pero hay otros documentos privados dotados de poder circulatorio, como una letra de cambio con respecto a las cuales las leyes suelen hacer una construcción distinta. En esa hipótesis que podríamos sintetizar diciendo que comprende a los documentos equiparados, el concepto de imitación es mucho más amplio, y no va más allá de la idea de imitar, en general un documento circulante, aún cuando no se haya imitado firma alguna o se haya empleado nombre imaginario. Y la diferencia deriva de que una letra o un pagaré endosable pueden entrar en circulación entre personas que no tienen obligación jurídica y, a veces ni siquiera posibilidad natural de reconocer los signos de autenticidad puestos. En esos casos diríamos que el sujeto crea la apariencia de una letra de cambio, de un pagaré, de un endoso, y entonces basta que el documento, apreciado en general, aparezca idóneo para inducir en error a un número indeterminado de personas en lo cual se advierte la efectiva lesión a la fe pública, en el sentido de confianza" (D. Penal, Tomo V. E. Nueva Argentina, págs. 341, 342).

Esta última precisión alusiva a los instrumentos negociables, lleva a recordar con mayor razón que en el caso que se falla, la conducta recaía precisamente sobre un cheque "a la orden" de la profesora Dora Alicia Carvajal, correspondiendo el acto falsario al primer endoso, de modo que esa transferencia entraba directamente a involucrar a la beneficiaria del instrumento y no a otra persona, además de concretar precisamente la procesada Polanco su acción en la colocación del nombre y apellido de la docente, cumpliéndose de esa manera el requisito formal del artículo 826 del Código de Comercio que entiende ante todo como "firma la expresión del nombre del suscriptor" de manera que no existía frente a terceros el menor equívoco a cerca de la persona que con este endoso circulaba el título valor.

Y si, consultando además el Código de Comercio se encuentra que "El endoso puede hacerse en blanco con la sola firma del endosante" (art. 654), y que "El obligado no podrá exigir que se le compruebe la autenticidad de los endosos" (art. 662), quedándole apenas el deber de "identificar al último tenedor" y de verificar la continuidad de esos actos de transferencia, se comprende por esta regulación (que obedece a la naturaleza particular de los títulos valores, merecedores de la suma confianza que se deposita en la seriedad y realidad de las firmas cambiarias) que ni el futuro acreedor a quien con ella se brinda protección, ni los posteriores endosatarios, ni aún el obligado, están en el deber de conocer de antemano las firmas autógrafas de quienes han intervenido como endosantes en la circulación del instrumento, así que en este caso la imitación "copiativa" no constituye un requisito ineludible para que el documento pueda ser admitido libremente.

Ratifícase entonces, que cuando la acusada señora Edith Polanco, con la inequívoca voluntad de realizar una transformación en el sentido de la atribución del documento —endoso— hacia una persona real existente y determinada —Dora Alicia Carvajal—, colocó el nombre de la beneficiaria del cheque, haciendo luego de él entrega, elaboró

y circuló un instrumento con plena potencialidad de crear ante un grupo indeterminado de personas atendibilidad en él como medio de prueba y capaz de incidir en el tráfico jurídico (para los fines que le otorga su ley de circulación), conducta que descrita en el artículo 221 del Código Penal constitutiva de delito de falsedad en documento, así se calificó con acierto en las decisiones de instancia y por parte de los funcionarios competentes.

Fallido de ese modo el cargo de nulidad que se propone, la impugnación no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada. *Devuélvase* el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, salvo mi voto; *Edgar Lombana Trujillo, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTO. Firma

Para que exista en sentido penal falsificación de la firma debe esta constituir una imitación de la verdad

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ

De nuevo me encuentro frente al problema de si la imitación de la firma del cuenta-corrientista o endosante en el delito de falsedad en documento privado, constituye elemento propio de este tipo o si resulta del todo inadmisible hacer referencia a la imitación en la escritura ajena en tratándose de materia documental. Contra la doctrina que tiene suficiente paternidad en el medio siempre he creído que la imitación es uno de los elementos compositivos de la falsedad. No es la única ni la primera vez que agito esta tesis —ni será la última— pues todo lo que ocurre y hasta lo que no ocurre en esta materia gira en redor del repudio de la imitación.

En nuestro medio no es fácil romper la tradición jurídica. Al menos lo intento con esta manifestación conceptual. Pero a la postre no va a pasar nada. Si vamos a estrechas cuentas la mayoría va a procurar la mejor honra por su tesis y yo por mi parte, solitariamente, insistiré en la bondad de la mía. Naturalmente que es mi verdad y no la de otros. He aquí un terrible y eterno círculo vicioso. Por supuesto que puedo estar equivocado y seguramente lo estoy. Conforma saber que la sabiduría no tiene dueños. Y como no va con mi carácter mudar de criterio sólo porque otros juristas —así sean los más calificados— sostengan la realidad de la actividad falsaria con prescindencia de los rasgos caligráficos del librador o del portador legitimario cambiario, mantengo inexorable, con acento y tono, la verdad científica que entiendo es la correcta y la rigorosamente exacta. Por ello insisto en lo mío:

I. El problema de la imitación:

1. Para que exista en sentido penal falsificación de la firma debe esta constituir una imitación. Condición natural de la misma es la imitación de la verdad. El que falsifica debe por sobre todo querer falsificar. La firma acostumbrada del girador tiene que ser materia de calco o de copia. Nada hay de libre en la imitación física de los

trazos escriturales. La conducta del autor, tratándose de una falsificación, debe enderezarse *"stricto sensu"*, a reproducir algo previamente existente, un modelo, un arquetipo, sin cuyo propósito imitativo no se concibe el tipo. La exigencia de una creación imitativa hace parte de su realidad óntica. El agente debe estar consciente del formaje verdadero, para que el acto refleje, a la observación primaria, similar valor al real. Tal la tesis prevalente desde antiguo y la científicamente exacta.

2. Si por desconocimiento de la identidad personal del librador y de los signos, caracteres y rasgos que individualizan su modelo de escritura, el autor llena liberalmente el continente del instrumento, será acertado decir, sin inferir grave daño al principio de tipicidad, incorporado a nuestra legislación penal (art. 3º), que falsificó su firma o que remedó sus cualidades escriturales, o que servilmente copió el perfil de sus grafías? Si al término falsificar se le otorga un amplio espectro o una significación excesivamente lata conforme a la terminología común, es claro que la respuesta será positiva. Pero si se le concede un entendimiento condicionado, técnico, dogmático, estrictamente penal, la réplica devendrá negativa. Bajo la primera perspectiva —insisto— no subsisten los caracteres de la falsificación. Dónde encontrarlos si además de una evidente falta de voluntad por imitar existe una absoluta imposibilidad por remedar los caracteres gráficos de la firma ajena?

3. Parece, pues, razonable entender que mientras no se imitan o reproduzcan los signos, formas, imágenes o trazos de la caligrafía de quien al través de esta individualiza sus actos de voluntad, tal comportamiento no constituye título de falsedad, si bien la acción puede desplazarse a otra área de lo injusto típico. Quien desconociendo los caracteres morfológicos de la posición auténtica crea idealmente un nombre supuesto, o coloca el suyo, desfigurando o no su propia caligrafía, o traza indeterminada o de fantasía, sin imitación de lo auténtico, y en todo caso sin corresponder a las notas esenciales de los signos verdaderos, no pretende falsificar y si crear espuriamente condiciones tendientes a hacer incurrir en error a alguien. Cuando el autor no se preocupa por imitar acabadamente los signos individualizadores del otorgante en el título valor y lo llena ficticiamente, induciendo en error al sujeto pasivo, el documento así exhibido tendrá todos los visos de una mentira, de un artificio engañoso, de un fraude criminal, susumible dentro de los contornos clásicos de la estafa y jamás dentro de las previsiones típicas comportamentales de la falsedad. Debe por tanto descartarse este último título en todos aquellos eventos donde los signos de autenticidad de la rúbrica del librador no corresponden a los signos gráficos de quien antijurídicamente lo suscribe y llena.

4. El elemento subjetivo, en su vertiente criminal, viene integrado por la voluntad consciente del autor de alcanzar un fin predeterminado por su saber causal acción final de voluntad que matiza y sublima una conducta libremente elegida. De no ser así la voluntad de realización —dentro de la estructura total de la acción— se verá interferida por consideraciones y acontecceres extraños al fin elegido. Si el agente medita anticipadamente el fin que persigue, si selecciona los medios, instrumentos, elementos o factores causales para ejecutar el

acto, si el contenido subjetivo-sicológico de su comportamiento se endereza a crear argucias, estratagemas, ardides, y una atmósfera engañosa para viciar la voluntad y hacer incurrir a alguno en error, en una palabra, quiere enganar y no falsificar, y si todo esto permite predeterminar teleológicamente y en conjunto, el fin de su conducta, ilano es entender que su voluntad no se dirige a causar lesión al bien jurídico de la fe pública y sí al patrimonio. Aceptar, pues, el tipo penal de la falsedad en las circunstancias precedentes, cuando el sujeto —se recalca— no dirige finalísticamente comportamiento alguno a vulnerar el bien jurídico allí resguardado, ni existe dirección específica de la voluntad para realizar tal conducta, ni hay conciencia en el autor por falsificar, es tanto como ignorar la función autónoma de la voluntad, su contenido potencialmente vital, el desvalor intrínseco de la actividad, la relación que existe entre la voluntad y la acción. Lo que haya querido el autor, el fin de su conducta, no es ni puede ser indiferente al Derecho Penal. Este no puede desembarazarse de una actividad conscientemente dirigida a un fin prefijado para admitir meros "reflejos" causales que apenas se subsumen en el complejo total. El hombre es autor de una conducta final y no causal, de un querer que señala un acto particular de la voluntad de acuerdo a su esencia ontológica y no de resultantes accidentales provenientes de movimientos corporales o mecánicos. Todo intento por variar la función de la voluntad, su acción final, es arbitrario e inconsecuente. Pertinente la cita de Welzel: "Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente; sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego" (Hans Welzel "El nuevo sistema del Derecho Penal", Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, págs. 25, 26).

5. Algo más: no sé por qué la mayoría menciona como uno de los representantes actuales del criterio que inadmite la imitación —como elemento estructural o nuclear de la falsedad— a Sebastián Soler. Hace muchos lustros que el renombrado maestro argentino escribió en doctas y meditadísimas páginas su obra sistemática de derecho penal y concretamente los párrafos transcritos por la ponencia. Lo de la actualidad de sus puntos de vista —una frase espléndida— no deja de ser un elogio —que es de suyo un homenaje— pero totalmente distante de la verdad. En esto como en todo es bueno ser precisos y exactos aunque la censura que concreto predomine sobre la bondad o la elegancia o la exageración de las palabras.

II. El problema del concurso:

Yo no se si he entendido bien el asunto concursal planteado en el proyecto. Con seguros párrafos y plenamente convencido de lo que digo, he defendido de tiempo atrás postura distinta a la allí consignada. Me es forzoso advertir que ese es el punto de vista sostenido por más

desde hace largos años sin que los razonamientos expuestos a la hora de ahora por la Corte me hagan mudar de criterio. Vayan, pues, por delante mis afirmaciones, ya publicadas:

1. Desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal es difícil encontrar en la parte especial asunto que haya originado mayor desarmonía en calidad y cantidad y más distinciones penales que el referente a los delitos de falsedad y estafa cuando se hace uso de un documento privado falso (cheque) y mediante esa maniobra se obtiene un provecho ilícito, innegable propósito de la acción inicial. Con acento crítico el punto ha sido objeto de múltiples estudios por parte de los publicistas nacionales e incluso por la propia jurisprudencia, siendo apenas de justicia relievar que se le ha asignado el mérito y la valía que él merece. Clásica ha sido la controversia. Más a juzgar por los pronunciamientos que bordean el asunto y que se conocen en el medio —nada pacíficos por cierto— va a ser muy difícil salir del atolladero. El problema sigue siendo un problema. Un esfuerzo de revisión nos pone en contacto con los siguientes planteos:

a) Para una larga tradición jurídica propiciada por nuestros altos jueces (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de septiembre 15 de 1983, Mag. pon. doctor Aldana Rozo), es dable predicar la existencia del concurso cuando se lesiona el bien jurídico de la fe pública en cuanto se atenta contra la capacidad probatoria de un título valor, y de otra parte se menoscaba el patrimonio económico del sujeto pasivo del ilícito (es sobre manera interesante el salvamento de voto suscrito por los doctores Gómez Velásquez y Velásquez Gaviria frente al fallo atrás referido).

b) Otra línea jurisprudencial advera la presencia del concurso heterogéneo simultáneo cuando la culpabilidad es plural al asistirle al sujeto dos intenciones criminales que realiza a virtud de un solo comportamiento estando orientadas a quebrantar la fe pública y otro bien jurídico que puede ser la propiedad.

c) Personalmente pienso en la realidad de un concurso aparente de leyes donde al superponerse parcialmente dos tipos en conflicto, el proceso subsuntivo opera por una relación selectiva de tal manera que la estafa desplaza a la falsedad al describir exhaustivamente aquella y no esta, los elementos especializantes del comportamiento del sujeto.

d) Naturalmente que no faltan quienes discurran en viceversa y consideren que la estafa como maniobra engañosa para causar el detrimento patrimonial queda absorbida por la falsedad sobre la base de entender que el empleo del medio documental viciado actúa dentro del marco de su utilización propia y natural (uso) que es el segundo acto descrito en el tipo legal de la falsedad en documento privado. El primero es la falsificación.

e) En el plano de la evaluación de esta conducta unos más meditan que siempre que mediante la falsificación y uso de un documento privado se irrogue a otro un perjuicio económico o patrimonial se configura el concurso formal o ideal de falsedad en documento privado (art. 221) y estafa (art. 356), con apoyo en el artículo 20 del Código Penal, criterio que en últimas resulta similar al sostenido

por una de las Salas del honorable Tribunal Superior de Bogotá (auto, julio 13 de 1982, Mag. pon. doctor Bernal Cuéllar), si bien con distinta argumentación.

f) Y como el campo de la interpretación penal es amplio y anchuroso otra columna de sustentación somete la posibilidad del concurso a la presencia de una actividad diversas del uso jurídico del documento que refuerce el engaño pues que en tal caso sí cabría la imputación de un hecho punible sobre un elemento naturalísticamente diverso del simple uso. En fin que las opiniones están divididas. Bien que no resultará nada improbable que para la época en que se publique este salvamento de voto se conozcan otros criterios con variantes seguramente ignoradas que refrenden formas jurídicas particulares de interpretación en la caracterización penal de esta o de estas conductas.

2. Constreñido por razones de tiempo, entro muy apretadamente a examinar algunas hipótesis de interés de los variados casos que en la vida judicial se enuncian y se aplican:

a) En la situación del agente que pretendiendo consumar una estafa —objetivo ideológico único de su comportamiento— utiliza un cheque con designio defraudatorio para hacer incurrir en error a otro, no es pensable admitir un supuesto de responsabilidad concursal. Al comportar la falsedad un elemento típico engañoso propio de la estafa habrá un solo delito y no dos. En esta ejemplificación, el autor, es claro, no pretende atentar contra la fe pública como objeto penal de protección y sí menoscabar el patrimonio ajeno al utilizar el documento espurio como vehículo de una actividad fraudulenta. Marcadamente adviene aquí una acción humana definida con su correspondiente juicio de reproche pues que el sujeto quiere estafar y en modo alguno falsificar. Por cierto que cuando hacemos referencia al engaño entendemos por tal el núcleo característico del tipo objetivo de la estafa y no el otro, el genérico *"erga omnes"*, que subyace también dentro de la dinámica estructural de la falsedad.

b) De cualquier modo y en todos los casos que la falsedad haga parte de la economía típica de la estafa a la manera de un accionar engañoso, refundiéndose con ella y constituyendo el único medio relevante de la actividad del comportamiento, no es posible admitir la duplicidad de modelos penales (falsedad y estafa) y sí este último modelo penal.

c) Tampoco se admitirá la posibilidad del concurso cuando salte a los ojos que la actividad falsaria no era ni con mucho suficiente para afianzar la defraudación pues con ella o sin ella la acción prohibida habría tenido cabal cumplimiento. Al carecer, entonces, la falsedad de toda aptitud definitoria habrá una sola voluntad dolosa y un único delito: la estafa.

d) Consecuente con un viejo criterio judicial —que es evidencia al menos para mí— he admitido la presencia del concurso real entre la falsedad y la estafa únicamente en el supuesto que el agente encuentre o se procure un cheque en blanco e imite, suplantando la firma del cuenta corrientista, persona cierta y existente, los rasgos

de un modelo auténtico y verdadero y ya en posesión del documento engañe a otro al través de la proyección económica que el cheque sugiere, haciéndolo incurrir en error con el correspondiente resultado beneficio-perjuicio. Más allá de una lesión patrimonial ajena claramente se advierte aquí un ataque a la incolumidad del documento en su eficacia probatoria, lesionante de la fe pública por cuanto el fin pretendido por el autor no es otro distinto al de emular o remedar a semejanza del legítimo, la firma libradora. Así, es palmar la violación a este objeto de tutela. Repárese, además, que la falsedad material ataca primordialmente la autenticidad del documento y cuando se crea uno apócrifo debe forjarse y elaborarse de tal manera que parezca auténtico, esto es, virtualmente legítimo e investido de autoridad, lo cual no se obtiene cuando el objeto de la falsificación se le atribuye a una persona imaginaria o desconocida o se crea una firma de fantasía o unos signos ilegibles o no se imitan los rasgos distintivos del otorgante. Esta actividad creadora —que no imitativa— no es conducta que afecte el bien jurídico de la fe pública y sí presupuesto del tipo de la estafa. En el ámbito del falso, materialmente debe existir una actividad imitativa entre dos firmas —la auténtica y la apócrifa— si bien no es necesario que la imitación sea artísticamente exacta o de absoluta perfección. Apenas idónea y apta para engañar. Si la "*imitatio*" —que es parte integral del tipo— no se da en el caso penal, el delito deriva hacia formas comunes de fraude. En esta específica ocurrencia donde el documento falsificado se inventa o se crea sin asumir imitación de lo verdadero no es relevante el quehacer falsario y en todo caso el hecho no se acondiciona a esta tipicidad.

No creo que tenga más que decir. La razón es de todos y de ninguno. Esto es hacer prevalecer un sano buen sentido. En rigor esto es así.

Cordialmente,

Fecha ut supra.

Jorge Enrique Valencia Martínez.

REVISION. AUTO INTERLOCUTORIO

El recurso extraordinario de revisión es improcedente frente a autos interlocutorios, por expresa disposición de la ley, que solamente lo contempla para las sentencias

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de ocubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado Acta número 068 de 3 de octubre de 1990.

Vistos:

Resolverá la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia lo que en derecho fuere pertinente en torno a la demanda de revisión presentada.

El apoderado del señor *Pedro L. Correa Giraldo* interpuso ante la Sala Penal de esta corporación el recurso extraordinario de *revisión* contra el auto de cesación de procedimiento dictado en primera instancia por el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal de Cali y confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente.

Adujo el demandante como base del recurso extraordinario el hecho de que el auto impugnado "decide sobre el objeto del proceso, previo el agotamiento del trámite de la instancia, según el artículo 185 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal".

Consideraciones de la Sala:

No es menester realizar un mayor esfuerzo para concluir que el recurso así interpuesto debe ser rechazado *in limine*, por cuanto que no se dirige contra sentencia ejecutoriada sino frente a un mero auto interlocutorio que si bien tiene similares efectos a esta, no puede tener la misma calidad.

En efecto, el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal establece que "Hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas..." *(resalta la Sala), con lo cual deja por fuera de esta forma extraordinaria de impugnación los autos interlocutorios y por consiguiente, el de cesación de procedimiento que es el que es materia de la revisión propuesta.*

No es válido el argumento de equiparar la decisión de cesación de procedimiento con la sentencia, bajo el argumento de que el artículo 185 del Código de Procedimiento Penal define a esta última como la decisión sobre el objeto del proceso, previo el agotamiento del trámite de la instancia o de la casación, olvidándose que la misma norma da la noción del auto interlocutorio como aquel que resuelve algún incidente o aspecto sustancial de la actuación.

La sentencia, como se ve de lo anterior, supone la realización de un juicio sobre los hechos mismos del proceso, esto es, el examen de un determinado material probatorio, de unas específicas alegaciones de las partes, el pleno ejercicio del principio de contradicción de los medios de convicción y en fin, el agotamiento de todas las fases procesales, para decidir en definitiva sobre la responsabilidad penal del acusado y las consecuencias civiles de ella.

El auto de cesación de procedimiento, por el contrario, si bien procede en cualquier etapa del proceso, no requiere que el juzgador agote todos los pasos establecidos en la ley de enjuiciamiento para su pronunciamiento, como quiera que bien puede ser proferido incluso al apenas comenzar la investigación penal. No se exige, para su pronunciamiento, que se de plena cabida al juicio sobre los hechos, pues que habitualmente circunstancias especialísimas revelan la inconducencia de su proseguimiento.

Ambas decisiones, es cierto, ponen fin al proceso y las dos ejecutoriadas tienen la firmeza de la cosa juzgada. Sin embargo, una y otra lo hacen en forma diversa. La sentencia, bien absolutoria o condenatoria, se impone siempre al agotarse la instancia o el recurso de casación y tiene señalados requerimientos específicos en la ley; el auto de cesación de procedimiento es, al contrario, una decisión que solamente es obligatoria dentro de la nueva estructura procesal, cuando agotada la segunda fase de investigación no se ha logrado recaudar la prueba necesaria para formular resolución de acusación; en todos los demás casos, es una decisión que sólo procede ante la total demostración de las causales taxativamente señaladas en la ley. Quiere decir lo anterior que este pronunciamiento interlocutorio no siempre se dará una vez cumplida toda la actuación procesal de sumario y juicio, a la par que la sentencia sí debe proferirse necesariamente al agotamiento de la instancia, bien con carácter condenatorio, ora absolutorio. Ello entraña una notable diferencia entre las dos decisiones, como quiera que esta agota realmente el proceso, en tanto que aquel simplemente lo interrumpe, lo trunca, impide su prosecusión al reconocer la existencia de condiciones que tornan innecesario su agotamiento.

Lo que ha querido el legislador frente al recurso extraordinario de revisión, no ha sido el examen de todas o cualesquiera actuaciones del juez, sino de aquellas que han agotado el procedimiento, porque por razones de política criminal solamente respecto de estas últimas ha reconocido trascendencia para los fines de la protección del derecho y de los coasociados.

Poco importa entonces, para tales efectos, que el auto de cesación de procedimiento y la sentencia tengan similares efectos y hagan

ambos tránsito a cosa juzgada, pues que es la propia ley la que establece la diferencia en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, al no contemplar la procedencia de la impugnación extraordinaria para las decisiones interlocutorias y sí para las sentencias. Pretender equiparar a estas el proveído dictado con fundamento en el artículo 34 del ordenamiento procesal penal no es de recibo, pues a través de distintas previsiones legislativas, y por consecuencias que no produce él, o requisitos que no le son exigibles en algunos eventos, se puede establecer que no fue voluntad del legislador permitir dicha equivalencia.

Así las cosas, claro resulta que el recurso extraordinario de revisión es improcedente frente a autos interlocutorios, por expresa disposición de la ley que solamente lo contempla para las sentencias, y en virtud de ello se rechazará in limine *la demanda presentada.*

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:

Rechazar in limine la demanda de revisión presentada a nombre de Pedro L. Correa Giraldo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

LIBERTAD. FAVORABILIDAD. TRANSITO DE LEGISLACION

La jurisprudencia, con justicia y buen tino, se ha orientado en el sentido de que se debe realizar una concreta comparación entre uno y otro estatuto y si, en caso alguno, relativo por ejemplo a la libertad, se encontrare que las disposiciones son más favorables, se aplicarán.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., ocho de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 68 de octubre 3 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en determinación de enero 18 de 1989, se abstuvo de iniciar proceso penal contra la doctora *Jackeline Suárez Acosta*, a quien en su condición de Juez Segundo Promiscuo Municipal de Choachí, Cundinamarca, le formuló denuncia la abogada María Isaura Hurtado Ramírez. Contra esta decisión se interpuso recurso de reposición y, de manera subsidiaria, de apelación; negado el primero, se concedió el segundo (auto de febrero 14 de 1990). Ya en sede de la Corte, obtenido concepto del Procurador Segundo Delegado en lo penal, es el momento procesal oportuno para la resolución de fondo.

Hechos:

En el susodicho Juzgado de Choachí se adelantó un proceso penal por el delito de daño en bien ajeno, contra Angel Nicanor Herrera López y otros, en el cual obró como representante de la parte civil la doctora María Isaura Hurtado Ramírez. Como esta profesional del derecho considerara que en su trámite se habían presentado graves irregularidades de trascendencia inclusive penal, formuló la correspondiente denuncia contra la juez Suárez Acosta y su secretario, donde concreta lo siguiente:

1. Que se concedió la libertad provisional a Pastor Hernando Herrera Vanegas, no obstante haber sido afectado con auto de detención y existir contra el mismo, vigente, determinación de la misma especie en otro proceso que en su contra cursa en el Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera.

2. Que, luego de ser resuelta la situación jurídica de los sindicados o impondrseles presentaciones periódicas ante el juzgado, no cumplieron con ellas y, pese a que solicitó en consecuencia la revocatoria de las libertades provisionales concedidas, lo que se dispuso fue suspender las presentaciones.

3. Que a Pastor Hernando Herrera Vanegas se le había impuesto en orden al disfrute de su libertad, caución prendaria, la que, por solicitud de su defensora, se cambió por juratoria, recepcionándose para tales efectos declaraciones falsas, como ella lo hizo saber al despacho y que no obstante haber solicitado se abriera investigación por falso testimonio se le denegó tal pedimento, diciéndosele que no era viable iniciar proceso de oficio, razón por la cual entiende que se ha presentado el delito de denegación de justicia. Que la caución juratoria sólo la vino a cumplir más de dos meses después de notificado, cuando la "ley dispone tres días para la suscripción de la misma", y

4. Que la juez Suárez Acosta incumple notoriamente el horario de trabajo y, cuando casualmente comparece, lo hace por muy pocas horas. Que, en otro proceso seguido en el juzgado a su cargo contra Miguel Alfonso Salcedo León, en donde también es parte civil, "sospecha" que el secretario del juzgado ha elaborado los memoriales que luego figuran como presentados personalmente por el implicado. En fin, que la juez últimamente está buscando entrabar su ejercicio profesional.

Fundamentos de las determinaciones del Tribunal:

a) En la de enero 18 de 1989 (auto inhibitorio) se dijo que, con la diligencia de inspección judicial sobre el expediente y al libro de presentaciones, se había acreditado la manera regular como hacían las suyas los procesados y que, el juzgado, sobrepasados dos meses de venirse cumpliendo las mismas, las suspendió debidamente en determinación de agosto 5 de 1987; que la modificación de la caución prendaria por juratoria en favor de Pastor Hernando Herrera Vanegas, se había concedido con sujeción a la Ley 2ª de 1984, artículo 46 y que la juez no podía iniciar investigaciones por falso testimonio sin contar con los elementos de juicio propios para asumir decisión de tal carácter.

En cuanto a los otros cargos que se consideraron no conexos con estos y que se referían a la juez y a su secretario, se dispuso la compulsa de lo pertinente, para que la autoridad disciplinaria y penal respectiva ordenara por aparte lo que se estimara legalmente del caso.

b) De la determinación de febrero 14 de 1990, que negó la revocatoria del auto inhibitorio, quiere la Corte, por considerarlo ciertamente de importancia, transcribir lo primordial, así no sea breve:

"...para la época de los hechos estaba en vigencia el Código de Procedimiento Penal de 1971 que, en materia de captura, detención y libertad provisional, estaba notoriamente modificado por la Ley 2ª de 1984. De acuerdo con las pertinentes normas, cuando se trataba de delitos que no ameritaban orden de captura, tal el caso de daño

en bien ajeno (art. 38, Ley 2ª), se citaba a los sindicados y luego de rendir indagatoria se les dejaba en libertad, suscribiendo diligencia de compromiso con la obligación de 'comparecer cada vez que sea requerido'; a su vez el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal indicaba que esta clase de presentaciones no podía prolongarse por más de dos (2) meses. En tal virtud, al ordenar la juez acusada cesaran las presentaciones de Pastor Abraham Herrera Vanegas y Alfonso Elí López Díaz, simplemente daba estricto cumplimiento a la ley procesal.

"Frente a la situación de Pastor Hernando Herrera Vanegas, que ha dado razón fundamental de ser a la denuncia, ciertamente cuando en auto de febrero 16 de 1987 se le concede libertad se le impone obligación de pagar caución prendaria; pero si ella no se hizo efectiva de inmediato fue porque su apoderada pidió la modificación como ha quedado arriba precisado. Y gracias a los testimonios recaudados, se consideró factible el cambio y se decretó en su oportunidad. Dice la hoy denunciante que los testigos eran falsos; sin embargo, en manera alguna contaba con elementos de juicio la funcionaria para llegar a conclusión semejante y tampoco la parte civil aportó pruebas en forma oportuna para demostrarlo, haciéndolo sólo meses después e incluso cuando ya la doctora Jackeline Suárez Acosta se había declarado impedida para seguir conociendo del asunto ante los enfrentamientos surgidos con la representante del interés privado. Por ende, tampoco merece su decisión reparo alguno".

Agrega la quejosa que de todas maneras el sindicado Pastor Hernando Herrera duró varios meses sin presentarse al juzgado para suscribir la diligencia de compromiso, con lo cual oficiosamente debía revocársele la libertad. Sin embargo, no encuentra la Sala que esa omisión de firmar el acta de compromiso fuese suficiente para revocar el beneficio, pues de una parte no hay constancia de frustración de diligencias por ausencia de este sujeto, y lo más importante, cuando se practicó inspección sobre el libro de presentaciones del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Choachí, se constató que había estado presentándose en forma bastante regular. *En lo que hace a la suspensión de presentaciones, podría pensarse que se decidió contrariamente a derecho, pues estaba cobijado con auto de detención. Sin embargo, esta determinación se adoptó en auto de 5 de agosto de 1987, cuando ya estaba en vigencia el Decreto 050 de 1987, actual Código Procesal; y, en ese ordenamiento, artículos 420 y 433, no está contemplada como exigencia para quienes gozan de libertad provisional el hacer presentaciones periódicas sino, exclusivamente, 'cuando el juez lo solicite'; por ende, tampoco aquí incurrió la juez denunciada en atentado contra el derecho positivo.*

Queda por estudiar la situación de Angel Nicanor Herrera López, de quien no se ocupa mayormente la quejosa, aunque fue el único que incumplió sus presentaciones. En efecto, cuando a este sujeto se le dicta medida precautelativa el 29 de diciembre de 1986 y se le deja en libertad provisional, se dispone que comparezca al juzgado cada ocho días, suscribiendo diligencia de compromiso el siguiente 8 de enero. Pero en la citada inspección al libro de presentaciones, se acreditó que dicho individuo dejó de presentarse entre el 5 de

febrero y el 19 de junio de 1987. Pero como bien lo dice la misma denunciante, el secretario del juzgado era moroso en sus obligaciones y no informaba a la titular sobre esa circunstancia; así las cosas, si la juez acusada no tenía conocimiento del incumplimiento, mal podía tomar medidas al respecto. Solamente cuando la representante de la parte civil hace el reclamo se entera la funcionaria. Pero como ya se ha anotado, mientras se presenta la solicitud, que de todas maneras excedía las facultades de la abogada, y se entra a estudiar su viabilidad, entra en vigencia el actual Código de Procedimiento Penal que elimina las presentaciones periódicas para los liberados provisionalmente. Ante ese tránsito de legislación, unido al hecho de que tampoco existe constancia procesal de que el incumplimiento de Herrera López hubiera perjudicado en alguna forma la investigación, observa la Sala que la juez se encontraba ante la necesidad de interpretar dos ordenamientos adjetivos y decidir cuál era el más favorable a los sindicados; y al aplicar el hoy vigente, simplemente hizo una valoración jurídica y razonada, que mal puede estimarse viole ostensiblemente la ley, requisito esencial para que al menos objetivamente se presente un ilícito de prevaricato.

"...".

Breves consideraciones de la Sala y de la delegada:

1. Para la delegada las determinaciones del Tribunal no consideraron el hecho básico de la conducta denunciada, cual es el de la procedencia de la libertad concedida a Pastor Hernando Herrera Vanegas "pues secundario resulta la legalidad del procedimiento adoptado para efectos de la caución, si la excarcelación no era viable".

Recuerda, entonces, la Procuraduría que, para la época de los hechos, la normatividad aplicable era la Ley 2ª de 1984 que, según su artículo 38, hacía que delitos como el de daño en bien ajeno no ameritaran captura para efectos de la indagatoria, siendo suficiente citar al sindicado y, luego de la práctica de aquella diligencia, sentar la de compromiso en la que se obligara a comparecer cada vez que fuera requerido. Eso fue exactamente lo que se hizo con Herrera Vanegas, quien rindió indagatoria en febrero 5 de 1987, correspondiéndole presentarse al juzgado cada cuatro días, lo que cumplió en forma regular hasta el 10 de febrero, ya que el 16 del mismo mes y año se le resolvió su situación jurídica con auto de detención, concediéndosele allí mismo la libertad provisional mediante caución prendaria.

Se trataba —continúa manifestando el Ministerio Público—, "de otra clase de libertad", diferenciable jurídicamente de la que venía disfrutando el sindicado hasta antes de serle resuelta su situación jurídica y que encuentra su particular regulación en el Código de Procedimiento Penal. Que cumpliera o no con la caución prendaria o que fuese esta reemplazada por la juratoria, la excarcelación provisional estaba sujeta a que no concurriera alguna de las causales de prohibición consignadas en la ley procesal penal "pues la caución garantiza la libertad, pero siempre y cuando se tenga derecho a ella.

"En este caso, una vez concedida la excarcelación provisional a Herrera Vanegas, por escrito presentado el *25 de junio de 1987*, la apoderada de la parte civil, ahora recurrente, informó (sic) a la funcionaria denunciada la revocatoria de dicha libertad, por cuanto contra el mismo sindicado pesaba 'detención vigente' en el proceso 3152, que por un delito doloso, cursaba en el Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera, conforme estaba acreditado en el expediente con la respectiva constancia.

"No obstante, la juez guardó silencio sobre esa solicitud, resolviendo el *5 de agosto de 1987* suspender las presentaciones que venía cumpliendo el excarcelado.

"Así las cosas, y si bien es cierto que *para la fecha en que se presentó la solicitud de revocatoria de libertad provisional, tal petición era improcedente* también lo es que el 1º de julio del mismo año, es decir, de 1987, empezó a regir el nuevo Código de Procedimiento Penal y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 441-3 de este estatuto 'cuando aparezca demostrado que en contra del sindicado se ha proferido en otro proceso medida de aseguramiento de detención o caución por delito doloso o preterintencional, que se encuentre vigente', no se tendría derecho a la libertad provisional, lo cual significa, que *a partir de ese momento se debió revocar tal excarcelación*.

"Pero, al contrario, la juez ni revocó la libertad provisional ni se pronunció sobre la petición, desconociendo el imperativo mandato legal, que a no dudarlo, era de cumplimiento inmediato, omitiendo cumplir con el deber propio de sus funciones, adecuando su comportamiento, por lo menos objetivamente, en el tipo penal que describe el artículo 150 del Código Penal.

"De otra parte, cabe observar que si bien es cierto que *para cuando se efectuó la solicitud de revocatoria de la libertad provisional del sindicado, no había entrado en vigencia el Decreto 050 de 1987*, también lo es que para cuando la funcionaria decidió suspender las presentaciones mediante el auto de 5 de agosto de 1987, ya y desde el 1º de julio del mismo año había empezado a regir el referido estatuto procedimental y que de conformidad con lo preceptuado en su artículo 677, se debía dar aplicación al nuevo procedimmiento, en los averiguatorios en que no había cobrado ejecutoria el cierre de investigación, como ocurría en el presente evento, pues según auto de 17 de junio de 1987, el juzgado de instancia decidió ampliar el término de instrucción en treinta días más.

"...Bajo estas circunstancias la juez Suárez Acosta se encontraba compelida a observar lo dispuesto en el numeral (sic) del artículo 441, en concordancia con el tercero del artículo 421 del Código de Procedimiento Penal vigente, ordenando la revocatoria de la libertad provisional de Herrera Vanegas" (lo que sobresale es de la Corte).

2. Extraña la Corte el planteamiento del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, pues este es exactamente un caso en el que, patentemente, no tiene aplicación el artículo 677 del Código de Procedi-

miento Penal. Sobre el particular la Corte ha sido en extremo clara, diáfana, siempre con respeto profundo al principio de favorabilidad y más tratándose del esencial derecho a la libertad.

No se entiende cómo si en aplicación cabal de la normatividad imperante en determinado momento, se le otorga la libertad a un procesado, se pretenda legalmente revocarle este derecho, aplicándole estatuto posterior, el que se considera vigente fruto de lo normado por el artículo 677 del Código de Procedimiento Penal. La jurisprudencia, con justicia y buen tino, se ha orientado en el sentido de que se debe realizar una concreta comparación entre uno y otro estatuto y si, en casos como este presente referido a la libertad, se encuentra que las anteriores disposiciones son más favorables, se aplicarán, así para la vigencia del Decreto 050 de 1987, el proceso respectivo se encuentre sin auto de cierre de la investigación ejecutoriado (aplicación ultractiva de la ley); o, por contrario modo, si las favorables son las del nuevo Código de Procedimiento Penal, se tendrán por aplicables, así el proceso de que se trate esté con el susodicho auto ejecutoriado (vigencia retroactiva de la ley).

Así, la Corte ha reconocido la rebaja de pena por confesión, señalada en el artículo 301, empero se hubiera producido con anterioridad a la vigencia del Decreto 050 de 1987 (Mag. pon. doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Septiembre 1º de 1987); ha preferido la reapertura de la investigación por sesenta días (art. 473, antes del Decreto 1861 de 1989, art. 25) a sobreseer temporalmente por 6 meses (art. 493 Código derogado) y ha desechado el segundo sobreseimiento temporal (art. 494 Código derogado), así se trate de procesos con auto de cierre de investigación (art. 677 Código vigente), dictándose en su lugar la cesación de procedimiento (art. 473, inc. 2º ibidem), por considerar que la nueva fase de la averiguación resultaba más gravosa para el incriminado, pues podía exponerlo a un enjuiciamiento y sentencia condenatoria o a una nueva detención preventiva (Mag. pon. doctor Rodolfo Mantilla Jácome, agosto 4 de 1987).

"...Es la propia Constitución la que exige este preferente miramiento, llegando a tanto su propósito en este punto que también se dice que un beneficio de libertad, una vez el procesado tenga derecho al mismo, no debe cancelarse sino por las previsiones propias del estatuto a que está sometido, sin que su revocación pueda hacerse a expensas de alteraciones legislativas posteriores, que sólo regirán para el futuro y para quienes incurrieren en un hecho presuntamente delictuoso después de iniciada su vigencia. Esto es lo que se ha denominado el 'segmento de libertad', por referencia a la interrupción, así sea de instantes, de un estado de privación de la misma, sobre la cual ya no inciden las variaciones posteriores de la legislación..." (Mag. pon. doctor Gustavo Gómez Velásquez. Octubre 28 de 1986).

"...no debe perderse de vista que los problemas delincuenciales que encara el ordenamiento legal y que cíclicamente se resuelven con una acentuación del rigor penal, no tienen por mira al pasado, para alterar una libertad concedida de más, bajo el auspicio de ciertos preceptos que vinieron a menos, sino los futuros comportamientos (principio de reserva legal) que son el objeto de las enmiendas..." (Mag. pon. doctor Gustavo Gómez Velásquez, noviembre 11 de 1986).

Finalmente se transcribe la que debiera ser conocidísima jurisprudencia de esta corporación, donde fuera magistrado ponente el doctor Jesús Vallejo Mejía, de noviembre 26 de 1987, así:

"...Según el inciso 2º del artículo 26 Constitución Nacional, 'en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

"Esta importante disposición constitucional regula los llamados conflictos de leyes penales en el tiempo, que pueden presentarse tanto en materia sustancial como en lo procedimental, en la medida que esto último repercuta sobre la libertad o el derecho de defensa de los procesados, según lo tiene definido esta corporación en providencia como la de 6 de junio de 1974 y la de 10 de mayo de 1984.

"Este principio puede dar lugar a la aplicación retroactiva *de la ley penal expedida con posterioridad a la comisión del hecho punible, si se la considera más favorable al interesado que la ley vigente en dicho momento. Puede darse también la aplicación* ultractiva *de la ley, especialmente en materia procedimental, si la ley vigente al cometerse el hecho punible es más favorable que la que posteriormente se expida, lo cual implica, desde luego, una notable excepción al principio de la aplicación general inmediata de las leyes procesales.*

"Ha dicho la Corte en fallo del 11 de marzo de 1979 que 'cuando la nueva ley procesal entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, en cuanto hace referencia a la sustanciación y ritualidad de los mismos porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, en todos los órdenes, sin menoscabar los sistemas defensivos del gobernado, ya que estos son postulados superiores, que se deben acatar'.

"De ahí que, por regla general, no quepa invocar o alegar derechos adquiridos por leyes procesales anteriores, pero, prosigue diciendo el fallo que se cita, 'la aplicación inmediata de la nueva ley sólo debe llevarse a efecto cuando con ella no se agraven las condiciones del acusado, de no ser así, la ley procedimental, lejos de tutelar los intereses sociales y los del procesado, los restringiría en perjuicio de éste'.

"Cita la Corte, en sustento de la doctrina referida, los fallos de 13 de septiembre de 1954, 27 de julio de 1951, 28 de noviembre de 1952, 23 de enero de 1953 y 30 de noviembre de 1953.

"Se sigue de lo dicho que no podría haber aplicación ultractiva de la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible frente a una ley posterior más favorable a la libertad o el derecho de defensa de los procesados.

"La disposición acusada ordena continuar aplicando el Código de Procedimiento Penal derogado por el Decreto 050 de 1987 a los procesos que comenzaron a tramitarse dentro de su vigencia, siempre que al entrar a regir el nuevo estatuto procesal estuvieran con auto de cierre de investigación ejecutoriado, lo cual significa la aplicación

ultractiva de aquel y que el Código actualmente en vigencia no será aplicable a los procesos referidos, sin que el artículo acusado haga referencia al tema de la favorabilidad.

"Puede observarse que el quid del asunto radica en una valoración de la favorabilidad de las nuevas disposiciones procedimentales respecto de las anteriormente en vigencia, lo cual exige comparar ambos regímenes en relación con cada caso concreto.

"Dicho juicio puede formularse en términos abstractos cuando se busca establecer contrastes entre normas que prohiben determinadas conductas o que las permiten; o que disponen la aplicación de penas, unas privativas de la libertad y otras no, o con términos de duración máximos y mínimos; o con circunstancias de agravación o de atenuación diferentes, etc. Pero cuando hay que comparar globalmente dos estatutos procesales, no es pertinente en el fallo de constitucionalidad determinar en principio cuál es el más favorable al procesado, porque habría que entrar a valorar los sistemas probatorios, los recursos, la tramitación de los procesos, la categoría de los jueces que en uno o en otro caso entrarían a decidir, los regímenes de captura, de detención preventiva, de excarcelación, etc.

"De ahí que la incidencia de disposiciones como la que se examina en la libertad y el derecho de defensa, sólo sea posible establecerla en casos concretos, atendidas las circunstancias específicas de cada uno.

"Lo anterior permite concluir que no hay, a juicio de la Corte, violación flagrante ni abstracta del artículo 26 Constitución Nacional por parte de la disposición acusada, por lo cual habrá de declararla exequible.

"Pero dicha declaración no obsta para que, en casos concretos y dudosos en que los jueces adviertan que es más favorable la aplicación de las nuevas normas procesales, opten por estas en virtud del principio de favorabilidad de la ley penal que consagra el artículo 26 Constitución Nacional y desarrollan la Ley 153 de 1887 y otras posteriores..."

(Magistrado ponente doctor Jesús Vallejo Mejía. Noviembre 26 de 1987).

Refulge, pues, que, en el evento *sub exámine* no existía revocación de la libertad que la juez acusada estuviera obligada a decretar; por contrario modo, legal y doctrinariamente era para ella imperioso mantener la libertad vigente. Y como fue eso exactamente lo que hizo, mal puede predicarse que haya delinquido y ni siquiera que haya adecuado su comportamiento objetivamente en el tipo penal que describe el artículo 150 del Código Penal, como lo sostiene, erradamente, la delegada.

Es verdad que la juez no hizo pronunciamiento concreto sobre la revocatoria de la libertad, sino que limitó lo suyo a levantar las presentaciones; pero, esa circunstancia, no hace que los hechos ad-

quieran relevancia delictiva, pues lo importante es que el procesado tenía derecho a seguir disfrutando de su libertad que fue precisamente, lo que aconteció.

El Tribunal, de su parte, nunca se planteó el interrogante de si el hecho de una detención vigente comportaba la pérdida del derecho a la libertad, sino que entendió las cosas en el sentido de que ello no significaba que no pudiera ordenarse la suspensión de las presentaciones; por eso razona, así: "...esta determinación se adoptó en auto de 5 de agosto de 1987, cuando ya estaba en vigencia el Decreto 050 de 1987, actual Código Procesal; y, en ese ordenamiento, artículos 420 y 433, no está contemplada como exigencia para quienes gozan de libertad provisional el hacer presentaciones periódicas sino, exclusivamente 'cuando el juez lo solicite'; por ende, tampoco aquí incurrió la juez denunciada en atentado contra el derechho positivo".

Tampoco —verdad de Perogrullo— este comportamiento del Tribunal cambia el hecho demostrado de que la juez no delinquió cuando no revocó la libertad de que disfrutaba Pastor Hernando Herrera Vanegas.

De otra parte, quiso la Corte transcribir *in extenso*, la providencia del Tribunal porque el estudio que allí se realiza deja ver con claridad cómo ninguna de las otras actuaciones que se dicen delictivas de la doctora Suárez Acosta, lo fueron en la realidad; el proveído es suficientemente ilustrativo en tal sentido, lo que releva a la Corte de cualesquiera otros apuntamientos, si no se quiere caer en la redundancia.

Quedó visto también que se dispuso la compulsa de lo pertinente en orden a que las autoridades correspondientes, penales y disciplinarias, se pronunciaran por aparte, como es lo de ley, sobre los otros cargos que obran contra la juez Suárez Acosta y su secretario. Esto era lo indicado, por lo que resulta obvio que no hay nada que agregar en tal sentido.

Así, pues, siendo evidente el acierto del Tribunal cuando dispuso que no había mérito para apertura de sumario contra la doctora Jackeline Suárez Acosta, por imperio del derecho se impone la confirmación de tal decisión.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *confirma* la determinación impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Ricardo Calvete Rangel, Gustavo Gómez Velásquez, Rafael Osorio Rodríguez, conjuez; *Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. DERECHO DE DEFENSA

En los procesos que se tramitan por la jurisdicción especial de orden público, en la instancia el traslado a las partes es la única oportunidad con que se cuenta para ejercer efectivamente el derecho de defensa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 069 de 10 de octubre de 1990.

Vistos:

Por sentencia del veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Cuarto de Orden Público de Cali condenó a *Jaime Mosquera Ramírez* a la pena principal de veinte (20) años de prisión, como responsable de los delitos de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, secuestro extorsivo en modalidad de tentativa, utilización ilegal de uniformes e insignias y hurto calificado. A la misma pena, por los mismos delitos fue condenado *Rómulo Cuéllar Rojas* y a siete (7) años y seis (6) meses lo fue *Oscar Armando Olaya Alvarez* por el delito de secuestro extorsivo en tentativa.

La providencia anterior fue confirmada con algunas modificaciones, con fallo del diecisiete de mayo de mil novecientos ochenta y nueve y se absolvió a Mosquera Ramírez por el delito de hurto, y se confirmó en lo demás. Se absolvió de todos los cargos a Rómulo Cuéllar Rojas y se modificó la sentencia de Olaya en cuanto a las penas accesorias.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por la corporación. Presentada la demanda fue declarada ajustada a las exigencias legales y se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó se casara el fallo impugnado, se declarara la nulidad del proceso y se compulsaran copias para investigación disciplinaria.

La Sala procede a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

En las primeras horas del día veintidós de junio de mil novecientos ochenta y ocho fue interceptado el ciudadano Aurelio Sardi De Lima cuando cuatro individuos vestidos con prendas de las Fuerzas Armadas se apoderaron del mencionado ciudadano en la hacienda "Bonanza" en la Vereda Bocas del Palo en jurisdicción del Municipio de Jamundí. Fueron sorprendidos por las autoridades en jurisdicción del Municipio de Puerto Tejada, ya en horas de la noche y luego de un cruce de disparos, alcanzando a fugarse varios de ellos. Fueron capturados Jaime Mosquera Ramírez y Armando Olaya Alvarez. Se rescató a Sardi De Lima quien estaba amordazado y amarrado con una cadena de hierro. Se decomisaron prendas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Actuación procesal:

Se abrió proceso por auto del veintidós de junio de mil novecientos ochenta y ocho.

Fueron indagados Jaime Mosquera Ramírez, Oscar Armando Olaya Alvarez a quienes se decretó la detención preventiva por auto del 30 de junio de 1988.

Por providencia de dos de diciembre se aceptó la constitución de parte civil.

Fue emplazado y declarado reo ausente Rómulo Cuéllar Rojas.

Indagado Rómulo Cuéllar Rojas, a quien se decretó la detención preventiva por auto de veintitrés de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Por sentencia del veinticuatro de febrero de mil novecientos ochenta y nueve se condenó a la pena principal de veinte años a Jaime Mosquera Ramírez y Rómulo Cuéllar Rojas. A Oscar Armando Olaya Alvarez se le impuso pena de siete años y seis meses de prisión. En sentencia de segunda instancia se condenó a Mosquera Ramírez a la pena principal de veinte años de prisión, pero se lo absolvió por el delito de hurto. Se revocó la sentencia condenatoria dictada contra Rómulo Cuéllar Rojas y se le declaró inocente y a Oscar Armando Olaya se le condenó a siete años, seis meses de prisión como cómplice del delito de secuestro.

Las pretensiones de la demanda:

Se tacha la sentencia por considerar que se dictó en un juicio viciado de nulidad, por haberse desconocido las formas propias del juicio y el artículo 305, numeral 3 del Código de Procedimiento Penal por violación del derecho de defensa.

Considera el recurrente que cuando se le corrió al agente del Ministerio Público antes de dictar sentencia, presentó el respectivo con-

cepto después de haberse vencido las setenta y dos horas que dispone la ley para estos casos y que a pesar de ello el memorial fue tenido en cuenta.

Que su defendido ante la ausencia de abogado, puesto que el que tenía desarrolló una actividad muy precaria, solicitó se le permitiera ver el proceso y se le informara de los términos que tenía para alegar. El diez de febrero se corrió traslado a los defensores, recibiéndose sólo alegatos de los otros defensores y antes de entrar a despacho se allega el memorial anteriormente mencionado del procesado Olaya Alvarez.

Considera el recurrente que en tales circunstancias se le negó el derecho de poder ejercer su defensa y que de esta manera se desconoció el contenido del artículo 162 del Código de Procedimiento Penal que establece que para los fines de la defensa del procesado tiene los mismos derechos que el defensor.

Que en el artículo 46 del Decreto 180 se prevé el trámite de estos procesos y no contiene un traslado especial para los procesados, ya que este surte únicamente para el fiscal y para los defensores y que esa era la pretensión de su defendido, que se le informara de qué manera y por cuánto tiempo podría ejercer su defensa y que si no estaba previsto el traslado al procesado, el juez ha debido garantizarle que pudiera haberse informado sobre el contenido del proceso.

Considera igualmente el censor que a lo largo de todo el proceso no ha habido defensa técnica adecuada, porque el abogado sólo se notificó del auto de definición de situación jurídica, que no alegó durante el traslado a las partes y sólo acompañó al procesado en la diligencia de indagatoria y en la ampliación de la misma pero sólo a una parte, porque llegó tarde.

El concepto del Procurador Delegado en lo penal:

Considera que si bien es cierto que la vista fiscal fue presentada extemporáneamente y fue considerada por la instancia, no puede aceptar que tal irregularidad constituya una nulidad, porque es bien sabido que el concepto fiscal no es fundamento de la decisión, puesto que se trata de una simple opinión que no obliga al fallador porque:

> "El escrito fiscal no cambia las condiciones del proceso, no aumenta ni disminuye los elementos probatorios recaudados, ni su presentación fuera de término implica lesión a la estructura formal. Por este motivo no se afectaron las garantías de defensa del imputado, pues ni siquiera presentaron el alegato correspondiente y en el evento de que esto hubiera ocurrido, tampoco habría desventaja alguna, ya que el traslado al defensor fue posterior y bien podía haber controvertido tal concepto".

En relación con la alegada nulidad por violación al derecho de defensa, opina el fiscal:

"Coincide con la realidad procesal, la afirmación del casacionista en relación al hecho de que el procesado Olaya Alvarez presentó un memorial antes de proferirse el fallo de primer grado, en el que impetraba que se le permitiera una lectura del expediente y que se le informaran los términos para asumir su defensa; sobre el mismo no hubo pronunciamiento alguno del señor juez.

"Según el informe secretarial, el expediente entró al despacho para fallo el 14 de febrero de 1989 y la solicitud fue presentada el mimsmo día, esto es, cuanto el término de traslado para alegar ya se encontraba vencido. Está bien que el señor juez no se hubiera pronunciado inmediatamente sobre la petición del detenido, pero una vez proferida la sentencia ha debido responder el memorial y ofrecerle la oportunidad de estudiar el expediente, con mayor razón, tratándose de un sujeto cuyo defensor no realizó ninguna actuación y que desde el momento de la notificación de la sentencia en la cárcel, manifestó su intención de apelar.

"Esta omisión del juez, sin duda alguna, disminuyó las posibilidades de una defensa material adecuada y de ahí que la sustentación de la apelación sea un escrito ajeno a la realidad procesal en algunas partes, y en otras, fundado en referencias tangenciales que denotan el desconocimiento de la totalidad de lo recaudado por la investigación.

"Esta situación observada en abstracto no amerita por sí sola la declaración de nulidad, pero dentro del contexto concreto en el que se desarrolló la actuación que nos ocupa, es un factor muy importante para la decisión que se debe tomar.

"3. El demandante estima que el juez ha debido declarar la excepción de inconstitucionalidad, porque en su concepto el artículo 46 del Decreto 180 de 1988 viola el derecho a la defensa. Esa declaración no sólo ya no era procedente (la Sala Plena de la honorable Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto 180 el 3 de marzo de 1988), sino que además, es una determinación optativa del juez.

"Lo que sí es importante analizar detenidamente, es el cargo de nulidad por violación del derecho a la defensa (art. 305, num. 3º C. de P. P.), debido al abandono total en que estuvo el implicado durante el proceso.

"Es cierto que el defensor inicial de Olaya Alvarez solamente lo asistió en la indagatoria y en parte de la ampliación, porque llegó tarde. Se notificó personalmente de la providencia mediante la cual le definieron la situación jurídica a su poderdante y no realizó ninguna otra actuación o intervención. Ni siquiera un acto de presencia para las posteriores notificaciones.

"Una de las más importantes garantías que se derivan del derecho a la defensa, es que el imputado cuenta con la

asistencia jurídica de un abogado que lo represente durante el proceso, guíe técnicamente la acción defensiva y lo proteja de los errores o abusos que se puedan cometer.

"Esto implica estar atento a intervenir en las oportunidades que la ley le ofrece, solicitar pruebas si es necesario, presentar los alegatos dentro de los términos, interponer recursos, es decir, desplegar una actividad en favor del procesado, que obedezca a una estrategia acorde con lo que revela la investigación.

"El profesor Cafferata, en su obra sobre los 'Derechos individuales y proceso penal', se ocupa de este tema de la siguiente manera:

" 'El derecho de defensa en juicio es otro de aquellos cuyo reconocimiento es unánime. Presupone la intervención efectiva del imputado en el proceso y comprende la actividad que este pueda desenvolver *personalmente* en el descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, denominada *defensa material*, y la desarrollada por un *abogado* en la asistencia y representación de aquel, que se conoce como *defensa técnica*'.

" 'La ley procesal penal debe asegurar ambas manifestaciones del derecho en cuestión, admitiendo sólo restricciones de carácter reglamentario y a condición de que no afecten su esencia' (Derecho individual y proceso penal José I. Cafferata Nores. Editorial Córdoba).

"El procedimiento previsto por el artículo 46 del Decreto 180 de 1988 sobre todo en esa época que aún no había sido modificada por el Decreto 344 de 1989, exige un cuidado máximo de parte del abogado, porque las oportunidades para ejercer su misión son muy limitadas. El término de instrucción es de 30 días, no hay audiencia pública y el alegato que la reemplaza (eso creo) debe presentarse dentro del traslado que sólo es de 72 horas.

"Es posible que por táctica defensiva el apoderado no solicite ninguna prueba, ni interponga ningún recurso durante la etapa instructiva. Pero si la única oportunidad que le queda es *alegar* antes de que se produzca el fallo, y tampoco lo hace, la hipótesis sobre la táctica desaparece y surge de manera evidente y monumental el incumplimiento absoluto de los deberes del defensor, con la consiguiente violación del derecho del procesado, por ausencia de defensa técnica.

"La necesidad de un procedimiento ágil y breve, no puede llevar hasta el extremo de volver el derecho a la defensa un formulismo intrascendente, propio del régimen inquisitorial, pero ajeno al Estado democrático de derecho. Así como la intervención del defensor es obligatoria en la audiencia pública, de igual manera el alegato del defensor en el procedimiento previsto en el citado artículo 46 debe ser

obligatorio, sin que sea para ello necesario que la ley textualmente lo exija, porque se trata de preservar una garantía inalienable que no puede quedar al arbitrio de nadie.

"La honorable Corte ha sostenido que para que se pueda predicar la nulidad, es indispensable 'concluir que el procesado no ha tenido defensa real, ya sea por ausencia física de un profesional del derecho que haya asumido esa tarea, ora porque aún estando formalmente presente haya descuidado en absoluto el cumplimiento de su indeclinable obligación defensiva' (Mag. pon. Reyes Echandía, agosto 2 de 1983).

"En este caso está plenamente acreditado que no existió defensa técnica, y el defensor nombrado después de la sentencia se posesionó pero no sustentó el recurso de apelación. Así mismo, como quedó expuesto en el numeral anterior, la defensa material tampoco se ejerció y cuando el procesado quiso hacerlo, el juez le limitó su derecho no permitiéndole la observación del expediente. En estas condiciones, la petición de nulidad del proceso a partir del auto que corrió traslado para alegar debe prosperar.

"Como la causa que motivó la nulidad no se presentó respecto de los demás sentenciados, la declaratoria sólo produce efectos en cuanto a Oscar Armando Olaya Alvarez.

"De otra parte, los doctores Rodrigo Oviedo Muñoz y Jaime Lozano, incumplieron con las obligaciones inherentes a su condición de defensores, por lo tanto deben expedirse copias de lo pertinente, para que el Tribunal Superior de Cali adelante la investigación disciplinaria correspondiente".

Las consideraciones de la Sala:

Oscar Olaya Alvarez fue capturado el veintidós de junio de mil novecientos ochenta y ocho e indagado el veinticuatro del mismo mes y año. En dicha diligencia nombró como su abogado para el proceso al doctor Rodrigo Oviedo Muñoz.

El defensor se notificó personalmente del auto de detención dictado el treinta de junio.

El diecisiete de noviembre el procesado solicita ampliación de la indagatoria.

El veintiuno se amplía la indagatoria, iniciándose esta con la presencia del doctor Eduardo Valverde como defensor de oficio para dicha diligencia. En desarrollo de la misma se hizo presente el defensor de confianza con quien culminó la indagatoria.

El único defensor que alegó fue el del procesado Rómulo Cuéllar. El procesado Olaya Alvarez solicita el trece de febrero que se lo deje ver el expediente y "además solicito que como ignoro los términos, se me informe hasta qué fecha límite puedo presentar alegatos. Lo anterior para asistir en mi defensa".

Ninguna otra participación tuvo el defensor de este procesado, porque todas las providencias que se notificaron le fueron por estado y durante el curso del proceso no pidió pruebas, ni asistió a la práctica de ninguna de ellas, de la misma manera que no hizo peticiones de ninguna naturaleza, ni presentó alegatos, ni interpuso recurso.

El catorce de febrero ingresó el proceso a despacho sin que el juez se pronunciara sobre la petición de Olaya Alvarez.

El veinticuatro del mismo mes y año se dicta la sentencia de primera instancia, en la que se condena a Olaya Alvarez a la pena principal de siete años seis meses de prisión.

El procesado Olaya otorga poder al doctor Jaime Lozano, mencionándose que "para que en mi nombre y representación instaure el recurso de apelación, adelante todos los trámites que sean necesarios para la defensa de mis intereses". Se presenta este memorial, el veintisiete de febrero y el apoderado se posesiona el mismo día. En dicha fecha el abogado solicitó expedición de copias.

El mismo veintisiete el procesado Olaya interpone el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

Conforme a la prohibición contenida en el artículo 1º del Decretocreto 344 se niegan las copias solicitadas por el defensor de Olaya mediante auto del veintiocho de febrero.

El cuatro de marzo el procesado presenta un memorial de sustentación del recurso de apelación. En él afirma:

> "...y como para rematar, al encontrarme yo desamparado y sin defensa, creí por lo menos la justicia existía en ese juzgado y envié memorial para que se me concediera vista del expediente, para poder siquiera defenderme solo, ante el empuje infernal de la investigación que hizo el juzgado, pero qué embolatados se encuentra los derechos en Colombia, cuando ni tan siquiera ese elemental derecho de ver el expediente me fue concedido. No es esto violación del derecho de defensa, tan cacareado por la honorable Corte Suprema de Justicia, y cuál la razón valedera para que ni siquiera se me informara la negativa de mi pretensión?".

Los defensores de Mosquera Ramírez y de Cuéllar Rojas presentaron los correspondientes memoriales sustentatorios del recurso de apelación.

Comparte la Sala las apreciaciones del Procurador Delegado porque si bien es cierto que el memorial del fiscal, antes de dictarse sentencia de segunda instancia fue presentado extemporáneamente y sin embargo fue considerado por el juzgador, es completamente cierto que la vista fiscal no constituye un concepto obligatorio para el juez, sino que es una colaboración del Ministerio Público a la administración de justicia, que puede ayudar a una mejor comprensión del problema debatido, puede darle luces al juez en el momento de tomar su decisión, pero ante todo constituye una mera opinión que no obliga ni vincula al juzgador y por tanto el haberse recibido

extemporáneamente no constituye más que una irregularidad que no afecta la estructura del proceso, ni puede afirmarse que afectó los derechos defensivos de los procesados.

Bien diferente es la situación del procesado Olaya Alvarez, porque *la verdad es que a pesar de haber tenido el procesado dos defensores de confianza, su ausencia como representantes de una defensa técnica ha sido evidente, y en realidad la verdad el procesado sólo parcialmente estuvo representado por su abogado en la indagatoria y en su ampliación. Pero además de esa representación pasiva, que es general y mayoritariamente la presencia del defensor en dicha diligencia, ninguna otra actividad defensiva se ha ejercido en beneficio de los intereses de ese procesado.*

Puede entonces afirmarse sin lugar a duda que en este evento no existió la defensa técnica porque el abogado ni siquiera solicitó pruebas, interpuso recursos o alegó como hubiera sido lo ideal en el momento de los traslados antes de entrar a despacho el expediente para sentencia, porque si bien dentro de las estrategias defensivas que se aceptan en el curso de los procesos, hay ocasiones en que no será conveniente para la defensa pedir determinadas pruebas, ni interponer recursos, así las decisiones hayan sido adversas, lo cierto es que en un proceso donde prácticamente es la única oportunidad que se tiene en instancia para presentar las alegaciones defensivas en favor de los procesados, es evidente que cuando la defensa, ni siquiera en ese momento cumple con las altas finalidades que la ley le ha asignado, debe concluirse en la ausencia absoluta de una defensa técnica.

La ausencia de la defensa técnica en este tipo de procesos es más evidente, puesto que en la instancia el traslado a las partes es la única oportunidad con que se cuenta para ejercer efectivamente el derecho de defensa. Es claro entonces, que la no actuación del abogado del procesado Olaya Alvarez menguó sus posibilidades defensivas y en tales condiciones razón le asiste al casacionista y Procurador Delegado cuando pretenden se case la sentencia por la violación del derecho de defensa.

Debe advertirse que el hecho de que al abogado se le hayan negado las copias solicitadas por expresa prohibición en ese tipo de procesos, no justifica su inactividad defensiva, porque era su obligación haberse hecho presente en el juzgado para estudiar allí el proceso correspondiente.

Esta situación se evidencia cuando el procesado, posiblemente consciente de su abandono otorga poder a otro profesional del derecho, pero éste tampoco cumple con sus nobles deberes y debe ser el propio encausado quien envíe un memorial manuscrito como sustentación del recurso que igualmente él había interpuesto ante la notificación de la sentencia condenatoria.

Pero si la defensa técnica no fue posible, tampoco ha existido la defensa material, porque el procedimiento especialísimo previsto para la investigación y fallo de los delitos insertos en el Decreto 180 de 1988 sólo prevé un traslado por 72 horas al representante del

Ministerio Público y por igual término a los defensores. No está previsto traslado para los procesados, sin embargo Olaya Alvarez un día antes de que el proceso entrara a despacho para sentencia solicitó que se lo dejara ver el expediente y que se le informara del tiempo con el que contaba para presentar sus alegatos defensivos, pero lamentablemente este memorial no fue ni siquiera digno de respuesta, pues no fue contestado para negar la petición, ni para aprobarla.

En las condiciones precedentemente analizadas, es evidente que en este proceso y únicamente en relación con el procesado Olaya Alvarez se ha presentado una violación al derecho de defensa y por ello se debe casar la sentencia, debiéndose en consecuencia decretar la anulación de todo lo actuado a partir de los traslados antes de dictarse sentencia de primera instancia, pero debe advertirse que la anulación será parcial y sólo en relación al procesado Olaya Alvarez.

Como bien lo solicita el fiscal de la corporación se compulsarán copias para que si es del caso disciplinariamente se investigue a los dos abogados que figuraron como defensores de este procesado.

Son suficientes las consideraciones anteriores, para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Casar parcialmente la sentencia atacada y sólo en relación con el procesado Armando Olaya Alvarez.

Decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de traslado a la defensa para alegar antes de la sentencia de primera instancia y sólo en relación con el encausado Olaya Alvarez.

Compulsar copias para que si es del caso se investigue disciplinariamente a los abogados Rodrigo Oviedo Muñoz y Jaime Lozano.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Rafael Osorio Rodríguez, conjuez; Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. DERECHO DE DEFENSA

Mal puede entenderse que, con fundamento en el sólo diseño legal del procedimiento abreviado, aparezca conculcada la garantía de la defensa

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecisiete de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 69 de octubre 10 de 1990.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, al modificar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito contra *Claudia Ivonne Rico Molina* y *Luis Fernando Vélez Vahos*, los condenó a la pena principal de dieciocho meses de prisión como coautores del delito de falsedad en documento privado, en concurso homogéneo y sucesivo.

El defensor de la procesada, en oportunidad, interpuso el recurso extraordinario de casación. Rituado en legal forma, debe ser decidido por la Corte.

Hechos:

El Procurador Delegado, los sintetiza en su concepto así:

"Ponen de presente los autos que los novios Claudia Ivonne Rico y Luis Fernando Vélez, entre las seis y siete y media de la noche de 16 de diciembre de 1988, en la zona comercial de Chapinero, se dieron a la tarea de comprar mercancías pagando con cheques emitidos sobre cuenta corriente del Banco Comercial Antioqueño correspondiente a Olgar Nassar de Rodríguez, a quien le había sido hurtada la respectiva chequera, identificándose Claudia con cédula y tarjeta de crédito que igualmente le fueron hurtadas previamente a Constanza Abanía.

"Así fue como realizaron dos compras en momentos diferentes o circunstancias disímiles: la primera, en el almacén 'Gambinelli' donde Luis Fernando adquirió chaqueta de cueros por valor de $ 156.000.00 y salieron allí sin tropiezo alguno puesto que lorgaron engañar al administrador con los referidos documentos; y la segunda, en el almacén 'Medilandia', donde se emitió cheque por $ 25.000.00 en pago de ropa interior para Claudia, y se descubrió que la tarjeta de crédito

era hurtada, dando lugar a la captura de los citados incriminados, hallándose en poder de Luis Fernando la referida chaqueta de cuero y de Claudia, la chequera, cédula y tarjeta ajenas (fls. 4 y 5)".

Actuación procesal:

1. En desarrollo de la respectiva investigación, rindieron declaración los administradores de los almacenes afectados con el proceder ilícito de los implicados, Dianne Bigio (fl. 69) y Mauricio Carreño (fl. 75), quienes refieren la ocurrencia de los hechos y las circunstancias en que se produjo la aprehensión de Claudia Ivonne Rico y Luis Fernando Vélez. Estos, a su vez, en la diligencia de indagatoria, se hacen acusaciones recíprocas, luego de admitir los hechos. Mientras Vélez se muestra ajeno, atribuyendo la iniciativa y ejecución de la empresa ilícita a la procesada, ésta aduce que aquel la mantenía bajo presión física y moral, habiéndole hecho entrega de los documentos usados en la actividad defraudadora.

2. El juzgado instructor, señaló como procedimiento a seguir el abreviado, en razón a la situación de flagrancia en que fueron capturados los implicados. En la misma decisión, cita para audiencia por los delitos de falsedad personal y estafa y, allí mismo, decreta como medida de aseguramiento la de detención preventiva.

3. Celebrada la audiencia, se profirieron fallos condenatorios en contra de los procesados. En el del Tribunal, se varió la tipicidad y punición, en los términos antes referidos en esta sentencia.

La demanda:

Sin precisar a partir de qué momento procesal, el casacionista demanda la nulidad de lo actuado en este asunto, al amparo de la causal 3ª de casación contemplada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

En desarrollo del cargo, sostiene que con grave violación al artículo 474 del Código de Procedimiento Penal, se imprimió al proceso por el concurso de hechos punibles atribuido a los implicados trámite abreviado, sin considerar que en relación al ocurrido en el almacén "Gambinelli", no se operó ninguno de los presupuestos exigidos en la norma citada, como son captura en flagrancia y/o confesión simple. Luego, prosigue, si la norma demanda que en tratándose de varios hechos, con respecto de todos ellos, deben concurrir las condiciones anotadas, al estar ausentes de uno de los punibles aquí juzgados y no obstante ello, seguirse el trámite que se observó, fue quebrantado el debido proceso.

Se sostiene, así mismo, que, como consecuencia de lo anterior, fue conculcado el derecho a la defensa de la procesada, impidiéndose la práctica de pruebas trascendentales como un examen de personalidad para la comprobación de la insuperable coacción ajena alegada y la admisión de unas fotografías aportadas en la indagatoria, por medio de auto que las declarara legalmente incorporadas al proceso.

El criterio de la Procuraduría:

Para el Procurador Primero Delegado en lo penal, la censura debe ser rechazada, en cuanto en poder de los procesados fue hallada la chaqueta, fruto del ilícito cometido con anterioridad a su aprehensión, y la chequera, cédula y tarjeta de crédito empleada para su adquisición, lo cual constituye flagrancia de acuerdo con la regulación que a este fenómeno da el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal. Por tanto, concluye, al proceso se le dio trámite de acuerdo con las previsiones legales, sin que se observe el pretendido quebrantamiento del debido proceso aducido por el recurrente.

Consideraciones de la Corte:

Resulta evidente la confusión del casacionista, en la formulación y desarrollo de los cargos contra la sentencia en la demanda sustentatoria del recurso extraordinario que aquí se decide. En primer lugar, sólo enuncia como causal de nulidad irregularidad sustancial atentatoria del debido proceso, consistente en haberse juzgado y condenado a la recurrente Claudia Ivonne Rico, con aplicación de procedimiento abreviado, sin tomar en cuenta que se trataba de dos hechos, de los cuales, la captura en flagrancia como condición para ese tipo de trámites, sólo era predicable del segundo, no presentándose, consecuentemente, para el primero. Por tanto, al imprimirse al caso procedimiento abreviado, se violó el artículo 474 del Código de Procedimiento Penal, el cual exige que, entratándose de varios hechos, las circunstancias para la aplicación de ese tipo de rito, deben concurrir en todos ellos.

Este argumento, en líneas generales, independientemente de su validez, en cuanto halle o no respaldo en el proceso o en la interpretación de los fenómenos jurídicos que la constituye, es acertado. *Ciertamente, adelantar la actuación por procedimiento distinto al que corresponde, comporta irregularidad sustancial con afectación al debido proceso o proceso legal. Sin embargo, con desconocimiento de la estructura y operancia del sistema que conforman las causales de invalidación del proceso, consagrado en el nuevo Estatuto Procesal Penal, entiende el censor que su proposición debe implicar evidencia de agravio particular a la garantía de la defensa de su representada. Por supuesto, con tal criterio, enuncia, como consecuencia del —en su opinión— inadecuado procedimiento observado, violaciones al derecho de defensa que, por sí, constituyen proposición de otro cargo. Conforme con él, la adopción del rito para el caso, en los términos de la demanda, impidió la práctica de examen profundo de la personalidad de la procesada; acreditar aspectos "vitales" en relación con el otro procesado y la omisión en admitir pruebas fotográficas aportadas, las cuales no fueron legalmente incorporadas por medio de auto.*

Del examen de esta situación, propuesta como consecuencia de la afectación al debido proceso denunciada, la cual constituye un cargo independiente de quebrantamiento a la garantía de la defensa y que debe ser examinado así, por la regulación que como causales de nuli-

dad autónomas les da la ley procesal (art. 305), no obstante el casacionista lo entienda de modo diferente, encuentra la Corte que él es improcedente y debe ser rechazado.

Ninguna relación se encuentra entre la celeridad característica del procedimiento abreviado y las restricciones a la defensa que se destacan por el censor. Mal puede entenderse que, con fundamento en el solo diseño legal del procedimiento, aparezca conculcada la garantía de la defensa. Ello, equivaldría a pensar que la ley misma autoriza el desconocimiento de la observancia plena de uno de los presupuestos de validez de cualquier procedimiento, como es este de la defensa. Lo que acontece, es algo bien diverso. El procedimiento abreviado, basado en el cumplimiento de una de dos condiciones: la confesión del autor o su aprehensión en flagrancia, por obvias razones reduce la función del Estado en la demostración de la responsabilidad por el hecho. Esto impone, modificaciones en las técnicas de defensa, las cuales nada tienen que ver con la celeridad, pues ella no apareja restricción en las oportunidades para solicitar y controvertir las pruebas. De esta suerte, que no se soliciten pruebas o no se decreten, no es situación derivada del esquema del proceso suministrando por la ley.

En tal sentido, deben entenderse infundados los reproches de la demanda en punto a demostrar un pretendido desconocimiento de la garantía de la defensa en el trámite del proceso, máxime cuando, en ellos, no se señala cómo las pruebas que, se dice, no fueron practicadas habrían hecho variar el sentido de la decisión recurrida para hacerla favorable a los intereses de la procesada y si bien se plantea allí que se dejó sin reconocer una causal de inculpabilidad, a pesar de que había base para ello, este es un aspecto que ha debido proponerse en sede de causal distinta a la alegada, antitecnicismo no susceptible de ser enmendado por la Corte, la cual debe ceñirse a las causales invocadas por el actor.

En cuanto tiene que ver con el cargo central de violación al debido proceso, por haberse incurrido en irregularidad sustancial al tramitar el asunto por procedimiento abreviado desconociéndose que por uno de los hechos juzgados no había ocurrido aprehensión en flagrancia, como lo impone el artículo 474 del Código de Procedimiento Penal, él tampoco está llamado a prosperar.

Del planteamiento del censor, se observa que reduce la situación de flagrancia a la captura de la persona sorprendida en el momento de cometer el hecho. Por supuesto, con esta concepción, encuentra que el delito cometido por su cliente en el almacén "Gambinelli", tiempo antes del que intentaba perpetrar en el almacén "Medilandia" donde fue aprehendida, escapaba a la situación de flagrancia y por eso, debiéndose juzgar los dos hechos en un mismo proceso, a él no podía imprimírsele cauce abreviado.

Esto, no se compadece con las previsiones legales en materia de flagrancia, ni con lo revelado en la actuación. Sabido es, porque así lo dispone el artículo 393 del Código de Procedimiento Penal al definir el fenómeno, que hay flagrancia "cuando la persona es sorprendida en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas de los cuales aparezca fundamen-

talmente (sic) (debe leerse fundadamente) que momentos antes ha cometido un hecho punible o participado en él, o cuando es perseguida por la autoridad, o cuando por voces de auxilio se pide su captura". Es así, entonces, que la noción de flagrancia comprende más situaciones que aquella tomada en cuenta en la demanda para hacer la censura, en el entendido, como se deja transcrito, que también ella se opera como evidencia procesal, cuando se identifica o individualiza al autor o autores de un hecho con objetos, instrumentos o huellas que indiquen fundadamente su participación en un hecho punible.

En el presente caso, ciertamente los procesados fueron aprehendidos en el momento en que intentaban adquirir bienes en un almacén con cheques falsificados y documentos de identidad que no les correspondían. Pero, allí mismo, fueron identificados, llevando consigo una chaqueta que, con el mismo procedimiento, había sido despachada por Mauricio Carreño Rodríguez en el almacén de cueros y calzado "Gambinelli" (fls. 175 y ss.), quien luego de exponer cómo habían transcurrido los hechos de que fue víctima y llenar las formas respectivas de constancia, obtuvo la devolución de tal prenda de vestir. Esto significa, sin lugar a dudas, que desde el punto de vista del concepto de flagrancia suministrado por la ley, los procesados al momento de la captura, se hallaban en ella con respecto a los dos hechos, tal como lo acredita la investigación. Por lo mismo, no puede discutirse, a no ser en los términos en que lo hace el censor para lo cual toma la flagrancia por un sólo aspecto, que el proceso fue adelantado acorde con la legalidad al imprimírsele trámite abreviado, pues, insístase, los procesados fueron aprehendidos en flagrancia con respecto a los dos hechos por los que fueron juzgados. Por lo mismo, la censura 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, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

La demanda de casación constituye un todo orgánico y, no obstante integrarse por diversos títulos y apartes metodológicos, presupone una unidad inescindible y congruente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecinueve de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado Acta número 0071 (octubre 17 de 1990).

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Mario Gonzalo Jiménez Novoa*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el diecinueve (19) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), por medio de la cual confirmó integralmente el fallo de primera instancia emanado del Juzgado Treinta y Ocho (38) Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó, además de *Jiménez Novoa*, a *Jairo Prieto Rincón* y *Aquiles Villalba López*, a la pena principal de cuarenta y un (41) meses de prisión, cada uno, y a las accesorias de ley, como coautores de un delito de hurto calificado y agravado.

Presentada la demanda que se declaró ajustada a las exigencias formales señaladas en el ordenamiento y oído el concepto del Ministerio Público, quien depreca desechar la impugnación, se procede a la decisión de fondo.

Hechos:

Los acontecimientos materia del proceso fueron resumidos por el juzgado de instancia, en un todo conforme con la realidad procesal, de la siguiente forma:

"...Acaecen a las 10:00 de la noche del día 30 de noviembre de 1988, cuando Benjamín Alexander González Laguna despedía a su novia Nidia Ospina Murillo dentro del vehículo automotor Chevrolet Chevethe (sic), placas SF-1775, que se encontraba parqueado en la calle 1ª-C número 8-69-Este de la ciudad, instante en que son abor-

dados por tres sujetos encapuchados, uno armado con revólver y los demás con sendos cuchillos, quienes bajo la amenaza obligaron a la pareja a dirigir el rodante hacia el Barrio San Cristóbal y luego de transcurridos unos minutos a bajarse del automóvil. Uno de los asaltantes toma el volante y se lleva el taxi; los otros dos conducen a la pareja y se internan en el monte, dejándolos atados tras esperar un tiempo aproximado de dos horas argumentando que el carro había sido llevado a Tibaná para realizar una diligencia y regresaba. Sin embargo, los delincuentes se marchan, luego de amedrentar a sus víctimas con la muerte y dándoles instrucciones para que no se movieran de ahí, lo mismo que abstenerse de avisar a la policía; no sin antes haberlos despojado de las pertenencias personales. Los victimados se desatan y prontamente dan aviso a la autoridad de lo sucedido. Un día después, 1º de diciembre de 1988, el vehículo desposeído es localizado por la Policía del Departamento del Meta en el taller 'Gran Prix', ubicado en el Barrio Buenos Aires de la ciudad de Villavicencio. Con este precedente son aprehendidos el 2 de diciembre Mario Gonzalo Jiménez Novoa, Aquiles Villalba López y Jairo Prieto Rincón, señalados de haber dejado el automotor en el mencionado taller..." (fls. 374, 374, cdno. 1º).

Actuación procesal:

En desarrollo de la averiguación penal que por el delito de hurto inició el Juzgado Cincuenta y Nueve (59 de Instrucción Criminal de Bogotá, fueron oídos en diligencia de descargos, Mario Gonzalo Jiménez Novoa, Aquiles Villalba López y Jairo Prieto Rincón, quienes en términos absolutos negaron toda participación en los hechos acaecidos el treinta (30) de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Agotada la etapa investigativa, el juez instructor —con amplio respaldo procesal y probatorio— mediante proveído del veintidós (22) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), dictó resolución acusatoria contra los sujetos arriba mencionados como coautores del punible de hurto de que fuera víctima Benjamín Alexander González Laguna y su acompañante Nidya Ospina Murillo, según lo prevenido en los artículos 350-1, 351-6/9 y 372-1 del Código Penal. Ya en la causa, el defensor de Jiménez Novoa en el decurso de la diligencia de audiencia pública, tras criticar acervadamente los elementos de juicio existentes en autos y las consideraciones jurídicas plasmadas en el calificatorio, impetró la absolución de su poderdante. En subsidio, acepta la condena bajo el título de imputación de la complicidad. El juzgado cognoscente —que lo fuera el Treinta y Ocho (38) Penal del Circuito de Bogotá— puso fin a la primera instancia condenando a cada uno de los procesados a la pena principal de cuarenta y un (41) meses de prisión, a las accesorias correspondientes y al pago de suma concreta para indemnizar los daños y perjuicios causados con el injusto; decisión confirmada por el Tribunal al través de la providencia recurrida en casación.

La demanda:

Con estribo en el primer cuerpo de la causal primera de casación preceptuada en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal

—violación directa de la ley sustancial—, el casacionista acusa la sentencia de segunda instancia por aplicación indebida de los artículos 23, 25, 350 (ord. 1º) y 351 (ords. 9º y 10) del Código Penal, quebranto que en su sentir llevó al Tribunal a la violación aludida por falta de aplicación de los artículos 24 y 60 del estatuto punitivo, como también del artículo 248 del ordenamiento ritual.

Como aserto previo a la demostración del reproche, el actor dedica un acápite especial a lo que él llama "Fundamentos de esta acusación", examen dentro del cual analiza la prueba indiciaria tenida en cuenta por las instancias para proferir el fallo condenatorio, materia de impugnación. Al descartar la prueba de los hechos indicados, concluye el censor que su representado no participó en la realización del delito tipo de hurto por el cual fuera sentenciado, descartándose de esta guisa el cargo de coautoría que en su momento se le adjudicó. No empecé lo dicho, contradictoriamente, el libelista termina por reconocer que el juicio de desaprobación debió hacerse en el plano de la aportación al delito por una conducta de complicidad, criterio que estima el más acertado, con desconocimiento de la estima probatoria realizada por los juzgadores de instancia.

Por último, solicita de la Corte "...se sirva casar la sentencia impugnada y dictar la que corresponde en derecho y se acomode con la prosperidad del cargo...", añadiendo, para finalizar, que "...Si a bien lo tiene la honorable Corte Suprema de Justicia considerar que el proceso está viciado de nulidad por la equívoca denominación jurídica al calificar el sumario...", proceda de conformidad (fls. 5 a 29, cdno. Corte).

Concepto del Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal:

Tras un detenido estudio de las circunstancias del proceso y de los argumentos expuestos en la demanda, el señor agente del Ministerio Público considera que las pretensiones del impugnante carecen de fundamento y que el cargo en consecuencia, no está llamado a prosperar.

La Corte:

I. Con la ilustración necesaria, el casacionista, en el contexto de la demanda, anticipa en una división especial o autónoma pero previa a la concreción y demostración del único cargo alegado, razonamientos y consideraciones por fuera de la prédica principal, empleando dentro de esta dinámica, criterios opuestos a los que sirvieron de plataforma a los juzgadores de instancia para sustentar y proferir el fallo, objeto del recurso. Inclusive, da por hecho el actor en ese capítulo preliminar que si bien su introducción está al margen de la alegación principal debe finalmente ser examinada por la Corte, como si existieran razones superiores de jerarquía legal que tornen viable tan singular petición.

II. Con desusada frecuencia olvidan los letrados que patrocinan demandas de casación que esta constituye un todo orgánico y que no obstante integrarse por diversos títulos y apartes metodológicos, pre-

supone una unidad inescindible y congruente donde sus premisas, fundamentos y conclusiones deben traducir un orden jurídico estricto y una severa y rígida armonía conceptual para que la Corte asuma el estudio de la impugnación.

Magüer, le está vedado al recurrente concretar en departimientos separados formulaciones, enunciaciones o tesis impugnativas extrañas al desarrollo mismo de la censura, sin consonancia con el cargo y carente de engarce con los lineamientos estructurales del libelo. Las argumentaciones del actor deben siempre y en todo caso "hic et nunc", guardar congruencia y subordinación con la temática básica planteada en la demanda a fin de situar el problema sobre bases ciertas y exactas. Naturalmente que el legislador permite la invocación de diversas causales dentro de un mismo libelo pero estas deben manejarse con proposiciones coherentes y una unidad global en el desentrañamiento del recurso.

III. La inadecuación de lo realizado por el actor en esta primera fase de su escrito, está delante de los ojos. El rigor formal de la impugnación no puede destinarse hasta los extremos alegados y pretender de esta manera, que una introducción por fuera de la causal invocada para infirmar el fallo, por su virtual incidencia determinante, deba de manera obligatoria ser tenida en cuenta por la Corte, en su problemática específica. La pretensión es infundada e insostenible, en términos absolutos. Al igual que la delegada, anota la Sala que esta curiosa técnica adviene inadmisible, resultando inaceptable legitimar tal aspiración que de abrirse paso estaría consagrando medios y métodos absolutamente heterodoxos reñidos con los buenos principios que burlan la técnica del recurso y desquician el rigor propio de la casación.

Basta, pues, respetar la disciplina de la opugnación y los conceptos que marcan el ámbito de su desenvolvimiento. De lo contrario, el escrito carecerá de la condición apta para fijar el alcance de las pretensiones o el entendimiento de las protestas. El ingenio de los recurrentes, su más o menos habilidad o la perspicacia para eludir el manejo jurídico del recurso no pueden frustrar los propósitos de la ley ni prevalecer sobre el aflanzamiento de una técnica precisa y ordenada.

IV. De consiguiente, el irrespeto a la unidad temática temprano malogra las aspiraciones del actor pues la antinomia es el resultado de su irregular proceder. Obsérvese la inconsecuencia. Expresiones como "...no actuó en la sustracción del bien...", "...mi representado es persona ajena a la sustracción del automóvil...", son el soporte de su anómala premisa.

No obstante, al sustentar el cargo correspondiente, abandona la posición inicial. Aunque persiste en negar la autoría de su defendido, advera que ante "...la aceptación del fallador de no encontrar como autores intervinientes de la acción del delito tipo a los procesados... el honorable Tribunal dejó de aplicar la norma universal del in dubio pro reo*...". Aquí se abre paso el dislate pues al admitir la presencia de la duda, considera que "...se debió aplicar la norma más favorable a este caso concreto que era la norma de la complicidad..."*

Así, sin rubor ni recato, niega lo afirmado con antelación, colocando a la par inocencia y culpabilidad. Violase con ello el principio de no contradicción, regente del instituto casacional, convirtiendo el escrito en apenas un alegato de instancia como que, sin traza ni medida, expone argumentos cuya única misión, a la postre, es enfrentar la versión de los procesados con el criterio del sentenciador. La esterilidad del debate es manifiesta pues la simple controversia de suyo es incapaz de mostrar el pretenso quebrantamiento de la ley; apenas, la bondad aparente de las propias tesis.

V. Pero el desacierto adquiere aún ribetes mayores en la culminación de la demanda. Consciente del escollo técnico que podría surgir de una eventual exposición de la causal tercera, opta por dejarle a la Corte la tarea, insinuando una nulidad "...por la equívoca denominación jurídica al calificar el sumario...". La facultad oficiosa de la Sala en estos menesteres, la considera bastante para quedar eximido de presentar sus razonamientos.

Narra el censor. "...El recurso de casación... —ha dicho esta colegiatura—... no es un mecanismo oficioso de control legal de las sentencias y él sólo procede por demanda presentada por parte debidamente legitimada, por las causales y con los requisitos señalados por la ley. Si con ocasión del trámite de la demanda encuentra el magistrado sustanciador que en la actuación procesal se incurrió en alguna causal de nulidad, procederá a declararla, así no haya sido ella propuesta por el recurrente. Pero si de dicho estudio no aparece clara, no tiene por qué la Corte adelantar oficiosamente la revisión de todo el proceso para determinar si en alguna de las instancias se ha incurrido en causal que amerite su declaratoria, como suelen solicitarlo equivocadamente algunos recurrentes..." (auto, enero 31 de 1990, mag. pon. doctor Giraldo Angel).

VI. Huérfano de apoyo, naufraga también este esbozo de reproche, falencia que unida a la contradicción global en el planteo, implica el rechazo de la demanda *sub examen*.

En consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

Resuelve:

Denegar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

LESIONES PERSONALES. LEY 2ª DE 1984. COMPETENCIA

El compendio ritual desde la Ley 2ª de 1984 a la Ley 55 del mismo año para conocer de los delitos de lesiones personales, tuvo vigencia hasta la expedición del actual Código de Procedimmiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecinueve de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martinez.*

Aprobada Acta número 0069 (octubre 10 de 1990).

Vistos:

A virtud de apelación debidamente interpuesta y sustentada por el denunciante, *Luis Francisco Gaitán Puentes*, decide esta Sala sobre el mérito del auto datado al veintiuno (21) de junio postrero mediante el cual el Tribunal Superior de Villavicencio se abstiene de iniciar investigación contra las doctoras *Elizabeth Reyes Cristancho* y *Gloria Stella López Benito*, Juezas Segunda (2ª) Superior —encargada— y Quinta (5ª) Penal Municipal de ese Distrito.

Antecedentes:

Cursando ante el Juzgado Quinto (5º) Penal Municipal de Villavicencio un proceso por lesiones personales contra el acá quejoso, Gaitán Puentes, al alegar conclusivamente antes de la calificación, éste demandó la cesación de procedimiento, por prescripción de la acción penal, acorde a lo normado en los artículos 9º de la Ley 2ª de 1984, 85 del Código Penal y 34 del estatuto procedimental (memorial, mayo 15 de 1989), petición denegada por el juzgado en proveído de octubre diez (10) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), quien por el contrario profirió resolución acusatoria en su contra por lesiones personales culposas, la que confirmó el veinte (20) de noviembre siguiente, el Juzgado Quinto (5º) Superior de esa ciudad al desatar la alzada incoada por Gaitán Puentes.

Estimando que los razonamientos de las funcionarias "...riñen con los más elementales principios de hermenéutica jurídica y constituyen un claro quebranto de la ley sustantiva...", además, que la juez cognoscente incurrió en los tipos penales de prevaricato por omisión —circunscrito a la mora en calificar el mérito sumarial— y por acción —relacionado con la respuesta adversa que dio a su solicitud de cesar

procedimiento—, enfrentándolo a un juicio "...ilegal por demás, que ...me hará acreedor de una sanción penal con sus aberrantes consecuencias...", optó por denunciar a las doctoras Reyes Cristancho y López Benito, impetrando al Tribunal respectivo la apertura de la respectiva averiguación penal.

Ratificada la queja en referencia y practicada inspección judicial sobre el proceso de marras, aquella Corporación emite la decisión impugnada por estimar atípica la conducta desplegada por las funcionarias, mayormente por la improcedibilidad del cese de procedimiento alegado por Gaitán Puentes pues que el artículo 9º de la Ley 2ª de 1984 no es aplicable al caso adelantado en su contra. Con relación a la presunta mora cumplida en el trámite de tal asunto, el Tribunal dispuso expedir copias para las debidas indagaciones disciplinarias.

El señor Procurador Primero (1º) Delegado en lo penal solicita a la Corte confirmar la providencia recurrida, por considerar ajustadas a la legalidad las determinaciones de las inculpadas. A su vez, el denunciante peticiona la revocación de aquella aduciendo el desconocimiento que se cumple de pronunciamientos de esta colegiatura referentes a la aplicabilidad de la citada norma procesal.

La Corte:

I. Como se expresara, han sido acusadas las doctoras Elizabeth Reyes Cristancho y Gloria Stella López Benito, Juezas, Segunda (2ª) Superior y Quinta (5ª) Penal Municipal, respectivamente, de Villavicencio, por los delitos tipo de prevaricato omisivo y por acción. Esta, por cuanto ante la impetración elevada por Luis Francisco Gaitán Puentes relativa a que en su favor se decretara la cesación de procedimiento, dictó en su contra resolución acusatoria, cuando en su opinión, se encontraba prescrita la acción penal, demorándose cerca de cinco (5) meses para adoptar tal decisión. Aquella por cuanto confirmó integralmente el auto calificatorio muy a pesar de estar demostrada su improcedibilidad.

II. La condición de empleadas oficiales de las acusadas aparece paladinamente comprobada en la indagación preliminar surtida, al través de copias de diversas actuaciones suyas cumplidas en el proceso seguido contra Gaitán Puentes, aportadas por éste, cuya autenticidad se corroboró en diligencia de inspección judicial practicada sobre dicho asunto.

III. Como al rompe se advierte, el argumento vertebral del denunciante en lo que toca con el prevaricato por acción se hace consistir en que a tenor de lo prevenido por el artículo 9º de la Ley 2ª de 1984, la acción penal al momento de proferirse el antecitado calificatorio se hallaba prescrita, toda vez que el suceso materia de investigación (lesiones personales culposas), ocurrió el dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987), habiendo transcurrido a la fecha de ese proveído (octubre 10 de 1989), un lapso superior a los dos (2) años, con lo cual —concluye— la potestad punitiva del Estado se encuentra extinguida.

IV. Pues bien:

a) La Ley 2ª de 1984, que modificó el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, en su artículo 1º —ordinales 2º y 3º— otorgó competencia a las autoridades de policía para conocer de los delitos de lesiones personales en los supuestos normativos del artículo 323 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días, sin otras consecuencias. Así mismo, de los punibles contra el patrimonio económico cuando la cuantía no supere los treinta mil pesos ($ 30.000.00) (num. 3º).

b) Es notorio que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia calendada a mayo treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), declaró inexequibles los numerales 2º y 3º del artículo 1º de la Ley 2ª de esa anualidad.

c) Para conocer de los ilícitos de lesiones personales consumados en los eventos previstos en el artículo 332 del estatuto represor, cuando la incapacidad no rebase el tracto de treinta (30) días, sin secuelas, el Decreto 1450 de 1984 atribuyó la competencia a los juzgados penales y promiscuos municipales. Esta normativa señaló en su artículo 3º que el procedimiento a seguir para la investigación y juzgamiento de las infracciones consagradas en su artículo 1º, lo era el indicado en el Decreto 522 de 1971, para los injustos cometidos a partir de su vigencia, y la aplicación de la Ley 2ª de 1984 respecto a los procesos en que se hubiera decretado fecha y hora para la celebración de audiencia pública.

d) En esta sucesión cronológica, la Ley 55 de 1984 radicó la competencia para conocer de los delitos de lesiones personales en los jueces penales y promiscuos municipales. No está de más recordar —como así lo hace la delegada— que este compendio ritual tuvo vigencia hasta la expedición del actual Código de Procedimiento Penal.

V. Perfectamente claro, aparece entonces, que el precepto penal aplicado al supuesto debatido en las instancias —recuérdese que los hechos acaecieron el dos (2) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1987), no es otro distinto al de la Ley 55 de 1984 que en su artículo 1º, ordinal 1º, estableció la competencia para conocer de la antedicha clase de punibles en los despachos judiciales de la categoría atrás referenciada, amén de especificar que el procedimiento para su juzgamiento es el señalado en el Decreto 409 de 1971. Dígase, en adición, que el Código Penal positivo establece para efectos prescriptivos un mínimo de cinco (5) años, término que a la fecha aún no se ha cumplido. Sentado esto, es de rigor concluir que las funcionarias acusadas aplicaron el correspondiente derecho al asunto cuestionado. Delante de los ojos está que acertaron en el análisis del fenómeno jurídico procesal sometido a su estudio y vigilancia al captar la realidad conceptual del problema. Ante esta verdad no pueden adoptarse ademanes de crítica minuciosa ni concretar actitudes con acento acusatorio. Lejos de condenar esa postura deben respetarse la solución propuesta y las secuelas de su determinación por haberse procedido —se reitera— con corrección y absoluta legalidad.

VI. Deshecho el equívoco, forzoso es concluir que la conducta de las empleadas inculpadas no ha vulnerado ni quebrantado norma alguna del ordenamiento punitivo. Por tanto, es de rigor predicar la atipicidad de su comportamiento y proceder de consuno, confirmando el inhibitorio recurrido. Con una aclaración final: es pertinente la compulsión de copias ordenadas por el Tribunal *a quo* a fin de establecer "...la posible mora en la tramitación del proceso adelantado al señor Luis Francisco Gaitán Puentes..." en que pudo incurrir la doctora Gloria López Benito. Ello, naturalmente, marcará las pautas a seguir.

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

Resuelve:

Confirmar el auto de junio veintiuno (21) próximo pasado mediante el cual el Tribunal Superior de Villavicencio se abstuvo de abrir investigación contra las doctoras Elizabeth Reyes Cristancho y Gloria Stella López Benito, Juezas Segunda (2ª) Superior y Quinta (5ª) Penal Municipal, en su orden, de ese Distrito Judicial, frente a la denuncia formulada por Luis Francisco Gaitán Puentes.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. COMPETENCIA

Desde la expedición del Decreto 1194 de 1987 la competencia en relación con el delito de fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, está retenida en los Juzgados Especializados, hasta tanto no se designen jueces de orden público

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecinueve de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobada Acta número 71, octubre 17 de 1990.

Vistos:

Contra la sentencia de 25 de octubre de 1989, emitida por el Tribunal Superior de Orden Público y mediante la cual se impuso a *Oswaldo Rafael Vicent López*, diez (10) años de prisión y multa de cincuenta (50) salarios, por el delito de "*fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas militares*", se ha interpuesto recurso de casación, el cual fuera admitido en auto de 5 de febrero del año en curso. La correspondiente demanda, en providencia de 17 de mayo, fue reconocida como ajustada a las formalidades de ley.

El hecho consistió en el decomiso, efectuado el 3 de febrero de 1989, en la ciudad de Santa Marta (Magdalena), a Vicent López de una subametralladora Mini Ingram, con silenciador, número 3308300, calibre 380, sin salvoconducto. También se encontró en poder de este procesado, dos proveedores con capacidad para 17 y 32 balas, así como 30 cartuchos para la mencionada arma.

La demanda:

Se alega un vicio de nulidad (causa 3 del art. 226 del C. de P. P., modificado por el Decreto 1861 de 1989, art. 15), consistente en que el juez que atendió la primera instancia especializado, propio de la justicia ordinaria (Ley 2ª de 1984), carecía de facultades para intervenir en este proceso, reservado a los jueces de orden público, no existentes en ese entonces en el Distrito Judicial de Santa Marta, por lo cual debió actuar el que con este rango venía funcionando en el Distrito Judicial de Barranquilla, o subsidiariamente, el juez penal del Circuito de Santa Marta.

Se afirma que el Tribunal Superior de Orden Público, al validar la actuación del *a quo*, con base en el Decreto 1204 de 1987, que a su vez había sido derogado por los Decretos 180 de 1981, 181 de 1981 y 474 de 1986, olvidó esenciales aspectos de interpretación y de evolución legislativa.

Por último, se menciona el artículo 26 de la Constitución Nacional para enfatizar en la nulidad del juzgamiento realizado.

Consideraciones de la Sala y de la 3ª Delegada en lo penal:

La argumentación del censor, tal como está planteada y desarrollada, traduce nitidamente la invocación del artículo 305-1 del Código de Procedimiento Penal, siendo suficiente este precepto para apoyar la causal 3ª del artículo 226 de la misma obra. No es necesario, pues, traer a colación el artículo 26 de la Carta, que está dispuesto para hipótesis diferentes, precisamente no recogidas por los textos que agrupan las llamadas nulidades de categoría simplemente legal.

La tesis del impugnador es bien sencilla, como se deja visto, pues tras de hacer un minucioso recorrido por la normatividad incidente en este caso (Decretos 565\|87, 1204\|87, 474\|88, 180, 181\|88 y Ley 2ª\|84) concluye aseverando la incompetencia del juez ordinario especializado de Santa Marta, para conocer de este proceso en primera instancia, función que debió ejercitar el juez de orden público de Barranquilla, o el juez penal del Circuito de Santa Marta.

La delegada, con precisión y fidelidad interpretativa, fija en sus exactas lindes el núcleo de la cuestión debatida, al punto que basta transcribir su pensamiento, sin necesidad de adiciones o glosas explicativas, para entender el desacierto de las reflexiones consignadas por el memorialista.

Dice así: "Con el Decreto 3664 de 1986 (diciembre 17), artículo 2º se suspendió transitoriamente el artículo 202 del Código Penal, en lo atinente a la descripción del delito en referencia. La competencia para su conocimiento fue atribuida "a los Comandos de Brigada, Fuerza Naval o Base Aérea, mediante el procedimiento especial del artículo 590 del Código de Justicia Penal Militar" (art. 4º, ibídem). Tal norma fue declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia con sentencia de marzo 12 de 1987. Por lo tanto, el conocimiento retornó a los juzgados penales del circuito en virtud de la cláusula general de competencia.

"El Decreto 1204 de 1987 (junio 30), previó en sus artículos 1º y 2º, que los delitos de los cuales 'trata el artículo 2º del Decreto legislativo 3664 de 1986, serán de competencia de los jueces especializados a que se refieren los Decretos 1806 de 1985 y 166 de 1987', sin perjuicio de la competencia que les asigna la Ley 2ª de 1984. Precisamente con esta última normatividad, se estructura la jurisdicción especializada, con jueces especializados y procedimiento propio para la investigación de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo.

"Con el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 (enero 27), se reguló nuevamente en su descripción típica el delito de FABRICACION Y TRAFICO DE ARMAS Y MUNICIONES DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES O DE POLICIA NACIONAL. Con ello se deroga la norma de estado de sitio que regulaba el mismo tema, pero la suspensión transitoria prosigue respecto del artículo 202 del Código Penal. La competencia para este delito, los previstos en el Decreto 180 y los señalados en el artículo 2º del Decreto 181 de 1988 (enero 27), fue adscrita en primera instancia, a los jueces de orden público creados por el artículo 4º del Decreto 1631 de 1987, y en segunda, por la Sala Especial de Juzgamiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial 'con jurisdicción en el territorio respectivo Distrito Judicial' (arts. 1º, 2º, Decreto 181 de 1988).

"Finalmente, con el Decreto 474 de 1988 (marzo 16) se organizó la jurisdicción de orden público y redefinió la competencia. El delito en comento se incluyó expresamente en su órbita. Pero como inmediatamente no entró a operar, se previó en el artículo 25 lo siguiente: 'Mientras se designan y asumen funciones los magistrados y jueces de orden público, continuarán conociendo de la investigación y fallo de los delitos a que se refiere el artículo 2º del presente decreto, los jueces y magistrados que hasta la fecha de su expedición tenían la respectiva competencia'. Norma similar se redactó, ante la situación similar presentada, luego de la vigencia del Decreto 181 de 1988 (art. 1º Decreto 333 de 1988. Febrero 24).

"El panorama legal presentado es claro. Tampoco existe duda que desde la expedición del Decreto 1204 (junio 30) la competencia ha sido clara en relación con el delito de FABRICACION Y TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. Está retenida en los Juzgados Especializados hasta tanto no se designen jueces de orden público. Lo mismo sucedería respecto de los tribunales superiores, en lo que toca con la segunda instancia, si no estuviere funcionando el Tribunal Superior de Orden Público.

"En el caso concreto, es evidente que al no estar funcionando Juzgado de Orden Público en Santa Marta, el juez competente fue quien adelantó la investigación y profirió la sentencia condenatoria de primer grado. No podía ser el juez de orden público radicado en Barranquilla, pues hay que tener en cuenta la competencia adscrita se circunscribe a los hechos ocurridos 'en el territorio de su respectivo Distrito' (art. 8º, Decreto 181 de 1988). Tampoco lo era el juez penal del Circuito de Santa Marta en virtud de la cláusula general de competencia, por cuanto desde que se expidió el Decreto 1204 (junio 30), queda imposibilitada la aplicación de la cláusula aludida, por ser expresa la competencia.

"La competencia prevista proviene de la ley. Su señalización no queda a la deriva de vaivenes interpretativos. Es preexistentes al acto que se imputa. Y si no adelantó la investigación y falló un juez de orden público, fue porque no se había designado para el Departamento del Magdalena. Pero tal situación no generó vacío legal, por cuanto las disposiciones contenidas en primer lugar, por el artículo 1º del Decreto 333 de 1988, no admiten duda, sobre la legalidad de la actuación del Juzgado Unico Especializado del Magdalena, pues su compe-

tencia está autorizada por la ley. Por ello argumentos como los plasmados por el casacionista son rotundamente impertinentes..."

No se da, ni por asomo, la pregonada nulidad del trámite, por incompetencia del fallador de primer grado, pues resulta obvio que quien así actuó tenía todos los atributos de ley para cumplir con este cometido.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar el fallo impugnado, ya mencionado en su fecha, origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Gurnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

No puede confundirse el contenido de las causales de casación para aducir, en relación con cualquiera de ellas, argumentos o razones valederas o pertinentes para demostrar otro motivo de impugnación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintidós de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 68 de octubre 3 de 1990.

Vistos:

Una Sala del Tribunal Superior Militar, por medio de decisión de seis de junio de mil novecientos ochenta y nueve, confirmó la sentencia de primera instancia proferida contra el teniente del Ejército Nacional *Carlos Hernando Arjona Bernal*, en la que se le condenó a treinta y nueve meses de prisión como responsable de los delitos de falsedad y abuso de confianza. Se dispone, además, modificar la pena principal en el sentido de aumentarla a cuarenta y nueve meses de prisión y remitir, con destino a la Corte y a la Procuraduría General de la Nación, copia del fallo y de las piezas procesales correspondientes, a efecto de que sea investigada la conducta del magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta doctor César Pompeyo Rodríguez Rangel.

Hechos:

En la sentencia impugnada, aparecen adecuadamente sintetizados así:

"Dos son los hechos de que da cuenta el presente proceso.

"Según informe rendido por el oficial Rafael Amaya Hurtado (fl. 2), en el mes de septiembre del año de 1987 y como consecuencia de un hurto agravado cometido en el Banco Popular, fue despojado de su revólver marca Smith & Wesson, calibre 32 largo y distinguido con las letras y número ABP 7965, el señor Oswaldo Severino Lomanto, quien como cliente de tal entidad se encontraba allí en el preciso momento del asalto. Tal arma, curiosamente, y no obstante ser reportada y dada de baja en INDUMIL por causa de hurto, fue solicitada en amparo por la señora Yolanda Parra Pérez, esposa del teniente del

Ejército Nacional, Carlos Hernando Arjona Bernal, ayudante del Comando del Batallón Córdova (sic) y a la vez encargado en la documentación relacionada con salvoconductos —expedición, revalidación y amparo—, habiendo obtenido tal señora que, maliciosamente, le hubiera expedido el respectivo salvoconducto.

"Como ello hubiera ocurrido así y se hubiera establecido que el amparo solicitado lo era para un arma, cuerpo de un delito de hurto agravado, a la residencia del precitado teniente Arjona Bernal se hizo presente el teniente coronel Pinzón, junto con otro oficial. Allí, la esposa del teniente, ante el requerimiento del coronel Pinzón, referido al revólver que se había amparado como se anotó atrás, la señora Yolanda Parra hizo manifestación de no haber recibido ese revólver, no obstante mantener ya en su poder el salvoconducto que amparaba su porte, pero que sí había en el apartamento un revólver, del cual hizo entrega inmediata, siendo tal el distinguido con el número 757892, calibre 32 largo, marca Smith & Wesson, el cual había llegado a manos del oficial procesado, por entrega que del mismo hiciera el magistrado del honorable Tribunal Superior de Santa Marta, César Pompeyo Rodríguez Rangel, quien inicialmente solicitó amparo para el mismo ante el Comando del Batallón Córdova (sic); más habiendo obtenido reporte de que dicho revólver figuraba hurtado al IFI en esta ciudad de Bogotá, la dejó (sic) al procesado Arjona Bernal, para que hiciera con ella (sic) lo que quisiera".

Actuación procesal:

1. El juez de primera instancia para el caso, comandante de la Segunda Brigada de Institutos Militares con sede en Barranquilla, agotada la investigación y previo concepto del auditor auxiliar de guerra, profirió la Resolución número 0001 de 1989, por medio de la cual convocó el Consejo Verbal de Guerra para el juzgamiento del procesado teniente Carlos Hernando Arjona Bernal, por los delitos de falsedad y abuso de confianza, de acuerdo con la tipificación que de ellos hacía los artículos 177 y 242 del Código Penal Militar vigente para ese momento, Decreto 0250 de 1958.

2. Celebrada la vista pública, los vocales respondieron unánimemente y de manera afirmativa a los dos cuestionarios que, en relación a la responsabilidad del implicado, le fueron formulados. Estos veredictos, recibieron acogimiento por el juez de instancia, quien, en consecuencia, dictó la respectiva sentencia de condena, la cual fue confirmada por el Tribunal con la modificación consistente en incrementar la pena de treinta y nueve meses de prisión a cuarenta y nueve.

La demanda:

Al amparo de la causal tercera de casación, señalada en el artículo 442 del Código Penal Militar de 1988, el casacionista formula tres cargos a la sentencia, en razón a que, en su criterio, ella fue proferida en juicio viciado de nulidad.

En el primero de ellos, estima que la resolución de convocatoria al Consejo de Guerra se dictó "sin existir la prueba señalada en la

ley", lo cual no pudo ser alegado en su oportunidad, habida cuenta que este tipo de decisiones es irrecurrible. En demostración del cargo, se adentra en severa crítica al juzgador de primera instancia, en relación a la manera como interpretó las disposiciones legales y a la estimación de los medios probatorios existentes en el proceso.

La segunda censura, la hace consistir en que se incurrió en errada calificación de una de las conductas imputadas al procesado. Sostiene al respecto que el hecho en mención no corresponde a la denominación de abuso de confianza, en los términos previstos en el artículo 442 del Código de Justicia Penal Militar, sino al de abuso de autoridad por omisión de denuncia. Sobre estudio de los elementos integradores de cada una de estas hipótesis delictivas, afirma que en el proceso existe prueba de la inocencia del procesado, por lo cual su conducta no es subsumible en el tipo de abuso de confianza indicado. Por lo mismo, la adecuación típica, se sostiene, ha debido ser en el tipo de abuso de autoridad.

Por último, funda el tercer cargo en la indebida redacción de los cuestionarios "en cuanto allí se recogieron circunstancias y pruebas que nunca fueron probadas ni aparecen en el plenario, lo cual indujo en eror al jurado (sic) y consecuentemente determinó la sentencia cuya casación se pide al honorable Tribunal". Con base en cuestionamiento a la prueba y a la manera como se interpretaron las disposiciones aplicables, indica cuáles fueron, en su opinión, los errores en que, en este sentido, incurrió el Tribunal.

El criterio de la Procuraduría:

En su concepto de rigor, el señor Procurador Segundo delegado en lo penal, solicita de la Corte no casar el fallo impugnado. Fundaméntase para ello, en la insuperable deficiencia técnica que constituye alegar, al amparo de una causal de casación, motivos que corresponden a otra. Uno a uno, desvirtúa los argumentos del censor, demostrando lo erróneo del ejercicio del recurso y las imprecisiones conceptuales y procesales en las cuales se apoya.

Consideraciones de la Corte:

Los fundamentales antitecnicismos registrados en la demanda, hacen inexorable la improsperidad del recurso que, con invocación de la causal tercera de casación, contemplada en el artículo 442 del Código castrense, se formula contra la sentencia del Tribunal Superior Militar proferida en este asunto.

Se equivoca el censor al seleccionar la vía por medio de la cual propone algunos cargos de nulidad que a la sentencia hace. Los argumentos consignados en pro de su demostración, en vez de acreditar irregularidades en el trámite del proceso, como sería lo adecuado de acuerdo con la causal aducida, se orientan, todos ellos, a sustentar la inexistencia de los punibles por los que se convocó a Consejo de Guerra Verbal al teniente Carlos Hernando Arjona Bernal y su irresponsabilidad en ellos.

En el primero, de modo persistente, se intenta evidenciar cómo, sobre el formato de traspaso del revólver, diligenciado a nombre de la esposa del procesado, no se estructuró ninguna falsedad, toda vez que ese formato "no es un documento militar" y él "...no ha sido enmendado, tachado, adicionado, intercalado, ninguna de sus firmas ha sido fingida, contrahecha...", por lo cual, se concluye, sin estar demostrado el elemento subjetivo del delito, de manera impertinente, se profirió resolución de convocatoria a Consejo de Cuerra, quebrantándose así el debido proceso en razón a lo inimpugnable de esta decisión.

Este tipo de razonamiento, relieva la confusión del casacionista en relación con los motivos del recurso, pretendiendo de la Corte pronunciamientos contradictorios. En efecto, de aceptarse el cargo en los términos en que es enunciado, tendría que ser anulada la actuación, aunque, de manera también deficiente, no se indica en la demanda a partir de qué momento procesal; en cambio, de admitirse el argumento de demostración que en relación con él se hace, en cuanto se funda sobre referencias a la atipicidad de la conducta de falsedad, la solución sería distinta; impondríase tener que dictar la sentencia de reemplazo lo cual es manifiestamente improcedente de acuerdo con los criterios que orientan y disciplinan la casación como recurso extraordinario, según la causal escogida.

De los términos en que aparece concebida esta censura, encuéntrase que las deficiencias en ella no se agotan en la contradicción destacada. No existe la pretendida violación al debido proceso, fundada en el carácter irrecurrible de la resolución de convocatoria al Consejo de Cuerra. Ello, por cuanto una de las características que diferencian ese tipo de procedimiento es su celeridad. Por eso, la ley de rito manda que tal decisión no sea impugnable. Esto hace que mal pueda entenderse el diseño del proceso hecho por la ley juicio legal, en sí mismo y al margen de la actividad del juez, como atentado a la garantía del debido proceso y que su sanción sea la declaratoria de nulidad. Concepción de tal contenido, equivaldría pretender que al Tribunal de Casación compete el control de la función legislativa y que él debe cumplirse en forma general en la resolución de casos específicos, cuando, como de todos es sabido, tal función es privativa de la Corte en pleno y con carácter *"erga ommes"*.

De otra parte, debe destacarse cómo el casacionista, en su irregular manera de desarrollar el cargo, entiende que la falsedad en documentos, de acuerdo a las previsiones de la ley castrense, sólo es posible por mutación material del documento. En tal sentido, debe asumirse la manifestación que hace, en procura de demostrar la atipicidad de la conducta falsaria, de que el fingimiento, adición, intercalación, etc., en el texto o firmas del documento discutido en el proceso, no aparece probado. Esto implica, desconocer que el cargo deducido a Arjona Bernal y por el cual fue condenado es el de haber obtenido, maliciosamente, autorización con la firma, rúbrica o sello, de un documento falso o contrario al sentido en que se hubiere mandado extender, previsto en el literal k) del artículo 177 del Código

Penal Militar (Decreto 0250 de 1958). Esto mismo, imponía que la discusión sobre tipicidad del comportamiento, de haber sido procedente, que no lo es como se deja visto, tuviera que hacerse teniendo como referente esta descripción y no la que, de manera arbitraria, cita el recurrente en su argumentación.

Con relación al segundo cargo formulado a la sentencia, consistente en sostener que el hecho imputado no corresponde a la denominación de abuso de confianza (art. 242 del anterior estatuto militar), sino al de abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 167 ibídem*), la circunstancia de haber incurrido el actor en ostensible falla de técnica que a continuación se precisará, impide a la Corte en sede de casación entrar a analizarla.*

En efecto, ha de destacarse cómo son ignorados los presupuestos a partir de los cuales debe alegarse la calificación errada del hecho según la nulidad planteada. Esto se presenta, cuando en la demanda, luego de enunciarse el cargo y dársele desarrollo en orden a demostrar la no concurrencia de los elementos del tipo de abuso de confianza y sí los de la omisión de denuncia, en los términos previstos en las respectivas disposiciones, se aduce que en el proceso hay suficiente prueba de la inocencia del inculpado, en cuanto él tenía plena conciencia de que el arma hallada en su poder no había sido decomisada, sino entregada por el magistrado César Pompeyo Rodríguez para ser amparada.

Reiteradamente la Corte ha sostenido que, en tratándose de este tipo de impugnación (error en la denominación jurídica), dos son los aspectos a tener en cuenta en su proposición: la aceptación de que el procesado no es inocente, porque de todas maneras cometió delito; y la necesidad de la demostración del verdadero delito. De esta suerte, entonces, afirmar que el delito no corresponde a la denominación, porque ella es otra y al mismo tiempo, de manera genérica, que el autor es inocente, entraña no sólo imprecisión, sino contradicción en los términos de ataque al fallo, en cuanto uno y otro planteamiento, calificación errada e inocencia, desde el punto de vista de los efectos del recurso, al menos en este caso concreto, conducirían a soluciones diversas.

*En relación con el tercer cargo, el cual se hace consistir en la deficiente elaboración de los cuestionarios, por cuanto en ellos se hacen aseveraciones no probadas; se omite la alusión a elementos constitutivos de los delitos, o se aprecian de manera diferente los hechos, debe entenderse que, como reproche, carece de autonomía, en cuanto se construye a partir de consideraciones ya hechas para sustentar los cargos iniciales. No obstante, apréciase aquí la ya destacada constante de alegar errores de juicio (*in judicando*) dentro del ámbito de la nulidad que, como se sabe, es inspirada en el error de actividad (*in procedendo*), lo cual, insístese, lleva a que los remedios procesales pretendidos con la impugnación no sean los demandados, sino otros bien diversos.*

Como puede observarse, esta manera de sustentar el recurso lo hace inepto. No puede confundirse el contenido de las causales de casación para aducir, en relación con cualquiera de ellas, argumentos

o razones valederos o pertinentes para demostrar otro motivo de impugnación, como lo hace el actor en este caso. Ello, no sólo comporta atentado contra los principios lógicos del raciocinio, sino que impone decidir en sentido adverso la demanda, pues al Tribunal de Casación, como la jurisprudencia lo ha sostenido, vedado le está llenar vacíos, errores o deficiencias sustanciales en que incurra el impugnante.

Tal como fue destacado en las consideraciones que a cada uno de los cargos contenidos en el libelo se hizo anteriormente, si la causal invocada fue la nulidad, era deber del casacionista demostrar los errores de actividad pertinentes a su procedencia, pero, en ningún caso, hacer la mezcla de argumentos contenidos en el escrito de demanda, los cuales conducen a soluciones procesales diferentes. Esta contradicción subvierte la lógica del recurso y si, de acuerdo con ella, además, no puede la Corte enmendar tal tipo de deficiencias, necesariamente la conclusión ha de ser el fracaso de la 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:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael J. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Admisión

Determinar cuál es la sanción que corresponde para la admisibilidad del recurso, sólo es factible atendiéndose a la clase de delitos objeto del debate y del fallo

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 72.

Vistos:

En razón a que el trámite dado al recurso extraordinario de casación en este asunto, se ha cumplido irregularmente, en cuanto hace relación con la sentenciada *Margarita Márquez Caballero*, antes de ser proferido el fallo que lo decida, débense hacer los pronunciamientos de rigor.

Consideraciones de la Corte:

Proferida la sentencia del Tribunal, en la cual se condena a Alfredo Ramírez Juliao como autor del delito de cohecho propio, en concurso homogéneo y sucesivo, a Margarita Márquez Caballero como cómplice de los mismos hechos y a Lilia María Rodríguez de Ramírez, como autora de cohecho por dar u ofrecer, en representación de los dos primeros sentenciados, sus defensores, interpusieron recurso extraordinario de casación.

Concedido por el Tribunal y enviado el proceso a la Corte, fue declarado admisible en relación con los dos recurrentes, disponiéndose el traslado de rigor. En oportunidad, los defensores presentaron las demandas correspondientes, las que, calificadas, fueron declaradas ajustadas a las formalidades, ordenándose allí mismo, surtir el traslado a las partes no recurrentes, momento procesal en el que el Procurador Segundo delegado en lo penal emitió el concepto.

De acuerdo con la anterior actuación, sería este el momento para proferir el fallo con el cual se resuelva el recurso. No obstante, se aprecia que la admisibilidad que de él se declaró, en cuanto dice relación con la sentenciada Margarita Márquez Caballero, es improcedente.

En efecto, el recurso de casación, de conformidad con el artículo 569 del Código de Procedimiento Penal de 1971, por el cual se rige este caso, opera "contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años". Esto significa que la procedencia del recurso está condicionada a que la sentencia sea de segunda instancia; dictada por el Tribunal y el delito o delitos sobre los que verse tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

En relación con este quantum punitivo, en función del cual habrá de decidirse la admisión o rechazo del recurso, se ha determinado que sea el máximo establecido por el artículo que contiene el delito por el que se dictó la sentencia, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes específicas, la modalidad del hecho (tentativa) y el grado de participación del procesado (complicidad), como factores sobre los que, el fallador, fija la pena correspondiente a cada procesado por su concreta conducta. (Cfr. autos: febrero 14 de 1990. Magistrado doctor Gómez Velásquez y junio 12 de 1990, magistrado doctor Calvete Rangel).

Esto, por cuanto como lo tiene establecido la jurisprudencia, de tiempo atrás, determinar cuál es la sanción para la admisibilidad del recurso, en razón a que cada capítulo del Código contempla diversas acciones delictivas, reprimidas con distinta punición, sólo es factible teniéndose a la clase de delitos objeto de debate y del fallo. Ese delito individualizado y específico, es el que determina al Tribunal a aplicar precisas disposiciones penales, normas acerca de las cuales versará más tarde la demanda de casación con que se busca el desquiciamiento del fallo ante la Corte. Por eso, entratándose de concretar la pena que se requiere para la admisibilidad del recurso, debe entenderse el delito de que trata el juzgamiento como uno, en sus elementos y modalidades particulares, relacionando la sanción base con las complementarias pertinentes, en la hipótesis de que operen circunstancias modificadoras de la responsabilidad, agravantes, atenuantes, etc. (Cfr. G. J. Tomo LXXIX, pág. 358 y CLXII, pág. 321).

En este caso concreto, para efectos de la admisibilidad del recurso de casación, en relación con Margarita Márquez Caballero, no se tuvo en cuenta cómo el grado de participación en la realización del hecho —cómplice (art. 24 C. P.)—, afecta la pena máxima prevista (art. 141 del C. P.), cinco años de prisión, haciendo improcedente la impugnación por este aspecto. Disminuyéndose tal quántum punitivo, en razón al grado de responsabilidad anotado, la pena no es ni excede los cinco años, razón por la cual el recurso no ha debido ser admitido.

los cinco años, razón por la cual el recurso no ha debido ser admitido.

Teniendo en cuenta que con relación al otro procesado, Alfredo Ramírez Juliao, el recurso ha sido admitido en legal forma, se decretará la nulidad parcial de la actuación de la Corte, a partir, inclu-

sive, del auto de treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho, en cuanto tiene que ver con el recurso interpuesto en nombre de Margarita Márquez Caballero.

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

Resuelve:

1. *Declarar la nulidad parcial* del trámite al recurso extraordinario de casación, interpuesto en nombre de la sentencia de Margarita Márquez Caballero, a partir, inclusive, del auto de treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho en que se declara admisible.

2. *Declarar inadmisible* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Margarita Márquez Caballero, contra la sentencia del Tribunal de Bogotá de 27 de mayo de 1988, por medio de la cual se le condenó como cómplice del delito de cohecho.

3. En firme esta decisión, vuelva el proceso al despacho para el fallo del recurso en relación con el sentenciador Alfredo Ramírez Juliao.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Carrico, Secretario.

PENA. Rebaja. LEY 48 DE 1987

Para la Sala, es claro que la rebaja de pena concedida por la Ley 48 de 1987 sí afecta la punibilidad de los delitos cometidos por las personas acreedoras a dicho beneficio

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 64 de septiembre 18 de 1990.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Manuel Alfonso González Fernández* contra la sentencia proferida el 25 de abril de 1989, en virtud de la cual fue condenado por el Tribunal Superior de Bogotá a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, más las accesorias de rigor, al ser declarado responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Gustavo Rincón Peñaloza.

Hechos y actuación procesal:

Manuel Alfonso González Fernández administraba bajo su responsabilidad un automóvil de servicio público, que era de propiedad de su hermano y que a instancias de Gustavo Rincón Peñaloza, a quien desde tiempo atrás conocía, aceptó entregárselo para que lo explotara, pues este era conductor de oficio. Dos meses después, Rincón colisionó con el vehículo y le causó daños que fueron avaluados en ciento cincuenta mil pesos, suma que aceptó pagarle a González Fernández. A los pocos días, el 10 de octubre de 1982, Rincón se presentó a eso de las seis y media de la mañana a la residencia de González ubicada en la zona urbana de Bogotá y al parecer luego de una discusión entre ellos, Rincón Peñaloza recibió varias lesiones con cuchillo que le causaron la muerte en el mismo lugar. De inmediato González Fernández abandonó la ciudad y posteriormente el país. Sólo el 12 de octubre de 1984 pudo ser capturado y escuchado en indagatoria, en la cual afirmó que Rincón acudió a su habitación armado de cuchillo y que como él le expresara que pensaba denunciarlo ante las autoridades si no le cancelaba los ciento cincuenta mil pesos que le debía por los daños del automóvil, el deudor procedió a atacarlo con el arma y a golpearle la cabeza, a consecuencia de lo cual perdió el sentido, para despertar más tarde y huir al ver que Rincón estaba muerto.

Cerrada la investigación, el Juzgado Octavo Superior de Bogotá lo llamó a responder en juicio por el homicidio de Rincón, pero le reconoció que había obrado en legítima defensa, aunque excediéndose en ella (art. 30 del C. P.). Por esto fue juzgado en audiencia pública, al término de la cual el *jurí* contestó afirmativamente el cuestionario puesto a su consideración. El juzgado acogió el veredicto y lo condenó a la pena principal de ochenta (80) meses de prisión, en sentencia que apelada confirmó el Tribunal aunque disminuyendo la pena a la mitad. En este fallo, objeto del recurso que ahora procede la Sala a resolver, se le rebajó la pena impuesta en seis (6) meses y 20 días, en virtud de lo dispuesto por la Ley 48 de 1987, pero no se le reconoció la condena de ejecución condicional.

La demanda:

Al amparo de la causal primera, cuerpo primero, del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, el censor formula un único cargo a la sentencia impugnada: ser violatoria del artículo 68 del Código Penal, por falta de aplicación de dicha norma sustancial.

Para fundamentar el cargo arguye el recurrente, que si a la pena de cuarenta meses de prisión que a su poderdante se le impuso en el ordinal primero de la parte resolutiva del fallo, se descuentan los seis meses y veinte días que en virtud de lo previsto en la Ley 48 de 1987 se le rebajaron en el ordinal segundo del mismo, la pena a que efectivamente fue condenado González Fernández quedó tasada en un total de treinta y tres (33) meses y diez (10) días de prisión, lo que lo haría, desde ese punto de vista punitivo, acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional, no obstante lo cual el Tribunal se lo negó "omitiendo cualquier consideración en la parte motiva a este respecto".

Agrega que las consideraciones que sobre la personalidad del procesado hizo el Tribunal en la parte motiva del fallo, las cuales transcribe, fueron hechas no para rechazar el subrogado, sino simplemente para dosificar la pena "pero... no son los basamentos para concluir... si el condenado requiere o no, tratamiento penitenciario".

"La misma naturaleza del hecho punible —afirma el casacionista—, en su afán de demostrar que el procesado sí es merecedor a la condena de ejecución condicional, cometido como se reconoció por las instancias, en exceso de legítima defensa, repudia la aplicación del tratamiento penitenciario a la persona del así condenado.

"La personalidad invocada en la normatividad del subrogado, está referida es al hecho en sí mismo mas no al pretérito del protagonista. El Código que nos rige es culpabilista y desde la ocurrencia de los hechos, por el año de 1982, sanciona a la persona por lo que hizo y no por lo que es... González Fernández, no tiene rasgos de delincuente avezado. Hasta gráficamente está ilustrado este axioma en los autos (fl. 41, cuaderno principal).

"También lo retratan así, los folios 152, 166, 170 y 194 del primer cuaderno original, a cuyo través se certifica por plurales auto-

ridades la carencia de todo antecedente penal y/o policivo... Por contra, su profesión es absolutamente lícita, en su desempeño sin solución de continuidad durante la década de los ochenta, ha ejercido con decoro y pulcritud..."

"De por sí —remata el recurrente— delante de una condena en exceso de una causal de justificación, es inconcebible aplicar el tratamiento penitenciario al reo. De no ser así, siempre que se haga una graduación de la pena por encima de su mínimo, se estaría negando el subrogado, lo cual constituye un absurdo jurídico".

Como consecuencia de sus argumentaciones, el libelista solicita a la Corte "casar la sentencia impugnada por la causal y cargo alegados; para que de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, dictar sentencia de reemplazo, otorgando el subrogado de la condena de ejecución condicional a Manuel Alfonso González Fernández y ordenando se comunique así a las autoridades para ante las cuales se libraron boletas de captura".

Respuesta del Ministerio Público:

El Procurador Tercero delegado en lo penal, se opone a las pretensiones de la demanda, por considerar que la pena impuesta al procesado excedía los tres años de prisión (cuarenta —40— meses) y en consecuencia era innecesario que el Tribunal se detuviera en consideraciones subjetivas para negar la condena de ejecución condicional, toda vez que por el factor punitivo era improcedente.

Estima la delegada que la pena impuesta a que hace relación el artículo 68 del Código Penal, es la determinada de acuerdo con los criterios de dosificación previstos en el artículo 61 del Código Penal, y que la rebaja otorgada por la Ley 48 de 1987, al igual que la reconocida por el trabajo y estudio, nada inciden "en la punibilidad del delito y la culpabilidad mismos, sino que repercuten en la suerte del reo como beneficios ajenos al derecho penal sustantivo".

Para sustentar la anterior afirmación, transcribe parcialmente el artículo 47 de la Ley 153 de 1887 y los artículos 1º y 2º de la Ley 48 de 1987, para concluir diciendo: "lo que ocurre es que la Ley 48 de 1987 permitía realizar la rebaja en la misma decisión condenatoria. Pero mírese cómo la referencia se hacía a la pena *impuesta*, porque la disminución gratuita, el acto humanitario con que se honró la visita del Santo Padre a Colombia, era un término proporcional en función de la deducción individualizada de la sanción.

"Esto entonces, impide considerar como lo presupuesta el recurrente, que la falta de aplicación del artículo 68 nace de la posiblemente equivocada apreciación de los factores determinantes del juicio de valor que sobre la personalidad del condenado hizo el Tribunal *ad quem*. No. Lo que ocurrió fue que en el proceso no se daban los requisitos objetivos para proceder a dar el paso analítico de la exigencia subjetiva en que se afianza el diagnóstico favorable al reo, en torno a la necesidad de tratamiento penitenciario. Fue por eso, porque la pena excedía los tres años de prisión (36 meses), que

no se hizo énfasis en los criterios rectores del beneficio de la condena condicional. Eso no se dijo en segunda instancia, es cierto, pero sí se afirmó claramente, cuál era la pena concreta que se habría de imponer a González por el exceso en la legítima defensa, respecto de la comisión del homicidio".

En consecuencia, concluye la delegada "no hubo exclusión evidente de la norma. Simplemente, no procedía estudiar sus exigencias subjetivas", razón por la cual estima que "el cargo no prospera".

Consideraciones de la Corte:

Lo primero que debe resolver la Sala, es si la rebaja de pena prevista en la Ley 48 de 1987 debe descontarse de la sanción debidamente dosificada según el tipo penal violado y de acuerdo con los criterios plasmados en el artículo 61 del Código Penal, para determinar cuál fue la pena impuesta y saber así si por este aspecto punitivo es procedente la condena de ejecución condicional, o si por el contrario, como lo sostiene el procurador delegado, la referida rebaja de pena en nada incide sobre "la punibilidad del delito" y por ende, para efectos de la posible aplicación del artículo 68 del Código Penal únicamente debe atenderse a la sanción debidamente individualizada, sin incluir en ella la rebaja.

Dígase en primer término, que para sostener la última tesis, de nada sirve la invocación del artículo 47 de la Ley 153 de 1887, pues lo único claro que de tal texto resulta, es que el derecho a una rebaja de pena no puede ser desconocido por una ley posterior, lo que sí podría acontecer si en vez de un derecho se tratara de una simple "gracia". Basta con leer el texto completo del citado artículo, para llegar a esta conclusión: "la facultad que los reos condenados hayan adquirido a obtener por derecho, y no como gracia, rebaja de pena, conforme a ley vigente en la época en que se dio la sentencia condenatoria, subsistirá bajo una nueva ley en cuanto a las condiciones morales que determinan el derecho y a la parte de la condena a que el derecho se refiere; pero se regirán por la ley nueva en cuanto a las autoridades que deban conceder la rebaja y a las formalidades que han de observarse para pedirla" (sin subrayas en el texto).

Aún admitiendo esta distinción entre "derecho" y "gracia", es evidente que la rebaja de pena otorgada por la Ley 48 de 1987, no es una simple gracia sino un verdadero derecho, que el beneficiario del mismo puede exigir y que el juez está en la obligación de reconocérselo. No tiene, pues, se repite, nada que ver el artículo transcrito con el asunto a resolver.

Para la Sala, es claro que la rebaja de pena concedida por la Ley 48 de 1987 sí afecta la punibilidad de los delitos cometidos por las personas acreedoras a dicho beneficio, no obstante que dicha rebaja hubiera sido otorgada graciosamente por el legislador. Lo cierto es que la pena impuesta ya o que llegue a imponerse en el futuro, por los delitos cometidos antes de 1º de julio de 1986, salvo las excepciones consagradas en la misma ley, se rebajó en una sexta parte, afectándose así y de manera general la punibilidad de todos aquellos

hechos punibles comprendidos en dicha normatividad. No ocurre igual con la rebaja de pena por trabajo y estudio (Ley 32 de 1971) pues en verdad esta no afecta la punibilidad del delito, como que no es más que una forma privilegiada de descontar la pena impuesta, que no sufre ninguna modificación: si el reo estaba condenado a pagar 20 meses de prisión, 20 meses de prisión debe purgar, sólo que el legislador para incentivar su trabajo y estudio, le computa al descuento de su pena un número mayor de días si se dedica a alguna de estas actividades.

Tampoco entiende la Sala cómo del contenido del artículo 2º de la Ley 48 de 1987 se pueda extraer un argumento que avale la tesis de la delegada, pues del texto del mismo sólo es posible deducir la preocupación del legislador para que en la rebaja de pena otorgada por esta ley, no se incluyeran otras disminuciones punitivas como la que se concede en virtud del otorgamiento de la libertad condicional, la libertad preparatoria, etc. Es decir, que el legislador quería que esta rebaja de pena se acumulara con las otras a las que el procesado pudiera tener derecho.

Es verdad, como lo sostiene el procurador delegado, que el artículo 1º de la Ley 48 se refiere a la pena impuesta, pero también lo es que igualmente hace referencia a la pena a imponer, lo cual no tiene la trascendencia que él le da a la utilización de estos términos. Lo que ocurre es que el beneficio otorgado en la pluricitada ley, favorecía tanto a los condenados como a quienes todavía no habían sido objeto de condena, y es claro que para hacer alusión a los primeros, tenía que remitirse a la pena impuesta, mientras que para referirse a los segundos, a quienes todavía no se les había impuesto pena alguna, tenía que aludir a la pena que llegue a imponerse.

Si en el fallo impugnado, a Manuel Alfonso González Fernández se le condenó a la pena principal de cuarenta (40) meses de prisión, y a renglón seguido se le otorgó una rebaja de seis (6) meses y veinte (20) días, ello significa que la pena impuesta y que, en principio, efectivamente tiene que purgar, es la de treinta y tres (33) meses y diez (10) días, tal como lo sostiene el recurrente.

Lo anterior significa que por el aspecto objetivo de la punibilidad del delito, González Fernández sería merecedor al subrogado de la condena de ejecución condicional, pues el artículo 68 del Código Penal exige como primer requisito para su reconocimiento que la pena impuesta, cuando es de prisión, no exceda de tres años.

Es verdad, también, lo afirmado en la demanda en el sentido de que el Tribunal no hizo ningún análisis para abstenerse de otorgarle la condena de ejecución condicional al procesado. Posiblemente sobre este particular aspecto tenía la misma tesis de la delegada y en consecuencia consideró que era innecesario referirse a ello. Mas esto no significa que la Corte automáticamente deba proceder a conceder el subrogado en comento a González Fernández, pues para que tal determinación sea procedente, es indispensable que el casacionista

haya demostrado a la Corte que su poderdante en verdad no requiere de tratamiento penitenciario, teniendo en cuenta su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible.

Sobre este último aspecto, el casacionista hace referencia a algunos oficios en los cuales se da cuenta de que en contra de González Fernández no cursa ningún proceso. Sin embargo, a los folios 103, 126 y 127, se relaciona un proceso por lesiones personales en el cual figura como procesado el referido González. Y este dato, desde luego que es útil para determinar la personalidad del sindicado, pues no es cierto que "la personalidad invocada en la normatividad del subrogado, esté referida al hecho en sí mismo mas no al pretérito del protagonista", como lo afirma el censor, toda vez que el pasado del sujeto agente del ilícito es factor preponderante para determinar y conocer su personalidad.

Pero la Sala encuentra unos aspectos, a los cuales para nada se refirió el casacionista, que no permiten afirmar que González Fernández sea merecedor a la condena de ejecución condicional, porque ellos reflejan su desprecio por las normas legales, el no cumplimiento de sus compromisos y su manifiesto deseo de escapar de la acción de la justicia, todo lo cual lleva a la Corte a considerar que él requiere tratamiento penitenciario.

En efecto. Recuérdese que una vez cometido el delito, el 10 de octubre de 1982, González Fernández, no obstante haber insistido que obró en legítima defensa de su vida, abandonó su residencia y posteriormente el país. Su aprehensión, sólo pudo cumplirse dos años después (12 de octubre de 1984). Más tarde, el 20 de febrero de 1985 (fls. 201 y 202), se le concedió libertad provisional y se comprometió a presentarse cada ocho (8) días al juzgado (fls. 204), lo cual únicamente cumplió desde el 17 de abril de dicho año hasta el 24 de octubre siguiente (fls. 227), razón por la cual el 20 de noviembre de 1987 (ha debido ser al momento de presentarse el incumplimiento, acota la Sala) se le revocó la excarcelación (fl. 228), sin que hasta la fecha se haya presentado. Su captura tampoco ha sido posible, lo cual indudablemente indica que cambió de lugar de su residencia sin informar al juzgado, incumpliendo así una vez más su compromiso.

Ante este comportamiento posterior a la comisión de su delito, no obstante que éste haya sido cometido en circunstancias favorables para el procesado (en exceso de legítima defensa), la Corte tiene que concluir que González Fernández sí requiere tratamiento penitenciario, pues ha dado fehacientes muestras de no querer acatar la ley ni las decisiones judiciales, pero sí de sustraerse a la acción de la justicia.

En estas circunstancias, 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.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez (aclaro mi voto); *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda* (aclaro mi voto).

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PENA (ACLARACION DE VOTO). LEY 48 DE 1987 (ACLARACION DE VOTO)

En los eventos que cita el artículo 2° de la Ley 48 de 1987, se infiere sin dificultad que las rebajas de pena operan a partir de la individualización judicial de la misma y no para su graduación

ACLARACION DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA Y JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTINEZ A LA PROVIDENCIA DE SALA MAYORITARIA QUE RESOLVIO CASACION EN EL PROCESO 4405

Por discrepar de las razones que la mayoría plasma en el fallo presente para fundar la decisión a que se llega, consignamos a continuación las nuestras, cumpliendo de este modo con el imperativo intelectual y legal que ese respetuoso distanciamiento impone:

1. Dentro de las reglas que señala el Código de Procedimiento Penal para la "ejecución de la sentencia" los dos últimos incisos del artículo 629 prescriben que:

> "El tiempo necesario para otorgar la libertad condicional se determinará con base en la pena impuesta en la sentencia". "La reducción de las penas por trabajo y estudio, *lo mismo que cualquier otra rebaja de pena que establezca la ley, se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta o que pudiere imponerse*".

Tal advertencia de inocultable beneficio para el penado, hace parte del "Capítulo IV —Libertad condicional—" y no del anterior sobre "Condena de ejecución condicional", tampoco del siguiente alusivo a las "Disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores", lo que de entrada ubica el tema en el ámbito dentro del cual debe radicar su análisis.

Se trata entonces, como su texto de manera expresa lo señala, de unas regulaciones concretas sobre la forma como han de operar la reducción de sanción por trabajo y estudio, y *"cualquier otra rebaja de pena que establezca la ley"*, aspecto de donde parte nuestra discrepancia con los argumentos mayoritarios de la Sala, cuando ellos sientan una diferencia entre estos dos modos de reducción punitiva, diferencia que lejos de ser establecida por la ley, en este artículo elimina.

2. La Ley 48 de 1987 de cuyo análisis se trata, consagra precisamente en su enunciado epigráfico y concreta luego en su articulado una *"rebaja de la sexta parte de la pena"* privativa de la libertad *"impuesta, o que llegue a imponerse"* por delitos cometidos antes de 1º de julio de 1986.

Expedida el 4 de diciembre de 1987, resulta esta ley posterior a la vigencia del artículo 629 del Código de Procedimiento Penal, pues el Decreto 050 que lo contiene, fechado en enero 13 del mismo año, había entrado a regir a partir del 1º de julio siguiente.

Pese a ser posterior, no llegó la Ley 48 a desconocer ni modificar la regla del artículo 629 del Código de Procedimiento Penal, haciendo en cambio de ella salvedad, porque a pesar de caracterizarse con aquellas que la hermanan, según lo ha reconocido ya de antes el legislador al sostener que las leyes sobre rebaja de pena "...no tienen una sólida base jurídica, ni técnica, ni científica, pero obedecen a una costumbre universal, hoy desechada ya por muchos países que han superado la necesidad de recurrir a estos expedientes mediante la adopción de sistemas penales y penitenciarios integrales y actualizados..." (ponencia para segundo debate de la Ley 40 de 1968 de rebaja de penas por visita del Papa Paulo VI), consultado su texto, no se descubre en parte alguna que haya introducido modificaciones al régimen de subrogados, ni de manera expresa a la norma que se trae en referencia. Muy por el contrario, cuando en el artículo 2º prescribe la fórma de su aplicación, deja a salvo ("se otorgará sin perjuicio" de ellos, dice el texto) "...los beneficios de libertad condicional prevista en el artículo 72 del Código Penal, de la libertad preparatoria de que tratan los artículos 330 y 331 del Decreto 1817 de 1984, la Ley 32 de 1971 sobre redención de pena por trabajo y estudio y el Decreto reglamentario número 2119 de 1977" *sin que en momento alguno incluya ni por su denominación ni con referencia a los artículos que la regulan, la condena de ejecución condicional.*

Si, pues, todos los eventos que cita el artículo 2º de la Ley 48 de 1987, tienen de común el que previamente se haya proferido sentencia y tasado en ella la sanción, obviamente dentro de los parámetros de *individualización* que indican los artículos 61 y siguientes del Código Penal, infiérese sin dificultad que las rebajas de pena operan a partir de esa individualización judicial de la pena, sin afectarla ni incidir en ella, pues tal resulta el entendimiento del mandato de tenerlas *"en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta o que pudiere imponerse"*, (y no para su graduación) dado que tener por cumplida una pena siempre demandará el presupuesto de su antelada fijación, como que mal podría descontarse ni cumplirse lo que carece de existencia.

3. Tampoco variaría el entendimiento de la advertida ley de rebaja, porque su artículo 4º indique que tal reducción será concedida por el juez del conocimiento "en el momento de dictar sentencia o cuando se den las circunstancias establecidas para gozar del beneficio". Lo que esta norma fija no son cosas diferentes del *momento* a

partir del cual cumple la reducción efectos favorables, y la *competencia* para el pronunciamiento sobre reconocimiento, sin que puedan válidamente confundirse la oportunidad con las consecuencias que de la rebaja derivan.

En cuanto a la oportunidad refiere, nótase cómo de antemano el tantas veces citado artículo 629, *ya traía una previsión inclusive más amplia que la contenida en la Ley 48, pues sin restringir el reconocimiento a los jueces encargados de fijar la pena, con la advertencia de que el pronunciamiento competía frente a una valoración de la "que pudiera imponerse"*, estaba previendo que hay momentos rituales antecedentes al fallo en los cuales obliga al juez hacer tasaciones tentativas o provisionales, a fin de calcular, por ejemplo y con miras a un pronunciamiento de libertad provisional, si el procesado puede ser excarcelado porque agotó en detención preventiva la eventual pena que llegará a corresponder, o por lo menos reunió requisitos para tener derecho a la libertad condicional, sin que aún se hayan agotado las instancias.

Los efectos, en cambio, estaban expresamente dados por el artículo 629 para que operaran en el descuento, no en la tasación de la pena.

4. Tampoco a nuestro juicio, y consultando la naturaleza de la condena de ejecución condicional, guarda compatibilidad la posición mayoritaria con las disposiciones que la institucionalizan y regulan.

Este subrogado, conocido también doctrinariamente como "derecho a cometer el primer delito", se caracteriza por referir a la aplicación de penas privativas de la libertad de menor entidad (arresto) o duración (prisión hasta 3 años), cuando con ellos se conjugan circunstancias modales del hecho y personales del procesado que aconsejan prescindir del tratamiento penitenciario. Obviamente, entonces, parte del presupuesto de una pena "impuesta" que, sólo podría serlo bajo los parámetros que señala el legislador y que por ende se restringen a las previsiones del Título IV, Libro Primero del Código Penal, y de manera particular a los "criterios" del artículo 61 según el cual, esa tasación se ceñirá a "los límites señalados por la ley "...según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación y la personalidad del agente", resultando del todo extraño un factor como el de la rebaja de la pena para afectar la graduación y conducir por ende al subrogado.

5. Considerando las críticas que a esta posición disidente tiene la Sala Mayoritaria, se impone además aclarar que nuestro entendimiento de las normas bajo análisis si comporta beneficios al procesado, y que la rebaja de pena constituye evidentemente un "derecho" inalienable para él, sólo que restringido al marco cabal que le fijan las disposiciones expresas que en la ley lo regulan, y que a nuestro entender no permiten una interpretación que desborde su naturaleza, como tampoco merecen el calificativo de injustas, que parece hacerse extensivo a las interpretaciones que con base en ellas concluimos en nuestra postura discrepante.

6. Es así como en el caso del procesado Manuel Alfonso González Fernández a quien se fijó en las instancias una pena definitiva de 40 meses de prisión, tendrá para descontar apenas 33 meses y 10 días, comprendiendo que bajo la previsión legal del antecitado artículo 629 se abonan como parte cumplida de esa sanción —6 meses y 20 días- -, equivalentes a la rebaja de una sexta parte.

Esta inferencia implica dentro de la aplicación favorable del ordenamiento contenido en la disposición traída a comentario, que cuando con motivo del análisis del derecho del procesado a la libertad condicional (o la preparatoria), se deba consultar el tiempo cumplido de la pena total impuesta, solamente le restará por acreditar un descuento por detención efectiva o rebajas por dedicación al trabajo y al estudio, de 19 meses y 9 días (que equivalen a las dos terceras partes de 40 meses, menos la rebaja de la sexta parte, considerada como "parte cumplida de la pena"), tiempo inferior a 22 meses y 6 días que corresponderían a las dos terceras partes de la pena previamente rebajada (33 meses y 20 días). Se presenta así, con aplicación del tan citado artículo 629 del Código de Procedimiento Penal un verdadero *"plus"* en beneficio del procesado y que constituye su derecho frente a la carga de su descuento punitivo, quizá inferior a lo que en apariencia le significa la condena de ejecución condicional, en todo caso fracasada, pero constitutivo de la única interpretación que hallamos con clara y expresa consagración y respaldo legales, diferencia que nos aparta ahora del respetable razonamiento de mayoría.

7. Queda advertida además nuestra discrepancia con la forma como se gradúa la pena según el criterio que se impone, porque con él se varían las reglas de individualización judicial fundadas en una consulta de la personalidad del procesado, de la gravedad del hecho y de las circunstancias de ocurrencia, para volver al viejo criterio de la tasación legal, ya superado, y bajo el cual se da a todo infractor idéntico tratamiento punitivo, sin reparar en que los factores de diferenciación de cada evento, en particular los antecedentes de todo orden y la personalidad del procesado, conocidos y valorados a través de la inmediación, constituyen garantía para que la dosificación del tratamiento penitenciario corresponda a la particularizada medida de rehabilitación, resocialización y protección social que en cada aislado demanda el sentenciado.

8. En suma, si el recurso de casación estaba destinado, como ocurrió, al fracaso, ello no deriva de la ausencia de los requisitos que el artículo 68 del Código Penal prescribe sobre gravedad del hecho o personalidad del procesado, sino de la absoluta inoperancia del subrogado, frente al *quántum* de la pena judicialmente graduada.

Juan Manuel Torres Fresneda *Jorge Enrique Valencia Martínez*

Fecha ut-supra.

PRUEBA. REVISION. JUSTICIA PENAL MILITAR

El alcance interpretativo de la causal 5ª del artículo 447 del Código de Justicia Penal Militar, no puede ser otro que el fallo haya tenido como sustento un hecho punible configurado por la alteración dolosa del medio de prueba y que, de no haber ocurrido, el sentido de la decisión hubiera sido diferente

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado Acta número 72.

Visios:

El agente de la Policía Nacional *Pedro Miguel Cely Chivatá,* condenado, en primera y segunda instancia de la jurisdicción castrense, por el delito de falsedad por destrucción de documento público, mediante abogado presenta recurso extraordinario de revisión. Compete a la Corte examinar la demanda correspondiente para efectos de su admisibilidad.

Los hechos investigados:

En la primera hora del día 30 de octubre de 1988, en el Barrio Mamatoco de la ciudad de Santa Marta (Magdalena) el agente Pedro Miguel Cely Chivatá, adscrito a la Policía Vial y de Servicio, interceptó el taxi Renault 4, de placas UG-2707 conducido por Néstor Antonio Lara Seguane a quien le solicitó la licencia de conducción, el cual le entregó un permiso para conducir vigente hasta el 30 de noviembre del mismo año expedido por la Dirección de Tránsito y Transportes del Magdalena; el agente, molesto por ello destruyó tal documento.

Adelantada la investigación el Comando del Departamento de Policía Magdalena lo condenó a 25 meses de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la institución e interdicción de derechos y funciones públicas, determinación confirmada por el Tribunal Militar en sentencia de febrero 6 de 1990 ejecutoriada.

La demanda de revisión:

El apoderado del sentenciado ataca el fallo con base en la causal 5ª del artículo 447 del Código de Justicia Penal Militar, por haberse fundamentado el fallo en prueba falsa: "El documento en el cual se basó la sentencia es falso, y lo es, por cuanto no fue producido legalmente y, prueba de ello es que no se encuentra registrado como conductor de ningún tipo de vehículos el señor Néstor Antonio Lara Seguane, ni departamental ni nacionalmente como se prueba al folio 59 del proceso y con la certificación del INTRA que se adjunta".

De acuerdo con las fotocopias del fallo, tanto el comando de Policía como el Tribunal Militar debatieron el punto así, el juez de primera instancia dijo: "...Luego a pesar de no haber sido posible el reconocimiento del documento por parte del autor debido a la destrucción que sufrió como puede observarse en folio 2-A en donde aparecen los pedazos que lo conforman estima esta presidencia que se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 488 del Código Penal Militar para dictar sentencia condenatoria porque obra en el proceso la prueba legalmente producida del hecho punible y de la responsabilidad del procesado"; y el Tribunal, por su parte, afirmó: "La circunstancia de que la jefatura de pases de la Dirección de Transportes hubiera dicho que era difícil establecer la expedición del aludido permiso, porque llevan más de 10 años extendiéndolos y no se clasifican por orden numérico sino alfabético, no impide dar por acreditada la objetividad del hecho punible, porque en el procedimiento penal hay libertad de prueba, y la presencia real de las porciones del documento unida a la credibilidad que merecen los testimonios sobre ese particular, no dejan duda de la existencia del permiso y su destrucción por la acción del agente Cely Chivatá".

Consideraciones de la Corte:

1. El alcance interpretativo de la causal invocada, lo ha dicho la Corte, no puede ser otro que el fallo haya tenido como sustento un hecho punible configurado por la alteración dolosa del medio de prueba que sirvió de base a la sentencia y que de no haber ocurrido, el sentido de la decisión hubiese sido diferente. (Ver providencias septiembre 20 de 1990. Mag. ponente: Doctor Torres Fresneda y septiembre 26 de 1990. Mag. ponente: Doctor Páez Velandia).

El error de apreciación de la prueba no significa que esta sea falsa ni constituye objeto del recurso extraordinario de revisión. Este se ocupa, como igualmente lo ha reiterado la jurisprudencia, de "errores de hecho in judicando *de carácter histórico" que de haberlos conocido el juzgador el fallo hubiese sido diferente.*

2. Este recurso pretende remover la cosa juzgada que es una de las mayores garantías procesales para la seguridad de las decisiones judiciales por lo que debe ser exigente no solamente en la selección de la causal, sino en su demostración.

No es de su resorte revivir el debate para tratar de contraponer un criterio de apreciación probatoria personal a la del fallador, por tener ello remedios autónomos en el procedimiento.

3. El actor busca con su demanda que se reabra el debate sobre el aspecto probatorio analizado y decidido en las instancias. Allí se demostró la destrucción de un documento dado por una autoridad competente, sin que reste importancia jurídica al hecho la circunstancia de haber sido expedido irregularmente —aunque tampoco está demostrado que fuese otorgado así—. La obligación del agente, de haber ocurrido el evento aducido en defensa, era retener el documento y ponerlo a disposición de la autoridad competente, pero no destruirlo.

La prueba aducida, entonces, no busca infirmar el hecho por el cual se produjo la sentencia, pues en esta jamás se afirmó que el conductor del taxi tuviese paso para conducir vehículos, sino simplemente que portaba un permiso, que es documento público, sobre el cual recayó la conducta juzgada.

En tales circunstancias se impone rechazar *in limine* la demanda.

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

Resuelve:

Rechazar in limine la demanda de revisión presentada contra la sentencia condenatoria proferida contra Pedro Miguel Cely Chivatá por el delito de destrucción de documento público (falsedad).

En firme archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REBELION. CESACION DE PROCEDIMIENTO. DELITO COMUN

Un "rebelde" puede perfectamente cometer delitos comunes, supuestos en que ya no procede como tal, ni por tanto, le es dable pretender que se le considere como delincuente político

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado Acta número 72.

Por apelación, revisa la Sala el auto de 14 de junio de 1990, por medio del cual el Tribunal Superior de Orden Público negó la cesación de procedimiento en este proceso que se adelanta respecto de *Rubén Darío Zabala Suárez, y otros*, por infracción a los artículos 7º y 13 del Decreto 180 de 1988.

Antecedentes:

El 3 de noviembre de 1989 el Juzgado Primero de Orden Público con sede en la ciudad de Pasto (Nariño) dictó auto de detención contra Rubén Darío Zabala Suárez (alias "Iván", "El Guajiro", "Benhur", y a quien se le señaló desde el comienzo como "jefe de la banda" compuesta por Alvaro Roberto Martínez, César Guillermo Estupiñán y otros) por el delito previsto en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, consistente en haber llevado armas de uso privativo de las Fuerzas Militares a las casas de Alvaro Roberto Martínez y de Segundo Leonel Rosero (fls. 300 y ss. del cuaderno núm. 1).

Apelada tal providencia, el Tribunal Superior de Orden Público, mediante la suya de 13 de febrero la confirmó adicionándole el delito de "concierto para delinquir" contemplado en el artículo 7º del susodicho decreto. "No puede desconocerse la existencia de indicios que vinculan a los indagados Alvaro Roberto Martínez y Rubén Darío Zabala Suárez a la tenencia, utilización y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas y a la conformación de un grupo dedicado especialmente a cometer delitos de homicidio por dinero...", dijo el Tribunal, y agregó: "procede igualmente por el punible que define y sanciona el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, si como ha quedado visto, tampoco puede negarse la existencia de indicios que

vinculan a los indagados como integrantes de un grupo de sicarios, a juzgar por los varios hechos que revisten esta modalidad delictiva sucedidos desde hace algún tiempo en la región y que de acuerdo a la testigo tantas veces citada y a los informes de las autoridades, han sido cometidos por el grupo que comanda Zabala Suárez".

En abril del año en curso, Zabala Suárez y su abogado solicitaron la cesación de procedimiento con fundamento en la Ley 77 de 1989 (conocida como ley de indulto) y su Decreto reglamentario 206 de 1990. "Para los efectos legales declaro que pertenezco al Movimiento 19 de Abril 'M-19', que me acojo a los beneficios consagrados en la ley y que deseo reincorporarme a la vida civil", manifestó el procesado (fls. 681-2).

El juzgado remitió el proceso al Tribunal Superior de Orden Público para el pronunciamiento de rigor, y en escrito allí presentado el defensor de Zabala Suárez dijo que "el delito y/o delitos por los cuales está procesado mi representado, guardan conexidad ideológica con el delito político de rebelión" (fls. 6-3) y añade que "sus actuaciones (las de Zabala Suárez) fueron todas en cumplimiento de tareas trazadas por la Organización Movimiento 19 de Abril 'M-19', por lo tanto los tipos penales que consagran los delitos políticos tipos, como rebelión, asonada y sedición, absorben otras conductas cometidas por miembros de organizaciones revolucionarias como fue el M-19..."

El Tribunal, en auto de 14 de junio, estimó que si bien es cierto que en la lista enviada por el Ministerio de Justicia aparece en el número 75 Zabala Suárez como miembro del M-19, "no puede ser beneficiado con la cesación de procedimiento, por la sencilla razón de que no está siendo procesado por ninguno de los delitos políticos a que se refiere el artículo 3º de la cuestionada Ley 77, y no existen elementos de juicio para establecer conexidad entre los punibles por los cuales se encuentra privado de la libertad y el de rebelión". Y agregó:

"En efecto, la vinculación con el grupo alzado en armas, hoy por hoy, no puede dentro de este proceso esgrimirse como elemento suficiente para deducir conexidad, porque el abundante material probatorio allegado a este expediente lo que permite colegir es que Zabala Suárez, apartándose del ideal que inspira el rebelde y al margen de las orientaciones de los dirigentes de la organización insurgente, en asocio de otros asiduos transgresores de la ley, se habían entregado a la comisión de todo tipo de delitos".

Además, dice el Tribunal, la sola circunstancia de que se le venga procesando por la conducta prevista en el artículo 7º del Decreto 180, impide la cesación de procedimiento, por expreso mandato del artículo 6º de la Ley 77, y que "no debe olvidarse que, como lo ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia 'el delito político tiene que serlo objetiva y subjetivamente; la expresión así lo indica, esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo político, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al delincuente tienen que ser, consecuencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses políticos.

Tal es el sentido natural y obvio del vocablo'. Connotaciones que, como se ha dicho, no se advierten en las actividades comportamentales que dentro de este proceso se reprochan al procesado Zabala Suárez, porque aparecen derivadas de propósitos total y absolutamente distantes de los móviles altruítas que inspiran a las organizaciones rebeldes" (fl. 16).

Al sustentar la apelación por él interpuesta contra dicho provcído, el acusado Zabala Suárez insiste en que no es "delincuente común", que además en el proceso no exdste "plena prueba" de los dos delitos por los cuales se encuentra detenido, y que todo corresponde a una "persecución" de los miembros de seguridad del Estado por su pertenencia al M-19 y su pasado político; expresa, también, que "no existen dentro de nuestra carta política normas que determinen a razón cierta cuáles son los delitos políticos que contemplan nuestras leyes represivas penales. Si recorremos todo y cada uno de los pasajes del proceso, en ninguno de ellos se me puede determinar la imputación de la tipicidad de un delito como 'concierto para delinquir en la modalidad de sicariato', y es por ello que en ningún juzgado del país se adelanta proceso alguno en mi contra por el delito de homicidio", y luego pasa a hacer una crítica de la prueba de cargo en ese sentido, haciendo un esfuerzo por demeritarla.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo penal empieza por decir que los delitos a los cuales se contrae este proceso "no guardan relación ninguna con los reatos de rebelión, sedición y asonada, calificados legalmente como delitos políticos por oposición al resto de punibles, considerados como 'delitos comunes' ", y en seguida expone que a Zabala Suárez no puede tenérsele como incurso en el delito de rebelión porque, como él mismo lo admite "jamás estuvo en combate, vale decir, jamás empleó armas para derrocar al Gobierno nacional". Por otra parte, hace ver cómo en los hechos de homicidio y hurto en que se afirma la participación de Zabala Suárez como "jefe de la banda", no existió ningún sentimiento o propósito altruista, sino todo lo contrario: acabar con la vida de varias personas, la mayor de las veces mediando pago de dinero "¿Y qué decir de la horrible muerte de una agraciada mujer, quien al parecer fue violada luego de haber sido asesinada?". Y agrega la delegada:

"Pero el episodio criminal más revelador de la mentalidad con que procedía esta 'organización' se encuentra consignado por la declarante citada (Liliana del Rosario Paredes Martínez), así: un ciudadano ecuatoriano refugiado en Colombia buscó los servicios de esta cuadrilla para que mediante el pago de $ 5.000.000.00 dieran muerte a un ministro de gobierno ecuatoriano; los jefes de la banda escucharon la propuesta del resentido personaje, decidieron aceptarla y planearon recibir la paga y correr de inmediato al Ecuador para avisarle a la presunta víctima y ofrecerle a su vez los servicios a éste, con el fin de dar muerte al exiliado ecuatoriano, desde luego que por una paga superior".

Ausente el delito político, mal puede reconocerse la cesación de procedimiento, concluye la Procuraduría.

En su alegato el defensor principal de Zabala Suárez reitera que no existe en el proceso prueba para imputarle a aquél el delito de concierto para delinquir con base en el cual el Tribunal negó la cesación de procedimiento, y cita doctrina y jurisprudencia en torno a la tipificación de tal punible, que —dice— se ha querido configurar aquí con fundamento en dos testimonios que el defensor estima poco dignos de credibilidad.

Luego de ese memorial de alegación, se recibió en la Corte otro, suscrito por el defensor suplente, dirigido a "ampliar los puntos del alegato presentado por el doctor Alvaro Granja Eraso".

Se considera:

1. Resulta obvio que el escrito presentado por el defensor suplente con ocasión del traslado en esta segunda instancia no puede ser considerado. En efecto, según el artículo 135 del Código de Procedimiento Penal, una vez posesionados los defensores principal y suplente "podrán intervenir en el proceso de una manera *alternativa*, sin ninguna otra formalidad", vocablo subrayado que está indicando nítidamente que las intervenciones de dichos defensores no pueden darse "al tiempo", o "simultáneamente", prohibición que aparece consagrada de manera expresa en el artículo 24 del Decreto 2282 de 1989, que modificó el 66 del Código de Procedimiento Civil, así: "En ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona".

Al presentar el defensor principal su escrito de alegación en esta instancia, y al hacerlo también el defensor suplente, se dio lugar a la intervención simultánea que la ley veda, pues la actuación del primero imposibilitaba la actuación del segundo.

2. *En sus memoriales atinentes al pedimento de que se cese procedimiento de conformidad con la Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario 206, tanto el procesado Zabala Suárez, como su defensor, incurren en el error de pretender desbaratar la imputación por el delito de concierto para delinquir consagrado en el artículo 7º del Decreto 180 de 1988, lo que equivale a un ataque contra el auto de detención, de imposible recibo en esta sede, pues la Corte sólo podría examinar semejante tópico en el hipotético evento del recurso extraordinario de casación, pero jamás ahora, cuando en modo alguno es la segunda instancia "del proceso", sino apenas y exclusivamente de la decisión sobre la cesación de procedimiento que el legislador estableció por vía excepcional y sólo para poder materializar y hacer por este aspecto efectiva "la política de reconciliación" que se ha propuesto el Estado.*

Significa lo anterior que la Corte no puede discutir aquí si los dos delitos deducidos del comportamiento de Zabala Suárez y que con la base del auto de detención se dan o no y en qué medida. En otras palabras, le corresponde regirse por la calificación que a la delincuencia le dieron el Juzgado Primero de Orden Público de Pasto y el

Tribunal Superior de esta misma jurisdicción, y que corresponde a un concurso de concierto para delinquir con el tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (arts. 7º y 13 del Decreto 180 de 1988).

Si ello es así, es más fácil y concreto concluir que no cabe la cesación de procedimiento para Zabala Suárez. En efecto: el artículo 10 de la Ley 77 de 1989 dispone que se concederá la cesación de procedimiento a quienes estén siendo procesados por hechos que puedan ser constitutivos de delitos políticos, que son la rebelión, la sedición, la asonada, y los conexos con éstos, según el artículo 3º de dicha ley.

Si un aspecto de la imputación que soporta el procesado —y que aquí no cabe cuestionar— es la de "formar parte de un grupo de sicarios", conformado para cometer delitos en general por sumas determinadas de dinero, resulta demasiado claro que no puede hablarse de delito político, que, repítese, tampoco fue reconocido por el Juzgador al calificar el mérito del sumario.

Sobra decir que el hecho de que Zabala Suárez pertenezca o haya pertenecido al grupo M-19 (situación demostrada en autos) no lo torna "rebelde" por siempre y frente a cualquier clase de hechos, porque un rebelde puede perfectamente cometer delitos comunes, sin relación alguna con su pertenencia al grupo subversivo y alejado enteramente de los móviles que definen por su aspecto espiritual o ideológico a esa clase de organizaciones: En esos supuestos ya no procede como "rebelde", ni, por tanto, le es dable pretender que se le considere como delincuente "político".

Como lo rememora la decisión recurrida, en verdad que la rebelión y el concierto para delinquir se repelen entre sí, son excluyentes: El concierto es precisamente todo lo contrario de la rebelión, ya que en ésta los autores persiguen fines "sociales" y el bien común, al paso que en aquél los propósitos de la delincuencia se tornan meramente individuales, egoístas, y en estas condiciones un grupo así concertado constituye un franco y permanente peligro para los coasociados en general y sin distinción, mientras que, en principio, la delincuencia política (rebelión etc.) tiene como blanco u objetivo de ataque el aparato estatal.

En el orden de ideas expuesto, emerge clara la legalidad de la providencia apelada, la cual, por tanto, recibirá aprobación en esta instancia.

Cuando ya se había registrado proyecto de decisión, se recibió copia del auto de 13 de julio último, por medio del cual el Tribunal Superior de Orden Público cesó procedimiento respecto de Zabala Suárez en el proceso número 25, que el Juzgado Primero de Orden Público le adelantaba por el delito previsto en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 (parte de ese expediente también fue adjuntado en fotocopia).

Esa decisión (que no es la recurrida) desde luego que en nada incide en el caso que aquí ocupa a la Sala y sobre cuya legalidad no puede pronunciarse. Por otro lado, nótese que ella se tomó sobre una

imputación diversa a la presente, que contempló únicamente el referido tráfico de armas del artículo 13, sin concurso con el delito de concierto para delinquir.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal (E),

Resuelve:

Confirmar la providencia impugnada.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SENTENCIA. Motivación. PENA

La debida motivación de la sentencia también es exigencia a ser observada por el juzgador al momento de dosificar e individualizar la pena

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 72.

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá mediante sentencia de quince de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, impartió confirmación al fallo de primer grado por el cual el Juzgado Veintiocho Superior condenó a *Jairo Bustos Castillo* a la pena de doce años y medio de prisión, como autor de los delitos de homicidio y hurto, modificándolo en el sentido de incrementar el *quántum* punitivo a veinte años.

Ha recurrido en casación la defensora del sentenciado. Admitido el recurso, declara ajustada la demanda y emitido el concepto de rigor por el Procurador Delegado, debe la Corte decidir.

Hechos:

A consecuencia de las múltiples heridas de arma cortocontundente que le propinara Jairo Bustos Castillo, falleció Guillermo Bustos Castañeda la noche de 29 de agosto de 1988 en la Inspección Departamental de San Pedro, Caparrapí, Cundinamarca. En estos hechos, así mismo, fue despojada la víctima de la suma de treinta mil pesos y un revólver.

Actuación procesal:

1. Agotada la instrucción, se procedió a calificar el mérito del sumario. En esta decisión, se profiere resolución de acusación contra Jairo Bustos Castillo por los delitos de homicidio agravado con concurrencia de las circunstancias previstas en los numerales 1, 6 y 7 del artículo 324 del Código Penal y hurto, también agravado, de acuerdo con el ordinal 2º del artículo 350 *ibidem*.

2. Rituado el juicio, se dictó la respectiva sentencia de primera instancia. En ella, se impuso al procesado, como pena principal, la

de ciento cincuenta meses de prisión. Las circunstancias específicas de agravación, deducidas en el pliego de cargos, no fueron tenidas en cuenta. Para ello, fúndase el sentenciador en su no demostración, de acuerdo con la manera como tuvieron ocurrencia los hechos y el grado de parentesco existente entre el autor y la víctima. De ahí que, en la graduación de la pena, se base en los mínimos establecidos en los tipos que recogen la forma básica y simple de las infracciones juzgadas (arts. 323 y 349 del C. P.).

3. El Tribunal, al decidir la apelación interpuesta contra la sentencia del Juzgado, halló conforme la decisión en cuanto en ella se condena a Jairo Bustos Castillo. No obstante, disciente del *a quo* en lo relativo a la dosificación de la pena. En este sentido, estima cabalmente demostrada la circunstancia de agravación específica contemplada en el ordinal 7º del artículo 324 del Código. Decide, de la misma manera, que no habiéndose deducido en el pliego de cargos el agravante también específico del ordinal 2º del artículo 324 antes citado, en cuanto aparece evidenciado, debe imputarse la causal de mayor punibilidad de carácter genérico prevista en el artículo 66, ordinal 12. En relación con el delito de hurto; es del criterio que sí concurre el agravante establecido en el ordinal 2º del artículo 350, en cuanto el autor se valió de la situación de indefensión en que se hallaba la víctima.

Conforme con estos planteamientos, se concluye que la pena a imponer es la de veinte años de prisión. Consecuentemente, se disponen las modificaciones respectivas al fallo recurrido en este sentido.

La demanda:

Observando el orden de prioridad formal para su examen, la casacionista formula tres cargos contra la sentencia, al amparo de las causales tercera, segunda y primera, cuerpo segundo, contempladas en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989.

Inicialmente denuncia nulidad del fallo recurrido por inmotivación. Este evento lo hace consistir en que se guardó silencio sobre los fundamentos tenidos en cuenta para la imposición del *quántum* punitivo de veinte años de prisión con que se sanciona a Jairo Bustos Castillo. Con ello, estima la censora, se desconoció la cláusula constitucional contenida en el artículo 163 de la Carta, donde se establece que toda sentencia debe ser motivada. Esto, en su parecer, entraña irregularidad sustancial que afecta el debido proceso y, por ende, nulidad. En procura de demostrar la trascendencia del vicio, sostiene que "una decisión incierta y carente de motivación coloca al destinatario en la imposibilidad de atacarlo (sic) adecuadamente así sea extraordinariamente".

Destaca cómo el Tribunal, en el fallo acusado, suple el análisis sobre los conceptos y cuantías de pena por una crítica a la tasación hecha por el *a quo*, generando con tal proceder interrogantes tales como cuál fue el mínimo del que partió para arribar en su conteo a los veinte años de prisión impuestos; qué incremento punitivo le mereció

el agravante previsto en el ordinal 2º del artículo 324, tenido en cuenta como genérico al tenor del ordinal 12 del artículo 66 del Código Penal; qué criterio tuvo el juzgador para sancionar el concurso de hechos punibles integrado por el delito contra la vida y contra el patrimonio económico?, etc.

El segundo de los cargos propuestos, se hace consistir en que la sentencia recurrida no es congruente con el pliego de cargos contenido en la respectiva resolución acusatoria. En ésta, se afirma, no fue contemplada la circunstancia de agravación específica prevista en el ordinal 2º del artículo 324 del Código, la cual tampoco se incorporó al debate por vía del mecanismo establecido en el artículo 501 del Código de Procedimiento y, sin embargo, fue tenida en cuenta por el Tribunal para incrementar la pena al sentenciado. Este tipo de vicio, en opinión de la recurrente, no se excusa con que en la sentencia se hubiera hecho mención al ordinal 12 del artículo 66 del Código, en razón a que no era procedente la imputación por medio de la circunstancia específica del homicidio cuando éste ha tenido ocurrencia para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible. Ello, insiste, no es más que la evidencia de cómo se advirtió la omisión en el pliego de cargos del agravante específico y su compensación con la agravación genérica, lo que, además, prosigue, implica desconocimiento a lo preceptuado en el propio artículo 66 cuando, de manera expresa, prevé que las circunstancias agravantes de la pena allí contempladas sólo serán aplicables "siempre que no hayan sido previstas de otra manera".

En relación con el reproche que se ampara en la causal primera de casación, se hace consistir en violación indirecta a la ley sustancial por aplicación indebida del ordinal 7º del artículo 324 del Código Penal y falta de aplicación del 323 *ibidem*, como consecuencia del error de hecho por falso juicio de identidad en que se incurrió al otorgársele a algunos indicios un alcance objetivo que no tienen y una capacidad demostrativa que riñe con su contenido fáctico. Más adelante, la distorsión del sentido de la prueba la entiende como que fue supuesta en su existencia. Por eso, concluye, "...el error del Tribunal radica precisamente en haberle dado valor de la plena prueba a una deducción...que sólo genera una probabilidad, pero nunca la certeza requerida, pues se trata de circunstancia equívoca que conduce a la duda..."

De conformidad con lo anterior, se demanda la casación del fallo recurrido para que la sentencia sea repuesta, si la causal admitida es la de nulidad o para que se profiera el fallo "que en derecho corresponda" si los cargos llamados a prosperar fueran el segundo o tercero de los formulados.

El criterio de la Procuraduría:

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en estudio particularizado de cada una de las censuras que a la sentencia recurrida se hacen en la demanda, solicita de la Corte abstenerse de casarla.

En relación con la nulidad alegada, admite que el fallo no ofrece una adecuada motivación en dos aspectos: El incremento punitivo pro-

veniente del concurso de hechos punibles que se integra entre los delitos de homicidio agravado y hurto y la circunstancia genérica de mayor punibilidad, referido al primero de ellos. No obstante, en su opinión, esto no comporta la invalidación del fallo, en cuanto los aumentos punitivos desde allí determinados, son susceptibles de ser establecidos y, en ningún caso, ellos desbordan los parámetros legales de fijación de la pena, la cual, anota, ha sido fijada con considerable benignidad si se tiene en cuenta la gravedad de las infracciones sancionadas.

Con respecto a la incongruencia planteada como segundo cargo, así mismo se muestra partidario de su improsperidad. A partir de la síntesis de los criterios jurisprudenciales fijados en relación con las distinciones entre agravantes genéricas y específicas, no encuentra infracción por parte del sentenciador al aplicar la del ordinal 12 del artículo 66 del Código Penal, por cuanto, dice, su fundamento fáctico se halla acreditado probatoriamente.

Por último, refiriéndose a la censura apoyada en la causal primera, destaca la confusión con que la recurrente utiliza los conceptos de falso juicio de identidad y de existencia, no obstante lo cual, dice, se observa que en ninguno de ellos incurrió el Tribunal al apreciar la cadena indiciaria que emerge de las constancias del Inspector de Policía consignadas al practicar el levantamiento del cadáver de la víctima, para derivar de allí, con certeza, la comprobación de la causal 7ª de agravación contemplada en el artículo 324 del Código Penal, a pesar del desafortunado empleo de algunas expresiones en la sentencia que darían lugar a discutir tal estado de certidumbre.

Consideraciones de la Corte:

CAUSAL TERCERA: Como se destaca en el libelo, la debida motivación de la sentencia, imposición hecha por el artículo 163 de la Constitución Nacional y el 186 del Código de Procedimiento Penal, no se satisface tan sólo con la exposición de los fundamentos sobre los que se estructura el hecho punible en sus diferentes elementos o aspectos. También es exigencia a ser observada por el juzgador al momento de dosificar e individualizar la pena. Sólo así, se ven satisfechos a cabalidad supremos principios, como el de la certeza y proporción, en el ejercicio del poder punitivo del Estado al aplicar las consecuencias establecidas por la realización de un hecho definido legalmente como punible y permitir al afectado ejercer el derecho a la impugnación, el cual no necesariamente implica el cuestionamiento en los extremos de inocencia o responsabilidad, sino también en los diferentes grados que esta última ofrece. Esto, desde luego, hace indispensable el conocimiento de cómo se llegó a la imposición de un determinado quántum *punitivo.*

El desconocimiento de esta exigencia en el proferimiento del fallo, ciertamente genera su anulación. Con todo, esto no autoriza a llevar al campo de la inadecuada motivación, como motivo de ineficacia del acto procesal, la no utilización de una particular forma de fundamentar la tasación de la pena. Entiéndase que la imposición es de motivar la sentencia y no que ello deba hacerse de una manera especial. Esto

tampoco se infiere de las pautas que para su redacción establece el Código en el artículo 186. En este sentido, por tanto, debe dejarse establecido que la falta de motivación, como factor de invalidación del fallo, hace referencia a aquellos eventos que impiden exacto de cómo se llega a la sanción; qué es lo que se pretende punir y cómo se hace. Así, ya lo ha expresado la Corte, precisamente, en las sentencias citadas en la demanda.

En el fallo recurrido, la situación que se presenta no es ésta. Sea lo primero aclarar, frente al tipo de argumentación hecho por la casacionista, que no es cierto que en la sentencia se hubiere graduado la pena de manera lacónica y abstracta. El Tribunal fundamenta, con referencia a la prueba, a las fallas de apreciación en que estima incurrió el a quo *y a las reglas jurídicas que, en su criterio, son aplicables al caso, por qué debe ser modificada la pena para incrementarla en la cantidad que finalmente fijó (fls. 12 y 13 del cuaderno del Tribunal), no obstante, como lo destaca el Procurador Delegado, omite hacer consideración de manera específica a la incidencia que en la tasación realizada tiene el fenómeno del concurso de hechos punibles integrado por los delitos de homicidio agravado y hurto, también agravado, y el agravante genérico deducido para el punible contra la vida.*

Sin embargo, la omisión mencionada no afecta la certeza en la precisión de la pena. Fijada en veinte años de prisión, en su determinación se cita de manera expresa el artículo 324-7 del Código Penal y demostrándose, como antes se destacó, porqué concurre este agravante, no cabe duda que se partió del mínimo de dieciséis años que prevé la citada disposición, lo cual no podía ser de manera diferente por expreso mandato del artículo 67 ibídem. Esto da lugar a establecer, que por razón del concurso entre homicidio agravado y hurto y por el agravante genérico, se incrementó en cuatro años. Tal manera de fijar la pena total, como señala el Procurador, corresponde a los parámetros establecidos en la ley —arts. 26, 27, 28, 61 y 66 del C. P.—. Por lo mismo, ello no determina la nulidad de la sentencia, pues no entraña conculcamiento a las garantías procesales y a la certeza y precisión en la aplicación de la pena, máxime si, como también lo destaca el Colaborador Fiscal, ella resulta considerablemente benigna en relación con la gravedad de las infracciones reprimidas.

La censura, en consecuencia, no puede prosperar frente a la irrelevancia de las omisiones en que se funda.

CAUSAL SEGUNDA: A pesar de la aparente contradicción en la formulación de este reproche, por inconsonancia entre el pliego de cargos y la sentencia, y la nulidad propuesta en sede del primer cargo ya resuelto, en cuanto sobre un mismo punto se formulan dos ataques con fundamento en causales diversas, lo cual impondría reconocer la invalidez de la sentencia por falta de motivación, habida cuenta que no se dice cómo el agravante genérico del ordinal 12 del artículo 66 del Código Penal incidió en la determinación de la pena, para, en esta segunda censura, admitir su validez para alegar la deducción de un cargo no hecho en la acusación, ni incorporado por medio del mecanismo establecido en el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal, aisladamente considerada la situación, no encuentra la Corte que la incongruencia denunciada se haya presentado.

Como se ha dejado establecido jurisprudencialmente, las circunstancias genéricas de mayor punibilidad, por contener criterios para la dosificación de la pena, son aplicables al momento de dictar la sentencia, sin que la ley procesal exija que deban ser deducidas en el pliego de cargos o en el auto de variación de la clasificación del hecho, como sí se impone en tratándose de circunstancias de agravación específicas que por hacer parte integrante de los tipos penales y referirse a la conducta del autor deben ser imputadas en las oportunidades procesales antes dichas (Cfr. sentencias de noviembre 9 de 1989 y junio 27 de 1990).

Estos criterios, aparecen observados en la sentencia impugnada. Allí se lee que al no ser posible la imputación por el agravante del ordinal 2º del artículo 324 del Código Penal, a pesar de estar demostrado, precisamente por no haberse deducido en el pliego de cargos, se aplicaría el semejante y genérico del ordinal 12 del artículo 66, en razón a la concurrencia del supuesto fáctico para ello.

Esto lleva a contemplar con extrañeza el planteamiento de la demanda, cuando se dice en él que fueron desbordados los límites del juzgamiento impuestos por la resolución de acusación, al deducirse circunstancias de agravación punitiva no incluidas en ella. Como se deja expuesto, tal factor de incremento de la sanción, no tenía por qué aparecer allí consagrado. Por tanto, su consideración en la sentencia no entraña ilegalidad ninguna, estando, como está, debidamente acreditado en el proceso. Ello, por sí solo, sería suficiente para rechazar la impugnación que, con fundamento en la situación anotada, se alega.

No obstante, hácense imprescindibles algunas precisiones más. Se ha sostenido por la impugnante, en procura de sacar avante el ataque, que se ha disfrazado con el agravante genérico la imputación del específico y violado el artículo 66 del Código Penal cuando prohíbe deducir las circunstancias allí contempladas si aparecen previstas de otra manera. En relación al primer aspecto, debe entenderse que si el fundamento fáctico de la circunstancia tenida en cuenta en este caso es el mismo o parecido al de la que se invoca para fundamentar la censura, por la diversificada regulación legal que a ellas se da se establece la diferencia; ahora bien, la prohibición de tener en cuenta los agravantes genéricos, cuando ellos han sido previstos como específicos, no tiene alcance el que le da la censura para hacer ver ilegalidad en el proceder del Tribunal al graduar la pena impuesta a Bustos Castillo. Ella apunta a prohibir que simultáneamente puedan ser imputados los agravantes como genéricos y específicos con violación del principio del *"non bis in idem"*, lo cual, precisamente, precavió el sentenciador en este asunto y de ahí que hubiera hecho la advertencia de la imposibilidad de imputar con fines punitivos el agravante del 324-2 del Código Penal.

Fluye así, entonces, la improsperidad de este otro cargo.

CAUSAL PRIMERA: Como lo destaca el Procurador Delegado, resulta evidente la contradicción en que se incure en el desarrollo del cargo propuesto en la demanda al amparo de la causal de violación a la ley sustancial. En efecto, habiéndose seleccionado para su alegación

la vía indirecta, inicialmente se aduce que a la infracción se llegó por falso juicio de identidad, en cuanto el sentido fáctico de la prueba indiciaria en que se sustenta la imputación del agravante específico para el delito de homicidio contemplado en el artículo 324-7 del Código Penal, fue distorsionado. No obstante, en la demostración del cargo así propuesto, se alega que el error consiste en que se supuso la prueba de la situación de indefensión de la víctima, con lo cual se traslada el falso juicio de identidad de que se partió al de existencia, sin que se sepa en últimas en cuál de los dos se apoya el reproche.

A pesar de este antitecnicismo, no encuentra la Corte que en error alguno se haya incurrido por parte del sentenciador en la deducción indiciaria en que se funda la imputación de la circunstancia de agravación específica cuestionada. Ciertamente, la relación circunstancial hecha por el Inspector que practicó el levantamiento del cadáver de la víctima en el acta respectiva, donde se da cuenta que la sábana de la cama del occiso presentaba manchas de sangre y allí se encontraban "fracciones del cuero cabelludo", aunado a la hora aproximada del crimen —una de la mañana— y a la confianza existente entre el autor y la víctima, como tinosamente lo advierte el Ministerio Público, constituye haz indiciario que conduce a la inferencia de que necesariamente se le acometió cuando se hallaba descansando y yacía sobre su lecho, innegable situación de indefensión, pues obvio resulta que no es lo mismo atacar a una persona despierta y de pie que cuando se encuentra acostada.

Al contexto de circunstancias antes indicado, habría que incluir que dadas las edades y contexturas de los protagonistas, según las referencias del proceso, difícilmente el agresor habría podido dominar a su víctima y propinarle tantos golpes de no haber mediado la situación de sorprendimiento e indefensión señalada.

Por todo esto, la certeza sobre el agravante aludido, desde los criterios de estimación probatoria señalados en la ley, no admite discusión. Tampoco la idoneidad *per sé* de los medios por los cuales se llega a ella.

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, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Con salvamento de voto; *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Proceso. Casación número 4819. Contra: Jairo Bustos Castillo. Delito: Homicidio.

De tiempo atrás vengo sosteniendo que se conculca el derecho de defensa cuando en la sentencia —y no en el calificatorio— se deducen las circunstancias de agravación punitiva prevenidas en el artículo 66 del Código Penal. Y, así, invariablemente, he escrito:

"...1. Jamás se ha puesto en debate que el auto de proceder como a la hora de ahora la resolución de acusación, no constituya la base esencial y toral de la sentencia. Como tal debe bastarse así mismo con un pronunciamiento afirmativo, esto es, incriminador. La calificación debe respetar integralmente la verdad del sumario recogiendo la apreciación jurídica de la conducta y las circunstancias de todo orden que modifiquen, agraven o atenúen el comportamiento prohibido. Resulta así explicable que en la parte motiva del enjuiciamiento se detallen en debida forma los cargos y la calificación genérica de los hechos con expresión de sus circunstancias..."

"...2. Volviendo a lo nuestro, al reo le asiste el derecho de conocer desde el instante mismo en que legalmente se califique la tipicidad de su conducta, el encuadramiento jurídico-penal de ésta y las circunstancias que lo rotulan, pregonándose la necesidad de no excluir de su contexto ninguno de los elementos o circunstancias que dan vida al delito, si es que se aspira a deducir ulteriormente un juicio de reproche y por ende un pronunciamiento de punibilidad. Obrar de manera diferente sería tanto como entronizar en un sistema armónico y legalista como el nuestro, un criterio de deslealtad y prodición hacia uno de los sujetos procesales..."

"...3. Con este juicio valorativo se delimitan los poderes del sentenciador a quien le está vedado al momento de dictar el fallo definitivo, sorprender al imputado con acusaciones ignoradas en el pliego de cargos so pena de incurrir en desatino o arbitrariedad o en ambas cosas a la vez. De la misma manera se preserva y resguarda el derecho de defensa al permitir al procesado no sólo la refutación del punible que se le atribuye o de alguno de sus elementos compositivos sino también de aquellas circunstancias que no forma parte de la estructura típica del injusto..."

"...4. De ser necesario insistir cabe agregar que al silenciarse por acto de Juez la materialización de una circunstancia genérica de agravación que sólo toma entidad y cuerpo en la sentencia cuando no hay ya derecho a réplica, no solamente se priva al responsable de

medios probatorios para contrarrestar o infirmar el despropósito sino que además se le sorprende con la imposición de una sanción adicional que implica mayor aflicción corporal. Véase que el desequilibrio es evidente y que no se preserva el valor justicia en concreto..."

"...Como al primer pronto se advierte el asunto no es meramente formal, académico o convencional, bien que alguno dirá que es la pena que debe cumplir el sentenciado y basta. Con lo cual no queda dicho todo pues también es nuestro drama..."

Ha debido, entonces, prosperar el segundo cargo contra la sentencia.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Para conseguir la demostración del yerro judicial, debe partirse de la decisión misma, única manera de demostrar sus falencias para sacar a la luz la violación consiguiente de la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticinco de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martinez.*

Aprobado: Acta número 0071 (octubre 17 de 1990).

Vistos:

El veintisiete (27) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Tribunal Superior de Orden Público confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1º) de esa jurisdicción, radicado en Pereira, en contra de *Mauricio Aguirre Rodriguez,* como autor responsable de los delitos de homicidio, lesiones personales, tenencia y fabricación de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares (art. 13 del Decreto 180 de 1988), y como cómplice en el de fuga de presos; excepto en la sanción impuesta, la cual redujo de veintisiete (27) a veinte (20) años de prisión, además, de las accesorias pertinentes.

De otra parte y en lo que atañe con *Yolanda Jiménez,* revocó el fallo, absolviéndola de los cargos que se le imputaran. Respecto a *Edgar Henao,* mantuvo su complicidad en la fuga de presos, condenándolo a un (1) año de prisión. Finalmente, confirmó la decisión de primera instancia en contra de *Juan David* o *Nelson Izaguirre Quiñones,* alias "el ecuatoriano", como autor de la dicha fuga, fijando como correctivo dieciocho (18) meses de prisión (fls. 60 a 81, cuaderno 4º y 160 y ss., cuaderno 3º).

Contra la referida sentencia, el defensor del inculpado Aguirre Rodriguez interpuso recurso de casación. Formulada la demanda respectiva, el señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal impetra a la Corte no acceder a las pretensiones del libelista.

Hechos:

El señor Agente del Ministerio Público los sintetiza de la siguiente manera:

"...El 3 de noviembre de 1988, a eso de las cuatro de la tarde, luego de que el recluso Juan David o Nelson Izaguirre Quiñones asistiera a la diligencia de sorteo de jurados en el Juzgado Primero Superior de Pereira, los guardianes a quienes se había asignado su custodia, ante la ausencia del furgón oficial que los trasladaría nuevamente al reclusorio, optaron por abordar un taxi y así dar estricto cumplimiento a la misión remisoria..."

"...Poca distancia se había recorrido en el vehículo de servicio público, cuando sorpresivamente varios sujetos motorizados y haciendo uso de armas de fuego rescataron al detenido Izaguirre Quiñones, acción de la cual resultaron heridos un transeúnte y el guardián Rodrigo López Camacho, falleciendo este último en un centro asistencial..."

"...Los disparos alertaron el populoso sector —calle 19, carreras 9, 8 y 7— de la precitada ciudad, llamando especialmente la atención de los integrantes de una patrulla policial que por allí transitaba quienes de inmediato emprendieron la persecución del individuo señalado por la multitud como uno de los partícipes del atentado, logrando ser capturado a las pocas cuadras, herido y detectándose en su poder una arma de fuego e identificado finalmente como Maurico Aguirre Rodríguez..."

"...Una llamada anónima recibida por las autoridades policiales, permitió al siguiente día la aprehensión de varias personas presuntamente involucradas en los acontecimientos, entre las que se cuentan Edgar Henao y Yolanda Jiménez, al hallarse en la residencia de ésta, pertenencias y cuadernos con anotaciones relacionadas con el citado Aguirre Rodríguez..."

Actuación procesal:

Fue igualmente reseñada por el Colaborador Fiscal de esta guisa:

"...Con base en dos de los informes del Departamento de Policía Risaralda —Policía Judicial—, el uno donde se da cuenta de la captura de Aguirre Rodríguez y el otro que detalla el operativo para la aprehensión de cinco personas más, el Juzgado Segundo de Instrucción Criminal Ambulante de Pereira a quien correspondió la investigación, mediante diligencia de indagatoria vinculó a la mayoría de los aprehendidos..."

"...En esta diligencia Aguirre Rodríguez negó cualquier participación, afirmando por el contrario, ser uno más de los heridos a consecuencia del cruce de disparos entre asaltantes y guardianes, agregando encontrarse en aquella ciudad procedente de Cali cumpliendo la misión que un abogado le encomendara en las oficinas del Seguro Social..."

"...Por su parte los uniformados que procuraron su captura, sostienen que ésta obedeció en razón a que las personas que presenciaron el episodio, a voces lo señalaban como uno de los autores del mismo, y además, al detectar que éste intentaba desaparecer del lugar llevando consigo una pistola la que quiso ocultar cuando se sintió alcanzado lanzándola a un parqueadero..."

"...Abundante prueba testimonial, documental y pericial se allegó en la instrucción con lo cual, al evidenciarse la existencia de un delito propio de competencia de la Jurisdicción de Orden Público, las diligencias se remitieron correspondiéndole al señor Juez Primero de Orden Público de Pereira, quien mediante los trámites procesales del Decreto 180 de 1988, puso término a la primera instancia mediante providencia de 29 de julio de 1989 condenando a Aguirre Rodríguez, Edgar Henao, Yolanda Jiménez y a Izaguirre Quiñones, absolviendo en cambio a Rojas Duque y García Soto, contra quienes no halló plena prueba de responsabilidad y por tanto aplicó en su favor el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal..."

"...Al conocer de esta decisión por apelación, el Tribunal la *modificó* haciendo extensivo el principio del *'in dubio pro reo'* en favor de Edgar Henao y Yolanda Jiménez, absolviendo de todo cargo a ésta y manteniendo en contra de aquél únicamente el punible de fuga de presos, condenándolo como cómplice a la pena principal de un año de prisión. Igualmente, los 27 años de prisión impuestos por el *a quo* en contra de Aguirre Rodríguez se redujeron a 20; determinación que ahora es recurrida en casación tal como lo comentáramos en precedencia..." (fls. 45/6, cuaderno de la Corte).

La demanda:

Luego de hacer el actor una relación suscinta de los hechos materia de juzgamiento, pide casar la sentencia atrás referida, al amparo de la *causal primera* de casación, segundo cuerpo, proponiendo tres *cargos*.

En el *primero* señala un error de hecho cometido al darle "toda credibilidad" a los informes policiales que determinaron la apertura de investigación, sin tener en cuenta su carencia de apoyo en la prueba testimonial, la cual analiza para concluir que no tiene la entidad que permita sustentar un fallo condenatorio en contra de su poderdante, bien por ser de oídas ora por ser contradictorias ya por su falta de claridad. Ello motiva un sinnúmero de dudas impidiendo que exista "la plena prueba para condenársele".

En el *segundo*, critica la valoración que se le diera a una llamada anónima, elaborando una explicación sobre la presencia de una maleta con ropa de Mauricio Aguirre en la residencia de Yolanda Jiménez, lo que motivó su absolución, dándole crédito a su versión, lo que no sucedió con la suministrada por aquél, suscitándose dudas que no se le tuvieron en cuenta.

Finalmente, en el *tercero*, plantea un nuevo error de hecho, por habérsele dado al peritazgo de balística "un entendimiento diferente al real", por cuanto no dice que el proyectil "haya sido el que se disparó con el arma que fue entregada para el examen balístico; tampoco el proyectil número 2"; además, destaca la pluralidad en las acciones, el desconocimiento del arma que se utilizó para matar a Rodrigo López, y cómo "sólo por el hecho de haber encontrado una pistola que se le adjudica a Mauricio Aguirre, ya éste es responsable de la muerte del guardián". Concluye el demandante calificando a su

defendido como "una de las víctimas del atentado", de acuerdo con la versión del agente Corrales, tal como se desprende del croquis que anexa para su estudio por la Corte (fls. 26 a 40, cuaderno 8º).

Concepto del Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal:

El señor Agente del Ministerio Público impetra no casar el fallo impugnado. Estima que "...lo presentado por el actor no es una demanda de casación sino un simple y común alegato de instancia...", pues pese a invocar una violación indirecta de la ley por error de hecho, no cumple con la obligación de "...demostrar técnica y jurídicamente el sentido y alcance de la infracción alegada, comprobando la existencia del 'manifiesto' u 'ostensible' error en la función juzgadora del sentenciador cuando hizo el análisis probatorio, y lo más importante, su incidencia en el fallo..."

Luego de llamar la atención sobre cómo el libelista no precisó el sentido de la violación, ni bajo cuál de las tres modalidades generadoras del error de hecho se presentó el quebranto, destaca la insalvable falla técnica en que aquél incurre al afirmar "...la existencia de errores de hecho en la apreciación de determinadas pruebas como forma de violación indirecta...", cargos que ha debido concretar aduciendo un error de derecho, "...el que a su vez, tampoco prosperaría pues se trata de medios probatorios no tarifados..."

Finalmente, con apoyo en jurisprudencia de la Corte, advierte la Delegada que si lo pretendido era demostrar que ha debido reconocerse en favor del procesado el *"in dubio pro reo"*. "...la vía de hecho a que acudió el demandante resulta evidentemente equivocada, pues si el sentenciador entendió que en el proceso afloraban ciertas dudas y a pesar de ésto no aplicó el artículo pertinente, el error de derecho era el apropiado para acusar el fallo..."

La Corte:

I. Razón le asiste al Colaborador Fiscal cuando indica los diversos defectos técnicos en que incurre el censor en la demanda que presenta a esta Colegiatura. Es la propia interpretación del acervo probatorio su principal argumento, el cual opone a las tesis de los falladores, controversia propia de las instancias pero extraña al instituto de la casación. En múltiples ocasiones la Corte ha precisado "... que la Sala de Casación no es una instancia, en donde las partes, y concretamente los recurrentes, pueden enfrentar su propio y personal criterio con las razones de la decisión impugnada, sin observar una lógica y un rigor especiales, en cuanto a la demostración del error trascendente y determinante que se aduzca con el propósito de invalidar el fallo..." (Casación, febrero 7 de 1989. Magistrado ponente doctor Duque Ruiz).

Tales reglas son desconocidas por el actor quien se dedica a descalificar el reporte policial por las "...narraciones que no contienen la verdadera realidad de los hechos con respecto a quienes o quien participó de los mismos, pues algunos agentes honestos...manifiestan desconocer los hechos y no haber participado en los operativos como

es el caso del agente de policía Diego Alberto Palomino...y en fin, una serie de hechos que dentro de la prueba testimonial no dan como para respaldar el informe policivo..."

Bien puede observarse que nos encontramos frente a referencias ambiguas que no permiten demostrar el aserto. Apenas se menciona la presunta versión, sin manifestar su incidencia en el decurso procesal y si el yerro del Juez consistió en haberla desconocido o tergiversado. Tampoco aclara cuál es "la serie de hechos" que "no dan como para respaldar" la prueba cuestionada. Su propósito de defender la propia interpretación de la probanza recaudada se manifiesta líneas adelante cuando advierte que las deposiciones que trae en su ayuda (ANTONIO MACIAS y SOLEDAD RAMIREZ), *simplemente se contraponen a lo dicho por un oficial que no estuvo presente en el lugar de los acontecimientos.*

Sin embargo, aparte de desmenuzar los testimonios que favorecen sus intereses, ignora el razonamiento del fallador, provocando el desfase correspondiente. Y es que, para conseguir la demostración del yerro judicial, debe partirse de la decisión misma, analizándola, confrontándola con la realidad procesal, única manera de demostrar sus falencias para, finalmente, sacar a la luz la violación consiguiente de la ley. Oponer simplemente el propio discernimiento frente a los razonamientos de los juzgadores es agitar de nuevo una controversia ya superada en las instancias.

II. Es por ello que si lo que pretendía el casacionista era probar una conculcación de la ley agotada por el sentenciador respecto del comunicado de la policía, debió demostrar tal cosa, poniendo de resalto en qué consistió la equivocación, ora porque lo ignoró, bien porque lo distorsionó, ya porque supuso hechos que no contiene. Pero cuestionarlo para restarle credibilidad a sus protagonistas, era trasladar la impugnación al ámbito del error de derecho por falso juicio de convicción, censura que, por lo demás, estaba destinada al fracaso por tratarse de una prueba no tasable. Idéntica argumentación debió proponer respecto de la llamada anónima y la atención que se le prestara en el fallo recurrido. Empero, su inconformidad se centra en la valoración que le dieran en las instancias. Lo propio puede afirmarse del tercer cargo en el que se limita a criticar el peritazgo de balística por oponerse a su personal deducción.

III. Aparte de la antinomia que se extrae de esta inadecuada presentación de las acusaciones, planteando errores de hecho pero demostrándolos como si fueran de derecho, desconociendo el principio de no contradicción que gobierna el recurso extraordinario, de igual manera, como lo recalca la Delegada, se limita a transcribir el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal —numeral 1º—, sin precisar el sentido y alcance de la violación alegada. Ello impide conocer a plenitud el pensamiento del censor, no pudiendo la Sala desentrañarlo en forma oficiosa.

IV. Restaría por llamar la atención sobre la igualmente inadecuada presentación que hace, esta vez, de la falta de aplicación del principio del "in dubio pro reo" *en la decisión impugnada. Según su parecer, el Juzgador lo aceptó luego de examinar el recaudo probatorio,*

aplicándolo en favor de otros acusados, pero omitió hacer lo propio con su defendido, hecho que desconoceria el valor probatorio que le asigna la ley. Sin embargo, este razonamiento que repite a lo largo de todo el libelo, ha debido plantearlo como error de derecho, tal como lo aclaró con suficiencia la Sala en el fallo que rememora el Ministerio Público.

Así, de conformidad con todo lo anterior, debe desecharse el recurso a virtud de las fallas de técnica advertidas.

Por lo expresado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Negar la casación impetrada.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA. VIOLACION INDIRECTA

En exigencia del Decreto 050 de 1987, se abrió el campo para acusar por la vía de la violación indirecta los errores cometidos por el juez en la sentencia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veinticinco de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 072 (octubre 23 de 1990).

Vistos:

Procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a resolver la demanda de casación presentada por la defensora del procesado *Luis Emilio Mosquera Moreno*, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, mediante la cual confirmó la de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Superior del Socorro, modificando la pena principal en el sentido de rebajarla de 20 a 19 años y señalando en concreto los perjuicios materiales y morales.

1. Hechos y actuación procesal:

El 3 de julio de 1988, fue encontrado el cadáver del señor Jorge Porras Sánchez, dentro de una zanja llena de agua, en predios de la hacienda "Los Tunjos", ubicado en jurisdicción territorial de Guadalupe (Santander) y perteneciente a la familia Mosquera Moreno.

El occiso estaba desaparecido desde el 27 de junio anterior, fecha en la cual fue visto en un vehículo de su propiedad, en compañía del acusado Luis Emilio Mosquera Moreno, rumbo a la vereda Solferino, supuestamente a mirar un ganado que el segundo había ofrecido al primero.

La víctima fue despojada de un campero marca Suzuki SJ 410, un revólver, joyas, dinero en efectivo y varios documentos. El automotor fue recuperado en Sesquilé (Cundinamarca), en donde lo dejó el imputado para reparación.

Después de la desaparición de Porras Sánchez, su hermano Alvaro recibió una nota en la cual condicionaban su liberación a la entrega de una suma de dinero, pero esta exigencia no se concretó ante el encuentro e identificación del cadáver.

La instrucción fue adelantada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guadalupe, Despacho que luego de recibir las correspondientes indagatorias, dictó auto de detención contra los hermanos Luis Emilio Armando y Yhorguyn Mosquera Moreno, por los delitos de homicidio, secuestro extorsivo y hurto.

La calificación del mérito del sumario correspondió al Juez Quinto de Instrucción Criminal del Socorro, quien dispuso llamar a juicio a Luis Emilio Mosquera Moreno, por los punibles de homicidio agravado, hurto calificado y agravado, tentativa de extorsión y falsedad documental en concurso. En favor de las demás personas vinculadas mediante indagatoria decretó cesación de procedimiento.

La conducción del juicio estuvo a cargo del Juzgado Quinto Superior del Socorro, y la audiencia pública se surtió con intervención del jurado de conciencia, quien emitió veredicto absolutorio por la tentativa de extorsión y condenatorio por los demás delitos. El fallador acogió la veredicción y dictó sentencia condenatoria, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de San Gil, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra ella, con las modificaciones referidas inicialmente.

II. Demanda de casación:

La defensora del procesado, al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, formula tres cargos cuyo tenor es el siguiente:

1º *"Error manifiesto de hecho por suposición de la prueba".*

Su fundamentación radica en que el Tribunal dio por existente una prueba que no reposa en el proceso, pues la identidad del cadáver encontrado no fue demostrada científicamente. Estima la demandante, que si no se sabe quién fue el muerto menos se puede señalar a su responsable.

2º *"Error de derecho por violación de la norma que determina la manera y requisitos para la estimación válida de la prueba".*

Según la sustentación, el error alegado consiste en un falso juicio de legalidad, con relación al reconocimiento en fila de personas, pues fue realizado de manera incorrecta, ya que los individuos que acompañaron al imputado en la fila no tenían características morfológicas semejantes y él fue el único que usó sombrero en dicha diligencia, situación que dado su parecido con el occiso, pudo confundir a los testigos.

3º *"Error de hecho por apreciación errónea de la prueba".*

El supuesto error consiste, en que el Tribunal dio un alcance diferente a la prueba, que de haberla apreciado concretamente la sentencia hubiera sido absolutoria. Los testimonios sólo dicen que los vieron juntos, occiso y acusado, pero no que alguien hubiese presenciado el hecho ilícito y por ende no pueden indicar quién lo pudo cometer.

Finalmente hace una lista de normas que estima violadas y solicita que se case la sentencia y se absuelva a Luis Emilio Mosquera.

III. Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, sugiere a la Sala no casar el fallo impugnado, porque encuentra que la demanda adolece de graves fallas de carácter técnico, que relaciona en el siguiente orden:

—En los juicios en que intervino el jurado de conciencia, no es posible demandar por violación indirecta de la ley sustancial.

—La demanda no contiene un resumen de los hechos, como lo establece el numeral primero del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, y en su lugar se limita a comentar las principales decisiones adoptadas durante el proceso.

—Tampoco se cumple con lo dispuesto en el numeral tercero del artículo citado, pues no se expresan en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada, ni se indican en cada cargo las normas sustanciales presuntamente infringidas.

Considera, además, que las presuntas irregularidades existentes en el aspecto probatorio han debido demostrarse por la causal tercera de casación, con fundamento en el desconocimiento del derecho de defensa o el quebrantamiento del debido proceso.

No observa que exista alguna causal de nulidad que pueda ser decretada oficiosamente.

IV. Consideraciones de la Sala:

Razón le asiste al señor Agente del Ministerio Público, al destacar los insalvables errores cometidos por la demandante, los cuales impiden que pueda hacerse un pronunciamiento de fondo.

Mientras rigió el Decreto 409 de 1971, fue pacífica la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que en los procesos en que hubiere intervenido el jurado de conciencia, no era posible, en ningún caso, demandar en casación por la vía indirecta, pues entre otras razones los jurados fallan en conciencia y no en derecho, además como no motivan su veredicción es imposible saber cuál o cuáles medios de prueba determinaron la decisión.

Con la entrada en vigencia del Decreto 050 de 1987 se restringió la actuación del jurado popular a una manifestación sobre la responsabilidad del procesado con un simple si o no (art. 531 del C. de P. P.), y se facultó al Juez, para "variar la denominación del delito dentro del género del capítulo correspondiente del Código Penal y declarar cualquier otra circunstancia modificadora de la culpabilidad y de la punibilidad" (art. 533 ibidem).

En estas condiciones, siguió siendo improcedente acudir a la violación indirecta para impugnar la declaración de responsabilidad emitida por el jurado, pero se abrió el campo para acusar por esta vía los

errores cometidos por el Juez en la sentencia, respecto a la variación de delito dentro del género del capítulo correspondiente o sobre las circunstancias modificadoras de la punibilidad y de la culpabilidad, que como es obvio, correspondiéndole a él hacerlo, no es una determinación en conciencia sino en derecho.

En el caso sub exámine, *la defensora pretende que se case la sentencia y se dicte un fallo absolutorio, aspiración a la que de ninguna manera se podría acceder, pues implicaría desconocer el veredicto del jurado de conciencia, con quebrantamiento de la estructura del proceso.*

La improcedencia del camino elegido para acusar la sentencia, es un error con suficiente mérito para obligar a la Sala a declarar la improsperidad de los cargos formulados, sin dejar de llamar la atención sobre las otras fallas relacionadas por el Procurador Delegado, que hubieran provocado la misma decisión.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CAMBIO DE RADICACION

El monopolio informativo de los periódicos ha perdido vigencia, especialmente en los conglomerados abiertos, conservando apenas una cierta ascendencia sobre la comunidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0073 (octubre 24 de 1990).

Vistos:

A esta Colegiatura ha llegado la solicitud de cambio de radicación elevada ante el Juez Dieciocho (18) Penal del Circuito de Bogotá, en su calidad de funcionario cognoscente, por el *doctor Julio Jiménez Murcia,* defensor de *Jaime Michelsen Uribe,* en el proceso que contra éste y otros se adelanta por los delitos de abuso de confianza e infracción al Decreto 2920 de 1982.

La petición:

El memorialista aduce como razón de su pedimento el que "...Durante casi dos lustros un periódico de Bogotá se ha involucrado en el proceso de Michelsen, desatando la más cruel campaña de denostaciones contra él, contra el que haya pertenecido al Grupo Grancolombiano, contra todo Juez o funcionario que en una u otra forma han dictado providencias que ajustadas a derecho han favorecido a los procesados y el honorable Tribunal Superior de Bogotá las ha revocado..."

La Corte:

I. La ecuanimidad —al lado de los conocimientos, la firmeza de carácter y la experiencia— es una cualidad indispensable del administrador de justicia, pues sólo libre de cualquier tipo de presiones o prevenciones puede dictar o proferir las decisiones o fallos que le ha encomendado el Estado. Involucrarse de cualquier manera en la cuestión a él sometida comprometería su imparcialidad y, por ende, las determinaciones o sentencias mismas, las cuales no serían el reflejo de la realidad procesal.

II. Variados son los factores que pueden llegar a perturbar el ánimo del juzgador. Ellos van desde el convencimiento apresurado de una verdad que, por hallarse en trance de formación, puede cambiar o incluso desaparecer en el desarrollo de la investigación, hasta los provenientes de actos externos que, con tempranez indeseable, encasillan su providencia.

III. La creciente influencia de los medios de comunicación pertenece a la última especie mencionada. Convertidos por razón de su evolución en protagonistas del acontecer social, en veces trascienden los límites de la información pura y objetiva para tomar partido en la discusión. Análisis e investigación se enlazan una y otra vez para proferir un juicio que causa el natural impacto en la opinión pública.

IV. Condenas y absoluciones son dictadas a diario en periódicos, revistas, noticieros de radio y televisión, programas de opinión, etc., etcétera. Sometido a este constante flujo de información precipitada, como apresurado es el movimiento mismo de la sociedad, el hombre común recoge estos pareceres, convirtiéndolos en propios, distorsionando el examen u observación personal.

V. En comunidades cerradas donde las posibilidades de acceso a la información son limitadas, el daño es mayúsculo. El ciudadano, sometido apenas a un punto de vista, se convierte en objeto fácil de manipulación. Por el contrario, en los conglomerados abiertos, las oportunidades son múltiples para ello, aunque la ligereza de los conceptos siga primando. No obstante, esta abundancia de datos, evaluaciones y veredictos hacen decrecer la influencia individual de los medios, por importantes que ellos sean, y salvo una coincidencia de la mayoría sobre determinado aspecto, su solitaria acusación provoca apenas el revuelo de lo novedoso que, con el correr de los días, cede el paso a otras noticias, cuya actualidad oculta o borra las anteriores.

VI. A esta situación no escapan los periódicos de alcance nacional, otrora participantes omnímodos del poder, hoy dueños de una porción menor que deben compartir con sus homólogos de radio y televisión. Su monopolio informativo, por así decirlo, ha perdido vigencia, del mismo modo que la excesiva preponderancia de sus opiniones, conservando apenas una cierta ascendencia sobre la comunidad.

VII. Así, el que un diario como "El Espectador", que en circulación e importancia ocupa uno de los primeros lugares en el país, haya dedicado en múltiples oportunidades sus páginas no sólo a enterar sobre los hechos que rodearon la crisis del denominado "Grupo Grancolombiano", sino también a su análisis y lanzar comentarios muchas veces apasionados, no implica de suyo un serio peligro a la sobriedad y equilibrio de la administración de justicia.

VIII. Además, ha de tenerse en cuenta que luego del escándalo que ocupó las primeras planas de los diarios, el periodismo dejó de ocuparse del tema, salvo de las naturales novedades que el decurso de las investigaciones iba produciendo. "El Espectador" fue la excepción y así lo demuestra el memorialista con las fotocopias que adjunta. La insularidad de su actitud es manifiesta. Más aún, la nula influencia de su postura en los estrados judiciales es aceptada por el doctor JIMENEZ MURCIA cuando ningún comentario le merece el fallo de primera

instancia, el cual parece apoyar y compartir, o por lo menos aceptar, pues su interés radica únicamente en "...que sea un Tribunal distinto al de Bogotá el que conozca en segunda instancia de la sentencia que acaba de proferir..." el Juzgado Dieciocho (18) Penal del Circuito.

IX. Esta parcelación de la supuesta preponderancia periodística, capaz de perturbar la serenidad de los falladores, resulta extraña. Si en verdad, la argüida presión para desviar la rectitud del criterio judicial fuere tan mayúscula, es obvio que tanto en una como en otra instancia se hubiera dejado sentir. Incluso, de reconocerse la capacidad de obstrucción que le asiste a la publicación capitalina y teniendo en cuenta su trascendencia nacional, no habría lugar en el territorio patrio, o por lo menos debería ser muy apartado, donde llevar a buen término el susomentado proceso.

X. La intención última del petente se reduce al simple cambio de juzgador instancial, quizás porque en el pasado sus decisiones han contrariado las expectativas del procesado. Empero, el azar de un posible resultado favorable a sus intereses en otro distrito judicial, no es argumento atendible para un cambio de radicación. Hasta hoy, la ponderación y buen juicio en dicho proceso no muestran signos de perturbación por factores externos al Tribunal referido, considerando, en últimas, esta Sala que aquella Corporación puede proferir el fallo correspondiente, con absoluta independencia y probidad.

De consiguiente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

Resuelve:

Denegar la solicitud que de cambio de radicación del proceso adelantado contra Jaime Michelsen Uribe y otros por abuso de confianza e infracción al Decreto 2920 de 1982, elevó su apoderado.

Remítase esta actuación al Juzgado competente para que sea agregada al proceso respectivo.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FUERO. JUEZ

La sola circunstancia de que un proceso se inicie para la investigación de actos funcionales del implicado como Juez de la República, no somete el comportamiento que en él realice, bajo los márgenes del fuero

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., primero de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 71.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga se abstuvo de abrir investigación en contra del doctor *Hernando Saavedra Duarte*, a quien se atribuyera un delito de injuria, decisión inhibitoria de septiembre 13 de 1989 en contra de la cual se interpone el recurso de apelación. Cumplido el trámite propio de la instancia, corresponde a la Sala su pronunciamiento.

Hechos:

El 7 de junio de 1989 se dirigió el doctor Hernando Saavedra Duarte al señor Procurador Regional de Bucaramanga, respondiendo un pliego de cargos que le fuera formulado disciplinariamente por conducta contraria a la administración de justicia, ejecutada durante su desempeño como Juez Primero Civil de Menores de Bucaramanga. Aludiendo a quienes habían declarado dentro de esas diligencias, y concretamente a la doctora María Ludy Calderón Mantilla, dijo el imputado en sus descargos:

> "Los testigos honorable Procurador ahora en su pliego de cargos de la doctora María Ludy Calderón Mantilla acaso no es ella la persona deshonesta que por más que tuviera vencido un término mi Secretario ponía su alegato dentro del mismo. No se lo puedo demostrar pero se enojó cuando le puse cuidado" (sic).

Al tener conocimiento de las anteriores expresiones, las estimó la doctora Calderón Mantilla de deshonra y menosprecio, optando por formular querella en contra de su autor por el delito de injuria.

Consideraciones de la Corte:

1. La competencia que fija el artículo 69, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal a las Salas de Decisión Penal de los Tribunales Superiores de Distrito para que conozcan en primera instancia de los procesos que se sigan a los Jueces, se restringe expresamente a las infracciones cometidas "en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas", consagrando así un fuero restringido o funcional, pertinente a los delitos cometidos por razón del servicio o con ocasión de éste, y distinto del pleno que cobija a los altos funcionarios del Estado (arts. 96, 97, 102, 131 y 151 de la Constitución Nacional) donde se toma particularmente en cuenta la estabilidad de las instituciones.

2. En el caso que se examina, lejos se está de la comisión de una de las llamadas "infracciones oficiales", si al pronunciar el doctor Saavedra Duarte las expresiones que estima su querellante injuriosas, no cumplía con deber funcional alguno de su cargo, ni ejecutaba acto directamente derivado o relacionado con su desempeño.

Su intervención se concretaba en el ejercicio del derecho de defensa, en condiciones que nada le distanciaban de aquellas en que actuaría un particular; valga decir, con toda la libertad y autonomía que cabe reconocer a quien dentro de un proceso penal o disciplinario afronta el riesgo de una sanción, obligándose a replicar, contraprobar, recurrir, sustentar o siquiera simplemente a rendir explicaciones, actividad que por extraña precisamente, a la órbita oficial, ha merecido su diferenciación por la jurisprudencia, que hallándola ajena al ejercicio propiamente litigioso, tampoco se encuentra incompatible con el desempeño de cargo público.

La sola circunstancia, entonces, de que un proceso se inicie para la investigación de actos funcionales del implicado como Juez de la República, no somete el comportamiento que en él luego realice, bajo los márgenes del fuero, pues guarda éste una directa e inmediata vinculación con el ejercicio del cargo o de las funciones, que ya dentro del proceso no conserva, de manera que su aplicación extensiva llevaría a transformarlo en un "fuero personal" que la ley no contempla.

3. Cumplido, pues, el comportamiento atribuido al doctor Saavedra Duarte, por fuera del ejercicio de sus funciones oficiales, y ajeno a las mismas, concluyese que la competencia para conocer de la infracción que se le atribuye no recae en la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, sino en los señores Jueces penales municipales de aquella ciudad (art. 72 del C. P.) lo que obliga ahora a la Sala a inhibir la revisión que se le propone, debiendo en cambio regresar el expediente al Despacho de procedencia, para que por él se remita la actuación a quien compete.

Atendidas las razones que preceden y por ellas en desacuerdo con las que expone el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal quien halló indebidamente sustentado el recurso, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

Resuelve:

Abstenerse de revisar la decisión motivo de alzada, disponiendo regrese el expediente al Tribunal Superior de Bucaramanga, para que por su medio se envíe al Juzgado competente.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Con salvamento de voto; *Tiberio Quintero Ospina*, Conjuez; *Julio Rozo Rozo*, Conjuez; Con aclaración de voto; *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez*, Con salvamento de voto; *Dídimo Páez Velandia*, *Edgar Saavedra Rojas*, Con salvamento de voto; *Juan Manuel Torres Fresneda*, *Jaime Bernal Cuéllar*, Conjuez.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). JUEZ (SALVAMENTO DE VOTO)

Cuando el Juez en calidad de justiciable comete una infracción a la ley, la misma esté intimamente relacionada con las funciones que realiza

Radicación número 4628. Segunda instancia. Procesado: Hernando Saavedra D.

Contra lo manifestado por la decisión mayoritaria de la Sala, consideran los suscritos que si bien es cierto que el artículo 68, numeral 4 del Código de Procedimiento Penal fija una competencia para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para conocer en segunda instancia las decisiones de primera tomadas por las Salas de Decisión de los Tribunales y a éstos, por lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 69, para conocer de los procesos que se siguen contra los Jueces "por los delitos cometidos en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas...", la verdad es que en el caso que es motivo de juzgamiento nos encontramos en presencia precisamente de una de las eventualidades previstas en las normas con anterioridad citadas, porque el Juez como tal es sujeto pasivo de los procesos penal y disciplinario cuando infringe normas disciplinarias o penales cometidas en el ejercicio del cargo o con relación a ellas; no podría desconocerse bajo ninguna perspectiva que su iudicabilidad es extraña al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y es por ello que cuando en tal calidad de justiciable, comete una infracción a la ley, la misma está intimamente relacionada con las funciones que realiza como Juez de la República.

Sería tanto como pretender que el fuero que consagra la Constitución Nacional (art. 170) para el juzgamiento de los militares por los Tribunales castrenses no se conservara, cuando un miembro de las Fuerzas Armadas sometido a Consejo de Guerra incurre en una falsedad para hacerse a pruebas que lo favorezcan, y quedara para efectos de su juzgamiento exento del fuero constitucionalmente previsto.

Aquí la expresión "por razón de ellas" es de carácter indirecto, puesto que la conducta objeto del procesamiento penal o disciplinario si es por una relación directa con el ejercicio de sus funciones, pero el hecho de que la conexidad sea de carácter indirecto, no puede llevar a la afirmación que no fue realizada la conducta con relación a sus funciones jurisdiccionales, puesto que el procesamiento existe como tal por su calidad de Juez y cuando responde a las imputaciones que se le formulan por una presunta violación a la norma, lo hace en su

calidad de tal, porque el hecho de convertirse en procesado y de estar ejerciendo el derecho a la defensa, no pierde esa relación funcional según la cual la conducta que es motivo de investigación, lo es precisamente por la razón del cargo que desempeñaba en el momento de ejecutarla.

Estas breves consideraciones son las que nos llevan a la manifestación de discrepancia con la decisión mayoritaria.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas, Julio Rozo Rozo, Conjuez.

DERECHO DE DEFENSA

La doctrina de la Corte se ha mostrado reacia al señalamiento de pautas o derroteros al defensor, respecto a la forma como debe dirigir u orientar la defensa o en cuanto a calificar su éxito por el resultado obtenido

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., siete de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 76 (noviembre 7 de 1990).

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por el defensor del procesado *José Gersain Medina Real* la sentencia de 22 de noviembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Superior de Bogotá lo condenó a la pena principal de diez años de prisión por el delito de homicidio en Jairo Camargo Romero y ordenó cesar procedimiento en su favor por haber prescrito la acción penal correspondiente a las lesiones personales causadas a José Francisco Cifuentes.

Hechos y actuación procesal:

A ellos se refirió el Tribunal Superior, en los siguientes términos:

"Revela el proceso, que en la madrugada del veintidós de marzo de mil novecientos ochenta y uno, encontrándose el señor *José Gersain Medina Real*, departiendo con otros amigos en la taberna denominada 'Los Helechos' ubicada en la carrera 2ª número 10-70, le fue cobrada la cuenta por el consumo de licor y como quiera que no aceptó el valor exigido, se trabó en discusión con la mujer de nombre *Martha Cecilia Camargo Romero*, al punto de ser abofeteada por el embriagado hombre, momento en el que intervino el hermano de ésta (Jairo Camargo Romero), dándose de puñetazos con Medina Real, quien al verse seriamente golpeado, desenfundó una pistola y la disparó contra la humanidad de su antagonista causándole la muerte. Dentro de la misma contienda, fue herido el señor *José Francisco Cifuentes*, quien recibió heridas con la misma arma de fuego que accionaba Medina Real" (Subrayas de texto).

El victimario huyó del lugar de los hechos, no pudiendo ser hallado para oírlo en indagatoría, razón por la cual fue emplazado y declarado reo ausente, designándole apoderado de oficio (fl. 145 del expediente).

Perfeccionada en lo posible la investigación y subsanadas las irregularidades advertidas, el Juzgado Sexto Superior de Bogotá por auto de fecha 19 de febrero de 1986 llamó a responder en juicio, con intervención del jurado de conciencia, al procesado José Gersaín Medina Real por los delitos de homicidio simple y lesiones personales, en concurso de hechos punibles, pronunciamiento notificado en forma personal al Agente del Ministerio Público y por anotación en estado de 11 de abril del citado año, a las demás partes (fls. 229 a 246 vto. *ibidem*).

Con fundamento en el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985 se dispuso nombrar como defensor de oficio del acusado al doctor José Angel Cano Cerdas, a quien una vez posesionado del cargo, se le hizo notificación personal del auto de proceder (fls. 247 y ss.).

Al término de la audiencia pública, el jurado de conciencia afirmó por unanimidad sobre la culpabilidad del enjuiciado en ambos delitos, veredicto acogido por el Juzgado del conocimiento y tenido como soporte de la sentencia de 19 de marzo de 1987 que lo condenó a la pena principal de 10 años, 30 días de prisión, fallo finalmente consultado con el Tribunal Superior de Bogotá y por éste confirmado mediante el que es objeto del recurso de casación.

Mientras tanto, el 13 de octubre de 1988 fue puesto a disposición del Juzgado el capturado José Gersaín Medina Real, quien designó como defensor al mismo profesional del derecho que interviene como recurrente (fls. 343 y ss.).

Demanda de casación:

Acogiéndose el demandante a la causal cuarta de casación del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de rango constitucional (art. 26 de la Constitución Nacional) y formula tres cargos, a saber:

Primero: Violación del principio de favorabilidad de la ley penal y consiguiente desconocimiento del derecho de defensa, porque el auto de proceder fue notificado al procesado ausente con fundamento en el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985, cuando ha debido serlo en la forma indicada en el artículo 484 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 409 de 1971) norma que resultaba más favorable "pues si se hubiera efectuado el emplazamiento por edicto fijado durante diez días, como lo ordena el mencionado artículo 484 del Código de Procedimiento Penal anterior, aquél habría tenido mejor oportunidad de enterarse del proceso que en su contra se adelantaba y poder así, presentarse a recibir notificación del pliego de cargos".

Agrega, que tampoco fue aplicado en su integridad el artículo 18, por cuanto no se le solicitó por ningún medio, ni se expidió en su contra nueva orden de captura para enterarlo del auto enjuciatorio.

Segundo: Inadecuada defensa del procesado, porque durante la audiencia pública su defensor de oficio no planteó ante el jurado de conciencia como tesis subsidiaria el reconocimiento de la atenuante de la ira e intenso dolor del artículo 60 del Código Penal, por comportamiento ajeno grave e injusto, no obstante existir testimonios indicativos de que la cajera y hermana del occiso Martha Cecilia Camargo Romero trató de "imbécil e idiota" a Medina Real cuando le entregó un billete de doscientos pesos para cancelar la cuenta y Jairo Camargo Romero igualmente lo trató de "H.P.", propinándole varios golpes.

Este vacío en el planteamiento de la defensa, "condujo a que los jueces populares contestaran afirmativamente el cuestionario puesto a su consideración, sin reconocer ninguna causal de atenuación, por la sencilla razón de que durante el debate oral nadie la planteó, ni se hizo referencia a las prueba que tipifican la ira justa".

Tercero: Quebrantamiento del derecho de defensa porque durante la sustanciación de la consulta ante el Tribunal Superior se omitió dar traslado a los sujetos procesales para alegar, durante el término legal, como lo disponía el artículo 566 de la anterior codificación procedimental penal, con lo cual se violó dicha norma y se conculcó el derecho de defensa del enjuiciado, para entonces privado de la libertad, al no permitírsele al defensor alegar en su favor.

Respuesta del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, después de examinar los cargos en el orden en que fueron presentados, solicita no casar la sentencia porque ninguno de ellos está llamado a prosperar.

Refiriéndose al primero de los reproches formulados por indebida notificación del auto de proceder al procesado, expresa:

"Así, teniendo en cuenta que el artículo 23 del Decreto 1853 de 1985, a más de modificar el sistema de la notificación del auto enjuiciatorio, específicamente derogó el artículo 484 del anterior Código de Procedimiento Penal, podía ser aplicado por el Juez el artículo 19 del citado Decreto por cuanto regía para la época en que se produjo la notificación del mencionado auto, puesto que con ello no se consagraba ningún menoscabo al derecho de defensa del procesado Medina Real, pues la favorabilidad de la ley no puede entenderse en una forma abstracta y genérica, sino vista para cada caso en concreto y particular, así, si en principio podría predicarse que el término previsto por el artículo 484 del anterior Código de Procedimiento Penal, era más favorable al procesado, puesto que establecía un tiempo mayor para efectos de enterarse del auto enjuciatorio ello indiferente y sin trascendencia resulta para el presente caso, porque el sindicado desde los instantes posteriores a aquél en que actuó ilícitamente, tuvo plena conciencia de que debía responder por su delictivo proceder y de que éste conllevaría a la existencia de un proceso penal en su contra, sin

embargo, optó por huir, sin que hubiesen tenido resultados positivos los emplazamientos que se le efectuaron por el término de diez días, tanto para vincularlo al proceso en calidad de sindicado, como cuando se pretendió notificarle la primera providencia calificatoria, que fuera declarada nula, y sólo vino a apersonarse del proceso más de siete años después de que tuvieron ocurrencia los hechos, y luego de haberse proferido en su contra sentencia condenatoria en primera instancia, y ello porque fue capturado por unidades del Departamento Administrativo de Seguridad; luego, ningún perjuicio se le causó, ni se conculcó su derecho de defensa".

Respecto al segundo, por falta de adecuada defensa del acusado durante la audiencia pública, argumenta que si bien es cierto "que el defensor no solicitó al Tribunal Popular, el reconocimiento de la diminuente contemplada por el artículo 60 del Código Penal o sea, el estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, como móvil del hecho porque no encontró que las pruebas existentes en el proceso respaldaran tal petición, y posiblemente su ética y formación profesional no le permitieron efectuar esa clase de exigencias, y por ello, se limitó a abogar por la acogida de una legítima defensa como causa determinante del hecho, planteamiento que con anterioridad había sido realizado en los autos. Sin embargo, no puede afirmarse, que se haya dejado huérfano de defensa al procesado, porque el defensor no estaba obligado a pedir la aceptación de la presencia de circunstancias atenuantes, cuando a su juicio no se daban en el proceso las pruebas que pudieran respaldarla, como realmente ocurre en el caso de estudio, pues si en verdad por parte de los testigos que cita el libelista, se ha hablado acerca del tratamiento que de 'imbécil' le diera la hermana del occiso al sindicado, y de la reacción de aquél en contra de Medina Real, una vez que éste abofeteara a Martha Cecilia Camargo, todas las pruebas aducidas al proceso apuntan hacia la demostración de que no existió grave e injusta provocación por parte de la víctima, que hubiera podido engendrar el estado de ira e intenso dolor bajo el cual hubiese podido obrar el sujeto activo de la infracción, circunstancias éstas indispensables para poder predicar la existencia de la diminuente planteada por el casacionista que se halla ausente en el presente evento, porque a quien señalan los testigos como inicial provocador, ante su negativa a cancelar la cuenta por él adeudada, y luego como la primera persona que actuó en forma violenta contra la hermana del occiso al darle una bofetada, es precisamente el procesado Medina Real".

Luego agrega:

"La defensa técnica corresponde, quiérase o no, a una táctica que cada abogado tiene a bien ejercitar para lograr que la situación del procesado sea resuelta lo más favorable a sus intereses y si ésta corresponde a las posibilidades que brinda la prueba, inusitado resultaría concluir falta de defensa porque sus argumentos no hayan tenido éxito".

Y en cuanto se relaciona con el último de los reproches manifiesta que no se ajusta a la realidad procesal, puesto que como aparece de folios 2 a 5 vuelto del cuaderno del Tribunal Superior de Bogotá, por auto de 27 de mayo de 1987 el Magistrado sustanciador ordenó

dar traslado al Fiscal por cinco días para alegar, y luego fijar el asunto en lista por el mismo término, como lo ordenaba el artículo 566 del anterior Código de Procedimiento Penal, traslado en virtud del cual el Fiscal Doce emitió concepto, habiéndose fijado el asunto en lista el 17 de junio, y desfijado el 25 de los mismos mes y año, faltando únicamente por producirse la providencia que resolviera el grado jurisdiccional de la consulta.

Afirma, que "la defensa no hizo uso en su oportunidad del derecho que le otorgaba la ley para presentar las tesis que consideraba del caso para efectos de ser tenidas en cuenta por el Tribunal Superior, al revisar la sentencia de primera instancia... y si no vio viable el pronunciamiento de la declaratoria de una contraevidencia del veredicto, que sería el paso esencial a seguir, el hecho de haber guardado silencio en aquella oportunidad procesal no puede ser objeto de reproche".

Consideraciones de la Corte:

La réplica de la Procuraduría Delegada, que la Sala prohíja, sería suficiente para desestimar los reparos formulados a la sentencia impugnada en el marco de la causal 4ª del anterior ordenamiento procedimental penal ,sin embargo, es preciso hacer las siguientes observaciones:

Primero: Las normas de procedimiento son de aplicación inmediata, siempre que no afecten, lesionen o menoscaben derechos sustanciales del procesado, principio jurídico que recoge el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y reproduce el artículo 5º del Código de Procedimiento Penal vigente.

El hecho de que la notificación del auto de proceder al procesado José Gersain Medina Real se hubiera realizado en la forma establecida en el artículo 19 del Decreto 1853 de 1985, entonces vigente, el que por razones de celeridad del proceso abolió por primera vez el emplazamiento en casos de ausencia del enjuiciado, y no de la manera contemplada en el artículo 484 del anterior Código de Procedimiento Penal, no genera nulidad por quebranto del derecho de defensa, puesto que en tal evento el procesado o su apoderado tenían que ser enterados personalmente del contenido del pliego de cargos. Así lo entendió la Corte en providencia de 20 de mayo de 1986 con ponencia del Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz.

Además, no debe perderse de vista, que el concepto de defensa integral en este campo, cobija la actividad desarrollada por dos sujetos con intereses comunes: Inculpado y apoderado o defensor, por lo cual el conocimiento de la acusación por cualquiera de ellos garantiza una adecuada defensa; además, el mencionado decreto acabó por primera vez con la doble notificación del auto de proceder prevista en el artículo 182 del anterior estatuto procedimental penal y por otra parte, el recurrente no ofrece razón lógica ni atendible que pudiera tenerse como limitante u obstáculo al cabal ejercicio del derecho de defensa del contumaz incriminado.

Como bien advierte la Procuraduría Delegada, el principio de favorabilidad de la ley penal se predica no de meras expectativas o de situaciones abstractas, sino de hechos reales que evidencien la concreción de un perjuicio al procesado por la aplicación de una norma restrictiva o desfavorable.

No prospera el cargo.

Segundo: Es evidente, que en el presente caso, la rebeldía del procesado dificultó su propia defensa, pues renunció en forma voluntaria a la posibilidad de explicar su conducta impidiendo de tal modo una declaración de inocencia por parte del jurado de conciencia o por lo menos, una disminución de su responsabilidad.

Faltó entonces la colaboración del propio acusado que prefirió ocultarse, mostrándose remiso a sus deberes para con la justicia e indiferente a su propia suerte.

Mediando estos antecedentes, resulta desacertado —por decir lo menos—, exigirle al defensor oficioso la presentación durante el plenario de tesis "subsidiarias" como la de la provocación del artículo 60 del Código Penal que mucho tiene que ver con el estado anímico del provocado u ofendido, no encuentra asidero racional en las pruebas del proceso.

La doctrina de la Corte en esta materia, se ha mostrado reacia al señalamiento de pautas o derroteros al defensor, respecto a la forma como debe dirigir u orientar la defensa, o en cuanto a calificar su éxito por el resultado obtenido.

Respecto a lo primero, ha expresado:

"Dentro de la estrategia del defensor, está el uso discrecional del derecho de defensa, o sea, de los medios de gravamen o de impugnación que le brinda la ley procesal y de todas las garantías que ésta pone en sus manos con esa noble finalidad, de modo que bajo ese entendimiento le está permitido desde el silencio razonable hasta la insistencia impertinente y obcecada" (Casación de 3 de diciembre de 1981).

"Cada defensor planea su propia estrategia de defensa, acordándola con los hechos del proceso y llevándola a sus fines, según su particular criterio, razón por la cual no pueden fijarse pautas ni por el Juez ni por otros abogados..."

"La abundancia de alegaciones no siempre es mejor que un planteamiento claro, breve pero sólido de los aspectos favorables del caso. Muchas veces la sencillez de la exposición, centrada sobre unos pocos argumentos, así sea sólo sobre uno, hacen más en favor del procesado que un caudaloso flujo de pretendidas razones que sólo consiguen, casi siempre, confundir y desorientar al jurado o al Juez, así den a la parte o a su apoderado la sensación de que están agotando hasta sus máximos límites, el esfuerzo defensivo..." (Casación 15 de septiembre de 1982. G. J., Tomo CLXXXI, 49 y 50).

Y en cuanto a lo segundo, manifestó:

"No es dable, entonces, sostener que el procesado careció de defensa técnica sólo porque a juicios del recurrente, aquella no se tradujo en exitoso resultado; ello sería tanto, como afirmar que el derecho de defensa sólo se habrá garantizado cuando se logra sentencia absolutoria o condenación notoriamente atenuada, como si la existencia de ese derecho haya de medirse por el resultado de la gestión profesional y no por la diligente actuación del abogado" (Casación de 28 de septiembre de 1982).

De modo pues, que la falta de adecuada defensa del procesado durante el debate público es más aparente que real, porque apareciendo de autos que el inicial provocador de los hechos fue precisamente el inculpado José Gersaín Medina Real, la tesis subsidiaria del delito emocional se encontraría en total desacuerdo con las pruebas del proceso y porque, su reconocimiento por parte del jurado de conciencia, en el caso de habérsele planteado, no pasaría de ser una mera espectativa o una simple especulación del recurrente.

No prospera el cargo.

Tercero: La inobservancia del artículo 566 del anterior Código de Procedimiento Penal (hoy 535 de la codificación vigente), por omisión de los términos de traslado y fijación en lista para alegar durante el trámite de la consulta, es a todas luces infundada, como anota la Procuraduría Delegada, puesto que habiéndose recibido el proceso en el Tribunal Superior a fin de que se surtiera dicho grado de jurisdicción, el Magistrado sustanciador dio traslado al Fiscal por cinco días para alegar, y luego ordenó fijar el asunto en lista por el mismo término para que las demás partes lo hicieran (ver fls. 2 a 5 vto. del expediente); prerrogativa de la cual no hizo uso el entonces defensor del reo ausente.

El cargo es infundado.

Decisión:

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

Resuelve:

No casar la sentencia condenatoria recurrida a nombre de procesado José Gersaín Medina Real, de fecha, origen y naturalezas consignados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEBIDO PROCESO. NULIDAD

Si la inconformidad del recurrente radica en la denominación jurídica debe plantearse nulidad por la causal segunda del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal. — Bogotá, D. E., ocho de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 076 (noviembre 7 de 1990).

Vistos:

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado *Israel Barrios Serrano*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante la cual confirmó, con una modificación, la dictada por el Juzgado Primero Especializado.

I. Hechos y actuación procesal:

En la tarde del día 5 de diciembre de 1988, dos individuos se presentaron en la residencia de Marco Antonio Acevedo Rueda, ubicada en la calle 45 número 23-141 barrio "El Poblado", del Municipio de Girón y manifestaron que eran agentes del DAS provenientes de Barranquilla, con el fin de adelantar una misión secreta. Posteriormente se supo que se trataba de Helí Carrillo Martínez e Israel Barrios Serrano, quienes ante la ausencia de los dueños de la casa, dejaron anunciado que volverían más tarde.

A las siete de la noche del mismo día volvió Carrillo Martínez, esta vez en compañía de Luis Fernando Mantilla Olaya y comunicaron al señor Acevedo su condición de miembros del DAS y la obligación que tenían de capturar a su hijo Marco Antonio Acevedo Serrano, pero le dieron a entender que la situación podía arreglarse llegando a un acuerdo económico. Como amenaza le hicieron saber que conocían a sus hijas, su nieto y los sitios donde estudiaban, que ellos podían ser abaleados o secuestrados, en cualquier momento, pero que querían hacer un arreglo.

Como Acevedo Serrano no llegó a la casa, hacia las once de la noche se retiraron, manifestando que volverían al día siguiente a las seis y media de la mañana, cosa que efectivamente hicieron los mismos

sujetos y en esta visita exigieron a Acevedo Rueda que les entregara setecientos mil pesos ($ 700.000.00) a cambio de calmar el asunto de la captura de su hijo y no dejar que les pasara nada a sus hijas y a su nieto. El se comprometió a reunirles quinientos mil pesos ($ 500.000.00) para el día siguiente a las cuatro de la tarde, pero aprovechando el plazo informó al DAS la situación que estaba viviendo y ellos montaron un operativo en el cual capturaron a los dos delincuentes dentro de la casa, en momentos en que recibían el dinero, que no era otra cosa que un paquete armado por los detectives.

Los dos detenidos delataron a sus compinches, el agente de la Policía Israel Barrios Serrano, quien estuvo en la casa el primer día y el sobrino de don Marco Antonio, de nombre Nelson vecino de Acevedo.

La instrucción y fallo del proceso correspondió al Juzgado Primero Especializado de Bucaramanga, Despacho que calificó los hechos como constitutivos de tentativa de extorsión, y respecto de Heli Carrillo Martínez, en concurso con falsedad personal.

Realizada la audiencia pública, el señor Juez profirió sentencia condenatoria contra todos los procesados, imponiéndole a Carrillo Martínez cuarenta (40) meses de prisión y a los demás veintiséis (26) meses, más multa de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) a cada uno e interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal. Por concepto de perjuicios morales, la obligación de pagar veinticinco (25) gramos de oro cada uno.

El Tribunal Superior de Bucaramanga al resolver el recurso de apelación confirmó la sentencia condenatoria, rebajando la pena de Luis Fernando Mantilla a dieciséis meses de prisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley segunda de 1984.

II. La demanda:

El defensor invoca la causal tercera de casación, por cuanto considera que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad por incompetencia del Juez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 305 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal.

La razón de la inconformidad consiste en que, según su opinión los hechos investigados y fallados no constituyen extorsión sino concusión. "Lo anterior por cuanto la única diferencia entre los dos delitos, es que en la concusión el sujeto activo es calificado y en la extorsión no".

Agrega que su poderdante era agente de la Policía, y el hecho de que estuviera franco no implica que perdiera esa calidad, en consecuencia, el delito cometido fue concusión y su conocimiento corresponde a un Juez Penal del Circuito.

Solicita que se case la sentencia y se declare la nulidad del proceso a partir del auto que cerró la investigación inclusive.

III. Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita que no case el fallo recurrido, porque descarta toda posibilidad de que la conducta se adecúe al tipo penal de concusión, de donde infiere que la causal de nulidad basada en la incompetencia del Juzgador de primera instancia es inexistente.

Afirma que, "la calidad de empleado oficial en el actor no basta para que el constreñimiento dirigido a obtener un provecho ilícito o una utilidad indebida configure el delito de concusión, pues para ello es indispensable, conforme lo predica la propia norma, que la conducta se ejecute 'abusando de su cargo o de sus funciones', lo que implica la existencia de un nexo entre el acto reprochable y el ejercicio de la investidura oficial o de las funciones públicas".

Cita varios pronunciamientos de la Corte en el mismo sentido y concluye que los hechos objeto del proceso fueron correctamente calificados.

IV. Consideraciones de la Sala:

1º El fundamento del cargo formulado consiste en un supuesto error en la denominación jurídica, ya que el recurrente estima que el delito cometido fue concusión y no extorsión.

La causal, invocada es correcta, ya que ese error no es posible demandarlo por la causal primera porque si se llegara a casar la sentencia, el fallo de reemplazo sería incongruente con la resolución de acusación.

En lo que no acierta el impugnante es en la causal de nulidad, toda vez que ha debido acudir al numeral 2º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto el error en la denominación jurídica es una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso. Otra cosa es, que como consecuencia de la errada calificación se haya otorgado competencia a quien no la tiene, falla que se subsana si se casa la sentencia, porque el expediente se remite al Juez competente para que rehaga la actuación desde el momento procesal que corresponda.

En síntesis, si la inconformidad del recurrente radica en la denominación jurídica, debe plantearse nulidad por la causal segunda del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, y dejar la causal primera, incompetencia del Juez, para cuando el error consista en haber actuado un funcionario a quien no le correspondía hacerlo, sin que esa conclusión dependa de que se acepte que hubo error en la calificación de los hechos.

2º No es cierto que la única diferencia entre concusión y extorsión consista en que en el primero el sujeto activo es calificado y en el segundo no, pues no puede olvidarse que protegen intereses jurídicos diferentes y de ahí que tengan también una distinta concepción.

Basta la simple lectura del artículo 140 del Código Penal, para darse cuenta que la conducta descrita está acompañada de una cir-

cunstancia de modo, que exige que para que el comportamiento sea típico debe realizarse "abusando del cargo o de sus funciones", de manera que si el hecho no se ejecutó así, no configura concusión.

Como bien lo destaca el señor Procurador Delegado, es verdad que Israel Barrios Serrano estaba vinculado a la Policía Nacional cuando participó en el ilícito, pero está plenamente acreditado que no utilizó esa investidura oficial en su ejecución, todo lo contrario, fingió ser agente del DAS, calidad que no ostentaba, luego no existe ninguna duda respecto a que el delito cometido fue extorsión y no concusión.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

NARCOTRAFICO. Testaferro. COMPETENCIA

De acuerdo con el Decreto 1856 de 1989 —artículo 6º—, es claro que el delito se consuma donde se perfecciona el documento mediante el cual el bien o propiedad comienza a figurar legalmente como de dominio del testaferro

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 076 (noviembre 7 de 1990).

Vistos:

Por auto del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa el Juzgado Cuarto Especializado de Bogotá propuso colisión negativa de competencia al Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal de Neiva.

El mencionado despacho por auto de cuatro de octubre rechazó la pretensión del colisionante y dispuso el envío del proceso a esta Corporación para que dirima el conflicto planteado.

La Sala de Casación Penal procede a resolver la colisión suscitada luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

Fue inmovilizada en el aeropuerto de la ciudad de Neiva la avioneta HK3263 matriculada en la empresa Aerocartagena, por haberse detectado la realización de vuelos nocturnos sin autorización de Aerocivil y con la utilización de pistas clandestinas.

Los socios de la empresa dueña de la aeronave, al igual que de otras dos inmovilizadas en Medellín e Ibagué al parecer no presentan un patrimonio adecuado para ser propietarios de una empresa que representa un capital muy grande por el elevado valor de los aparatos de aeronavegación, razón por la cual se sospechó que pudieran pertenecer en realidad a una tercera persona y como se demostrara que entre los documentos encontrados en las oficinas allanadas de Ro-

dríguez Gacha figuraban documentos donde aparecían los nombres de los mencionados socios, se ha pensado en la existencia de una infracción al Decreto legislativo 1856 de 1989, que contiene como figura típica al servir de testaferro para el ocultamiento de bienes originados en el narcotráfico.

La funcionaria de Bogotá en un lacónico auto se deshace del proceso afirmando que el competente para conocer es Neiva porque allí se decomisó la aeronave y de manera irreflexiva procede a absolver a los sindicados en cuanto afirma que como la avioneta fue adquirida antes de la vigencia de la norma citada, por favorabilidad no le puede ser aplicable.

El funcionario de Neiva, con mucha mayor ponderación y como corresponde a la actividad de un Juez de la República considera la posibilidad del delito mencionado para concluir igualmente que éste es permanente y que la competencia le corresponde al Juez de Bogotá, por haber sido en esta ciudad donde prestaron sus nombres los socios para la constitución de la sociedad.

Consideraciones de la Sala:

Razón le asiste al Juzgado de Neiva, porque en principio existen indicios de una posible infracción del Decreto 1856 de 1989 que consagra en su artículo 6º la conducta de quien presta su nombre para ocultar bienes originados del narcotráfico que dice:

> *"Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en pena de prisión..."*

Testaferro, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia es "el que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona" y en tales condiciones incurre en dicha conducta ilícita quien, a sabiendas del origen de los dineros que se ponen en su cabeza, accede a prestar su nombre para que determinados bienes o propiedades figuren como de su dominio y de esa manera ocultar el verdadero volumen patrimonial de la persona que lo oculta.

Es claro que se consuma en el sitio donde se perfecciona el documento mediante el cual el bien o propiedad comienza a figurar legalmente como de dominio del testaferro. En el caso específico que nos ocupa, en el sitio donde se registró la avioneta decomisada como de propiedad de quien en realidad no lo es, y es claro que este tipo de registros necesariamente se operan en la ciudad de Bogotá, ante las oficinas de la Aeronáutica Civil, que es la entidad oficial que regula todo lo relacionado con el transporte aéreo, o en el sitio donde se perfeccionó la escritura de venta de la avioneta para que figurara como dueño el testaferro.

Es igualmente claro, y en esto también le asiste razón al funcionario de Neiva, que se trata de un delito de conducta permanente, porque el delito se perfecciona, como ya se dijo, en el momento en que por medio de contrato, escritura o cualquier otro medio legal, un

bien pasa a figurar como propiedad de quien realmente no lo es, pues se trata simplemente de una persona que presta su nombre para que figuren en su cabeza bienes que en realidad pertenecen a terceras personas. Y este delito continúa perfeccionándose mientras subsista su condición de testaferro, puesto que el bien jurídico protegido por la norma continúa vulnerándose mientras dure la ilícita simulación. En relación con este punto, es bueno advertir que el bien jurídico tutelado no es la economía nacional ni el orden público, sino que deben entenderse protegidos por este tipo penal, la administración de justicia, pues debe aceptarse que se trata de una forma especial de encubrimiento, porque la finalidad que busca el narcotraficante al utilizar testaferros para que a nombre de éstos figuren bienes de su propiedad, es con el propósito de ocultar su cuantioso patrimonio y de tal manera engañar a las autoridades sobre sus ilícitas actividades y es necesario aceptar que, como sucede con muchos tipos penales, éste también puede ser pluritutelar, es decir que simultáneamente proteja otros bienes jurídicos, pero el mencionado en primer lugar es el que caracteriza la actividad comportamental descrita en el tipo penal y la finalidad que guía a los sujetos activos cuando la realizan, de la misma manera que cuando el Estado decide criminalizarla es para dificultar la acción de los narcotraficantes que se han enriquecido con la ilicitud.

En las condiciones anteriores tampoco le asiste la razón a la funcionaria del Juzgado especializado donde propone la irretroactividad de la ley penal desfavorable cuando afirma que como la compra de la avioneta fue con anterioridad a la vigencia del Decreto, éste no le es aplicable. No le asiste la razón porque realizada la conducta por la cual asume la condición de testaferro, se dicta la norma que criminaliza tal conducta y se persiste en ella, es decir, se continúa en la condición de testaferro. Es evidente que por ser un delito permanente le es aplicable la nueva norma, puesto que la conducta continúa perfeccionándose durante su vigencia.

Por lo anterior se puede concluir que el Juzgado competente para conocer de este proceso, por lo menos por ahora con lo suscintamente probado, lo es el Cuarto Especializado de la ciudad de Bogotá, a donde deberá remitirse el expediente, enviándose copia de esta providencia al Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal de Neiva.

Las precedentes consideraciones son suficientes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

Dirimir la colisión de competencia negativa propuesta, en el sentido de declarar que el competente para conocer de esta investigación lo es el Juzgado Cuarto Especializado de Bogotá, a quien deberá remitirse el proceso, enviándose copia de esta providencia al Juzgado Veintiuno de Instrucción Criminal de Neiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PARTICIPACION. AUTOR

La solución a los problemas de autoría y participación presenta múltiples dificultades

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., nueve de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 073 (octubre 24 de 1990).

Vistos:

Por auto de 23 de octubre de 1989, esta Corporación dispuso abrir investigación penal por el posible delito de prevaricato por acción, en que pudieron haber incurrido los doctores *Iván Santacoloma Jaramillo* y *Daniel Becerra Piedrahita*, Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira.

Previo cierre de la investigación, se procede a calificar el mérito del sumario.

Hechos:

El día 9 de junio de 1988, en el sitio Cerritos, jurisdicción de Pereira, en horas de la tarde tres sujetos realizaron los siguientes hechos: Atracaron a Henry Ramírez Mejía y a Gloria Adriana Castrillón Noreña, a quienes despojaron de sus pertenencias y los llevaron a un lugar oculto donde los amordazaron. Sin mucha diferencia de tiempo atracaron a Durbey Marín Romero y a Martha Lucía Hurtado Rendón, a quienes también despojaron de los objetos de valor que portaban, los sometieron a la impotencia y ultrajaron sexualmente a la joven. Finalmente en hechos aislados asaltaron a Reinel Toro Estrada y a Martha del Socorro Henao, a quienes despojaron de la motocicleta que portaban y cuando aquél reaccionó fue muerto de varios disparos por uno de los agresores. Días después, Martha del Socorro Henao, reconoció a Fabián Uferty Londoño García como uno de los asaltantes, razón por la cual se le capturó y vinculó legalmente al proceso que se adelantó en el Juzgado Octavo de Instrucción Criminal de Pereira.

En junio 28 de 1988, el Juzgado Instructor profirió auto de detención contra el sindicado, por considerarlo coautor del delito de

homicidio agravado, al tiempo que ordenó compulsar copias para que se investigara por separado lo relativo a los delitos contra la libertad y el pudor sexual y contra el patrimonio económico.

El procesado solicitó con posterioridad al auto detentivo su revocatoria, petición que fue resuelta adversamente en primera instancia. Interpuesto el recurso de apelación, el Tribunal Superior de Pereira en providencia de fecha septiembre 28 de 1988, con ponencia del Magistrado Iván Santacoloma Jaramillo compartida por el Magistrado Daniel Becerra Piedrahita, revocó en su integridad la medida de aseguramiento que pesaba sobre Londoño García y ordenó su libertad inmediata. De dicha decisión salvó voto el Magistrado Tabares Vásquez.

Cargos:

El señor Reinel Toro Hurtado, padre del occiso Reinel Toro Estrada, en comunicación dirigida al Comandante de la Policía Risaralda, se muestra extrañado de que se haya dejado en libertad al sujeto que fue reconocido como una de las personas que intervinieron en los hechos que culminaron con la muerte de su hijo.

Por su parte el Teniente Coronel Aldemar Bedoya Badoya, Comandante del Departamento de Policía Risaralda, en escrito de fecha octubre 20 de 1988, remitido al Presidente del Tribunal Superior de Pereira, presenta la queja suscrita por el señor Reinel Toro Hurtado, así como un informe firmado por el dragoneante Helmer Gutiérrez Escobar, con el fin de que se investigue las circunstancias por las cuales se ordenó la libertad de Fabián Uferty Londoño García.

El Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira mediante auto de fecha octubre 27 de 1988, ordenó remitir el diligenciamiento a la Sala Penal de la Corte por ser de su competencia.

Descargos:

El doctor Iván Santacoloma Jaramillo, en sus descargos, manifestó que Reinel Toro y su amiga Martha del Socorro Henao, fueron amenazados con arma por parte del señor Fabián Londoño y de un sujeto moreno no identificado; que sin saber el motivo, Londoño estrujó a la muchacha, lo cual provocó la reacción de su novio quien le lanzó un puntapié a quien lo intimidaba con una escopeta, sujeto éste que le disparó con los resultados conocidos. Refiere el indagado que la actitud de Fabián Londoño fue pasiva respecto del homicidio y que de la declaración de Martha Henao se deduce claramente que el autor de los disparos fue el sujeto moreno a quien no fue posible identificar, y agrega "es más, la interpretación mía pudo ser errada, pero en ningún caso malintencionada, cuando se consignó en el auto que: La responsabilidad penal es estrictamente individual; que la muerte violenta que causó el moreno no fue planeada con Fabián Uferty Londoño; que la acometida del moreno fue un hecho accidental, aislado; que no hay prueba que Fabián Uferty hubiera querido matar o contribuir a que otro lo hiciera; que la intención no es nunca comunicable de individuo a individuo como lo pregona Carrara, y que esa intención a que alude el testigo es apenas una apreciación subjetiva

y personal de ella; que el delito cometido en cooperación de varios sujetos, no siempre reporta para los agentes un idéntico compromiso penal, porque, puede ser que la ejecución del hecho haya sido querida de distinta manera..."

Por su parte el doctor Daniel Becerra Piedrahita manifiesta en sus descargos: "...estoy de acuerdo totalmente con el proyecto porque si bien Fabián estuvo presente en el momento del homicidio de Toro Estrada y en ese momento él junto con el homicida participaban en el punible, éste era muy diferente a aquél, es decir, al homicidio. No existe por parte alguna dentro del proceso que entre el homicida y Fabián Uferty hubiera existido concierto previo o inmediato al hecho para realizar el delito contra la vida. No era ese el propósito, porque si lo hubiera sido, en los anteriores atracos que llevaron a cabo en la misma fecha y en sitios cercanos, se hubiera cometido otro u otros homicidios. Considero pues que a Fabián no se le puede endilgar un delito en el cual no hay prueba de que siquiera tenía intención de cometerlo ni aún sirviendo como cómplice del mismo. Su actitud delictiva en ese momento se alejaba en mucho del homicidio, así tuviera un arma de fuego en la mano con la que amedrentaba a la mujer que acompañaba al hoy occiso..."

Alegatos de conclusión:

Dentro del término previsto en el artículo 468 del Código de Procedimiento Penal, tan sólo presentaron alegaciones el acusado Iván Santacoloma Jaramillo y su defensor doctor Jaime Fajardo Londoño.

Manifiesta el Exmagistrado Santacoloma Jaramillo que en la diligencia de descargos explicó *"con veracidad y buena fe,* cuál había sido mi actuación como Magistrado ponente respecto de un asunto controvertido en relación con un delito que había llegado a conocimiento de la Sala (Tribunal Superior de Pereira), por vía de apelación..." Agrega que nunca ha delinquido y que en el caso por el cual se le procesa, no hubo malicia, ni interés torcido, razón por la cual solicita se le absuelva y se releve de toda responsabilidad.

El defensor del procesado Santacoloma Plantea lo siguiente: La decisión judicial de la cual fue ponente su poderdante no fue contraria a derecho ni manifiestamente ilegal, aduce que en el momento de proferirse la providencia cuestionada, la prueba no permitía deducir un propósito común homicida. De otra parte sostiene que, "fue el amplio espíritu de justicia del ponente el que se impuso al momento de dirimirse la imputación de coautoría recaída en el imputado Fabián Uferty Londoño y claramente indicativo de una labor interpretativa de la prueba de la cual era autónoma la instancia y más tratándose de recursos de estirpe testimonial".

Finalmente manifiesta que en el ánimo de su defendido no existió dolo alguno.

Consideraciones de la Corte:

1º Se demostró en los autos la calidad de funcionarios judiciales de los sindicados e igualmente se encuentra probado que actuaron en ejercicio de sus funciones cuando realizaron el comportamiento que dio origen a este proceso.

2º El asunto se concreta a determinar, si la revocatoria del auto de detención proferido por los Magistrados investigados es manifiestamente contraria a la ley, y en caso positivo, si es reprochable a título de dolo.

Para responder a la primera cuestión, se deben analizar los argumentos que sirvieron a los acusados para tomar la decisión, teniendo presente que el auto revocado se refería únicamente al homicidio, porque inexplicablemente el Juez instructor separó la investigación por el hurto. Textualmente dicen:

> "1º Londoño García no actuó según el artículo 23 del Código Penal, porque no realizó el hecho punible de homicidio, ni determinó a otro a realizarlo. Londoño no disparó contra el hoy occiso ni ejecutó el acto consumativo de la infracción penal".
>
> "2º Londoño García, no fue causa eficiente del delito de homicidio ni como determinador, porque no indujo al otro sujeto a que le diera muerte a Toro Estrada. Su presencia en el lugar del suceso, cuando el moreno disparó la escopeta, no jugó ningún papel decisivo, tampoco aportó actos materiales para que el homicidio se perpetrara vgr. sujetar a la víctima para que el otro... proporcionarle el arma etc.".
>
> "3º Londoño García, tampoco quedó incurso en la conducta cómplice de que trata el artículo 24 del Código Penal. No ayudó al homicida en la resolución criminal; ni en la preparación, ni en la ejecución (homicidio que por lo demás fue incidental no preordenado)".
>
> "La contribución al delito de otro, para los efectos del artículo 24, por efectiva que parezca, es siempre a la otra ajena, lo cual significa que el cómplice se suma a esta obra".
> "El sindicado no prestó ninguna coadyuvancia efectiva y visible para que el sujeto que portaba la escopeta eliminara al señor Toro Estrada".
>
> "En otras palabras, Londoño García no fue en este evento factor causal de primer orden ni de segundo orden, el no actuó ni promovió a otro para que matara al asaltado. Lo de él fue una simple participación negativa, de mera presencia, nada determinante para que el otro disparara o no disparara..."

El Magistrado Héctor Tabares Vásquez, planteó en su salvamento de voto una solución diferente a la adoptada por la Sala mayoritaria, apoyado en una jurisprudencia de esta Corporación, en el sentido de

que cuando varias personas proceden en una empresa criminal, con división de trabajo para la producción del resultado típico, todos tienen la calidad de autores.

La solución a los problemas de autoría y participación presenta múltiples dificultades, pues son diversos los aspectos que pueden ser tenidos en cuenta para dar una respuesta, especialmente en los casos en donde la ejecución de la conducta típica es obra de una sola persona, que actúa acompañada por otras con las cuales ha convenido la realización de un delito diferente.

En el evento de que en la ejecución de un hurto, uno de los autores cometa un homicidio, la tesis dominante en la jurisprudencia nacional, es que todos responden también por ese delito, entre otras razones, porque si el ataque al patrimonio ajeno se hace con armas y mediante violencia, resulta muy fácil inferir que la muerte causada a una de las víctimas de la lesión patrimonial, no desbordó lo acordado expresa o tácitamente, ya que los hechos revelan, que los autores previeron la posible reacción de las personas y por eso portaban armas. Entre los tratadistas, unos estiman que todo depende de si el partícipe pudo prever que alguno de los intervinientes iba a cometer homicidio con ocasión del hurto; para otros la importancia es establecer si se podía presumir racionalmente, que para lograr el propósito que animó a todos los culpables del hurto, era necesario atentar contra la vida de la persona a la que se pretendía quitar el bien, aunque ese resultado no lo hubiera querido expresamente. Con cualquiera de estos criterios, la responsabilidad de Fabián Uferty Londoño en el homicidio emerge clara.

Pero la Sala dual llegó a una conclusión inaceptable, como consecuencia de una errónea apreciación de los hechos, enmarcada dentro de un exagerado criterio objetivo, que la llevó a decir que Londoño García no fue autor porque no disparó contra el occiso, ni cómplice porque no ayudó al homicidio, ya que el delito no fue preordenado.

Se trataba de resolver sobre la revocatoria de un auto de detención, para cuyo mantenimiento existía mérito suficiente, porque como es sabido, sus requisitos no exigen más que un indicio grave de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. Sin embargo, los Magistrados se apresuraron a tomar una determinación, con argumentos propios de un momento procesal posterior, esto es, cuando la investigación hubiera recaudado elementos de juicio suficientes.

Estas apreciaciones bastan para estimar que la providencia suscrita por los dos imputados es manifiestamente contraria a la ley, y en esas condiciones su comportamiento es típico de prevaricato por acción, artículo 149 del Código Penal.

3º El prevaricato sólo está previsto a título de dolo, de manera que es necesario establecer si los indagados quisieron realizar una conducta típica y antijurídica, para poder formularles juicio de responsabilidad.

—La providencia que dio origen a la investigación, parte de una apreciación total de los hechos, de modo que no hubo ocultamiento o

manipulación en su manejo, que permita vislumbrar deslealtad en los falladores. Todos los elementos fácticos hasta entonces conocidos, fueron analizados.

—La decisión está amparada en numerosos argumentos, de los cuales se puede predicar error, pero no que sean ajenos al derecho penal, ni incoherentes con relación al criterio teórico dentro del cual se desarrollan.

—La separación de las investigaciones por los hurtos y el homicidio, facilitó que se produjera esa equivocada decisión, pero esa falla es imputable al instructor. De todas maneras, el Tribunal revocó el auto de detención por el homicidio, pero en el mismo proveído puso al delincuente a disposición del Juzgado que estaba investigando los otros ilícitos.

—No existe dentro de la investigación, el más leve indicio que permita siquiera sospechar que los Magistrados tuvieron algún interés para proceder de manera contraria a la ley, no porque dicho interés sea elemento integrante del dolo, sino porque existiendo él, surge con mayor claridad la demostración de la intención y voluntad de actuar de manera típica y antijurídica.

Ante estas circunstancias la Sala concluye, que se tomó una determinación equivocada, de las que lamentablemente afectan la buena imagen de la justicia, pero ello obedeció a un error de los sindicados, y en ningún momento a la intención de ejecutar una conducta contraria a la ley.

En virtud de lo anterior, se ordenará la cesación de procedimiento en favor de los imputados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 469 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 34 *ibídem*.

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:

Ordenar, la cesación del procedimiento seguido contra los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal de Pereira, Iván Santacoloma Jaramillo y Daniel Becerra Piedrahita, por los hechos investigados en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ALLANAMIENTO. PRUEBA

La tesis que pretende distinguir entre el allanamiento como tal y las pruebas recogidas durante el mismo, al punto de que éstas puedan ser válidas, pese a la invalidez de aquél, o ellas puedan ser invalidadas pese a la validez del registro, resulta exagerada y extraña a la valoración jurídica que debe presidirla

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 71 (octubre 17 de 1990).

Vistos:

A la pena principal de diez (10) años, seis (6) meses de prisión, así como las accesorias de ley, ha sido condenado (agosto 11 de 1989), por el Tribunal Superior de Orden Público, *Elmer Antonio Muñoz Navia*, por los delitos previstos en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986 y en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988. El recurso de casación interpuesto contra este fallo, se admitió en auto de 22 de septiembre del año próximo pasado. La demanda correspondiente se declaró ajustada a derecho, en proveído de 22 de enero del año en curso.

Se procede a su definición.

Hechos y actuación procesal:

Miembros de la DIJIN conocieron, por una llamada telefónica, que en la casa de Muñoz Navia (Diagonal 49B Sur número 63-80, nomenclatura de Bogotá) éste guardaba material explosivo y armas de fuego. Solicitaron la correspondiente orden de allanamiento, pero horas antes de que esta fuera expedida por el Juzgado Cuarto de Orden Público, al observar que el procesado salía de su casa le detuvieron e interrogaron, volviendo al sitio y penetrando allí luego de que aquél, por cierta presión ejercida por sus capturadores, accediera a franquear su residencia, pues dijo no estar comprometido en ningún hecho delictuoso.

En la revisión se hallaron dos carabinas calibre 22, una marca Winchester número 61025B, y otra marca Brownings, sin número; dos pistolas calibre 25, una marca Colt número 88552, la otra sin marca ni número; un proveedor para carabina Winchester; ochenta y tres

cartuchos calibre 22, elementos estos sobre los cuales el procesado fija su procedencia así: Las carabinas, fueron regalo, cuando el procesado servía a las Fuerzas Armadas (fue hasta profesor de armamento), del General Nelson Mejía Henao (quien rechaza la versión), las pistolas (que carecen de salvoconducto), así como la munición, afirma haberlas adquirido, como chatarra, en la industria militar. También le fueron decomisados, en un segundo registro, una barra de explosivo sísmico y una mina antivehicular, posesión sobre la cual brindó tres explicaciones (esos elementos los recibió de terceros creyendo que eran unos repuestos; los agentes de la DIJIN, fueron quienes dolosamente colocaron ese material comprometedor en su casa; todo fue llevado por éstos para ganarse una recompensa), lo cual llevó al Tribunal, desacertadamente, a llenarse de dudas y a edificar sobre esta vacilación del juicio una absolución por este cargo.

Debe advertirse que también se hallaron en la casa de Muñoz Navia, numerosas cédulas de ciudadanía y variada documentación perteneciente a Pedro Antonio Gil Jiménez, sobre lo cual el sentenciado predica hallazgo ocasional.

Sobre las sentencias de la primera y segunda instancia, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, señala:

"De 11 de mayo de 1989 es la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto de Orden Público de Bogotá que resolvió en primer lugar no declarar la nulidad planteada por la Fiscalía y la defensa; 2º Condenar al procesado Elmer Antonio Muñoz Navia a la pena principal privativa de la libertad de 123 meses de prisión y a la pecuniaria por vía de multa de 51 salarios mínimos legales mensuales vigentes en esta ciudad, como autor responsable de los delitos de 'fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional' (art. 13 del Decreto 180 de 1988) y 'tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas' (art. 11, Decreto 180 de 1988), cometido este último en la modalidad de tentativa, en concurso de hechos punibles; 3º Condenarlo igualmente a la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena de prisión, y al decomiso de las armas, municiones y explosivos incautados en razón de este proceso (art. 61, Decreto 1663 de 1979).

"Inconformes con esta decisión tanto el procesado como su defensor la recurrieron en apelación. Así fue como el Tribunal Superior de Orden Público, en fallo de 11 de agosto siguiente, la confirmó con las siguientes modificaciones:

"1. Fijó la pena principal privativa de la libertad en 10 años y 6 meses; la pecuniaria en 50 salarios mínimos mensuales 'al considerársele responsable de los delitos de infracción al artículo 13 del Decreto 0180 de 1988 en concurso con el del artículo 1º del Decreto 3664 de 1986'.

"2. Señalar en 10 años la pena accesoria, y

"3. Absolverlo del punible de 'tenencia, fabricación, tráfico y uso de armas o sustancias tóxicas —art. 11 del Decreto 0180 de 1988—' con fundamento en lo expuesto en la parte motiva, vale decir que la inves-

tigación no 'logró concretar si los explosivos estaban en su vivienda con antelación al allanamiento' y por ende mal se podían excluir las tres probables explicaciones que sobre esos hechos entregó el justiciable, debiéndose 'descartar por idénticas razones, el que se dé el punible del artículo 1º del Decreto 3664 de 1986' ".

La demanda:

Se invoca la causal primera, cuerpo segundo del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, pues el Tribunal incurrió en error manifiesto de derecho en la apreciación de la prueba.

Al respecto se comenta:

1. La orden de allanamiento fue posterior a su real ocurrencia. Esta ilegal penetración es cuestión incontrovertible.

2. Los resultados de esa actuación cumplida contra derecho, permite advertir que la incautación de las armas y explosivos, "prueba material por excelencia de los hechos por los que Muñoz Navia fue condenado, carece de valor jurídico".

Esta presentación, apoyada en los artículos 26 de la Carta y 246, 247, 248, 272, 286 y 310 del Código de Procedimiento Penal, le permite señalar que "desestimado el acto procesal en cuestión, todo lo atinente a las armas, desde su decomiso, sus reconocimientos periciales, etc., carecen de base o sustento probatorio y, por lo mismo, la prueba válida que conduzca a la certeza del juzgador desaparece, entonces la decisión ha de ser, tiene que ser distinta, a mi juicio.

"10. Se equivoca entonces en materia grave el Tribunal de Orden Público al concederle validez jurídica a un acto inexistente para el derecho, por violatorio de preciosas garantías consagradas en la propia Carta. Y si no, para que están pomposamente en el Título III, sino es para que su mérito garantizador de las libertades del individuo cumplan su función plena y absoluta?

"Quedará entonces escrita la norma, sin aplicabilidad judicial alguna? No es pues un límite a la actividad del Estado, realizada por sus funcionarios que tienen que tener en su ejercicio claras delimitaciones.

"Al apreciar la prueba fundamental surgida del registro ilegal como si tuviera validez jurídica, yerra en materia jurídica el Tribunal en la sentencia acusada, y al hacerlo, contraviene la ley sustancial, pues aplicó disposiciones que debió desestimar y dejó de aplicar las que sí debió tener en cuenta.

"Es un claro error de derecho, porque versa sobre materia jurídica, no fáctica, como es lo pertinente a la inexistencia y a la forma de allegar y aportar y valorar pruebas llegadas al proceso.

"Y es un error manifiesto, por cuanto que el mismo Tribunal incurre en singular contradicción, cuando acepta y admite que el allanamiento se practicó sin mandato judicial previo, pero al tiempo le concede valor probatorio. Lo lógico y acertado era, desde luego, desestimar el acto, como así lo manda la ley (art. 310 del C. de P. P.).

"11. Es incuestionable que este error es trascendental, por cuanto que de no haber incurrido, no hay duda, la sentencia tenía que ser en sentido contrario, es decir, plenamente absolutoria, pues la prueba sobre la tenencia de armas de defensa, sin licencia y de uso privativo de las Fuerzas Armadas (las antiguas y en mal estado) no estuvo bien allegada al proceso, pues el acto procesal que le dio origen es y fue, sencillamente, *inexistente*.

"Lo declarado por los agentes de la DIJIN, con tantas contradicciones, versa sobre el acto ilegítimo e inexistente del allanamiento, como lo es también el contenido de la indagatoria de Elmer Muñoz.

"Cómo en efecto, entender que las carabinas son de uso privativo, si no es por un dictamen pericial que examinó con más equivocación que acierto esas armas? Pero si la llegada de las armas al proceso, se tiene por acto inexistente, es como si éstas no obraran en autos y, por lo mismo, la base misma del dictamen pericial se desvirtúe y desvanece. Entonces no hay prueba válida para configurar una condena.

"Si el Tribunal, como debió hacerlo, desestima el allanamiento y registro ilegales, tendría por no aportadas las armas al proceso y por lo mismo carecería de elementos válidos de convicción para condenar. Y así, como aplicó el *in dubio pro reo* en cuanto a los explosivos, debió hacerlo para lo atinente a las armas, y entonces en cambio de condenar, habría absuelto, sin incurrir en la repelente aplicación de la *reformatio in pejus* que desconcertantemente dejó caer sobre el procesado.

"12. Se dirá que la forma sacrifica el fondo, más se trata de una formalidad sustancial y además preciosa como que es garantía de rango constitucional.

"La omisión grave del cumplimiento de los requisitos sustanciales tienen una sanción múltiple dentro del ordenamiento jurídico de una parte, condena al acto a desaparecer jurídicamente, con pena de inexistencia y hace merecedor a quienes en la irregularidad incurrieron en sanciones disciplinarias y penales. Pero además, hace que los procesos nazcan imperfectos y viciados con consecuencias equívocas para la administración de justicia".

Solicita, entonces, como fallo sustitutivo uno de carácter absolutorio.

Consideraciones de la Corte y de la Delegada 1ª en lo Penal:

1. La primera de las glosas del Ministerio Público, suficiente para dar al traste con la pretensión del recurrente, la comparte la Sala y de allí su obligada transcripción:

"...encontramos bien seleccionada la causal (1ª), el motivo (violación indirecta) y el sentido (error de derecho) en una de sus dos formas en que éste suele presentarse (por apreciación falsa de la prueba). Sin embargo, omite citar las normas sustanciales que la sentencia acusada transgredió de manera inmediata por aplicación indebida y cuál o cuáles otras por falta de aplicación, como consecuencia del falso juicio de legalidad en la apreciación de las pruebas las cuales,

en cambio, indica en una forma clara y precisa al igual que las correspondientes normas reguladoras de ellas que en su opinión resultaron conculcadas. De esta reflexión se sigue que la llamada proposición jurídica completa, integrada por las normas —medio y las normas— fin, y de exigencia exclusiva en la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, tal como lo tiene dicho la Corte, no se satisface en la formulación del ataque a la sentencia, pues si bien es cierto que el censor dedica un capítulo sobre 'normas sustanciales infringidas', también lo es que sólo cita las disposiciones procesales y de rango constitucional que en su criterio fueron quebrantadas, sin mencionar las de orden sustancial que en últimas sufrieron su infracción. Y éstas no pueden ser otras que las consagradas en el Código Penal o en las leyes especiales, dispensadoras de derechos y obligaciones, su modificación o extinción, o estatuyen delitos y sanciones como sucede en el *sub júdice*.

"Esta falla de técnica en que incurre el impugnante, de concepción jurisprudencial por el máximo Tribunal, no es reducible conceptualmente a una simple irregularidad. Por el contrario la inobservancia de esta regla de técnica de casación se inscribe en una estimativa de índole sustancial, no por el mero culto al formalismo, sino porque su contemplación está íntimamente ligada a los principios de disposición y limitación que también rigen la casación, según los cuales son las partes, y en este caso el demandante, las que deben demarcarle a la Corte su radio de acción en el examen de legalidad del fallo objeto del cuestionamiento.

"En efecto, si no se mencionan las preceptivas de naturaleza sustancial que se consideran vulneradas a través del falso juicio de legalidad en la contemplación jurídica de la prueba, la tarea censuradora se queda corta en la medida en que se citan los medios de una violación indirecta (normas reguladoras de la prueba) pero al mismo tiempo no se menciona y explica en qué consiste ella misma. En otras palabras la acusación se queda en mitad de camino por no precisar la o las normas que finalmente fueron infringidas con la transgresión de las disposiciones procesales que condujeron a la violación indirecta de aquellas, no sabiendo en últimas la Corte cuál fue la preceptiva que de modo mediato padeció el quebranto que se invoca, ni siéndole legítimo al Juez colegiado su señalamiento..."

2. No aparece de todo exacto, así lo reconozca el fallo del Tribunal y lo categorice el demandante, negar la validez de la actividad realizada por los agentes de la DIJIN que penetraron a la casa de Muñoz Navia. En efecto, lo apuntado por la Delegada, pero que por la forma que replicó la demanda no dilucidó en forma debida, y que alude a cierta "aquiescencia del mismo procesado (a la realización de dicho acto), quien en uno de los pasajes de su indagatoria así lo admite", merece un mayor análisis.

El sentenciado, a folios 28 y 29, relata su captura y la intimidación, por espacio de una hora, a que le sometieran los mencionados agentes, pasado lo cual, "supuse que sería tal vez por esas carabinas que tenía en la casa y les comenté que sí era eso lo que buscaban, *que yo se los entregaba y listo*, pero me decían e insistían de que yo tenía algo que iba a vender y *que los autorizara a una requisa en mi casa, a lo que*

les dije que no tenía nada que ocultar y que los llevaba si era eso lo que querían. Luego llevaron o me llevaron en el carro y me pararon en otro sitio y uno de ellos sacó una pistola, me la puso en la sien y me dijo: Aquí acabaron tus días, perro hijueputa o nos dejas entrar a tu casa o qué decidís? Entonces yo les dije *que estaba bien, que entráramos*, pero ya antes me habían sacado las llaves, mis papeles y a pesar de haber visto que era oficial retirado, me dijeron que esos eran papeles chimbos y que era mejor que cantara. *Luego me dijeron: Está bien, te vamos a dejar sentar y hablemos para entrar a la casa.* Yo levantándome del piso, me senté y vi que estaba como a ochenta metros de mi casa, entonces esposado me bajaron del carro y me llevaron hacia la casa de donde ya salía uno de los agentes de mi casa con el candado de las rejas abiertas y con mis llaves. Me dijo: *Vamos a entrar.* Cuando llegué a la reja de mi casa, que ya estaba abierta, entré y me dijo el más alto de ellos, a manera de pantomima, abra la puerta, aclaro, la segunda puerta, para entrar a su casa y *supongo que está bien claro que es por su voluntad propia.* Entonces yo le dije, que ante estas circunstancias qué más podía hacer. *Entramos derecho al segundo piso, el cuarto donde tenía las dos carabinas* y el más alto me dijo: *Dónde duerme? y lo llevé a mi pieza donde me hizo abrir mi armario y revisó y no encontró nada, y luego me bajaron a la sala y requisaron la sala y no encontraron nada, entonces me sacaron al tallercito mío y ahí me quedé con un agente revisando una cantidad de cajas que yo tenía, una por una, por espacio de una media hora donde no encontramos nada,* pero en ese lapso el más alto se subió al segundo piso y se puso a manipular mis hijas, que no supe qué fue. Al rato bajó y me hizo subir de nuevo a mi pieza y me hizo abrir de nuevo mi armario y sacó dos paquetes que antes yo no había visto y me dijo que qué era eso? a lo que yo le dije que hacía unos tres días antes un amigo había ido a visitarme para un trabajo de unas calcamonías y que cuando ya salían ellos, les dije que para dónde iban, que si me podían llevar hacia los Laboratorios de SIEMENS en la 68 con Américas y me dijeron que claro que con mucho gusto, pero que si les podía hacer el favor de guardarles unos repuestos para carro que era que les pesaban mucho y yo les dije que claro y me entregaron una bolsa la que cogí, sin ver, corrí a mi pieza y la guardé y bajé rápidamente para aprovechar la carrerita en el carro. Me pareció extraño que estos amigos Arturo Giraldo y otro que él me llevó ese día de apellido Becerra o Montoya, no recuerdo bien, empezaron a hablarme de fantasías de volar la Embajada Americana, de un avión de la DEA y yo les seguí la corriente porque la mayoría de los casos de los militares retirados tienen y tejen fantasías con el mando y poder que ya no tienen. No presté atención y me dejaron en la 68 con Américas de donde me despedí. Debo anotar que todavía me queda en la frente *una mucstra de un golpe* y en las manos, aunque ya hace cuatro días, *las marcas de las esposas* que a cada rato me apretaban para que hablara y que sólo en mi casa, cuando les dije que se me iban aventar las manos, me las aflojaron" —Subraya la Sala—.

Este primer aspecto cuestionado, esto es, si hubo consentimiento en el registro y consentimiento válido, no puede apreciarse en la forma como lo señala, conclusivamente, el impugnador y lo acepta el Tribunal. La Sala ha querido transcribir toda la secuencia para permitir, con su análisis, un enfoque equilibrado del importante tema.

La Sala, conforme a su tradicional e invariable criterio, no deja de reprochar, de exigir y de imponer sanción a todos aquellos actos de la autoridad que no se ajustan a la normatividad jurídica, especialmente los relacionados con los derechos civiles y las garantías sociales, esquemas vitales de los derechos humanos. Considera improcedentes, es obvio, prácticas de fuerza (material y moral) y desconoce toda validez a lo realizado en tan censurables circunstancias, demandando o aplicando, además, el condigno castigo para sus autores, tanto en la órbita penal como en la disciplinaria. Pero también se muestra alerta para no calificar, de buenas a primeras, como formas inaceptables de tortura, aprehensiones que buscan disminuir los riesgos de reacción (v.gr. imposición de esposas), o interrogatorios severos. Además, resulta obvio en el proceso de exclusión de resultados investigativos, que estos evidencien nexo causal con la práctica ilegal que los genera. Igualmente conviene insistir, en este estudio específico a que está constantemente abocado el juzgador, en lo que suele ser regla de experiencia, o sea, que los procesados, a más avezamiento en el delito, a mayor gravedad del mismo o prolubérancia de la prueba de cargo, acuden a dramáticos relatos de coacción, que deben estudiarse con escrúpulo y serenidad, a fin de no cerrar el entendimiento ante violaciones impasables, ni abrirlo ingenuamente, con toda amplitud y efecto, a esta clase de maliciosas alegaciones.

Las manifestaciones del sentenciado, con todo y buscar la conformación de abrumadoras intimidaciones, no consiguen este objetivo. Debe pensarse, para concluir en la ninguna tendencia de los agentes que realizaron el procedimiento en cuanto al ejercicio de presiones, amenazas y físicas violencias, que éstos procuraron la intervención del Juez, la cual por el comportamiento del sentenciado, que intentó abandonar su casa de habitación, se produjo tardiamente; que todo ocurrió en inmediaciones de su residencia y nadie pudo escuchar una voz de protesta o de auxilio; que la aprehensión, en tal lugar y antes de presentarse el hecho de la entrada al hogar de Muñoz Navia, fue de escaso tiempo; que su familia no demostró alarma, inquietud o afán de recurrir a las autoridades o a los vecinos; que los rastros físicos señalados como efectos de la fuerza ejercida, no guardan correspondencia con lo que al respecto se quiso establecer (se le captura el 21 de octubre de 1988, horas de la tarde; la remisión al Juzgado se efectúa al día siguiente, horas de la mañana —en la indagatoria octubre 24—; se anota su incolumidad corporal y mental —fls. 28, 30 y 42— lo que intenta explicarse por haber sido rudamente golpeado, pero con la protección de una cobija; que el procesado es persona de formación militar y nunca cedió a suministrar la más mínima información sobre las noticias que los miembros de la DIJIN decían poseer y que a él le fuera revelada; que aparece como fenómeno extraño el que tales agentes, poseyendo todas las llaves, no usaron éstas para franquear autónomamente la entrada y apenas aplicasen a este fin la que servía a la reja del antejardín; que hay un juego sucesivo de coacciones y asentimientos, para nuevamente volver a unas y otras, llegándose a un final en donde se deja traslucir que el ingreso se produjo porque el sentenciado consistió al conocer que todo se debía a la tenencia

de unas armas de fuego sobre las cuales podía acreditar su legítima procedencia y domicilio. En síntesis, la composición prevenida e interesada que hace Muñoz Navia, auspicia una apreciación de actividad ajena a la insufrible violencia, a la amenaza irresistible, a la insuperable intimidación y que, en cuanto a la penetración a su residencia, ésta no fue extraña a un atendible asentimiento suyo.

3. Pero hay otra faceta que no es del todo desechable y que merece ser tenida en cuenta. Trátase de que los agentes que realizaron el procedimiento tildado de ilegal, recibieron información sobre la posesión de explosivos y armas de fuego y municiones por parte de Muñoz Navia. Las pesquisas les llevaron a vigilar su casa, sabiéndose que estaba allí. Las circunstancias permiten entender, en buena lógica jurídica, que se evidenciaba un fenómeno de flagrancia, que trató de romperse totalmente cuando aquél intentó salir de su habitación, y alejarse de allí, momento en que los miembros de la DIJIN decidieron no esperar más la orden del Juez y actuaron. Realmente se encontraron allí, los indicados elementos, confirmándose por tanto la situación de flagrancia, la misma que por la seriedad y gravedad de las informaciones recibidas y las pesquisas antecedentes, auspiciaban esa penetración, aún contra la voluntad de su dueño. Así entendida la cuestión, el proceder resulta válido.

En una y otra hipótesis, la objeción que ha formulado el casacionista carece de valor y mérito. Así uno y otro aspecto devengan en situación cuestionable, es lo cierto que las características de la conducta no afirman, en el grado que exige la ley, una apreciación de abierta ilegalidad y por tanto el procedimiento está más del lado de la ley que en contra de sus postulados y dictados. Todo el resto de la argumentación desaparece y de allí la improsperidad de la censura.

4. La Sala, en este acápite, por la importancia del planteamiento, quiere referirse a otra faceta del concepto de la Delegado. Afirma éste: "...Como los hechos ocurrieron en octubre de 1988, es decir cuando ya estaba vigente a partir de 1º de julio, el recurso se tramitó conforme a este ordenamiento procedimental y con base en él se ha formulado la demanda que nos ocupa (art. 226, numeral 1º, inciso 2º). No cita el actor el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 que modificó este último precepto, observación ésta que no tienen más trascendencia que la de señalar la actualidad que gobierna la casación.

"Por lo demás, el único cargo que el recurrente formula se apoya en el cuestionamiento a la existencia jurídica del allanamiento realizado en la casa del sentenciado, por no haberse hecho con el lleno de las formalidades constitucionales y legales, citándose al efecto los artículos 23 de la Constitución Nacional y 368 del Código de Procedimiento Penal atinentes a los requisitos que deben llenarse previamente (principio de legalidad), así como el texto 310 *ibidem* que sanciona con la inexistencia del acto procesal cuando no se observaron las formalidades legales previstas para su validez, mandándose al Juez que lo desestime, todo lo cual es desarrollo del principio del debido proceso, censurándose de contera la validez jurídica de lasa pruebas originadas en aquel acto procesal.

"Una de las formas de violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho es precisamente la apreciación falsa de la existencia jurídica de uno cualquiera de los medios probatorios establecidos por el legislador. Por esta vía se ha entendido que se ataca la validez jurídica de la prueba, habida consideración de que, sin excepción, toda prueba debe producirse con la plena observancia del ya citado principio de legalidad, caso contrario devendrá sancionada con nulidad o inexistencia, cuya consecuencia no es otra que la no producción de los efectos a que ella (la prueba) está destinada. Y de allí que la apreciación de cualquiera de los medios de convicción que carezca de eficacia jurídica por haberse vulnerado sus presupuestos de validez o de existencia, constituya un falso juicio de legalidad.

"Es preciso entonces averiguar la naturaleza jurídica del allanamiento. Si nos remitimos a la norma que lo regula simplemente advertimos que allí el legislador no lo define, pero en cambio enuncia los elementos que lo conforman. Sin embargo, el artículo 370 del Código de Procedimiento Penal vigente le da al tratamiento de *diligencia*, siendo esta la manera que la ley contempla para autorizar a la autoridad a introducirse en sitios jurídicamente protegidos, como es el domicilio, contra la voluntad de su morador, a efecto de obtener pruebas, la captura de alguna persona, el decomiso de una cosa, revisar un bien, etc.

"Y si observamos, de otro lado, que el allanamiento no hace parte de los denominados medios de prueba establecidos por la ley, entonces tendremos que concluir con el ordenamiento jurídico-procesal vigente (art. 370), que aquel acto procesal es una diligencia que se lleva a cabo por orden judicial, independiente de las pruebas que en su realización se recojan.

"Así las cosas, sin necesidad de entrar a examinar la legalidad del allanamiento, bien porque haya sido o no autorizado por autoridad competente ora por la aquiescencia del mismo procesado, quien en uno de los pasajes de su indagatoria así lo admite, el allanamiento atacado en su validez jurídica ninguna incidencia probatoria puede producir, ya que carece de esta naturaleza jurídica y por consiguiente sin ninguna relación de causalidad entre el error alegado y la decisión condenatoria. Dicho de otra manera, la existencia jurídica o no de un allanamiento llevado a cabo con o sin la observancia del principio de legalidad, no es objeto jurídico censurable por la vía del error de derecho. Lo son las pruebas que se originen en el mismo de manera inmediata y no todo lo que simplemente se derive de la diligencia, cualquiera que sea su forma de derivación.

"Así se resienten los informes policivos de quienes realizaron el hecho pero no las pruebas periciales llevadas a cabo sobre las armas, o los testimonios o las manifestaciones del procesado o las inspecciones judiciales posteriormente realizadas.

"Tenga o no validez jurídica tal allanamiento, muchas de las pruebas obtenidas son totalmente independientes, autónomas, por sí solas forman una unidad, y no tienen ningún ligamen inmediato con aquella *diligencia*, a fuerza de que el actor no las controvierte por validez jurídica intrínseca sino por ser derivativas todas del precitado

acto procesal. O sea que la sanción de inexistencia o invalidez jurídica que éste puede tener no se transfiere *ipso facto* a todas las pruebas recogidas durante la instrucción sino exclusivamente al medio que precipitó tal diligencia.

"El ataque debe cubrir, entonces, únicamente las pruebas directamente viciadas; y la censura debe demostrar que las demás válidamente practicadas, no sustentarían la sentencia de condena.

"Como el libelista pretende que todo el material probatorio está viciado de ilegalidad, sin reparar que tan extensa no es la comunicabilidad causal de los vicios, la censura resulta insuficiente para quebrantar el fallo..."

La tesis de la Delegada, en cuanto pretende distinguir entre el allanamiento como tal (mera diligencia, art. 370 del C. de P. P.) y las pruebas recogidas durante el mismo, al punto que estas pueden ser válidas, pese a la invalidez de aquél; o ellas pueden ser inválidas, pese a la validez del registro, exigiéndose por tanto el análisis separado y autónomo de uno y otras, pues es manifiesta su independencia y la imposibilidad de censurarlo por la vía del error de derecho, resulta exagerada, por lo indiscriminada, y extraña a la valoración jurídica que debe presidirla.

Para la Sala la cuestión merece ser discriminada y tratada en forma diferente, dando lugar a consecuencias múltiples y distintas. De ahí que se pueda decir, de entrada, que la actividad procedimental que busca producir un medio probatorio llega a tener usualmente tanta entrelazada importancia, que, con frecuencia devienen en aspectos inescindibles, al punto que atacado con éxito uno de los extremos, el otro desaparece; en otros términos, la pérdida de valor de lo actuado, que debe estimarse unitariamente, se da a expensas de la destrucción de uno u otro aspecto, o de la integrada formulación de la censura.

De ahí, por ejemplo, que si una confesión extrajuicio (indicio) se da durante un allanamiento realizado de manera arbitraria, o en interrogación indebida, no es dable decir que son diferentes y autárquicos el allanamiento, la toma de versión y el indicio que de allí resulta, pues obviamente, si éste sólo se obtuvo por tal medio, la validez tiene que mirarse por esos primeros planos. Otro tanto podría decirse de la recepción de indagatoria, contraviniéndose a las formalidades sustanciales de la misma, y la confesión que en ella se produzca, o la designación arbitraria de personas que no son auxiliares de la justicia o la confección totalmente ilegal de un cuestionario, y la prueba conocida como dictamen o pericia. Vale tanto, cuando el aspecto es único, afirmar que la confesión fue recepcionada sin que en ella interviniera el Juez, como afirmar que la confesión fue recepcionada sin que en ella interviniera el Juez, como afirmar que la diligencia de injurada, por este mismo vicio, se torna en inexistente, desapareciendo el elemento probatorio. De igual modo puede decirse que si lo único que permite considerar la existencia de un elemento probatorio que provenga del procesado, es la diligencia de allanamiento, y ésta se cumplió contrariando su regulación legal o constitucional, vale tanto llegar al desconocimiento de esta diligencia, para que lo que de ella dependa, en forma exclusiva, corra igual destino, como censurar la

existencia del documento o del elemento delictivo, o producto del delito, por haberse obtenido, por procedimiento vedado. Nadie negará que un interrogatorio, bajo tortura, vicia la confesión y vicia igualmente los descubrimientos que sólo dependan en su fuerza demostrativa de este medio.

Por eso, si un allanamiento efectuado en contravía de lo que al respecto se disponga, en sus aspectos básicos e imprescindibles, constituye la única manera de acreditar las manifestaciones de la persona que tenía derecho a la guarda domiciliaria, obviamente que defecto tan sustancial dará al traste con esa comprobación. Pero si el procesado, en diligencia válida posterior, decide reconocer la posesión de esas armas, la situación cambia fundamentalmente pues el valor de esa probanza ya no depende del allanamiento sino de la indagatoria misma.

Y también puede llegarse a igual resultado por complementos testimoniales, periciales, documentales, etc.

Conviene, también, dejar a salvo demostraciones innegables, incontrovertibles, como situaciones de hecho, las cuales no pueden unirse al desprestigio o carencia de validez de procedimientos que los anteceden, rodean o subsiguen. Así el allanamiento exhiba irregularidades, hay acontecimientos que surgen en su desarrollo que no pueden desconocerse, como sería v.gr., el descubrimiento de un cadáver, de dinero o documentos falsificados, de un laboratorio para la producción de estupefacientes, de un depósito de armas o explosivos, o de una persona secuestrada.

Tiénese, entonces, que en el caso *sub exámine* el allanamiento fue válido bien por la aquiescencia del procesado, pues no logra convencimiento la forzada explicación de haber accedido a la penetración por la coacción o violencia sobre él ejercida, bien porque se daba un fenómeno de flagrancia. Y, de otro lado, Muñoz Navia reconoció, a lo largo del proceso, que tales armas (las de fuego, con sus municiones), así como los varios documentos decomisados, eran suyas y tenían una procedencia legítima. Esto le ha dado a esta situación una caracterización diferente y de ahí la validez de todos los experticios efectuados sobre las mismas, así como la apreciación que al respecto asumió el Tribunal. En estas circunstancias se daba la viabilidad del ataque en la forma presentada por el casacionista (vía indirecta, error manifiesto de derecho).

Los cargos se desechan.

En consecuencia, 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, ya mencionada en su fecha origen y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA

Características y alcances de las figuras de la condena de ejecución condicional, en su forma pura y fundamental —arts. 68 a 71 del C. P.— y la muy afín del aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena —arts. 432 y 613 del C. de P. P.—

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 76 (noviembre 7 de 1990).

Vistos:

Se ha recurrido en casación el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fechado el catorce de marzo del presente año, mediante la cual, por el delito de "homicidio" en Segundo Peña, se le impuso a *Príncipe Rivera* o *Rivera Turbay,* diez (10) años, dos (2) meses de prisión, así como las accesorias de ley.

El recurso fue admitido en auto de veinticuatro de mayo, y, la demanda se declaró ajustada a las formalidades legales, en proveído de cuatro de septiembre del año en referencia.

De los hechos y la actuación procesal:

Del siguiente modo los relaciona el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, acogiendo, en cuanto al primer aspecto, la narración inserta en la sentencia impugnada:

"...A residir en la finca 'El Trinitario', ubicada en la vereda El Tabacal, de la comprensión territorial del Municipio de Guaca, de propiedad de Príncipe Rivera o Rivera Turbay, llegó su hija de 25 años Beatriz Rivera Delgado y su compañero permanente Segundo Peña, de 29 años, en los primeros días del mes de febrero de 1989 con una niña en los brazos que habían procreado, y con quien había huído del hogar paterno cuando residió en Piedecuesta tres años atrás, acosado por problemas económicos y con el ánimo de restablecer las relaciones de familia, bajo la promesa de contraer en breve lapso nupcias.

"Sin embargo las paces se rompieron el 24 de ese mes y año cuando Príncipe Rivera o Rivera Turbay le solicitó a su hija Beatriz que no se casara, porque ésta una vez enteró a su compañero del propósito de su progenitor y de común acuerdo decidieron abandonar la hacienda; pero desafortunadamente no sin trabar discusión dentro de la casa y en las horas de la tarde, con aquél, quien exhaltado y desoyendo los ruegos de la joven pareja le descerrajó la carga del revólver que portaba, a Segundo Peña, causando su deceso allí mismo.

"El homicida amenazó a su hija y pronunciando toda clase de denuestros contra la yacente víctima se ausentó del escenario para presentarse al Juzgado de Guaca.

"Correspondió adelantar la investigación al Juzgado Promiscuc Municipal de Guaca inicialmente, y luego al Segundo de Instrucción Criminal de Bucaramanga y a ella se vinculó en calidad de sindicado, mediante injurada a Príncipe Rivera.

"Precluída la etapa investigativa se calificó el mérito del sumario, con el proferimiento de resolución de acusación contra el procesado, por el delito de homicidio agravado.

"El Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga declaró la legalidad del proceso por considerar que no se hallaba afectado por alguna causal de nulidad.

"En la diligencia de audiencia pública el Fiscal pidió la condena del procesado, y el defensor de éste, el reconocimiento de un estado de ira por el comportamiento grave e injusto de la víctima, así mismo solicitó que se desechara el agravante deducido en el auto calificatorio, o sea el estado de indefensión del sujeto pasivo de la infracción; y que se concediera la libertad al procesado dada la avanzada edad de éste.

"El Juzgado Tercero Superior profirió sentencia condenatoria en contra de Príncipe Rivera o Rivera Turbay y le impuso la pena principal de diez años y dos meses de prisión, y las accesorias de ley; y le negó el otorgamiento de la condena de ejecución condicional a la que se refieren los artículos 613 y 432 del Código de Procedimiento Penal, porque estimó que si en verdad se daba el requisito de la edad considerada por la segunda norma, para otorgar la mencionada gracia, no ocurrió lo mismo en relación a la personalidad naturaleza y modalidades del hecho. Tal decisión fue confirmada por el Tribunal Superior..."

La demanda:

Destacándose, mediante la subraya correspondiente, la causal primera del aparte primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal (violación de la ley sustancial por infracción directa) se formula el siguiente cargo, motivo del disentimiento:

Dejaron de aplicarse, al condenar a Príncipe Rivera por el delito de homicidio los artículos 432 y 613 del Código de Procedimiento Penal, omitiéndose, en consecuencia, la concesión del beneficio de la suspensión de la condena de prisión, no dándose motivo válido para ello, pues Príncipe Rivera ha superado la edad de los sesenta y cinco

años y su personalidad no puede considerarse como propia a un pasado ensombrecido por antecedentes delincuenciales (acciones contra la vida y la integridad personal, inasistencia alimentaria). Además, las modalidades del hecho, puesto que después de darle muerte al compañero de su hija, trató de volver su arma contra ésta y la agravió de palabra, no daban margen a tan excesivo rigor.

El recurrente recuerda que en uno de esos hechos se sobreseyó temporalmente y de los otros nada se sabe, limitándose el aspecto a simples constancias. De otro lado, esos indefinidos acontecimientos, son bastante antiguos y tuvieron por escenario regiones convulsionadas por la violencia partidista. Finalmente, se comenta que lo avanzado de la edad, la soledad y angustia del procesado, ante la inminencia de ser nuevamente dejado por su hija, a instancias de quien con ella convivía, desató en él una incontenible crisis, que lo envolvió en esta innerrable tragedia.

Consideraciones de la Sala y de la Delegada:

A la Corte no han dejado de conmoverla la situación que plantea el casacionista, pues así aparezca, a grandes rasgos, como debidamente ejercitada la facultad discrecional del juzgador para determinarse por la negativa de la suspensión de la condena, hay en los planteamientos de aquél, buena dosis de la realidad, particularmente lo relacionado con la antigüedad de los antecedentes y a la falta de conocimiento preciso sobre el contenido, alcance y seriedad de los mismos. Tampoco puede descartarse el fondo emocional que nutre el comportamiento de Príncipe Rivera (su hija había huido del hogar con Peña) y la mal entendida comprensión del propósito de contraer matrimonio su hija, a lo cual se oponía el sentenciado, así como la reiteración de ésta de volver a marcharse del hogar. Todo esto forma un cuadrado de encontrados sentimientos y amortigua considerablemente la temibilidad que se le dedujera en la sentencia.

Pero la Sala no abordará la definición de todos estos puntos, porque como bien lo anota el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, la demanda no fue estructurada en forma correcta, pues, en síntesis, planteada una violación directa de la ley, por falta de aplicación de preceptos pertinentes, lo que en realidad se expuso fue un quebranto indirecto de la misma, por defectuosa apreciación de algunos elementos de convicción.

Dijo la Delegada: "...No refleja el proceso lo expuesto por el casacionista para impugnar la sentencia, a través de la causal primera de casación, cuerpo primero, por cuanto la violación directa de la ley sustancial la hace consistir en la falta de aplicación de los artículos 613 y 432 del Código de Procedimiento Penal, preceptos que a pesar de hallarse dentro de la normatividad adjetiva, son en esencia de carácter sustantivo dadas las consecuencias jurídicas que entrañan, que consagran el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, cuando el procesado fuere mayor de sesenta y cinco años, siempre que su personalidad y la naturaleza o modalidad del hecho punible hagan aconsejable tal medida.

"En efecto, en la sentencia impugnada el sentenciador se ocupó expresamente del análisis de los requisitos establecidos por el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal aplicable en tal evento por expreso mandato del artículo 613 de la misma obra, para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, y concluyó que no obstante darse la edad a que se refiere la norma, toda vez que el procesado sobrepasa los sesenta y cinco años, no se dan las demás exigencias, pues el pasado de Rivera ensombrecido por delitos contra la vida e integridad personal, como las modalidades en la ejecución del hecho punible y demás circunstancias concurrentes, impedían el otorgamiento de tal gracia.

"Luego, ni se ignoran las mencionadas normas en la sentencia, ni se presentó exclusión evidente de ellas, lo que ocurrió fue que el fallador consideró que las situaciones demostradas en los autos no se adecuaban a las exigencias de los preceptos en mención, por lo que negó la concesión de la gracia a que ellos se refieren, y con ésto no transgredió la ley en forma alguna; pues como claramente lo dispone el artículo 613 ya citado, el otorgamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, es facultativa del sentenciador, quien mediante un juicio evaluativo de la personalidad del enjuiciado, y de la naturaleza y modalidades del hecho, debe concluir si es viable o no, la concesión de tal subrogado. Si en el caso en estudio, el Juez de acuerdo a esa facultad discrecional que le otorgaba la ley para el efecto, tras del análisis correspondiente, concluyó que no era del caso otorgar al procesado la gracia en mención, no dio origen a situación que pueda reprocharse a través de la causal primera de casación..."

El cargo se desecha.

Estima la Sala necesario agregar un último comentario sobre algunas características y alcances de las figuras de la condena de ejecución condicional, en su forma pura y fundamental —arts. 68 a 71 del C. P.— y a la muy afín del aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena —arts. 432 y 613 del C. de P. P.—, en especial la hipótesis de tener el sentenciado más de sesenta y cinco (65) años de edad, como acontece en el caso sub júdice.

Ante todo conviene hacer las siguientes precisiones:

a) La hipótesis del sentenciado menor de dieciocho (18) años de edad, ha perdido toda aplicabilidad, pues este especial tratamiento punitivo tenía razón de ser cuando la legislación consagraba los dieciséis (16) años como límite cronológico de la imputabilidad penal. A partir del Decreto 2737 de 1989, artículo 165 —Código del Menor, expedido el 27 de noviembre y vigente a partir del primero de marzo de 1990—, la indicada edad se aumentó a los dieciocho (18) años;

b) Las hipótesis 2ª (parto) y 3ª (grave enfermedad) del artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el 613, no se condicionan a factores de personalidad, naturaleza y modalidades del hecho. Operan independientemente de estas apreciaciones, y se reducen a consultar el fenómeno del parto o de la grave enfermedad;

c) Así mismo el tiempo de duración de este beneficio (suspensión o aplazamiento de detención preventiva o sentencia), en el caso del

numeral 2º, no podrá exceder de ocho meses en cálculo total (dos meses antes del parto; seis meses después de éste); y, en el evento del numeral 3º, estará constituido por la naturaleza y notas de la enfermedad grave, o sea, el necesario para que ésta pierda su característica esencial de gravedad. No está por demás recordar lo que la jurisprudencia aconseja como pautas sanas para evitar el deterioro o burla de la institución: Deben señalarse términos precisos, no muy extensos, *complementándose con* periódicas revisiones médicas oficiales, *para poder determinar adecuada y justamente si se mantiene o se revoca el beneficio;*

d) Resulta obvio que, para los casos de los numerales 2º y 3º del artículo 432, no se determina un período de prueba como el que señala el artículo 68 del Código Penal, encontrándose la completa regulación de este instituto, para estas eventualidades, en lo dispuesto en los incisos 2, 3 y 4 del citado numeral 3º.

Pues bien, retomando el tema, lo que más caracteriza y diferencia la condena de ejecución condicional —arts. 68 y ss. del C. P.— del aplazamiento o suspensión de la sentencia —art. 613 del C. de P. P.—, por razón de edad superior a sesenta y cinco (65) años, en el procesado, es la oportunidad de su reconocimiento y los efectos de su negación. De la primera tiene que decirse que su concesión o rechazo debe abordarse, obligada y exclusivamente, al momento de proferirse el respectivo fallo, sea éste de primera o segunda instancia o en sede de casación, sin que sea factible, con posterioridad al mismo, introducirle modificaciones.

En cambio, el segundo de los beneficios, así se haya negado en la sentencia, es dable revocar la decisión y otorgarlo. Todo dependerá, por ejemplo, que se establezca con toda claridad la verdadera edad del sentenciado, o que la intensificación de purgamiento real de pena, así como su conducta carcelaria, hagan aconsejable olvidarse de aspectos como la personalidad, significación o modalidades de los hechos, o que lo avanzado de la edad del condenado o el deterioro de sus condiciones físicas o mentales, lleven a similar opinión, o que lo que se tuvo por antecedentes resulten dilucidados en cuanto a su menguada trascendencia o importancia penales. De manera que este tema probatorio o de valoración no se agota ni en la sentencia ni en la primera de las resoluciones adversas tomadas con posterioridad a la misma, pues es factible que uno y otro fenómeno se repitan. También debe anotarse que estas posibilidades pueden darse por actividad del Juez, del Ministerio Público, del condenado o de quien fuera su defensor, mediante auto interlocutorio, susceptible de los recursos que como tal le corresponden.

En el caso de subseguir el reconocimiento de este beneficio, el Juez, en el proveído que así lo asuma, establecerá el período de prueba pertinente —art. 68, C. P.—, así como las obligaciones y alternativas que señalan los artículos 69, 70 y 71 ibídem.

Es innegable que la previsión del citado artículo 613, busca una aplicación justa y humanitaria de la sanción; ésta puede excepcionarse por el especial y comentado motivo. Ello indica su imprescindible y constante actualización, sin que sea dable imaginar que la interpre-

tación o definición asumidas en la sentencia, se consolide a tal punto que constituya aspecto juzgado, imposible de remover posteriormente. Por el contrario el legislador piensa y demanda, en el caso de la ancianidad, una permanente y ponderada revaloración de la inicial negativa del beneficio, para acompañar la situación a los cambios surgidos. Por vía de ejemplificación, en el caso examinado, podría decirse que la decisión fue acertada al momento de producirse el fallo, pero que, hoy en día, al precisarse lo de los inciertos antecedentes y disminuirse la primera evaluación acordada para éstos, puede variarse de opinión.

Otro tanto debe decirse al meditar en lo justo que pudo ser la negativa cuando el sentenciado contaba sesenta y cinco años de edad y volverse inadecuada por el avance de los años y la periclitación orgánica del sentenciado. Así mismo, lo que pudo sostenerse cuando no se había purgada ninguna o parte mínima de la pena, ya se muestra como excesivo e inhumano cuando parte de ésta se ha satisfecho, prevaleciendo entonces el tratamiento singular que el legislador ha convenido para quien llega a esta tercera edad penal.

Esta es la adecuada interpretación de los preceptos y lo que debe guiar al juzgador de la primera instancia en el control que al respecto debe ejercer sobre la ejecución de la sentencia.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

No casar la sentencia ameritada en su origen, fecha y naturaleza.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Juan Manuel Torres Fresneda, Edgar Saavedra Rojas.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica. PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION

Impugnar la sentencia en un sentido y defenderla en otro, es dilogía que impide precisar el pensamiento del actor, provocándose el rechazo respectivo al violar el principio de no contradicción

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0077.

Vistos:

El trece (13) de junio de mil novecientos noventa (1990), se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados *Julio César Matallana* y *Héctor Villamil*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en marzo quince (15) de esta anualidad, por haber encontrado a dichos coacusados responsables de una violación a la Ley 30 de 1986.

Corresponde a la Sala decidir en esta oportunidad si las demandas presentadas por los recurrentes satisfacen las exigencias del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Las demandas:

1. El procurador judicial del inculpado Julio César Matallana, eleva un único cargo en el ámbito de la causal primera, cuerpo segundo, al acusar el fallo de segunda instancia de quebrantar indirectamente la ley sustancial "...como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al omitir la apreciación y consideración de pruebas determinadas y fundamentales que obran en el proceso debidamente producidas...", demostrativas de la ausencia de responsabilidad en cabeza de su poderdante.

Luego de hacer algunas "anotaciones" sobre los procesados, brindando explicaciones respecto de las actuaciones de éstos en el día de autos, cuestiona la declaración del Coronel William Bermúdez Zapata, pues "...Nada hay en el proceso que permita dar valor relevante..." a su dicción, por lo que "...procesalmente son cinco testigos contra uno y me parece que el testimonio de aquellos tiene más credibilidad

que el de éste..." Luego, el actor se refiere a las versiones de los acusados absueltos, Narciso Torres y Jorge Ballesteros, junto con las rendidas por Isaías Ortiz, Francisco Montiel y Claudio Bohórquez, "...quienes vieron salir la camioneta llevando a los cuatro sindicados y también a Fernando Castillo...", concluyendo que al violarse los artículos 33 de la Ley 30 de 1986, 246 y 247 del estatuto procesal, "...sin existir en el proceso prueba alguna que conduzca a la certeza de que...(su defendido)...es autor del delito de transporte de base de coca...", debe infirmarse el fallo impugnado (fls. 10 a 21, cuaderno 3º).

2. Por su parte, el personero de Héctor Villamil, formula tres imputaciones al amparo del cuerpo segundo de la causal primera, por vulneración indirecta a la Ley 30 de 1986, al incurrirse en el fallo cuestionado, en la primera de las censuras, en error de derecho "...al apreciar erróneamente el *acta de incautación de base de cocaína y otros elementos para el procesamiento...*", por haber sido "...irregularmente aportada al proceso..." Los dos cargos restantes se fundamentan en yerros de hecho, uno por supuesta tergiversación del testimonio rendido por el Coronel Bermúdez al asignarle afirmaciones que no hizo, mientras que el último reproche se contrae a una pretensa distorsión del sentido expuesto en las declaraciones de varias personas pues éstas únicamente se refirieron a la destrucción de la sustancia incautada más no al peso de la misma, como equivocadamente lo entiende el Tribunal. Por lo anterior, señala el recurrente, procede casar la sentencia referida para absolver a su patrocinado (fls. 23 a 37, cuaderno de la Corte).

La Corte:

I. *En reciente pronunciamiento, claramente ha expresado esta Sala lo que a seguida se copia:*

"...I. En su libelo, el casacionista debe cumplir con los requisitos formales instituidos en el artículo 224 del compendio ritual. Así, al lado de la identificación de las partes y el resumen de los hechos materia de juzgamiento, al formular la o las causales que aduzca para solicitar la infirmación del fallo, deberá indicar '...en forma clara y precisa los fundamentos de ella...'..."

"...II. Esto no es un simple capricho del legislador. Por el contrario responde a la esencia misma del instituto, medio extraordinario de impugnación que no persigue un nuevo debate de los hechos que sirvieron de sustento a la sentencia recurrida, sino el establecer si tal decisión se dictó conforme a derecho. Esta la razón para que no existan términos probatorios, ni posibilidad de aducir nuevas pruebas, ni mucho menos dar a conocer personales interpretaciones de la verdad procesal..." (Auto, septiembre 26 de 1990, Magistrado ponente doctor Valencia Martínez).

II. *Tales previsiones son incumplidas por el primero de los casacionistas mencionados. Pese a que anuncia un error de hecho por falso juicio de existencia "...al omitir la apreciación y consideración de pruebas determinadas y fundamentales que obran en el proceso*

debidamente producidas...", en el desarrollo del cargo se dedica a presentar sus propias elucubraciones sobre el valor que debe tener la prueba testimonial aportada.

Así, mientras considera las versiones que apoyan sus intereses como creíbles, las que se oponen sufren su descalificación. Es por ello que da su personal interpretación del suceso, resaltando lo dicho por algunos testigos cuyo número —es su razón principal— coloca en desventaja la manifestación del Coronel de la Policía mencionado quien, por esta razón, ha de ceder el paso a los demás declarantes.

Esta tesis, sin embargo, no busca otra cosa que defender una particular interpretación del acervo probatorio, distanciada de la defendida por el fallador. Pero una oposición de criterios no es el fin de la casación, como se ha visto. Máxime teniendo en cuenta que el testimonio, como otros medios de prueba, no está sujeto a tarifa legal sino apenas a las reglas de la sana crítica. No habría, pues, posibilidad de tasar un valor que sólo proviene de la íntima convicción del administrador de justicia.

De consiguiente, aparte de caer en el común error de impugnar la sentencia en un sentido y defenderlo en otro, dilogía que impide precisar el pensamiento del actor, provocándose el rechazo respectivo al violar el principio de no contradicción, el simple enfrentamiento de criterios no es de recibo en sede de casación. Únicamente podrá hacerse en el debate instancial, etapa en la cual cada quien defiende lo suyo en una lid en la que triunfará quien mejor demuestre su verdad.

El temprano rechazo de la referida demanda es el fatal resultado de la oscuridad argumental.

III. El segundo libelo, en cambio, cumple a cabalidad con los requisitos formales impuestos por el artículo 225 del estatuto procedimental. Los tres cargos son formulados con precisión y defendidos de igual manera, dentro de los lineamientos de los diferentes falsos juicios, determinándose en el primero un error de derecho por falso juicio de legalidad al apreciarse desacertadamente una prueba aducida ilegalmente al proceso. En los dos restantes, invoca sendos yerros de hecho, señalando tergiversaciones al considerarse algunos testimonios, lo cual ubica sus acusaciones en el falso juicio de identidad. Es correcta, entonces, la presentación de esta demanda y, por lo mismo, procede su admisibilidad por encontrársela ajustada a las normas pertinentes.

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

Resuelve:

1º *Rechazar, "in limine"*, la demanda de casación presentada por el apoderado del procesado Julio César Matallana y, en consecuencia, *declarar desierto* el recurso de tal índole presentado por dicho profe-

sional contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990), por infracción a la Ley 30 de 1986.

2º *Declarar ajustada* a las exigencias de ley, la demanda elevada por el apoderado del acusado Héctor Villamil para sustentar el recurso de casación que él mismo interpusiera contra el fallo atrás referido, en razón a que reúne los requisitos del artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, se dispone correr traslado de la misma y por el término de veinte (20) días al señor Procurador Delegado en lo Penal para que emita concepto y por quince (15) días en común a las demás partes (art. 225, *ibidem*).

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

INDULTO.
DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL

Según la exigencia de la Ley 77 de 1989, para la comprobación de la conexidad del delito común con el de carácter político, la manifestación que hagan los voceros reconocidos de la agrupación rebelde desmovilizada, no puede tener el carácter de único medio de convicción

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 077 (noviembre 13 de 1990).

Vistos:

Por apelación que interpusieron tanto el defensor como los propios incriminados *Orlando Noguera* y *Victoria Socarrás* contra la providencia de fecha veintiocho de junio de mil novecientos noventa por medio de la cual el Tribunal Superior de Orden Público negó la cesación de procedimiento por ellos solicitada, llegó el expediente a la Corte.

Escuchado el concepto del Ministerio Público favorable a la confirmación de la providencia, se resuelve la impugnación luego de hacer un resumen de los siguientes

Hechos:

Por seguimiento que hiciera personal del Ejército Nacional a una presunta red de traficantes de armas, y en virtud de las informaciones que al grupo investigativo diera el Sargento Rodríguez quien se encontraba infiltrado en la banda, se logró en la ciudad de Bucaramanga el día cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve la captura del señor Bagdolio Antonio Fortunato Guerrero, quien momentos antes había comprado una munición al señor Orlando Noguera Cano.

Posteriormente, se practicó diligencia de allanamiento y registro a la casa de Noguera Cano, habiendo sido capturada su compañera Victoria Socarrás Peña, e incautada alguna otra munición y dos ve-

hículos automotores, además de algunos documentos que sirvieron para trasladar las diligencias de averiguación a la ciudad de Bogotá en donde igualmente se realizaron varios allanamientos, se decomisaron armas y municipios de uso privativo de las Fuerzas Armadas y se aprehendieron a varias personas, todas ellas sindicadas de ser proveedores o integrantes de la red de traficantes de armas.

En los informes correspondientes, se afirma por parte de quienes intervinieron en los operativos, que las armas iban destinadas a los grupos subversivos ELN, EPL y FARC.

Actuación procesal:

El Juzgado Quinto de Orden Público de Bucaramanga inició la investigación penal con auto del doce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, y dentro de ella escuchó en indagatoria a la señora Victoria Socarrás Peña quien negó cualquier participación en los hechos y dijo desconocer la presencia de las municiones incautadas a Fortunato Guerrero, a más de que manifestó que en las instalaciones de la Brigada en donde estuvo detenida fue sometida a tratos crueles y presionada para decir cosas que no corresponden a la verdad.

Fortunato Guerrero, por su parte, también negó ser partícipe del delito investigado, y con lujo de detalles relató las torturas a las que fue sometido por parte de los investigadores.

El Juzgado Sexto de Orden Público de Bogotá dictó auto cabeza de proceso el día quince de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, dentro de las diligencias adelantadas en contra de Octavio Castro Cabrera, otro de los sindicados de traficar con armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas.

Con auto de diecisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, el Juzgado Quinto de Orden Público de Bucaramanga decidió continuar adelantando la investigación anterior, por estimar que se trata de los mismos hechos que dieron origen al proceso seguido contra Socarrás Peña y Noguera Cano.

Luego de otro allanamiento practicado en Bogotá y en donde fueron capturados José Joaquín Castañeda e Ignacio Cruz, el Juzgado Cuarto de Orden Público de la ciudad dictó auto cabeza de proceso el día quince de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve.

Estas diligencias fueron remitidas posteriormente al Juzgado Quinto de Orden Público de Bogotá, a fin de que se tramitaran conjuntamente con las que allí se adelantan contra Carmen Rosa Gómez y otros.

El doce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, se allanó en Bogotá la casa donde residía Carmen Rosa Gómez Castañeda, quien fue aprehendida, y allí se encontraron armas de largo alcance que fueron incautadas. Ello dio pie para que el Juzgado Quinto de Orden Público de la misma ciudad iniciara proceso mediante proveído del día quince siguiente. En auto del veintiuno de diciembre

del mismo año, el Juzgado ordenó tramitar esta actuación conjuntamente con la que se prosigue a José Joaquín Castañeda y otro, y que le había sido remitida.

Este expediente, también se remitió al Juzgado Quinto de Orden Público de Bucaramanga, para que se tramitara bajo una misma cuerda procesal con el que allí se adelanta y del cual se hizo mención con anterioridad.

Los procesados Orlando Noguera Cano, a través de memorial presentado en una Notaría de Bogotá, y Victoria Socarrás Peña, concedieron poder a un profesional del derecho para que asumiera su representación y solicitara a las autoridades pertinentes la cesación de procedimiento a su favor con base en lo dispuesto en la Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario 206 de 1990, manifestando además ser miembros del Movimiento 19 de Abril, y acompañando sendas constancias expedidas por el señor Antonio José Navarro Wolf, dirigente máximo y representante político del M-19, según las cuales los susodichos implicados son miembros de dicha agrupación, y fueron capturados cuando realizaban actividades propias de la agrupación subversiva con el propósito de obtener ventajas en el campo político.

La petición fue remitida al Tribunal de Orden Público, que en proveído del veintiocho de junio negó el beneficio solicitado.

La providencia de primera instancia:

El Tribunal estimó que en el expediente no se evidencia en modo alguno la realización de un delito de rebelión que permita predicar conexidad entre éste y el de tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía que se investiga, presupuesto este básico para acceder a la petición de cesación de procedimiento.

Admite la Corporación que los peticionarios figuran en las listas del Gobierno como miembros del M-19, pero considera que este hecho no basta para la concesión del beneficio, pues "se impone la demostración de la existencia de hechos que configuren un delito político en el expediente examinado".

Concluye así el Tribunal:

> "C. Así las cosas y por el momento, el Tribunal Superior de Orden Público, debería negar el beneficio impetrado, sin perjuicio de solicitar al señor Juez de conocimiento, orientar también la investigación, tratando de establecer si existe o no el posible delito político indicado por los procesados, para que, en caso de resultar ello comprobado, proceder de acuerdo a la ley".

Los fundamentos de la impugnación:

El apoderado de los inculpados acompañó a su escrito sustentatorio de la apelación en la primera instancia, nueva constancia de la dirigencia del Movimiento 19 de Abril, en donde se ratifica la pertenencia de los peticionarios a dicha agrupación, su condición de

miembros de la misma desde 1982 y el cumplimiento de labores específicas de venta de armas como mecanismos de consecusión de dineros para el grupo subversivo, y de apoyo a "otras organizaciones fraternas de la Coordinadora Guerrillera". Además, dicha certificación, reclama la declaración de conexidad entre el delito materia de investigación y el político de rebelión propio de la agrupación Movimiento 19 de Abril.

Adicionalmente a esto, el apoderado entró en el análisis del caso concreto, para predicar cómo el delito de rebelión exige la utilización de las armas, elementos estos cuyo tráfico se imputa a sus patrocinados, y poniendo de presente que entre los dos hechos aludidos existe una estrecha relación de conexidad.

Así mismo los encartados presentaron memoriales de apelación, y al efecto Orlando Noguera Cano sostiene que es miembro del M-19, que tiene voluntad de reintegrarse a la vida civil y que por razones de operatividad, nunca reivindicó su pertenencia al movimiento, así como tampoco enteró a sus amigos o relacionados de aquella militancia. La señora Socarrás Peña, por su parte, adujo también que si nunca manifestó su participación, ello se debió a que jamás fue interrogada al respecto.

La opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal es del criterio que la providencia impugnada debe confirmarse. Luego de aludir al momento histórico en que se impulsara la creación de la responsabilidad colectiva (juicio de Nuremberg), y de cómo se reaccionó contra ella a través del principio hoy vigente de la responsabilidad individual, criticó las afirmaciones que hace el señor Otty Patiño, dirigente del M-19, cuando respalda la petición de los procesados aduciendo que su sola inclusión en las listas del movimiento debe bastar para demostrar la conexidad ideológica entre el delito de rebelión y el de tráfico de armas que se investiga.

Acota que ni Noguera ni Socarrás empuñaron las armas con el propósito de derrocar el Gobierno nacional, sino con el fin mezquino de derivar un provecho personal, conclusión que estima respaldada por los dichos del dirigente máximo del M-19 y del apoderado de los solicitantes.

Finaliza su concepto, afirmando que en el expediente no se investiga un delito de rebelión y por tanto mal puede predicarse una pretendida conexidad.

Consideraciones de la Sala:

Frente a las disposiciones de la Ley 17 de 1989 y el Decreto reglamentario 206 de 1990, surgen claros en esta actuación algunos presupuestos que es importante señalar:

Lo primero, que de conformidad con las constancias que obran en autos expedidos por los dirigentes máximos del Movimiento 19 de Abril, Navarro Wolff y Patiño, y con las listas elaboradas por el Go-

bierno nacional de acuerdo a las informaciones suministradas por el grupo subversivo durante las conversaciones de paz, los incriminados que solicitan a su favor la cesación de procedimiento forman parte de la agrupación ahora reintegrada a la vida civil, y por ello tienen derecho a que se reconozca a su favor, si se reúnen las demás exigencias, el beneficio pedido.

Es igualmente claro que los hechos que originaron la actuación tuvieron ocurrencia antes de la publicación de la Ley 77 de 1989, pues se descubrieron en el mes de septiembre de ese año, según consta en las diversas diligencias practicadas, y la ley tiene fecha de 22 de diciembre del mismo año.

Finalmente, no admite duda alguna que el Movimiento 19 de Abril demostró inequivocamente, dentro de las prescripciones de las normas analizadas, su voluntad de reintegrarse a la vida civil, y por tanto sus militantes tienen derecho a los beneficios en ella contemplados.

Lo que se discute, sin embargo, de conformidad con las motivaciones de la providencia recurrida y el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, es la conexidad del delito materia de juzgamiento con el de rebelión, la cual ha sido negada tanto en el auto como en el concepto pertinentes.

Sobre este aspecto de la conexidad, dijo en ocasión pasada la Corte, con ponencia del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez:

> *"Empero, descubierta la identidad revoltosa y tildado el hecho ilícito de político, única manera de acogerse a la magnanimidad estatal, no puede favorecérsele sin antes corroborar sus aseveraciones. Aparte de confirmarse la militancia por sus líderes reconocidos, tal como lo prescribe la Ley 77 de 1989, de igual forma, quienes han estado al frente de la organización son los más idóneos para refrendar, si es el caso, el carácter político de la acción delictuosa.*
>
> *"No cabría interpretación diferente para la norma en cuestión. Exigir pruebas mayores, en el tracto que ocupe el ahondamiento de la investigación, en la que el único aporte al esclarecimiento de los hechos solamente podrían hacerlo aquellos a quienes en principio se les han rechazado sus afirmaciones, no es sino un pretexto para dilatar la concesión de un beneficio al cual se tiene derecho por ministerio de la ley.*
>
> *"Por consiguiente, si se ha comprobado la militancia en la agrupación subversiva desmovilizada, con su inclusión en las listas elaboradas por el Ministerio de Justicia y si, igualmente, el vocero de dicha agrupación o su líder máximo, han reafirmado que los hechos delincuenciales comunes se cumplieron como parte de la estrategia rebelde, debe considerarse satisfecha a plenitud la conexidad exigida y proferirse, en consecuencia, la cesación de procedimiento correspondiente" (Auto de 24 de agosto de 1990).*

No obstante lo anterior, debe precisar la Sala que si bien en principio es de pleno recibo para la comprobación de la conexidad del

delito común con el de carácter político las manifestaciones que al respecto hagan los voceros reconocidos de la agrupación rebelde desmovilizada, no puede ésta tener el carácter de único medio de convicción y que además resulte inobjetable, pues que si en el expediente se encontraren pruebas que desmientan en una u otra forma las aseveraciones de quienes tienen la facultad de hacerlas, debe procederse a realizar un examen conjunto de éstas y aquellas, para determinar si el ilícito común en verdad se encuentra en conexidad con el de naturaleza política.

En el caso sometido a estudio de la Sala, no puede negarse que las constancias expedidas por los señores Navarro Wolff y Otty Patiño aseveran no solamente la pertenencia de los procesados Socarrás Peña y Noguera Cano al Movimiento 19 de Abril, sino además que los hechos que dieron origen a esta investigación fueron realizados en desarrollo de órdenes dadas por la organización, "encargados específicamente de compra de armamento, municiones, vituallas y demás elementos propios para el accionar delictivo... con relación en otras organizaciones fraternas de la Coordinadora Guerrillera", con lo cual señalan la existencia de una conexidad ideológica entre el delito de tráfico de armas de uso privativo de las fuerzas armadas y el ilícito de rebelión que desarrollaba la misma agrupación subversiva.

No obstante lo anterior, las pruebas recaudadas en el expediente en donde se produjo la providencia materia de apelación, demuestran otra cosa. En efecto, el Sargento Omar de Jesús Berrío Loaiza, quien se infiltrara en la banda de traficantes de armas para pretender el descubrimiento de las diversas operaciones, narró con lujo de detalles la forma como pudo tener acceso a ellas, señalando cómo se hizo pasar por oficial de finanzas de las FARC a través de lo cual hizo contacto con un guerrillero de nombre Camilo, perteneciente al mismo grupo subversivo, quien fue en definitiva la conexión hacia Bagdolio Antonio Fortunato Guerrero, intermediario éste de las operaciones que realizaba el señor Noguera Cano y su compañera Socarrás Peña. En ese relato de los hechos, Berrío Loaiza nunca mencionó la participación de los solicitantes en un grupo subversivo, ni relacionó en forma alguna al Movimiento 19 de Abril con el suministro de las armas para las FARC, como ahora se asegura en las constancias del M-19, teniendo por qué conocer tales relaciones, si en verdad existiesen. Muy por el contrario, la exposición analizada críticamente demuestra que Camilo, el guerrillero de las FARC, simplemente mantenía conexiones con particulares que comerciaban en armas, no integrantes de ningún grupo alzado en armas, que conectados directamente con una red de proveedores de armas que tenían ramificaciones en varias ciudades del país. En posterior ampliación de su declaración, afirmó:

> "Bagdolio reconoció ser intermediario entre Orlando Noguera y los compradores de la munición o sea la guerrilla, pero que no tenía conocimiento de las personas que le suministraban la munición a Orlando en Bogotá en cambio Victoria dijo que ella estaba al tanto de los negocios de su marido reconoció llevarle las cuentas y chequeras del producto de este negocio y lo más importante suministró el nombre de Carlos Julio Castellanos en Bogotá ... y dijo

además que en ocasiones anteriores su marido había negociado material de guerra con guerrilleros del E.P.L. en Cúcuta y otros que no recuerdo".

Por su parte, otro de los implicados, Bagdolio Antonio Fortunato Guerrero, al momento de ampliar su diligencia de indagatoria el veintiséis de febrero del presente año, relató también como fue su acercamiento a Orlando Noguera y Victoria Socarrás, siendo que Orlando le sugirió al indagado que sirviera de intermediario en la venta de armas y municiones, no manifestó que ellas fueran destinadas específicamente a los grupos guerrilleros, o fueran comercio o actividad propia para obtener ganancias a través de ella. Orlando, por otra parte, se dedicaba al comercio de mercancías traídas de contrabando, en lo cual también le ayudaba Fortunato Guerrero, y nunca se puso de presente actividad alguna que relacione a los solicitantes Noguera Cano y Socarrás Peña con actividades rebeldes.

No deja de ser menos importante poner de presente cómo resulta de incoherente la petición elevada por los procesados y las constancias del M-19 respecto de su pertenencia al grupo y su actividad de apoyo a él, frente a la no reivindicación de los actos de los demás participantes en el tráfico de armas, como de carácter político. A más de ello, no resulta lógico tampoco que integrantes de un grupo subversivo, en donde es de primordial importancia el abastecimiento de material de guerra, se dediquen a suplir del mismo a organizaciones diferentes a las que ellos pertenecen, no derivando de tal actividad fuertes ganancias que explicaran su intermediación como mecanismo para acumular dinero suficiente para la compra posterior de armas que suplieran sus necesidades militares.

No resulta coherente la primera situación, si se tiene en cuenta además el testimonio del señor Berrío Loaiza quien por su conocimiento directo de la organización, relató las diferentes cargas de los participantes en el ilícito, en la siguiente forma:

"...en síntesis la red de traficantes está organizada de la siguiente manera: Orlando Noguera Cano compra en Bogotá, transporta y vende a grupos terroristas del nororiente colombiano el material de guerra; Victoria Socarrás, mujer del anterior, conoce plenamente y secunda las actividades de su marido; Bagdolio Fortunato, se desempeña como comisionista en el negocio ilegal de Orlando Noguera Cano y es el que personalmente entrega el material a los grupos terroristas del ELNA (sic), EPL y FARC; Carlos Julio Castellanos Méndez, es el contacto principal de Orlando Noguera en Bogotá y consigue el material con Octavio Castro Cabrera, Noel Ardila y Joaquín Castañeda; Leopoldo Díaz y Parmenio Barragán cumplen la misma función de Carlos Julio Castellanos. En resumen, de acuerdo a las actividades de inteligencia desarrolladas en Bucaramanga y Bogotá y con las declaraciones que nos dieron los sujetos Victoria Socarrás, Bagdolio Fortunato y Carlos Julio Castellanos, en los respectivos interrogatorios que se les hicieron, se estableció que Orlando Noguera es el capitalista de la operación con su mujer Victoria Socarrás; Bagdolio Fortunato frentea el ne-

> gocio con los terroristas, ganando comisión; Carlos Julio Castellanos, Leopoldo Díaz y Parmenio Barragán son los comisionistas en Bogotá y Octavio Castro, Noel Ardila y Joaquín Castañeda son los proveedores directos de ese material".

De conformidad con el anterior testimonio, se tiene entonces que se trata de una organización bien estructurada dirigida exclusivamente al comercio ilícito de armas, sin conexión alguna con los grupos subversivos, salvo el tenerlos a ellos como potenciales compradores del material de guerra, que impiden ser considerados, pese a las manifestaciones que en contrario han hecho los dirigentes del M-19, como miembros de grupos alzados en armas que atentan contra la seguridad del Estado.

No es necesario, siquiera, profundizar en la investigación para tratar de establecer un posible delito de rebelión, con miras a un aplazamiento de la decisión relativa al otorgamiento de la cesación de procedimiento con base en la Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario, sino que desde ya se tienen suficientes elementos de juicio para asegurar que el delito por el cual se procede no resulta conexo con el de rebelión que podría imputarse a los miembros del Movimiento 19 de Abril, y que la pertenencia de Socarrás Peña y Noguera Cano a tal agrupación, resulta desvirtuada por el material probatorio arrimado al expediente, con lo que se descarta la veracidad de las afirmaciones hechas en las constancias de Navarro Wolff y Otty Patiño al respecto y surge, en consecuencia, la necesidad de confirmar la providencia apelada.

Una observación adicional debe hacer la Sala que, aun cuando no es materia de la apelación, sí se impone en virtud del mandato legal de investigar, u ordenar hacerlo, oficiosamente, los delitos que se adviertan o de los cuales se tenga conocimiento. El procesado Fortunato Guerrero, así como también la incriminada Victoria Socarrás Peña, hicieron acusaciones claras respecto de torturas a las que presuntamente fueron sometidos por parte de los funcionarios que participaron en las diligencias averiguatorias, llegándose al extremo de que el primero de los nombrados resultó con uno de sus brazos fracturados, tal como se ha acreditado a través de las valoraciones médicas correspondientes. Pese a ello, en actitud complaciente con tan inadecuados y reprochables procedimientos de interrogación y averiguación, el funcionario que adelanta el proceso no se ha preocupado por expedir las copias que resultaren pertinentes para la investigación del posible delito denunciado, razón por la cual la Corte lo ordenará.

Es igualmente importante señalar lo equivocado de algunos apartes del concepto de la Procuraduría Delegada, cuando parece sostener que para que se pueda estructurar el delito de rebelión se requiere que cada uno de los partícipes en ella empuñen las armas con el propósito de derrocar al Gobierno nacional, o más precisamente, que todos los rebeldes han de tener la categoría de "combatientes", tal como se desprende del siguiente aparte del mencionado concepto:

> "Aquí hemos repetido hasta el cansancio que el delito de 'rebelión' sólo se configura por el empleo de las armas

con un fin específico: Derrocar al Gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. En este proceso evento, ni Noguera Cano ni Socarrás Peña empuñaron las armas con los nobles y elevados propósitos antes dichos. Si alguna vez tuvieron en sus manos elementos de tal índole, fue para buscar un mezquino provecho personal, traficando con estos instrumentos de la muerte, sin importar la calidad o persona del comprador. De otro lado, el mismo Comandante Patiño Hormaza en su escrito para ante el Tribunal Superior de Orden Público *está enfatizando que los apelantes no eran combatientes, pues estaban '...encargados especificamente de compra de armamentos, munición, vituallas y demás elementos propios para el accionar operativo en esa Regional...'*

"

"Y para mayor abundamiento de razones, téngase presente que según el Comandante Patiño Hormaza y los propios apelantes, *éstos en ningún momento empuñaron las armas para derrocar al Gobierno nacional, y pues otras eran sus funciones que el mero hecho de figurar como integrantes o simpatizantes del grupo guerrillero M-19 no los hace incurso en el delito de 'rebelión',...*" (Subrayó la Sala).

Parece ser que el señor Colaborador Fiscal exige, para la configuración del delito de rebelión, el empuñamiento de las armas, negando toda posibilidad de que quien no lo haga pueda incurrir en el ilícito mencionado. Nada más contrario a la doctrina y al derecho. El delito de rebelión, ciertamente, se realiza a través de las armas, pero no descarta en modo alguno la participación de sujetos que jamás las utilicen o las porten, o tengan siquiera contacto con ellas. De hecho, dentro de los grupos subversivos, existen como en toda organización, diversos niveles de operatividad manteniéndose un fin común y así, puede suceder que, formando parte de la rebelión, se encuentran personas que se encargan solamente de las finanzas, del apoyo táctico, de la labor ideológica, y que no pierden por tal razón la calidad de rebeldes, aunque jamás han entrado en contacto con las armas que esgrimen otros miembros de la misma agrupación para el fin común de derrocar al Gobierno legítimamente constituido, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigentes. Aceptar el planteamiento del Delegado, sería desestructurar toda la naturaleza jurídica de los delitos políticos y exigir, por la literalidad de la ley, condiciones no contempladas en ella para la estructuración del delito, además de separar ilógicamente a los combatientes de las esferas de apoyo táctico y estratégico, para favorecer a los primeros con la benignidad de las sanciones de los delitos políticos, y perjudicar a los segundos con la aplicación de leyes independientes y no llamadas, precisamente, a regular el caso.

Baste lo anterior para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelva:

Primero: Confirmar la providencia materia de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Expídanse las copias que resultaren pertinentes y *remítanse* a la oficina de reparto respectiva, a fin de que las autoridades jurisdiccionales inicien, si a bien lo tienen, proceso penal contra quienes resultaren responsables del presunto delito que fuera puesto en conocimiento por los procesados Bagdolio Antonio Fortunato Guerrero y Victoria Socarrás Peña, según se dejó expresado en la parte motiva.

En firme esta providencia, regrese el expediente a la oficina de origen, para que siga su curso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA

Para demostrar el yerro al efectuar el proceso de selección, han de admitirse los acontecimientos tal y conforme lo hizo el fallador

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0077.

Vistos:

El diecisiete (17) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Tribunal Superior de Bogotá, al confirmar el fallo proferido por el Juzgado Quince (15) Superior de esta ciudad, de agosto veintitrés (23) de esa anualidad, mediante el cual condenó a *Luis Sergio Castillo*, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, lo modifica en el sentido de no reconocer la atenuante del estado de ira, respecto de dicho último punible y en consecuencia, incrementó la pena principal impuesta a diez (10) años y tres (3) meses de prisión.

Contra aquella sentencia, el acusado interpuso el recurso de casación. En su concepto, el señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal impetra a la Corte denegar las pretensiones del actor.

Hechos:

Los que originaron el proceso fueron resumidos por el Tribunal de esta forma:

"...en horas de la noche del siete de diciembre de 1987, en jurisdicción de Leticia (Amazonas), se presentó un altercado entre el acusado Luis Sergio Castillo y los señores Juan Carlos Meléndez y Estanislao Pacaya, dando como resultado de ese problema, las lesiones con arma cortopunzante que le causaron la muerte a Juan Carlos Meléndez y las heridas que determinaron incapacidad a Estanislao Pacaya, de cuyos comportamientos fue acusado el primero de los nombrados..." (fl. 21, cuaderno del Tribunal).

Actuación procesal:

Fue sintetizada por el Colaborador Fiscal en los siguientes términos:

"...El Juzgado Ciento Diecisiete de Instrucción Criminal radicado en la ciudad de Leticia (Amazonas), con auto de fecha 9 de diciembre de 1987, declaró abierta la investigación en cuyo desarrollo indagó a Castillo quien afirmó que ante las agresiones de que era víctima su menor hijo por parte de un extraño, salió en su defensa, siendo igualmente golpeado por éste y otra persona más, de quienes así mismo se defendió sin hacer uso de ningún tipo de armas... Impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva y perfeccionada la investigación con abundante prueba testimonial y documental, resolución de acusación fue dictada en su contra mediante providencia de 20 de julio de 1988 por los delitos de *homicidio y lesiones personales*, decisión que al ser recurrida en apelación recibió íntegra confirmación por el *ad quem*... Surtida la etapa del juzgamiento y una vez verificada la audiencia pública el jurado, por unanimidad, halló responsable al acusado por los delitos que se le imputaran en el auto calificatorio. El Juzgado Quince Superior de Bogotá, en sentencia de agosto 23 de 1989, acogiendo la decisión del *iuri* condenó a Luis Sergio Castillo, reconociendo en su favor el exceso en la legítima defensa y el estado de ira en relación con el delito de lesiones personales, fijándole como pena principal 10 años y un mes de prisión; decisión modificada en la forma que diéramos cuenta en precedencia, la cual ahora es recurrida en casación..." (fls. 25/6, cuaderno de la Corte).

La demanda:

Se formula un *único cargo* en el ámbito de la primera causal, cuerpo primero, argumentando que el Tribunal "...*negó* el reconocimiento al sentenciado de la circunstancia emocional de la *ira*, no obstante que existía en el investigativo prueba adecuada en respaldo de dicha circunstancia..."

Luego de señalar que "...'la provocación' es un factor ya no exclusivo para una reacción de ira o de dolor, pues se tiene como uno de los comportamientos susceptibles de generar tales reacciones..." la actora examina la posibilidad "...de si la acción de un inimputable puede originar válidamente una acción irascible o dolorosa que puede ser cobijada por la atenuante del artículo 60 del Código Penal..."

A seguida, adversa la demandante que "...El comportamiento ajeno, grave e injusto, que abriera paso a la reacción violenta e irascible de Luis Sergio Castillo encuentra adecuado respaldo en las probanzas citadas por el propio Tribunal en su fallo...", por lo cual llama la atención sobre cómo "...Todos los testigos, aún los parientes cercanos de los sujetos pasivos de las lesiones y el homicidio, unívocamente atribuyen la agresión de Luis Sergio Castillo contra los hermanos Meléndez y Pacaya, al hecho de que éste último hubiese golpeado al menor Luis Alberto Castillo hijo del sentenciado..."

Finalmente, la recurrente aduce que "...No es dable...negar el tranquilo discurrir del procesado la noche de los hechos...", dedicán-

dose a exponer una versión personal de lo sucedido que incluye los antecedentes de belicosidad entre los vecinos, los incidentes que protagonizaban las víctimas y los testigos que los informan. Por ello, solicita casar parcialmente la sentencia para reconocerle a su poderdante la diminuente del estado de ira (fls. 9 a 21, cuaderno 4º).

Concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal:

Se impetra por el Colaborador Fiscal la desestimación del libelo, pues la censora, pese a alegar una violación directa de la ley, controvierte la evaluación que de las pruebas hiciera el Tribunal, desacierto técnico que en sentir de la Delegada no permite el estudio de la acusación.

La Corte:

I. Háse dicho en diversas oportunidades por la Sala, que es inadmisible impugnar la prueba cuando se alega el quebrantamiento directo como quiera que su transgresión se ha de realizar inmediatamente, sin intermediación alguna. De consiguiente, es lógico que ha de aceptarse a plenitud la apreciación probatoria cumplida por el sentenciador como premisa para elaborar el reproche. Al respecto, recientemente ésta Colegiatura dijo:

"...Resulta claro que es presupuesto lógico de la violación directa aceptar los hechos en la forma como los apreció el fallador, pues así el caso concreto se convierte en fundamento inmutable para de plano, ubicar el error en la aplicación de la norma misma. En cambio, si se rechazan los cargos que tuvo en cuenta el sentenciador y se ataca la manera como los apreció se destruye la forma específica del caso concreto para hacer recaer el error en la contemplación de la prueba como medio de llegar a la violación de la norma sustancial..." (Providencia, mayo 4 de 1990, Magistrado ponente doctor Saavedra Rojas).

Es palmaria la razón:

Como requisito previo de la aplicación del derecho a una situación específica investigada, encuéntrase la valoración del acervo probatorio, a través del cual el Juez le da a las evidencias mismas y a los hechos que se desprenden de ellas, tanto una connotación especial como un alcance determinado.

Decantada así la suma probatoria, procede el juzgador a acomodarla a una o varias disposiciones sustanciales. Es apenas obvio que para demostrar el yerro al efectuar el proceso de selección, han de admitirse los acontecimientos tal y conforme lo hizo el fallador, pues sólo con base en ellos se puede establecer la discordancia entre la interpretación hecha por el juzgador y la que evidentemente arroja el proceso bien porque no se escogió la norma adecuada ora porque se seleccionó una que no se ajusta a dicha realidad.

Respecto a la interpretación errónea, fácil es advertir que ha de partirse en la censura de la corrección en la escogencia del precepto

aplicable al caso concreto. Si ello es así, los hechos interpretados por el sentenciador han de prohijarse sin discusión, pues fue con fundamento en los mismos que el funcionario atinó en la designación del dispositivo. Controvertirlos implicaría negar el acierto normativo, creándose un contrasentido pues a la par que se acoge la norma se la rechaza.

II. Razón le asiste al Agente Fiscal cuando impetra la infirmación de la demanda por plantear una violación directa de la ley sustancial por exclusión evidente y al propio tiempo cuestionar el caudal probatorio.

En efecto, en el comienzo de su impugnación, la recurrente enuncia la falta de aplicación de los artículos 60 del Código Penal y 248 del ordenamiento ritual, lo que condujo al atropello "...del artículo 61 del Código Penal..." Sin embargo, en la demostración del cargo, comienza por advertir que la atenuante de la ira se le negó al procesado "...no obstante que existía en el investigativo prueba adecuada en respaldo de dicha circunstancia..." En apoyo de esta afirmación cita variado número de testimonios para explicar los motivos que tuvo el acriminado para agredir a sus víctimas, finalizando con un desciframiento muy propio de lo sucedido en la noche de autos.

Así, narra el "...tranquilo discurrir del procesado la noche de los hechos...", su ánimo conciliador respecto de sus beligerantes vecinos con quienes había tenido diferencias en el pasado, el ofrecimiento de licor para apaciguar los ánimos, el rechazo de estos sujetos y su agresiva personalidad cuya muestra se refleja en la reyerta que sostuvieron entre sí y que se solucionó por la intervención de un cuñado común, antecedentes de los cuales dan cuenta varios declarantes, los cuales menciona con exactitud, defendiendo su credibilidad en razón del parentezco que los une con las víctimas.

Apropiadamente, el Agente del Ministerio Público anota:

"...Se reabre entonces el cuestionamiento probatorio incurriéndose de esta manera en ostensible desacierto técnico, pues si expresamente la vía escogida fue la directa, se imponía para la recurrente actar (sic) los aspectos fácticos y probatorios en la forma como los entendió el juzgador. Y, si bien la libelista se cuida de no poner en evidencia esta falla alertada tal vez por la improcedencia de acusar el fallo por el cuerpo segundo —violación indirecta—, por haber intervenido en el proceso el Jurado de Conciencia, que como es sabido, no está limitado por tarifa legal alguna en la valoración y análisis de las pruebas, es lo cierto que lo que en el fondo pregona, es un error de hecho por falso juicio de identidad al tergiversarse el contenido material de los testimonios sustentadores de la diminuente punitiva denegada..." (fl. 28, cuaderno 4º).

Tales falencias técnicas imponen el rechazo de la demanda *sub exámine*.

Por lo expresado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo (2º) Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

Resuelve:

No casar el fallo impugnado.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Leonel Olivar Bonilla, Conjuez; *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DESOBEDIENCIA. JUSTICIA PENAL MILITAR

La orden debe ser dada por un superior jerárquico que tenga competencia para hacerlo, de tal manera que comprometa el destinatario a su cumplimiento

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., quince de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 013 (octubre 24 de 1990).

Vistos:

Por auto de 11 de octubre de 1989, esta Corporación dispuso abrir investigación penal por el posible delito de desobediencia militar, en que pudo haber incurrido el General (R) *Víctor Delgado Mallarino*, quien actuaba como Comandante General de la Policía Nacional los días 6 y 7 de noviembre de 1985, cuando se produjo el asalto al Palacio de Justicia, sede de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Previo cierre de la investigación, se procede a calificar el mérito legal del sumario.

Hechos:

Fueron resumidos por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal así:

"La decisión que originó la investigación penal que nos ocupa fue asumida por el Juzgado Treinte de Instrucción Criminal de esta ciudad, dentro del proceso que allí cursó por los luctuosos hechos del Palacio de Justicia; la misma tuvo su apoyo fáctico en lo manifestado por el entonces Ministro de Justicia Enrique Parejo en la constancia que expuso en el Consejo de Ministros el día 7 de noviembre de 1985 (acta 176) según la cual el General Delgado Mallarino desantodió la expresa solicitud formulada por los Ministros en el sentido de detener el operativo policial de ingreso al cuarto piso del Palacio de Justicia, hasta tanto el propio Ministro de Justicia obtuviera comunicación con el guerrillero Almarales..."

Pruebas allegadas:

En la etapa instructiva se practicaron las siguientes:

1º Certificación jurada rendida por el doctor Enrique Parejo González, Exministro de Justicia, quien manifestó que el día 6 de noviembre de 1985, llegó al Palacio de Nariño antes de las dos de la tarde, por solicitud que le hiciera el Secretario General de la Presidencia, y una vez reunidos con el primer Mandatario y varios de los Ministros del Despacho, propuso que se intentara un diálogo con el guerrillero Almarales y se suspendiera el operativo del cuarto piso del Palacio de Justicia mientras se lograba la comunicación. Afirma el declarante que su propuesta fue acogida y cuando pretendían ejecutar el plan acordado, fueron informados por el General Delgado Mallarino que en ese momento se había logrado penetrar al cuarto piso, noticia que causó sorpresa, pues a su juicio había un desacato a lo acordado con anterioridad. Es enfático en afirmar que el día 6 de noviembre de 1985, no se realizó ningún Consejo de Ministros ya que no hubo orden del día, ni se levantó acta alguna, dadas las circunstancias extremas y graves en que se produjo la reunión.

2º El Exministro de Relaciones Exteriores, doctor Augusto Ramírez Ocampo, refiere en su testimonio que ni el Consejo de Ministros ni las reuniones informales de los mismos están facultadas para dar órdenes a las Fuerzas Militares. Dice que el día 6 de noviembre de 1985 no hubo ninguna reunión de Ministros "porque lo que hubo fue un grupo de personas a las cuales el Presidente consultaba y pedía consejos; pero es obvio que él tomaba las decisiones..."

Concluye diciendo que no hubo ningún desacato par parte del Exdirector de la Policía Nacional a decisión alguna del Presidente de la República o del Consejo de Ministros.

3º El doctor Hugo Palacios Mejía, Exministro de Hacienda y Crédito Público, dijo en su declaración juramentada que no tuvo conocimiento de que se hubiera dado la orden de suspender el operativo del cuarto piso del Palacio de Justicia, por parte del Presidente de la República o del Consejo de Ministros.

4º Los doctores Jorge Carrillo Rojas, Gustavo de Jesús Castro Guerrero, Iván de Jesús Duque Escobar y Rodolfo Segovia Salas, entonces Ministros de Trabajo y Seguridad Social, Desarrollo, Minas y Energía y Obras Públicas respectivamente, informaron en sus declaraciones juradas que no recordaban ni tenían conocimiento de que se hubiera impartido la orden por parte del Presidente de la República o del Consejo de Ministros, de suspender el operativo militar en el cuarto piso del Palacio de Justicia.

5º La Ministra de Educación Nacional, Liliam Suárez Melo, manifestó que el día 6 de noviembre de 1985, ella junto con la Ministra de Comunicaciones y el titular de la cartera de Justicia, mostraron su preocupación por el operativo que se llevaría a cabo en el cuarto piso del Palacio de Justicia, y consideraron que se debía suspender mientras se intentaba una comunicación con el guerrillero Almarales

y agrega: "...Yo no recuerdo que se le hubiera dado por parte del Presidente al General Delgado Mallarino una orden terminante al respecto. Tengo perfecta claridad de mi posición y de la de los Ministros de Justicia y comunicaciones quienes nos oponíamos a que se derribara la puerta pero desde luego nuestras opiniones no constituían órdenes para el General Delgado pues no éramos su inmediato superior..."

6º La doctora Nohemí Sanín Posada, Exministra de Comunicaciones, refiere en su declaración que efectivamente ella junto con la Ministra de Educación y el de Justicia, estuvieron de acuerdo en que se suspendiera el operativo militar en el cuarto piso, hasta tanto no se lograra una comunicación con el guerrillero Almarales, pero que en ningún momento este consenso constituyó orden alguna.

7º El Exministro de Salud, doctor Rafael de Zubiría Gómez, al igual que el doctor Roberto Mejía Caicedo, Exministro de Agricultura, coinciden en que el día 6 de noviembre de 1985, no hubo ninguna orden por parte del Presidente de la República o del Consejo de Ministros, atinente a que se suspendiera algún operativo militar.

8º El doctor Jaime Castro Castro, entonces Ministro de Gobierno, en declaración que rindió ante el Tribunal Especial de Instrucción Criminal, la cual fue allegada a estas diligencias manifestó al texto lo siguiente:

"...Sobre las órdenes expedidas por el Presidente de la República debo decir que para mí fue claro que él siempre ejerció, sin limitación alguna, su condición de Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que le otorgan las leyes y que los jefes de éstas, como era su deber, obedecieron las decisiones del poder civil. Esa condición de Comandante de las Fuerzas Armadas se manifestó, principalmente, cuando el Presidente ordenó a la fuerza pública actuar para lograr el restablecimiento del orden público, la liberación de los rehenes y la recuperación del Palacio y cuando decidió no aceptar la solicitud que algunos formulaban de suspender o cancelar el operativo puesto en marcha para alcanzar los fines señalados".

"También hubiera podido el Presidente, como lo prevén las normas vigentes, asumir la dirección de las operaciones que ejecutaba la fuerza pública. No lo hizo, sin embargo, en ningún momento".

"Por ello la dirección del operativo y las decisiones relativas a su naturaleza, características y desarrollo, correspondieron a los respectivos Comandantes de las unidades del Ejército y de la Policía Nacional que tuvieron a su cargo la ejecución de lo ordenado".

"Ninguna de las decisiones por tomar era de competencia, formal y jurídicamente, del Consejo de Ministros o del 'Gabinete Ministerial', expresión que utiliza su oficio. Sin embargo, los Ministros, sin excepción, estuvimos muy cerca del Presidente de la República, dada la gravedad del momento, deliberando, opinamos, aconsejamos una u otra decisión y de esa manera fuimos partícipes o autores de las decisiones adoptadas..."

9º El señor Expresidente de la República, doctor Belisario Betancur, rindió declaración bajo juramento, en la cual manifestó que el

día seis de noviembre dispuso que se trasladaran al Palacio de Nariño los mandos militares y de Policía y junto con los Ministros presentes, analizaron la situación, sin que se tratara formalmente de un Consejo de Ministros.

Respecto a las decisiones que tomó dice: "...como Comandante en Jefe de las Fuerzas Militares dí la orden de que el Palacio de Justicia, repito, fuera restituido a las instituciones, previa la reiterada advertencia de que fueran salvados todos los rehenes, desde luego incluidos los altos funcionarios de la Corte y del Consejo de Estado, los civiles y los guerrilleros asaltantes. Esa fue la decisión que tomé de acuerdo con la Constitución y que fue trasmitido a los mandos militares y de Policía con el objeto de que fueron ellos los que en acuerdo con su leal entender y saber, fueron ellos los que tomaron tales decisiones".

Agrega que, el límite que le señaló a la actuación de los altos mandos de la institución armada, fue proceder en tal forma que se garantizara la vida de cuantos se encontraban en el Palacio de Justicia. Y luego reitera: "Por el Presidente las decisiones versaban únicamente sobre la restitución del Palacio, *con la prudencia necesaria para garantizar la vida de los honorables Magistrados* y de todas las personas que estuvimos en el Palacio" (Subrayado fuera de texto).

Afirma que no podía haber orden presidencial sobre la suspensión del operativo militar, porque de él se encargaba de manera exclusiva y excluyente la institución militar.

Sobre la posición asumida por su Ministro de Justicia dice: "...Quiero expresar de manera categórica de nuevo, que las opiniones relacionadas con dicho cuarto piso, expresadas por los señores Ministros, doctor Parejo, doctora Sanín y doctor Suárez, nunca se convirtieron en una orden presidencial, dado que como antes manifesté la orden presidencial se contrajo a la decisión de que el Palacio fuera restituido a la institucionalidad, con la garantía de salvar las vidas de los Magistrados y de los rehenes, como la de los guerrilleros. Por consiguiente el General Delgado Mallarino, quien durante todas aquellas circunstancias fue uno de los más celosos en buscar una solución positiva con la salvación de la vida de los señores Magistrados, nunca desatendió ninguna orden del Presidente de la República".

10. El General Delgado Mallarino rindió indagatoría y en ella relata su intervención durante la toma del Palacio de Justicia. Admite que ordenó, por su propia iniciativa, que los Capitanes Orjuela y Talero Cruz, Comandantes de los grupos GOES y COPES, se trasladaran a la terraza del edificio, que entraron al cuarto piso y protegieron a los Magistrados. Que a esto se redujo su actuación durante los días 6 y 7 de noviembre, porque luego tomó el control el Comandante General de la Décima Tercera Brigada.

Dice que habló telefónicamente con el guerrillero Luis Otero y que luego de ofrecerle que le garantizaban la vida y un juicio justo e imparcial; él le contestó que se trataba de un operativo político militar y que pensaba llevarlo hasta sus últimas consecuencias. El doctor

Alfonso Reyes, Presidente de la Corte, también le habló, para solicitarle que suspendieran el fuego, pero según el indagado, el Presidente de la República tomó la determinación de no acceder.

Agrega que el Presidente Betancur no le impartió ninguna orden, que esta fue impartida al señor Ministro de Defensa Nacional, y de éste al Comandante del Ejército, de tal manera que a partir más o menos de las dos de la tarde asumió el mando de toda la operación el Comandante de la Décima Tercera Brigada.

Alegatos de conclusión:

Dentro del término previsto en el artículo 468 del Código de Procedimiento Penal presentó alegaciones el señor defensor del acusado, quien solicita se profiera en favor de éste cesación de procedimiento, en razón a que el hecho imputado no ha tenido existencia. Analiza los diferentes testimonios allegados en la etapa instructiva, en los cuales los Ministros del Despacho para la época de los hechos coinciden en expresar junto con el Expresidente Belisario Betancur, que no hubo de parte de aquellos ni del primer mandatario, ninguna orden de suspensión del operativo militar que se llevó a cabo en el cuarto piso del Palacio de Justicia.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicita se profiera un auto ordenando la reapertura de la investigación, pues en su sentir se hace necesaria la práctica de varias diligencias tendientes a esclarecer los hechos investigados. Considera que "si bien es cierto, se han propuesto respuestas a los interrogantes formulados a lo largo de la investigación, las cuales mantienen alguna cohesión en relación con la inexistencia de una orden explícita por parte de los Ministros o el Presidente para detener el operativo del cuarto piso, dirigida al General Delgado Mallarino, y aún sobre la misma situación relacionada con la no conformación de un Consejo de Ministros formal para el día de los hechos, no es posible sin embargo, definir supuestos jurídicos concluyentes apoyados en el conjunto reseñado, pues aún persisten dudas por resolver frente a los graves y reiterados cargos formulados por el entonces Ministro de Justicia, cuya dilucidación es imprescindible para obtener un amplio contexto instructivo, y con mayores elementos de juicio lograr un mínimo grado de certeza y convicción probatoria..."

Cita como pruebas faltantes las declaraciones del Brigadier General Jesús Armando Arias Cabrales, del señor Ministro de Defensa para la época de los hechos General Miguel Vega Uribe, la de los oficiales que participaron en el operativo del cuarto piso y la del Exministro Jaime Castro. Finalmente solicita se allegue la reglamentación existente sobre el Consejo de Ministros y "precisar el decir testimonial de la Exministra Nohemí Sanín Posada cuando manifestó ante el Juzgado Instructor que algunas precisiones se recogieron en una especie de 'bitácora', el día de los hechos" (fl. 368); es decir, si el documento o reseña a que se refirió la doctora Sanín Posada existe,

en caso positivo si la misma recoge alguna información diferente a la hora de llegada, de los Ministros, y que pueda ser de interés para la investigación.

Consideraciones de la Sala:

1º *El delito por el cual se adelantó la investigación es el previsto en el artículo 139 del Decreto 250 de 1958, vigente en el momento de los acontecimientos. Se trata de una de las especies de la "DESOBEDIENCIA", y su texto es el siguiente:*

> *"El militar que no cumpliere las órdenes del servicio, o el que provoque a otros militares a la desobediencia, será sancionado con prisión de uno a tres años".*

Es uno de los llamados por la doctrina "delitos especiales propios de carácter militar", es decir, aquellos ilícitos cuya conducta no tiene correspondencia dentro del derecho penal ordinario, porque no es posible que incurran en ella los particulares.

La adecuación típica exige que el no cumplimiento sea realizado por militares en servicio activo y respecto de órdenes del servicio, de lo cual se infiere, que la orden debe ser dada por un superior jerárquico que tenga competencia para hacerlo, en forma expresa, de tal manera que comprometa el destinatario a su cumplimiento.

La desobediencia debe ser dolosa, esto es, que el militar tenga conocimiento de lo ordenado, y estando en posibilidad de acatarlo intencionalmente decida omitir su cumplimiento.

2º El procesado Víctor Delgado Mallarino, para la época del lamentable holocausto del Palacio de Justicia, reunía la calidad de miembro de la Policía en servicio activo, según aparece acreditado en los folios 136 y 137. Su grado era el de General de la Policía y se desempeñaba como Director de esa Institución.

En este aspecto, la condición exigida por el tipo penal para ser sujeto activo del punible de "desobediencia", la reunía a cabalidad.

También, de acuerdo con la Constitución Nacional, el señor Presidente de la República como Jefe máximo de las Fuerzas Armadas, era su Superior Jerárquico, podía impartirle órdenes relacionadas con el servicio que estaba prestando, las cuales el General Delgado estaba obligado a cumplir.

3º En la declaración por certificación jurada rendida por el Exministro de Justicia, doctor Enrique Parejo González (fls. 274 a 276), afirma que en la reunión sostenida el 6 de noviembre, primer día de la toma guerrillera, en el Despacho del señor Presidente de la República, propuso que mientras se lograba hablar con Andrés Almarales se suspendiera el operativo que estaba montando la Policía para ocupar el cuarto piso del Palacio de Justicia, por el riesgo que ello representaba para la vida de los Magistrados. Y agregó "no hubo entre los presentes objeción alguna a la solicitud de aplazamiento del operativo *y el suscrito tuvo entonces, así como tiene ahora, la neta impresión de que ella fue aprobada tanto por los Ministros como por el Presi-*

dente de la República. Poco después y cuando estaba intentando la comunicación telefónica aludida, el General Delgado Mallarino entró a la oficina donde estábamos reunidos y anunció que, según información que había recibido en ese instante, la Policía acababa de penetrar al cuarto piso. *Mi sorpresa fue grande la misma que la de otros Ministros que también entendieron, como yo que se había acordado suspender ese operativo*. Por esa razón ellos y yo expresamos nuestra inconformidad. Personalmente consideré que se trataba de un desacato a lo acordado por el señor Presidente y los Ministros, es decir, de quienes conformábamos en esos momentos el Gobierno, y así lo expresé de manera categórica" (Subrayado de la Sala).

Aunque el doctor Betancur afirma que esa sugerencia no se convirtió en orden presidencial, sin embargo su actitud demuestra lo contrario, porque según lo dice en su declaración, "ordenó" que el General Delgado se comunicara telefónicamente con el guerrillero Almarales, lo cual efectivamente ocurrió, conversación que fue escuchada por todos los presentes. La propuesta del Ministro de Justicia, acogida por otros Ministros fue suspender el operativo del cuarto piso y llamar; de la llamada no hay duda, así el sindicado diga que habló fue con Luis Otero; pero ella comportó la orden de suspender el operativo? No obstante la afirmación de los testigos en sentido contrario, el doctor Parejo insiste en que la sugerencia fue convertida en orden por el Presidente, y estima la Sala, que de no ser así, por qué tuvo cabida la protesta de los Ministros y la constancia en el acta del Consejo del día 7 de noviembre? No deja de ser, por lo menos, un interrogante sobre el cual se debe profundizar.

4º El procesado sostiene que más o menos a partir de las dos de la tarde, asumió el mando de toda la operación de la plaza de Bolívar, el Comandante de la Décima Tercera Brigada, en virtud del control operacional, pero al mismo tiempo manifiesta, que ordenó a los Capitanes Talero y Orjuela, que entraran al cuarto piso del Palacio de Justicia, y esto debió ocurrir, por la hora del ingreso, con posterioridad a las dos de la tarde. Conoció el General Arias Cabrales las órdenes que expidió el General Delgado, o fueron dadas desconociendo su condición de Jefe de la operación? Es un hecho que se debe precisar para definir la responsabilidad.

5º El General Delgado y algunos de los Ministros declarantes, coinciden en relatar que el señor Presidente ejerció sin limitación alguna su poder y dio las órdenes que consideró pertinentes. El sindicado sostiene que a él no le dio ninguna orden, pero el doctor Betancur expresa que ordenó la restitución del Palacio a los mandos militares y de Policía. Posteriormente dice que las órdenes se las impartió al señor Ministro de Defensa General Miguel Vega Uribe. Finalmente el mando de la operación lo tuvo el General Arias Cabrales.

Qué se le ordenó al General Arias; al General Vega; al General Delgado? Al Presidente lo único que se le ocurrió fue decir que "restituyeran el Palacio a las Instituciones según el real saber y entender de los militares"?

La Corte no puede pretender que una acción realizada en las circunstancias vividas carezca de resultados nefastos, pero a ello se

llega como caso excepcional y no como única e indiscutible solución. La Fuerza Pública está para agotar vías que puedan garantizar la recuperación de las personas y la indemnidad de los bienes, pero no es imaginable que la táctica sea desde un comienzo un arrasamiento que no diferencie entre secuestrados y secuestradores, guerrilleros y terceros inocentes ni que sobre un operativo tan trascendental no se ejerza un constante y claro control. Estos son los distingos que cabe hacer para separar lo absolutamente correcto de lo relativamente acertado.

En este momento el proceso se halla en un punto, en donde el señor Presidente dice que ordenó, pero en concreto no se sabe qué, y si fue únicamente lo que expresó en la declaración, de ella se desprende que no ordenó nada, simplemente toleró. Sin embargo, como tan censurable omisión, es difícil que sea aceptada como cierta porque implica un olímpico desprecio por la vida de los Magistrados rehenes, en contraste con su diligente intervención en el operativo que días antes los militares adelantaron contra la dirigencia del M-19 en el Cauca, se debe entonces insistir en tratar de clarificar si la obvia sugerencia del doctor Parejo González, sobre el riesgo en que se ponía la vida de los juristas dinamitando la puerta y las paredes del cuarto piso, real o increíblemente no tuvo eco en el Presidente o en su Ministro de Defensa quienes tenían el deber, según el mandato constitucional pertinente y el juramento prestado, de garantizar la vida de las personas injustamente retenidas.

Es entonces, un imperativo esclarecer para la justicia y para la historia la responsabilidad en tan lamentables hechos, no solamente de la guerrilla por su absurda y demencial acción, sino también por la reacción que arrasó y pisoteó la sede de las más altas dignidades de la Rama Jurisdiccional del Poder Público (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado); sin que el indulto que aprobó el Congreso por iniciativa del Gobierno para los subversivos impida llevar esta investigación hasta sus últimas consecuencias.

6º Le asiste razón al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al solicitar reapertura de investigación y la práctica de más pruebas atinentes a la clarificación de los hechos, por lo cual no se accederá a la petición de cesación de procedimiento, formulada por el señor defensor.

La reapertura será por un año, y en ella se evacuarán las siguientes diligencias:

a) Recibir testimonio al Brigadier General Jesús Armando Arias Cabrales, quien dirigió el operativo militar de la Plaza de Bolívar, para que expliquen las circunstancias del mismo, su conocimiento sobre la toma del cuarto piso ordenada por el General Delgado Mallarino, las instrucciones recibidas de el señor Presidente y el Ministro de Defensa y todo lo demás que pueda contribuir a la clarificación de los hechos;

b) Recibir la declaración del General Miguel Vega Uribe, Ministro de Defensa de la época, para que en forma concreta relacione las órdenes que le dio el doctor Belisario Betancur, las que él impartió y

sus destinatarios, así como el conocimiento que tuvo sobre lo ordenado por el señor Director General de la Policía. Deberá explicar qué actitud asumió ante la sugerencia que el señor Ministro de Justicia formuló para que se suspendiera la acción armada en el cuarto piso;

c) Obtener la declaración del Exministro de Gobierno, doctor Jaime Castro, con el fin de que relate lo percibido en la reunión de 6 de noviembre, en relación con las afirmaciones del doctor Enrique Parejo;

d) Ampliar la indagatoria del General Delgado Mallarino, para precisar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ordenó la toma del cuarto piso del Palacio de Justicia; por qué los Ministros tuvieron conocimiento de que se realizaría ese operativo, qué respuesta dio a la protesta del Ministro de Justicia, qué órdenes recibió del Ministro de Defensa o del Jefe del Operativo de la Plaza de Bolívar, y todos los aspectos de interés para el proceso;

e) Ampliar la declaración del doctor Enrique Parejo González, con el fin de que concrete las razones por las cuales entendió que su sugerencia había sido convertida en orden presidencial y el fundamento de la protesta consignada en el acta del Consejo de Ministros de 7 de noviembre de 1985;

f) Recepcionar las declaraciones de los oficiales José Luis Vargas Villegas, Manuel Guerrero Paz, William Rafael Contreras, Carlos Alberto Orjuela Sánchez y el Subteniente Wilson Aparicio Chacón, para que expongan sobre las órdenes y contraórdenes recibidas durante el operativo del cuarto piso, de el Director de la operación y del General Delgado Mallarino. Se les interrogará sobre la hora en que dicho operativo se inició, los detalles de su ejecución, la hora de terminación y el resultado;

g) Ampliar la declaración de la doctora Nohemí Sanín Posada, para que aclare lo relacionado con la posible existencia de un documento en el cual se consignó lo sucedido en la reunión de 6 de noviembre. Se le interrogará sobre las órdenes que el señor Presidente expidió en esa oportunidad en relación con la actividad militar.

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. Ordenar la reapertura de la investigación seguida contra el Exdirector de la Policía Nacional, General Víctor Alberto Delgado Mallarino, por los hechos a que se refiere este proceso y por el término de un año.

Segundo. Decretar la práctica de las diligencias relacionadas en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO. DEFENSOR

Un vínculo contractual —mandato— entre el funcionario y el profesional del derecho, satisface a plenitud el alcance y contenido de una causal de inhabilidad.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0077 (noviembre 13 de 1990).

Vistos:

De plano procede la Corte a resolver el impedimento manifestado por el Magistrado del honorable Tribunal Superior de Bogotá, doctor *Jorge Alberto Hernández Esquivel,* que no fuera aceptado por sus restantes colegas de Sala, doctores *Fernando Maldonado Cala* y *Alvaro Moreno Perilla.*

Sostiene aquél que al ser vinculado a un proceso penal nombró como su defensor al doctor *Augusto Ibáñez Guzmán,* quien coincidencialmente actúa ante él, en su condición de Magistrado, en expediente donde representa los intereses de *Jaime Mosquera Castro.* Alega que en su caso concurre la causal de impedimento pergeñada en el numeral 2º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

A su turno, asevera la Sala Dual que el Magistrado no es específico "...en manifestar su condición de deudor hacia acreedor, no indica cómo fue su contrato, si pagó alguna suma, o la debe, sino lanza una mera suposición para que de ellas se infiera que hay causación de honorarios, pero omite afirmar si en este caso los hubo y si los canceló o los adeuda..."

La Corte:

I. Está acreditado en los folios que el doctor Augusto Ibáñez Guzmán representa judicialmente al Magistrado doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel, dentro del proceso penal que contra una Sala del honorable Tribunal Superior de Bogotá, integrada, entre otros, por quien se declara impedido, se sigue en la Corte Suprema de Justicia.

II. De igual manera está comprobado que el doctor Ibáñez Guzmán tiene actualmente a su cargo el ejercicio del mandato conferido por el doctor Hernández Esquivel, esto es, detenta al presente la representación judicial de éste.

III. El motivo del impedimento al que alude el funcionario judicial no es otro distinto al de haber nombrado como defensor suyo al doctor Ibáñez Guzmán en el proceso penal que se le sigue en la Corte, abogado que ejerce ahora igual mandato en el caso criminal adelantado contra Jaime Mosquera Castro y en donde él actúa como integrante de la Sala de Decisión.

IV. *Para esta Sala, razón le asiste al Magistrado que alega impedimento para separarse del conocimiento del asunto donde interviene, por lo siguiente:*

a) No se discute que en presencia de una relación laboral —como la que existe entre el Magistrado, doctor Hernández Esquivel, y el abogado, doctor Ibáñez Guzmán— dimana otra vinculación: Acreedor-deudor, a virtud de honorarios que normalmente se causan en este tipo de nexos profesionales, los cuales infiere la Sala no solamente por cuanto no se trata de un apoderado de oficio sino también porque no existe base para suponer que la asistencia letrada sea gratuita y por tanto no retribuyente.

b) Por cierto que la crítica que formula la Sala Dual con relación a que el doctor Hernández Esquivel no especifica el monto de la relación laboral ni si se pagó al abogado parte o el todo de los emolumentos convenidos, siendo veraz, es reproche harto exagerado y asaz excesivo; pues si bien es cierto que el Magistrado que se declara impedido no entra en mayores pormenores sobre la cuantía exacta de los honorarios ni otros aspectos colaterales del asunto, también lo es que de manera rotunda y explícita menciona la existencia de "...un vínculo contractual —mandato— con el profesional del derecho...", doctor Augusto Ibánez Guzmán, con lo cual —en sentir de la Sala— su estimativa satisface a plenitud el alcance y contenido de la causal de inhabilidad alegada;

c) Cuando un funcionario del orden judicial expresa de manera honrada y atendible como asunto de su exclusiva incumbencia— la convicción de que su independencia judicial o su libre determinación o su propia autonomía espiritual bien pueden verse afectadas o comprometidas en presencia de una situación como la atrás comentada y a más de esto se tiene la seguridad de que la inhibición no responde a una cómoda o fácil excusa para eludir responsabilidades, ni a una alegación artificiosa o delusoria, ni tampoco a simples reservas o meros escrúpulos personales, considera la Sala que comprometida la ecuanimidad del funcionario ante una relación laboral indesconocible y un adeudamiento material, susceptible de alterar su ánimo, resulta mejor para los propios fines de la aplicación de una justicia serena e imparcial, la separación del empleado oficial que alega el impedimento.

V. *Aceptando, entonces, la Sala las razones esgrimidas por el Magistrado doctor Hernández Esquivel, concluyese que procede la admisibilidad del impedimento. Se devolverá el proceso a la Corporación de origen para que se proceda de consuno con lo advertido.*

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

Resuelve:

Aceptar el impedimento manifestado por el doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel, Magistrado de la Sala de Decisión Penal del honorable Tribunal Superior de Bogotá, para conocer del proceso adelantado contra Jaime Mosquera Castro; por las razones plasmadas en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el proceso a la Colegiatura de origen para que se adopten las providencias pertinentes de conformidad con lo decidido.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda. Con aclaración de voto.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO). DEFENSOR (ACLARACION DE VOTO)

La causal 2ª del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, es una consecuencia independiente y no necesaria del contrato de mandato que le sirve de causa

Porque a mi juicio la motivación de la presente providencia daría a confundir que es la alegación de la causa (mandato) la que de por sí basta para dar por acreditado el efecto (relación acreedor-deudor) como causal de impedimento, procedo a consignar los motivos que me distancian de algunas consideraciones que allí plasma la mayoría:

En efecto, sostiene la parte considerativa como fundamentos de la Corte para admitir la excusación, que "el motivo del impedimento al que alude el funcionario no es otro distinto al de haber nombrado como defensor suyo..." al mismo abogado "...que ejerce ahora igual mandato en el caso criminal... en donde él actúa como integrante de la Sala de Decisión".

De tal afirmación, como de su inmediata conclusión que afirma cómo de esa "relación laboral...dimana otra vinculación: Acreedor-deudor", necesaria y respetuosamente me separo, no solamente porque la sola existencia del mandato no hace presumir la obligación pendiente del pago de honorarios, tanto porque estos pueden hallarse previamente cancelados, como porque del mismo modo cabe la representación gratuita sin afectar la esencia del contrato, sino porque viene la Corte de ser sobremanera explícita en desestimar el solo hecho de la representación judicial que aquí se aduce, como admisible causal de impedimento.

"En verdad, el impedimento aducido no puede admitirse dijo la Sala con ponencia del Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz en reciente providencia; tiene soporte lógico y razonable la consideración concerniente a que si el juzgador se ha desempeñado como apoderado o defensor de un sujeto procesal, trate de sacar avante, en el mismo proceso en que antes ejercía tal función de litigante, las tesis que allí sostuvo y defendió: De ahí que resulte del todo atendible y conveniente la causal de impedimento que en ese sentido consagra el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. En cambio que alguno de los sujetos procesales sea apoderado o defensor del juzgador (hipótesis inversa a la anterior que contempla la ley), no tiene por qué comportar, de suyo y en principio, la virtualidad de que éste se parcialice y, en consecuencia, exista fundada posibilidad de que decida 'en su favor'. Ni tampoco esta situación que se examina es idónea por

sí misma para sembrar la desconfianza en los demás sujetos procesales ni en la ciudadanía en general sobre la rectitud y eficacia de la administración de justicia, que es la garantía democrática que se pretende tutelar con estas instituciones de los impedimentos y recusaciones. Cosa distinta es que la comentada 'relación contractual' entrañe una amistad íntima entre el sujeto procesal y su 'cliente' (Juez o Magistrado) o bien que la misma derive en un vínculo de deudor-acreedor, hipótesis ambas que conforman otras causales de impedimento, que no fueron aducidas ni sugeridas aquí" (Auto Sala de Casación Penal, Expediente 5251, agosto 28 de 1990).

Las razones contenidas en el auto transcrito, sumadas al principio de taxatividad que rige las causales de impedimento y recusación, y que se orienta tanto a impedir el que las partes puedan escoger a su arbitrio a sus jueces, como el que estos se excusen a capricho de intervenir en la definición de los asuntos, escogiendo quizás los menos arduos o riesgosos, me obligan a precisar que al suscribir la anterior decisión entiendo suficiente y autónoma la manifestación del señor Magistrado al acogerse, como en verdad lo hizo, a la causal 2ª de impedimento por "ser el Juez o Magistrado acreedor o deudor de alguno de los sujetos procesales", pues es esta una consecuencia independiente y no necesaria del contrato de mandato que le sirve de causa, y que se debe manifestar de modo expreso, en cuanto no puede presumirse libremente de la sola existencia del mandato.

Fecha *ut supra*.

Juan Manuel Torres Fresneda, Magistrado.

RECURSOS EXTRAORDINARIOS. PROCESADO. APODERADO

Los recursos extraordinarios requieren de particulares cualidades para transitar con éxito por el rigor de sus caminos, sin embargo, puede suceder que en el procesado concurra la condición de abogado, caso en el cual la normatividad consagra esta excepción

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0077 (noviembre 13 de 1990).

Vistos:

Por medio de escrito elevado ante esta Corporación y obrando en su propio nombre, *Ciro Antonio Rodríguez Vesga* interpone el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Penal Municipal de Bogotá, el treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa (1990), a través de la cual se le condenó a la pena de seis (6) meses de arresto como principal, por haberlo encontrado responsable del delito de inasistencia alimentaria.

Corresponda a esta Sala decidir si el libelo en cuestión se ajusta a las exigencias del artículo 233 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda:

Con apoyo en la causal tercera, el recurrente propone dos (2) cargos, el primero de los cuales afirma lo constituye un "hecho nuevo", conformado por "...el expediente contentivo del juicio de *alimentos* que cursa en el Juzgado Quinto (5º) Civil de Menores...del cual dio información la denunciante al señor Juez Treinta y Tres Penal Municipal de Bogotá...", pero que sin embargo no llegó a conocer por no haberse allegado al proceso.

Como segundo cargo aduce una "prueba nueva" integrada por dos (2) depósitos en cuenta de ahorros abierta por él a nombre de su hijo, lo mismo que una póliza de accidentes, el recibo de pago de pensiones escolares y otro en el que consta que canceló la alimentación

de aquél en el "Colegio San Bartolomé La Merced" de Bogotá, todo lo cual se constituye en "prueba plena" del cumplimiento de sus obligaciones como padre.

La Corte:

I. *Los recursos extraordinarios, por su índole especialísima, requieren de particulares cualidades para transitar con éxito por el rigor de sus caminos. No podría, por tanto, confiarse a un novato en las ciencias jurídicas el peso de una impugnación que conlleva desquiciar un fallo cuyo acierto y logicidad se presumen. De ahí que, pese a la amplitud de la ley penal respecto de las facultades que le asisten al procesado en su defensa, le vede el sustentar los recursos de casación y revisión.*

No podría el inculpado —no siendo abogado—, pese a las buenas intenciones perseguidas y al conocimiento de los cargos en su aspecto objetivo, lograr un resultado favorable a sus intereses. Se lo impiden los conocimientos jurídicos que sólo un profesional del derecho puede tener, merced a sus estudios universitarios y a la experiencia adquirida en el ejercicio de su carrera. Permitirlo, pues, reduciría sus posibilidades reales de éxito, socavando el derecho de defensa que le asiste.

Sin embargo, puede suceder —como aquí ocurre— que en el procesado concurra la condición de abogado, caso en el cual la normatividad consagra esta excepción, permitiéndole en su propio nombre, la elaboración y presentación de la respectiva demanda, entendiéndose que dicha calidad impide que sufran menoscabo sus aspiraciones y, por lo mismo, queden intactas las posibilidades de prosperidad de sus tesis.

Ahora bien, de la lectura del artículo 232 del estatuto procedimental, podría desprenderse una prohibición expresa en lo atinente al recurso de revisión, respecto del cual, concretamente, tal dispositivo señala que "...podrá ser interpuesto, mediante apoderado, por el condenado..." No obstante, esta norma sólo pretende recalcar el principio general contenido en el artículo 126, ibídem, de que, en el evento de ser abogado titulado —se insiste—, el procesado podrá actuar a nombre propio, incluso sustentando los recursos de casación y revisión sin limitación alguna, reuniendo en su persona las defensas técnica y material. Por ello, la viabilidad de entrar al estudio del libelo presentado por el condenado Rodríguez Vesga, como a seguida se procede.

II. En ocasión pasada, esta Colegiatura, en redor de una impugnación extraordinaria como la que se pretende, aclaró:

"...I. La revisión, al contrario de la casación, no persigue el examen de la sentencia con miras a establecer un pretenso conculcamiento de la ley al ser aplicada por los falladores. El alcance es diferente. Aquí se ataca la cosa juzgada como que el objetivo cardinal es un replanteamiento de la investigación y de la sentencia misma, en el evento en que, demostrada alguna de las causales establecidas taxativamente en la norma, se proceda a la revisión de rigor...de consiguiente, la capacidad que posee de desvertebrar la sentencia ejecutoriada, indica lo especialísimo de la impugnación, cuya razón de ser se

basa en la robustez de los nuevos elementos probatorios invocados para conseguir su prosperidad, como quiera que han de comprobar, en forma incontrovertible, la irresponsabilidad o inocencia del sentenciado, lo que implica de suyo modificar el proceso en su integridad..." (Auto, septiembre 17 de 1990, Magistrado ponente doctor Valencia Martínez).

III. El revisionista no atiende tales previsiones al formular los referidos reproches. En primer lugar, habla del juicio por alimentos que ante demanda elevada a instancias de su esposa se le siguiera en el Juzgado Quinto (5º) Civil de Menores, endilgándole el calificativo de "hecho nuevo" por no haberlo conocido el fallador al momento de emitir su decisión condenatoria.

Empero, guarda silencio sobre la incidencia mayúscula que podría tener en su favor el conocimiento de aquel proceso. Este señalamiento, reducido y abstracto, impide a la Corte precisar su importancia. Más aún, su presencia, llana y simple, apoya la determinación jurisdiccional cuestionada pues se corrobora —por lo menos— que el aludido incumplimiento a sus obligaciones como padre si existió y que fue de tal entidad que motivó a su cónyuge a reclamarle los alimentos debidos a su hijo a través de la vía judicial.

IV. La "prueba nueva" que alega el impugnante, tampoco favorece su pretensión de reabrir el debate procesal. En efecto, pese a que anuncia con ella el demostrar que ha cumplido cabalmente con sus deberes paternales, atendiendo a la subsistencia de su hijo mediante toda clase de ayuda económica, los documentos que aporta no permiten cambiar su situación procesal.

Por un lado, los extractos del movimiento de la cuenta de ahorros que abriera a nombre de su hijo en el Banco Central Hipotecario, apenas indican su evolución durante el último trimestre de mil novecientos ochenta y siete (1987) y el primero de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Si se observa con detenimiento, al finalizar septiembre (de 1987), registraba un saldo de cuarenta y siete mil doscientos setenta y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 47.276.67), retirándose la mayor parte el diez (10) de octubre siguiente, figurando en estos seis (6) meses depósitos que no alcanzan los mil quinientos pesos ($ 1.500.00) en total. Tan paupérrimo aporte es claro que no demuestra el cumplimiento de lo exigido.

Los restantes documentos agregados corresponden a la presente anualidad y señalan que el condenado ha satisfecho a plenitud lo atinente al sostenimiento del estudio del menor en esa época, lo cual en nada modifica su comportamiento anterior a la sentencia de condena atacada. Los hechos que sirvieron de fundamento para el juicio de reproche se circunscriben a los dos (2) años siguientes a la separación de los esposos Rodríguez-Pinedo, esto es, mil novecientos ochenta y siete (1987) y mil novecientos ochenta y ocho (1988), lapso en el cual, sin justa causa, el recurrente se sustrajo a sus obligaciones como progenitor del infante Ciro Antonio Rodríguez Pinedo. De consiguiente, estas pruebas nuevas se muestran ajenas al asunto en cuestión.

V. Así las cosas, palmariamente se observa que la intención del demandante se dirige a revivir el debate procesal con base en los mismos elementos de juicio que sirvieron de apoyo a la decisión que hoy se pretende impugnar. Tal objetivo no es el de la revisión y, por ende, habrá de rechazarse el libelo *sub exámine* por incumplir los requisitos formales estipulados en el artículo 233 del ordenamiento ritual, declarando desierto el recurso extraordinario.

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

Resuelve:

Rechazar, "*in limine*", la demanda de revisión presentada por el condenado Ciro Antonio Rodríguez Vesga, en su propio nombre, y, consecuentemente, *declarar desierto* el recurso extraordinario de tal índole interpuesto.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Carrica, Secretario.

1º ENRIQUECIMIENTO ILICITO

La subsidiariedad del tipo no permite que la prueba del nexo causal entre el enriquecimiento no justificado y el cargo público o las funciones propias de éste, sea una prueba directa

2º JUEZ. PENA. EMPLEADO OFICIAL

Dentro de la inmensa gama de empleados oficiales, es posible deducir la circunstancia de agravación señalada en el ordinal 11 del artículo 66 del Código Penal en relación con algunos y entre ellos se encuentran los Jueces

3º ENRIQUECIMIENTO ILICITO. COMISO

No está expresamente prevista como pena la pérdida a favor del Estado, de los bienes producto del enriquecimiento ilícito

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 79.

Por sentencia fechada el 20 de marzo del año en curso, el honorable Tribunal Superior de Medellín condenó a *Mario César Restrepo González* a la pena principal de dieciocho (18) meses de prisión y multa por valor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00), y a las accesorias de rigor, al hallarlo responsable del delito de "enriquecimiento ilícito" (art. 148 del C. P.) por el cual se le había formulado resolución de acusación (fls. 472 a 485). Se dispuso, además, la pérdida a favor del Estado de algunos bienes muebles e inmuebles de su propiedad y se decidió, también, que Restrepo González no tenía derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional.

Inconformes con la anterior determinación, procesado y defensor oportunamente interpusieron y sustentaron el recurso de apelación en virtud del cual conoce la Corte de este proceso.

Cumplidas las ritualidades propias de esta instancia y no encontrándose vicio alguno capaz de generar la invalidez de lo actuado, procede esta Sala a dictar el fallo pertinente.

I. Hechos y actuación procesal:

Mediante escrito anónimo dirigido al Director Seccional de Instrucción Criminal de Medellín y recibido por éste el 10 de abril de 1989, se pide investigar "la razón por la cual el Juez Veintidós de Instrucción Criminal ha aparecido últimamente como un hombre acaudalado si hasta hace poco era un modesto funcionario que vivía en el barrio Tricentenario". En el mismo escrito se hace una relación de bienes muebles e inmuebles presuntamente de propiedad de Mario César Restrepo González, quien para la fecha desempeñaba el cargo de Juez Veintidós de Instrucción Criminal (Ambulante) de Medellín (fl. 3).

La anterior comunicación fue enviada al Presidente del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (fl. 2), quien por considerar que el anónimo constituía un principio de prueba respecto a un posible enriquecimiento ilícito, ordenó su reparto. El Magistrado sustanciador dispuso una indagación preliminar (fls. 4 y 5) y posteriormente con fundamento en los elementos de convicción aportados, mediante auto cabeza de proceso ordenó la apertura de la investigación (fls. 78 y 79), dentro de la cual se escuchó en declaración indagatoria a Mario César Restrepo González (fls. 175 y ss.) cuya calidad de Juez Veintidós de Instrucción Criminal de Medellín se estableció debidamente (fls. 232 vto. y 242); se resolvió su situación jurídica ordenándose como medida de aseguramiento la detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el delito de "enriquecimiento ilícito" (fls. 223 y ss.) y vencidos los términos de instrucción del sumario y perfeccionada en lo posible la investigación, se dispuso su cierre (fl. 446) y el 21 de noviembre del año inmediatamente anterior, luego de escucharse el concepto del Fiscal Segundo del Tribunal (fl. 466) y el memorial suscrito por el defensor del procesado, se profirió resolución de acusación contra Restrepo González por el ya citado ilícito penal (fls. 472 y ss.).

Vencidos los trámites propios del juicio y finalizada la audiencia pública, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín puso fin a la instancia profiriendo, por mayoría, la sentencia condenatoria objeto del recurso que ahora procede la Sala a desatar.

II. Fundamentos de la impugnación:

Aunque tanto el procesado como su defensor hacen algunas críticas a varias consideraciones probatorias de la providencia impugnada, al igual que a particulares determinaciones en ella adoptadas (pérdida en favor del Estado de algunos bienes que no figuran en cabeza del procesado, tasación de la pena, negación de la condena de

ejecución condicional), lo sustancial de sus argumentaciones se centra en la relación causal que debe mediar entre el enriquecimiento y el cargo o las funciones públicas desarrolladas por el sujeto agente; ambos, aunque insisten en que el incremento patrimonial encuentra adecuada explicación dentro del proceso, son enfáticos en aseverar, apoyados en las razones expresadas por el Magistrado disidente en su salvamento de voto, que el Estado, a quien corresponde probarlo, no pudo demostrar que dicho enriquecimiento, así se considere no explicado, provino "de actividades funcionales adheridas a la investidura de Juez de la República que ostentaba el doctor Mario Restrepo para la época posible del aumento patrimonial". Consecuentes con su argumentación, los dos memorialistas piden a la Corte que revoque la sentencia recurrida y en su lugar dicte fallo absolutorio.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, luego de reseñar un estudio que sobre la naturaleza y estructura del "enriquecimiento ilícito" hizo el ya fallecido Magistrado Aldana Rozo, analiza los resultados de la investigación destacando el notable incremento que tuvo el patrimonio económico de Restrepo González a partir del mes de marzo de 1988, el cual, según su opinión, es abiertamente desproporcionado en relación con los ingresos lícitos que para dicha época recibía.

Después de relacionar los bienes muebles e inmuebles adquiridos por el Exjuez Restrepo González durante el lapso comprendido entre el mes de marzo de 1988 y el mismo mes del año subsiguiente, y de precisar la forma como fueron conseguidos y el por qué algunos de ellos deben considerarse como de su propiedad así la titularidad del dominio aparezca en cabeza de terceras personas a él estrechamente vinculadas familiar y económicamente, concluye así el Procurador en su concepto:

"Las anteriores adquisiciones dejan entrever un incremento patrimonial superior a los 35 millones de pesos, tomando los valores de adquisición de los distintos bienes en el período de 12 meses transcurridos entre marzo de 1988 y marzo de 1989, y teniendo en cuenta que parte de esos muebles e inmuebles se utilizó como parte del pago de otros. A ello hay que agregar que dicha suma no está incluyendo inversiones o gastos conectados con ellas pero de menor cuantificación como la compra del seguro para el vehículo Montero (más de $ 600.000.00), la de la yegua que por 230.000 pesos compró a Rivero, costos de escrituras, retención en la fuente por algunas de las transacciones, como tampoco las pérdidas efectivas producto del hurto de los vehículos, lo que se tuvo que haber invertido en el Suzuki chocado que dijo haberle entregado a Guillermo Garzón en pago de algunas comisiones, ni los costos que implicaba la compra de los derechos de filiación de los taxis a las empresas Coopebombas y Andaluz, ni siquiera el valor real de la adquisición del apartamento Huatipán cuya ubicación y características hacen dudar de que su valor real hubiese sido el que constaba en las escrituras.

"En cuanto a la capacidad de compra del procesado, habida consideración de sus ingresos, se sabe de su salario (más o menos 400.000

pesos mensuales), y de que la finca de Ciudad Bolívar le produjo en ese periodo y en el inmediatamente anterior, ganancias equivalentes a 540.000 pesos en 1987, y que según él equivalía a la tercera parte del producido neto.

"Mario César Restrepo adujo haber obtenido inmensas ganancias como intermediario de ciertas operaciones comerciales cuya existencia se confirmó con pruebas testimoniales y documentales (f. gr. ventas de fincas de Guillermo Garzón en Guatapé y Amalfi), pero como claramente se expresa en el fallo que se revisa dichas sumas no pudieron hacer parte de los dineros con que fueron adquiridos los bienes relacionados en triple columna en este concepto, porque ellas se produjeron con posterioridad al incremento que se le imputa. Así mismo, otras explicaciones fueron desechadas con razón porque se acreditó que no podía haberse producido los hechos en que se sustentaban, como ocurrió con el ganado que dijo haber entregado a Guillermo Garzón en sus fincas de Cimitarra, ya que éstas fueron adquiridas mucho tiempo después de que Jairo Ríos le entregara tales cabezas como parte sustancial de la liquidación de la sociedad que tenían. Y en cuanto a las ganancias que pudo haber obtenido por la sociedad con Andrés Belmond (cosechas de sorgo y arroz y compra de oro), fueron éstas de tan escasa importancia que la compañera permanente de Belmond, citada por el propio Restrepo como conocedora de los hechos, expresó que a Restrepo 'plata bastante no le conocí' (381 vto.) a pesar de ser el procesado, según alguien que mantenía contacto permanente y prolongado con él, 'una persona muy exagerada para hablar, si él tiene, por ejemplo, si tiene o compra un reloj, y tiene un precio de diez mil pesos, él dice que vale treinta o cuarenta mil pesos' (cfr. fl. 83 vto., testimonio del Secretario del Juzgado 22 de Inscriminal, William Giraldo).

"Es que ni siquiera su amigo Guillermo Garzón alcanza a dar cifras en comisiones que expliquen la procedencia del incremento en operaciones comerciales lícitas o comunes. Mírese cómo por las ventas de vehículos le asigna un millón y medio de pesos, y si bien cuantifica el total de ganancias en 15 a 16 millones, incluye allí una suma que no ha estado utilizada dentro del flujo de operaciones como es la de nueve millones de pesos en valorización de un activo, el inmueble de la carrera 78.

"De otro lado el mismo Garzón incluye las ventas de Amalfi y Guatapé, que ya se vio por qué no son de recibo, el apartamento de la carrera 70 Huatipán, que no se puede aceptar porque ya se explicó que en dicho negocio hubo permuta y no compraventa y además, se verá en seguida, allí no hubo intermediación porque todo indica que era de Restrepo y adquirido para él en cabeza de su hermano.

"Al lado de todo lo anterior hay que considerar otro factor que son los gastos. La manutención de la esposa y tres hijos, el costo del estudio universitario de uno de ellos, el sostenimiento del hermano, y la deuda mensual de 250.000 pesos (mensuales) como amortización a la obligación en unidades de valor constante para con el Banco Central Hipotecario por la casa de la carrera 78, ciertamente no pueden dejarle mayor capacidad de ahorro al procesado. Tampoco los dineros del suegro fallecido, que jamás se cuantificaron ni acreditaron, y sí en

cambio se supo que su muerte había sido muy anterior a la sucesión de inversiones que sorpresivamente comienza a revelar a comienzos de 1988, pueden sustentar una explicación razonada del enriquecimiento.

"Acá, como lo revela gráficamente el cuadro que anexamos a este concepto, hay una desproporción mayúscula entre los ingresos normales del procesado y la curva de sus consignaciones e inversiones durante el período señalado. Se ensayaron distintas explicaciones y la mayoría de ellas, como se viene de ver y citar, y como lo analiza y fundamenta la sentencia recurrida, no obtuvo confirmación plena, ni siquiera aproximada".

Por último el Procurador, luego de hacer un interesante estudio sobre aspectos probatorios debatidos por la defensa y cuestionados en el salvamento de voto, a los cuales habrá de referirse la Corte más adelante, termina su concepto solicitando la confirmación de la sentencia impugnada, aunque con algunas precisiones en relación con la pérdida de dominio de varios bienes, cuya titularidad aparece en cabeza de terceras personas. Pide, también, que se analice la posibilidad de investigar la conducta de algunos declarantes (los comerciantes Guillermo León Garzón Cárdenas y Enrique Vélez Mejía), al igual que la de la cónyuge del procesado y la de su hermano John Jairo, quienes al parecer se prestaron para ocultar el ilícito enriquecimiento del exjuez Restrepo González.

IV. Consideraciones de la Corte:

1. *Patrimonio del procesado hasta 1987.*

Tal como lo destaca la Procuraduría y se concreta en la resolución de acusación y en la sentencia recurrida, dentro del proceso se ha logrado establecer, plenamente, que a partir del mes de marzo de 1988 el patrimonio económico del doctor Mario César Restrepo González, para la época Juez Veintidós de Instrucción Criminal de Medellín, ha tenido un desorbitado incremento.

Sea lo primero señalar que de acuerdo con la declaración de renta y patrimonio presentada por el procesado, para el año de 1982 su patrimonio bruto ascendía a un total de cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00), representado básicamente en un apartamento vendido por el Instituto de Crédito Territorial el 6 de julio de 1979, situado en la Unidad Residencial "Tricentenario" de la ciudad de Medellín y cuyo precio fue de $ 256.000.00, de los cuales únicamente se pagaron $ 53.000.00 de cuota inicial, pues para la cancelación del resto se otorgó un plazo de 180 meses (fls. 29 a 33). Los ingresos declarados para este mismo año (1982) ascendieron a $ 598.500.00, todos ellos provenientes de su retribución salarial pagada por el Ministerio de Justicia (fls. 15 y vto.).

Cinco años más tarde, año gravable de 1987, según el certificado de ingresos y retenciones presentado por Restrepo González, su patrimonio bruto tenía un valor de $ 3.800.000.00 y figuraban como personas a su cargo la esposa y sus tres hijos (fl. 501). Sus ingresos totales, todos ellos derivados de su cargo en la Rama Jurisdiccional, ascendieron a un monto de $ 1.097.793.38.

Es claro, de acuerdo con lo que se deja escrito, que el incremento patrimonial advertido los años de 1982 y 1987 guarda proporción con las entradas salariales del sindicado durante dicho lapso y con la valorización de sus bienes. De ahí que como ya se advirtió y se demostrará luego, el procesado principia a enriquecerse en forma desproporcionada en relación con sus ingresos lícitos conocidos, a partir de 1988, época para la cual como se acreditó con los documentos pertinentes (fls. 222 vto. y 242), era titular del Juzgado Veintidós de Instrucción Criminal de Medellín.

2. *Bienes adquiridos a partir de 1988.*

2.1. *Taxi Renault 9, modelo 1988,* comprado en la agencia "Caribe Motor de Medellín S. A.", por un valor de $ 3.429.100.00 pagado de contado. En toda la documentación (fls. 159 y 161) figura como compradora Rosa Elena Muñoz de R., esposa del procesado. Esta negociación se efectuó el 30 de marzo de 1988 y el referido automotor fue hurtado el 2 de febrero de 1989 (fls. 266 y 267).

En la indagatoria al procesado se le inquirió para que relacionara los bienes muebles e inmuebles que tuviera su esposa (fl. 186) y en el recuento que de ellos hizo omitió mencionar este automóvil. Cuando el instructor expresamente le preguntó sobre este asunto, Restrepo González trató de justificar su omisión arguyendo que como dicho automotor había sido hurtado y a él se le había preguntado por los carros que "tiene su señora", por eso "respondí sobre los que tiene".

En la aludida diligencia enfáticamente responde que "este carro lo pagó mi señora", agregando más adelante que "lo que sí sé yo es que mi señora dio la plata. La señora mía tiene su plata —explica el procesado— puesto que su padre en las varias veces, en cada año que venía aquí tengo entendido le da su plata..." (fls. 186 vto. y 187).

Aunque la esposa del sindicado se abstuvo de declarar en este proceso (fl. 206), por intermedio del testimonio rendido por Enrique Vélez Mejía se acreditó la falacia de las explicaciones de Restrepo González sobre este particular aspecto. El deponente, quien tiene la profesión de administración de bienes y tuvo algunos contactos comerciales con Restrepo, es enfático en declarar que por solicitud de éste, él acudió a la firma "Caribe Motor" y compró, con dineros a él entregados directamente por Restrepo, el Renault 9: "Yo también le colaboré en la compra de un taxi que se lo robaron, se compró directamente en Caribe Motor, un Renault 9... yo fuí donde la muchacha de Caribe Motor, *a nosotros nos dieron la plata para comprar ese vehículo, Mario me dio la plata a mí para la compra de ese carro, eso fue en marzo o abril del año pasado, y el carro salió directamente creo que a nombre de la señora Rosa Elena,* y ese carro creo que se lo robaron" (Subrayas de la Sala, fls. 129 y vto.).

Queda claro, pues, que el dinero para comprar este automóvil salió de manos del procesado y no de su esposa como él lo sostiene; agréguese además que la señora Muñoz de Restrepo no trabaja (fl. 315 vto.), pues se dedica a su hogar (fl. 206), y que según la versión del mismo incriminado su padre falleció en el año de 1985 ó 1986. De creerse al sindicado, su suegro habría suministrado no solamente el dinero para adquirir el vehículo en mención, sino también la resi-

dencia situada en la carrera 90A de Medellín, comprada el 30 de junio de 1988 por un valor de $ 8.500.000.00 y cuya propiedad está en cabeza de su cónyuge (fls. 16 y vto.), advirtiéndose sí que el precio real de la venta fue el citado (fls. 384 vto. y 220) y no el de $ 1.600.000.00 que figura en la respectiva escritura (fls. 16 y vto.).

2.2. *Automóvil (taxi) Dacia 1.410, modelo 1987*, comprado de contado el 14 de abril de 1988 a la Corporación Financiera de Transporte S. A., por un valor de $ 2.500.000.00. De la misma manera que el vehículo a que antes se hizo referencia, en toda la documentación de éste también figura como compradora y propietaria la señora del sindicado (fls. 127, 45 y 87 vto.).

Sobre este automotor explicó el procesado que es de propiedad exclusiva de Enrique Vélez Mejía: "La cuestión de este Dacia es la siguiente: conseguimos la adjudicación en la Corporación Financiera de Transporte, *este carro, una vez salió de la Financiera lo pagó Enrique Vélez y es de su propiedad* desde el mismo momento en que salió de la Financiera. *Nosotros simplemente hicimos la solicitud a nombre de mi señora por cuanto Enrique tenía otros taris...*" (sin subrayas a fl. 186).

Distinta de la anterior es la versión del citado Vélez Mejía: "Yo le compré a estos señores (se refiere al procesado y a su esposa) este vehículo (exhibe una matrícula correspondiente al vehículo de placas TI-8828...). Es un carro marca Dacia, hace un año que se compró y a los quince días de estar trabajando tuvimos un accidente en ese carro, el carro estando trabajando tuvo un choque con el chofer que nos lo manejaba, es que el carro está a nombre todavía de la señora Rosa Elena Muñoz de Restrepo, después de chocado estuvo más o menos seis meses en el taller en reparación. Eso fue comprado en tres millones de pesos, se han dado dos millones de pesos, se debe un millón, por eso todavía figura a nombre de la señora de Mario, por que no se ha terminado de pagar" (fls. 128 y vto.).

En relación con este mismo asunto expresa Gloria Beatriz Zuluaga Jaramillo, Secretaria de Vélez Mejía, que "Mario (se refiere al procesado) compró un taxi en compañía pero a nombre de la señora de Mario, Rosa Elena Muñoz, y el carro se chocó como a los quince días de estar trabajando, entonces le pidió a Enrique que le comprara la parte de él y Enrique nos facilitó la plata y lo compramos a nombre de Martha Elena y a nombre mío, ese taxi, a Mario ya recuerdo que se le dio el cheque que se acaba de mostrar como pago a ese taxi, y se le quedó debiendo un millón, ya en este momento no le debemos sino quinientos mil pesos" (fls. 363 y vto.). El cheque a que hace referencia la deponente obra en fotocopia al folio 350, está girado a nombre de Mario Restrepo por la suma de $ 1.903.000.00 y fue expedido el 5 de agosto de 1988. En ampliación de su testimonio, Vélez Mejía declara que debe $ 500.000.00 al procesado por concepto de la compra del automóvil Dacia, y agrega que la mitad de este vehículo él se la regaló a su esposa Martha Elena y que la otra mitad se la está pagando su secretaria Gloria Beatriz Zuluaga (fl. 364). A folios 366 obra copia del traspaso de este automotor, firmado por la cónyuge del procesado a favor de Martha Elena y Gloria Beatriz.

Aunque no muy armónicas las versiones de Vélez Mejía y de su secretaria, lo que de ellas sí se desprende, con claridad, es que el automóvil Dacia no era de Vélez sino del procesado, a quien se lo compraron por tres millones ($ 3.000.000.00) cifra esta que concuerda con lo afirmado por Gloria Beatriz: A Mario se le entregó el cheque de folio 350 y se le quedó adeudando un millón de pesos.

2.3. *Apartamento número 1006 del edificio "Huatipán"*, comprado a Gloria Beatriz Zuluaga Jaramillo el 14 de mayo de 1988, por un valor de dos millones ($ 2.000.000.00), que la vendedora declaró "tener recibidos de contado a su entera satisfacción". Como comprador de este inmueble figura John Jairo Restrepo González, hermano del procesado (fl. 67).

Preguntado Restrepo González en su indagatoria sobre los bienes de su hermano y la posible ayuda que en relación con la negociación de éstos hubiera podido prestarle a John Jairo, respondió: "Hombre yo en este momento sé que no tiene propiedades, sé que, o tengo entendido que tuvo un apartamento en el edificio Guatipán en San Juan. Se que tiene, no sé que más tendrá, porque yo sé que los hermanos míos tienen sus bienes pero no sé ni dónde los tienen... yo me preocupo muy poco por averiguarle la vida a ellos" (fl. 190). No obstante lo anterior, en posterior ampliación de su injurada declara que John Jairo trabajó como Suboficial del Ejército en la zona esmeraldífera o por Marquetalia, "sé que vino con plata —afirma— y que salió del Ejército... mi hermano vino del Ejército con unos tres millones de pesos si mal no estoy, yo lo aconsejé que los invirtiera para que no se los fuera a gastar ya que una persona joven como él puede muy fácil dilapidar el dinero" (fls. 318 y vto.).

A pesar de que John Jairo se abstuvo de declarar (fl. 314), de él se sabe que vive en la misma residencia del sindicado, sin que su sobrina Patricia Elena esté en condiciones de contar a qué actividades se dedica: "Hace por lo menos un año más o menos o dos años que está viviendo con nosotros... trabaja, no sé decirle en qué trabaja, sinceramente somos más bien individuales, creo que es en una fábrica" (fl. 315). También se conoce que desde el 27 de febrero de 1989 al 26 de agosto del mismo año, trabajó en una tintorería devengando un salario mensual de $ 33.000.00. Estas solas circunstancias serían suficientes para inferir que John Jairo no estaba en condiciones económicas que le permitieran hacer un pago de contado por valor de dos millones de pesos.

Mas éste negocio simulado, al igual que los otros con los cuales pretendió el procesado disimular su excesivo y notorio enriquecimiento, también pudo desenmascararse en estas diligencias.

Como ya se dijo, quien aparece vendiéndole el inmueble en mención a John Jairo Restrepo es Gloria Beatriz Zuluaga Jaramillo, que bien se sabe es la secretaria de la oficina del administrador de bienes, Enrique Vélez Mejía, y a quienes ya se aludió en relación con el negocio efectuado sobre el automóvil Dacia.

Manifiesta la testigo Zuluaga Jaramillo que efectivamente conoce a John Jairo Restrepo, como también al procesado. Agrega que a

instancias de este último, aceptó figurar como compradora del apartamento número 1006 del edificio Huatipán, con el compromiso de que cuando "John Jairo llegara (porque se encontraba 'por acá', había dicho la deponente) ya se pasaba a nombre de él, entonces eso se hizo, por medio de la oficina, se hizo a nombre mío y luego se pasó a nombre de John Jairo". Dice, además, la declarante, que "Mario le entregó la plata a la oficina... en efectivo", y que aproximadamente tres meses después de firmada la escritura, John Jairo "fue a la oficina, llegó con Mario el Juez... para el cambio de escritura a que le hiciera la escritura a nombre de él" (fls. 362 vto. y 363).

Aunque con evidentes reticencias, Enrique Vélez Mejía en una ampliación de su testimonio hizo alguna referencia al negocio del apartamento del edificio "Huatipán", pues en su primera exposición había guardado absoluto silencio sobre este particular, como que solamente había admitido su intervención en "el negocio del carro (el automóvil Dacia, aclara la Sala) y la casa (la situada en el barrio Niza de la ciudad de Medellín, se especifica)" y en la adquisición del Renault 9 en la firma Caribe Motor (fl. 129).

Y se afirma que en su segunda intervención procesal Vélez Mejía es reticente, porque a la primera pregunta sobre esta negociación responde: "Pues si ustedes tienen documentación en su expediente ahí está todo lo de Huatipán". Y ante la insistencia del instructor sobre este mismo asunto, trata de eludir la respuesta remitiéndose al testimonio de su secretaria: "Nosotros fuimos intermediarios de la compra de ese apartamento y en la declaración que rindió mi secretaria ella les debe haber dado una completa información sobre cómo, dónde y por qué se hizo la negociación y a nombre de quien se hizo ese apartamento". Mas al ser nuevamente exigido por el instructor sobre el mismo tema, acepta que en la escritura de compraventa del citado inmueble figura como compradora su secretaria Gloria Beatriz Zuluaga, "porque en el momento de la negociación con el señor que se le estaba comprando el apartamento por intermedio de nosotros, este muchacho John Jairo no estaba presente y nosotros estábamos autorizados para firmar la escritura, entonces yo llamé a la oficina y autoricé a Gloria para que firmara esa escritura". Y aunque dice no recordar el valor de la transacción, en un principio sostiene que el dinero para cancelarla lo recibió de John Jairo, pero agregando a continuación que no está seguro: *"Preguntado:* Quién pagó ese apartamento? *Contestó:* Lo pagó John Jairo, mejor no recuerdo exactamente quién fue el que lo pagó, eso nos depositaron la plata a nosotros, pero no recuerdo exactamente quién fue el que hizo el depósito" (fl. 364).

Y si a lo anterior se agrega, como se detallará más adelante, que este apartamento fue entregado por el procesado a Guillermo León Garzón Cárdenas como parte del pago de la residencia de la carrera 78 (número 45A-46) de Medellín comprada por él (fl. 8), tal como lo explicó el protocolista de la Notaría Primera del Círculo de Medellín, señor William Urrego (fl. 56 vto.), no queda la más mínima duda de que el verdadero adquirente del apartamento en mención fue el procesado y no su hermano John Jairo, como se aparentó en la respectiva escritura y lo quiere hacer creer el Exjuez acusado.

Sobre la negociación en comento, se dijo en el salvamento de voto, lo siguiente:

"Igualmente pudo verificarse que John Jairo Restrepo González (fl. 314), hermano del sindicado y quien también se abstuvo de declarar, aparece como comprador de un apartamento en el edificio 'Huatipán' (fls. 67 y 68) en mayo 14 de 1988 por la suma de $ 2.000.000.00 y en septiembre 22 del mismo año lo vende a Garzón Cárdenas por la suma de $ 3.000.000.00 (fls. 58 y 59), compra y venta que se hiciera por intermedio de la mujer Gloria Beatriz Zuluaga Jaramillo (fl. 382) quien afirma, bajo juramento, que la plata se recibió de manos de Mario César de contado, porque el hermano suyo John Jairo estaba fuera de la ciudad".

Y después de estas aseveraciones y sin ninguna otra consideración, el Magistrado disidente llega a esta conclusión, que produce estupor a la Corte:

"Se dijo por el encartado que ese dinero era producto de ahorros de su colactáneo y ciertamente lo compró en su representación, creándose una duda insalvable en este momento procesal en este aspecto porque nada, fuera de la presunción de que se trata de plata de Mario César, demostró en contra de lo sostenido por éste" (Sin subrayas a fl. 570).

No entiende la Sala cómo pueda hablarse de una "duda insalvable", frente a unas evidencias que no es posible desconocer.

2.4. *Casa de habitación situada en la carrera 90A de Medellín y distinguida en su puerta de entrada con el número 44C-49,* comprada a Enrique Vélez Mejía por $ 8.500.000.00 (así consta en el documento visible a folio 220 y así también lo afirma el vendedor del inmueble, Jesús Emilio Zapata Arbeláez, fl. 384 vto.), no obstante que en la escritura pública respectiva (número 2666 de la Notaría Dieciocho del Círculo Notarial de Medellín) conste como precio la suma de $ 1.600.000.00. Esta transacción se efectuó el 30 de junio de 1988 y como compradora figura la señora Rosa Elena Muñoz de Restrepo, cónyuge del procesado (fls. 16 y 17).

En relación con esta compraventa, manifestó el sindicado: "Esa se la compraron a un señor Emilio de Ituango, no sé realmente el valor, la adquirió mi señora a través de mi amigo Enrique, el mismo que tiene el Dacia, yo conversé con él y le comenté para adquirir una casa que si él sabía que dijera, *ya que mi suegro estaba interesado en comprarle una casa a mi señora muy posiblemente porque él como dije antes quería radicarse ya en Colombia.* Esa casa no sé exactamente el valor, pero puedo averiguar el dato exacto para no entrar en errores o ustedes pueden mirar la escritura en donde debe constar el valor". Ante esta respuesta, el instructor le advierte que no puede ser posible que la residencia se pretendiera comprar para su suegro, toda vez que la escritura se firmó el 30 de junio de 1988 y el padre de su esposa había fallecido en 1985, a lo cual responde el procesado: "Hombre, yo le comento a Enrique lo de mi suegro porque no deseo entrarle a él en detalles de la consecución del dinero, pero ese dinero estoy seguro lo suministra mi suegro a más del que yo tengo, y ya mi

suegro en las diversas ocasiones en que había venido había dejado ese dinero; yo quería que no trascendiera ésto por lo de los otros hermanos en Venezuela que podría generar problemas, y por eso yo a él no le mencioné nada sobre la muerte de mi suegro, sino que yo para que él viera la viabilidad de un negocio, le dije hombre esa es una plata que mi suegro da a mi señora para comprarle la casa". Más adelante y cuando se le cuenta que Enrique Vélez Mejía afirma que la mencionada casa costó ocho millones de pesos ($ 8.000.000.00), "que usted entregó en dos contados", Restrepo González manifiesta: "Eso es perfectamente cierto, la plata se contó, se pagó en dos contados, plata de mi señora, plata mía, yo también tengo mis entradas, y si en veinticuatro años de servicio en la Rama Judicial con entradas de más de cuatro millones de pesos por año, yo que soy una persona que no soy vicioso, que no pago arrendamiento, no pueda tener con qué comprar o adquirir propiedades, sería el colmo, máxime que yo en el tiempo que llevo en la Rama, repito, me he ganado, aclaro, como Juez de Instrucción me he ganado más de diez millones de pesos, en los negocios con Guillermo (alude a Guillermo León Garzón Cárdenas, aclara la Sala) me he ganado también una buena cantidad de dinero y mi finca también produce" (fls. 187 vto. y 188).

Enrique Vélez Mejía, cuando se le exhibe la escritura pública número 2666 en la cual él aparece como vendedor de la residencia adquirida a nombre de la esposa del incriminado, explica lo siguiente: "Yo hice el negocio con este señor Jesús Emilio Zapata, lo hice directamente con él por intermedio de la oficina mía, le cancelé todo al señor, se le cancelaron al señor los ocho millones de pesos, luego le hice el traspaso a nombre de la señora Rosa Elena Muñoz... esa casa se pagó en dos contados, mitad al firmar el contrato de compraventa, y la otra mitad cuando se hizo los papeles de traspaso o sea la escritura. De esa casa no se debe absolutamente nada, pues con la plata que me dieron Mario y la señora yo se la pagué en su totalidad al señor Zapata". A pesar de esta última aseveración, a continuación explica: "A mí la plata me la dio Mario, cuando se hizo el contrato de compraventa me dio la mitad, creo que fue en efectivo... la otra mitad por tener desconfianza en el señor que le compré la casa se depositó en la Notaría Dieciocho para que don Emilio firmara... creo que esa mitad la debió haber dado Mario también aunque no recuerdo". Es importante destacar que en esta oportunidad, el deponente para nada hace alusión al suegro del procesado o a dineros entregados por ésta para la adquisición del inmueble: *"Mario llegó a mi oficina a que le consiguiera una casa, entonces yo adquirí esa casa"*, es la tajante afirmación de Vélez Mejía (sin subrayas a fl. 129).

En posterior ampliación de su testimonio, Vélez Mejía ya sí introduce en la negociación algunos comentarios supuestamente hechos a él por el procesado y en relación con su suegro: *"Preguntado:* Qué comentarios le hizo Mario a usted respecto a la negociación de esa casa? *Contestó:* Cuando, pues él me había comentado cuando nos conocimos meses atrás de que el suegro de él estaba en Venezuela o algo así, de que el suegro residía o vivía allá, no recuerdo exactamente las palabras, pero sí recuerdo algo de Venezuela que él me comentó a mí, lo que se omitió en la declaración anterior porque es muy difícil recopilar todos los datos tal y conforme fueron... *Preguntado:* Re-

cuerda usted que Mario le haya hecho algún comentario acerca de cómo adquirió el dinero para la compra de la casa? *Contestó:* Pues ellos estaban esperando una plata del suegro, que precisamente por eso fue tanta la demora de cuando se iniciaron las conversaciones de la casa hasta que se compró la casa, que fue un lapso más o menos de cuatro meses" (fls. 363 y 364). Por último, es importante destacar que cuando al declarante se le pregunta si el procesado le manifestó para quién pensaba adquirir la casa, respondió: *"Eso creo que era para la señora de él"* (subrayas de la Sala).

Todo indica que cuando el procesado convino la negociación con Vélez Mejía, para nada se hizo alusión a la plata de su suegro. Así se desprende de la primera exposición del testigo. Lo que agrega en la ampliación de su testimonio, no resulta creíble no sólo por falta de espontaneidad, sino porque además tampoco coincide con lo sostenido por el acusado, quien nunca aseveró que al momento de conocerse con el testigo hubiera hablado de su suegro, como éste lo afirma. Por lo demás, si como Restrepo González lo reitera, temía que "los otros hermanos en Venezuela", sus cuñados, pudieran poner "problemas" como consecuencia de esta negociación que según él se hacía con dineros del progenitor de su esposa, pues lo lógico era que no informara nada sobre la procedencia del dinero y mucho menos involucrara a su suegro en la transacción. A primera vista se advierte el fallido intento del acusado para justificar este notable incremento de su patrimonio económico. Recuérdese que también afirmó que el precio del Renault 9 ($ 3.429.100.00) lo había cancelado su cónyuge con dineros recibidos de su suegro (fls. 186 vto. 187).

A pesar de lo que acaba de analizarse por la Corte, en el salvamento de voto se sostiene que "ciertamente... el dinero para comprar la residencia de la carrera 90A por parte de la señora Muñoz de Restrepo no aparece claro ante los ojos de la judicatura" y de esta afirmación se llega a otra conclusión que también causa asombro a la Sala: *"Pero en este momento último del proceso* —expresa el Magistrado disidente— *no se puede computar esa duda (?) en contra del procesado por expresa prohibición legal* (art. 248, C. de P. P.), *máxime que su esposa es dueña de algunos taxis afiliados a 'Coopebombas' y no se avino* a declarar sobre ese y otros aspectos *(concretamente los vehículos de servicio sobre los cuales era menester hacer completa claridad en cuanto a su procedencia)* de la pesquisa" (sin subrayas a fl. 569).

La última parte transcrita da la impresión de que para el Magistrado que salvó el voto era posible que el dinero para cancelar el valor del inmueble en mención ($ 8.500.000.00), pudiera ser el fruto de la explotación económica de los taxis afiliados a "Coopebombas" y que figuran como de propiedad de la señora Muñoz de Restrepo. Mas lo cierto es, y esto debió advertirlo el autor del salvamento aludido, quien además fue el sustanciador del proceso, que los mencionados taxis, afiliados a "Coopebombas", sólo fueron adquiridos a nombre de la citada señora mucho después de que apareciera comprando la residencia de la carrera 90A. Uno lo compró a José Gustavo Vargas Muñoz el 3 de marzo de 1989 (el distinguido con las placas TI-7807 (fls. 85 vto. y 91 vto.) y el otro (TI-6161) fue vendido por Pedro Luis

Cañas el 23 de mayo del mismo año (fls. 85 vto. y 92 vto.). La escritura pública número 2666 se suscribió el 30 de junio de 1988 (fls. 16 y 17), razón por la cual para la adquisición del inmueble a que ella se refiere, ninguna incidencia tenían los vehículos afiliados a "Coopebombas" y que se repite, fueron comprados con posterioridad a esta fecha.

2.5. *Casa de la carrera 78 de Medellín (número 45A-42 y 45A-46, placas de garaje y casa)*, comprada por el sindicado el 20 de septiembre de 1988 a Guillermo León Garzón Cárdenas. El valor de la negociación fue de catorce millones ($ 14.000.000.00), de los cuales Restrepo González entregó "de contado y a entera satisfacción la suma de cinco millones doscientos mil pesos ($ 5.200.000.00), comprometiéndose a cancelar con el resto del precio (ocho millones ochocientos mil pesos) "el gravamen hipotecario que soporta el inmueble vendido" (fls. 8 y 9).

Acerca de la adquisición de este inmueble explica el procesado que convino con el vendedor, su amigo Guillermo León Garzón Cárdenas, en que él le entregara este bien a cambio de unas platas que Garzón le adeudaba y quedando él a su vez debiéndole a Garzón otro dinero y comprometiéndose a cancelar el crédito hipotecario que afectaba al inmueble: "Poseo una casa a mi nombre en la carrera 78 número 45A-46, del barrio La América, la cual adquirí por negocio que hice con Guillermo Garzón... que consistió en entregarme la casa, cuadramos unas platas que me debía, le quedé debiendo otra plata. El alcanzaba a deberme por ahí unos tres millones de pesos... yo le adquirí esa casa quedándole debiéndole millón y medio de pesos, encargándome yo de pagarle al Banco Central Hipotecario la suma de doscientos cincuenta mil pesos mensuales por una deuda de catorce millones de pesos". El instructor le pregunta al procesado de dónde provenían "las platas que le debía Guillermo Garzón y que las compensaron en este negocio", a lo cual éste responde: "Eran de un ganado que yo le había dado a él hacía ya algún tiempo, pero que yo no había podido cuadrar con él, eran por ahí unas sesenta o setenta cabezas de ganado que las tenía él en su finca en Cimitarra..." (fl. 179 vto.).

Citado Garzón Cárdenas por el instructor, a pesar de su ostensible intento de corroborar las explicaciones brindadas por el procesado, quien estuvo presente durante su exposición, es lo cierto que no lo consiguió, pues son notables las incongruencias que se presentan entre las dos versiones.

En efecto. Sea lo primero anotar que según Garzón Cárdenas el ganado de propiedad del sindicado que tuvo "en aumentos", unas cincuenta o sesenta cabezas, sólo lo conservó hasta principios de 1987. El procesado, por su parte, habla de "unas sesenta o setenta cabezas de ganado que *tenía él* (Garzón, aclara la Sala), en su finca de Cimitarra". Existe entre los dos una diferencia de diez a veinte reses, que es notable. Además, Restrepo afirma que para el momento de la transacción sobre la casa de la carrera 78, septiembre 20 de 1988, Garzón todavía tenía los semovientes en su finca de Cimitarra, mientras que éste último sostiene que los había vendido a principios de 1987.

Según Garzón Cárdenas, en razón de este ganado él le quedó debiendo a Restrepo González "como dos millones y pico o tres, una cosa así, ésto fue en el año 1987 a principios... no se los entregué sino que

se los quedé debiendo unos días porque yo en ese tiempo apenas estaba recogiendo dinero... yo le di una parte, la otra la cuadramos con la venta de una casa, la primera parte que le dí fue un millón y pico de pesos, y la otra la cuadramos con la venta de una casa, la casa donde él vive actualmente, la de la 78. Esa casa tenía o tiene una deuda de nueve millones de pesos con el Banco Central Hipotecario que todavía figura a nombre mío, él se hizo cargo de esa deuda, y me dió cinco millones de pesos a mí, cuadramos lo del ganado y él me quedó debiendo una plata, me dio una parte y la otra se la fié y le hemos cuadrado con comisiones. El negocio de esa casa fueron tres millones y pico y me los pagó con unas comisiones que él se había ganado. La casa valió catorce millones de pesos, se hizo cargo de la deuda de nueve millones y el resto me lo pagó con la plata que yo le debía a él del ganado que venía a ser millón y pico, y cuadramos tres millones y pico que se ganó él" (fls. 202 vto. y 203). Adviértase que el procesado no mencionó que por la deuda del ganado hubiera recibido un primer abono de "millón y pico de pesos", como lo dice Garzón. El expresó que como parte del precio del inmueble aportó "por ahí unos tres millones de pesos" que por concepto del ganado le debía Garzón, mientras que éste último asevera que por razón de los semovientes sólo adeudaba "millón y pico".

Mas para destacar la mendacidad de estos dos exponentes, que surge con claridad de sus protuberantes contradicciones, basta recordar lo afirmado por William Urrego, protocolista de la Notaría Primera del Círculo de Medellín, en la cual se suscribió la escritura pública número 2244 que acredita la compraventa en comento: "El doctor Mario César Restrepo González permutó un bien que se hallaba a nombre de su supuesto hijo (sic) John Jairo Restrepo González por otro que aparecía a nombre de Guillermo León Garzón Cárdenas y que es precisamente quien como vendedor aparece en la escritura número 2244 que se aportó al proceso, sólo que tal negocio no se hizo como permuta en sí sino como dos compraventas separadas lo cual explica la dualidad de escrituras" (fl. 56 vto.).

Y los hechos confirman la veracidad de estas afirmaciones. En efecto, tanto la escritura pública número 2244 como la número 2264, fueron suscritas en la Notaría Primera del Círculo de Medellín. *La primera está fechada el 20 de septiembre de 1988* y mediante ella Guillermo León Garzón Cárdenas vende al procesado Mario César Restrepo González, el inmueble situado en la carrera 78 (número 45A-46) de Medellín (fl. 8). La otra, la número 2264, *fue firmada el 22 de septiembre del mismo año*, y en ella, John Jairo Restrepo González, hermano del acusado, vende a Guillermo León Garzón Cárdenas el apartamento número 1006 del edificio "Huatipán" por la suma de $ 3.000.000.00 (fl. 58). Ya en esta misma providencia se había demostrado la simulación de la compraventa de este inmueble celebrada entre Gloria Beatriz Londoño Jaramillo y John Jairo (fl. 67), toda vez que éste último no tenía la capacidad económica suficiente para efectuar esta transacción y que la misma Londoño había sido enfática en afirmar que el dinero para la adquisición de este bien lo había recibido de manos del sindicado, quien, como lo expresa el protocolista de la Notaría Primera, lo entregó a Garzón Cárdenas como parte en la negociación que se comenta, cerrándose así la cadena de simula-

ciones iniciadas cuando se suscribió la escritura pública número 1170, otorgada el 29 de marzo de 1988 ante la Notaría Dieciocho de Medellín, por medio de la cual Adela Echeverri de Carrero dice vender el multicitado apartamento 1006 del edificio Huatipán a Gloria Beatriz Zuluaga Jaramillo (fl. 68), no obstante que el verdadero adquirente fue el procesado, quien le pidió a la Zuluaga Jaramillo que simulara ser la compradora y que más tarde revirtiera la negociación a nombre de su hermano John Jairo, como efectivamente aconteció.

Mas no obstante lo que acaba de anotarse, el testigo Guillermo León Garzón Cárdenas tiene la desfachatez de afirmar que pagó al procesado la suma de $ 350.000.00, por concepto de comisión en la compra del apartamento 1006 del edificio Huatipán a John Jairo Restrepo González: *"El apartamento de la 70 que yo le compré al hermano, él me chutó al hermano, yo le di a él trescientos cincuenta mil pesos"* (Se subraya, fl. 203). Como si no se supiera que toda la transacción con John Jairo Restrepo González fue simulada, que la comisión en un negocio de compraventa la suele cancelar el vendedor y no el adquirente y que además, una comisión de $ 350.000.00 por un negocio que tuvo un valor de $ 3.000.000.00, es algo que está por fuera de todas las normas comerciales. El mismo incriminado aunque con exageración, estimó el monto de sus comisiones *"entre un 3%, 4%, 5%"* (sin subrayas a fl. 508). Dos meses después de rendida la declaración a que acaba de aludirse, Garzón Cárdenas vuelve a declarar y ya dice que la comisión pagada al procesado por la compra del referido apartamento "fue de entre tres y cuatrocientos mil pesos, no recuerdo bien", agregando que la comisión dada fue "más o menos buena" porque *"el apartamento yo lo compré un poco barato"* (fl. 324 vto.), no obstante lo cual a renglón seguido critica su estructura y habla de las dificultades que tuvo para enajenarlo: "El apartamento es de los más pequeños que hay allá, *no tiene ochenta metros sino cincuenta y cuatro, el garaje es de lo peor que puede haber allá, y es al descubierto,* no es cubierto, *incluso para la venta de ese garaje y ese apartamento me tocó a mí pagar una comisión buena y fiarlo, ese es el apartamento de 80 metros de tres millones de pesos que dicen pues que es de 80 metros"* (subrayas de la Sala).

De las últimas manifestaciones de Garzón Cárdenas se desprende que la adquisición del apartamento 1006 fue para él un negocio muy malo, razón de más para no creerle que hubiera cancelado valor alguno por concepto de comisión.

Por último, y de ser cierto que el procesado hubiera servido de comisionista en la supuesta compraventa del apartamento número 1006 adquirido por su amigo Garzón Cárdenas a su hermano John Jairo, es lo lógico que en su indagatoria hubiera hecho referencia a este asunto, máxime cuando el instructor específicamente le preguntó: "Usted sabe si él (John Jairo) tiene propiedades, *o usted le ha ayudado a hacer negocios de propiedades a él?"*, pero la respuesta del acusado fue negativa: "Hombre yo en este momento sé que no tiene propiedades, sé que, *o tengo entendido que tuvo un apartamento en el edificio Huatipán en San Juan... Yo le digo a John Jairo que*

venga y le averiguan sobre ese apartamento" (sin subrayas a fl. 190). Sólo en posterior ampliación de su injurada, el incriminado menciona la supuesta comisión a que aludió Garzón Cárdenas: "*Me pagó comisión por la venta del apartamento del hermano mío John Jairo*" (sin subrayas a fl. 317). Es importante destacar que cuando Restrepo González hizo su primera exposición injurada (29 de junio de 1989, fl. 175) y omitió todo lo referente a la supuesta comisión de que se viene hablando, todavía no había declarado Garzón Cárdenas quien apenas lo hizo el 4 de julio subsiguiente, con presencia del procesado (fl. 201), quien sólo cuenta lo de la comisión el 4 de septiembre (fl. 316).

Todo lo anterior está indicando que la intervención de John Jairo Restrepo González en el negocio del apartamento número 1006 fue una farsa, urdida por el procesado para ocultar el incremento de su patrimonio económico; que el pago de la comisión por valor de $ 350.000.00 es falso y que mienten tanto Restrepo como Garzón Cárdenas cuando afirman su existencia, en un conjunto esfuerzo tendiente a justificar el enriquecimiento del acusado, pero que les resultó fallido. Con toda razón la Delegada pide para el testigo citado y para Vélez Mejía una investigación por su "participación material... en la presentación formal del incremento patrimonial no justificado" (fl. 24 del cuaderno de la Corte).

El único funcionario que sin mayor análisis ha creído en la realidad de la comisión que se glosa y en la sinceridad del testigo Garzón Cárdenas, ha sido el Magistrado disidente, quien expresó en el salvamento de voto: "Si miramos detenidamente esos apartes de la declaración juramentada del señor Garzón Cárdenas (dentro de ellos está la supuesta comisión de trescientos cincuenta mil pesos, aclara la Corte) y hacemos abstracción de la cantidad de dinero que el procesado podría ganarse si vendiera la residencia de la carrera 78 (es que hasta este posible incremento patrimonial futuro quiso aducirse para justificar el enriquecimiento del justificiable, acota la Sala), nos damos cuenta que queda un 'gran remanente' en favor del encartado por unos siete millones de pesos como producto de las comisiones y ganancias de Mario César en el ejercicio del comercio y que por lo menos una de las cifras consignadas en la cuenta corriente coinciden (los $ 350.000.00 de comisión por la venta del apartamento del edificio 'Huatipán', piso 10)... *La tabla de salvación* —dice más adelante el Magistrado que se apartó de la decisión mayoritaria— *del indiciado es, sin duda, el señor Garzón Cárdenas*, hombre adinerado que le tenía entera confianza a Mario César, era éste su comisionista, le entregaba carros y bienes inmuebles a precios determinados para que su amigo obtuviera buenas ganancias *y así lo afirma el declarante con sinceridad*, ya que no es conocedor del medio y de los precios reales de los bienes. *Esa declaración no permite a la judicatura decir que miente en algunos aspectos, porque ningún elemento de juicio se observa que nos haga pensar en una tacha del testimonio.* La duda vuelve a aparecer —y la sorpresa de la Corte también ante semejantes afirmaciones— a este respecto y ya veremos como ha de resolverse en derecho, justicia y equidad" (Sin subrayas a fls. 573 y 574).

No se entiende, cómo, frente a toda la prueba en contrario que existe en el proceso, de un hecho tan equívoco como lo es la presencia de una consignación por valor de $ 350.000.00 para el 23 de agosto de 1988 en la cuenta corriente del procesado (fl. 138), se pueda inferir que la comisión por la venta del apartamento del edificio Huatipán existió.

Olvidó el magistrado disidente que el exjuez Restrepo González compró la casa de la carrera 78 *el 20 de septiembre de 1988*, y que según el testimonio de Garzón Cárdenas que a él le merece entera credibilidad, el procesado quedó debiendo parte del precio que ha venido pagando con las supuestas comisiones: *"Me dio una parte y la otra se la fié y la hemos cuadrado con comisiones"*, asevera tajantemente el vendedor a folio 203. Debe entenderse que dos días después de realizada esta negociación, el acusado todavía adeudaba la parte del precio que Garzón le había fiado y en estas circunstancias no puede admitirse que el 22 de septiembre, apenas dos días después de suscrita la primera escritura como ya se anotó, Garzón entregara a su deudor, por concepto de comisión, la suma de $ 350.000.00, cuando precisamente el crédito lo había otorgado para que Restrepo lo pagara con el valor de las comisiones que en lo sucesivo obtuviera.

En síntesis, pues, es claro para la Sala que tanto el sindicado como el testigo Garzón Cárdenas, han mentido cuando intentan explicar cómo fue cancelado por el primero el precio de la residencia comprada al declarante.

2.6. *Aportes en la sociedad "ITAGRO LIMITADA"*. En el mes de agosto de 1988 y a instancias de Jorge Hernán Estrada Estrada, quien se había conocido con Restrepo González en el Municipio de Caucasia, surgió la idea de formar una sociedad, cuya escritura de constitución se suscribió en la Notaría Primera de Medellín el 26 de septiembre de 1988. Como socios de la misma figuran el procesado, Jorge Hernán Estrada Estrada y Carlos Julio Sánchez Cano (fls. 537 y ss.).

Según el testimonio de Jorge Hernán Estrada, quien se dice socio industrial y señala a sus otros compañeros como socios capitalistas, él aportó a la sociedad un millón de pesos y los demás la suma de tres millones setecientos (u ochocientos) mil, aclarando más adelante que "cada uno pudo haber aportado alrededor de millón y medio". En relación con el local comprado a Rafael Durán y en cuyas escrituras figura como comprador el procesado (fls. 113 y 116), sostiene el declarante que el valor real de la negociación fue de tres millones y medio de pesos, de los cuales él puso dos y su hermano Marino el resto, quien, agrega, hizo esta última cancelación hace aproximadamente un mes (fl. 107 vto.).

No obstante la última afirmación del declarante, es lo cierto que en las respectivas escrituras (se suscribieron dos, una por el lote y otra por las mejoras existentes en él) figura como comprador el acusado y aunque el precio de la venta que en ellas aparece es inferior al valor real de la transacción, la verdad es que en ambas el vendedor declara haberlo recibido de contado y a su entera satisfacción (fls. 113 y 116). No parece, pues, exacta la afirmación de Estrada en el

sentido de que sólo un mes antes de su declaración (la rindió el 15 de junio de 1989 —fl. 107—) su hermano Marino canceló a Durán un millón y medio de pesos que se le adeudaban, pues las escrituras de compraventa del inmueble y sus mejoras estaban suscritas desde el 27 de abril del mismo año en que rindió su testimonio.

En estas circunstancias, es más creíble la versión del procesado, quien relata que por iniciativa de Estrada, "hablamos de hacer la sociedad y fue así como fuimos a los Llanos, estudiamos la cuestión y montamos la empresa quedando nosotros de poner cada uno un dinero por tres millones de pesos aproximadamente, yo de verdad me ilusioné y como tenía el dinero iniciamos la empresa y fue entonces cuando conseguimos el solar" (se refiere al comprado a Durán). Más adelante afirma que todos negociaron con Durán, pero que fue él quien le pagó: "El terreno lo negociamos todos con don Rafael Durán, yo le pagué a don Rafael, no estoy seguro si fueron dos y medio o tres millones de pesos". Y posteriormente cuando se le pide concretar a cuánto ascendió su aporte a la sociedad, responde: "Lo que yo he aportado ha sido la plata del solar, o sea por ahí unos tres millones de pesos" (fls. 182 vto. y 183). Es importante destacar que el procesado también afirmó haberle pagado a Reinaldo Garrido la suma de doscientos mil pesos por "la llevada de la maquinaria" (fl. 182) aseveración que encuentra respaldo en el testimonio del citado (fl. 106 vto.).

Queda claro, pues, que el sindicado hizo un significativo aporte económico a la sociedad Itagro Limitada, el cual, según el documento que obra a folio 534, fue estimado en la cantidad de $ 5.500.000.00.

2.7. *Montero Mitsubishi, modelo 1983, color blanco, placas KF-1699,* adquirido el 4 de noviembre de 1988 en la compraventa de carros de Mario Adolfo Rivera Cano. A cambio del referido Montero, el procesado entregó un campero Suzuki, modelo 1984, cabinado, de placas LM-122, *cuya matrícula está a nombre de Mauricio Betancur Sánchez,* y encimó la cantidad de tres millones de pesos, representada en dos cheques, así: Cheque número 1670986 del Banco Cafetero, por $ 2.000.000.00 pagadero el 10 de noviembre de 1988 y que al parecer fue cubierto por el banco (fl. 145; por el número parece que hubo alguna confusión entre los dos cheques), y cheque número 1670985 (éste es el que aparece cobrado) del mismo banco, por valor de $ 1.000.000.00, pagadero el 15 de diciembre del mismo año (fls. 163 y 164). El traspaso del vehículo obra a folio 162.

En su indagatoria, Restrepo González después de relacionar algunos negocios de Garzón Cárdenas en los cuales tuvo alguna intervención, agrega: *"Es que yo con Guillermo he hecho no solamente estos negocios sino otros más, como por ejemplo el cambio de un Suzuki amarillo,* no recuerdo las placas, *que se cambió a un Renault,* luego se cambió éste a un Toyota modelo 71, *posteriormente yo cambié el Suzuki amarillo a un Montero blanco con don Mario Rivera que tiene una compra de carros..."* (sin subrayas a fl. 180). Del contexto de la respuesta anterior, se desprende que el negocio, o los negocios porque habla de haber permutado dos veces el mismo Suzuki amarillo, se hizo a nombre de Garzón Cárdenas. Sin embargo de que más adelante vuelve a insistir en que el campero Suzuki era

de Garzón ("el Montero ese se cambió a un Suzuki de Guillermo Garzón... el Montero era de Marino que es un negociante de carros y el Suzuki era de Guillermo Garzón, yo hice la permuta a mi nombre") a cuyo nombre estaban "los papeles", líneas después agrega que *"ese Suzuki amarillo me salió en dos millones y pico, dos millones doscientos algo así y tenía para pagarlo a plazos"* (sin subrayas a fl. 18 vto.). Parece que concretó un negocio que tenía con Garzón.

Mas no obstante las imprecisiones destacadas que son características de las explicaciones que el sindicado ha pretendido hacer y de las versiones de quienes tratan de corroborarlas (Garzón Cárdenas y Vélez Mejía, principalmente), es conveniente anotar que el testimonio de Garzón Cárdenas es contradictorio con la versión del procesado y resalta, una vez más, la mendacidad de ambos en tratar de ocultar lo inocultable. En efecto, dice el último de los citados: "El Mitsubishi no era mío, el mío era el Suzuki. Resulta que el carro yo se lo había alquilado a una compañía de petróleos, varios Suzukis, y este Suzuki amarillo modelo 84, *que figura a nombre mío en la matrícula, me lo entregaron todo destartalado y chocado en la compañía* (Restrepo habla de la reparación de este vehículo —fl. 185 vto.—), inclusive les puse un pleito por ese negocio y lo perdí, *entonces yo cogí el carro y se lo di al doctor Restrepo para que éste se cobrara parte de unas platas de comisiones que yo le debía* y él se lo llevó y lo negoció con un señor Mario y quedó él con un Montero Mitsubishi" (fl. 235 vto. Subrayas de la Corte).

Tampoco, pues, ha quedado claro el origen del Suzuki, pues mientras el procesado sostiene que lo negoció y le dieron plazo para pagarlo, *el supuesto vendedor* —Garzón— dice habérselo entregado como pago por "unas comisiones que yo le debía". Y se ha dicho que el *supuesto vendedor*, porque a pesar de que tanto el acusado como Garzón manifiestan que "los papeles" o matrícula de este Suzuki estaban a nombre del último de ellos, en el documento que acredita la permuta de que se ocupa la Sala, consta que ello no es cierto, pues según dicho escrito, la matrícula está a nombre de Mauricio Betancur Sánchez" (fl. 164).

Y en cuanto al dinero que como excedente ($ 3.000.000.00) entregó Restrepo González a cambio del Montero, como nada distinto se ha dicho necesariamente habrá de aceptarse que era de su propiedad, que hacía parte de su patrimonio, de ese que comenzó a aflorar desmesuradamente en el año de 1988 y cuyo origen no ha podido explicar satisfactoriamente.

Mario Adolfo Rivera Cano, en cuya agencia de carros se llevó a efecto esta negociación, afirma que "en ese entonces el Montero pudo haber salido en unos seis millones de pesos teniendo en cuenta el precio del Suzuki" (fl. 163). Es decir que si por este Montero el procesado encimó tres millones de pesos, en los dos cheques ya relacionados, el Suzuki, cuya procedencia tampoco aparece clara, se le recibió por un valor igual, para completar la suma señalada por el declarante.

No obstante la claridad de lo anterior, el Magistrado disidente en su salvamento de voto y después de transcribir algunos apartes del testimonio de Garzón Cárdenas, en especial aquel donde el testigo

afirma que entregó a Restrepo el Suzuki "para que lo negociara con un amigo de él a un Montero", llega a esta simplista y sorprendente conclusión: "Mírese, pues, cómo el 'Montero Mitsubishi' fue canjeado por el Suzuki de propiedad del señor Garzón Cárdenas, según este mismo lo afirma, y ahí tiene explicación la tenencia del primero de los carros" (fl. 571). ¿Sería que acaso el Magistrado autor del salvamento, no leyó la declaración de Mario Adolfo Rivera Cano (fl. 163), ni tampoco el documento de folio 164, donde consta que a más del Suzuki, cuyo origen no está muy claro como ya lo demostró la Sala, el procesado encimó la suma de $ 3.000.000.00?

El Montero Mitsubishi al poco tiempo de ser comprado por Restrepo González (el 6 de diciembre de 1988) le fue hurtado (lo había adquirido el 4 de noviembre del mismo año) y Seguros Bolívar, empresa en la cual lo había asegurado desde el día 11 de noviembre, le canceló por el seguro un valor total de $ 5.799.500.00 (fls. 74, 75, 97 y ss.), que aparece consignado en la cuenta que el procesado tenía en el Banco Cafetero, el día 8 de marzo de 1989 (fl. 145), aunque tuvo que terminar de pagar las primas del seguro, por lo cual le correspondieron, según él mismo lo afirma, "por ahí cinco millones de pesos" (fl. 185 vto.). Con este dinero, agrega, *"compré el que tengo actualmente, un Suzuki rojo, no recuerdo las placas"* (fl. 185 vto.) Por esta razón, la Corte, no tendrá en cuenta a este Suzuki rojo para efectos de contabilizar el incremento del patrimonio económico del procesado.

2.8. *Automóvil de servicio público, marcha Chevrolet (Chevette), modelo 1985, placas TI-6161,* permutado el 22 de mayo de 1989 a un campero Toyota, modelo 1971, de placas JP-0345. Junto con el campero se entregó, como encima "un millón de pesos pagados de contado" (fls. 166 vto. y 167).

Aunque la anterior negociación figura efectuada a nombre de la esposa del acusado, éste expresa que el negocio lo hizo él mismo: "Este carro que recuerdo, entra es llevado a una agencia de carros que queda en Bomboná, *y yo lo permuté, no mi señora, en dicha agencia encimando un millón de pesos"* (Sin subrayas a fl. 167). El vehículo Toyota que se permutó al taxi, fue comprado también por el incriminado a Jorge Hernán Estrada: "El (se refiere al procesado) aquí a Puerto López venía inicialmente en un Toyota que era mío, . . .yo hice un negocio con él, era de placas del Tolima. . . creo que el número de esas placas son 0345, comienzan por la letra J. Yo *ese carro se lo salí vendiendo a Mario en un millón novecientos mil pesos"*, expresa Estrada a folio 108 vuelto.

Si el Toyota se compró en $ 1.900.000.00 y el sindicado encimó un millón de pesos ($ 1.000.000.00), quiere decir que esta negociación efectuada el 22 de mayo de 1989, acredita un incremento de $ 2.900.000.00 en el patrimonio de Restrepo González.

2.9. *Automóvil de servicio público, marca Chevrolet (Chevette), modelo 1986, placas TI-7807,* comprado a José Gustavo Vargas Muñoz el 3 de marzo de 1989 (fl. 91) y afiliado a la empresa "Coopebombas" (fl. 85 vto.). Aunque todos los documentos relacionados con este vehículo (traspaso, matrícula, solicitud de afiliación a Coopebombas y contrato de administración) figuran a nombre de la cónyuge del acu-

sado (fls. 88, 89, 90 y 91), él en su indagatoria admitió haber sido su verdadero comprador: *"Ese carro costó dos millones ochocientos mil pesos, los pagué yo"* (Sin subrayas a fl. 186 vto.).

3. *Síntesis del incremento patrimonial del procesado, entre el mes de marzo de 1988 y el mes de mayo de 1989.*

Debe advertirse que para efectuar este cómputo, la Corte no tendrá en cuenta el apartamento número 1006 del edificio Huatipán (numeral 2.3.), no porque figure en la respectiva escritura a nombre de John Jairo, hermano del procesado, pues de lo analizado quedó claro que éste únicamente sirvió de testaferro, sino porque este inmueble se entregó como parte de lo pagado a Garzón por la casa de la carrera 78, y entonces su valor quedó incorporado en ésta. Tampoco se tendrá en cuenta en forma independiente el valor del campero Toyota comprado a Jorge Hernán Estrada, porque éste se entregó como parte de pago del Chevette, modelo 1985 (numeral 2.8.) cuyo valor sí se computará. Por último, el valor del Suzuki amarillo al que también se hace referencia en el concepto fiscal, queda comprendido dentro del precio asignado al Montero Mitsubishi (numeral 2.7.). Tampoco se contabilizará el valor del Suzuki, color rojo, que en su indagatoria dijo tener como suyo el procesado, porque no hay manera de desvirtuar su afirmación de que dicho vehículo lo adquirió con lo pagado por Seguros Bolívar, por el hurto del Mitsubishi.

Automóvil Renault 9	$ 3.429.100.00
Automóvil Dacia 1410, modelo 1987	$ 2.500.000.00
Residencia de la carrera 90A (44C-49)	$ 8.500.000.00
Residencia de la carrera 78A (45A-42)	$ 5.200.000.00
Aportes a la sociedad Itagro Limitada	$ 3.000.000.00
Montero Mitsubishi, modelo 1983, placas KF-1699	$ 6.000.000.00
Automóvil Chevette, modelo 1985, placas TI-6161	$ 2.900.000.00
Automóvil Chevette, modelo 1986, placas TI-7807	$ 2.800.000.00
SUMA TOTAL	$ 34.329.100.00

En síntesis, pues, el patrimonio económico del exjuez Mario César Restrepo González durante el lapso comprendido entre marzo de 1988 y mayo de 1989, es decir, en sólo catorce meses, se incrementó en la muy considerable cifra de treinta y cuatro millones trescientos veintinueve mil cien pesos ($ 34.329.100.00).

4. *Explicaciones del procesado sobre el anterior incremento de su patrimonio.*

Ya la Corte en esta detallada providencia, se ha referido a las explicaciones que en concreto y en relación con la adquisición de algunos de sus bienes expuso el sindicado, y por esta razón ahora hará un análisis complementario, pero conjunto y generalizado de todas las aseveraciones hechas por él con el propósito de justificar su enriquecimiento desmesurado.

Contando siempre con el incondicional respaldo de su amigo Guillermo León Garzón Cárdenas, a quien en el salvamento de voto se

califica como "tabla de salvación" del procesado, éste ha pretendido explicar el origen de su fortuna, de muy buena parte de ella, con los negocios que dice haber efectuado con aquél y con las comisiones que de él afirma recibió al servirle de intermediario en múltiples transacciones comerciales.

Ha insistido Restrepo González en afirmar que como parte del precio de la casa de la carrera 78 comprada a Garzón, se tuvo una acreencia originada en un ganado que desde tres años atrás, había entregado a éste para que se lo tuviera en una de sus fincas. Ya la Corte destacó las palmarias contradicciones que se advierten en los dichos de estos dos deponentes, las cuales de por sí son más que suficientes para no creer en la realidad de este negocio (numeral 2.5.). A lo ya analizado, agréguese lo siguiente para evidenciar aún más la mendacidad de sus asertos: Según el acusado, las reses que entregó a Garzón fueron recibidas de Jairo Ríos Zuluaga, cuando se vendió una finca que en compañía con éste tenía en el Municipio de Puerto Berrío. El ganado lo recibió Garzón en el año de 1985, y en esta fecha están de acuerdo ambos (fls. 180 vto. y 203 vto.). Mas sucede que Jairo Ríos Zuluaga, quien en verdad confirma que dio el ganado a Restrepo González cuando vendió el inmueble de Puerto Berrío, agrega que la venta se efectuó en 1982 ó 1983 (fl. 323). Dónde estuvieron estas cabezas de ganado desde el momento en que Ríos las entregó al acusado (1982 ó 1983) hasta cuando Garzón supuestamente las recibió (1985), es un punto que no encuentra ninguna explicación en el proceso, salvo la obvia de que la presunta sociedad no fue más que una de las muchas invenciones ideadas para eludir la acusación.

Otra de las explicaciones y tal vez en la que más ha insistido el procesado en su afán por establecer la licitud del incremento de su patrimonio, la constituye el valor muy alto de las comisiones que dice recibió de Garzón, por las muchas negociaciones, de inmuebles y vehículos, en las que según él le sirvió de intermediario: "Es que yo he tenido tantos negocios con él, o mejor, he intervenido en tantos negocios con Guillermo, que sería casi que increíble", repite con frecuencia el acusado (fl. 189), y estas afirmaciones suyas siempre encuentran respaldo en su amigo Garzón, quien al ser requerido por el instructor para que concrete los negocios en que ha intervenido Restrepo y el valor de sus comisiones, se limita a responder: "Lo que yo no me acuerdo es de todos los dineros pues. Que cosa tan complicada... Yo creo que... entre las comisiones y lo de la casa que yo le vendí a él tiene ganados unos quince o dieciséis millones de pesos, pues la casa que yo se la dí en catorce millones de pesos y en este momento le dan veinticinco... El en la casa se puede ganar si la va a vender entre nueve y once millones de pesos si la fuera a vender" (fl. 203 y vto.).

Es interesante destacar el hecho, de que aún en el supuesto de que por falta de un análisis crítico de esta versión se llegara a creer en ella, como le aconteció al Magistrado del Tribunal que salvó su voto, el monto de las comisiones, suponiendo como se dijo que todas ellas fueran ciertas, sólo alcanzaría la cifra de tres millones de pesos, cantidad ésta insignificante frente a la magnitud del enriquecimiento. Y se dice que el valor de sus comisiones sería el citado, porque a los

16 millones de que habla Garzón habría que restarles los 11 millones que según él recibiría el sindicado si vendiera la casa, lo que no ha sucedido, quedando entonces un remanente de 5 millones, de los cuales a su vez habría que descontar 2 millones, que equivalen al valor de la comisión por la venta de la finca de Guatapé (en eso lo estima el acusado, fl. 177 vto.), porque se efectuó con posterioridad al mes de mayo de 1989 (fls. 332 y 333), y cuyo precio fue de sólo $ 1.600.000.00, no empece a lo cual Garzón afirma que había pedido por ella, para venderla, $ 60.000.000.00 (fl. 301).

Pero agréguese a lo ya expuesto, que dentro de este valor final de las comisiones (3 millones de pesos) están contabilizados los $ 350.000.00 que según sindicado y testigo recibió el primero como comisión por la venta del apartamento del edificio Huatipán, que como ya se demostró ampliamente en este proveído, no existió (numeral 2.3.), por cuanto el verdadero adquirente y vendedor de este inmueble fue el acusado y nunca su hermano John Jairo que sirvió de simple testaferro. Quedan así reducidas las comisiones a $ 2.650.000.00, cifra de la cual es preciso restar un millón y medio de pesos que es el valor estimado por Garzón de las comisiones que por la venta de algunos vehículos suyos recibió el procesado (fl. 203). Y es preciso descontar esta suma, porque con excepción de la confusa negociación del Suzuki amarillo (ya analizada suficientemente por la Corte —numeral 2.7.—), que según Restrepo González compró él, a crédito por "dos millones y pico" (fl. 185 vto.), ni el acusado ni Garzón concretan ninguna otra venta de automotores en la cual hubiera servido el primero como comisionista. De esta manera, el valor total de las posibles comisiones recibidas por el incriminado de su amigo Garzón, tendrían un valor aproximado de $ 1.150.000.00. Continúa, pues, sin ninguna justificación el patrimonio adquirido por Restrepo González a partir del mes de marzo de 1988.

También ha involucrado el exjuez Restrepo, a su suegro, de quien afirma vivía en Venezuela donde murió en el año de 1985 ó 1986 (fl. 179) y cuya última venida a Colombia ocurrió "a principios del año de 1985" (fl. 179 vto.). Dice de él que cada vez que venía al país, entregaba considerables sumas de dinero a su esposa, dinero con el cual ella canceló el valor del taxi Renault 9, que costó $ 3.429.100.00 y sobre cuya negociación ya se ocupó la Sala, quedando claro que esta suma la suministró el acusado y no su cónyuge (numeral 2.1.). Según Restrepo, el dinero para comprár el inmueble de la carrera 90A también provino del progenitor de su esposa, pero ya la Sala analizó esta negociación (numeral 2.4.) y demostró que no podía creerse al procesado la participación de su suegro en estos asuntos, máxime cuando por ejemplo, el aludido inmueble se adquirió en junio de 1988, mucho tiempo después de que según él había fallecido. Por lo demás, tampoco se entiende que siendo el suegro tan adinerado y conociéndose su fallecimiento, ninguna gestión se hubiera hecho para averiguar por los bienes que hubiera podido haber dejado.

Consta sí que el acusado es propietario de una pequeña parcela en Ciudad Bolívar, parte de ella (dos hectáreas) adquirida el 17 de mayo de 1986 (fl. 153) y el resto (media hectárea) el 12 de junio del año siguiente (fl. 155), no obstante lo cual el procesado afirma que

"la finca tiene aproximadamente entre cuatro y cinco hectáreas" (fl. 191) y que le produce "entre dos millones y medio y tres millones de pesos por año" (fl. 316 vto.), cifra ésta absolutamente desproporcionada y que por lo tanto no puede aceptarse como verdadera. Adviértase, por lo demás, que Restrepo admite que tuvo que invertir en ella algún dinero para construir el beneficiadero (fl. 320) y que sobre la misma pesa un gravamen hipotecario por $ 300.000.00 (fl. 188). Tampoco, pues, por este concepto, puede justificarse el enriquecimiento desmedido del exjuez Restrepo González.

Señala así mismo el incriminado, como origen de sus bienes, los cánones de arrendamiento que percibe de quienes ocupan el apartamento del Tricentenario y la casa de la carrera 90A. Asevera que el primer bien le puede producir "un millón de pesos año", anotando a continuación que lo tiene arrendado por "treinta y cinco mil pesos mensuales" (fl. 316 vto.). Otra de las exageraciones propias del encartado —recuérdese lo del producido de su finca— en su afán de justificar su riqueza. Por la casa, dice él, recibe ciento veinte mil pesos ($ 120.000.00).

Aceptando que las anteriores cifras fueran ciertas, la realidad es que con dichas sumas, ciento cincuenta y cinco mil pesos mensuales, no alcanzaría Restrepo González a cancelar la cuota mensual del crédito hipotecario que afecta el inmueble que habita, que como ya se sabe, es de doscientos cincuenta mil pesos, que él admite que aunque con dificultad ha venido cancelando (fls. 179 vto., 318 vto., 321 y 360) y en lo cual también lo saca avante su amigo Garzón (fl. 203). Según el certificado de folio 531, las cuotas sólo se retrasaron a partir de 24 de agosto de 1989, lo cual significa que el procesado ha cubierto a su obligación hipotecaria un total de $ 2.500.000.00, en diez meses, contados a partir del mes de septiembre de 1988 (fecha de la adquisición del inmueble) y hasta el mes de agosto del siguiente año, desde cuando no ha vuelto a cancelar, según el documento referido. En síntesis, pues, si con sus ingresos por concepto de arrendamientos no alcanza a cubrir la cuota del gravamen hipotecario que pesa sobre su casa, mucho menos podrá con ellos justificar la adquisición de los bienes que ingresaron a su patrimonio durante el lapso ya citado.

Otra fuente de ingresos del procesado, son los dos automóviles de servicio público (numerales 2.8. y 2.9.), que si se tiene en cuenta las fechas de su adquisición (3 de marzo y 22 de mayo de 1989) en nada pudieron incidir sobre el enriquecimiento que no ha podido explicar.

Aunque el sindicado con amplitud se ha extendido en describir la fortuna que tuvo su padre (fl. 190 vto.), ello para nada le sirve en este proceso, pues él mismo ha admitido no haber recibido ninguna herencia (fl. 179). Y en cuanto a su pretendida fortuna adquirida en la población de Caucasia, donde según él tuvo una sociedad con Andrés Belmond que le reportó una ganancia de "cuatro o cinco millones de pesos" (fl. 188 vto.) y "pusimos en la casa de Andrés una compraventa de oro y la contabilidad llevada por la señora Olga Vargas" (fl. 188 vto.), debe decirse que no es más que otra patraña del exfuncionario, desmentida por su misma certificación de ingresos y retenciones por el año gravable de 1987 (fl. 501) en la cual no aparecen por parte alguna tan considerables ganancias. Y para que no quede duda

alguna de lo que acaba de afirmarse, se tiene que es Olga Bertha Vargas, la concubina del citado Andrés que llevaba la contabilidad de sus negocios, quien declara que en verdad ellos (su compañero y el incriminado) sí tuvieron unos "cultivos" pero no compraventa de oro, aunque sí negociaban con este metal, agregando más adelante que "ellos se hablaban de plata, mantenían muchas ilusiones", pero que *"plata bastante yo no le conocí, él era un empleado"* (fl. 381). No existió, pues, la referida bonanza.

En definitiva, los únicos ingresos del procesado que aparecen claros, son los correspondientes a la retribución del rendimiento laboral, que él estima en un poco más de $ 400.000.00 mensuales, teniendo en cuenta las primas y los viáticos (fl. 176 vto.). Según la certificación expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el *30 de junio de 1989*, Restrepo González "devenga en la actualidad un sueldo mensual de $ 336.500.00... incluyendo un 84% de prima de antigüedad. Se desempeña como Juez Veintidós Inscriminal" (fl. 200).

En resumen, no pudo el exjuez Restrepo González no obstante contar con la decidida colaboración de su amigo Garzón Cárdenas, demostrar de dónde salieron los $ 34.329.100.00, que ingresaron a su patrimonio entre marzo de 1988 y mayo de 1989.

5. *Del enriquecimiento ilícito.*

Ante la frecuencia del enriquecimiento económico, considerable e inexplicado, de algunos funcionarios y empleados públicos, se fue formando en el seno social la conciencia de que era necesario y conveniente tipificar como ilícito penal esta conducta, no prevista en el Código Penal de 1936 (Ley 95). Varios proyectos de ley que acogían esta tendencia fueron presentados al Congreso de la República, pero por desgracia, ninguno de ellos alcanzó a culminar con éxito su itinerario. Sólo al entrar en vigencia el Código Penal actual (Decreto 100 de 1980), pudo satisfacerse este anhelo nacional, del cual se ocuparon los diferentes proyectos de Código que lo antecedieron.

En el anteproyecto de 1974, se aprobó la siguiente redacción para el delito en comento:

> *"Artículo 171. Enriquecimiento ilícito. El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo, incurrirá en prisión de..."*

La Comisión encargada de revisar el anterior proyecto, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones el empleado oficial sólo con posterioridad a la dejación de su cargo incorporaba a su patrimonio el incremento ilícito del mismo obtenido durante el desempeño de sus funciones públicas, y que además, la conducta únicamente debía ser considerada como atentatoria contra la Administración Pública cuando el enriquecimiento estaba vinculado con el cargo público o con las funciones inherentes a éste, modificó sustancialmente el proyecto inicial para ponerlo a tono con estas consideraciones. Así mismo y advirtiendo las dificultades probatorias propias de este ilícito, estableció una presunción (iuris tantum) *de responsabilidad y le dio al nuevo tipo penal un carácter subsidiario. Por último y para impedir los*

abusos que por retaliaciones políticas o de otra índole pudieran presentarse, estimó conveniente establecer la necesidad de querella por parte de la Procuraduría General de la Nación.

El texto aprobado fue del siguiente tenor:

> *"Artículo 179. El empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo, obtenga para sí o para un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidos, por razón de su cargo o de la influencia derivada del mismo, y siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión...*
>
> *"Se presume que se encuentra en el caso previsto en el inciso anterior, el empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo, obtuviere para sí o para un tercero, incremento patrimonial no justificado, o hiciere gastos que no guarden proporción con sus ingresos lícitos.*
>
> *"Para los efectos previstos en este artículo, la Procuraduría o el funcionario de instrucción podrán investigar el patrimonio de terceros enriquecidos por el empleado o el de aquellos con quienes éste pretenda ocultar el delito.*
>
> *"La acción penal sólo podrá iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación".*

Esta fórmula se mantuvo inalterada en el proyecto de 1978, cuando en el artículo respectivo (183) a este delito se le denominó "enriquecimiento indebido".

Posteriormente, la Comisión Asesora de 1979 que en última fue la encargada de redactar definitivamente el texto del nuevo Código, suprimió la presunción introducida en el proyecto de 1976 y aprobó la fórmula hoy vigente, muy similar a la plasmada en el proyecto Soler de 1960 (art. 346, inciso d) y que sirvió de base a la propuesta por Ricardo C. Núñez, acogida por la ley de "Reformas al Código Penal y Legislación Represiva" de Argentina (Ley 16648 de 30 de octubre de 1964; art. 268.2).

> *"Artículo 148. Enriquecimiento ilícito. El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de un (1) año a ocho (8) años, multa de veinte* mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años.
>
> *"En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.*
>
> *"Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto".*

Es importante advertir que por fallo de 9 de diciembre de 1982, la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el último inciso de la norma transcrita.

La conducta objetiva prevista en esta norma, consiste en la obtención, por parte del empleado oficial, de un incremento patrimonial no justificado, siempre y cuando, como el mismo texto legal lo exige, dicho enriquecimiento se haya obtenido por razón del cargo o de las funciones propias de éste y que tal hecho no constituya otro delito.

Es claro que si la presunción (iuris tantum) *de responsabilidad consagrada en los proyectos de 1976 y 1978 no fue acogida por la norma vigente, corresponde al Estado demostrar que por parte del empleado oficial no sólo hubo un acrecimiento patrimonial no justificado, sino también que éste fue obtenido por razón del cargo público o de las funciones inherentes a éste.*

Dentro de este proceso como ya se ha destacado a lo largo de esta providencia, está plenamente establecido que el sindicado Mario César Restrepo González entre el mes de marzo de 1988 y el mes de mayo de 1989, mientras ejercía las funciones de Juez Veintidós de Instrucción Criminal de Medellín, obtuvo un muy considerable incremento de su patrimonio económico, que él, a pesar de sus inagotables esfuerzos no ha podido justificar, como ya lo analizó amplia y detalladamente la Sala. Que este enriquecimiento no justificado lo obtuvo el procesado por razón del cargo público que desempeñaba o de las funciones inherentes a éste, es otro aspecto de la tipicidad que también encuentra una plena comprobación en el proceso y por ello resulta procedente afirmar la existencia de un delito de enriquecimiento ilícito.

Obvio es que la prueba que acredita el nexo causal entre el cargo público y el enriquecimiento no justificado es de carácter indiciario o circunstancial, porque así lo exige el carácter subsidiario del delito. Pertinente es aclarar, como lo hace el Magistrado Alduna Rozo en el estudio transcrito por la Delegada, que este carácter subsidiario que se le dio al punible, no fue para solucionar posibles conflictos aparentes de tipos, como con frecuencia lo hace el legislador, sino para impedir que por falta de precisión probatoria quedara en la impunidad cualquiera de los otros delitos contra la Administración Pública.

Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias a éste, pero la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falla de precisión probatoria.

Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el fruto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho, o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido.

Esta subsidiariedad del tipo, como ya se anotó, es la que no permite que la prueba del nexo causal entre el enriquecimiento no justi-

ficado y el cargo público o las funciones propias de éste sea una prueba directa, porque entonces se estructuraría no el tipo subsidiario del enriquecimiento ilícito, sino cualquiera otro de los tipos principales (peculado, cohecho, concusión, etc.). La prueba, pues, en relación con este aspecto, siempre será de carácter indiciario o circunstancial.

Y lo anterior es lo que ha sucedido en el caso sub júdice. *Del doctor Restrepo González no puede predicarse que cometió un delito de peculado, o uno de cohecho, ni mucho menos es posible afirmar en relación con qué asunto o asuntos concretos; tampoco es factible decir que concusionó y desde luego que sería imposible identificar a las posibles víctimas.*

Pero de él sí se puede aseverar, con certeza, que incrementó de manera muy considerable su patrimonio económico, por razón de su cargo público o de las funciones propias de éste, entre marzo de 1988 y mayo de 1989, mientras era Juez Veintidós de Instrucción Criminal de Medellín.

Y a esta conclusión le es posible llegar a la Corte, por la vía de la inferencia: El desempeño de la judicatura y más cuando se tiene la calidad de Juez de Instrucción Ambulante en un Distrito de tan alta tasa de delincuencia como el de Medellín, exige del funcionario una actividad laboral superior a la legalmente obligatoria, lo cual hace imposible desempeñar paralelamente otras labores que produzcan una rentabilidad que exceda en altísimo grado el monto de sus ingresos oficiales. Existió, pues, para el exjuez Restrepo González, una absoluta falta de oportunidad para enriquecerse, en la gran cuantía en que lo consiguió, por medio de actividades independientes y no relacionadas con sus funciones públicas.

A lo anterior, que de por sí es apabuyante, agréguese la falta absoluta de explicación acerca del origen de su riqueza, por parte del acusado: No fue capaz de acreditar, en forma seria y razonable, qué actividades, independientes de las que como Juez debía desarrollar, le permitieron obtener, en tan corto tiempo, un notable incremento de su patrimonio económico. Y súmese a todo esto, la mendacidad de Restrepo, ostensible en todas sus intervenciones procesales, como lo evidenció ya la Sala.

En estas circunstancias, ninguna aplicación puede tener el principio del indubio pro reo, *que sirvió de sustentación al salvamento de voto y que invocan tanto el procesado como su defensor.*

Sobre este particular aspecto, son valederas las atinadas consideraciones del Procurador que en esta oportunidad colabora con la Sala:

> *"Tanto la carga formal de la prueba (a quién corresponde probar) como la carga material de la prueba (a quién perjudica la ausencia de prueba sobre determinado tópico) corresponde al Estado en nuestro sistema penal y, consecuentemente, favorece al reo. Empero, este principio hay que entenderlo en sus justos límites sobre la base de que el sistema de apreciación racional de la prueba implica que la duda capaz de diluir la imputación en favor del acusado, es también la duda racional.*

"Por supuesto que los hechos constitutivos de la infracción, como la ausencia de los impeditivos, deben ser susceptibles de actividad probatoria. Pero cada delito tiene su propia estructura, como tiene su propia dinámica, y por ende cuando desarrollada la actividad pesquisitoria en términos racionales y con observancia del principio de investigación integral, nada indica la presencia de circunstancias justificantes o de inculpabilidad en la realización de la conducta, mal podría el fallador absolver con fundamento en el beneficio de la duda.

"Acá las dudas que plantea la defensa (tanto a través del acusado como de su mandatario judicial), van más allá de lo razonable. La investigación cobijó distintas hipótesis suministradas por el propio implicado, sin que ninguna de estas lograra satisfacer el vehemente indicio de antijuridicidad suministrado por la existencia del núcleo típico que está absolutamente probado, es decir el enriquecimiento producido en período durante el cual el procesado desarrollaba la función pública, y no explicado ni justificado en su origen, lícitamente. Si eso es así, no se está presumiendo por el fallador la ilicitud sino que se está infiriendo de los hechos mismos, como se infiere el dolo de las acciones no explicadas y que ordinariamente no son susceptibles de llevarse a cabo de manera imprudente o fortuita. Lo que ocurre es que las proposiciones negativas no son, por naturaleza, susceptibles de probarse. Lo que se prueba es lo positivo que las descarta. De ahí que el proceso no está edificado sobre presunciones de derecho y de la estructura típica, ni sobre la inactividad procesal que invierte la carga probatoria. Es un hecho el enriquecimiento o el incremento patrimonial; es otro hecho la incapacidad económica de los ingresos ordinarios del procesado para originar ese incremento; es otro hecho la concentración de ese enriquecimiento en un lapso brevísimo de más o menos un año; es otro hecho la ausencia de proporcionalidad entre los rendimientos vinculados a una actividad económica o comercial de índole común y las adquisiciones hechas por Restrepo; es otro hecho que ninguna prueba señala la existencia de un delito concreto que explique la consecución de los dineros (lo que desplazaría la tipicidad subsidiaria a la básica del respectivo delito). Y esos hechos indican, llevan a inferir, la ilicitud del enriquecimiento porque ninguna de las explicaciones entregadas resultó confirmada y en cambio, gran parte de ellas resultó rebatida".

Acorde con todo lo expuesto y por encontrarse satisfechos a cabalidad los requisitos que para proferir sentencia condenatoria exige el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, el fallo impugnado se confirmará.

6. *De la dosificación de la pena.*

Por considerar que en la conducta criminosa cumplida por el procesado concurrían las circunstancias de agravación punitiva previstas en los ordinales 4º y 11 del artículo 66 del Código Penal, en el fallo impugnado al mínimo señalado en el artículo 148 (1 año), se le

incrementaron seis (6) meses más, para tasar en un total de dieciocho (18) meses de prisión la pena privativa de libertad impuesta al procesado.

Tanto éste como su defensor se muestran inconformes con la individualización de la pena, porque estiman que la preparación ponderada del delito (art. 4º) no se dio, puesto que no es posible confundir con ésta "las fases naturales de escenificación o estructuración de un hecho punible que determinan el iter criminis" *(fl. 603). Y en relación con la agravante del ordinal 11, expresan que su deducción implica una doble sanción por el mismo hecho, pues la calidad de Juez era necesaria para ser sujeto activo del enriquecimiento ilícito y sirvió no sólo para agravar la pena sino también para negar la condena de ejecución condicional.*

Dígase en primer término, que no todo delito de "enriquecimiento ilícito" requiere de las múltiples fases de "escenificación" que rodearon el cometido por Restrepo González, el cual, como quedó al descubierto con el análisis realizado por la Sala, fue de refinada ejecución, ya que hasta acudió a testaferros por medio de los cuales pretendió ocultar el incremento de su patrimonio. No fue, pues, una maniobra burda la cumplida por el acusado, sino un proceder cuidadosamente preparado.

Es verdad que para ser sujeto activo del delito de enriquecimiento ilícito se necesita ser empleado oficial, pero este requisito se satisface cuando el agente se encuentra dentro de una cualquiera de las hipótesis previstas en el artículo 63 del Código Penal, y es obvio que todas ellas, si bien dan al sujeto la calidad de empleado oficial, no son equivalentes y bien puede hacerse distinciones entre ellas por factores de jerarquía, representación social, respeto y admiración que merecen de los demás asociados y grados de responsabilidad que frente a ese mismo conglomerado social se exigen.

Lo anterior está indicando que en presencia de esa inmensa gama de empleados oficiales, todos posibles sujetos activos de los delitos de responsabilidad, es perfectamente factible deducir la circunstancia de agravación punitiva en comento (ordinal 11 del art. 66) en relación con algunos de ellos por su preeminencia respecto a los demás. Y entre estos empleados oficiales se encuentran, indudablemente, los Jueces, quienes por su propia función están obligados, como los que más, a obedecer la ley, aquella misma ley por cuyo incumplimiento sanciona a otros. Es obvio que el delito cometido por un Juez, así sea de aquellos ilícitos de los que sólo pueden ser sujeto activo los empleados oficiales, produce un gravísimo impacto negativo en la sociedad, lo cual justifica ampliamente un incremento punitivo precisamente por lo que él representa ante la sociedad.

Bien deducidas estuvieron, en consecuencia, estas dos circunstancias de agravación punitiva.

Ahora bien. La Sala, teniendo en cuenta la extraordinaria gravedad del delito, determinada en este caso no sólo por la calidad del sujeto activo sino por su cuantía que arroja un incremento ilícito en el patrimonio del procesado, un poco superior a los dos y medio millones de pesos mensuales, partirá, para la individualización de la pena, de

tres (3) años, los cuales incrementará en sólo seis meses más, por las circunstancias de agravación referidas y en consideración a la buena conducta anterior del procesado y su presentación ante las autoridades. En definitiva, la pena que éste deberá purgar será de cuarenta y dos (42) meses de prisión y no la de dieciocho (18) como ordenó el *a quo*.

En cuanto a la interdicción de derechos y funciones públicas prevista también como pena principal en el artículo 148 del Código Penal, considera la Sala que por las mismas razones que sirvieron para aumentar la pena privativa de la libertad, debe también incrementarse en similar proporción. Por ello, la interdicción a que fue condenado Restrepo González tendrá una duración de cuatro (4) años y no de dos (2) como se dispuso en el fallo impugnado.

Por los mismos motivos que se acaban de anotar, la multa que deberá pagar el procesado será por valor de un millón ($ 1.000.000.00) de pesos (art. 46 del C. P.), cuyo pago deberá hacerse en la forma prevista en el artículo 445 del Código de Procedimiento Penal.

7. *De la pérdida de bienes en favor del Estado.*

Argumenta el procesado que como no se pudo demostrar que su enriquecimiento tuviera relación con el ejercicio de su cargo o de las funciones propias de éste, no resulta posible la aplicación del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal.

Clara ha sido la Corte al afirmar que el incremento patrimonial del procesado necesariamente se debió a actividades relacionadas con su posición de Juez, y por ello dio por plenamente demostrado el delito que tipifica el artículo 148 del Código Penal. Por ello bien puede sostenerse que los bienes cuya pérdida a favor del Estado se ordenó, si provenían de la ejecución de un delito; eran fruto del enriquecimiento ilícito.

No obstante lo anterior, la Corte revocará esta parte de la sentencia, por atentar contra el principio de la legalidad de la pena (nulla poena sine lege) *plasmado en el artículo 26 de la Constitución Nacional y expresamente consagrado en el primer artículo del Código, dada su extraordinaria trascendencia.*

En efecto. El artículo 110 del Código Penal originariamente estaba redactado en estos términos:

> *"Comiso. El delito lleva consigo la pérdida en favor del Estado, salvo el derecho del ofendido o de terceros, de los instrumentos con que se haya cometido y de las cosas y valores que provengan de su ejecución.*
>
> *"Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará en el caso de delito culposo (37) cometido con vehículo automotor, nave o aeronave o unidad montada sobre ruedas, siempre que estuvieren adecuadamente asegurados para responder por daños a terceros".*

Era claro, entonces, al amparo de este texto, que se perdían en favor del Estado, salvo los derechos del ofendido o terceros, no solamente los instrumentos con que se hubiera cometido el delito, sino también las cosas y valores que provinieran de su ejecución.

Más se expidió la Ley 2ª de 1984, la cual en su artículo 37 dispuso:

> *"El artículo 110 del Código Penal quedará así: COMISO. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado a menos que la ley disponga su destrucción. En los delitos culposos, los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a los experticios técnicos y se entregarán en depósito a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.*
>
> *"La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento procesal los daños materiales y morales, fijados mediante avalúo pericial, o cuando se dicte sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o cesación de procedimiento.*
>
> *"Si no se ha pagado, o garantizado el pago de los perjuicios, el Juez en la sentencia condenatoria ordenará el decomiso de los mencionados elementos, para los efectos de la indemnización".*

Igual es el texto del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal.

Con esta nueva norma la situación jurídica en comento cambió fundamentalmente. Ya los instrumentos con los que se haya cometido el delito o las cosas valores que provengan de su ejecución, únicamente pasarán a poder del Estado cuando no tengan libre comercio *y no deban ser destruidas por mandato legal. Es decir, que cuando los instrumentos con los que se cometió el delito y las cosas y valores que provengan de su ejecución no deban ser destruidas por orden legal y sean bienes de libre comercio, la ley no autoriza que pasen a poder del Estado.*

Tan cierto es lo anterior, que cuando el legislador ha querido que un bien de libre comercio vinculado a la ejecución de un delito, pase a poder del Estado, en forma expresa así lo ha dispuesto, precisamente por falta de una norma de carácter general que lo ordene como lo hacía el subrogado artículo 110 del Código Penal.

Así sucede, por ejemplo, con la Ley 30 de 1986, que en sus artículos 47 y siguientes expresamente ordena que los bienes, muebles, equipos, dineros, vehículos y demás medios de transporte utilizados para la comisión del delito, o que provengan de su ejecución, pasen a poder del Estado.

Igual sucede con las normas de estado de sitio que erigieron en delito el enriquecimiento ilícito de particulares.

Sobre este asunto, el Procurador Delegado sostiene que si es procedente el comiso, porque los bienes adquiridos con el producto del delito tienen objeto ilícito, para lo cual se apoya en el artículo 1519 del Código Civil. No niega la Sala la validez de su aserto, pero la ilicitud del objeto no autoriza, por sí sola, al Estado para quedarse con dichos bienes. Al respecto es pertinente anotar que existe objeto ilícito en la enajenación de "las cosas embargadas por decreto judicial" (art. 1521 del C. C.), pero ello de ninguna manera faculta a autoridad alguna para que ordene que la propiedad de dichas cosas pase al Estado.

No estando, pues, expresamente prevista como pena la pérdida a favor del Estado de los bienes producto del enriquecimiento ilícito, mal puede la Sala confirmar la imposición que de la misma se hizo en el fallo impugnado y por ello la revocará.

8. *Investigación a terceros.*

Tal como lo solicita la Procuraduría, deberá sacarse copia de lo pertinente, para que se investigue el posible delito que en relación con los hechos investigados en este proceso, hubieren podido cometer Guillermo León Garzón Cárdenas y Enrique Vélez Mejía, a quienes se hizo alusión en esta providencia.

9. *Libertad.*

De conformidad con lo puntualizado al estudiar la dosificación de la pena, y teniendo en cuenta que la que se le impone a Mario César Restrepo González es de cuarenta y dos (42) meses de prisión, éste no tiene derecho, por prohibición legal, al subrogado de la condena de ejecución condicional previsto en el artículo 68 del Código Penal. Tampoco ha cumplido la pena, pues en detención preventiva lleva quince (15) meses y veinticinco (25) días, que sumados a dos (2) meses y quince (15) días por trabajo (1.894 horas) acumula *dieciocho (18) meses y diez (10) días*, inferiores a las dos terceras partes de la sanción privativa de la libertad que equivalen a veintiocho (28) meses, para los efectos del beneficio de libertad provisional. Así mismo, no encuentra la Sala motivo alguno de excarcelación provisional viable en este asunto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1. *Confirmar* la providencia impugnada con las siguientes modificaciones: a) La pena privativa de la libertad que se impone al procesado Mario César Restrepo González es de cuarenta y dos (42) meses de prisión; b) La multa que deberá pagar será de un millón de pesos ($ 1.000.000.00), para cuyo efecto deberá oficiarse al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia (art. 446 del C. de P. P.); c) La pena de interdicción de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cuatro (4) años.

2. *Revocar* la pérdida de los bienes dispuesta en favor del Estado en la sentencia recurrida.

3. *Disponer* que por intermedio del Tribunal de instancia se expidan las copias señaladas en la parte considerativa, para los fines allí indicados.

4. *Negar* al procesado el beneficio de libertad solicitado.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Con salvamento parcial de voto: *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Referencia: Proceso Segunda Instancia 5007. Contra: Mario César Restrepo González. Delito: Enriquecimiento ilícito.

Sustancialmente estoy de acuerdo con el proyecto de sentencia. Me aparto únicamente en la deducción de la circunstancia genérica de agravación punitiva prevenida en el ordinal 11 del artículo 66 del Código Penal, toda vez que ha debido deducirse en el auto calificatorio y no en el fallo, violándose de esta guisa el derecho de defensa. Como en pasadas ocasiones, repito aquí los fundamentos de mi forma de pensar:

"...1. Jamás se ha puesto en debate que el auto de proceder como a la hora de ahora la resolución de acusación, no constituya la base esencial y toral de la sentencia. Como tal debe bastarse así mismo con un pronunciamiento afirmativo, esto es, incriminador. La calificación debe respetar integralmente la verdad del sumario recogiendo la apreciación jurídica de la conducta y las circunstancias de todo orden que modifiquen, agraven o atenúen el comportamiento prohibido. Resulta así explicable que en la parte motiva del enjuiciamiento se detallen en debida forma los cargos y la calificación genérica de los hechos con expresión de sus circunstancias..."

"...2. Volviendo a lo nuestro, al reo le asiste el derecho de conocer desde el instante mismo en que legalmente se califique la tipicidad de su conducta, el encuadramiento jurídico-penal de ésta y las circunstancias que lo rotulan, pregonándose la necesidad de no excluir de su contexto ninguno de los elementos o circunstancias que dan vida al delito, si es que se aspira a deducir ulteriormente un juicio de reproche y por ende un pronunciamiento de punibilidad. Obrar de manera diferente sería tanto como entronizar en un sistema armónico y legalista como el nuestro, un criterio de deslealtad y prodición hacia uno de los sujetos procesales..."

"...3. Con este juicio valorativo se delimitan los poderes del sentenciador a quien le está vedado al momento de dictar el fallo definitivo, sorprender al imputado con acusaciones ignoradas en el pliego de cargos so pena de incurrir en desatino o arbitrariedad o en ambas cosas a la vez. De la misma manera se preserva y resguarda el derecho de defensa al permitir al procesado no sólo la refutación del punible que se le atribuye o de alguno de sus elementos compositivos sino también de aquellas circunstancias que no forman parte de la estructura típica del injusto..."

"...4. De ser necesario insistir cabe agregar que al silenciarse por acto de Juez la materialización de una circunstancia genérica de

agravación que sólo toma entidad y cuerpo en la sentencia cuando no hay ya derecho a réplica, no solamente se priva al responsable de medios probatorios para contrarrestar o infirmar el despropósito sino que además se le sorprende con la imposición de una sanción adicional que implica mayor aflicción corporal. Vése que el desequilibrio es evidente y que no se preserva el valor justicia en concreto..."

"...Como al primer pronto se advierte el asunto no es meramente formal, académico o convencional, bien que alguno dirá que es la pena que debe cumplir el sentenciado y basta. Con lo cual no queda dicho todo pues es también nuestro drama..."

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

DEBIDO PROCESO. VOCALES. CONSEJO DE GUERRA

Constituye una irregularidad, que afecta el debido proceso, la intervención de los vocales en el Consejo de Guerra, cuando no está autorizada por la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 0077 (noviembre 13 de 1990).

Vistos:

Procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Jaime Hernández Romero*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar por el delito de concusión, confirmando la de primera instancia en la cual se impuso al procesado pena principal de veintiséis (26) meses de prisión.

1. Hechos y actuación procesal:

En las horas de la tarde del día 26 de noviembre de 1987, en la calle 6ª con carrera 12 de Bogotá, Ricardo Jacobo Ibagué Mesa y su compañera permanente Rubiela Barrera Martín, se encontraron con los agentes de la Policía Nacional, Leonidas Parra y Jaime Hernández Romero, éste último requisó a la señora y simuló encontrar en el bolsillo de su chaqueta varias papeletas de basuco, por lo cual les exigió la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) para no "embalarlos".

Acordaron la cantidad en setenta mil pesos ($ 70.000.00), pero como Ibagué Mesa no tenía sino cincuenta y cuatro mil pesos ($ 54.000.00), el agente Hernández le dio plazo de media hora para que consiguiera los dieciséis mil pesos ($ 16.000.00) faltantes. El agente Leonidas Parra, al enterarse de lo que estaba ocurriendo, le aconsejó al denunciante que se comunicara con el grupo de contrainteligencia del F-2 para que se hiciera presente.

Aprovechando que un amigo suyo quedó como garantía de que volvería con el dinero, Ricardo Jacobo Ibagué llamó a Rafael Báez Mesa para que fuera hasta el lugar en donde estaba el policía Hernández con el F-2, lo cual efectivamente ocurrió y se produjo la captura.

La investigación la adelantó el Juzgado Cincuenta y Ocho de Instrucción Penal Militar y el Comandante del Departamento de Policía Metropolitana de Bogotá convocó un Consejo de Guerra Verbal para juzgar al imputado por el delito de concusión, el cual se celebró el 11 de mayo de 1989. Por mayoría de votos, el veredicto fue absolutorio pero el Juez de primera instancia lo declaró contraevidente, decisión que posteriormente fue confirmada por el Tribunal Superior al resolver el recurso de apelación.

Realizado el nuevo Consejo de Guerra el 19 de octubre de 1989, los vocales respondieron afirmativamente el cuestionario propuesto y el Juez dictó sentencia condenatoria acogiendo el veredicto e imponiendo pena de veintiséis (26) meses de prisión, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y separación absoluta de la Policía Nacional.

El Tribunal Superior Militar confirmó la sentencia y contra esa determinación el procesado y su defensor interpusieron el recurso de casación que ahora se resuelve.

II. La demanda:

El defensor invoca la causal tercera de casación prevista en el artículo 442 del Código de Justicia Penal Militar, que textualmente dice: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Los cargos formulados son los siguientes:

Primero: La sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad, porque la resolución de convocatoria de octubre 9 de 1989, se profirió con fundamento en el Decreto 1196 de 30 de junio de 1987, artículo 1º y los artículos 347 y 566 del Código Penal Militar, cuando ya estaba derogado y rigiendo el nuevo Código.

Cita el artículo 40 de la Ley 153 de 1987 (sic) y concluye que la resolución ha debido dictarse de acuerdo con el artículo 657 del Código Penal Militar, en consecuencia la resolución dictada no cumple con los requisitos exigidos en esa norma, por lo tanto es inexistente.

Más adelante, en lo que denomina *"demostración del cargo primero"*, afirma que la convocatoria al Consejo de Guerra, el cuestionario, el veredicto y la sentencia, se refieren al delito de concusión y el Decreto 0250 de 1958 no consagra este delito, vulnerando por lo tanto el artículo 3º de ese Estatuto. También se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, el artículo 1º del Código Penal, el artículo 8º del Decreto 1290 de 1965 y los artículos 56 y 59 del Decreto de 1954.

Agrega que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción por remisión ordenada en el Decreto 0250 de 1958.

Segundo: Es el mismo planteamiento formulado en la demostración del primer cargo, consistente en que hubo error en la denominación jurídica porque el delito cometido no fue concusión sino extorsión. La causal de nulidad aplicable es la consagrada en el artículo

441 numeral segundo, pero advierte que si se determina que el Código Penal Militar anterior no era aplicable por estar derogado, "no compartiría ese criterio, aun cuando si lo respetaría".

Sostiene que por el haber incurrido en error en la denominación jurídica se violó el derecho a la defensa, toda vez que el procesado se defendió del delito de concusión que no estaba considerado como hecho punible y no pudo defenderse de la extorsión que si estaba previsto en el Código vigente el día de los hechos.

Bajo el título *"demostración del cargo segundo"*, dice que el proceso está viciado de nulidad supralegal, ya que el Consejo de Guerra no ha debido adelantarse con la intervención de vocales, por no estar incluida su participación en el artículo 683 del Código Penal Militar.

Tercero: Es la tesis en la que insiste en la demostración del cargo segundo: Se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional por haber realizado el juzgamiento con la intervención de vocales, cuando en ese momento ya había entrado en vigencia el nuevo Código que no contempla su participación.

Las nuevas normas tipificaron como delito la concusión, pero la excluyeron de las infracciones que debían juzgarse con la intervención de vocales. En el momento de entrar a regir este Decreto, el proceso se encontraba en el Tribunal en apelación de la contraevidencia, de manera que al regresar a la primera instancia, ha debido continuarse el trámite por las nuevas disposiciones.

Relaciona como perjuicios para el derecho de defensa, que los vocales condenaron por temor reverencial con el Tribunal Superior y que si no hubieran intervenido, la demanda podría haberse formulado por las causales primera y tercera de casación, que en todo caso era más favorable, puesto que podía alegarse las nulidades o inexistencias de las pruebas y del procedimiento. Se vulneraron los artículos 1º, 6º, 7º, 285, 294, 487, 488, 492 del Código Penal Militar y 26 de la Constitución Nacional.

En la parte final de la demanda, sostiene que se aceptó que su mandante era responsable como autor, cuando no existía plena prueba del cuerpo del delito sino sospechas. No se les dio credibilidad a las pruebas favorables "...porque dentro jerarquías de la Policía existe el consenso que cuando la querella o denuncia trata de uno de estos delitos robro (sic), extorsión, concusión, etc., se debe condenar, así las pruebas favorezcan al supuesto responsable". Se desconoció el derecho a la defensa, porque el delito de extorsión, que es por el cual ha debido juzgársele, no pudo defenderse.

La petición es que se decrete la nulidad del proceso y se manifieste que la conducta no estaba tipificada como delito. Subsidiariamente solicita que se decrete la nulidad a partir del auto calificatorio del sumario y se efectúe un nuevo juicio sin la intervención de vocales.

III. Concepto del Ministerio Público:

Respecto del primer cargo, considera que no prospera, pues "...para la época de los hechos regía el Decreto 2347 de 1971, en cuyo artículo 8º disponía que los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo cometan un delito, serán Juzgados de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar".

El delito podía ser común o típicamente militar, lo que hacía aplicable esa jurisdicción era el vínculo existente entre el servicio y la conducta típica. Así las cosas, no se violó el principio de legalidad, ya que el comportamiento podía adecuarse al Código Penal común o al de Justicia Penal Militar.

Analiza la diferencia entre error en la denominación jurídica y la violación del principio de legalidad; destaca la confusión del demandante en la formulación del cargo, de tal manera que no tiene en cuenta que unos son los efectos del tránsito de legislación en materia sustantiva, otros en materia de trámite y otros por inexistencia de un acto procesal.

El segundo cargo, en opinión del colaborador Fiscal tampoco debe prosperar. En su formulación es evidente la falta de precisión del libelista, ya que cita en forma simultánea el Código anterior y el actualmente vigente, no pudiendo saberse en cuál de los dos se apoya.

No mantiene el error inicialmente invocado como motivo de la nulidad, ya que en la demostración censura al sentenciador por haber convocado el Consejo Verbal de Guerra con intervención de vocales, como lo establecía la anterior legislación, estando vigente una nueva que la suprimió para ese delito.

Sólo el recurrente pudo concebir la idea de violación del derecho a la defensa por un delito que no fue imputado, como es el de extorsión. El menoscabo de este derecho y el del principio de favorabilidad no puede acreditarse con especulaciones alrededor del temor reverencial o de la política de la institución respecto a algunos delitos.

En cuanto al tercer cargo, concluye que no puede prosperar en la forma como fue presentado, pues de la participación o no de vocales no puede inferirse que uno u otro caso sea más favorable para los intereses del procesado y para el ejercicio de la defensa.

"La ausencia de control de casación respecto de algunos sentidos o motivos de la ley sustancial puede estar compensada por el más extenso potencial argumental que permite desplegar el juicio en conciencia".

Sin embargo, encuentra el Procurador Delegado que el juicio es nulo por razón de competencia, pues los vocales son Jueces de conocimiento y sólo pueden intervenir en asuntos claramente delimitados por la ley.

Y agrega: "El fenómeno supera la cuestión del campo de lo meramente ritual y se ubica en el de la competencia. Por eso las nulidades con fundamento en la violación del trámite no prosperan pues

ellos, deben abarcar sustancialidad en sus efectos y no meramente lo antinormatividad del plano de lo formal. El mismo Juez, ante dos procedimientos, no induce la anulación si erróneamente aplicó el de mayores garantías o le imprime un trámite que favorece en concreto derechos sustanciales del reo. Tal es el límite en que debe entenderse, y al que debe contraerse la violación del debido proceso. Pero la capacidad juzgadora es asunto que por la carta debe definir la ley y sola ella, es indelegable, por regla general improrrogable y en principio insubsanable, todo ello con las precisiones que la jurisprudencia y a veces la ley misma, hacen en torno a facultades como los de instruir, comisionar o tomar ciertas decisiones, pero que no envolverán definitivamente la capacidad de decidir de fondo".

"Entonces otorgar la competencia para juzgar un hecho, a quien no podía entenderse en determinado momento, con todo y haber sido un juicio equilibrado, quiebra el principio de la legalidad en la jurisdicción misma (es decir el derecho) y quebranta los fundamentos basilares del Estado de derecho. Es vicio imposible de convalidar, como si un Juez municipal con todas las garantías y sabio, definiera con sentencia un homicidio".

Como el proceso venía siendo regido por el anterior Código Penal Militar, el Consejo de Guerra era con intervención de vocales, pero al entrar a regir el actual Estatuto y de acuerdo con la Ley 153 de 1887, la actuación debía amoldarse a él y por lo tanto los vocales perdían capacidad para juzgar al procesado. Pero fueron convocados y el juzgamiento concluyó con su participación, de manera que se incurrió en nulidad por incompetencia.

El Delegado Penal advierte que deja planteada la nulidad, para que la Corte defina si la declara oficiosamente.

IV. Consideraciones de la Sala:

1º En primer lugar se analizarán los cargos desde el punto de vista técnico, para definir si es posible entrar a estudiarlos de fondo.

Principio de no contradicción: En casación penal no es procedente formular cargos excluyentes o contradictorios, porque correspondería a la Corte seleccionar entre las varias alternativas y esa posibilidad le está vedada por el carácter limitado del recurso.

Con mayor razón, cada cargo no puede contener en su interior argumentaciones que se excluyan, porque se autoneutraliza y ello impide que pueda dársele una respuesta de fondo, ya que así se presenta confusión sobre el verdadero motivo de la inconformidad del demandante.

En el caso *sub examine*, el libelo contiene tres cargos cuya formulación individual resumida es la siguiente:

Primero: Nulidad porque la resolución mediante la cual se convocó el Consejo de Guerra, se profirió con fundamento en las normas derogadas y ha debido hacerse según el Decreto 2550 de 1988. La resolución no cumple ninguno de los requisitos exigidos y por ello ese acto procesal es inexistente.

Luego en la demostración del cargo, se refiere a que el anterior Código Penal Militar no consagra el delito de concusión sino el de extorsión, por lo tanto se infringió el artículo 3º del Estatuto vigente, que contiene la norma rectora sobre la tipicidad.

Y dentro de la misma demostración, concluye afirmando que se incurrió en nulidad por error relativo a la denominación jurídica de la infracción, consagrada en el numeral 5º del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, por remisión.

No pueden conciliarse los tres argumentos dentro del mismo cargo, porque uno es el problema de la falta de requisitos formales en la convocatoria, otro totalmente diferente es la violación del principio de legalidad, y otro excluyente y distinto es el error en la denominación jurídica. En estas condiciones, mezcla tres acusaciones dentro de una, siendo imposible delimitar el cargo enunciado, el cual deja sin demostración, porque aunque la anuncia se dedica es a la presentación de otros supuestos errores.

Segundo: Nulidad según el artículo 441 del Código Militar derogado (error relativo a la denominación jurídica de la infracción), porque para la época en que se cometió el delito estaba tipificada la extorsión, pero no la concusión.

Al haber incurrido en el error mencionado, se denegó el derecho de defensa, ya que el procesado se defendió de concusión y no tuvo oportunidad de defenderse de extorsión que era el consagrado en el Estatuto Militar entonces vigente.

Posteriormente, en la *"demostración del cargo segundo"*, plantea nulidad por haber realizado el Consejo de Guerra con intervención de vocales, siendo más favorable resolver el proceso en puro derecho. Estima que se violaron los principios de debido proceso el de favorabilidad y el de finalidad del procedimiento (arts. 6º, 285, 296, 301).

Es una contradicción insalvable, alegar dentro del mismo cargo nulidad por error en la denominación jurídica, y por lo mismo, violación del derecho a la defensa; más violación del debido proceso por haber intervenido vocales, y violación del principio de favorabilidad.

Igual que en el primer cargo, en este también anuncia la demostración y en lugar de hacerlo, se refiere a otros temas totalmente ajenos y excluyentes con el punto inicialmente planteado.

Tercero: Nulidad supralegal por violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, como consecuencia de haber realizado el segundo Consejo de Guerra con intervención de vocales, lo que perjudicó ostensiblemente el derecho a la defensa.

La jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que cuando se invoca la causal tercera de casación, el demandante debe precisar la clase de nulidad de que se trata, los fundamentos de ella y las normas que estima infringidas. En este orden de ideas, los dos primeros cargos desconocen totalmente esos requisitos mínimos, ya que cada acusación reúne varias irregularidades que darían lugar a diversas nulidades imposibilitando una respuesta de fondo, porque ello implicaría que la Corte seleccionara una de las presuntas fallas propuestas

y las ideas adecuadas para su fundamentación, lo que equivale a corregir la demanda, contra la prohibición establecida por la naturaleza del recurso. Esa selección la hace el Procurador Delegado en el concepto y también así demuestra que no le asiste razón al recurrente.

Es tal la confusión que introduce el actor en la demanda, que en la parte final de la demostración del segundo cargo, cuestiona la existencia del cuerpo del delito y el no darle credibilidad el sentenciador a las pruebas que favorecían al procesado, alegato incoherente aún para las instancias.

En estas condiciones, los dos cargos no están llamados a prosperar.

El tercer cargo, que es el único al cual no le hizo demostración, contiene una presunta nulidad, a la que ya se había referido anteriormente, pero en esta oportunidad se ocupa sólo de ella, indicando la irregularidad, la clase de nulidad, la norma violada y su trascendencia con relación al fallo, circunstancia que permite a la Sala darle una respuesta.

2ª Consecuente con la conclusión anterior, en este punto la Sala analizará y responderá el cargo tercero, violación del derecho a la defensa por haber intervenido vocales en el segundo Consejo de Guerra.

El nuevo Código Penal Militar (Decreto 2550 de 1988), entró en vigencia el 12 de junio de 1989 y en forma expresa derogó el Decreto 250 de 1958 y las disposiciones contrarias. Como el Estatuto contiene las normas sustantivas y procesales, es necesario precisar los efectos que causó el cambio de legislación.

Respecto a las normas sustantivas, es claro que el hecho se rige por la ley vigente en el momento de su ocurrencia, salvo que la nueva ley sea favorable, caso en el cual se aplicará retroactivamente. Sobre la concusión el legislador lo único que hizo fue introducirla al Código Penal Militar, pero conservando la misma redacción y la pena, de modo que no sufrió ninguna modificación. Además, la aplicación del tipo previsto en el Código Penal estaba autorizado por el Decreto 2347 de 1971.

Las normas procesales se aplican desde el momento que entran a regir, excepto que resulten desfavorables para el imputado porque le desconozcan beneficios reconocidos por la ley derogada. La doctrina es uniforme en señalar como ejemplo, las que se refieren a la captura, detención y libertad de las personas, el desistimiento, los subrogados penales, la prescripción, etc.

El carácter restrictivo o permisivo de una ley no se determina con fundamento en un resultado futuro e incierto, sino con base en una concreta privación o disminución de un beneficio contenido en una ley anterior, con la cual se compara.

El primer Consejo de Guerra se realizó el 11 de mayo de 1989, bajo la vigencia del Decreto 1196 de 1987, que dispuso que los delitos de competencia de la Justicia Penal Militar cometidos por militares, se juzgaron por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales,

lo cual implicaba la intervención de vocales. Como el veredicto se declaró contraevidente y el Tribunal confirmó esa determinación, se hizo necesario otra convocatoria.

El artículo 683 del Código Penal Militar ahora vigente, no incluyó la concusión entre los delitos que se juzgan con participación de vocales, y de acuerdo con el artículo 693 ibidem, *le corresponde el procedimiento llamado "Consejo de Guerra sin intervención de Vocales". Cuando se hizo la segunda convocatoria octubre 9 de 1989, ya estaban rigiendo las nuevas disposiciones, lo que indica que al incluir a los vocales se incurrió en una irregularidad cuyos efectos procesales pasamos a determinar.*

a) *El demandante estima que se lesionó el derecho de defensa de Hernández Romero, por dos razones: La primera que los vocales profirieron veredicto condenatorio, "por el TEMOR REVERENCIAL* con el Tribunal Superior Militar, cuyo Presidente era el Comandante General de las Fuerzas Armadas y General de la República, amen (sic) que el Magistrado ponente es un militar de alta graduación en retiro, mientras los vocales fueron dos mayores y un teniente".

La segunda, que si no hubieran intervenido los vocales, podía defenderse en casación aduciendo las causales primera y cuarta, hoy primera y tercera, que en todo caso le era más favorable.

La violación del derecho a la defensa no puede demostrarse con afirmaciones sin ningún sustento probatorio, como el supuesto temor reverencial, que no es otra cosa que una especulación del defensor sin respaldo en el proceso. Todo lo contrario, el primer veredicto absolutorio demuestra la independencia de los vocales.

Desde otro ángulo, si el veredicto hubiera sido fruto del temor y contrario a la ley, constituiría una conducta prevaricadora de los vocales y no una violación a la garantía de la defensa pero no debe olvidarse que el Juez de primera instancia y el Tribunal acogieron la veredicción.

La nulidad por violación del derecho a la defensa requiere que se demuestre que al procesado se le privó de alguna o algunas de las garantías que la ley consagra en su favor, para que pueda controvertir personalmente o mediante abogado los cargos que se le imputan. En autos se observa que ejerció plenamente su derecho a defenderse y a estar asistido por un profesional, que en su caso fueron varios, luego no tiene razón el demandante en la acusación que formula.

Tampoco es aceptable la tesis de que si no hubiera intervenido vocales se podía demandar por la causal primera, pues aunque técnicamente eso es cierto, de ahí no se desprende un perjuicio concreto para la defensa, ya que no se está privando del recurso y ese argumento está apoyado en un hecho cierto, como es creer que por esa vía la situación sería más favorable.

b) *El colaborador Fiscal también llega a la conclusión de que la demanda se debe desestimar, pero sugiere a la Corte, que haciendo uso de la facultad oficiosa, decrete la nulidad del proceso por falta de competencia de los vocales para intervenir en el Consejo de Guerra.*

Dice que los vocales como los jurados de conciencia, "son Jueces de conocimiento, así sean Jueces de hecho, pero ejercen jurisdicción en asuntos claramente delimitados por la ley. Su facultad de juzgar, como su imposibilidad de hacerlo, lo define la ley de manera precisa y contundente".

La Sala comparte la apreciación del Ministerio Público, pero no la sustentación porque no considera que el problema sea de competencia, ya que los vocales que actuaron en el Consejo de Guerra no tenían jurisdicción, porque su intervención no estaba autorizada por la ley. Es como si un particular usurpando las funciones del Juez dicta una sentencia y luego esta se declara nula por falta de competencia de quien la dictó.

Es oportuno recordar que los conflictos de competencia sólo se pueden suscitar entre funcionarios que tengan jurisdicción.

Es verdad que no toda irregularidad presta mérito para que se invalide el proceso, pero no por ello puede aceptar la Sala, la afirmación de que si un Juez de dos procedimientos utiliza el que no corresponde, pero este es más favorable para los intereses del reo, no hay nulidad, pues esto llevaría a hacer de las formas propias de cada juicio una ritualidad al arbitrio del Juez, con la única limitante de no perjudicar al procesado.

Sin duda, la participación de los vocales en el Consejo de Guerra Verbal que juzgó al agente de la Policía Jaime Hernández Romero, *constituye una irregularidad que afecta el debido proceso, porque la ley no autorizaba su intervención. Esta falta significa que personas ajenas al procedimiento que se debía seguir, profirieron la declaración de responsabilidad con fundamento en la cual el Juez dictó sentencia condenatoria. Un error de tal naturaleza rompe la estructura formal del proceso, porque incorpora un veredicto no previsto, y en este caso obligatorio ya que el primero había sido declarado contraevidente, de modo que la única posibilidad de subsanarlo es convocando nuevo Consejo, para que se realice el juzgamiento en derecho.*

Oficiosamente se declarará la nulidad del proceso a partir de la convocatoria al Consejo Verbal inclusive.

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:

Declarar la nulidad a partir de la convocatoria al Consejo Verbal de Guerra, inclusive, para que se realice nuevamente sin intervención de vocales.

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

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Con salvamento de voto; *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

TRANSITO DE LEGISLACION (SALVAMENTO DE VOTO) VOCALES (SALVAMENTO DE VOTO).

La iniciación del juzgamiento con la intervención de vocales es una actuación judicial, que termina con la sentencia que está en consonancia con el veredicto

Casación número 4765. Jaime Hernández Romero. Concusión. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel.

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte, en cumplimiento del deber legal, me permito salvar el voto a la sentencia de la referencia.

La Corte sobre la base de haber el Código de Justicia Penal Militar vigente excluido el delito de concusión del juzgamiento por vocales en Consejo de Guerra Verbal dispuso anular la actuación a partir de la segunda convocatoria, pues el pronunciamiento inicial fue declarado contrario a la evidencia de los hechos. El razonamiento central de la Corte es el siguiente:

"Sin duda la participación de los vocales en el Consejo de Guerra Verbal que juzgó al agente de la Policía Jaime Hernández Romero, constituye una irregularidad que afecta el debido proceso, porque la ley no autorizaba su intervención. Esta falla significa que personas ajenas al procedimiento que se debía seguir, profirieron la declaración de responsabilidad con fundamento en la cual el Juez dictó sentencia condenatoria. Un error de tal naturaleza rompe la estructural (sic) formal del proceso, porque incorpora un veredicto no previsto, y en este caso obligatorio ya que el primero había sido declarada (sic) contraevidente, de modo que la única posibilidad de subsanarlo es convocando nuevo Consejo, para que se realice el juzgamiento en derecho".

El juzgamiento con intervención de Vocales en Consejo de Guerra Verbal era el debido proceso señalado por la ley para las causas como la referida en este caso, y en él el legislador previó que el fallo fuese proferido de acuerdo con el veredicto que los Vocales emitiesen en conciencia; previendo la hipótesis de que dicho pronunciamiento fuese contrario a la evidencia de los hechos, facultó al Juez de derecho a declararlo así y a convocar nuevos Vocales para que en diligencia complementaria el pronunciamiento en conciencia fuese definitivo.

Significa lo anterior que el juzgamiento en conciencia, en casos de contraevidencia de veredicto, lo estimó el legislador como acto procesal complejo, esto es, que esa segunda audiencia no constituye acto autónomo, sino meramente complementario de la anterior, así se haga, por voluntad legal, con intervención de distintos Vocales, pues el legislador considera a éstos como institución no como conjunto de personas determinadas.

Así mismo, ha de tenerse en cuenta que el principio universal del "Juez natural", consagrado implícitamente en el artículo 26 de la Constitución Nacional y expresamente en el Código de Procedimiento Penal en su artículo 1º garantiza que el juzgamiento se haga "ante un Juez competente *previamente establecido*", principio que ha sido interpretado con cierta laxitud cuando el cambio de competencia se da frente a Jueces de derecho en la jurisdicción ordinaria por presumirse en ellos similar idoneidad en la labor interpretativa del derecho material. Tal tratamiento, sin embargo, no puede ser de recibo frente a un cambio sustancial de competencia como es el de pasar de un juzgamiento en conciencia a uno en derecho, cuando el acto ha tenido su iniciación.

Es la excepción, que precisamente hace el artículo 40 de la Ley 153 de 1987 al disponer perentoriamente que: "Los términos que hubieren empezado a correr, y las *actuaciones* y diligencias *que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación*" (Subraya fuera de texto).

Actuación, dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "acción y efecto de actuar", y una de las acepciones que trae de actuar es "proceder judicialmente". Trasladando esto al rito procesal debido, la iniciación del juzgamiento con intervención de vocales es una actuación judicial que tiene comienzo con el sorteo y posesión de los vocales y termina con la sentencia que esté en consonancia con el veredicto.

No es posible entonces, sin quebrantar las formas propias del juicio, suprimir la intervención de los Vocales en la *segunda* parte de la actuación de los juzgadores de conciencia, alegando cambio intrascendente del rito por el legislador, porque hay norma legal que permite seguir aplicando el rito anterior no como aspecto de favorabilidad, sino como debido proceso señalado por ley preexistente a la iniciación de la actuación judicial compleja.

Cuando el Juez de la causa convocó el Consejo de Guerra Verbal para decidir en definitiva la situación del procesado, estaba dando cumplimiento a la providencia del Tribunal que como ley del proceso disponía agotar el acto complejo con intervención de Vocales que se había iniciado en vigencia del procedimiento que expresamente lo permitía, y tenía respaldo legal en el artículo 40 de la Ley 153 de 1987 para hacerlo después de derogado aquél.

De otra parte, puede llegarse a situaciones abiertamente ilógicas con la tesis del fallo de la Corte. En efecto, si son varios los veredictos y sólo uno se declara contraevidente, en virtud al principio de unidad del juzgamiento se aplaza el fallo con relación a los veredictos acep-

tados hasta la culminación de la actuación con el segundo y definitivo veredicto pero como éste no se va a producir, debe fallarse, con evidente ruptura del principio de igualdad, unos en conciencia y otros en derecho sin que haya norma que expresamente lo permita; o, también ilógicamente, profiriendo dos sentencias respecto de un solo proceso, cuando hay norma que lo prohíbe.

Además, obsérvese cómo se está ordenando una segunda audiencia cuando la ley que se dice acatar no la ordena, dejando vigente un juzgamiento legítimamente válido pero no aceptando en derecho o aceptado en parte. ¿Quién define jurídicamente ese impase? La respuesta es obvia, el artículo 40 de la Ley 153 de 1987 prevista precisamente para regular las situaciones que se asignan en el tránsito de legislación procesal, respetando las reglas fundamentales que el constituyente consagró como garantía en el artículo 26 de la Carta.

Como lo expresado significa que el proceso no debió anularse, salvo el voto al fallo de la referencia.

Respetuosamente,

Dídimo Páez Velandia, Magistrado.

Fecha *ut supra* (noviembre 29 de 1990).

RESOLUCION DE ACUSACION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO

En el procedimiento especialísimo seguido por los Jueces Especializados y los Jueces de Orden Público, no existe una formulación de cargos por medio de resolución de acusación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 080 (noviembre 28 de 1990).

Vistos:

Por sentencia de primera instancia del veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y nueve del Juzgado Segundo de Orden Público de Ibagué y de segunda del doce de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve del Tribunal Superior correspondiente se condenó a *Miguel Antonio Jaramillo Vidales, Humberto Acosta Acosta, Carlos Julio Sánchez Forero* y *Secundino Delgado* por violación a la Ley 30 de 1986 y al primero de los nombrados además por porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, armas de defensa personal, municiones y explosivos.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, fue concedido y posteriormente admitido por esta Corporación. Presentada la demanda se declaró ajustada a las exigencias legales y se escuchó el concepto del Procurador Delegado quien solicitó no casar la sentencia.

Procede la Sala a resolver lo pertinente luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

A solicitud de un oficial de la Policía, el Juez Especializado de Ibagué decretó una inspección judicial a una propiedad ubicada en el Corregimiento de la Sierra, Municipio de Lérida, donde fueron encontradas varias armas, municiones de distinto calibre, elementos para la producción de cocaína y 1.600 gramos del estupefaciente ya elaborado. Miguel Antonio Jaramillo Vidales fue condenado por los delitos de fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares y elaboración de droga que produce dependencia,

a la pena principal de once (11) años de prisión. Humberto Acosta Acosta, Carlos Julio Sánchez Forero y Secundino Delgado Hernández por el segundo de los delitos a cuatro (4) años de prisión los dos primeros y a treinta (30) meses de prisión el tercero.

Las demandas de casación:

A. Demanda presentada a nombre de Miguel Antonio Jaramillo Vidales.

Dos cargos contiene la demanda, el primero al amparo de la causal primera, cuerpo segundo, al considerar que se cometió una violación indirecta de la ley, por haberse incurrido en error de derecho "al desconocer el valor probatorio que para el caso tiene el contrato de arrendamiento suscrito entre Miguel Antonio Jaramillo Vidales y Alvaro Vargas, el tipo de violación de la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de las pruebas y por la vía indirecta".

Sostiene el impugnante que el conocimiento de tal prueba documental impide demostrar que el inmueble donde se decomisaron los objetos ilícitos ya no estaba bajo el dominio y posesión del procesado por habérsele arrendado a Alvaro Vargas; que dicho contrato de arrendamiento fue suscrito en una Notaría y que por tanto se trata de documento auténtico que no puede ser desconocido hasta tanto no se demuestre su falsedad, tal como lo estipula el Código de Procedimiento Civil.

El segundo cargo lo enuncia luego de una confusa argumentación en la que mezcla la violación directa con la indirecta e inclusive habla de nulidad, para concluir que el ataque lo presenta por violación indirecta de la ley sustancial por dos errores cometidos por el Tribunal, el primero de ellos por violación indirecta del artículo 13 del Decreto 180 de 1988 por error de derecho en la estimación probatoria del contrato de arrendamiento y el segundo por haber dado por demostrada la responsabilidad en relación con el delito relacionado con el porte de armas cuando no se ha probado la misma.

Afirma que el Tribunal incurrió en un error de hecho al suponer probado el delito relacionado con las armas sin que exista material probatorio en relación con el mismo; luego afirma que no se tuvo en cuenta el principio del *in dubio pro reo* consagrado en el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal habiéndose incurrido por ello en manifiesto error de hecho.

Después dice que en la indagatoria no se interrogó al procesado sobre las armas encontradas y que el incumplimiento de tales requisitos genera nulidad por violación del debido proceso.

Alega igualmente que el no haber sido interrogado sobre todos los temas constituye una violación del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal que ordena al funcionario investigar lo favorable y lo desfavorable.

B. Demanda presentada a nombre de Secundino Delgado Hernández.

Dos cargos al amparo de dos causales diversas presenta esta demanda. El primero por una presunta violación directa de la ley sustancial y el segundo por la presencia de una nulidad. En la demostración de esta última afirma su existencia por no haberse tenido en cuenta varios medios de convicción que en caso de haber sido apreciados, la situación del procesado hubiera sido resuelta de manera favorable.

Sostiene el recurrente que no existe prueba dentro del proceso que indique que a las personas capturadas se les hubieran encontrado armas o estupefacientes, luego que el operativo fue iniciado por la Policía el veintitrés (23) y sólo hasta el veinticuatro (24) se realizó la diligencia de inspección judicial por parte del Juez especializado, momento en el que se les encontró en posesión de armas y cocaina.

Plantea incluso que ha podido ser la Policía la que introdujo las armas y la cocaína para concluir que:

> "Las irregularidades sustanciales que afectaron el proceso adelantado contra Secundino Delgado Hernández, consiste en que habiendo sido practicado el operativo policial el día 23 de octubre de 1988, por el personal al mando del Mayor William Rojas Giraldo, y privados de su libertad los cuatro ciudadanos —hoy procesados—, no se dijo en la sentencia en qué momento fue encontrada la cocaína y las armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y solamente se deje constancia de ese hallazgo al día siguiente cuando se practicó la diligencia de inspección judicial. Esta irregularidad afecta el debido proceso y menoscaba el derecho a la defensa del procesado Secundino Delgado Hernández".

El segundo cargo lo es por violación indirecta por la existencia de manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió el juzgador en el análisis de las pruebas.

Considera que por el testimonio del suboficial Jesús Antonio Moya Romero está demostrado que no se encontró cocaina y sólo materiales para la fabricación de la misma sustancia, pero que esta prueba testimonial no fue tenida en cuenta por el Tribunal en el momento de dictar la sentencia.

C. Demanda presentada a nombre de Carlos Julio Sánchez Forero.

Dos cargos contiene la demanda, por haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad.

Considera la existencia de la nulidad predicada por la incompetencia del fallador de segunda instancia para dictar la sentencia impugnada ante esta Corporación.

A pesar de que se trata del apoderado del procesado Carlos Julio Sánchez, en el planteamiento de la nulidad resulta afirmando la ilegal detención de un enjuiciado a quien no lo vinculan relaciones profesionales, de Miguel Antonio Jaramillo Vidales, y sostiene que ningún funcionario le ha decretado a él la detención por el delito de porte de armas, que sólo le fue deducido en la sentencia. Argumenta además que el Tribunal de Orden Público se fundamentó en el Decreto 1667

de 1987 el cual sólo es aplicable en el Valle de Aburrá y que al extender su aplicación a todo el territorio nacional se quebranta el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Debe enfatizarse que el recurrente ninguna consideración hace en favor de su poderdante porque se limita a las anteriores consideraciones.

En el segundo cargo, plantea la existencia de otra nulidad, por considerar que la diligencia de allanamiento no se acomodó a las prescripciones legales, ni en su ordenación ni en su práctica y que por tanto se debe reconocer la irregularidad procesal alegada.

D. Demanda presentada a nombre de Humberto Acosta Acosta.

Contiene un único cargo al amparo del cuerpo primero de la causal primera, por la presunta existencia de una violación directa de la ley sustancial.

Considera el recurrente que el Tribunal de Orden Público se abrogó una competencia que no le correspondía en razón que el procedimiento establecido para los Decretos 1667 de 1987 y 180 de 1988 sólo era aplicable para el Valle de Aburrá, pero no al Municipio de Lérida en el Departamento del Tolima.

Estima que el delito previsto en la Ley 30 de 1986 que se le imputó al procesado Acosta es de competencia de los Jueces Penales del Circuito y del Tribunal Superior de Ibagué y no de la Jurisdicción de Orden Público, pues que la conexidad predicada por el Tribunal al darle aplicación al Decreto 180 no podía ser tomada en cuenta en este proceso, puesto que el cargo no le fue deducido en el auto en el cual se le definió la situación jurídica, donde sólo se hizo alusión al delito de narcotráfico, pero no al de armas y que por tal razón no podía tenerse en cuenta la conexidad. Concluye impugnando la sentencia:

> "...en razón de que el honorable Tribunal Superior de Orden Público por error en la selección de la norma sustancial aplicada en la sentencia quebrantó en forma directa la ley sustancial, al aplicar en forma indebida el Decreto 180 de 1988, en su artículo 13, ya que su aplicación está determinada para el área metropolitana del Municipio de Medellín y los municipios anexados al Valle de Aburrá. No podía el Tribunal sentenciador extender su aplicabilidad del Decreto 180 de 1988 a los hechos materia de juzgamiento ocurridos en el Municipio de Lérida, Departamento del Tolima, sin incurrir en quebranto del ordinal 1 del artículo 305 del Código de Procedimiento denominado de 'la incompetencia del Juez'. Ante una nulidad de tal naturaleza le corresponde a la honorable Corte en guarda de la integridad de la Constitución decretar la nulidad aún de oficio aunque no se haya invocado este tipo de nulidad dentro del ámbito de la causal 3ª del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal".

Las argumentaciones del Procurador Delegado en lo Penal:

Analizó en primer lugar la demanda presentada a nombre de Carlos Julio Sánchez, pues de aceptar sus postulaciones sobre la existencia de una nulidad se haría innecesario el estudio de las demás.

En relación con el primer cargo vinculado con la incompetencia de jurisdicción, sostiene que hay imprecisión en cuanto a la formulación de la censura, pues en realidad plantea es una nulidad de carácter legal.

Con base en lo previsto en el Decreto 474 de 1988 que le da competencia a los Jueces de Orden Público para conocer de los delitos relacionados con armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas dice que sólo resta determinar si las decomisadas son de aquellas y luego de analizar que la pistola por tener un proveedor de más de nueve cartuchos y una de las escopetas es de cañón recortado, concluye que estas armas son de uso exclusivo de las Fuerzas Militares y que por tanto el Tribunal de Orden Público si tenía competencia para el conocimiento de este proceso.

En cuanto al reproche formulado por la ilegal detención de Jaramillo Vidales, sostiene que el abogado carece de interés para recurrir en relación con situaciones que afectan a procesados diversos de los que le han conferido poder, pero considera además que el reproche "lo realiza de una manera incompleta pues nada dice acerca de las normas que pudieron ser infringidas, para dar origen a la falta del debido proceso que alega, ni expresa en qué forma la irregularidad planteada por él, pudo incidir en el fallo condenatorio, y menos aún entra a demostrarlo" y que por tanto no existe la irregularidad denunciada y menos aún la nulidad planteada.

Con respecto al segundo cargo, de haber actuado irregularmente en la diligencia de inspección judicial afirmó que desconocía el censor que:

> "...tal diligencia como prueba propiamente dicha no fue allegada a los autos y menos aún considerada por el Tribunal para con base y fundamento en ella proferir el fallo condenatorio, pues el descubrimiento que por parte de la Policía se realizó del laboratorio para el procesamiento de cocaína, en la hacienda 'La Elvira', sólo sirvió de base para efectuar una solicitud al Juez de Instrucción para realizar una inspección judicial en ese inmueble, la cual se efectuó con el lleno de los requisitos de ley, encontrándose el mencionado laboratorio, e incautado sustancia que resultó ser cocaína, armas y municiones; luego mal puede ser objeto de la censura planteada por el recurrente, máxime cuando aún en el caso de que hubiese existido en los autos acta de la misma, cuando más en su oportunidad legal hubiese podido ser considerada como inexistente, si no se hubiesen reunido con relación a ella las formalidades que para el efecto señala la ley, y a pesar de ello el juzgador le hubiere concedido un especial valor; pero el reproche a tal situación conduciría sería el de una violación indirecta de la ley originada en un error de derecho, por falso juicio de legalidad".

Y por tanto solicita se rechace el cargo.

En relación con la demanda presentada en nombre de Secundino Delgado y contestando el primer cargo dice sobre el argumento de violación del debido proceso y derecho a la defensa por no haberse aducido al proceso pruebas de gran importancia, que no las enuncia y menos entra a demostrar la incidencia que las mismas hubieran podido tener en el fallo.

Resalta por incorrecta la mención de no haberse tenido en cuenta determinados testimonios, porque además de no ajustarse del todo a la realidad procesal es un problema que ha debido plantearse al amparo de otra causal de impugnación y por tanto solicita no se case la sentencia.

En relación con el segundo cargo y respecto a haberse desconocido la existencia de ciertas pruebas, acepta que efectivamente el testimonio del Capitán Jacinto Aconcha y del Suboficial Moya Romero no fueron analizados por los juzgadores, pero que para que el cargo pueda prosperar es indispensable que las pruebas no tenidas en cuenta tengan relievancia jurídica para demeritar las bases que el sentenciador tuvo para dictar el fallo recurrido y que en relación al caso concreto estos dos testigos dieron información sobre el operativo realizado y la existencia del laboratorio para la fabricación de la cocaína y que es cierto que en tales testimonios no se hace ningún cargo contra Secundino Delgado, pero que ello no demerita la sentencia porque debe recordarse que a este procesado se le condenó en calidad de cómplice por considerar que tal situación le era aplicable en virtud de ser el vigilante de la propiedad donde se encontraba el laboratorio y que en tales condiciones la omisión que destaca el censor es intrascendente para efectos de una posible modificación del fallo impugnado.

Respecto de la demanda presentada a nombre de Miguel Antonio Jaramillo Vidales y en relación con el primer cargo por haberse desconocido el valor probatorio del contrato de arrendamiento firmado entre el procesado y Alvaro Vargas, con lo que según el censor se demostraba que éste ya no tenía capacidad de disposición sobre la finca donde fue encontrado el material ilícito, pese a lo cual el sentenciador lo consideró un "remedo" de contrato, no sólo por las muchas omisiones en relación a los aspectos que deben ser comprendidos dentro de este tipo de convenios sino que quien se identificó como Alvaro Vargas firmó con una cédula que de acuerdo a la Registraduría del Estado Civil fue expedida a nombre de Joel Hurtado Valencia y del cupo numérico correspondiente a la ciudad de Manizales y por ello el juzgado de instancia desconoció la existencia de Alvaro Vargas y la falta de veracidad del citado contrato.

Considera el Fiscal de la Corporación que le asistió la razón al Tribunal al negarle valor al documento mencionado, porque además de ser su contenido falso, necesariamente la diligencia de autenticación no cumplió con el lleno de los requisitos legales para este tipo de actos, porque ello implica que quien se hizo pasar como Alvaro Vargas no se identificó correctamente y en tales condiciones solicita que no se acepte la prosperidad del cargo.

Destaca en relación con el segundo cargo la falta de técnica con que es presentado, puesto que plantea dos motivos de violación opuestos y excluyentes con relación a los mismos aspectos, en el sentido que no se puede predicar la existencia de errores de hecho y de derecho respecto a unos mismos medios probatorios, porque el de hecho supone que la prueba no existe en el proceso y el de derecho el darle un mayor o menor valor probatorio y si la prueba no existía en el proceso mal podía dársele un mayor valor al que realmente le correspondía. Por tanto solicita no prospere el cargo.

Contestando la demanda presentada a nombre de Humberto Acosta Acosta dice que las imprecisiones y faltas de técnica del libelo impiden la prosperidad del cargo pues a pesar de que alude a una violación directa de la ley sustancial, hace argumentaciones sobre la existencia de una nulidad y efectúa reparos opuestos y contradictorios pues a pesar de plantear la violación directa de la ley admite la validez del proceso. Termina solicitando la improsperidad del cargo.

Consideraciones de la Sala:

Se iniciará el estudio de las diversas demandas, con la presentada a nombre del procesado Carlos Julio Sánchez pues allí se plantea una nulidad y en caso de ser aceptada quedaría la Sala relevada de hacer un análisis sobre las demás.

Debe aceptar la Corte que efectivamente en el auto que decretó la detención preventiva de los sindicados sólo se mencionó en la parte resolutiva del mismo que se decretaba la pérdida de la libertad por el delito previsto en la Ley 30 de 1986 y no se dispone la privación de la libertad por el delito relacionado con las armas; pero al mismo tiempo debe enfatizarse que en la parte motiva de la misma providencia sí se mencionó este último delito y se hicieron las consideraciones pertinentes para que la medida de aseguramiento fuera también por tal ilicitud cuando en dicha providencia se afirmó:

> "...y si tenemos en cuenta que en la finca La Elvira de propiedad del señor Miguel Jaramillo y en la cual trabajaban los señores Secundino Delgado, Humberto Acosta y Carlos Julio Sánchez, se encontraron, según la diligencia de inspección judicial, armas y municiones, se puede concluir que su conducta también es factible subsumirla en el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, del siguiente tenor: 'Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente, fabrique, transporte, almacene, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y el decomiso de dichos elementos' ".

Con posterioridad los peritos nombrados al efecto determinaron que varias de las armas decomisadas eran de uso exclusivo de las Fuerzas Militares, en dictámenes que en ningún momento fueron impugnados, razón por la cual la Fiscal del Juzgado Especializado soli-

citó que por tratarse de un concurso de delitos, uno de los cuales era competencia de la Jurisdicción de Orden Público se debía de remitir el proceso para lo de su conocimiento.

El Juzgado atendiendo el pedimento anterior por auto de doce de marzo de mil novecientos ochenta y nueve en decisión notificada personalmente a todos los procesados determinó que la actuación debía de enviarse a los funcionarios de Orden Público por existir además del delito relacionado con estupefacientes, otro concursante de tráfico de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas.

Las anteriores precisiones para contestar la impugnación planteada, porque a pesar de que no existe suficiente claridad de la demanda, por considerar la Sala que podría ser una posible nulidad que en caso de que se aceptase su existencia debe ser declarada de oficio, debe proceder la Sala a la demostración de su inexistencia, pues se debe recordar que en el procedimiento especialísimo seguido por los Jueces especializados (Ley 2ª de 1984) y los Jueces de Orden Público (Decreto 180 de 1988) no existe una formulación de cargos por medio de resolución de acusación, pues en relación con el primer estatuto existe un auto de citación a audiencia que reemplaza al pliego de cargos, y en el segundo no existe ni el uno, ni el otro, sino que perfeccionada la investigación se corre traslado a las partes (art. 46) para que presenten los respectivos alegatos y el Juez debe dictar sentencia dentro de los diez días siguientes.

En las condiciones anteriores si en el auto de detención no hubo la suficiente claridad en relación a los delitos investigados, esta omisión inicial fue corregida no sólo dentro de la investigación, produciéndose la prueba técnica indispensable (peritazgo) que dejó en claro que el delito concursal era de porte de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas sino que también se ratificó mediante el auto por el cual se ordenó la remisión del expediente al Juzgado de Orden Público por competencia.

Así las cosas no puede pensarse en la existencia de la nulidad de que habla el impugnante.

No comprende la Sala cuál la pretensión del casacionista al afirmar una presunta incompetencia del Tribunal de Orden Público sobre la base de que el Decreto 1667 de 1987 es el decreto que esta Corporación toma como soporte para asumir la competencia para el conocimiento de este asunto y ello no es así porque claramente de la parte considerativa de la sentencia se dice que se le procesa por el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, por fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional, por los artículos 33 y 34 de la Ley 30 de 1986, estatuto nacional de estupefacientes y por el artículo 1º del Decreto 3664 de 1986, que trata del porte ilegal de armas de defensa personal. En tales condiciones en ningún momento el soporte de la sentencia es el mencionado Decreto 1667 de 1987 que sólo tiene operancia para la ciudad de Medellín, porque en tratándose de delitos concursales, es bien sabido que estando de por medio uno de los ilícitos previstos en el estatuto antiterrorista, por lo regulado en el inciso 2º del artículo 2º del De-

creto 474 los Jueces de la Jurisdicción de Orden Público conocerán de los allí enumerados y además de los conexos con ellos.

No se presenta entonces la incompetencia de jurisdicción que predica el censor y por ello tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación no se casará el fallo.

El segundo cargo relacionado con las irregularidades cometidas en la ordenación y práctica del allanamiento que originarían la nulidad de la misma, no son de recibo, aunque por razones diversas de las esgrimidas por nuestro Colaborador Fiscal. Una de ellas es que durante el registro inicial llevado adelante por el Mayor Rojas de la División de Narcóticos y sus hombres, ellos ingresaron a las dependencias de la finca con la autorización de quien en ese momento la cuidaba y se estaba en presencia de una situación de flagrancia, pues por las informaciones recibidas sabían de la existencia del laboratorio, informes que finalmente fueron verificados en su realidad con el decomiso de las armas, del estupefaciente y del laboratorio.

En las condiciones anteriores no puede prosperar el cargo, tal como lo solicita el Procurador Delegado.

En la demanda presentada en nombre de Jaramillo Vidales el primer cargo es por violación directa de la ley sustancial por haberse incurrido en error de derecho al desconocer el valor probatorio del contrato de arrendamiento celebrado entre éste y Alvaro Vargas, documento auténtico según el censor que demostraría que en el momento de la incautación de los elementos ilícitos en la propiedad rural de "La Elvira" el procesado ya no tenía facultades de disposición sobre el mismo inmueble.

Pero en este caso, como muy bien lo observó el Ministerio Público, la apreciación probatoria del juzgador de instancia en relación con este documento estuvo ajustada a la legalidad, porque se logró demostrar que el arrendatario se identificó supuestamente ante el Notario con una cédula que correspondía a otro ciudadano y en tales condiciones es forzoso concluir que el funcionario que debía dar fe pública fue engañado o se trató de una farsa urdida en ese Despacho oficial con la participación criminal de alguno de los empleados de la misma, porque es indudable que quien se hizo llamar Alvaro Vargas en el contrato no se presentó a la Notaría, o la autenticación del contrato de arrendamiento fue una farsa, como ya se dijo de coparticipación criminal con alguno de los funcionarios de la oficina pública. Es claro que ante las evidentes circunstancias no se puede hablar de documento auténtico, porque la no coincidencia del número de la cédula con el nombre de Alvaro Vargas está demostrando la existencia de un engaño y consecuentemente la no autenticidad de dicho documento.

Y si a lo anterior se agrega, que a pesar del supuesto contrato de arrendamiento el trabajador existente en la finca afirma que su patrono sigue siendo el arrendador, hoy procesado y que es él quien le sigue pagando, se ha de concluir que el tantas veces mencionado convenio no es más que una burda prueba preconstituída para en caso

de ser descubierto el comportamiento ilícito que se realizaba, desviar la actividad investigadora de la justicia hacia un ser desconocido e inexistente como es el varias veces mencionado Alvaro Vargas.

Estuvo bien rechazado entonces el valor probatorio de tal documento y por ello necesariamente no prospera el cargo de esta manera presentado, tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación.

El segundo cargo de esta demanda es por violación indirecta de la ley sustancial por el error de derecho en que incurrió el juzgador en la estimación probatoria del contrato de arrendamiento y el segundo de los errores por haber dado por demostrada la responsabilidad del procesado Jaramillo en el delito relacionado con armas sin que se hubiera allegado al proceso prueba plena de dicha responsabilidad.

La demostración de este cargo es una desordenada exposición de argumentos, unos relacionados con la imputación rechazada con anterioridad, puesto que sigue insistiendo que estaba demostrado que su defendido ya no ejercía las funciones de señor y dueño de dicho predio y no es del caso volver a considerar nuevamente el ataque puesto que ya se dieron los argumentos por los cuales se rechaza esta pretensión.

Y si está demostrado que el supuesto contrato de arrendamiento no existió y que las personas que fueron allí capturadas eran trabajadores de dicha finca necesariamente se ha de concluir que los bienes y objetos allí existentes necesariamente debían de pertenecer al dueño del inmueble. Porque la argumentación del recurrente no es explicable en el sentido de tratar de eludir la responsabilidad penal del procesado sosteniendo que en el momento de la captura él no estaba en su finca, porque estas consideraciones tendrían validez si se hubiese aceptado la autenticidad del contrato de arrendamiento, que al ser rechazado por la instancia, coloca al dueño del inmueble ante la responsabilidad de los hechos que allí se sucedieron y de lo que allí estaba contenido.

Bien se sabe que existen tipos de conducta alternativa por la existencia de varios verbos rectores, en los que todos los comportamientos están relacionados con un mismo bien jurídico y como de manera regular lo vulneran a niveles de una misma importancia tienen asignada idéntica pena. Es esta modalidad típica la que se utiliza con las armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas, en las que en un mismo tipo se contemplan varias conductas relacionadas con el mismo bien jurídico, esto es fabricar, traficar, importar, portar, reparar, almacenar, conservar, transportar, adquirir o suministrar armas, pero que sólo aparecen mencionadas en el correspondiente enunciado del artículo de manera limitada, en el caso del artículo 13 que nos interesa, de la siguiente manera: "Fabricación y tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional", pero es claro que de tal enunciado no puede entenderse como lo pretende el impugnante en la demostración del cargo que a su poderdante se lo condenó por fabricación de armas de uso exclusivo de las Fuerzas Militares porque tal cargo ni siquiera se le ha formulado remotamente.

Clarificada la situación conceptual anterior, es claro que no puede aceptarse la censura tal como fue formulada, porque no era indispensable la existencia de medios probatorios demostrativos de la fabricación o tráfico de armas, porque es obvio que el cargo que se le formuló y por el cual se le condenó fue por haberse encontrado en el inmueble de su propiedad, que sí estaba bajo su disposición como señor y dueño, estos elementos de los que debe responder penalmente.

En las condiciones anteriores se rechazará el cargo planteado tal como lo solicita el Fiscal de la Corporación.

En la demanda presentada en nombre de Secundino Delgado Hernández se formula un primer cargo por haberse dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad por la existencia de irregularidades sustanciales. A pesar del planteamiento de la nulidad, a renglón seguido el impugnante comienza a hacer una serie de consideraciones en las que afirma que si se hubieran tenido en cuenta determinados elementos de prueba, otra hubiera sido la decisión con respecto a este procesado y resalta a continuación que no se considera el testimonio del Mayor William Rojas Giraldo y como en la demostración del cargo orienta su argumentación en este sentido, es obvio que por otra vía ha debido dirigir la acusación, concretamente por la violación indirecta de la ley por la existencia de un error de hecho.

Luego continúa por el mismo camino equivocado destacando otros testimonios que en su sentir no fueron estimados en relación con la situación de su poderdante y que de haber sido tenidos en cuenta otra hubiera sido la decisión judicial, pero como ya se dijo es un planteamiento por una vía totalmente desacertada, porque es claro que la pretensión del impugnante es demostrar la existencia de un error de hecho y de esta manera una violación indirecta de la ley sustancial.

Los errores de técnica anotados impiden la aceptación y prosperidad del cargo analizado.

El segundo ataque es por la supuesta existencia de una violación de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación errónea; pero a pesar de su enunciación, en la demostración del cargo, viene a contradecirse para afirmar que:

> "La censura contra la sentencia dentro del ámbito de la causal primera de casación, segundo motivo, tiene como soporte la violación indirecta a causa de manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en el análisis de las pruebas".

Es tan claro el antitecnicismo, pues aquí se demuestra que el censor no tiene claridad ni siquiera sobre el motivo por el cual va a enderezar la impugnación y ya en la demostración del cargo vuelve a insistir en pruebas no apreciadas por el juzgador de instancia y cual hubiera sido el resultado si se hubieran tenido en cuenta para afirmar en la existencia de:

> "...un ostensible y manifiesto error de hecho que se reflejó en la aplicación en forma equivocada del artículo 24 del Código Penal en concordancia con el artículo 33 de la Ley 30 de 1986".

Y aquí nuevamente se demuestra la falta de claridad técnica en el esbozo de los motivos de la demanda, pues luego de hacer tales afirmaciones, en el párrafo inmediatamente siguiente sostiene:

> "Infringió el Tribunal en forma directa los artículos 247, 248, 358 y 5º del Código de Procedimiento Penal. Y por ser normas reguladoras de la prueba anteriormente citada, su quebranto se reflejó en la violación indirecta de los artículos 33 de la Ley 30 de 1986, y el 24 del Código Penal".

En tal imprecisión y ausencia de técnica es obvio que el cargo no puede prosperar porque en definitiva es una reiteración del ataque rechazado con anterioridad, pero con una indescifrable confusión entre lo que es una violación directa de la ley y una indirecta.

En la demanda presentada en nombre de Humberto Acosta Acosta se alega un único cargo por violación directa de la ley sustancial, sobre la base de que el juzgador de instancia fundamentó el procedimiento en los Decretos 1667 de 1987 y 180 de 1988 que "solamente era aplicable al área metropolitana de Medellín, y los Municipios anexados del Valle de Aburrá, pero no al Municipio de Lérida, Departamento del Tolima, lugar este último donde ocurrieron los hechos materia del presente juzgamiento".

Luego dice que el delito atribuído a su poderdante fue uno previsto en la Ley 30 de 1986 y que su conocimiento está atribuido a los Jueces del Circuito y al Tribunal de Ibagué y que el fenómeno de la conexidad deducido por el juzgador no es posible predicarlo en relación a Acosta, puesto que no le fue imputado en el auto por medio del cual se tomó la medida de aseguramiento. La citada argumentación es equivocada como ya se demostró con anterioridad, pues por el hecho de tratarse de un concurso de delitos y personas, impone el juzgamiento por una misma cuerda y como ya se afirmó el Decreto 474 lo da la competencia a los Jueces de Orden Público para conocer de ciertos delitos y los conexos con ellos y en tales circunstancias así a Acosta sólo se le haya imputado el delito relacionado con la Ley 30, nada impedía que el Juez de Orden Público y consecuentemente el Tribunal conociera de este ilícito por ser conexos con una conducta contemplada en el Estatuto Antiterrorista.

Tampoco es cierta la afirmación que hace el impugnante, en el sentido de que para tener en cuenta la conexidad en el auto de detención se ha debido mencionar el delito del Estatuto Antiterrorista, porque como ya se dijo con anterioridad, en el procedimiento de los Juzgados especializados no hay resolución de acusación, sólo citación a audiencia, tampoco en el procedimiento de orden público, y ello implica que una vez cerrada la investigación y de haberse corrido traslado a las partes, se dicta directamente sentencia.

En las condiciones anteriores no son aceptables las pretensiones del censor y consecuentemente se debe rechazar el cargo formulado.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelva:

No casar el fallo impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael J. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica

Cuándo la demanda cumple las exigencias de técnica que presupuestan el estudio de sus argumentaciones

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 80.

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación formulado a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 24 de agosto de 1989, por la cual revocó la condenatoria impuesta por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Girardot, absolviendo en su lugar a los acusados *Jorge Aljure Chalela* y *Jorge Lesmes* por el delito de abuso de confianza, recurso que interpone la parte civil.

Hechos y actuación procesal:

1. En el mes de abril de 1983 la sociedad Beatriz Giraldo Henao y Compañía, S. en C., constituyó hipoteca de primer grado gravando los predios "La Perla", "La Ceiba", "El Triángulo" y "San Antonio Alto" ubicados en jurisdicción del Departamento del Tolima y en favor del Banco Sudameris de Colombia para garantizar el pago de créditos que en cuantía de $ 50.000.000.00 tuvieren recibidos Guillermo Neissa Rojas y/o Beatriz Giraldo de Neissa a la fecha de la escritura o que pudieran recibir hasta el mes de abril de 1999.

El 5 de mayo siguiente celebraron los esposos Neissa-Giraldo contrato de prenda sin tenencia para garantía de los créditos a su favor otorgados por la misma entidad bancaria y mientras perdurara la inicial obligación hipotecaria, gravando el producto total de las cosechas de arroz a recolectar o que pudieran recolectarse en los terrenos conocidos como "El Triángulo", "San Antonio", "La Ceiba" y "La Perla", comprometiéndose los deudores a informar regularmente al Banco sobre la evolución de las cosechas y a conservarlas en los respectivos predios, procediendo su traslado o venta previa autorización del acreedor, pacto que inscribieron en la Cámara de Comercio de Ibagué.

Respetando su acuerdo, en el mes de julio negociaron los esposos Neissa parte de sus cosechas con la Empresa Molinera El Retorno, avisando al Banco la salida del producto y obteniendo su consentimiento, así que se advirtió al comprador tanto por los vendedores como por el acreedor sobre la existencia de la pignoración, haciéndole saber que debía depositar el precio a órdenes del Banco no después de 30 días del recibo de cada despacho. La Empresa Molinera conoció los términos del contrato de pignoración y aceptó la obligación de entregar al Banco el valor del arroz, realizando con oportunidad los depósitos a su favor hasta quedar un saldo pendiente por la suma de $ 3.341.014.00 correspondiente a entregas del mes de octubre que jamás canceló, pese a sus repetidas solicitudes de plazo y a los anuncios de inminente pago.

2. Perjudicado con la conducta de la Empresa Molinera, el 19 de diciembre de 1983 optó Luis Guillermo Neissa Rosas por formular denuncia en contra de quienes resultaran responsables del anterior comportamiento. En la investigación se determinaría que el 8 de noviembre de 1983 la Junta de Socios de la Empresa Molinera acordó la convocatoria de un concordato preventivo al acusar carencia de dinero como de activos de exigibilidad inmediata para afrontar su pasivo, formalizando en tal sentido una primera demanda que presentada el día 1º de diciembre, resultó inadmitida 12 días después, y que elevada de nuevo el día 19, vino finalmente a ser aceptada el 23 de enero de 1984.

Perfeccionado el sumario, recibió calificación el 21 de noviembre de 1985 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Girardot que convocó a juicio por el delito de abuso de confianza a los vinculados Jorge Aljure Chalela y Jorge Lesmes Niño, representantes y coadministradores de la Molinera El Retorno, decisión confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá en junio 21 del año siguiente al desatar recurso de apelación.

Transcurriría luego la causa sin variación en el ámbito probatorio, profiriéndose fallo de condena para los dos acusados el 28 de abril de 1989, con la imposición de 16 meses de prisión, interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, la condena en concreto al resarcimiento del daño material causado con el delito en suma pericialmente tasada de $ 15.159.576.64, más dos millones de pesos por concepto de daño moral, y el otorgamiento de la condena de ejecución condicional.

Al desatar recurso de alzada interpuesto, el Tribunal revocó el fallo de primer grado considerando que si bien la empresa molinera incumplió parcialmente los pagos relativos a la comercialización del arroz recibido del matrimonio Neissa-Giraldo y con destino al Banco Sudameris, ello derivó de la situación de iliquidez a que se había llegado en noviembre de 1983 y que llevó a la solicitud de concordato presentada a mediados de ese mes, al cual no concurrieron los luego denunciantes. Para sustento de esa decisión razonó el Tribunal que si "...en anterior oportunidad la Sala hizo referencia especial a la comunicación remitida por los implicados al Banco...para afirmar la mala fe de los encartados...", era indudable que con ella "...no estaban negando ni reteniendo las obligaciones contraídas..." porque

al prometer el pago para los próximos días se estaban haciendo manifiestas "las serias dificultades económicas que soportaba la compañía". Y puesto que en el actuar de los procesados no hubo "fraude", simplemente habían incurrido en incumplimiento de obligaciones patrimoniales, para las cuales no existe tutela penal.

El desacuerdo de la parte civil con lo resuelto en segunda instancia se plasmó en la interposición y sustentación del recurso extraordinario.

La demanda:

Presenta el actor un cargo en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, remitido a la violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación de los artículos 358 y 36 del Código Penal, y correlativa aplicación indebida de los artículos 905 del Código del Comercio y 1857 del Código Civil, ocasionada por un error de hecho por falta de apreciación probatoria. Como normas medio de esa violación indirecta se citan los artículos 247, 35, 253, 266, 277, 279, 280, 284, 295, 296 y 300 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 170, 171, 175, 187, 194, 233, 241, 251, 252, 258, 268, 271 y 277 del Código de Procedimiento Civil.

Sostiene que se dejaron de aplicar los artículos 822, 1207, 1216, 1218 y 1910 del Código de Comercio; los artículos 740, 750, 754, 775, 1494, 1495, 1501, 1527, 1530, 1531, 1541, 1602, 1603 y 1618 del Código Civil "normas todas sin las cuales resulta desintegrada la realidad procesal y el concepto de legalidad que debe formar el orden jurídico", completando su acusación al especificar que el Tribunal apreció erradamente algunos medios de prueba, y dejó de apreciar otros, incurriendo así en errores de hecho que derivaron en la absolución de los procesados.

El cargo se desarrolla en la forma que sigue:

a) Tuvo el Tribunal como hecho trascendental de la sentencia para la absolución de los procesados "especialmente en relación al desconocimiento de los derechos de la parte civil", que la solicitud de concordato fue presentada por la Empresa Molinera El Retorno al Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá el 14 de noviembre de 1983, no obstante que la realidad reflejada en el proceso indica que la demanda se elevó el 1º de diciembre de ese año, inadmitida el día 12 y sólo aceptada el 23 de enero de 1984, verificándose la notificación por edicto el 27 de ese mes de enero.

Ignoró de este modo el sentenciador toda la información contenida en la prueba documental allegada en la copia del proceso de concordato, documentos públicos allegados a los folios 141 y 159 frente y vueltos, y por tanto violó los artículos 280 y 284 del Código de Procedimiento Penal, y los artículos 175, 187, 251 y 252 del Código de Procedimiento Civil.

Estima que por haber sido inadmitida la demanda el 12 de diciembre surgió la carta que en esa fecha dirige el acusado Aljure Chalela al Banco y agregada al folio 323, cuyo objeto sólo buscaba el impedir que el acreedor prendario se enterara sobre la solicitud de

concordato, hecho sobre el cual se guardó siempre silencio en toda la correspondencia cruzada entre la Molinera y el Banco. Precisa que los documentos referentes a este aspecto obran en los folios 159, 121, 138 a 141 y 320 a 324, y observa que para cuando la demanda de concordato fue finalmente admitida, ya se había producido auto cabeza de proceso para investigación de los hechos denunciados por Guillermo Neissa Rosas.

Esta última acotación lo lleva a concluir como acusación contenida en el literal b) de la demanda, que el Tribunal incurrió también en error de hecho por ignorar la prueba de que la investigación penal precedió al concordato, y de esta manera dejó de aplicar los artículos 35 del Código de Procedimiento Penal y 110 y 171 del Código de Procedimiento Civil que imponían el reconocimiento de la prejudicialidad penal, y en el juicio civil la suspensión de la ejecución de la sentencia.

c) El Tribunal ignoró el contenido textual de la demanda de constitución en parte civil presentada el 30 de abril y admitida el 13 de mayo de 1984, que inhabilitaba a los esposos Neissa y Giraldo de Neissa para intervenir en el proceso de concordato, iniciado apenas semanas luego de la apertura del proceso penal "por cuanto no es ético ni resultaba jurídico pretender la efectividad de los mismos derechos por distintas vías jurisdiccionales al mismo tiempo", de manera que este error de hecho indujo al sentenciador "a censurar la conducta de los esposos Neissa-Giraldo, por no haberse hecho parte en el concordato... y los condenó, práctica e injustamente...a la pérdida de sus derechos patrimoniales".

d) El Tribunal "incurrió en error de hecho al hacer una equivocada apreciación conjunta de las pruebas documentales, de la confesión judicial de los procesados, de las pruebas testimoniales y de la prueba pericial" con lo cual terminó "violando la propia valoración que de los mencionados medios de prueba había hecho antes" con motivo de la confirmación del pliego acusatorio, al concluir que "sólo aparece demostrado un incumplimiento de obligaciones patrimoniales", lo que infiere de la siguiente crítica:

Se ignoró la confesión judicial de Aljure Chalela —fls. 325-331—, en donde el procesado admite que el saldo pendiente de pago al Banco Sudameris por la empresa a su cargo no fue pagado debido a que ésta vendió el arroz pignorado, pese a lo cual le ofició al acreedor que "a medida que las circunstancias lo permitieran se terminaría de cancelar el saldo". Se violó así el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal.

Se omitió atender los efectos del contrato de prenda aportado por el Gerente de la Molinera Jorge Lesmes Niño, el cual registra constancia de inscripción en la Cámara de Comercio de Ibagué —fls. 315, 317—, como el "entendimiento previo que tuvieron los Gerentes de la Molinera...del referido contrato", expresado en carta de 16 de julio de 1983 y obrante al folio 318 del proceso.

Se ignoró la autorización del Banco Sudameris a la Molinera para la venta del arroz pignorado, contenida en el oficio del folio 314, y

tampoco se tuvieron en cuenta los documentos en que constaba la remisión del arroz por los vendedores a la Empresa El Retorno, en los cuales aparecía como alerta un sello con el texto; "este arroz está pignorado al Banco Sudameris Colombia - Principal", ignorando de igual modo todos los recibos de la báscula expedidos por la Molinera a la entrega del grano.

Se ignoró que el compromiso adquirido por la Empresa El Retorno era el de cancelar a favor del Banco el valor del arroz pignorado en el término máximo de treinta días contados desde la entrega de cada lote, según se expresa en el oficio del folio 318, violándose en consecuencia los artículos 1527, 1530 y 1531 del Código Civil; 280 y 284 del Código de Procedimiento Penal y 268 y 276 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación, lo mismo que los artículos 740, 750 y 754 del Código Civil y 1207, 1216 y 1218 del Código de Comercio.

Luego de citar otras disposiciones a su juicio violadas al haber ignorado el Tribunal el contrato de prenda en su evaluación probatoria, afirma el casacionista que al darle carácter de compraventa pura y simple a la negociación del arroz, a pesar de la advertencia de los esposos Neissa y de la correlativa aceptación de la Empresa Molinera de la pignoración, violó por aplicación indebida los artículos 905 del Código de Comercio y 1857 del Código Civil, y por falta de aplicación el 775 del Código Civil y por falta de aplicación el 358 del Código Penal, al darle correlativa aplicación a las normas sobre compraventa.

Discurre a continuación el recurrente sobre los hechos y circunstancias resultantes de las pruebas en su criterio dejadas de apreciar o erróneamente estimadas, demostrativas de los elementos estructurales del delito de abuso de confianza de que fueron víctimas los esposos Neissa, y que el Tribunal no consideró materializado, debido a los yerros de valoración preanotados. Destaca así cómo los mismos procesados fueron los encargados de aportar las pruebas que acreditaban su responsabilidad en el ilícito, y plasma su extrañeza frente al fallo absolutorio, cuando esa misma Corporación y a través de distintas decisiones en que había revisado el asunto por vía de apelación, venía de compartir el criterio de primera instancia que deducía la responsabilidad de los procesados según lo dejó sentado el fallo del Juzgado, sorpresivamente reemplazado por el de absolución.

Al referir a la responsabilidad penal que para el impugnante es patente en cabeza de los acusados, glosa la afirmación del Tribunal en el sentido de que "la falta de recursos de los procesados no es suficiente para establecer el fraude que se les ha imputado", y observa cómo esa Corporación ignoró el poder otorgado por la sociedad "Jorge E. Lesmes y Cía. S. en C." para hacer valer los derechos de la familia Lesmes en el proceso concordatario; ignoró las demandas presentadas con fundamento en ese poder y la demanda de la esposa del procesado Lesmes Niño "en las cuales se advierte que los bienes de la Molinera...finalmente pasarían, como en efecto pasaron, a engrosar el patrimonio de la sociedad conyugal Lesmes-Otavo, hecho que demuestra, que no se trata de falta de recursos, sino de un evidente e inocultable fraude al patrimonio de terceros..."

Finalmente deduce como causa de la obligación indemnizatoria el delito por el cual se produjo la sentencia de primera instancia, porque los gerentes de El Retorno aceptaron las condiciones impuestas por el Banco, admitieron una presentación de servicios personales respecto del arroz gravado con prenda sin tenencia, y por tanto estaban obligados a respetar la pignoración "por ministerio de la ley comercial" —art. 1216 del C. Co.— y a respetar el precio de la venta del arroz gravado, pero ni "respetaron los términos de lo convenido, ni restituyeron el arroz..., ni restituyeron el precio de su venta, sino que dispusieron arbitrariamente y en provecho propio y ajeno, del producto y de su precio", argumentos sobre los cuales reposa la deprecación para que la Corte case el fallo acusado.

Respuesta del Ministerio Público:

Trae el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal dos salvedades previas sobre el aspecto técnico de la demanda, de cuya observación no infiere, sin embargo, la inhabilitación del escrito, pasando enseguida a ocuparse sobre el fondo de la controversia, sugiriendo como conclusión la casación de la sentencia.

La primera crítica señala el error del recurrente al atenerse a las disposiciones que regulan actualmente el recurso extraordinario y la prueba, sin tener en cuenta que el proceso se rige por el estatuto de 1971, según mandato expreso del artículo 677 del ordenamiento actual. La falla se soluciona, sin embargo, en su sentir, en cuanto son equiparables las disposiciones que se reputan infringidas, en las dos codificaciones adjetivas, lo que de igual modo ocurre con las disposiciones alusivas al recurso de casación, lo que allana el yerro advertido.

El segundo reparo advierte que la tipicidad del delito no es cuestionable —para afirmarla frente a la sentencia que la niega— por la vía de la violación indirecta de la ley sustantiva como lo hace el censor, sino a través de la violación directa, sólo que "como el recurrente permite entender los cargos por aquella otra vía", la demanda no ofrece objeción para su estudio.

Adentrándose en su contenido, analiza entonces el Ministerio Público las acusaciones de la demanda, estimando la prosperidad de dos de ellas bajo el siguiente discurso:

1. Es innegable que el Tribunal ignoró que la solicitud de concordato preventivo fue presentada por el personero de la Empresa Molinera el 1º de diciembre de 1983, y en cambio señaló como fecha de ese evento el 14 de noviembre del mismo año, y que su aceptación se produjo el 23 de enero de 1984; esto es, que el proceso civil se inició posteriormente al penal en el cual se había proferido auto de apertura de la investigación el día 2 del mismo mes de enero.

Con el censor coincide, entonces, en que de "haberse advertido por el fallador" esa sucesión de fechas y de eventos procesales "habría ameritado la suspensión del proceso concordatario a términos de los artículos 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, por presentarse el supuesto jurídico de la prejudicialidad penal reglada en el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal".

No obstante, aunque encuentra probado a suficiencia ese reparo al fallo, lo cataloga imprόspero, porque en su opinión, el actor no demuestra "en qué medida incidió la omisión de aquellas pruebas para la absolución", y porque además, el no reconocimiento de la prejudicialidad penal no es imputable al Tribunal sino al Juez instructor y a la misma parte interesada afectada. Desde otro aspecto considera que esta censura debió formularse a través de la violación directa de la ley sustantiva, y no de la indirecta como viene planteada.

2. Tampoco estima apto el reparo por la ignorancia que en la sentencia acusada se hace de la demanda de parte civil presentada en este proceso y que el recurrente señala como causa de la inadvertencia del Tribunal de la imposibilidad de que los esposos Neissa-Giraldo comparecieran al juicio de concordato preventivo instaurado por la Molinera, pues, acota el funcionario, aquellos no ignoraban la existencia de ese proceso, porque desde el 4 de mayo de 1984 se había producido el emplazamiento por edicto a todos los acredores.

Encuentra así que, pese a tratarse de un error ostensible, no tuvo nexo de causalidad con la absolución contenida en el fallo, y que se diluyó entonces como un mero acto irregular en la medida en que "los titulares de la parte civil convinieron preferiblemente constituirse como tales en el proceso penal que concurrir con sus créditos al proceso concordatario".

3. Considera en cambio que los demás reparos por falta de apreciación de las pruebas aportadas en legal forma sí tienen asidero y deben ser acogidos por la Sala, porque configurando el error de hecho del sentenciador que llevó a absolver a los acusados, demuestran la violación indirecta de la ley sustantiva de que habla el demandante.

Observa que el Tribunal ignoró la confesión de Jorge Aljure Chalela, quien admitió que la compra de arroz por la Molinera que gerenciaba, fue acordada con el coprocesado Jorge Lesmes; que la negociación se hizo con los esposos Neissa-Giraldo y se llevó a cabo en los meses de julio a septiembre de 1983; que ambos estaban enterados del gravamen que pesaba sobre el grano a favor del Banco Sudameris; que recibieron arroz por valor de unos dieciséis millones de pesos, de los cuales abonaron al banco varias partidas "siguiendo las instrucciones del vendedor para amortizar a su crédito, pues la Molinera no tenía a su cargo ninguna obligación con la citada entidad bancaria"; que "su negocio se limitó a la compra del producto para procesarlo"; que estaban bien informados de los "negocios existentes entre el doctor Neissa y el Banco", y que aquel estaba autorizado por el acreedor para vender el grano "a quien quisiera" para cubrir la deuda.

El procesado dijo recordar que a un requerimiento de pago hecho por el banco "se les respondió que a medida que las circunstancias lo permitieran se terminaría de cancelar el saldo", entendiendo que por pagar el precio, el grano era de la empresa, y que no se cubrió íntegramente el valor del producto por afrontar dificultades económicas que les llevaron a solicitar el concordato.

Infiere el Procurador de la confesión ignorancia por el fallador, que ambos procesados sabían que sobre el arroz comprado a los Neissa pesaba una prenda sin tenencia a favor del Banco Sudameris de Bogotá.

Observa además que el Tribunal ignoró en su fallo la prueba documental relativa a la existencia del contrato de prenda, a la compraventa del arroz, a la conformidad del Banco con el negocio, la respuesta dada en oficio por el señor Aljure informándose enterado de los acuerdos entre cultivadores y acreedor, y al compromiso de transferir a la entidad crediticia los pagos por el arroz.

De la misma manera ignoró los escritos de requerimiento del Banco a la Empresa Molinera, como sus respuestas y las constancias de remisión de los cupos del grano con su sello de advertencia sobre la pignoración, sin percatarse de que la decisión de promover el concordato asumida en noviembre 8 de 1983 por la Junta Directiva de la Molinera fue maliciosamente ocultada al Banco, omisiones valorativas de las pruebas que condujeron "al fallador a absolver a los procesados contra el clamor de la prueba", que legalmente aducida al proceso, imponía una decisión adversa.

A continuación fija el alcance de las pruebas ignoradas por el sentenciador frente al hecho punible en el cual se tipificó la conducta sintetizando su planteamiento al afirmar que "...la prueba documental antes examinada permite mostrar con innegable objetividad que ellos (los procesados) mediante un contrato de compraventa adquirieron de los esposos Neissa-Giraldo, por un precio determinado, ciertas cantidades de arroz que recibieron en varias entregas verificadas en la planta, a sabiendas de que sobre él pesaba un gravamen de prenda sin tenencia en favor del Banco y por lo mismo se comprometieron con éste, en un término de 30 días, a situarle los dineros correspondientes al precio convenido con los vendedores por cada carga de arroz paddy puesto en la Molinera. Con esta condición el Banco Sudameris dio luz verde a la negociación que aquella empresa realizó con los propietarios de la cosecha de arroz. Aquí reside justamente el meollo del asunto, pues no podía desligarse, como bien lo aduce el casacionista, la condición impuesta por el Banco a la Molinera y el compromiso suscrito por ésta con aquél".

Más adelante agrega que "como se ve, la colocación en el Banco por la compradora de los dineros procedentes del precio del arroz en el plazo fijado y a nombre de los vendedores funcionaba como requisito *sine qua non* para que la adquirente del producto pudiera disponer del mismo, pues de lo contrario su tenencia seguía siendo precaria porque a pesar de haber llegado a su poder por justo título (compraventa), la tradición del bien (el modo) no se operaba *ipso iure* con la simple entrega, sino, además cuando el comprador hubiere cumplido la condición".

El Tribunal no cayó en cuenta que en la operación mercantil había un título complejo que era necesario desentrañar de manera que la causa "mediata" de la resolución acusada fue la falta de apreciación de las pruebas señaladas, y la inmediata "la introducción por el sentenciador de un elemento extraño a la estructura lógica del delito de

abuso de confianza, como es el fraude", "que no lo halló acreditado", dándose los presupuestos para que la casación prospere, así que halló innecesario referirse a las demás pruebas citadas como dejadas de apreciar.

Intervención de los no recurrentes:

1. A nombre de Jorge Aljure Chalela su defensor se opuso a la remoción del fallo de segundo grado, considerando acertado el criterio del Tribunal bajo la conducción del nuevo Magistrado ponente, que al recoger lo hasta entonces sostenido por la Sala, se limitó a enmendar un error judicial.

Interpretando el término "fraude" utilizado por el Tribunal al analizar los elementos del abuso de confianza aduce que constituyéndose por el incumplimiento de los compromisos y la traición a la buena fe del dueño del bien, resulta equiparable al dolo, elemento en verdad a su juicio ajeno a los procesados que simplemente omitieron el último pago del precio por su alegada falta de medios, constituyéndose, como lo concluyó el Tribunal, el verdadero incumplimiento de una obligación civil, frente a la cual no procede constitucionalmente pena de prisión.

Agrega que en el contrato no se incluyó la obligación para los procesados de respetar "situaciones jurídicas posteriores al acto principal" y ello constituía requisito establecido en el artículo 1216 del Código de Comercio en concordancia con el 989 del mismo estatuto para validez del negocio jurídico, explicándose sólo por la ignorancia de los funcionarios judiciales encargados de impulsar el proceso, el que se hubiese llevado hasta el fallo de primera instancia, terminando por criticar la demanda por falta de técnica, ya que omitió argumentar sobre la existencia del presunto error de hecho, sin llegar a demostrar que fuese manifiesto, lo que no puede deducirse de sutiles análisis probatorios "sino de antinomias nítidas entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

2. La oposición presentada en nombre del procesado Jorge Lesmes Niño por parte de su defensor, comienza por proponer la existencia de una nulidad procesal, cuestionando enseguida la tipicidad de la conducta, la ocurrencia de perjuicios derivados de ésta por los acusados, y en coincidencia con la proposición de tachas de orden técnico para el escrito de demanda, en orden a procurar la intangibilidad del fallo del Tribunal.

En primer lugar y pretendiendo revivir un debate oportunamente definido en las instancias, se propone la carencia de personería en el apoderado de la parte civil, porque el mandato otorgado no fue presentado personalmente, informalidad que a su juicio debe derivar en nulidad de la actuación, sumada al yerro que en su sentir constituyó el reconocimiento de personería para los esposos Neissa-Giraldo como personas naturales, cuando la hipoteca que afectaba los predios sobre cuyos cultivos se constituiría luego la pignoración, había sido firmada

por la sociedad Beatriz Giraldo Henao y Cía. S. en C. A., firma de la cual jamás probó el denunciante y parte civil señor Neissa, que actuara como socio.

Planteó enseguida que por no haber sido cosechado el arroz en predios hipotecados, no podía entenderse cobijado con la prenda, ignorando con ello el memorialista que el predio La Ceiba, con extensión de 142 hectáreas estaba compuesto por los lotes El Patio, La Pista, La Perla, Salero y Corea como consta en el proceso, llegando a extremar sus reparos al criticar que ni siquiera había sido la sociedad familiar la que había sembrado los predios cuyas cosechas se daban en prenda, pretendiendo llevar con ello la discusión a puntos que no contiene el debate, invitación que adiciona una vez más al poner en duda la validez del dictamen pericial sobre tasación de perjuicios cumplido en la causa, porque habría sido presentado extemporáneamente y partiendo de presupuestos no probados.

Fija luego su empeño en demostrar que el hecho sometido a investigación y respecto del cual se produjo el fallo acusado, fue el incumplimiento de una obligación civil y no un delito de abuso de confianza, y que los Neissa no sufrieron perjuicio alguno, como tampoco el Banco, que ni denunció ni se hizo parte en el concordato. En respaldo de ese criterio considera que las comunicaciones cruzadas entre la Empresa Molinera y el Banco apenas indicaban la presencia de una transacción de índole civil, siendo la presencia de una situación de iliquidez la que impidió el cumplimiento total, afirmando que aún el denunciante así lo comprendió al expresar que "la Empresa Molinera cumplió la mayor parte de sus obligaciones para con el Banco".

De la culpabilidad de los procesados también se ocupa para sostener que la convocatoria a concordato "no implica fraude, ni hace presumir maniobra engañosa" y antes por el contrario la advertencia al Banco de que le ubicarían los dineros debidos en los días siguientes, era prueba ilustrativa de la buena fe con que se procedía, y termina su alegación haciendo eco a algunas tachas que por defectos técnicos endilga a la demanda, sosteniendo que el concepto de la Procuraduría era contradictorio como que al resaltar esos yerros se pronuncia de fondo sobre el recurso, añadiendo que el actor omitió en su reseña de los hechos aludir a la existencia de la sociedad Beatriz Giraldo Henao y Cía., hecho que le parece relevante para el debate; que la demanda no reúne los requisitos de ley ni demuestra que el fallador incurrió en error manifiesto de hecho, y que conteniendo el escrito pluralidad de contradicciones, impide su correcta inteligencia y resulta insuficiente para atacar la sentencia del Tribunal, que encuentra en cambio ajustada a derecho.

Consideraciones de la Corte:

1. Concluye la Sala en coincidencia con el Ministerio Público que los procesados Jorge Aljure Chalela y Jorge Lesmes cometieron el delito de abuso de confianza, y que por consiguiente la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en manifiestos errores de hecho, por falta de apreciación de algunas pruc-

bas, lo que condujo a la violación indirecta de la ley sustancial, por falta de aplicación del tipo penal que incrimina el citado delito contra el patrimonio económico.

Para llegar a esta conclusión *comienza la Sala por precisar que lejos de admitir los reproches insinuados, la demanda cumple las exigencias de técnica que presupuestan el estudio de sus argumentaciones:*

a) *Es así como a pesar de que el censor desatiende la normatividad procesal aplicable, que lo era la codificación procesal de 1971 en cuya vigencia se calificó el sumario, remitiéndose a las normas reguladoras del recurso de casación, y como necesarias para completar la proposición jurídica a disposiciones probatorias del posterior Decreto 050 de 1987 para acusarlas como infringidas en la violación indirecta que le atribuye al Tribunal, ese defecto no inhabilita la demanda, no sólo porque en los dos estatutos se encuentran regulados los medios de prueba que se pregonan omitidos en la valoración del Tribunal como la Delegada lo destaca en su cotejo, sino porque tratándose del error de hecho alegado como sentido de la violación indirecta, es suficiente la cita de los artículos del Código de Procedimiento Penal que norman la prueba, siempre y cuando se precise y se demuestre como ha ocurrido, en qué consistió el falso juicio de existencia;*

b) *Tampoco es defectuosa la demanda porque trate el tema de la tipicidad a través de la violación indirecta de la ley sustantiva como lo sugiere el Ministerio Público. Independientemente del éxito que obtenga, no halla la Sala incorrecto el planteamiento del censor, si, conforme al desarrollo jurisprudencial se admite que a la violación indirecta de la ley sustantiva (norma final) se llega por la infracción de la norma medio (la procesal), y que aquella puede resultar afectada según el desatino valorativo fáctico-procesal del sentenciador, en cualquiera de los sentidos que se han reconocido como determinantes del error* in iudicando, *que bien puede recaer sobre la tipicidad de la conducta, sea para afirmarla, ora para negarla;*

c) *En orden a las proposiciones de los no recurrentes se hace necesario a su vez aclarar que en su facultad de intervenir, su alegato apreciatorio podrá orientarse bien a la coadyuvancia de la demanda, ora a la oposición de sus pretensiones, pero que esa facultad no se extiende a la posibilidad de presentar nuevos cargos dirigidos a la invalidación del proceso como lo ha pretendido uno de los defensores, ya que su postura carece de razón y de lógica por evidente falta de interés jurídico, pues frente a un fallo que favorece a su representado, resulta desatinado aspirar a la nulidad de la actuación;*

d) En este mismo sentido obliga contestar que la vehemente insistencia del señor defensor del procesado Jorge Lesmes Niño apuntando a la invalidación de lo actuado por la intervención de una parte civil erróneamente admitida por ausencia de personería, fue tema tratado y resuelto debidamente en las instancias, concretamente respondido por el Tribunal en su oportunidad cuando halló que la copia del poder otorgado por los esposos Neissa-Giraldo para su representación como parte civil en este proceso presentaba constancia de su aducción

formal hasta entonces notada de menos, y en ese documento se fundó la Fiscalía al solicitar ante el Tribunal la confirmación del auto que sostuvo como legal el reconocimiento, como la Sala al apoyarlo. Que ahora ese escrito no haga parte del plenario no desestima las afirmaciones de los funcionarios que a él en su momento se atuvieron por haberlo tenido a la vista, sin que se haya cuestionado entonces su existencia, y sí en cambio comentado como real en las alegaciones de instancia;

e) Por último y en relación con la alegada falta de personería de la pareja Neissa-Giraldo como titular de la acción civil admitida dentro del proceso penal, además de constituirse en tema nuevo, ajeno al debate que suscita la demanda, ignora que a la suscripción del contrato de prenda habían concurrido los dos esposos como personas naturales, y como tales estaban derivando el perjuicio que la pérdida de la garantía como del precio de su venta generaba al impedir la cancelación oportuna de las sumas que adeudaban a la entidad crediticia y que con los cultivos y su enajenación habían pactado solucionar.

Hechas las anteriores salvedades, procede la consideración de las acusaciones que conforman el cargo a la sentencia:

Adviértese en primer término, que con suficiente prueba documental que involucra copia del contrato de prenda entre los esposos Neissa-Giraldo por una parte y el Banco Sudameris por la otra, se demostró de manera evidente la existencia de la pignoración que gravaba los cultivos de arroz de los deudores, quienes atenderían el pago de sus créditos ante el Banco mediante la venta de esos productos, sin tener que paralizar su actividad agrícola, hecho sobre el cual no se ha extendido en momento alguno la controversia.

Probado además, pues así lo acredita el cruce de notas entre los Neissa, el Banco y la Empresa Molinera El Retorno que hacen principalmente parte de los folios 319, 314 y 9 del primer cuaderno, que Beatriz Giraldo enteró al Banco en julio 12 de 1983, que a partir de 18 de ese mes se iniciaría la cosecha de arroz en varios de los lotes gravados, comunicación que dio lugar a la luego dirigida por el Banco a la Molinera en julio 14 advirtiéndole que cualquier cantidad de arroz que compraran de la cosecha de los lotes La Palma, La Pista, El Patio, La Perla y Corea de los Neissa se hallaba pignorada a su favor según contra cuya copia anexaron, de manera que el producto de esa venta debería ser girado a la entidad bancaria. La Empresa Molinera dio respuesta mediante escrito de julio 16 firmado por su representante Jorge Aljure, manifestando que tomaba nota de la comunicación del Banco y del contrato de prenda, ratificando que habían negociado con los dueños del grano, certificando sobre el precio acordado y aceptando la forma y plazo que para el pago requería el acreedor.

De nuevo la prueba documental agregada a partir del folio 12 acredita que los envíos del arroz pignorado iban sellados en la parte superior de los comprobantes con la advertencia de que "ese arroz está pignorado al Banco Sudameris Colombia, Bogotá Principal", fechándose las entregas hasta el último día del mes de octubre de 1983. Para el día 10 del mes siguiente y en vista de que el comprador demoraba ya el pago de sumas que alcanzarían la cantidad certificada —fl.

480 del segundo cuaderno— de $ 3.495.243.00 dirigió el Banco su primera exhortación al cumplimiento, requerimiento que la Empresa Molinera jamás atendió, pues a pesar de excusar que cancelaría lo adecuado en pocos días, su voluntad de pago fue apenas fingida y aparente, porque entre tanto se preparaba la formalización de un concordato so pretexto de una cesación de pagos, constando la admisión de la demanda respectiva el 23 de enero de 1984, superada su inicial devolución, fecha para la cual se había iniciado ya el presente proceso penal, lo que hace evidente la confusión de fechas en el fallo censurado.

Además de la prueba documental mediaba otra que tampoco podía ser desconocida por el Tribunal, constituida por la versión rendida en indagatoria por parte de Jorge Aljure Chalela, pues en ella había admitido el procesado su negociación de compra con los esposos Neissa-Giraldo, aceptado que se trataba de un arroz pignorado al Banco Sudameris, entidad conocedora de la negociación para la cual había otorgado su autorización al punto de haber aceptado también que los pagos los harían al Banco acreedor. Para excusa, apenas acertó el indagado a sostener que en verdad ignoraba si la prenda recaía sobre el arroz o los cultivos, pretendiendo que no había surgido de su parte obligación alguna con el Banco, considerando que el grano era propiedad de la empresa porque lo estaba cancelando, y que ante el requerimiento del beneficiario ciertamente había contestado que irían pagando en la medida en que las circunstancias lo permitieran.

La trascendencia procesal que conllevan las omisiones destacadas en el fallo acusado es evidente:

Registrado como se hallaba en debida forma el contrato de prenda sin tenencia, se hacía oponible a terceros y con mayor razón a los acusados para quienes resultaba inexcusable su conocimiento, remitido que les fuera en copia el texto del acuerdo por parte de la acreedora. Además y como compradores, se hacía forzoso para ellos el respeto de esa garantía real, cuando, autorizado como se hallaba el deudor a enajenar la prenda según las cláusulas del aludido contrato, se hacía operante la disposición del inciso segundo del artículo 1216 del Código de Comercio, según la cual: "En caso de autorización del acreedor, el comprador está obligado a respetar el contrato de prenda".

A sabiendas de la precariedad de esa tenencia, derivada de la naturaleza de la pignoración que significa para el acredor beneficiado con ella una especial ventaja de protección para su patrimonio con el gravamen de una cosa específica (garantía real) afectada al pago de dicho crédito, al punto de que si su deudor quiebra o llega a ser insolvente, de todos modos puede recuperar su acreencia, los procesados como gerente y administrador de la Empresa Molinera, violando las obligaciones contraídas en su contrato verbal con los esposos Neissa-Giraldo, dispusieron tanto de la prenda como de su precio, desamparando maliciosamente al Banco en su crédito privilegiado, como que paralelamente con la apropiación de la garantía preparaban la solicitud judicial de concordato.

Lejos, entonces, de constituir el comportamiento de los acusados un simple incumplimiento de lo pactado, como lo propone el Tribunal en su fallo acusado, en él se integra de modo indudable la conducta descrita en el artículo 358 del Código Penal, si incurriendo en esa infracción quien se apropia en provecho suyo o de un tercero de cosa mueble ajena que se le ha entregado por título no traslaticio de dominio, teniendo el arroz pignorado esa naturaleza mueble, y debiendo conservarse como garantía real que era, extendida la indisponibilidad a su precio por ministerio de la ley, procedieron los acusados, comerciantes expertos, a disponer de la garantía como cosa propia, haciendo con ello manifiesta su voluntad de no restituir, al oponer frente a los requerimientos de pago, la alegada pérdida del bien, inadmisiblemente explicada con la solicitud de concordato que se mantenía oculta ante el acreedor en tanto se agotaba la apropiación.

Es evidente, entonces, que el Tribunal incurrió en ostensible error de hecho al desconocer las pruebas precedentemente indicadas y señaladas por el recurrente, y que llevaban a la conclusión de que los acusados Jorge Aljure y Jorge Lesmes se apropiaron de bienes que gravados con prenda estaban obligados a detentar a título precario hasta entregar su precio a nombre del deudor, lo que dio lugar a violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 358 del Código Penal.

Como el cargo prospera, ha de dictarse el fallo sustitutivo de instancia.

2. Demostrada la tipicidad de la conducta, la prueba sobre responsabilidad penal de los dos acusados resulta bastante para derivar en su condena, como que comprometidos en contrato verbal con los esposos Neissa a recibir el arroz pignorado y entregar su valor al acreedor, les era inexcusable el respetar la prenda, con mayor razón si como comerciantes expertos y curtidos dijeron en su indagatoria que les era frecuente el cumplimiento de instrucciones semejantes por parte de sus clientes.

La realización de la conducta dentro de lo que constituía la función ordinaria de las operaciones comerciales propias de los procesados, hace surgir la inferencia de su actuar a conciencia por una maliciosa motivación, conclusión que cobra fuerza cuando se siguen recibiendo las remesas pese a la aducida situación de cesación de pagos, y que lleva a la certeza del actuar doloso no solamente ante el notorio ocultamiento de esas dificultades, como en el comportamiento procesal que pone en evidencia la mendacidad de la injurada del procesado Aljure Chalela, pretendiendo en ella desconocer lo que en términos diáfanos había admitido en su comunicación de julio 16 dirigida al Banco, dentro de la cual se daba por enterado de la pignoración, comprometiéndose al respecto del pacto, hechos que dice ampliamente sabidos por el acusado Lesmes Nieto.

Sin asomar, entonces, causa que justifique la conducta de los acusados, o que releve su culpabilidad, se imponía en su contra el fallo de condena que profiriera el Juzgado de primera instancia, haciéndose sí forzoso incrementar la pena principal a la definitiva de dos (2) años de prisión y $ 20.000.00 pesos de multa, consultada la gra-

vedad del hecho y la cuantía de lo apropiado, y extendiendo la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas al mismo lapso de la pena de prisión.

La acreditada causación de perjuicios a los esposos Neissa-Giraldo, derivados de la comisión del hecho típico obliga la imposición del deber de su resarcimiento solidariamente a cargo de los procesados, mereciendo acogida el dictamen pericial definitivo que se agrega al folio 500 del segundo cuaderno de originales, valga decir, por la suma de $ 15.159.576.64, que corresponde al capital indebidamente apropiado y los rendimientos dejados de percibir, sin que haya en el fondo diferencia con el criterio del segundo perito, que, simplemente omitió el cálculo de los rendimientos más allá de la aceptación de la demanda de concordato, confundiendo la iniciación de ese proceso con un pago que no se ha demostrado aún cumplido. Como perjuicios morales se fijará además la suma equivalente a quinientos gramos de oro (500 gms.) obligada su fijación frente a la imposibilidad confesa por los expertos para deducirlos en concreto.

Por último y teniendo en cuenta que para los procesados es éste su primer delito, y que tanto su recta vida anterior como su dedicación al trabajo indican que no se precisa para su rehabilitación social de tratamiento penitenciario, sin que sanción prevista sobrepase los márgenes que inhiben el otorgamiento, habrá de concedérsele la suspensión condicional de la ejecución de la condena por el término de cuatro (4) años, imponiéndoseles durante ese lapso el cumplimiento de las obligaciones indicadas en el artículo 69 del Código Penal, incluida la de resarcir daños y perjuicios dentro del término de seis (6) meses contados a partir de esta sentencia, obligaciones cuyo cumplimiento garantizarán mediante caución por la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00).

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

Resuelve:

Primero: Casar la sentencia recurrida.

Segundo: Condenar a los enjuiciados Jorge Aljure Chalela y Jorge Lesmes Díaz en calidad de coautores penalmente responsables del delito de abuso de confianza por el cual fueran llamados a responder en esta causa:

A la pena principal de dos (2) años de prisión y veinte mil pesos ($ 20.000.00) de multa.

A la pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena de prisión, y

Al resarcimiento solidario de los perjuicios materiales causados a los esposos Luis Guillermo Neissa y Beatriz Giraldo de Neissa en la suma de $ 15.159.576.64, más el equivalente a quinientos gramos (500 gms.) de oro como perjuicios morales.

Tercero: Conceder a los procesados Jorge Aljure Chalela y Jorge Lesmes Niño la condena de ejecución condicional, suspendiendo la ejecución de este fallo por el término, con las obligaciones y bajo la caución indicadas en la parte considerativa.

Líbrense las comunicaciones atinentes al cumplimiento de lo resuelto.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

TRANSITO DE LEGISLACION. JURADO DE CONCIENCIA

La Corte al avocar el estudio de tránsito de normas que suscita la abolición del jurado de conciencia a raíz de la vigencia del Decreto 1861 de 1989, concluye de modo indefectible en la aplicabilidad inmediata y retroactiva del nuevo ordenamiento

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., treinta de noviembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 76.

Vistos:

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el acusado y su defensor, en contra de la sentencia de diciembre 12 de 1989 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la cual condena a *Juan de Dios Cano Espinosa* a la pena principal de 11 años de prisión como penalmente responsable del delito de homicidio.

Hechos y actuación procesal:

1. En la cantina de Pedro Pablo Cardona ubicada en la vereda "Bermejala" del Municipio de la Estrella, departían en la madrugada de 13 de julio de 1986 los hermanos Angel Gabriel y Juan de Dios Cano Espinosa con Víctor Barrera y Gilberto Mesa Vásquez. Cuando éste último pretendía retirarse, recibió de Juan de Dios una expresión afrentosa que contestada bruscamente degeneró en un forcegeo, perdiendo en él la vida Mesa Vásquez por disparos de arma de fuego que accionara en su contra el acusado.

2. El sumario se inició en el Juzgado Promiscuo Municipal de la Estrella, y vinculado a él Juan de Dios Cano en calidad de autor, se le enjuició por el delito de homicidio, previéndose su juzgamiento con la intervención del jurado de conciencia.

No obstante haber impulsado el Juzgado Décimo Superior de Medellín el trámite correspondiente a esta clase de juicio realizando el sorteo de jurados y señalando con su intervención fecha para la

celebración de la audiencia pública, la diligencia vino a realizarse exclusivamente ante el Juez de derecho, pues para el mes de septiembre de 1989 cuando se llevó a cabo, había entrado en vigencia el Decreto 1861 de 1989 que derogó los artículos 504 a 534 del Código de Procedimiento Penal relativos al juicio con intervención del jurado.

Fallado en primera instancia el proceso, el Juzgado Superior condenó al acusado a la pena principal de 11 años de prisión, las accesorias correspondientes y el resarcimiento de los daños ocasionados con el delito, sentencia que recibió confirmación del Tribunal Superior de Medellín con motivo de su revisión en instancia, mediante decisión de mayoría sobre la cual salvó voto uno de los integrantes de la Sala al estimar que la obligación de indemnizar debió fijarse en concreto.

La demanda:

El señor defensor del acusado impetra la nulidad parcial de la actuación estimando violado el artículo 28 de la Constitución Nacional, "...pues al realizarse la audiencia pública sin el jurado de conciencia, se desconocieron las garantías procesales de la preexistencia de la ley que gobierna el juzgamiento y la de la observancia de las formas propias del juicio..."

Trae el actor como fundamento varias citas de jurisprudencia, recordando que el artículo 26 de la Constitución Nacional consagra cuatro garantías fundamentales con objeto y consecuencias propias, y de las cuales derivan para el procesado el derecho a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al delito, con la observancia de las formas propias del juicio, y sin que opere la retroactividad de la ley penal sustantiva ni de procedimiento, salvo caso de favorabilidad.

Siendo ello así, habría incurrido el Juzgado Superior en transgresión de la norma constitucional al preferir sobre ella las de los artículos 40 de la Ley 153 de 1887 y 36 del Decreto 1861 de 1989 que le están subordinadas, trayendo en apoyo citas jurisprudenciales de septiembre 13 de 1945, septiembre 22 de 1950 y marzo 16 de 1961, para concluir que es nulo el proceso a partir, inclusive, de la realización de la audiencia pública, pues su trámite debió surtirse con la intervención del jurado de conciencia, según normas que regían para la fecha en que acaeció el hecho.

Muy a pesar de su insistencia sobre la aplicación del principio de favorabilidad, terminó sin embargo el casacionista sin haber precisado en qué radicaba la favorabilidad de la intervención del jurado, o en su defecto, en qué consistiría la desventaja del juzgamiento en derecho.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal descorrió traslado solicitándole a la Sala no acceda a las pretensiones del actor, hallando que la actuación se rituó conforme a derecho, pues si bien es cierto se había previsto la intervención del jurado y sorteado a sus integrantes, con la vigencia del Decreto 1861 prescindió el legislador

de su intervención, norma de simple trámite que obligaba su aplicación inmediata como acertadamente lo entendieron los juzgadores de instancia. De otra parte, mientras el libelista ni siquiera demostró en qué consistía la favorabilidad alegada, se hacía notorio en oposición a sus pretensiones, el reconocimiento que de los derechos del acusado hicieron las instancias.

Encontró sí oportuno la Delegada, el que a propósito del caso se pronunciara la Sala sobre el tema de la inmediata vigencia de las normas procesales, acusando surgida una confusión a raíz de dos providencias de esta Sala fechadas ambas en octubre 25 del año próximo pasado, porque con ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel se habría sostenido la operancia inmediata de la nueva ley procesal con prescindencia del humanitario principio de favorabilidad, en tanto que bajo ponencia orientada por el Magistrado doctor Jorge Carreño Luengas se habría razonado sobre bases diferentes, reconociendo que si bien en el caso del jurado no podía hablarse de benignidad, era éste un principio de ineludible consulta en tratándose de ubicar en un tránsito de normas de trámite, aquella que regiría el proceso.

Añadió aún el señor Procurador, sobre fragmentos de diferentes fallos de esta Corporación, cómo la jurisprudencia reiterada había sido precisamente la del reconocimiento de la primacía del principio de favorabilidad en materia procesal, doctrina que por estimar acorde con la Constitución, debe permanecer invariable.

Para finalizar coteja su razonamiento con el caso criticado, para concluir ratificando que nada inciden en él análisis sobre restricción o beneficio con el tránsito de normas, por lo que el fallo impugnado debe mantenerse incólume.

Consideraciones de la Corte:

1. Centrando el planteamiento del actor en el tránsito de legislación procesal y su incidencia en el juzgamiento de su representado, obliga iniciar el análisis de rigor con las siguientes breves consideraciones:

1.1. El principio general que impera, salvo las excepciones en ellas mismas consagradas, es el de que las leyes rigen para el futuro, careciendo tanto de efectos retroactivos, como de la posibilidad de alterar los derechos adquiridos.

1.2. Una excepción expresa y de rango constitucional (art. 26) la constituye precisamente la norma penal, bajo el mandato de que en esta materia "la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", lo que deriva de su naturaleza, al crearse con ella perspectivas de despenalización o de morigeración en los tratamientos punitivos.

1.3. En la esfera del derecho procesal penal, que arraiga otros criterios, cuentan en cambio los principios de presunción de bondad y avance técnico de las nuevas disposiciones, el de su naturaleza de normas de orden público, y el de la independencia de los actos procesales subsiguientes, respecto de los anteriores, de manera que las

reglas sobre su vigencia precisan por lo general la aplicación inmediata, pero además la retroactiva, entendiendo por ésta su operancia sobre los procesos que ya se impulsaban al momento de su puesta en vigencia.

Así se comprende, por ejemplo, que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establezca que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir", dejando a salvo ". . .los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas", pues aquellas y éstas "se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", principio que complementa el artículo 43 del mismo ordenamiento, señalando que "la ley preexistente prefiere a la ley ex post facto *en materia penal" que "nadie podrá ser juzgado o penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio", pero que "esta regla se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40", disposición que recoge la segunda parte del artículo 5º del Código de Procedimiento Penal, al aclarar respecto al principio de favorabilidad que la ley "...que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustentación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir".*

1.4. En entera concordancia con los preceptos que en su respectivo momento han contenido los principios enunciados, y armonizándolos con la norma constitucional del artículo 26 a que se atiene el actor, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido, como lo recuerda el señor Procurador, que aún frente a la ley de procedimiento cabe consultar el principio de favorabilidad, bajo el entendido de que una norma es procesal no por su inclusión en el Código respectivo, cuanto por su naturaleza y función, destinada a la tutela de los derechos de los procesados, titulares de la jurisdicción como potestad soberana de declarar el derecho sustancial frente a casos particulares.

Es así como partiendo de una fecha muy anterior a las citas que comparten el actor y la Fiscalía, ya en sentencia de noviembre 12 de 1982 había sostenido la Corte que "las frases formalidades legales, plenitud de formas, *de que se vale la Constitución al ordenar que toda restricción a la libertad del individuo impuesta por la autoridad a fuerza de prevención o castigo, debe sujetarse a 'formalidades legales con plenitud de formas propias de cada juicio', no son expresiones que puedan entenderse en el sentido de que cualesquiera tramitaciones de procedimiento puedan constituir una garantía suficiente. No tienen ellas el sentido vago que les imprime su tenor literal, ni la acepción común que les presta el diccionario. Entrañan el concepto altísimo de libertad y seguridad individual protegidos por la defensa; son una fórmula comprimida y breve de un principio cuyo origen se remonta siglos lejanos, y cuya vida y crecimiento están vinculados a sucesos memorables de la historia del mundo, como ocurrió en Inglaterra con la Carta Magna (1215), la petición de derechos (1628) y el* habeas corpus *(1678)..." (XXXVI, 203).*

De allí, y dentro del seguimiento que hace el actor por los fallos de septiembre 13 de 1945, septiembre 22 y 29 de 1950 y marzo 15 de

1961, a los que cabe adicionar el pronunciamiento de julio 22 de 1957, que con referencia a la norma legal especial sobre procedimiento, apunta que "a pesar de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre la vigencia inmediata de lo relativo a la sustanciación y ritualidad de los juicios, es doctrina constitucional y legal la de que ni siquiera lo que se refiere a procedimiento debe tener aplicación inmediata si, sin solicitud de parte, apareciere como menos favorable, a simple vista, que el procedimiento anterior...", bien merece traer a memoria lo dicho también por la Sala Plena de la Corporación que entre sus plurales decisiones sobre el tema señala en la de mayo 10 de 1984 con ponencia de los Magistrados Fanny González Franco y Carlos Medellín cómo "las normas de procedimiento, al menos cuando no afectan aspectos sustanciales *(V. gr.: Reformas en el régimen de prescripción de la acción o de la pena; privaciones de libertad), pueden considerarse indiferentes o neutras, en cuanto no afectan de suyo el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional. De ahí que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, con la salvedad indicada, constituya regla general su aplicación inmediata, máxime cuando las mismas implican un perfeccionamiento de la administración de justicia".*

De manera todavía más explícita, volvió esta Sala de Casación Penal a concluir la compatibilidad entre el precepto constitucional del artículo 26 de la Carta Política y el antecitado artículo 40 de la Ley 153 de 1887, al precisar en decisión de julio 14 de 1987 que:

> *"El fenómeno de la sucesión de leyes procesales, ha suscitado diversas controversias porque tanto en la doctrina como en algunos fallos judiciales se ha llegado a sostener que el principio de favorabilidad no es aplicable a este tipo de materias posiblemente porque se ha considerado que el principio constitucionalmente consagrado es inconciliable con el contenido del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que establece que las leyes relativas a la sustanciación y ritualidad de los juicios, son de aplicación inmediata y que por tanto prevalecen sobre las anteriores, precisándose muy claramente que: 'Los términos que hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligenias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'. La realidad es que las normas aparentemente inconciliables no lo son y cuando se trata de reglas de carácter procesal que de una u otra manera afectan los intereses defensivos del procesado, es evidente que debe recurrirse al principio de favorabilidad dando aplicación a la que mayor conveniencia pueda implicar para el acusado, pero en tratándose de aquellas normas de simple sustanciación o trámite, se debe dar aplicación inmediata a la ley procesal y si esta se refiere a términos que hubieren empezado a correr o diligencias que ya se hubieren iniciado, deberán concluirse con la ley que esté vigente al momento de su iniciación. No quiere decir lo anterior, que la Ley 153 desconozca el principio de favorabilidad de consagración constitucional, sino que hace previsiones tendientes a evitar confusiones y problemas que surgirían de manera muy normal, cuando en el caso de sucesión de leyes*

procesales. Las normas que se suceden regulan la tramitación o la sustanciación del proceso de manera diversa y con términos igualmente diferentes. Sería realmente origen de nulidad, de conflictos, puesto que los Jueces se encontrarían en una mar de dudas al no saber cuál procedimiento seguir y cuáles plazos respetar si los previstos en la antigua ley o si por el contrario los señalados en la nueva. Es entonces sano el criterio acogido por la Ley 153 al disponer la vigencia de la vieja disposición para aquellos casos de términos que ya hubieren empezado a correr e igualmente para las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas" (Gaceta Judicial, Tomo CLXXXIX, 1987, pág. 2428, Magistrado ponente doctor Edgar Saavedra Rojas, sentencia de julio 14 de 1987).

En suma, y surgiendo de la anterior doctrina la imposibilidad de una formulación dogmática que tome como base un criterio de retroactividad o irretroactividad, con exclusión del otro para la solución de los problemas que emergen del derecho transitorio, sólo puede mantenerse la postura de remitir al análisis de cada instituto (libertad, prescripción, desistimiento, etc.) para deducir si la ley procesal nueva debe, en procura de una más eficaz administración de justicia, extender su operancia retroactivamente, o si se trata de una disposición que por afectar derechos o garantías produzca determinado efecto perjudicial o restrictivo, frente al cual su interpretación no podrá ser sino restrictiva.

2. Justamente y con respeto por los principios enunciados, ha sido este el análisis comparativo cumplido ya repetidamente por la Corte al avocar el estudio del tránsito de normas que suscita la abolición del jurado de conciencia a raíz de la vigencia del Decreto 1861 de 1989, para concluir de modo indefectible en la aplicabilidad inmediata y retroactiva del nuevo ordenamiento.

En tal sentido y refiriendo precisamente al alcance del artículo 36 del antecitado Decreto 1861 de 1989, al declarar su exequibilidad dijo la Corte en reciente decisión de Sala Plena:

> *"La aplicación de la ley más favorable en materia sustantiva es ineludible ya que no admite excepción alguna; en asuntos procesales ella tiene operancia respecto a las normas de procedimiento que regulan aspectos sustantivos, como sería, por ejemplo lo relativo a la libertad del imputado y su derecho de defensa. En efecto, en materia procesal la ley puede tener aplicación inmediata, aún con relación a actos o hechos anteriores, dado su carácter de orden público y además porque se considera que la nueva normatividad es más expedita, más acorde con las políticas jurídicas procedimentales que se van imprimiendo en esta materia. En consecuencia se permite al legislador señalar si el nuevo procedimiento se aplica a los procesos ya iniciados o en trámite o si rige sólo para los casos que tengan ocurrencia con posterioridad a su expedición". Añadiendo más adelante que "así las cosas no encuentra la Corte que la norma acusada vulnere el principio de favorabilidad contenido en el artículo 26 de la Constitución Nacional, al establecer que los juicios con inter-*

vención del jurado en los que a la fecha de vigencia del Decreto 1861 de 1989 ya se hubiese iniciado audiencia pública continuarán con este trámite pues la facultad de señalar la aplicación de las normas en el tiempo, pertenece exclusivamente al legislador ordinario o extraordinario debidamente facultado, de acuerdo a las consideraciones políticas que tenga, y, como se vio, las normas que regulan lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso son de aplicación inmediata, salvo cuando ellas regulen aspectos sustanciales y ese no es el caso que aquí se presenta. Ahora bien, sobre el argumento del actor según el cual el juicio con intervención del jurado de conciencia resulta más favorable a los intereses del procesado no comparte la Corte tal afirmación, ya que si bien es cierto en un principio se llegó a considerar que los Jueces populares podían apreciar ciertas situaciones de hecho con mayor capacidad que los Jueces de derecho, no es menos que tal institución ha sido objeto de continuas y duras críticas dada la comprobación de la falta de preparación y conocimientos jurídicos por parte de las personas que conforman el jurado. Ya en el momento actual de las ciencias penales, cuando el jurado de conciencia se le ha suprimido la motivación política que aparentaba justificarlo, no hay argumento válido para sustentar su favorabilidad en el sentido de que dé al reo garantías que ante el Juez de derecho no tendría. Hoy se sabe que con éste se da satisfacción al debido proceso" (Expediente 2048, Magistrado ponente doctor: Jaime Sanín G.).

Frente a la diafanidad del anotado pronunciamiento, ninguna dificultad ofrece la solución del caso que se estudia bajo el presente recurso extraordinario, si cumplida en él la audiencia pública para el mes de septiembre de 1989 (vigente ya el Decreto 1861 de ese año), se imponía rituar su trámite ante el Juez de derecho conforme a la disposición para ese momento obligatoria y que regía "las formas propias" de ese juzgamiento, que, como también lo tiene dicho esta Sala de Casación Penal, en modo alguno desconoce derechos o garantías del procesado, o convierte su situación en más gravosa.

Radicada justamente en este último aspecto la alegación central de la demanda, no se aproximó el actor a controvertir la doctrina enunciada ni a precisar en qué consistían las supuestas desventajas que para el procesado traía la forma de juzgamiento a que se le sometió, sin que sea posible presumirla y mucho menos inferirla de expectativas o riesgos que puedan implicar el juzgamiento ante el jurado de conciencia, pues de lo incierto no surge favorabilidad alguna, abriendo la imprevisibilidad del veredicto igual camino a la absolución que a la respuesta asertiva de responsabilidad determinante de la condena, alternativas comunes al Juez de derecho que actuando bajo la obligación legal de analizar íntegramente el hecho, la prueba, la responsabilidad del acusado y las alegaciones, debe aún velar por la legalidad del proceso y la guarda de las garantías y derechos que la ley otorga al procesado.

De ahí que como ha tenido ocasión de expresarlo esta Sala:

"Constituye una mayor garantía de acierto en el juzgamiento, la aplicación e interpretación de la ley, la valoración y estimación de la prueba por un Juez de derecho, docto en materias jurídicas, con mayor claridad y profundidad para examinar la prueba y comprender el alma del acusado, las motivaciones y razones de su obrar, que la decisión adoptada por los jurados de conciencia, animados posiblemente de muy buena voluntad, pero profanos en la ciencia del derecho y fácilmente sugestionables" (Casación penal, octubre 25 de 1989, Magistrado ponente doctor Carreño).

Finalmente y lejos de hallar contradicción esta doctrina en la de igual fecha que con ponencia del Magistrado doctor Jaime Giraldo Angel sugiere la Delegada de oposición o contravía, cabe aclarar que en ella encuentra más bien armónica secuencia, pues lejos de recogerla la reitera y complementa, sin que la omisión referencial al principio de favorabilidad implique en modo alguno su desconocimiento, como así se desprende de su texto, pues lo que en él se destaca es, justamente, la aplicabilidad inmediata de las disposiciones que restringen su ámbito a la fijación de competencia o señalan el simple impulso procesal, normas que, como en el caso del artículo 36 del comentado Decreto 1861 de 1989, viene precisamente de declararse en armonía con los textos constitucionales.

El cargo, como consecuencia, no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada, de origen, fecha y contenido indicados en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO. DEFENSOR

El hecho único constituido por ser el defensor de uno de los procesados el mismo abogado que representa al funcionario judicial en otro proceso, implica dos aspectos disímiles, dispares en su solución como causales de excusación

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., tres de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 80.

Vistos:

De plano resolverá la Corte el impedimento manifestado por el doctor *Jorge Alberto Hernández Esquivel*, con el cual se excusa de participar como Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en el conocimiento del presente asunto seguido contra *Julio César Devia* y otros por los delitos de falsedad y estafa.

Actuación:

1. Bajo la sustanciación del Magistrado doctor Humberto Gutiérrez Ricaurte correspondió a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá desatar el recurso de apelación adverso a la resolución de acusación proferida por el Juzgado Ciento Once de Instrucción Criminal de la misma ciudad en contra de Julio César Devia y demás vinculados a estas diligencias, incriminados de haber intervenido como directivos de la firma "Afinsa - Compañía de Financiamiento Comercial" en defraudaciones a los intereses de sus ahorradores.

Enterado el integrante de la Sala Magistrado Hernández Esquivel que en este asunto actuaba como defensor de uno de los sindicados el abogado doctor Augusto J. Ibáñez Guzmán, así lo advirtió a sus compañeros de colegiatura explicando que se trataba del mismo profesional que le representaba dentro de un proceso seguido en su contra por la Corte, motivo que estimó suficiente para declararse impedido y solicitar se le relevara del deber de intervenir en el juzgamiento. El auto de octubre ocho próximo pasado en que lo anterior se manifiesta, no expresa, sin embargo, cual es la causal legal de recusación en que apoya el proponente sus razones.

Al estudiar la Sala Dual la situación propuesta por su colega, inaceptó los hechos como fundamento de su separación por vía de impedimento, precisando que ese evento no coincide con una cualquiera de las causales previstas en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, y que, concretamente, resulta opuesto al motivo del numeral cuarto alusivo al hecho de haber sido el Magistrado apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales.

Consideraciones:

El hecho único aducido por parte del doctor Hernández Esquivel como motivo de separación del conocimiento del presente asunto, *constituido por ser ahora defensor de uno de los procesados el mismo abogado que representa al Magistrado en otro proceso, implica dos aspectos disímiles en su presentación y consecuencias, y dispares por ende en su solución como causales de excusación, siendo el primero atinente a la representación judicial en sí misma considerada (causa), y el segundo alusivo a una de sus consecuencias, contingente por lo demás, consistente en la relación acreedor-deudor que surge cuando se pactan honorarios para retribuir la gestión del mandatario, y ellos se hallan pendientes de pago a cargo del Magistrado que debe resolver la instancia.*

Cuando de la sola representación se trata, su exclusiva ocurrencia carece de repercusión en el ámbito de las causales de recusación según ha tenido oportunidad de expresarlo ya la Sala, siendo reciente el pronunciamiento en que con ponencia del Magistrado doctor Guillermo Duque Ruiz se pronunció en los términos que siguen:

> *"...tiene soporte lógico y razonable la consideración concerniente a que si el juzgador se ha desempeñado como apoderado o defensor de un sujeto procesal, trate de sacar avante, en el mismo proceso en que antes ejercía tal función de litigante, las tesis que allí sostuvo y defendió. De ahí que resulte del todo atendible y conveniente la causal de impedimento que en ese sentido consagra el numeral 4º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal...*
>
> *"En cambio, que alguno de los sujetos procesales sea apoderado o defensor del juzgador (hipótesis inversa a la anterior que contempla la ley), no tiene por qué comportar, de suyo y en principio, la virtualidad de que éste se parcialice y, en consecuencia, exista fundada probabilidad de que decida 'en su favor'. Ni tampoco esta situación que se examina es idónea por sí misma para sembrar la desconfianza en los demás sujetos procesales ni en la ciudadanía en general sobre la rectitud y eficacia de la administración de justicia, que es la garantía democrática que se pretende tutelar con estas instituciones de los impedimentos y recusaciones.*
>
> *"Cosa distinta es que la comentada 'relación contractual' entrañe una amistad íntima entre el sujeto procesal y su 'cliente' (Juez o Magistrado), o bien que la misma derive en un vínculo deudor-acreedor, hipótesis ambas que confor-*

man otras causales de impedimento, que no fueron aducidas ni sugeridas aquí" (Auto de agosto 28 de 1990).

La segunda eventualidad, en cambio, constituida por la contingencia que surge del contrato, cuando pactados honorarios pende a cargo del Juez o Magistrado que debe resolver el asunto la obligación de pagarlos a su mandatario, es evento que de modo expreso se erige en causa de recusación según los términos del numeral 2º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Pese al silencio que sobre tal aspecto guardara en este proceso el Magistrado Hernández Esquivel y que como enseguida se verá, se infiere como consecuencia de una inadvertencia que no de la inexistencia de esa segunda circunstancia, viene precisamente la Sala de aceptar su excusa propuesta bajo idénticos presupuestos (se trata del mismo abogado-mandatario que ahora actúa como defensor de un procesado, según decisión de 16 de los corrientes: Expediente 5643), pero en cuyo caso añadió el funcionario, de manera explícita e inequívoca, que se acogía a la causal 2ª de recusación.

Y si en presencia de idénticos presupuestos de hecho, no puede llegar la Sala sino a la adopción de la misma solución en derecho (ubi eademn est decisionis ratio, ibi eadem est legis dispositio), *impónese definir el impedimento aquí exhibido, de la misma manera como se resolvió en el reciente auto que se cita, en que al relevar al doctor Hernández Esquivel de su participación como integrante de la Sala de Decisión que ha de desatar la instancia, precisó la Corte que:*

> *"Cuando un funcionario del orden judicial expresa de manera honrada y atendible como asunto de su exclusiva incumbencia la convicción de que su independencia judicial o su libre determinación o su propia autonomía espiritual bien pueden verse afectadas o comprometidas en presencia de una situación como la atrás comentada y a más de esto se tiene la seguridad de que la inhibición no responde a una cómoda o fácil excusa para eludir responsabilidades, ni a una alegación artificiosa o delusoria, ni tampoco a simples reservas o meros escrúpulos personales, considera la Sala que comprometida la ecuanimidad del funcionario ante una relación laboral indesconocible* y un adeudamiento material, *susceptible de alterar su ánimo, resulta mejor para los propios fines de la aplicación de una justicia serena e imparcial, la separación del empleado oficial que alega el impedimento" (Magistrado ponente doctor Jorge Enrique Valencia Martínez —subrayado fuera de texto).*

Haciéndose así evidente la identidad del hecho admitido al excusante doctor Hernández Esquivel como causal de impedimento en el proceso 5643 que se cita, con el que aquí exhibe y formaliza para separarse del conocimiento del asunto, habrá de resolverse ahora como entonces relevándosele de integrar la Sala de Decisión Penal que ha de desatar la instancia dado que la obligación acreedor-deudor surgida del contrato de mandato que expresamente se propone, co-

rresponde con la causal segunda de recusación prevista en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, constituyéndose en motivo suficiente para dar vía a su excusación.

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

Resuelve:

Aceptar el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Jorge Alberto Hernández Esquivel para conocer del presente proceso seguido en contra de los procesados Julio César Devia y otros.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Con aclaración de voto: *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO). DEFENSOR (ACLARACION DE VOTO)

Es posible aceptar la manifestación del funcionario que se declara moralmente inhabilitado para conocer de un expediente donde actúa como parte su propio abogado

Referencia: Proceso impedimento 5644. S.P.C. Julio César Devia y/o. Delito: Falsedad y estafa.

Frente a la cita de un extracto jurisprudencial donde fuera ponente el honorable Magistrado doctor Duque Ruiz, debo admitir que tengo en la materia un criterio amplio y no restrictivo que me permite aceptar, como motivo de impedimento, la manifestación del funcionario que se declara moralmente inhabilitado para conocer de un expediente donde actúa como parte su propio abogado quien precisamente defiende sus intereses en otro proceso. De no procederse así, tal situación puede prestarse a suspicacias, recelos y prevenciones a favor de una de las partes y en detrimento de la otra, a virtud de los vínculos innegables del Juez con aquella. En estos casos bien está que por el buen nombre del propio funcionario y de la justicia prospere el impedimento naturalmente si existen elementos de convicción que avalen la inhabilidad alegada. En relevante salvamento de voto —que comparto integralmente— los honorables Magistrados doctores Gómez Velásquez y Velásquez Gaviria, expresaron en rededor del asunto:

"...En el caso que se analiza, se expone el funcionario a que su decisión por justa y acertada que resulte, sea objeto de equívocas interpretaciones, pues es humano pensar que su ánimo se siente inclinado a acoger los planteamientos de quien, siendo su defensor en proceso diferente, alega por su otro cliente ante él en el asunto que como Juez le corresponde ahora decidir. No es lógico suponer que le crea cuando de su defensa se trata, y se aparte, en cambio, de su tesis cuando abogue por un tercero..." (Referencia: Auto, febrero 7 de 1984, Magistrado ponente doctor Aldana Rozo).

En estos términos aclaro mi voto.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra*.

CONCURSO. PENA

Dada la naturaleza de la pena de prisión es ésta la que ha de servir de parámetro, para identificar la base de la sanción correspondiente al concurso de hechos delictivos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 082 (diciembre 5 de 1990).

Vistos:

El Juzgado Diecinueve Superior de Bogotá, en sentencia de veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y siete, condenó a *Ilda Wanda Pace de Restrepo* y a *Raúl García Rodríguez* a la pena principal de *cuarenta meses de prisión* y *multa de diez mil pesos*, por los delitos de falsedad documental y peculado; a *María Teresa Calderón Zambrano* a la pena principal de *veinte meses de prisión* y *multa de diez mil pesos* como cómplice de los mismos delitos; y a *Edgar Parra Toro*, a la pena principal de *tres años de prisión* como coautor del delito de *falsedad documental.*

Apelada que fuera esta decisión, el Tribunal Superior de Bogotá en fallo del dieciocho de enero de mil novecientos ochenta y nueve, *confirmó* las determinaciones condenatorias, pero revocó el beneficio de condena de ejecución condicional que se había otorgado en primera instancia a favor de *Raúl García Rodríguez* e *Ilda Wanda Pace de Restrepo* y modificó los términos de la suspensión de la sentencia para los otros procesados.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, la Sala Penal de la Corte lo declaró admisible por auto del dieciocho de mayo de mil novecientos ochenta y nueve y luego de presentadas las demandas, se declararon éstas ajustadas a derecho en proveído del cinco de febrero de mil novecientos ochenta y nueve. Luego de corrido el traslado al Procurador Delegado y advertido que la demanda presentada a nombre de Ilda Wanda Pace de Restrepo fue extemporánea, así lo declaró la Corte y en auto de seis de agosto ordenó que el recurso por ella interpuesto fuera tenido como *desierto*, en decisión que luego de impugnada no fue repuesta por la Sala.

Corresponde, después de estas incidencias, resolver lo que en derecho fuere pertinente en torno al recurso de casación que se tramita.

Hechos:

El día ocho de junio de mil novecientos ochenta y cinco contrajo matrimonio una de las hijas del por entonces Alcalde Mayor de Bogotá, doctor Hisnardo Ardila Díaz, quien para festejarlo ofreció una recepción en el Club Los Lagartos de esta ciudad, amenizada por el conjunto de Manuel J. Larroche y el denominado "Boranda", a los cuales se les cancelaron sus honorarios con dineros de la Orquesta Filarmónica de Bogotá.

Con fondos de la misma entidad se pagó el valor de las adecuaciones eléctricas que fue necesario hacer en el mencionado Club para aquella ocasión, a fin de obtener una adecuada ampliación del sonido.

A fin de legalizar los irregulares pagos, se expidieron actos administrativos y se elaboraron comprobantes oficiales en los que se hicieron figurar conceptos diversos a los que originaron la cancelación de los dineros.

Para lo anterior, Raúl García Rodríguez, Director Administrativo de la Orquesta, e Ilda Wanda Pace de Restrepo, quien fuera encargada del mismo puesto por ausencia temporal de su titular, expidieron los actos administrativos que autorizaban los irregulares pagos y se pusieron en contacto con los músicos para obtener la prestación de sus servicios, y como ordenadores del gasto autorizaron la cancelación de los honorarios correspondientes.

Edgar Parra Toro, Jefe de Personal de la Orquesta, expidió las constancias respectivas sobre presuntos servicios oficiales prestados por los músicos, en contra de la realidad de ellos, que fueron para el matrimonio comentado.

María Teresa Calderón Zambrano, Secretaria de la Orquesta Filarmónica de Bogotá, elaboró documentos de solicitud de servicios y luego comprobantes de los pagos respectivos, haciendo figurar en los últimos conceptos diversos a los que originaron la obligación económica, a sabiendas de su falsedad.

Actuación procesal:

Con base en la denuncia formulada por James Morales Ceballos, quien tomó la información básica de los hechos de una columna periodística, el Juzgado Treinta y Siete de Instrucción Criminal de Bogotá inició la pertinente investigación penal en este asunto mediante auto fechado el cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco.

Escuchados los sindicados en indagatoria y luego de algunas otras incidencias procesales, el Juzgado Treinta y Siete de Instrucción Criminal de Bogotá resolvió la situación jurídica de los implicados, profiriendo detención preventiva en contra de Raúl García Rodríguez, Edgar Parra Toro e Ilda Wanda Pace de Restrepo, en auto que lleva fecha del trece de junio de mil novecientos ochenta y seis.

En proveído del veintitrés de julio del mismo año se declaró cerrada la investigación y el día doce de septiembre siguiente se procedió a la calificación del mérito del sumario por parte del Juzgado

Diecinueve Superior que decidió llamar a responder en juicio criminal a Ilda Wanda Pace de Restrepo y a Raúl García Rodríguez sindicados de los delitos de *falsedad documental* y *peculado*, hacer el mismo pronunciamiento en contra de María Teresa Calderón Zambrano como cómplice de los mismos ilícitos y tomar similar determinación respecto de Edgar Parra Toro por el delito de *falsedad documental*.

La audiencia pública correspondiente se realizó el día diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis y terminada la misma se profirió el fallo de primera instancia el día veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y siete.

Las demandas de casación:

El defensor de la encausada María Teresa Calderón Zambrano presentó oportunamente la demanda de casación en la cual desarrolló un solo cargo contra la sentencia con fundamento en "el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal", en equivocada invocación de la norma posterior, puesto que el trámite del proceso se rige por lo dispuesto en el Decreto 409 de 1971.

Pretende que se rompa la sentencia, puesto que ella violó de manera directa la ley sustancial por "aplicación indebida o interpretación errónea de la ley penal". Basa su ataque en el hecho que la señora Calderón Zambrano no pudo actuar como cómplice del delito de *peculado* que se le imputó, porque solamente actuó en etapa posterior a su consumación, pero no cumpliendo promesa anterior al mismo. Dijo el libelista que la conducta de su defendida se restringió al marco de sus funciones como secretaria, en obedecimiento a órdenes por ella recibidas.

En una parte de su escrito que pretendió presentar como un capítulo separado, sin especificar el sentido y alcance de la violación, estimó el censor que tampoco se acreditó responsabilidad penal de la procesada en el delito de falsedad documental, pues que "sólo existió una manera (sic) *'tentativa'* al haberlos presentado a Jiménez Vergara como a Bernardo de J. Ossa, unos comprobantes que ellos mismos dicen que le fueron rechazados". Termina en consecuencia, solicitando se dicte sentencia absolutoria a favor de la señora Calderón Zambrano.

El defensor del procesado Raúl García Rodríguez, invocó como fundamento de su demanda el contenido del cuerpo primero de la causal primera de las previstas en el artículo 580 del Decreto 409 de 1971, al estimar que la sentencia recurrida interpretó erróneamente las normas reguladoras del concurso de hechos punibles, por lo que dejó, en definitiva, de aplicar el contenido del artículo 68 del Código Penal a favor del encausado.

Señalando la existencia de una violación directa y con fundamento en decisiones anteriores del Tribunal Superior de Medellín que simplemente citó, con ponencias de Juan Fernández Carrasquilla y Mariela Espinosa Arango, realizó el libelista un análisis de los artículos 26 y 27 del Código Penal, en armonía con las normas pertinentes de la parte especial del mismo estatuto, para deducir de allí que en el

concurso de hechos punibles la sanción que se debe aplicar es la que corresponda a la infracción que tenga señalada la más grave, aumentada en la proporción establecida en la ley. Ahora bien, dijo el demandante, como el delito de peculado tiene asignada su punibilidad con penas de prisión, multa e interdicción de derechos y funciones públicas, en tanto que la falsedad documental (el otro delito imputado a su defendido) solamente tiene prevista pena de prisión, la sanción más grave es la del primero de los ilícitos mencionados pues que contempla tres especies de penas, frente a una sola del delito contra la fe pública, y respecto de la de prisión, el máximo es igual para el peculado y la falsedad.

Sobre esta base, concluye el censor, se ha debido partir para la regulación punitiva, de la pena más grave —la del peculado—, e incrementar la misma en las proporciones pertinentes al concurso delictual, con lo cual el monto total de la sanción no excedería los límites contemplados en el artículo 68 del Código Penal, el cual fue excluido en su aplicación por el sentenciador de instancia, al realizar la dosimetría penal a partir de la falsedad (tres años mínimos de privación de la libertad), aumentado en cuatro meses por el peculado, negando el beneficio de la condena de ejecución condicional para el sentenciado y en contra de lo que impone la interpretación que de las normas se hace en la demanda, según las cuales el máximo de la pena no excedería de treinta y seis meses.

Termina el censor solicitando el reconocimiento de la violación de la ley sustancial y por tanto, que se otorgue a su defendido el subrogado penal ya mencionado.

A nombre del inculpado Edgar Parra Toro se presentó también demanda de casación con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso, por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del numeral 4 del artículo 40 del Código Penal y consiguiente aplicación indebida del artículo 219 del mismo estatuto.

Alega el libelista que la existencia de un error como excluyente de culpabilidad, sin precisar si el mismo afecta la antijuridicidad de la conducta o la tipicidad del hecho, pese a lo cual en el desarrollo del cargo se separa de esta inicial invocación para sostener que no hubo culpabilidad en su patrocinado por cuanto que la acción del mismo se desarrolló sin voluntad, de manera rutinaria, por debajo de "la zona lúcida de la conciencia".

Afirmó el casacionista que en la sentencia atacada se omitió la consideración del aspecto subjetivo de la infracción, pues el sentenciador se limitó a analizar si los documentos que son base de la incriminación reunían las exigencias necesarias para ser considerados como públicos y su autoría era imputable a Parra Toro, aceptando posteriormente que en el fallo se reconoció la responsabilidad del condenado, pero a título de culpa, y que lo que se reprochó fue el no utilizar medios idóneos para salir de una situación de error en que se hallaba el procesado.

Concluye que respecto de Parra Toro "evidentemente su conducta no podía enmarcarse en el delito de falsedad ideológica tipificada en el artículo 219 del Código Penal, porque le faltaba el elemento constitutivo de culpabilidad a título de dolo...y para condenar por un delito de falsedad, no basta que se haya dado el hecho; sino que es preciso determinar la imputación por dolo".

La opinión del Procurador Delegado en lo Penal:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal examinó uno a uno los libelos presentados. Refiriéndose en la demanda elevada a favor de la señora María Teresa Calderón Zambrano, estimó que ella debe ser desestimada por la Sala, puesto que las imprecisiones que contiene y la falta de técnica en su realización, impiden entrar a estudiar el fondo del asunto.

Señaló cómo el alegar interpretación errónea y aplicación indebida simultáneamente implica una posición contrapuesta. Anotó también que en la censura no se precisaron el concepto de la violación, las normas que se estiman infringidas y los presupuestos básicos para la viabilidad de la impugnación, todo lo cual impide considerar la demanda en su fondo.

Respecto del libelo presentado a nombre de Raúl García Rodríguez, luego de un detenido estudio del cargo, concluyó el Colaborador Fiscal que la violación estimada por el censor no se halla presente en el fallo, por lo que solicita no se case la sentencia.

Luego de analizar el contenido del artículo 26 del Código Penal, el Procurador Delegado afirmó que es al sentenciador a quien corresponde determinar cuál de las penas que se presentan en el concurso de delitos es la de mayor gravedad a fin de partir de allí para los fines de la punibilidad del cargo específico. Comparando las sanciones atribuidas por la ley a los delitos de falsedad documental y peculado, se mostró partidario de la tesis del Tribunal sentenciador —y por lógica consecuencia en desacuerdo con la posición del libelista—, "por cuanto tradicionalmente el Estado ha impuesto este tipo de sanción (la privación de la libertad, aclara la Sala) con represión a los delitos que por su naturaleza representen una grave ofensa no sólo para el sujeto pasivo de éstos, sino para la misma sociedad que se resiente ante actos ilícitos de cierta relievancia".

La sanción privativa de la libertad, es en su criterio, la de mayor envergadura, por lo que para fijar la pena en el concurso de delitos se debe primordialmente mirar a ella, y en el caso concreto de estudio, siendo que la de la falsedad es mayor que la asignada al peculado, se ha de partir de aquella y no de ésta, como correctamente lo hiciera el Tribunal.

Sostuvo, finalmente, que además de lo anterior, "la misma gravedad del delito lleva insito el señalamiento de una pena de mayor drasticidad", y no resulta difícil concluir, en consecuencia, que siendo que la falsedad afecta un bien jurídico de mayor alcance y trascendencia que el que es lesionado con el peculado, es la pena de aquél la que ha de servir de base para la graduación punitiva en el concurso.

Para contestar a la demanda elevada en nombre de Edgar Parra Toro, el colaborador fiscal consignó:

> "La sentencia en verdad no fue pródiga en disquisiciones acerca de la subjetividad del comportamiento imputable a Parra Toro, sin embargo no es ajena a la consideración de aspectos que estimó pertinentes, así fueran mínimos, para concluir la presencia de dolo. No se ajusta a la realidad procesal lo expuesto por el censor en relación a tal situación, como tampoco la apreciación del mismo referida a que el Tribunal aceptó que el comportamiento atribuible a Parra le era imputable a título de culpa, porque si en verdad la sentencia se ocupó de lo expresado por este procesado en el sentido de que las certificaciones las hizo con fundamento en cuentas de cobro que le presentaban, con orden del director administrativo, ello lo manifestó no en reconocimiento de error en que pudiera haber incurrido el enjuiciado, sino como simple enunciación de los argumentos traídos por éste para su defensa".

Concluyó solicitando a la Sala no se case la sentencia, puesto que según lo anterior, el cargo no puede prosperar.

Consideraciones de la Sala:

Demanda presentada a nombre de María Teresa Calderón Zambrano:

Razón le asiste al señor Procurador Delegado en lo Penal para solicitar a la Sala el rechazo de esta demanda, pues que ella no cumple las mínimas exigencias de técnica que la hagan atendible. En efecto, sólo para citar algunas de las muchas deficiencias que presenta en este aspecto, preciso es anotar que el libelista no respetó siquiera las formalidades que imponen la presentación separada de los cargos, pues que aun cuando pretende formular dos, cada uno de ellos relacionado con los delitos que dieron origen a la sentencia, en definitiva sólo presenta un escrito en donde no se establecen separadamente los criterios de las presuntas violaciones a la ley, no se mencionan en cada caso las normas infringidas, no se desarrollan tampoco argumentos separados para ambos ataques que se anuncian en el texto del memorial.

Entraña así mismo un profundo error en casación el alegar aplicación indebida de la ley o interpretación errónea de ella, tal como lo hace el censor, como si tales conceptos fuesen uno solo. La verdad, no es menester entrar en mayores análisis para determinar que si se persigue el reconocimiento de una aplicación indebida de la ley, se parte de la base de que la norma invocada como principio del juzgamiento no era la llamada a regular el caso, de allí lo indebido de su aplicación, a la par que sostener la interpretación errónea supone la correcta escogencia de la norma, pues el yerro aquí radica en la exégesis de la disposición que debe gobernar el asunto. Así, cuando en la demanda el censor eleva su cargo por "aplicación indebida o interpretación errónea de la ley penal", coloca a la Corte en impo-

sibilidad de determinar cuáles de las dos violaciones anunciadas es la que considera fundamento de sus alegaciones, haciendo imposible por tanto que se entre al estudio a fondo de la demanda.

Por último, es igualmente motivo suficiente para rechazar la demanda que se analiza, el hecho de que además en ella no se desarrolla ninguno de los dos presuntos cargos formulados, puesto que el libelista se limita a hacer afirmaciones vagas que no permiten determinar el alcance de la violación que pregona e impide a la Sala establecer cuáles son, en definitiva, los errores cometidos en la sentencia atacada.

Los cargos no prosperan.

Demanda presentada a nombre de Raúl García Rodríguez:

Un único cargo se formuló en este libelo. En sentir del censor, el fallo interpretó erróneamente el contenido de los artículos 26 y 27 del Código Penal que regulan el concurso delictivo por lo cual se dejó de aplicar, habiendo debido hacerse, el artículo 68 del mismo estatuto.

No obstante los juiciosos planteamientos que trae el censor como fundamento de su ataque, no logra con ellos constituir una adecuada teoría que sustente su afirmación de haberse violado directamente la ley sustancial al haber partido el juzgador de la pena prevista para la falsedad documental en lugar de la del peculado, para el señalamiento de la sanción propia del concurso. No acierta en esto el casacionista, porque pretende ignorar, en definitiva, la pena privativa de la libertad como criterio regulador de la gravedad de la sanción, dando primacía a la multa y a la interdicción de derechos y funciones públicas como justificación de una mayor gravedad de la pena.

Evidentemente, si analizamos el caso concreto materia de este proceso, puédese afirmar que, independientemente del concurso de hechos punibles y haciendo solamente referencia a la pena privativa de la libertad, al procesado García Rodríguez se le debería sancionar por el delito de PECULADO POR APROPIACION, con prisión de dos a diez años, en virtud de lo dispuesto en el artículo 133, inciso primero del Código Penal, y por el ilícito de FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO, con pena de prisión de tres a diez años, tal como lo prevé el artículo 219 del Código de las Penas. Frente a esta regulación punitiva no surge, en consecuencia, problema alguno a fin de determinar cuál de las dos sanciones es más grave en el evento del concurso de delitos, como es el que se juzga en este caso. Basta, por este aspecto, comparar las dos sanciones con un máximo igual, debiéndose escoger, para la base de la tasación, entonces, aquella que tenga un mínimo mayor que para el caso concreto lo es la falsedad documental, como acertadamente se hiciera en las instancias, única forma de determinar cuál de las dos penas privativas de la libertad es la más grave, atendiendo las disposiciones del artículo 26 del Código Penal que señala que la sanción será la de la infracción que "establezca la pena más grave".

La inconformidad surge, pues, de las otras consecuencias punitivas asignadas al delito de peculado, siendo ellas la multa y la interdicción de derechos y funciones públicas. En relación con esta última,

no cabe tampoco tomarla en cuenta como criterio de gravedad de la sanción, pues si bien en el delito de falsedad documental no se establece ella como pena principal, sí es accesoria, es de aquellas que van unidas estrechamente a la de prisión, según lo prescribe el artículo 52 del Código Penal, lo que significa que debe aplicarse obligatoriamente siempre que se imponga pena de prisión o arresto.

Debe anotarse sí que como pena accesoria, su duración será igual al período de la privativa de la libertad, que para el caso de la falsedad del artículo 219 será como mínimo de tres años, lo que nuevamente daría razón a los juzgadores de instancia para tener ésta como la infracción con la sanción más grave, en cuanto que la interdicción de derechos y funciones públicas en el peculado alcanza un mínimo de un año, obviamente inferior a los tres antes señalados.

Subsiste, como criterio diferenciador, entonces, la pena de multa, prevista para el delito de peculado, más no así para el de falsedad documental. Con argumentos serios el casacionista pretende concluir que, debido a ello, la sanción más grave entre las dos que se tornan aplicables lo es la del peculado por apropiación, puesto que a más de la prisión y la interdicción de derechos y funciones públicas se prevé la de multa como sanción principal.

Se aparta, sin embargo la Corte de estos argumentos. Si bien tradicionalmente no se ha dado importancia a la punibilidad en la creación de nuestras normas penales, resulta indudable que ella no puede ser considerada como un eje aislado de la política criminal que surja del simple capricho del legislador. El delito, como unidad jurídica que es, no puede ser estimado solamente bajo la óptica de sus categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que precisa ser analizado también con la punibilidad como jurídica respuesta a la perturbación del orden y al daño que se ocasiona con la infracción correspondiente. Quiere decir lo anterior, entonces, que el monto y calidad de las penas están estrechamente relacionados con el bien jurídico que se protege, puesto que según sea la importancia de éste y de acuerdo a la lesión que al mismo se irrogue con la infracción, así se incrementará o disminuirá la sanción, no solamente en su cantidad sino también en su calidad. El legislador, por razones de protección, no siempre escoge la misma categoría de penas para las diferentes conductas delictivas, ni el prever más de una sanción para determinado tipo puede implicar una mayor gravedad en la pena específica.

En lo que hace relación al delito de peculado por apropiación, evidentemente que se irroga al patrimonio del Estado o del particular cuyos bienes se encuentren bajo custodia del empleado oficial un perjuicio, más o menos serio dependiendo de la cuantía de la apropiación, la cual el legislador considera adecuada respuesta punitiva la limitación del derecho lesionado, esto es, que reacciona contra el delincuente disminuyendo también su patrimonio personal a través de la sanción de multa, dejando incólume, sin embargo, la acción civil de resarcimiento del perjuicio. La multa es, pues, en estos casos —así como en otros delitos que atentan contra el patrimonio estatal o particular: Peculado por error ajeno, peculado por aplicación oficial diferente, estafa y abuso de confianza—, una respuesta a la vulneración del bien

jurídico lesionado, con miras a disminuir el perjuicio económico producido con la infracción o como medida sancionatoria proporcional a la infracción, más no con criterios de mayor gravedad punitiva.

No sucede lo mismo, en cambio, con el delito de falsedad documental, en donde el daño fundamentalmente se dirige hacia la fe pública y no siempre lleva aparejado perjuicio patrimonial, lo que explicaría el por qué para este ilícito no se establece pena de naturaleza económica.

Así las cosas, se debe concluir que los fundamentos de las sanciones explican su diversa previsión, no como criterio diferenciador de gravedad, sino como consecuencia de los diferentes perjuicios ocasionados con la infracción. En el peculado, a más de la correcta marcha de la administración pública, sancionable con prisión, se estima como digno de protección el patrimonio económico del Estado, punible con la multa correspondiente.

Pero, dos perjuicios claramente perceptibles desde la tipificación misma de la conducta, no quiere decir que susciten un mayor reproche punitivo que uno solo —el de la falsedad documental—. El bien jurídico protegido en el peculado es, ciertamente, de tanta entidad como el que se tutela en la falsedad documental, pero en este último se abarca un mayor ámbito de protección que no se queda en los intereses concretos del Estado, sino que trasciende a ellos, va más allá de la esfera administrativa y política, para cubrir los intereses de todos los coasociados que ven en los funcionarios oficiales una fuente de verdad indiscutible, salvo que se acredite fehacientemente que han faltado a la verdad en la producción de los documentos oficiales.

Así las cosas, el reproche mayor está correlacionado con el mal mayor, y por tanto, débese concluir que por decisión del legislador, y debido a la naturaleza del daño, la pena privativa de la libertad señalada para el delito de falsedad en documento público es la de mayor entidad frente a la prevista para el peculado, razón por la cual no se observa violación alguna de la ley, como lo pretende el casacionista.

Ciertamente, como lo señaló el propio casacionista, la Corte ha reiterado en múltiples oportunidades que un criterio seguro para la determinación de la sanción mayor lo es el máximo de la pena privativa de la libertad asignada para cada uno de los delitos concursales, pero este argumento no puede ser tenido en cuenta respecto a este caso específico, pues que tanto el artículo 133 como el 219 del Código Penal, normas que fundamentan la sentencia, tienen ambos fijada prisión cuyo máximo alcanza los diez años. Debe entonces mirarse el mínimo de la sanción señalada a cada uno de los ilícitos, siendo mayor el de la falsedad ideológica que lo establece en tres años, frente al peculado cuya base es la de dos años de prisión.

Reiteradamente ha venido sosteniendo la Corte, por lo demás, que dada la naturaleza de la pena de prisión es ésta la que ha de servir de parámetro (atendidos su máximo y mínimo, según sea el caso) para identificar la base de la sanción correspondiente al concurso de hechos delictivos, con prescindencia de otras sanciones que pese a estar esta-

blecidas en la ley como consecuencias punitivas de un determinado hecho punible, o no pueden ser acumuladas (por ejemplo, la pérdida del empleo) o tienen una menor entidad que la privativa de la libertad personal, pues por razones de política criminal habitualmente se ha utilizado como mecanismo primordial de respuesta a la actividad delictiva la prisión, que es la sanción que causa una mayor aflicción al delincuente y permite, a través de la internación, el tratamiento penitenciario tendiente a la resocialización del delincuente, uno de los fines de la pena.

No carece de validez, tampoco, el argumento esbozado por el señor Procurador Delegado en lo Penal, cuando afirma que la sanción de multa no puede tenerse como fundamento de gravedad de la pena, pues que ella debe ser graduada de conformidad con las condiciones económicas del procesado y que no implica más que la restricción de un derecho de menor entidad que el de la libertad personal, criterios éstos que también avalan la decisión de los juzgadores de instancia de señalar como más grave la pena asignada a la falsedad documental.

En las anteriores condiciones el cargo no prospera.

Demanda presentada a nombre de Edgar Parra Toro:

Equivocada se presenta esta demanda. El libelista en el enunciado del cargo invoca como su fundamento la causal primera, cuerpo primero, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial de modo directo, pues en su entender se dejó de aplicar el contenido del artículo 40, numeral 4 del Código Penal, lo que llevó a la indebida aplicación del artículo 219 del estatuto de las penas.

Este planteamiento, por sí mismo, resulta ya antitécnico, pues a través de la pretendida existencia de un error en el actuar del imputado, pretende el desconocimiento de la figura típica respecto de la cual podría alegarse dicha causal excluyente de culpabilidad, inconsistencia que ratifica el libelista al afirmar:

> "El Tribunal de Bogotá *se equivocó al considerar que estaban dados los elementos constitutivos de la falsedad ideológica, sin tener en cuenta la ausencia de culpabilidad del sujeto*" (Subraya la Sala).

En el aparte transcrito, el censor predica la atipicidad de la conducta ("se equivocó al considerar que estaban dados los elementos constitutivos de la falsedad ideológica") y a su turno la inculpabilidad del procesado, no ya por error como causal excluyente, sino por ausencia de culpabilidad, lo que implicaría no la exclusión del numeral 4º del artículo 40 del Código Penal, sino la indebida aplicación del artículo 36 *ibidem*.

Este planteamiento es además recurrente en el cuerpo de la demanda, pues que si bien insiste en varios acápites de su escrito en la existencia de un error como causal excluyente de culpabilidad, al pretender demostrarlo alega las especialísimas condiciones en las que se realizó el comportamiento, según las cuales "es innegable que determinadas rutinas de trabajo se vuelvan actos habituales y aun cuando pueda resultar extraño, es cierto que a algunos empleados en la

administración pública se los constriñe a hacer las cosas sin detenerse a razonarlas, tornándolos mecanismos, poco imaginativos, poco creativos; o en el mejor de los casos, fraccionan sus labores, dedicándoles más atención y energía a unas pocas que les encomienden especialmente y delegando la revisión de otras, para limitarse a firmar", aseveración ésta en la cual, dicho sea de paso, parece alegarse no ya la existencia del error, sino también la insuperable coacción ajena como fundamento del comportamiento de su defendido.

Imposible resulta, pues, para la Corte, delimitar el ámbito de la pretendida violación de la ley, pues se tornan irreconciliables los planteamientos de atipicidad e inculpabilidad, y dentro de ésta, no menos contradictorias y ambiguas son las alegaciones referentes al error como excluyente de culpabilidad, a la ausencia de voluntad en el comportamiento del procesado y a la insuperable coacción. Véase, si no, este otro pasaje de la demanda donde se argumenta:

> "Evidentemente su conducta no podía enmarcarse en el delito de falsedad ideológica tipificada en el artículo 219 del Código Penal (atipicidad de la conducta, anota la Sala) porque le faltaba el elemento constitutivo de culpabilidad a título de dolo (inculpabilidad, en criterio de la Corte)".

Pero es que, además, e independientemente de los vicios técnicos que exhibe la demanda y que ya fueron reseñados, existe otro que impide la prosperidad del libelo, puesto que si se pretende la falta de aplicación del artículo 40 numeral 4º, habría que aceptar que los sentenciadores de instancia en sus fallos admitieron el actuar inculpable del procesado, cosa que no se ajusta a la verdad procesal. Basta mirar que en la sentencia de primer grado, que no fue refutada en segunda instancia, se afirmó:

> "La circunstancia de que las certificaciones del Jefe de Personal, se basaran en la orden de servicios provenientes de la Dirección, *de ninguna manera lo pueden exonerar de culpabilidad, por cuanto él evidentemente conocía con claridad cuál era el real servicio por el que se iban a realizar los pagos*, por lo cual ha podido dentro de su facultad, abstenerse de suscribir las certificaciones en las cuales consignó un servicio distinto del realmente prestado, ésto es suscribió las certificaciones a sabiendas, que en ellas se consignaba un hecho contrario a la verdad" (Resaltó la Sala).

Quiere decir lo anterior que en los fallos pertinentes se dedujo la responsabilidad a título de dolo, no se admitió, como lo plantea el casacionista ni siquiera la existencia de culpa en el actuar del procesado, y por ello mal podría predicarse, sobre esta base valorativa, la inaplicación del contenido del numeral 4º del artículo 40 del Código Penal. Para que sobre estas bases tuviera vocación de prosperidad la censura, se ha debido acudir a la alegación de violación indirecta de la ley sustancial, pues solamente por esta vía es posible controvertir las conclusiones probatorias como las que quedaron transcritas, para predicar, de tenerse éxito, la existencia de un error excluyente de culpabilidad como es el que pretende el casacionista.

Los vicios de técnica anotados impiden que el cargo prospere.

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, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Jorge Córdoba Poveda, Conjuez; *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario

INDULTO. Ley 77 de 1989

Ni el juez para dictar el auto inhibitorio, ni el Tribunal para ordenar la cesación de procedimiento, pueden omitir el requisito de verificar que el beneficiario esté incluido en la lista enviada por el Ministerio de Justicia

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 82.

Por apelación revisa la Sala el auto de 4 de mayo de 1990, por medio del cual el Tribunal Superior de Orden Público negó la cesación de procedimiento en este proceso que se adelanta respecto de *Bernardo Antonio Marulanda Manrique, Víctor Nicolás Flórez Jiménez*, y otros, por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988.

Antecedentes:

1. El 26 de junio de 1989, el Comandante de la Policía del Municipio antioqueño de Nariño fue informado por radio de que por los alrededores de Puerto Venus, varios individuos habían disparado contra el señor Metodio Jaramillo, quien, al día siguiente, se presentó con su hermano Carlos Mario a dicho Comando para informar de lo ocurrido, haciendo una descripción de la fisonomía de varios de dichos individuos. Se montó entonces el operativo de rigor a la entrada de Nariño, y en la tarde se tuvo conocimiento de que en un "bus escalera" arribaban dos de las personas que habían intervenido en el referido atentado contra la vida de Metodio.

Una vez bajó del bus la pareja señalada por los hermanos Jaramillo, la patrulla policial los abordó, más uno de ellos, Bernardo Antonio Marulanda Manrique, trató de accionar una granada, cosa que no logró, habiendo sido capturado allí mismo. Entre tanto, su compañero Víctor Nicolás Flórez Jiménez iniciaba la huida, pero también fue aprehendido, hallándose en su poder una pistola calibre 9 milímetros, con dos proveedores para la misma y 42 cartuchos.

Luego se tuvo conocimiento de que otros dos individuos que viajaban entre Nariño y Sonsón también habían participado en el ataque

contra Metodio Jaramillo, razón por la cual se les capturó, respondiendo ellos a los nombres de Diego Luis Mejía Montoya y Guillermo Alberto Gallego Martínez.

El Jefe de la SIJIN, al colocar a los aprehendidos a disposición del Juzgado de Orden Público, informó que ellos pertenecían al Ejército de Liberación Nacional (ELN) y que habían tomado parte en la "incursión" del Municipio de La Unión ocurrida el 25 de ese mes de junio, y que Víctor Nicolás Flórez Jiménez "concuerda exactamente" con la persona que el 16 anterior había dado muerte y hurtado la carabina al Agente de la Policía Fernando Mosquera Lemus.

El mismo día de la captura la policía practicó un allanamiento en la residencia de Marulanda Manrique, encontrándose allí varios libros de economía o ideología marxista y del padre Camilo Torres Restrepo, propaganda y periódico del ELN, como también un boletín de la "Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar".

2. El Juzgado Tercero de Orden Público de Medellín abrió investigación, escuchó en indagatoria a los cuatro imputados, practicó otras pruebas y por auto de 21 de julio (fls. 120 y ss. del cuaderno número 1) decidió la detención preventiva de Marulanda Manrique y Flórez Jiménez por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988: Porte ilegal de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas. Respecto de los otros sindicados, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento.

Cerrada la etapa de instrucción, los defensores presentaron sus alegatos, la Fiscalía conceptuó y, antes de entrar el expediente a Despacho para sentencia, la defensora de los detenidos preventivamente solicitó que el mismo fuera remitido al Tribunal de Orden Público con miras a la cesación de procedimiento de que hablan la Ley 77 de 1989 y su Decreto reglamentario 206 de 1990.

El Tribunal negó la cesación con fundamento esencial en las siguientes consideraciones:

a) El proceso es claro al señalar a los sindicados como pertenecientes al ELN. Y agrega:

"En las listas suministradas por el Ministerio de Justicia el 9 de marzo de 1990, en la cual aparecen los integrantes del M-19, con el número 71 aparece Bernardo Marulanda Manrique y Víctor Nicolás Flórez con el número 72, como miembros del M-19, ninguno de los cuales tiene anotada cédula de ciudadanía correspondiente, y con esos solos nombres sin identificación e incluso el segundo con nombre distinto, pues el procesado es Nicolás y en la lista es Nicol, no puede tenerse como identificados a los acusados como miembros del M-19, que, de serlo, quien sabe en qué época lo fueron, pues a la fecha de su captura y con ocasión de este proceso, al parecer eran miembros del ELN.

"La sola inclusión en la referida lista que contiene nombres, sin identificación, no es por sí sola una demostración de pertenecer al grupo insurgente desmovilizado y que ha dado muestras fehacientes de reincorporarse a la vida civil";

b) Se trata en este proceso de un delito que no es el de rebelión ni ningún otro de los denominados delitos políticos, y que si aceptara la tesis de que "el delito investigado es conexo con la rebelión por ser de su esencia, todos los particulares que sean capturados con armas de uso privativo tendrían que juzgarse como rebeldes, lo cual constituye una antinomia lógica jurídica, además de una grave injusticia, pues si las armas son de la esencia de la rebelión, lo inverso es absolutamente falso".

Al apelar ese auto, la defensora dice en primer lugar que la providencia apenas "supone" que los acusados pertenecen al ELN, lo cual "no está confirmado en ningún momento por la prueba que obre en el proceso", máxime si se tiene en cuenta que dentro de la documentación hallada en la habitación de Marulanda Manrique figura una "correspondiente a las milicias bolivarianas que para fecha anterior correspondían al Movimiento 19 de Abril", y además que los testigos que afirman esa pertenencia al ELN, sólo "presumen" la misma; agrega que de todos modos ellos figuran en la lista enviada por el Gobierno como miembros del M-19, y de la cual no puede deducirse que la identificación de éstos no esté clara, tratándose no más que de un problema de "preparación del listado en el computador y no de ausencia de requisitos". Y añade la recurrente:

"Aunque no estén los números de cédula, sí están los nombres de los anteriores, el Juzgado de Orden Público de Medellín, que es el Tercero, y la cárcel, que sería absolutamente inconfundible que estos datos pudieran coincidir con los de otras dos personas, por lo tanto no es de recibo para la defensa el argumento esgrimido por la honorable Magistrada del Tribunal de Bogotá, sino que más bien se entendería como un pretexto para evitar cumplir los acuerdos entre el Gobierno y el M-19 por parte de la Rama Judicial".

En segundo lugar dice la defensora que no se puede exigir que el delito tipificado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 se encuentre consagrado como delito político en el Código Penal, y que "muchas actividades de grupos rebeldes como el ELN, además de su documentación, pueden ser confundidos con actividades igualmente del M-19, para la fecha de la captura de los sindicados, y si se argumenta que se los juzgue como rebeldes, es porque el principio de favorabilidad, hace que este cargo sea menos punible que el de porte de armas..." (fl. 14-2).

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal comparte la petición de la apelante en cuanto a que aquí procede la cesación de procedimiento. Las consideraciones que hace al respecto pueden sintetizarse así:

a) "Es claro que quien define la pertenencia al grupo armado, es el Gobierno y no el Tribunal, bastando para ello la inclusión en una lista para la cual no está prevista ninguna formalidad especial, ni por exigencia legal se debe incluir el número de cédula de sus integrantes", y agrega la Delegada que "el hecho de aparecer en lista y estar sindicado en proceso por porte de armas, con nombres no demasiado comunes (nombre y dos apellidos) coincidentes, es indicio suficiente que permite dar por identificados a los procesados";

b) Si bien no existe constancia en el proceso sobre el procesamiento de los sindicados por alguno de los delitos políticos, se debe estimar en primer término que "normalmente, la pertenencia a una organización alzada en armas contra el sistema, implica que sus integrantes deban permanecer armados. Si, efectivamente, los sindicados en este proceso, como ha quedado demostrado, pertenecen al M-19, organización que para la época de los hechos estaba en rebeldía, se concluye sin mayor esfuerzo que las armas las portaban por razón de su actividad como miembros del grupo referido".

En segundo lugar señala:

"No es esta la oportunidad para volver sobre la discusión acerca del alcance y contenido de los delitos políticos y conexos, tema sobre el cual existe bastante literatura; simplemente basta con señalar que el porte de armas es quizás el más típico de los casos de conexidad, al punto que dentro de la estructura descriptiva del delito de rebelión, las armas son exigencia sin la cual ella no existe. Para estos efectos, no importa si existe proceso o se está investigando la rebelión, que nada tiene que ver con lo sustancial, esto es, la configuración del delito independiente de sus alternativas procesales. *Es más, probablemente el Juzgado que adelantó la investigación, ha debido, con los datos que contaba, incluir en el proceso la modalidad delictiva de que se viene tratando.* Se concluye entonces que sí existe conexidad" (Se subraya).

Pide, pues, a la Corte que revoque el auto impugnado y cese procedimiento "exclusivamente por el delito previsto en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988 a que se refiere el proceso".

Se considera:

1. *Pertenencia a la organización rebelde desmovilizada.*

Tiene razón la Delegada cuando afirma que la lista que remite el Ministerio de Justicia sobre las personas que forman parte de la organización rebelde (Decreto 206 de 1990, art. 9º), constituye la prueba única sobre dicha pertenencia.

En efecto. Obsérvese cómo para que sea procedente el auto inhibitorio a que se refiere la Ley 77 de 1989, es requisito indispensable que las personas que hayan de ser beneficiadas se encuentran incluidas en la citada lista: "El Juez ante quien se presente la denuncia o los informes contra los miembros de las organizaciones guerrilleras... verificará la identidad y la inclusión de tales miembros en las listas que le presente el Gobierno nacional, antes de dictar el auto inhibitorio" *(Decreto 206 de 1990, art. 2º, inciso 2º).*

Y con respecto a la cesación de procedimiento, es igualmente claro el Decreto en exigir que los beneficiarios de la misma figuren en la lista enviada por el Ministerio de Justicia: "En todo caso (la autoridad pertinente), deberá verificar que el solicitante forme parte de la organización rebelde desmovilizada. Para tal efecto, el Ministerio de Justicia pondrá en conocimiento de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y del de Orden Público, la lista de las personas que forman parte de dichas organizaciones... La Sala Penal de los Tribunales

Superiores de Distrito Judicial y el de Orden Público, solamente iniciarán los trámites conducentes a decidir sobre las solicitudes de cesación de procedimiento, una vez se haya verificado la identidad del solicitante y su inclusión en las listas presentadas por el Gobierno. Sin el cumplimiento de este requisito el Tribunal respectivo no podrá tramitar la solicitud" *(Decreto 206 de 1990, art. 9º).*

Es claro, entonces, que ni el Juez para dictar el auto inhibitorio, ni el Tribunal para ordenar la cesación de procedimiento, pueden omitir la verificación de este requisito: Que el beneficiario de cualquiera de estas determinaciones, esté incluido en la lista enviada por el Ministerio de Justicia. Corresponde a la judicatura, únicamente una labor de confrontación, la cual desde luego supone la previa identificación del acusado. Si éste no figura en la citada lista, no puede proferirse ni el auto inhibitorio ni la cesación de procedimiento. En tal caso, dispone el referido artículo 9º, se debe "indicar al interesado la necesidad de que eleve al Gobierno por no estar incluido en las listas citadas, petición para que se certifique su habilidad para solicitar el beneficio de cesación de procedimiento".

En el presente caso los procesados Marulanda Manrique y Nicolás Flórez Jiménez aparecen en la lista que remitió el Ministerio de Justicia a la Jurisdicción de Orden Público, y una vez el expediente en la Corte, se adjuntó una afirmación escrita del señor José Otty Patiño Hormaza, representante del Movimiento 19 de Abril M-19, en el sentido de que "Víctor Nicolás Flórez Jiménez es miembro de nuestra organización" (fl. 2).

¿La realidad procesal es capaz de desmentir dicha pertenencia al Movimiento M-19? La Sala, con la Delegada, no lo ve así. En efecto: El principal motivo para que el a quo sostenga que los procesados no son miembros del M-19, sino del ELN, es que en la habitación de Marulanda Manrique fue hallada documentación referente a esa segunda organización subversiva, y que la policía y unos testigos suponen que los dos acusados participaron en incursiones del ELN por los días en que fueron capturados, aunque en este proceso no obre prueba sobre tales hechos.

Como subrayan la defensora recurrente y la Delegada, el hallazgo de la documentación que concierne al ELN no refleja de suyo la pertenencia a esa organización. No se olvide que en un tiempo el M-19 y el ELN formaron parte de la "Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar", agrupación de la cual también se encontró un boletín en la habitación de unos de los procesados (fl. 134-1). Debe tenerse en cuenta, de otro lado, que aunque tengan ideologías diversas, los grupos rebeldes en el fondo tienen una meta ideal común y comparten métodos y tácticas en la lucha contra un enemigo que también les es común: El Estado o Sistema. De ahí que entre esos grupos u organizaciones una simpatía lejos de resultar extraña o curiosa se ofrece lógica.

Y en cuanto a los "testigos" en mención, tiene razón la Delegada al señalar que "los testimonios citados por el Tribunal para asegurar que los sindicados pertenecen al ELN, son todos de oídas, porque lo oyeron en la radio, mas no por percepción directa".

De ahí que para la Sala esté probado este primer requisito de la pertenencia de los sindicados Marulanda Manrique y Flórez Jiménez al M-19, organización que se desmovilizó desde el pasado año.

Ahora bien: Que no obren en la lista enviada por el Ministerio los números de las cédulas de ciudadanía de quienes allí aparecen como miembros de esa organización, no puede de manera alguna ser argumento para descalificarla. Ni la Ley 77 ni su Decreto reglamentario exigen este requisito, entre otras razones por la muy lógica de que muchos de los rebeldes pueden carecer de este documento de identidad, y entonces jamás podrían beneficiarse con el indulto.

Lo fundamental, repítese, es que no quede duda alguna de que el beneficiario del auto inhibitorio o de la cesación de procedimiento, esté incluido en la lista enviada por el Ministerio de Justicia, para lo cual, desde luego, la confrontación del número de la cédula de ciudadanía sería la prueba óptima, pero no es necesaria.

Dígase por último que para la Sala, la circunstancia de que en la lista enviada por el Ministerio de Justicia aparezca el nombre de *"Victor Nicol Flórez"* (fl. 7-2) no es suficiente motivo para concluir que este nombre no corresponde con el del procesado Víctor Nicolás Flórez Jiménez. Todo indica que se trata de un posible error cometido al confeccionar la lista, que no tiene por qué perjudicar al acusado.

Por otra parte, si el Tribunal estimó que no se encontraba "verificada" la identidad de los sindicados, ha debido abstenerse de tramitar la solicitud de cesación, como lo prevé expresamente el artículo precitado.

2. *La conexidad con el delito político.*

Dispone el artículo 3º de la citada Ley 77:

> *"Para los efectos de esta ley, entiéndense por delitos políticos los tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición y asonada y los delitos conexos con los anteriores".*

A su turno, el artículo 9º ibidem, *dice:*

> *"El interesado podrá solicitar que se establezca la conexión referida en el artículo 3º de esta ley, si ella no ha sido declarada en la sentencia tenida en cuenta en el proceso en curso, teniendo en consideración:*
>
> *"a) El acervo probatorio que obra en el respectivo proceso;*
>
> *"b) Las certificaciones expedidas para el efecto por las autoridades competentes;*
>
> *"c) Cualquier otra información juzgada pertinente y adjuntada a la solicitud".*

En este caso el Tribunal estimó que como no se ha hecho imputación por ningún delito político, sino sólo por el tipificado en el artículo 13 del Decreto 180 de 1988, hay que conceder que, "sin existir delito de rebelión", mal puede pensarse en una conexidad. Quizás interpretó el mencionado artículo 9º en el sentido de que debe de

todos modos existir previamente un cargo de delito político, y el interesado sólo está facultado para solicitar que entre dicho delito político y los demás, se establezca la conexidad por parte de quien decide el indulto, la cesación o el auto inhibitorio.

Pero esa hermenéutica no es la correcta. Lo que quiso el legislador a través de esa norma —teniendo bien en cuenta que, en circunstancias normales, el delito político "se esconde" y los acusados no confiesan su pertenencia a los movimientos rebeldes, como lo informa, entre otras cosas, el dirigente Otty Patiño en la referida certificación— es que, ya en vigencia estas leyes de "indulto", los rebeldes "se destapen" y, mediante el procedimiento y con las pruebas mencionadas en el artículo 9º transcrito, se acredite la existencia de los posibles delitos de rebelión, sedición o asonada, y así poder establecer la conexidad con los otros ilícitos, para que todos adquieran la calidad de políticos (Ley 77 de 1989, art. 3º) y proceda así el beneficio otorgado.

Téngase en cuenta, además, que muchas veces el posible delito de rebelión sólo viene a perfilarse cuando se descubre la militancia del procesado en un movimiento armado, permaneciendo oculto para el Juez antes de conocerse esta circunstancia.

Despejado este punto, es menester establecer si al portar las armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas (granada y pistola 9 mm.) los acusados Marulanda Manrique y Flórez Jiménez estaban actuando como rebeldes; es decir si esas actividades ilícitas las realizaban precisamente en su calidad de miembros del M-19.

No hay razón para negarlo: Como se ha repetido aquí, si justamente la rebelión exige para su tipificación el empleo de armas, y el cargo único contra los sindicados en este proceso de el de portar armas (el atentado a Metodio Jaramillo y los otros hechos a que se refieren los autos, son objeto de investigación por separado), no se ve por qué descartar la conexidad de ese delito con el de rebelión, y, por tanto, su carácter de político, según el artículo 3º ya copiado líneas atrás.

Como lo ordena la ley, debe tenerse también en consideración la certificación del señor Otty Patiño, en cuyo punto 2º, dice: "Los hechos materia de investigación fueron ordenados por el Movimiento 19 de Abril con el propósito de obtener ventajas en nuestra actividad política" (fl. 2 ct.).

Hay, pues, razón para que, previa revocación del auto impugnado, se ordene cesar procedimiento en este caso, teniendo en cuenta, además, que no se enfrenta ninguna de las excepciones previstas en el artículo 6º de la referida Ley 77 de 1989.

De conformidad con el artículo 15 de dicha ley, se decretará la libertad de los procesados, con la advertencia de que la orden solamente produce sus efectos si no se encuentran requeridos por otra autoridad en virtud de proceso diferente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado,

Resuelve:

1. *Revocar* el auto apelado y, en su lugar, *cesar procedimiento* respecto de Bernardo Antonio Marulanda Manrique y Víctor Nicolás Flórez Jiménez, en este proceso por infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988.

2. En consecuencia, por razón de este asunto, decrétase la libertad inmediata de los susodichos sindicados, quienes se encuentran en la cárcel de Bellavista en la ciudad de Medellín, a donde se librará la orden respectiva, con la advertencia de que la libertad solamente procede si los sindicados no se encuentran solicitados por virtud de otro proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

REVISION. PRUEBA

Las pruebas exigidas para la admisión de la demanda, necesitan ser aducidas dentro del término de apertura a prueba

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 082.

Vistos:

Corresponde decidir el recurso extraordinario de revisión propuesto por el apoderado del sentenciado *Andrés Eduardo Bautista Puerto*, contra el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Once Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de la misma ciudad, por el delito de peculado.

Los hechos juzgados y actuación procesal:

Fueron resumidos por el Tribunal de la siguiente manera:

"Andrés Eduardo Bautista Puerto se desempeñaba como Tesorero del Instituto de Beneficencia y Lotería de Boyacá en esta ciudad, para los años de 1979 a 1981, siendo descubierto a la práctica de una visita fiscal verificada por la Contraloría Departamental de esa sección del país, un faltante de fondos superior a un millón y medio de pesos, causado por dobles traslados de fondos, por lo general, que no se sustentaban en los respectivos comprobantes de contabilidad. El empleado responsable pretendió justificar el cuatioso faltante aduciendo ante los investigadores fiscales que erróneamente había anotado doblemente partidas de ingreso por Bancos y por Caja, pero como la tarea de revisión contable descartó tal hipótesis, se hizo inminente el conocimiento judicial de los hechos, iniciándose procesos que ahora se sabe agotado en primera instancia. El involucrado señor Bautista Puerto no compareció al proceso, pero de los datos que reposan en la Beneficencia de Boyacá se supo que era titular de la cédula de ciudadanía número 17.128.032 de Bogotá, y se había iniciado en esa empresa oficial desde el mes de mayo de 1973".

Iniciado el proceso, se le vinculó en contumacia al no haber sido posible hacerlo comparecer al juicio que en su contra se abrió por el delito de peculado por apropiación.

El 13 de enero de 1987 el Juzgado Once Penal del Circuito de Bogotá lo halló responsable de dicho delito y le impuso las penas principales de 48 meses de prisión, cien mil pesos de multa e interdicción de derechos y funciones públicas durante 24 meses, consultada la sentencia el Tribunal Superior de la ciudad capital, en fallo de marzo 24 de 1987 confirmó la pena privativa de la libertad, revocó la pecuniaria y confirmó la interdicción de derechos pero aclarando ser accesoria y no principal.

La demanda de revisión:

Mediante apoderado legalmente reconocido, el sentenciado presenta demanda de revisión contra los fallos de primera y segunda instancia que le impusieron en definitiva las penas acabadas de referir.

El escrito comienza criticando las pruebas que fueron tomadas en cuenta como sustento de la sentencia para, seguidamente señalar cómo siendo pertinente la prueba pericial para determinar si hubo o no faltante sin embargo la justicia no la ordenó. Anota cómo ante tal vacío probatorio extraprocesalmente se pidió la prueba en uno de los Juzgados Civiles Municipales de Tunja el que practicó inspección judicial con intervención de peritos a los libros contables de la Lotería de Boyacá con sede en Tunja y en desarrollo de ella se hallaron unas fotocopias de paz y salvos expedidos a favor de Bautista Puerto por el Almacén y la Tesorería de la Lotería de fecha julio 26 de 1982 en donde se dice estar dicha persona a paz y salvo con la entidad, y los peritos dictaminaron que "no se estableció faltante alguno en el manejo de la Tesorería", documentación que adjunta en fotocopia en respaldo de la petición formulada según los artículos 584 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 1971, pues en su sentir es este el ordenamiento bajo el cual debe tramitarse y decidirse el recurso extraordinario por haber ocurrido los hechos en su vigencia.

El demandante no señala la causal invocada expresamente, no obstante ha de entenderse por los razonamientos que se acoge a la 5ª del artículo 584 por considerar que lo aportado aquí "constituye una prueba que sin ser conocida dentro del proceso demuestra la inocencia del señor Bautista Puerto".

Por auto de enero 25 de 1990 se admitió el recurso y se solicitó el proceso al Juzgado correspondiente; dispuesta la apertura a pruebas de acuerdo a lo señalado en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal actual por haberse interpuesto el recurso en su vigencia, transcurrió el término en silencio, pues ni siquiera se pidió tener como pruebas las aducidas para la admisión del recurso.

Las alegaciones:

Dentro del término de traslado para alegar, solamente lo hizo el apoderado sustituto del sentenciado quien, como ya se dijo, sin aporte de prueba que ponga de manifiesto la inocencia del condenado, con los mismos argumentos de la demanda solicita que, al encontrar más que fundada la causal 3ª del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal actual "devuelvan el proceso a un Juzgado Penal del

Circuito diferente del 11, que fue el autor del fallo en comento, a fin de que se tramite de nuevo a partir del momento procesal que ustedes indiquen, y que de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 240, decreten la libertad provisional de mi defendido en los términos allí especificados".

Consideraciones de la Corte:

El llamado recurso extraordinario de revisión está instituido para remover una sentencia en firme, que se estima injusta por haberse fundamentado en un error de hecho acerca de la forma como en la realidad histórica ocurrieron los hechos que la motivaron. Ataca, entonces, la seguridad y garantía de la cosa juzgada por lo que, en estricto sentido se le ha considerado una acción propuesta y desarrollada con la técnica rigurosa que le señala la ley, pues no es una instancia más.

En este orden de ideas, se exige, además de los requisitos de forma, que la causal seleccionada sea planteada inequívocamente con apoyo en pruebas pertinentes para que pueda la Corte estimar ajustada a derecho la demanda y poder, en consecuencia, solicitar el proceso para la tramitación correspondiente la que se inicia realmente con la llegada de éste, en la forma señalada en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal.

La actividad medular de este trámite extraordinario, como es apenas obvio, es la probatoria. Bien sabido es que en derecho lo que no esté demostrado en la forma legal prevista, no existe jurídicamente.

Las pruebas exhibidas para la admisión de la demanda, si se desea que tengan valor probatorio capaz de remover la sentencia ejecutoriada atacada, necesitan ser aducidas dentro del término de apertura a prueba que es la oportunidad procesal para que la Corte estudie su conducencia frente al objeto específico propuesto en la demanda.

La Corte ha dicho y lo reitera ahora que: "Las pruebas solicitadas por el recurrente durante el trámite del recurso extraordinario de revisión *deben estar precisamente orientadas a la demostración de la causal alegada en su demanda; las que tiendan a comprobar hechos diferentes, así estén relacionados con el delito por el cual se condenó al reo, son impertinentes en esta oportunidad, pues la Corte no se ocupa en tal momento de reabrir la investigación, sino de* verificar a instancias del actor *si se dan los supuestos normativos señalados en la causal invocada para disponer o no la revisión del proceso" (auto de junio 7 de 1983, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía. Subrayas fuera de texto).*

No basta, entonces, que el recurrente allegue la prueba con la demanda, es indispensable que en el periodo probatorio la aduzca como tal, pues en la primera ocasión se toma como un principio de prueba o si se quiere, prueba sumaria con fines específicos de admisión de la demanda mientras que en la segunda, debe mediar la "legalización mediante auto en que se indique su conducencia".

Los principios generales de las pruebas en materia penal así lo requieren. En efecto, el artículo 246 del Código de Procedimiento Penal

que consagra "la necesidad de la prueba" dice: "Toda decisión judicial debe fundarse en pruebas legalmente producidas, allegadas o aportadas al proceso", y en concordancia con éste, el artículo 252 ibidem, *dispone, al regular la "legalidad de la prueba": "Ninguna prueba podrá ser apreciada sin auto en que haya sido ordenada o admitida. Las pruebas allegadas o aportadas al proceso serán legalizadas mediante auto en que se indique su conducencia".*

Ahora bien, podría pensarse que como la prueba aportada aquí es anticipada, su regulación debe ser la señalada en el Código de Procedimiento Civil. Según este ordenamiento, la prueba anticipada también está sometida a pronunciamiento judicial expreso sobre su admisión "cuando decida la solicitud de las que pidan las partes en el proceso o incidente" (art. 183 del C. de P. C.), en armonía con el artículo 301 ibidem, *que dice: "Las pruebas y la exhibición anticipadas de que trata este capítulo se sujetarán a las reglas establecidas para la práctica de cada una de ellas en el curso del proceso".*

Si bien la disposición primeramente mencionada permite apreciar la prueba anticipada que se acompañe a los escritos de demanda o de excepciones o a sus respectivas contestaciones, o a aquellas en que se promuevan incidentes o se les dé respuesta, ello no exonera al funcionario de hacer expreso pronunciamiento sobre su admisión, pues es el requisito que permite la oportunidad para contradecirla por las demás partes, a menos que en su práctica anticipada se haya dado cumplimiento a tal exigencia legal. En este evento es cuando está obligado el Juez a analizarla. Sin embargo, hay que destacarlo, este mandato legal del ordenamiento procesal civil no existe en el procedimiento penal y no es posible aplicarlo por remisión por estar la materia regulada en éste en forma diferente, esto es, con señalamiento de un período de prueba común sin distinción alguna.

En la actuación presente, en mayo de 1990 se abrió a pruebas y notificados personalmente recurrente y apoderado se obtuvo como única manifestación de éste: "Renuncio a términos", vale decir, que no adujo prueba alguna dentro del término probatorio que señala el rito procesal debido imposibilitando, de esta manera, cualquiera consideración de la Corte sobre conducencia de las pruebas, presupuesto *"sine qua non"* de legalidad para su estimación; si quería hacer valer en el procedimiento de remosión de la sentencia impugnada las pruebas allegadas para la admisión de la demanda, debió pedir que se tuvieran como tales en la oportunidad señalada en el artículo 236 del Código de Procedimiento Penal; como no ocurrió así, el recurso extraordinario no puede prosperar por no estar demostrados los presupuestos fácticos en que se basa la causal invocada.

Pero, aún dejando de lado en gracia de discusión la protuberante falla de técnica precisada, la petición central de la demanda tampoco estaría llamada a prosperar, pues en el fondo lo que se pretende con ella es una apertura del debate procesal.

En efecto, toda la alegación discurre en un cuestionamiento a los Jueces quienes debiendo ordenar una prueba técnica no lo hicieron, y por haber fundado el fallo de condena en un acta de visita

que el revisor fiscal del ente oficial practicó a la Tesorería manejada por el condenado, olvidando que de estos pormenores no se ocupa el recurso extraordinario de revisión.

De otra parte, el fallo de condena tuvo apoyo no solamente en el faltante de Caja Mayor que detectó el visitador fiscal sino además, en varios testimonios que señalan irregularidades contables que permitieron atribuirlas al Tesorero condenado. El ataque en tales circunstancias al fallo, como consecuencia de haber sobrevenido una prueba técnica que descarta el faltante deducido en el acta de visita, presupone que dicha prueba se hubiese ocupado de las irregularidades contables aducidas en la denuncia y que demostrarse en detalle el error en la deducción del faltante, o que éste sólo existió en la mente del visitador. Y, si de esto último se trata, entonces, el ataque debió ser por la causal 5ª, falsedad de la prueba.

Así mismo, cabe destacar cómo esta prueba pericial no ha adquirido pleno valor probatorio por falta de oportunidad para contradecirla, pues según se observa no se practicó con anuencia de la contraparte y, aun cuando impropiamente se ordenó ponerla a su disposición, no le fue notificado dicho auto al representante legal de la entidad oficial afectada y, además, su falta de motivación hace de ella una simple opinión, no una prueba técnica fundamentada.

No obstante, examinada la pericia que obra a folio 23 del anexo, se observa que lo revisado por los peritos fueron las cuentas rendidas por el procesado y concretamente el acta de entrega que él hiciera. Con base en ello afirmaron: "Realizada nuestra labor pericial constatamos que entre la Lotería y Beneficencia de Boyacá y el señor Andrés Eduardo Bautista se encuentran saldadas las cuentas lo cual es corroborado por los paz y salvos expedidos por la entidad".

Si se tiene en cuenta la exposición que el sentenciado rindió ante el visitador, se halla que él reconoce divergencias entre los movimientos de comprobantes de ingresos y egresos, en los que se basó la visita, y los señalados en boletines de Caja y Bancos, donde detectó errores, para terminar diciendo: "Quiero dejar en claro que no hay ninguna diferencia, puesto que en la visita y entrega que se me practicó, arrojó un faltante de $ 75.00, el cual fue reintegrado en la Tesorería de Bogotá con fecha 28 de julio de 1981, fecha cuando se cerró la diligencia".

Siendo esto lo examinado por los peritos, obviamente tenían que llegar a igual conclusión y se explica, además, los paz y salvos allí referidos; en tanto que la visita donde se detectó el faltante, tuvo ocurrencia en septiembre y octubre de 1981, de la cual no se ocuparon los peritos, ni siquiera se dice la tuvieron a la vista.

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:

Negar el recurso extraordinario de revisión. Déjese copia de esta actuación en la Corte y devuélvase el proceso al Juzgado correspondiente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Carlos Upegui Zapata, Conjuez.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

1º FAVORABILIDAD. NARCOTRAFICO. TRANSITO DE LEGISLACION

El Decreto 1060 de 1984 resulta más favorable por su doble aspecto punitivo (pena aflictiva y pecuniaria) que la Ley 30 de 1986 en relación con el transporte de las sustancias señaladas

2º EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. TRATADOS PUBLICOS INTERNACIONALES. CONSEJO DE GUERRA VERBAL

La excepción de inconstitucionalidad de los Consejos de Guerra Verbales del anterior Código de Justicia Penal Militar, frente a los Tratados Públicos aprobados por Colombia, no daría lugar a la invalidez del proceso

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 82 (diciembre 5 de 1990).

Vistos:

Ha sido recurrida en casación por los defensores de los procesados *Lawrence Steven Zeliadt, Timothy Allen Crawford* y *Oscar Eduardo Arévalo Sánchez* la sentencia de 8 de marzo de 1988 mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar confirmó la dictada por el Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional con sede en Bucaramanga, que los condenó a la pena principal de nueve (9) años de prisión y multa de un millón de pesos, cada uno, como infractores al artículo 28 del Decreto 1188 de 1974.

Hechos y actuación procesal:

El día 7 de junio de 1985 en la hacienda "La Cabaña" de propiedad de Oscar Eduardo Arévalo Sánchez, ubicada en el corregimiento de

Pitalimón, municipio de San Martín, departamento del Cesar, agentes de la Policía Nacional sorprendieron y aprehendieron una avioneta norteamericana con matrícula N-5491 X, en cuyo interior hallaron 22 tulas de color verde que contenían 488 kilos de cocaína de alta pureza.

En el operativo fueron capturados los pilotos norteamericanos Laurence Steven Zeliadt y Timothy Allen Crawford, Danilo Henao González arrendatario del inmueble y la mujer María Isabel Suárez Pernet, de profesión oficios domésticos.

El arrendador y propietario del predio rural, Oscar Eduardo Arévalo Sánchez, huyó de la justicia, siendo vinculado al proceso mediante emplazamiento y declaración de reo ausente.

El mismo día de los hechos, el Juzgado Setenta y Dos de Instrucción Penal Militar de Bucaramanga inició la investigación y luego de practicar numerosas pruebas y oír en indagatoria a los capturados decretó su detención preventiva mediante providencia que hizo notificar a todos ellos y a sus respectivos apoderados (fls. 133 a 142 del expediente original).

Los sindicados Lawrence Steven Zeliadt y Timothy Allen Crawford rindieron indagatoria asistidos de apoderado y con intervención de la intérprete designada por el Juzgado, señorita Martha Beatriz Delgado Alzate, con quien se surtió la notificación del auto de detención (fls. 62, 77 y 85 *ibidem*).

Mediante Resolución número 018 de 30 de enero de 1986 el Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional con sede en la ciudad de Bucaramanga convocó Consejo Verbal para juzgar a los procesados por infracción al Decreto 1188 de 1974 (fl. 582 *ibidem*).

Al término del Consejo de Guerra, los Vocales afirmaron por unanimidad la culpabilidad de los acusados con excepción de María Isabel Suárez Pernet, quien fue favorecida con una absolución.

El cuestionario en el cual se les preguntó por la responsabilidad de Timothy Allen Crawford aparece concebido en los siguientes términos:

"El acusado presente particular Timothy Allen Crawford, de condiciones civiles y personales conocidas en los autos, es responsable, si o no de transportar a bordo de un avión de matrícula norteamericana con el propósito de sacar del país, sin permiso de autoridad competente, cocaína en cantidad de 488 kilos, sustancia esta que produce dependencia física y síquica, según hechos ocurridos el día siete de junio de mil novecientos ochenta y cinco en predios de la finca La Cabaña ubicada en el corregimiento de Pitalimón, municipio de San Martín en el Departamento del Cesar" (fl. 605 ibidem*).*

El 13 de febrero de 1986 el Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, como Juez de primera instancia acogió la veredicción emitida condenando a los procesados Lawrence Steven Zeliadt, Timothy Allen Crawford, Oscar Eduardo Arévalo Sánchez y Danilo Henao González a nueve (9) años de prisión y multa de un millón de pesos, cada uno, como infractores al artículo 1188 de 1974, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984 y tomó otras deter-

minaciones, fallo confirmado con algunas modificaciones por el Tribunal Superior Militar mediante el suyo de 29 de abril del mismo año.

Contra esta decisión, interpusieron los sentenciados recurso de casación que la Corte definió en sentencia de 14 de julio de 1987 casando la sentencia impugnada y decretando la nulidad de lo actuado por la justicia penal militar con posterioridad a la sentencia de primera instancia, concretamente a partir del auto de 13 de marzo de 1986 por el cual el Tribunal Superior Militar le imprimió el trámite al recurso de alzada y dispuso la remisión del proceso al Tribunal Superior de Valledupar por ser el competente para emitir el fallo de segunda instancia.

El 8 de marzo de 1988 dicha Corporación confirmó en todas sus partes la sentencia dictada por el Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, la que es objeto del recurso de casación por parte de los defensores de los procesados.

Las demandas de casación:

Con fundamento en las causales cuarta de casación del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal y tercera del artículo 226 del Estatuto Procedimental vigente, los demandantes acusan la sentencia por haber sido dictada en juicio viciado de nulidad de rango constitucional, en el primer caso, y por la comprobada existencia de irregularidades sustanciales, que afectan el debido proceso y conculcan el derecho a la defensa, en el segundo evento, formulando múltiples cargos, algunos de los cuales son comunes a varias demandas, pero que la Sala agrupará y relacionará por afinidad en sus planteamientos, así:

1. Incompetencia de la justicia penal militar para adelantar el juzgamiento y proferir la sentencia de primera instancia mediante el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, porque para la época de convocatoria del Consejo de Guerra (enero 31 de 1986) y celebración del mismo (febrero 6 del mismo año) había entrado en vigor la Ley 30 de 1986 (Nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes) que en su artículo 46 asignó competencia a los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito para conocer de estos procesos cargo común a las tres demandas.

2. Inobservancia de las formas del juicio porque el cuestionario correspondiente al procesado Oscar Eduardo Arévalo Sánchez no refleja la realidad procesal que lo margina de los hechos investigados y porque la parte resolutiva de la sentencia de condena no está en consonancia con su parte motiva en la que el Tribunal Superior afirmó que en el operativo criminal "habían tomado parte todos los demás procesados con excepción de Arévalo Sánchez", afirmación que constituye plena prueba de su inocencia conforme al artículo 251 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce el demandante, que en tal evento debió absolverse a su representado en guarda del principio de favorabilidad de la ley penal, o en su defecto, favorecerlo con la duda de que trata el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

3. Imperfecta elaboración del cuestionario correspondiente al procesado Timothy Allen Crawford en el cual se les preguntó a los Vocales por su responsabilidad en el hecho de transportar cocaína —el que no resulta demostrado— dejándose de interrogarlos por la tentativa en dicha conducta, que es la modalidad delictuosa acreditada en el proceso.

4. Inobservancia de las formas del debido proceso y consecuente desconocimiento del derecho de defensa de los procesados Timothy Allen Crawford y Lawrence Steven Zeliadt, proveniente de las siguientes irregularidades:

a) Inexistencia de las indagatorias rendidas por los mencionados procesados porque la intérprete que en ellas intervino, señorita Martha Delgado Alzate, no tenía el carácter de perito oficial por no encontrarse inscrita como tal en la lista de auxiliares y colaboradores de la justicia correspondiente al Tribunal Superior de Bucaramanga y no ser persona idónea para desempeñar ese oficio por pertenecer a un establecimiento privado como lo es el Centro Colombo Americano de dicha ciudad;

b) La falta de intérprete oficial impidió que los dos sindicados fueran notificados en debida forma del real contenido de providencias tales como el auto de detención y la sentencia de primera instancia emitidas en su contra. La notificación que se les hizo con intervención de la señorita Martha Delgado Alzate o el Sargento Segundo Ricardo Moya, a más de simulada lo fue en idioma diferente al que ellos entendían;

c) Los dictámenes periciales relacionados con la configuración del hecho punible y la responsabilidad de los procesados (identificación pericial de la sustancia incautada, pesaje de la misma e informe de Medicina Legal entre otros), no fueron puestos en su conocimiento por el término legal, generándose de tal modo una nulidad procedimental reconocida por la justicia castrense en casos similares a éste.

El único traslado se hizo en momentos en que los sindicados no contaban con la debida representación legal;

d) El Tribunal Superior de Valledupar profirió la sentencia de segunda instancia "sin traducir, y considerar en dicha providencia" los alegatos presentados en su propio nombre por el procesado Timothy Allen Crawford para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por el Comando de la Quinta Brigada del Ejército Nacional.

5. "*Inexequibilidad*, frente al Derecho Internacional consagrado por Tratados Públicos vigentes en Colombia, del procedimiento del Consejo de Guerra Verbal establecido por el Código de Justicia Penal Militar, por incompatibilidad con los artículos 14, numeral 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1963 de la Organización de las Naciones Unidas, y 8º, numeral 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 de la Organización de los Estados Americanos, fuentes de derecho superiores al Decreto 250 de 1958 (C. de J. P. M.) y Leyes posteriores a éste, que obligan al Estado colombiano a su fiel cumplimiento aun cuando contrarien su Derecho

Interno, implicando la infracción de la garantía del artículo 26 de la Constitución Política, que prohíbe el juicio de cualquier persona sin la observancia de la plenitud de las formas propias, por cuanto los artículos de los mencionados Tratados Públicos establecen como garantías *mínimas*, para toda persona inculpada de delito, normas y formas *inexistentes* en el procedimiento castrense aplicado por el Código de Justicia Penal Militar en general, y en este proceso en particular..."

El procedimiento del Consejo de Guerra Verbal —agrega— no reúne las garantías mínimas de defensa de todo ciudadano por lo que a Crawford se le negó el derecho a defenderse penalmente, a ser informado previa y detalladamente de los cargos formulados, a disponer de tiempo y medios adecuados a su defensa, a interrogar a los testigos y comunicarse libremente con su abogado.

6. Quebranto del artículo 26 de la Constitución Nacional por desconocimiento del principio de favorabilidad de la ley penal, cargo común a las demandas presentadas a nombre de los ciudadanos americanos acusados de narcotráfico.

Afirman en síntesis los recurrentes, que en la dosificación de la pena impuesta a los acusados, esto es, nueve (9) años de prisión y multa de un millón de pesos, cada uno, se acudió al Decreto 1060 de 1984 para entonces revocado por la Ley 30 de 1986, cuando por razones de favorabilidad han debido acogerse los falladores a la punibilidad del Decreto 1188 de 1974, Estatuto más benigno que los demás.

Uno de ellos, argumenta que las modificaciones temporales introducidas al artículo 38 del Decreto 1188 por el artículo 2º del Decreto 1060, quedaron sin efectos legales al entrar en vigor la Ley 30, salvo las sentencias ejecutoriadas durante su vigencia, por lo cual el primero de tales preceptos era el aplicable al caso concreto por ser preexistente al hecho y más favorable que el Decreto 1060 de 1984.

Al final de cada uno de los quince cargos contenidos en las tres demandas de casación, el libelista solicita la invalidación del proceso a partir del acto procesal que considera viciado.

Respuesta del Ministerio Público:

El Ministerio Público representado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, luego de reseñar y examinar, uno a uno, los diferentes cargos formulados a la sentencia en el orden en que fueron presentadas las demandas, concluye solicitando que no se case porque ninguno de ellos constituye factor invalidante.

La Sala se referirá a las argumentaciones del Procurador Delegado al momento de examinar los reparos al fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte:

Siendo evidente, como lo es, que el cargo de nulidad por incompetencia de la justicia penal militar para conocer del proceso por el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales y fallarlo en pri-

mera instancia, en razón de haber entrado en vigor la Ley 30 de 1986 derogatoria del Decreto 1042 de 1982 que le otorgó dicha competencia, fue materia de controversia y decisión mediante recurso de casación finiquitado con sentencia de 14 de julio de 1987 en la cual la Corte declaró la nulidad de lo actuado por la jurisdicción castrense, con "posterioridad a la sentencia de primera instancia" dejando incólume la actuación precedente, tal pronunciamiento no puede ser cuestionado nuevamente en casación con idénticos o similares argumentos, so pena de desconocerse el principio de seguridad jurídica y la fuerza vinculante que ampara esta clase de decisiones.

En ello, asiste toda razón a la Procuraduría Delegada que se abstuvo de emitir concepto al respecto, fundada en dicha consideración.

De modo pues, que el reproche a la sentencia impugnada por incompetencia de la justicia penal militar, contenido en las tres demandas de casación, debe desestimarse por haber sido debatido y decidido mediante sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, situación que no sólo cobija ese reparo común, sino que se hace extensiva a todos los demás por supuestas o reales irregularidades cometidas durante el juzgamiento y la emisión de la sentencia de primera instancia.

La razón es que en la primera oportunidad los recurrentes en casación no obstante haberse acogido a la causal cuarta del artículo 580 del anterior Código de Procedimiento Penal, no vislumbraron la existencia de nulidades atinentes a la inobservancia de las formas del debido proceso o la violación del derecho a la defensa y la Corte, dentro de su atribución oficiosa, al revisar el proceso no advirtió la presencia de ninguna de ellas que por su manifiesta u ostensible notoriedad y su carácter insubsanable se hubiera visto precisada a declarar en aras de la sanidad del proceso.

Encontró, que el Tribunal Superior Militar carecía de competencia para conocer en segunda instancia de la sentencia de condena porque "habiendo concluido el Consejo de Guerra con la sentencia de primera instancia en ese momento perdió la justicia castrense su competencia para continuar la tramitación de este proceso y al haber persistido en ella se incurrió en la nulidad que ahora se declara" radicando la competencia del asunto en el Tribunal Superior de Valledupar y aceptando la legalidad del procedimiento que antecedió a la convocatoria del Consejo de Guerra y la emisión de la sentencia de primer grado.

Por eso, no resulta procedente la pretensión de los recurrentes que en esta nueva oportunidad, pasando por alto estas previsiones, aducen motivos invalidantes de mayor cobertura procesal al reconocido por la Sala, con el vedado propósito de anular un mayor tramo del proceso, pues algunos cargos apuntan a la invalidez de lo actuado a partir inclusive, de las indagatorias vertidas por los ciudadanos americanos incriminados de tráfico de estupefacientes.

En ese orden de ideas, la impugnación objeto de examen se circunscribe a los errores atribuibles al juzgador de segunda instancia, cometido que únicamente satisface el cargo reseñado en el numeral 6, presentado a nombre de los procesados Timothy Allen Crawford y Lawrence Steven Zeliadt.

Alegan en efecto los impugnadores, nulidad de rango constitucional por desconocimiento del principio de favorabilidad de la ley penal toda vez que el Tribunal Superior de Valledupar al confirmar la sentencia dictada por el Comando de la Quinta Brigada del Ejército Nacional aceptó la tasación de la pena correspondiente a cada uno de los acusados, teniendo en cuenta la fijada en el artículo 2º del Decreto 1060 de 1984 que dobló el mínimo de la pena privativa de la libertad contemplado para el delito por el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 (6 años de prisión) y estableció una multa de cien mil a diez millones de pesos, norma que para entonces se encontraba derogada por la Ley 30 de 1986, dejando de aplicarse al caso el primitivo artículo 38 del Decreto 1188, que por su benignidad punitiva y ser preexistente al hecho era de aplicación preferencial a la norma ex post facto, *es decir, la Ley 30 de 1986.*

A dicha censura replica el Procurador Delegado diciendo que aparece sustentada en un equivocado planteamiento de los censores que en tal hipótesis debieron acogerse a la causal primera de casación por violación directa de la ley sustancial y no a la causal cuarta por desconocimiento del principio constitucional de la aplicación preferencial de la ley permisiva o favorable al procesado.

La jurisprudencia de la Corte ha entendido que lo indicado en tales eventos, es acudir a la causal primera de casación alegando violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación o por aplicación indebida, buscando atemperar la pena al caso concreto mediante la infirmación parcial del fallo de condena; pero esto no es obstáculo para que, frente al error manifiesto de inaplicar al caso sub júdice *la ley más favorable al sindicado, el Juez en sede de casación, a solicitud de parte o de manera oficiosa, declare la invalidez de la sentencia por violación al principio constitucional y legal de favorabilidad a fin de que se restablezca la equidad (Casación de 23 de abril de 1985, Magistrado ponente doctor Pedro Elías Serrano Abadía. G. J. Tomo CLXXXI, págs. 199 a 201, entre otras).*

El hecho punible por el cual fueron juzgados y condenados los procesados recurrentes Lawrence Steven Zeliadt y Timothy Allen Crawford consistente en "transportar", sin permiso de autoridad competente, cocaína de alta pureza en cantidad de 488 kilos ocurrió el 7 de junio de 1985 en vigencia del Decreto 1060 de 1984 que fijó para dicha conducta una pena privativa de la libertad de 6 a 12 años y una sanción pecuniaria de cien mil a diez millones de pesos (art. 2º ibídem *en concordancia con el 38 del Decreto 1188 de 1974).*

La Ley 30 de 1986 (Nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes) que entró en vigor el 6 de febrero del mismo año —antes de dictarse las sentencias de primera y segunda instancia—, asignó a dicho comportamiento delictuoso una pena privativa de la libertad de 8 a 12 años (cuando la cantidad de cocaína incautada excediera de cinco kilos) y una sanción pecuniaria de 10 a 100 salarios mínimos legales (arts. 33 y 38, ordinal 3º ibídem*) teniendo en cuenta que el salario mínimo legal diario correspondiente a dicho año fue fijado en la suma de $ 560.38 por el Decreto 3754 de 1985.*

De las dos normas: La una preexistente al hecho punible *(Decreto 1060 de 1984) y la otra posterior al mismo (Ley 30 de 1986), pero anterior a las sentencias de condena, resultaba más favorable por su doble aspecto punitivo (pena aflictiva y pecuniaria) la primera que fue precisamente la aplicada por los juzgadores de instancia para tasar la pena a cada uno de los acusados en nueve (9) años de prisión y multa de un millón de pesos "atendiendo la gravedad y modalidades del hecho punible realizado, el grado de culpabilidad con que actuaron los procesados", la cantidad del estupefaciente incautado y su alto grado de pureza (fl. 660 del expediente).*

No prospera el cargo de nulidad planteado.

A pesar de lo dicho, respecto a la improcedencia de los cargos de nulidad por violación a las formas del debido proceso y quebranto del derecho a la defensa, la Sala se permite hacer las siguientes observaciones en orden a demostrar su manifiesta ineptitud e inocuidad.

La imperfecta elaboración de los cuestionarios correspondientes a los procesados Oscar Eduardo Arévalo Sánchez y Timothy Allen Crawford 9 cargos (segundo y tercero) porque aquél contradice la realidad procesal que lo margina de los hechos investigados y éste, no especificó la naturaleza de tentativa o consumado del hecho punible imputado, pese a que las autoridades penales militares se inclinaron por la primera modalidad, no pasa de ser una apreciación puramente personal de los recurrentes sin ningún arraigo probatorio pues de una parte, los elementos de convicción obrantes en el expediente demuestran que Arévalo Sánchez —juzgado en contumacia—, en su condición de propietario de la finca "La Cabaña" donde funcionaba una pista clandestina de aterrizaje, conservaba sin permiso de autoridad competente, la sustancia decomisada la cual fue hallada cuidadosamente empacada en una avioneta de matrícula americana que se aprestaba a salir del país piloteada por sus propietarios Timothy Allen Crawford y Lawrence Steven Zeliadt, y de la otra, basta leer el cuestionario correspondiente a Timothy para percatarse que en él se interrogó a los vocales del Consejo de Guerra por el acto consumado de transportar sustancia estupefaciente, sin permiso de autoridad competente.

El siguiente pasaje del fallo de primera instancia, por su claridad y precisión, disipa cualquier incertidumbre sobre el particular:

"Se empleó el verbo transportar, porque de acuerdo con circunstancias establecidas en el plenario, el alcaloide fue perfectamente empacado y colocado en el avión norteamericano, el que a su vez fue reabastecido de combustible sobre la propia pista, indicando desde luego esos hechos, que la mercancía ilícita debería ser transportada en la misma aeronave en que fue incautada y no podría decirse que fue colocada allí, para almacenarse o conservarse por un tiempo indefinido. Consideramos entonces, que los verbos rectores que tipifican las conductas ilícitas consagradas en el artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, el que más encuadra en la modalidad delictual, es el de transportar, ya que la aprehensión del alcaloide como se produjo, indica necesariamente el ejercicio de esta acción" (fl. 652 del expediente original).

Las equivocaciones del juzgador en cuanto a los grados de participación en el delito o los fenómenos de consumación o tentativa, por

tratarse de errores *in judicando* no generan nulidad de la actuación. Su planteamiento en casación apunta —como anota la Procuraduría— a la reapertura del debate probatorio con la consiguiente contraevidencia del veredicto, pretensión a todas luces improcedente en procesos con intervención de jurados de conciencia o de Vocales de los Consejos de Guerra.

No obstante los esfuerzos realizados por la defensa durante el plenario, los Vocales del Consejo de Guerra no negaron ni aminoraron la culpabilidad de los acusados y el veredicto por ellos emitido no fue cuestionado o tachado de injusto en su debida oportunidad procesal.

Los reproches de nulidad por violación del derecho a la defensa de los ciudadanos americanos incriminados de transportar cocaína, originados en las irregularidades reseñadas en los literales a) a d), cuarto cargo de esta providencia, tampoco están llamados a prosperar por las siguientes razones, entre las cuales sobresalen las expuestas por la Procuraduría Delegada, que la Sala prohija:

La designación de intérprete o traductor para intervenir en diligencia de indagatoria de un procesado que no entiende la lengua castellana ni puede darse a entender en ella, no inscrito en la lista oficial de auxiliares de la justicia, pero respecto de quien no puede dudarse de su idoneidad por encontrarse debidamente calificado para tal función, es posibilidad contemplada en el artículo 16 del Decreto 2265 de 1969 (sobre auxiliares y colaboradores de la justicia), que descarta la nulidad o inexistencia de dicho acto procesal, pues la ley en ninguna parte exige para la legalidad o validez del mismo, la forzosa designación de perito oficial, pudiéndose acudir, en casos especiales, a expertos no oficiales.

En el caso presente, el Centro Colombo Americano de Bucaramanga, certificó la idoneidad de la señorita Martha Delgado Alzate como profesora de dicho Instituto, circunstancia que unida a la conformidad manifestada por los extranjeros interrogados por ella durante el desarrollo de las indagatorias prueba que su presunta ineptitud, no es más que una conjetura de los impugnadores.

No dudándose entonces de la idoneidad y rectitud de la intérprete designada, por cuyo conducto se les hizo saber a los procesados extranjeros, en su idioma nativo, el contenido de providencias tales como el auto de detención proferido en su contra (fl. 142 *ibidem*), el cargo resulta infundado.

Otras determinaciones tomadas como el auto que negó la revocación de la detención preventiva de los sindicados, la Resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal y la sentencia condenatoria de primera instancia fueron notificadas personalmente a los defensores de los acusados (fls. 392, 588 y 666 *ibidem*).

Consta en autos, que Lawrence y Timothy se negaron a firmar la notificación que se les hizo por conducto del Sargento Segundo Ricardo Moya, de la providencia que dispuso correr traslado a las partes de los dictámenes periciales obrantes a folios 113 a 115 (fl. 510

ibidem) y que la intérprete y traductora María del Pilar Mejía Restrepo concurrió a las deliberaciones del Consejo de Guerra (fl. 633).

Significa lo anterior, que durante el proceso los ciudadanos extranjeros inculpados fueron enterados, personalmente, o por intermedio de sus apoderados o defensores, del contenido de las más importantes decisiones adoptadas, contra las cuales ejercitaron los medios defensivos contemplados en la ley, e interrogados en su propio idioma sobre los hechos materia de investigación, sin poder afirmarse que mediante simuladas o fraudulentas actividades en tal sentido, hubieran sido engañados o sorprendidos en su buena fe.

En forma por demás reiterada, ha dicho la Corte, que no constituye motivo de nulidad la omisión del traslado a las partes del dictamen pericial, a menos que se demuestre concretamente que los sujetos procesales no tuvieron oportunidad alguna de conocerlo y controvertirlo, conculcándose por este camino el derecho a la defensa.

Como es apenas natural en esta clase de procesos, la investigación giró en torno a la naturaleza y cantidad de la sustancia incautada, tomándose de ella las muestras requeridas para ser examinadas por peritos del Instituto de Medicina Legal de Bucaramanga y Bogotá y del Laboratorio de la Policía Nacional, dictaminándose por todos ellos, que se trataba de clorhidrato de cocaína de alta pureza, pruebas que obran en autos a ojos vista y sirvieron de referencia y soporte probatorio a los cuestionarios propuestos a los Vocales del Consejo de Guerra, equiparados al auto de proceder del procedimiento ordinario y las sentencias de condena.

Es verdad que no todos los dictámenes y pruebas relacionadas con tales objetivos fueron puestos en conocimiento de las partes porque de suyo éstas los conocían desde el momento mismo en que fueron aducidos al proceso, pero, ninguna de ellas puede afirmar que no los conocía o que, a causa de dicha informalidad no tuvieron oportunidad de pedir que los peritos explicaran, ampliaran o rindieran su dictamen con mayor claridad, o de objetarlos por los motivos contemplados en la ley.

El reparo a la sentencia impugnada por haberse dictado sin traducir y considerar las propias alegaciones del sindicado Crawford, encuentra adecuada réplica en la siguiente argumentación del Procurador Delegado:

"Por lo demás, el reparo carece de seriedad, pues se entiende que la defensa técnica del procesado corre a cargo de su apoderado o defensor, y éste es quien debe llevar el peso de la defensa y no personalmente el procesado, porque se supone que éste carece de preparación para ello, de no ser así, el silencio del acusado a lo largo del juicio podría ser considerado como causal de nulidad, cuestión ajena a la preceptiva legal".

Finalmente, *en relación con la excepción de inconstitucionalidad de los Consejos de Guerra Verbales del anterior Código de Justicia Penal Militar (Decreto 250 de 1958) frente a los Tratados Públicos*

aprobados por Colombia, propuesta como cargo de nulidad a nombre del procesado Timothy Allen Crawford (cargo quinto), es preciso advertir que un conflicto de tal naturaleza, no daría lugar a la invalidez del proceso y que, como anota la Procuraduría Delegada no existe enfrentamiento entre los derechos y garantías consagrados en los Tratados Públicos mencionados en la demanda y los Consejos Verbales de Guerra, o por lo menos, el impugnador no los destaca.

El control constitucional por la vía de excepción del artículo 215 de la Carta Política debe ser restringido, toda vez que su abuso conduciría al desquiciamiento del orden jurídico. La inaplicabilidad de la norma jerárquicamente subordinada, solamente sería factible, cuando la violación del canon constitucional aparece de modo manifiesto u ostensible de la sola confrontación de los textos incompatibles.

En el caso sub exámine, *el aparente conflicto de normas se predica, no respecto a preceptos de superior jerarquía contenidos en la Constitución Nacional, sino en cuanto a Tratados Públicos aprobados por el Gobierno nacional.*

Una mirada restrospectiva al voluminoso expediente, pone de manifiesto lo infundado de los cargos atinentes al supuesto quebranto o limitación del derecho a la defensa de los procesados recurrentes y evidencia, por el contrario, que ellos gozaron a plenitud de todas las prerrogativas procesales inherentes a su defensa.

Dentro del moderno concepto de defensa integrada (técnica y material), tuvieron oportunidad de conocer el contenido de las pruebas aducidas y de las decisiones adoptadas, interpusieron contra estas últimas los recursos ordinarios y extraordinarios contemplados en la ley, solicitaron la práctica de pruebas que estimaron conducentes a establecer su inocencia o aminorar los rigores de la acusación y pidieron en múltiples ocasiones la libertad provisional por los más variados motivos, al extremo de dilatar significativamente la oportuna decisión del recurso de casación interpuesto.

Como quiera que la sentencia de primera instancia fue dictada por el Comando de la Quinta Brigada que resulta incompetente para su ejecución, por conducto del Tribunal Superior de Valledupar remítase el proceso al Juzgado competente para conocer del asunto, el que tomará atenta nota del informe rendido por el señor Comandante del Ejército Nacional (fl. 351 del cuaderno número 6) relacionado con el numeral décimocuarto del fallo de 13 de febrero de 1986.

Decisión:

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

Resuelve:

1º *No casar* la sentencia condenatoria recurrida a nombre de los procesados Lawrence Steven Zeliadt, Timothy Allen Crawford y Oscar Eduardo Arévalo Sánchez, de fecha, origen y naturaleza consignados en la parte motiva de esta providencia.

2º Por conducto del Tribunal Superior de Valledupar, remítase al Juez competente para la ejecución de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DELITO CONSUMADO. NARCOTRAFICO

El tipo penal del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 está integrado por varios verbos rectores, por manera que al iniciarse la acción en cualquiera de esas modalidades ya se está consumando el delito en su totalidad

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 80.

Vistos:

Se decide el recurso de casación interpuesto por los defensores de los procesados *Rafael Angel Visbal Angulo* y *Rafael Angel Visbal Rosales* contra la sentencia proferida el 19 de enero de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual se les condena con cinco acusados más por delito contemplado en el Estatuto Nacional de Estupefacientes.

Hechos y actuación procesal:

1. En la noche de 10 al 11 de abril de 1977 aterrizó de emergencia en un predio al sur de Jetmore - Kansas, territorio de los Estados Unidos de América un avión Douglas DC-6-B procedente de Colombia, en cuyo interior fue hallado por las autoridades de aquel país un cargamento de siete toneladas y media de marihuana. Si bien los ocupantes de la nave consiguieron eludir su captura, logró saberse que de ellos hacian parte el ingeniero de vuelo Rafael Angel Visbal Angulo y el propietario y piloto de aviación Rafael Angel Visbal Rosales.

2. El auto de proceder, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bogotá y confirmado en segunda instancia el 9 de julio de 1981 con algunas modificaciones, concretó a los acusados el haber sacado del país sustancia estupefaciente sin permiso de autoridad competente, conducta contemplada en el entonces vigente artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, agravada en razón a la cantidad de la sustancia.

La decisión de segunda instancia introdujo algunas modificaciones a la acusación, resultando notificada al último de los defensores

reconocidos el 18 de octubre de 1982, así que cumplida la etapa de la causa dio lugar al fallo de abril 9 de 1987 que condena a los acusados José González Bets, Roberto Antonio López Juliao, Walter Enrique Olarte Yance, Jaime Alberto Batle Gómez, Fernando Eduardo Gutiérrez y Juan Retat Díaz junto con los ahora recurrentes Visbal Angulo y Visbal Rosales a la pena principal de setenta (70) meses de prisión y cien mil pesos de multa. Revisada la sentencia en el Tribunal por grado de consulta, mereció su confirmación el 19 de enero de 1989 salvando la situación del enjuiciado Fernando Gutiérrez a quien se absolvió, y abonando como parte cumplida de la pena a los restantes, la proporcional prevista por la Ley 48 de 1987.

Merece aclarar que el Juzgado consideró el tránsito de legislación operado para el momento de la sentencia por vigencia de la Ley 30 de 1986, descartando su aplicabilidad por estimarla menos favorable a los acusados; el Tribunal a su vez omitió el respectivo análisis, graduando la pena con fundamento en los mismos preceptos.

La notificación del fallo de segunda instancia tuvo que ser repetida al avisar el Tribunal la ocurrencia de informalidades, concurriendo en el nuevo trámite los señores defensores de los procesados Visbal Angulo y Visbal Rosales con una solicitud de invalidación de la sentencia para que en su lugar se decretara la prescripción de la acción penal por aplicación del principio de favorabilidad, tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde la ejecutoria del auto de proceder conforme a las reglas del Decreto 100 de 1980, la no inclusión de la causal de agravación en la Ley 30 de 1986, y el silencio de los juzgadores en las dos instancias sobre la aplicación de la ley posterior. A la par con el anterior planteamiento, interpusieron el recurso de casación.

La Sala contestó negativamente a lo pedido, pues si bien acogió por principio de favorabilidad la preferencia de la Ley 30 de 1986, recordó que el término ordinario así fuese reducido en la mitad a partir del auto enjuiciatorio, debía incrementarse en la misma proporción por tratarse de un delito consumado en el exterior, de manera que aún tenía vigencia la respectiva acción penal. Como consecuencia, concedió el recurso extraordinario interpuesto.

La demanda:

Los señores defensores hicieron presentación de sus demandas en tiempo oportuno, coincidiendo en su alegación de nulidad del proceso por incompetencia del Juez de segunda instancia y discrepando apenas respecto de la norma procesal aducida, recurriendo el uno a la causal 4ª de casación prevista en el Decreto 409 de 1971, e invocando el segundo la 3ª del Decreto 050 de 1987.

A. Demanda a nombre del procesado Rafael Angel Visbal Angulo.

Sostiene su proponente que el proceso está afectado de nulidad porque cuando se profirió el fallo de segunda instancia la acción penal había prescrito, careciendo por consiguiente el Tribunal de competencia para su expedición.

Coincidiendo en los planteamientos que se habían exhibido ante el Tribunal, pretende el censor haga la Corte el pronunciamiento denegado en la instancia, añadiendo apenas una refutación respecto del sitio de consumación del delito para contestar el último argumento del *ad quem*.

Sostiene, entonces, que el hecho punible se consumó dentro del territorio nacional y en el momento en que la nave cruzó el espacio aéreo limítrofe, pues la conducta penalizada en el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, disposición que no tuvieron en cuenta los juzgadores de instancia, consiste en "sacar del país sin licencia oficial sustancias estupefacientes"; añade que este Estatuto que infiere especial y prevalente, involucra el sistema de la territorialidad absoluta y por tanto no comprende "la causa por la cual Colombia acudiría a una extraña tipificación de hechos consumados en territorio extranjero, sin posibilidad de aplicar el sistema territorial; cuando para esos eventos podría colacionarse, por ejemplo, el sistema real o de la defensa, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por la ley".

Recuerda además que el Código Penal de 1936 no contempla el sistema "de la ubicuidad absoluta o pura, sino el relativo del artículo 4º, inciso segundo, y que los hechos sucedieron bajo su vigencia, por lo tanto se extraña de que para efectos de prescripción se adicione la agravante" del artículo 81 del actual Código Penal, porque ello contraría el principio de favorabilidad garantizado por la Carta en su artículo 26.

Considera el actor que de acogerse la tesis del Tribunal para no acceder a la declaratoria de prescripción, llevaría a aplicar el artículo 13 numeral 1º del Código Penal, dando por realizado el hecho punible en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción, y ésta "al menos, inconcusamente se inició o comenzó a realizarse, mediante actos ejecutivos, en el territorio nacional..." terminando por afirmar que esta disposición legal junto con las demás que menciona, desenvuelve el tema de la ubicuidad, tratándose de los llamados delitos a distancia.

En suma, concluye que aplicar el tiempo extra para efectos de la prescripción de que habla el artículo 81 del Código Penal atenta contra el principio de favorabilidad y contra la interpretación lógica-jurídica, así que solo puede concluirse en que la prescripción operó tres meses antes de que se expidiera el fallo del Tribunal, motivo suficiente para que su demanda prospere.

B. Demanda a nombre de Rafael Angel Visbal Rosales.

Olvidando el actor que ejecutoriado el auto de proceder dentro de este proceso en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1971, es bajo ese rito como debe concluir la actuación, con invocación de la causal 3ª del actual ordenamiento procesal penal propone que el fallo de segunda instancia se dictó sobre un proceso en que la acción penal se hallaba prescrita.

Parte el impugnante del presupuesto de ser la norma aplicable al caso la Ley 30 de 1986 y no el Decreto 1188 de 1974, pues éste resultaba mucho más gravoso a los acusados por virtud de la agra-

vante de su artículo 43. Sobre esta premisa resalta las diferencias entre los dos Estatutos y dice que el Decreto agrava los máximos punitivos en razón de circunstancias específicas, mientras que por contraste, la ley lo que incrementa son los mínimos, diferencia que encuentra fundamental para inferir la prescripción, frente a la cual, la contabilización más benigna la permite la Ley 30 cuya máxima sanción sólo llega a los 12 años. Como ese lapso debe reducirse a la mitad como lo indica el artículo 82 del Código Penal, dedúcese la extinción de la acción al momento del fallo de segundo grado.

Considera el recurrente grave error el sostener que el delito se inició en Colombia y se consumó en el exterior, pues la conducta que se imputó a los acusados fue la del verbo rector "sacar del país" del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, y que por consiguiente la acción allí descrita se consuma con el traspaso de las fronteras patrias. Que de aplicarse la tesis del *ad quem*, tendría que hacerse lo propio con el artículo 13 del Código Penal que en su numeral 1º señala como lugar de consumación del delito aquel en que se desarrolló parcial o totalmente la acción, y que debe entonces entenderse que ésta tuvo lugar en Colombia, porque aquí se cumplieron los actos ejecutivos de cargar el avión con la marihuana, prepararlo para el largo vuelo y además que culminaron con el decolaje a otro país.

Como la armonía con este último precepto comporta el reconocimiento del postulado de la territorialidad, es inaplicable la prescripción del artículo 81 del actual Código Penal, de donde concluye su alegación deprecando la nulidad de la sentencia por haber sido dictada cuando el Tribunal carecía ya de competencia.

Concepto de la Procuraduría:

No comparte el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal los argumentos de los casacionistas, solicitando a la Corte la inmodificabilidad del fallo atacado.

Para el representante del Ministerio Público la infracción se halla correctamente calificada frente a la descripción del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, siendo además atinada la agravante deducida del artículo 43 de ese Estatuto, consideración hecha de la cantidad de sustancia sacada del país por los implicados, hallando equivocada la pretensión de que la sentencia se hubiese afianzado sobre las bases punitivas de la Ley 30 de 1986.

Analizando el planteamiento del segundo demandante y para orientar su rechazo, destaca cómo, aunque efectivamente el artículo 38 de la Ley 30 de 1986 incrementa los mínimos de las penas por razón de la cantidad de estupefaciente con la que se cometió el delito, la aplicación de ese Estatuto al proferirse la sentencia hubiese resultado más gravosa a los acusados, pues la pena habría sido calculada sobre el mínimo de cuatro años, que duplicados por la agravante sobrepasan en mucho los setenta meses que les dedujo el *ad quem*, calculando sobre el mínimo del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974 el incremento autorizado por el artículo 43.

Conviene el funcionario en que para efectos de prescripción es más benigna la Ley 30 de 1986 porque ordena la agravación solamente sobre los topes mínimos de la sanción, pero considera que "no puede el Juez dictar la sentencia aplicando las normas más favorables para la prescripción (hecho futuro e incierto), siendo éstas, al mismo tiempo desfavorables respecto de la condena en concreto", y que tampoco "se puede construir una tercera norma, en la cual se tiene en cuenta el mínimo de agravación de la disposición derogada y el máximo de la nueva, pues ello significa crear una disposición especial para el caso", concluyendo de esas consideraciones que la pena máxima imponible sería de 21 años de prisión.

Concretándose al tema de la favorabilidad, recuerda con la jurisprudencia de la Sala que la prescripción de la acción se rige por la ley vigente a la fecha de la comisión del hecho, salvo que la ley posterior resulte más benigna, concluyendo en que para el caso en estudio la norma favorable la constituye el Código Penal vigente desde el mes de enero de 1981, en cuanto permite que el tiempo a contabilizar a partir de la ejecutoria del auto de proceder se reduzca a la mitad del ordinario.

Aclara, sin embargo, que el incremento del artículo 81 del Código Penal vigente no puede soslayarse, porque la conducta imputada a los procesados de sacar del país la marihuana se consumó en el exterior como lo indica la circunstancia de lugar que acompaña el verbo rector, y que es la que viene a determinar el lugar de perfeccionamiento del delito.

Respondiendo al punto planteado de la eficacia de la ley penal en el espacio, considera que el vacío normativo contenido en el Código Penal de 1936 fue llenado en la codificación actual al acoger el principio de la ubicuidad, pero que ello no significa que el delito se consume indistintamente en ambos lugares —en donde se desarrolló total o parcialmente, o donde se produjo el resultado—, porque en la acción atribuida a los acusados, el delito no se habrá consumado mientras aquella que prevé el verbo rector: "Sacar del país", no se cumpla, "pues mientras no salga de Colombia el delito no se habrá consumado".

En suma, recapitula las bases de su concepto afirmando la favorabilidad del Código Penal actual para efectos de la prescripción en estudio, porque en el Estatuto de 1936 el término máximo de prescripción llegaba a los 30 años, en tanto que en el actual no excede de 20, y porque en éste el lapso extintivo se reduce a la mitad después de ejecutoriado el auto acusatorio. Sólo que como en esos términos no puede dejar de aplicarse el ahora vigente artículo 81, el tiempo a considerar alcanza los 15 años de prisión, plazo prescriptivo que infiere partiendo del límite legal máximo de 20 años, reducidos a diez que se inician a partir de la ejecutoria del auto de proceder, y que finalmente se incrementan en los 5 años que indica el comentado artículo 81, de donde se infiere que la acción penal no se hallaba extinguida al momento del fallo de segunda instancia, ni ha perdido ahora su vigencia.

Consideraciones de la Sala:

1. Procede a juicio de la Sala una aclaración previa relacionada con el motivo aducido de consuno como causal de casación en las dos demandas formuladas atinente a la falta de competencia del Juez para el proferimiento del fallo, en cuanto el cargo se orienta a sostener que el Tribunal la había perdido por ocurrencia previa de la prescripción al momento de desatar la segunda instancia.

Tal advertencia se impone en cuanto el criterio esbozado al respecto por la Corte, si bien inclinado finalmente a admitir el hecho como motivo de casación, dista de concederle relevancia como causa de incompetencia al desconocimiento de la extinción de la acción penal por parte del funcionario que pese a aquella, resuelve de fondo.

Es así como en sentencia de agosto 19 de 1982, con ponencia del Magistrado doctor Luis Enrique Romero Soto dijo la Sala que:

> "La competencia presupone una capacidad decisoria del órgano para actuar la norma legal o para abstenerse de hacerlo, en casos previamente señalados por la ley.
>
> "Nada tiene que ver con la competencia, entendida en los sentidos que se dejan expresados, el hecho de que un Juez a quien se le ha asignado el conocimiento de un proceso, es decir, que tiene competencia para adelantarlo, lo haga después de prescrita la acción penal, ya que de todos modos es el señalado por la ley para hacerlo o para manifestar que ha prescrito la pretensión punitiva del Estado.
>
> "Así, pues, la causal de nulidad contenida en el numeral primero del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se refiere al caso de que la acción penal sea ejercida por un Juez a quien no se le haya asignado la correspondiente competencia para hacerlo, sino que esté usurpando la que ya se ha conferido a otro. Pero no a aquel en que, siendo el señalado para hacerlo, no pueda llevarlo a cabo, porque un motivo especial se lo impide.
>
> "Tal sería precisamente el caso de la prescripción de la acción penal, en la cual el Juez debe limitarse a declarar la existencia de ese fenómeno y ordenar la cesación del procedimiento.
>
> "Si no lo hace, está violando el artículo 105 del Código Penal lo mismo que el 163 del Código de Procedimiento Penal, este último en la parte en que se ordena suspender el procedimiento cuando la acción penal no puede proseguirse.
>
> "La Corte en sentencia de 25 de abril de 1977 al acoger un cargo formulado al amparo de la causal la de casación, esto es, por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 105 del Código Penal expresó: 'Si para entonces el fenómeno prescriptivo por homicidio voluntario era un hecho cumplido, la sentencia que condenó a H.L.O. con esa calificación violó así mismo el principio universal según el cual en materia criminal cuenta el fenómeno

de la retroactividad siempre en favor del acusado, y desconoce el principio de legalidad del delito, pues vale lo mismo condenar a una persona sin ley preexistente, que hacerlo cuando la acción penal se ha extinguido en su caso...' y más adelante agrega: '...si por inadvertencia pronunció el Juez fallo condenatorio, su decisión es violatoria de las normas sustanciales señaladas por el censor en la forma y con los alcances indicados en el cargo *sub exámine*, que está llamado a prosperar'" (G. J., Tomo CLXX).

Recogiendo en parte la anterior doctrina, para abrirle camino al hecho como causal de nulidad, que no como motivo aducible bajo la causal primera de casación, en decisión más reciente retomó la Sala el tema en los siguientes términos:

"No comparte la Sala las apreciaciones de su ilustre Fiscal, quien considera antitécnica la demanda por haberse formulado el cargo al amparo de la causal cuarta o tercera de nulidad y no la primera por violación directa de la ley...

"No se comparte este respetable criterio, porque el actor que alegue acertadamente la violación directa de la ley sustancial debe aceptar la validez del proceso, para reclamar un error de juicio del Juez en la sentencia por exclusión evidente, aplicación indebida o equivocada interpretación de la norma sustancial o por desconocimiento o valoración indebida del caudal probatorio. Sólo sobre el presupuesto de un proceso válido podrá exigir que se case la sentencia y se la sustituya por otra más acorde con la equidad y la justicia. Y en el caso *sub júdice*, el censor está reclamando la nulidad del juicio desde el auto de proceder inclusive, porque en su concepto, cuando éste se profirió, la acción penal se hallaba prescrita.

"Es verdad, que la supuesta irregularidad que alega el casacionista no constituye un vicio procedimental de forma o ritualidad que afecte la estructura externa del proceso; pero sí alude dicha irregularidad de modo esencial y particular al quebrantamiento por el Juez de normas y principios tutelares de la legitimidad del juicio y del derecho de defensa, intereses ambos puestos bajo el amparo de la Constitución Nacional.

"Repugnaría a un sentimiento general de justicia que se considerara válida una sentencia proferida en un proceso que no podía adelantar un Juez por haberse extinguido en él la facultad punitiva del Estado" (Julio 4 de 1989, Magistrado ponente doctor Jorge Carreño Luengas).

Con todo e incurrir, entonces, las dos demandas bajo estudio en la errada presentación del cargo de nulidad por incompetencia del Tribunal frente al aducido motivo del desconocimiento de la prescripción, al sugerirse con él la vulneración del debido proceso que derivaría en otra causal anulatoria, procederá su análisis por parte de la Sala, aún sobrepasando las destacadas fallas técnicas, como a continuación se indica.

2. *Los hechos materia del proceso tuvieron ocurrencia en vigencia tanto de la legislación penal general (Código Penal de 1936) como del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Decreto 1188 de 1974), que en el curso del trámite resultarían derogados y sustituidos sin solución de continuidad por la codificación que hoy rige (Decreto 100 de 1980), como por la nueva legislación antinarcóticos (Ley 30 de 1986), sin que sea de considerar el Decreto 1060 de 1984 que como norma transitoria y desfavorable al incrementar el mínimo de pena, pero sin incidencia en la prescripción, no amerita análisis en la discusión propuesta, perdida ahora su aplicabilidad.*

Siendo lo anterior así, es de comprender que adecuada la conducta a la descripción del artículo 38 del Decreto 1188 de 1974, habría que partir para fijar el término de la prescripción de 12 años equivalentes al máximo de la sanción básica, que incrementados en 9 más por razón de la cantidad de la sustancia (art. 43 ibídem) totalizarían 21 como tope de la pena, y por ende 30 años como lapso extintivo, término a contar a partir de la ejecutoria del auto de proceder (arts. 105 y 107 del Código Penal de 1936).

La vigencia posterior del Decreto 100 de 1980 impondría la preferencia de sus normas por ostensible benignidad en el tratamiento de la prescripción de la acción penal, reduciendo el lapso máximo a 20 años, todavía disminuidos en la mitad a partir de la ejecutoria del auto de proceder, significando que para el caso propuesto la acción penal debería extinguirse al transcurso tan sólo de 10 años, pues siendo forzosa la aplicación íntegra del nuevo ordenamiento, el artículo 81 sobre incremento por consumación del delito en el exterior carecería de consecuencias al restringirse sus efectos al "límite máximo" fijado en el artículo 80 ibídem.

Continuando esa secuencia cronológica, y al llegar con ella la vigencia del nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30 de 1986) cuyo artículo 33 reprodujo la conducta atribuida en autos a los acusados, sus modificaciones se reflejaron en la drasticidad para los topes mínimos que subieron en la figura básica a 4 años y frente a la agravante a 8, aspecto de repercusiones severas en la tasación de la pena, que sin embargo deja como invariable límite superior los 12 años de prisión.

La obvia repercusión de este cambio en los términos de improseguibilidad implica que frente al incremento ya enunciado del artículo 81 del Código Penal, el lapso a cubrir sería de 18 años antes de ocurrida la interrupción, y 9 a partir del auto enjuiciatorio, acto que cumplido como consta en el expediente para el 18 de octubre de 1982 según coinciden en admitirlo los recurrentes, implicaría aún la vigencia de la perseguibilidad penal del hecho, y como consecuencia la definitiva improsperidad del recurso interpuesto.

Como avisados de éste razonamiento por las consideraciones que hiciera el Tribunal al inadmitir la nulidad planteada, los censores objetaron el que la consumación de la infracción hubiera ocurrido en el exterior, cabe aclarar que dentro de las conductas descritas tanto en el Estatuto de 1974 —art. 38—, como en el de 1986 —art. 33—, la adecuada al caso presente no fue otra diferente a la de "sucar" del

país sin autorización legal sustancia estupefaciente, dado su efectivo traslado a los Estados Unidos, comportamiento que necesariamente implica el que su consumación ocurra por fuera de las fronteras, pues en tanto la sustancia permaneciera aún en el territorio patrio, la adecuación podría resolverse con otro de los verbos empleados en la descripción legal tales como el transporte, la tenencia (llevar consigo) o el almacenamiento, conductas que aunque orientadas a las exportación, conllevan para su represión autonomía.

Y es evidente que la tesis de los demandantes resulta enteramente inadmisible, sea que apunte a la tentativa, ora a la consumación dentro del territorio del evento materia de la acusación. Para rechazo de estos dos supuestos precisa recordar que el tipo penal en análisis es infracción de simple conducta en cuanto su consumación no demanda la producción de un determinado resultado, que es además delito de peligro en la medida en que se perfecciona sin necesidad de producir un efectivo menoscabo de la salubridad, bien jurídico que con su represión se tutela, y por lo general instantáneo porque al menos en los eventos de introducir o sacar del país la sustancia, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla y suministrarla, la conducta se agota con la sola realización de la acción; pero ante todo, es de relievar que se trata aquí de uno de los llamados delitos compuestos alternativos porque integrado con varios verbos rectores, cada uno de los cuales configura conducta que realizada de manera autónoma e independiente, configura hecho punible, al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas, ya se está consumando el delito en su totalidad.

Tal es lo que en efecto ocurre cuando por ejemplo, se elabora droga con el ánimo de enajenarla, pues lejos de constituirse allí una tentativa de venta, se ha consumado ya el delito en la modalidad de la "elaboración", lo mismo si se compran narcóticos para suministrarlos, porque la infracción ha quedado ya perfecta en la modalidad de "adquisición", o bien por quien traslada fármacos para su almacenamiento en cuanto con su conducta ha consumado el evento típico de "transportar", etc., sin que para nada interese la no consecución del resultado final, porque sin demandar siquiera la norma la presencia de un dolo específico, basta apenas la maliciosa voluntad de cumplir el acto medio que ya se sabe por sí solo contrario a la ley.

Por lo mismo, la segunda eventualidad propuesta en la censura decae, porque afirmar que quien "saca del país" consuma su conducta en el territorio en que inicia la exportación, implica poco menos que la posibilidad de que el mismo comportamiento se sancione de nuevo como "importación" de la droga en el Estado de destino, eventualidad que repugna al delito que se estudia, pues si en él y como queda visto, cada una de las conductas alternativas configura autónoma e independientemente infracción penal, al ejecutar varias dentro de un mismo contexto de acción o implicando la una un presupuesto o desarrollo necesario de la otra, lejos de generar concurso delictivo, integra un solo hecho punible realizado en dos actos (Concepto de extradición, octubre 2 de 1985, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).

Ninguna incidencia tiene, entonces, en el debate la cita de los artículos 13 y siguientes del Código Penal, si no ha representado motivo alguno de duda en este caso la aplicación de la ley penal colombiana a los encausados, bastando apenas para inferir la extensión del plazo prescriptivo con saber si el delito se inició o consumó en el exterior, aspecto que como queda dicho, no es fuente de dificultades frente a la clara comprensión que permite la acción de "sacar" droga del país, porque ese concepto lleva insito un desplazamiento material por fuera de los límites del territorio, valga decir, hacia el "exterior", constituyéndose en motivo de aplicación del varias veces citado artículo 81, en cuanto su operancia deviene precisamente "cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior".

Desde otro aspecto y para terminar, es de observar que el tiempo adicional previsto en el artículo 81 del Código Penal que rige, tiene justificación frente a las dificultades que naturalmente surgen para el recaudo y desplazamiento de las pruebas a través de las fronteras, como se ha hecho ostensible en el caso que se estudia, demoras que de no hallar correspondencia en una ampliación del lapso extintivo, implicarían fácilmente la imposibilidad de la definición final de los procesos sometidos a tan difícil acopio de evidencias.

El cargo no prospera.

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

Resuelve:

No casar la sentencia impugnada.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Con salvamento parcial de voto; *Tiberio Quintero Ospina*, Conjuez; *Jorge Carreño Luengas*, *Guillermo Duque Ruiz*, *Gustavo Gómez Velásquez*, *Didimo Páez Velandia*, *Edgar Saavedra Rojas*, *Juan Manuel Torres Fresneda*.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

TENTATIVA (SALVAMENTO DE VOTO). NARCOTRAFICO (SALVAMENTO DE VOTO)

Algunos de los verbos rectores de los diseñados en la composición actual del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, admiten un comienzo de ejecución al realizar el sujeto parte de la fase ejecutiva, la cual se interrumpe por causas ajenas a su voluntad

Referencia: Proceso. Casación número 4230. Contra Rafael A. Visbal y otro. Delito: Infracción al Decreto 1188 de 1974.

En el acto *sub examine* estoy perfectamente de acuerdo con la decisión cuando considera que el punible que se enrostra a los coacusados se consumó en su doble vertiente: Objeto-subjetiva. Esto no admite discusión. No obstante, me separo conceptual y jurídicamente de algunos asertos que en mi sentir no llevan el sentido correcto de las cuestiones técnicas y de las construcciones dogmáticas del derecho penal. Me interesa, entonces, precisar:

a) No entiendo cómo pueda en el proyecto decirse que "...en los eventos de introducir o sacar del país la sustancia, elaborarla, venderla, ofrecerla, adquirirla y suministrarla, la conducta se agota con la sola realización de la acción...", como tampoco comprendo su afirmación complementaria de que "...al iniciarse la acción en cualquiera de las modalidades previstas, ya se está consumando el delito en su totalidad..." Fuera de que la ponencia confunde el delito agotado (efectiva consecución de la finalidad última perseguida por el sujeto de la acción) con el delito consumado (realización plena del tipo penal) —que no es lo mismo— creo, por el contrario, que algunos verbos rectores de los diseñados en la composición actual del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 admiten un comienzo de ejecución al realizar el sujeto parte de la fase ejecutiva, la cual se interrumpe por causas ajenas a su voluntad. Acaso convenga señalar —respetando el orden de los verbos enlistados en la ponencia— el correcto perfil de las conductas y su exteriorización en el transcurso de la gestación del delito. Así se tiene:

1. Introducir en el país.

El injusto se consuma cuando la droga logra penetrar a territorio colombiano, independientemente de que el culpable logre los fines teleológicos que se propuso alcanzar con la introducción. Esta acción disvaliosa admite la presencia de tipo dependiente pues que es posible

que el comienzo de ejecución se vea interferido por circunstancias ajenas al desarrollo de la voluntad criminosa. Si en el plan del autor está entrar la sustancia nociva camuflada entre diversas mercancías y el hecho se descubre al momento de ingresar a suelo colombiano, este acto fallido constituye tentativa punible.

2. Sacar del país.

La conducta incriminadora tiene lugar cuando el sujeto, burlando los controles oficiales consigue colocar la sustancia nociva en territorio extranjero. No ofrece problema alguno la tentativa. Se configura la posibilidad de su ejecución imperfecta cuando la droga es embarcada y antes de que se logre superar las fronteras patrias, por un acontecimiento inesperado, es descubierta sin que sobrevenga el resultado final apetecido.

3. Elaborar.

La conducta que aquí se detalla se cumple en su totalidad cuando el agente realiza las operaciones técnicas dirigidas a procesar, preparar y transformar materias naturales para convertirlas en sustancias (drogas, estupefacientes o psicotrópicos) que originen dependencia. Es simple de entender que como la elaboración o fabricación constituyen actos o actividades que requieren la producción de un resultado, cabe la posibilidad de la tentativa si el proceso de convertir la materia prima bruta en sustancia tóxica se interrumpe o frustra, sin alcanzar ésta su destino final, vale decir, las propiedades psicotrópicas propias de la transformación.

4. Vender.

El desarrollo de este comportamiento tiene lugar cuando el autor traspasa el producto prohibido recibiendo como contraprestación el dinero convenido. Cabe aquí la tentativa si en el instante de la venta el delincuente es sorprendido por la autoridad sin alcanzar el designio vedado.

5. Ofrecer.

El contenido del tipo penal se perfecciona cuando el malhechor concreta la proposición del espécimen al presunto cliente o cumple actos persuasivos o de proselitismo activo. Es bastante el ofrecimiento independientemente de la aceptación o acogida de la oferta que incluso puede rechazarse. En estos supuestos cabe hablar de un conato de delito.

6. Adquirir.

Esta conducta alcanza la consumación cuando la actividad enderezada a obtener la droga que produce dependencia se cumple a satisfacción. Si el autor es descubierto en el momento mismo de la adquisición de la sustancia, habrá un comienzo de ejecución y no una acción consumada.

7. Suministrar.

La base culminante de esta conducta tiene lugar cuando se aprovisiona o abastece a otro de droga tóxica a cualquier título. La acción

típica admite la figura imperfecta de tentativa si el sujeto es descubierto en el momento mismo en que surte o provee a alguien de la sustancia.

b) Parécume, además, que en otras modalidades de la acción, la conducta del autor se conjuga conforme a una de las hipótesis del tipo casuístico alternativo, realizándose la subsunción de manera integral y completa. La tentativa es así, un imposible jurídico. Al menos en dos modalidades:

1. Llevar consigo.

La ejecución de este verbo rector requiere necesariamente que el agente porte directamente el estupefaciente; su desarrollo ejecutivo nace y muere en un sólo acto. Y como la sustancia se porta o no se porta, no resulta adecuado hablar de un conato punible.

2. Conservar.

Para la consumación de esta conducta es suficiente con que el sujeto asegure la subsistencia de la droga mediante actos relacionados con formas de protección, vigilancia y custodia. Técnicamente no es posible la tentativa por constituir estas acciones comportamientos simples e instantáneos propios de un acto único, de tal guisa que cualquier actividad de las tipificadas es suficiente por sí misma para la realización del tipo.

c) No puedo aceptar —dogmáticamente hablando— que ante la concreción de una hipótesis específica, los aspectos intelectivo, material y externos de la conducta, debidamente calificados, varíen, con condicionamientos que desvirtúan su propia realidad y desconocen la dirección volitiva de esa conducta. En el actuar del sujeto hay una actividad consciente acerca de un objetivo que penalmente debe reprimirse como tal, esto es, como comportamiento dirigido a lograr un fin relevante. Pero esto no presupone que porque las diversas modalidades que integran el actuar punible ofendan un mismo interés jurídicamente protegido y evidencien idéntico correctivo punitivo, pueda producirse una transmutación de la voluntad para que cualquiera de las conductas alternativamente descritas suplante la que describe con exactitud el hecho y sus circunstancias. Por eso, hasta ahora, no he logrado entender la afirmación de la mayoría de que sí hay ánimo de enajenar la sustancia prohibida y la operación se frustra no es dable pregonar la tentativa de venta y sí la elaboración (!). O esta otra de que quien traslada fármacos para su almacenamiento ha consumado el evento típico de transportar (!). Debo confesar —sin infringir los buenos modales— que mi lucidez y mis intentos dialécticos han sido inútiles para alcanzar a averiguar la virtud que se esconde en esos párrafos. Sospecho que mi desacuerdo es total en la materia.

d) Ninguna excelencia conceptual advierto, pues, en lo sostenido por la mayoría. Lo sé a punto fijo por dos consecuencias de inocultable trascendencia: La aplicación de un criterio extensivo que el derecho penal no posee y la eliminación de la tentativa en los supuestos

del artículo 33 de la Ley 30 de 1986. Juzgue cada cual lo particular de estas ideas jurisprudenciales. De pronto y de verdad el asunto es de cavilar. Con buena meditación, obviamente.

e) Con la obligada brevedad de un salvamento de voto digo mis verdades. Puedo engañarme, claro está, y esta es una posibilidad que no desdeño. Alguien dijo que la historia tiene de río no saber andar hacia atrás. Es buena la reflexión. Yo, al menos la practico mientras las objeciones llegan a la intimidad de mis creencias. Conste así.

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra.*

JURADO DE CONCIENCIA. TRANSITO DE LEGISLACION

El Decreto 1861 de 1989 suprimió el Jurado de Conciencia y como única excepción consagró en la norma transitoria (art. 58), los casos en los cuales ya la audiencia pública se había iniciado (en el mismo sentido sentencia de esta fecha, en el proceso número 4858. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel)

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Ricardo Calvete Rangel.*

Aprobado: Acta número 084 (diciembre 11 de 1990).

Vistos:

Agotado el trámite legal correspondiente, procede la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado *Jaime Bonilla Bernal*, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Segundo Superior de la misma ciudad, en la cual impuso al imputado pena principal de once (11) años de prisión por los delitos de homicidio y lesiones personales.

1. Hechos y actuación procesal:

El sábado cinco de noviembre de 1988, hacia las 7:30 p.m., se encontraba la joven Olga Lucía Garzón dialogando con su novio Javier Hernández Pinto, frente a su residencia ubicada en la carrera 3ª sur entre calles 16 y 17, Barrio Industrial de la ciudad de Ibagué.

En esos momentos llegó el sujeto Jaime Bonilla Bernal, con quien Olga Lucía había tenido una relación amorosa, y luego de pedirle que se acercara la lesionó con el cuchillo que empleaba en sus actividades de matarife, y con la misma arma le asestó dos puñaladas a Hernández Pinto, causándole la muerte en forma inmediata.

La investigación correspondió al Juzgado Veintiséis de Instrucción Criminal, Despacho que calificó el mérito del sumario llamando a juicio al imputado por los delitos de homicidio y tentativa de homicidio en perjuicio de los jóvenes anteriormente mencionados.

Posteriormente, iniciada la audiencia pública con jurado de conciencia, el Juez del conocimiento varió la calificación de la tentativa de homicidio a lesiones personales. El veredicto emitido condenó por el homicidio y absolvió por las lesiones, pronunciamiento este último que fue declarado contraevidente mediante providencia de julio 27 de 1989.

El Juez convocó a una segunda audiencia con jurado para el juzgamiento de las lesiones personales y fijó el 15 de noviembre para su realización. Sin embargo el día anterior a la celebración de la diligencia, dictó un auto cuyo texto es el siguiente: "Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Gobierno nacional en el Decreto 1861 de 18 de agosto del corriente año, concretamente en su artículo 37, llévese a cabo la diligencia de audiencia pública dentro de la presente causa, sin la intervención del jurado de conciencia".

Practicada la audiencia sin intervención de jurado popular, el Juez dictó la sentencia condenatoria ya referida, por los delitos de homicidio en concurso con lesiones personales la cual fue confirmada por el Tribunal Superior.

II. La demanda.

El defensor formula solamente un cargo en los siguientes términos: "Contra la sentencia condenatoria así reseñada invoco la causal tercera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por haberse dictado sentencia condenatoria contra el procesado Jaime Bonilla Bernal, el 22 de febrero del presente año, por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro de un proceso viciado de nulidad, ya que se violaron, entre otras, las siguientes normas jurídicas: Artículo 26 de la Constitución Política de Colombia, 1º del Código Penal, 1º y 305-2 del Código de Procedimiento Penal y 40 de la Ley 153 de 1887".

Estima el demandante, que el juzgamiento de un procesado, según el artículo 26 de la Constitución Nacional, debe hacerse con normas preexistentes al acto que se imputa, "y en el presente caso la imputación nació en el momento mismo en que la resolución de acusación quedó en firme y se convirtió en ley para los sujetos procesales". Las leyes aplicables son las vigentes para el momento en que se profirió la resolución de acusación.

Asegura que el juzgamiento del procesado Jaime Bonilla se inició con jurado de conciencia y pese a que se decretó la contraevidencia todo estaba previsto para que la segunda audiencia se llevara a cabo con jurado; sin embargo, el Juez Superior resolvió hacer el juzgamiento sin su intervención y eso crea una situación especial, porque no se hizo la segunda audiencia con fundamento en leyes preexistentes, ni el Código de Procedimiento Penal establece un segundo juzgamiento por un mismo hecho contra un mismo procesado, ya que la contraevidencia no tiene cabida en los procesos penales sin jurados de conciencia.

Las alternativas eran: Hacer la segunda audiencia con jurado o aceptar el veredicto absolutorio, ya que no procedía un segundo juzgamiento.

Como se juzgó por segunda vez ante el Juez de derecho, la sentencia se dictó "afectada de comprobadas irregularidades sustanciales que la hace violatoria del principio del debido proceso y del principio de la legalidad del juicio y esto va en desmedro de las garantías procesales sistematizadas, por vía jurisprudencial, en desarrollo del artículo 26 de la Constitución Política de Colombia, lo que también afecta la situación jurídica del procesado".

La petición es que se case la sentencia y se declare la nulidad de lo actuado, a partir del auto de 14 de noviembre de 1989, inclusive, ordenando que el juzgamiento se haga con jurado de conciencia.

III. Concepto del Ministerio Público:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, considera que el cargo está formulado de manera imprecisa, ya que no señala si la nulidad que pretende es constitucional o legal, desconociendo la diferencia tajante que sobre ellas ha hecho la normatividad vigente, al prever expresamente las legales. Demostrativo de esa situación, es el conjunto de normas que cita como violadas.

Transcribe parte de un concepto emitido el 17 de septiembre del presente año, sobre la técnica que se debe emplear cuando se fundamenta la acusación en una causal de nulidad teniendo en cuenta la regulación que al respecto hizo el nuevo Código de Procedimiento Penal en el artículo 305.

Sobre el problema de fondo cita dos providencias de esta Sala, en las cuales se concluyó que de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las modificaciones al procedimiento contenidas en el Decreto 1861 de 1989, son de aplicación inmediata, con la única excepción de las audiencias con jurado de conciencia que se habían iniciado cuando esa normatividad entró en vigencia.

De esta manera, afirma que el trámite seguido en este proceso es el que correspondía de acuerdo con la ley, por lo tanto solicita que no se case la sentencia.

IV. Consideraciones de la Sala:

1º Realmente la demanda no precisa si se refiere a nulidad constitucional o legal, pero esa omisión no es suficiente para desestimarla, ya que con toda claridad dice que el motivo de inconformidad es la violación del debido proceso y del principio de la legalidad del juicio, que no es otra cosa que un aspecto de esa garantía. Además cita el numeral 2º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal, el cual señala como desarrollo del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Como el Ministerio Público lo reconoce, la motivación del cargo es clara y la determinación del hecho en el cual funda la presunta nulidad no ofrece ninguna confusión, de manera que procede estudiar el problema de fondo.

2º El Decreto 1861 entró en vigencia el 18 de agosto de 1989 y en el artículo 37 dispuso la supresión del jurado de conciencia. La única

excepción la consagró en la norma transitoria (art. 36), para los casos en los cuales la audiencia pública ya se había iniciado con intervención de jurado, concordante con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

En el caso en estudio, la contraevidencia del veredicto emitido sobre las lesiones personales se decretó mediante auto de 27 de julio de 1989. La consecuencia de esa determinación, prevista en la ley procesal vigente en ese momento en el artículo 532, era la realización de una segunda audiencia pública con un nuevo jurado; pero como el Decreto 1861 derogó las normas que autorizaban la participación del jurado popular a partir de 18 de agosto, es claro que en la segunda audiencia realizada el 15 de noviembre de 1989 no podía intervenir, como acertadamente lo precisó el Juez Segundo Superior en el auto de 14 del mismo mes y año, con el cual corrigió el error en que había incurrido al sortear nuevamente jurados.

El debido proceso es el que se aplicó. Si el Juez hubiese permitido que un jurado —cuya participación había sido suprimida por el nuevo Decreto —se pronunciara sobre la responsabilidad del procesado, habría incurrido en nulidad, porque en ese caso sin ninguna duda estaría utilizando un procedimiento no previsto en la ley. Así lo decretó la Corte en providencia de diciembre 5 del presente año, con ponencia de quien aquí realiza esa labor.

Se equivocó el libelista al afirmar que las leyes procesales preexistentes al acto que se imputa, son las vigentes en el momento en que la resolución de acusación queda en firme, pues es un criterio consagrado en el ya citado artículo 40 de la Ley 153 de 1887 y acogido por la doctrina y la jurisprudencia, que "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre los anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Una excepción sería el principio de favorabilidad, también aplicable en los casos de sucesión de leyes procesales en el tiempo, pero como lo ha reiterado esta Sala, no existe tratándose de la confrontación entre audiencias con jurado y sin él ya que nada permite inferir de manera concreta que una modalidad de juzgamiento sea más favorable que la otra.

Tampoco puede aceptarse la afirmación del defensor, en el sentido de que una vez decretada la contraevidencia no podía hacerse el segundo juzgamiento sin jurado de conciencia porque no estaba previsto, pues como se ha repetido, a partir de 18 de agosto de 1989 entró en vigencia la norma que permitía haverlo y ello era la ley preexistente en la fecha en que se celebró la audiencia pública, luego su aplicación no constituye ninguna irregularidad, por lo tanto 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, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Con salvamento de voto; *Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

JURADO DE CONCIENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). TRANSITO DE LEGISLACION (SALVAMENTO DE VOTO)

No es posible, sin quebrantar las formas propias del juicio, suprimir la intervención del jurado en la segunda fase de la actuación del juzgamiento en concurso

Casación número 4982. Jaime Bonilla Bernal. Homicidio. Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel.

Con el habitual respeto por las decisiones de mayoría, en cumplimiento del deber legal, expreso las razones de mi disentimiento con el fallo de la referencia:

La Corte mayoritariamente se abstiene de anular la actuación que excluyó al jurado de conciencia por haberse realizado la segunda audiencia en vigencia del Decreto que suprimió los juzgamientos en conciencia. Su razonamiento medular, con el cual discrepo, es el siguiente:

"En el caso en estudio, la contraevidencia del veredicto emitido sobre las lesiones personales se decretó mediante auto de 27 de julio de 1989. La consecuencia de esa determinación, prevista en la ley procesal vigente en ese momento en el artículo 532, era la realización de una segunda audiencia pública con un nuevo jurado; pero como el Decreto 1861 derogó las normas que autorizaban la participación del jurado popular a partir de 18 de agosto, es claro que en la segunda audiencia realizada el 15 de noviembre de 1989 no podía intervenir, como acertadamente lo precisó el Juez Segundo Superior en el auto de 14 del mismo mes y año, con el cual corrigió el error en que había incurrido al sorteo nuevamente jurados".

"El debido proceso es el que se aplicó. Si el Juez hubiese permitido que un jurado —cuya participación había sido suprimida por el nuevo Decreto— se pronunciara sobre la responsabilidad del procesado, habría incurrido en nulidad, porque en ese caso sin ninguna duda estaría utilizando un procedimiento no previsto en la ley. Así lo decretó la Corte en providencia de diciembre 5 del presente año, con ponencia de quien aquí realiza esa labor".

A los anteriores razonamientos he contestado así:

El juzgamiento que se hizo a los varios procesados y por diversos delitos estaba regido por el procedimiento señalado en el Código de Procedimiento Penal, esto es, con intervención del jurado de conciencia, significando ello, sin esfuerzo alguno, que ese y no otro era el

debido proceso al que tenía que sujetarse la justicia por mandato del artículo 26 de la Carta. Ese debido proceso señalaba la posibilidad de ser uno o varios de los pronunciamientos del Tribunal popular contrarios a la evidencia probatoria y se daba, en consecuencia, al Juez la facultad de declararlos contraevidentes, aplazar el fallo para los demás y convocar nuevo jurado que defina el juzgamiento.

En cumplimiento de ese mandato legal el Juez acogió los veredictos de uno de los procesados y declaró contraevidente el absolutorio respecto del otro procesado y por uno de los dos delitos enjuiciado, convocando nuevo jurado para que se pronunciara definitivamente respecto a tal delito, en providencia que constituye ley del proceso.

Significa lo anterior que el juzgamiento en conciencia, en los casos de contraevidencia del veredicto, lo consideró el legislador como acto procesal complejo, es decir, que la llamada segunda audiencia no es acto autónomo, sino meramente complementario del anterior, así se haga, por razones de voluntad legislativa, con personas diferentes, pues el legislador al referirse al jurado lo hace como institución no como conjunto de personas determinadas.

El principio universal del "Juez natural", consagrado implícitamente en el artículo 26 de la Constitución Nacional y expresamente como principio rector en el artículo 1º del Código de Procedimiento Penal, exige que el juzgamiento se haga "ante un Juez competente *previamente establecido*", siéndolo aquí el Tribunal popular por ser el único que puede decidir en conciencia, dentro del debido proceso a seguir en esa oportunidad.

Es verdad que este principio ha sido interpretado con cierta laxitud cuando el cambio de competencia se da entre Jueces de derecho de una misma jurisdicción, por presumirse en ellos similar idoneidad en la labor interpretativa del derecho aplicable; pero entratándose de un cambio sustancial de competencia con clara incidencia en el sistema de apreciación de la prueba, no puede ser de recibo cuando el acto de juzgamiento ha tenido iniciación. A nadie escapa la diferencia sustancial existente entre una decisión en conciencia y una en derecho.

Para garantizar estos dos principios fundamentales del derecho procesal, el legislador estableció el artículo 40 de la Ley 153 que dice, refiriéndose al tránsito de legislación procesal:

"...los términos que hubieren empezado a correr, y las *actuaciones* y diligencias *que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación*" (Subrayas fuera de texto); y el artículo 36 del Decreto 1861 de 1989 con ese mismo entendimiento expresó: "...en los procesos con intervención de jurado *en los cuales se haya iniciado audiencia pública, se continuará con el trámite que corresponda a esta modalidad de juzgamiento*" (Subrayas fuera de texto).

Actuación, dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "acción y efecto de actuar", y una de las acepciones que trae de actuar es "proceder judicialmente". Trasladado esto al rito procesal debido, la iniciación del juzgamiento con intervención del jurado de

conciencia es una actuación judicial que comienza con el sorteo y posesión del Tribunal popular y termina con la sentencia que esté en consonancia con el veredicto.

No es posible en mi sentir, sin quebrantar las formas propias del juicio, suprimir la intervención del jurado en la segunda fase de la actuación del juzgamiento en conciencia, alegando cambio de rito, porque hay norma legal expresa que permite seguir aplicando el anterior no como un aspecto de favorabilidad, sino como debido proceso señalado por ley preexistente a la iniciación de la actuación judicial compleja; prueba de ello es que cuando el Juez dictó la contraevidencia ya estaba en vigencia el Decreto que acabó con el jurado luego, sería nulo porque el nuevo rito no previó el evento. Sin embargo, lo toma como válido, y lo es porque se dictó bajo el imperio de un rito procesal que lo permitía, quedando como ley del proceso. Por qué entonces ilógicamente desconocer esta realidad?

De otra parte y dentro del marco de la lógica, resulta difícil entender cómo puede obligarse a un Juez de la República a proferir una sentencia, dentro del principio de unidad procesal, en donde se condene a unos procesados en conciencia y a otro, en conciencia por un hecho y en derecho por el otro delito juzgado en el mismo proceso.

Esto implica, necesariamente, un desconocimiento del principio de igualdad, pues frente a unas mismas circunstancias procesales caben unas mismas razones de derecho.

Como lo expresado implica que aún oficiosamente ha debido anularse lo actuado, salvo el voto a la sentencia que se abstuvo de hacerlo.

Respetuosamente,

Dídimo Páez Velandia, Magistrado.

Fecha *ut supra* (diciembre 11 de 1990).

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Obligaciones. INASISTENCIA ALIMENTARIA

Interpretar el incumplimiento de una obligación alimentaria como falta a la buena conducta familiar, es extralimitar la acepción y alcance propios de la expresión señalada en el numeral 2º del artículo 443 del Estatuto Procesal

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Didimo Páez Velandia.*

Aprobado: Acta número 84.

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué dio por terminada la indagación preliminar adelantada contra el Juez Tercero Penal Municipal de esa localidad, doctor *Jairo Cuenca*, por el delito de detención arbitraria, según providencia inhibitoria recurrida en apelación. Compete a la Corte desatar dicha impugnación.

Los hechos denunciados:

Al Juzgado Tercero Penal Municipal de Ibagué, a cargo del doctor Jairo Cuenca, correspondió el proceso por inasistencia alimentaria de Margarita Márquez de Rodríguez contra Luis Martín Rodríguez, a quien un Juzgado de Menores (hoy de Familia) le había fijado cuota alimentaria en favor de tres de sus hijas.

El 3 de mayo de 1989 profirió medida asegurativa de conminación contra Rodríguez imponiéndole como obligación "seguir cumpliendo con la suma asignada de veintidós mil pesos mensuales hasta el mes de junio del año en curso con un incremento anual del 20%. Cancelar la deuda causada por concepto de alimentos hasta el mes de enero de 1989 correspondiente a la cantidad de trescientos trece mil quinientos cincuenta y tres pesos ($ 313.553.00) para lo cual se le concede un plazo de un mes contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia".

El 27 de junio de 1989, a petición del representante de la parte civil, lo hizo conducir para que explicara las razones del no pago de la obligación, obteniendo como explicación la imposibilidad absoluta para conseguir dicha suma. A pesar de ello, el Juez mediante auto de julio 11 de 1989 lo sancionó con arresto inconmutable de 30 días.

La captura había sido ordenada a varias dependencias oficiales y al cumplirse la sanción no se ordenó la cancelación de los oficios correspondientes; el 2 de marzo de 1990 unidades del DAS lo capturaron y sólo en horas de la tarde se le dio libertad según constancia del Juzgado de no ser requerido.

Como en sentir del quejoso esos hechos constituyen delito, formula la respectiva denuncia.

Adelantada la investigación preliminar el Tribunal halló que el comportamiento del Juez estuvo ceñido a derecho pues al incumplir el procesado las obligaciones impuestas, debía dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal como poderes disciplinarios que le da la ley. Consideró, por consiguiente, atípica la conducta y en auto de junio de 1990 se inhibe de abrir investigación sumarial; contra dicho proveído apeló el denunciante.

Alegaciones de las partes:

En el término legal para alegar en la instancia, solamente lo hizo el señor Procurador Tercero Delegado quien encuentra típico el comportamiento del Juez denunciado pues lo que hizo fue anticipar la sentencia al darle un alcance extraño a la "buena conducta familiar" ya que es el objeto del proceso.

Agrega: "Para la Procuraduría el problema de la legalidad de ciertas decisiones no está solamente en que pueda optarse por uno de los varios sentidos de aplicación que a veces ofrece la ley, sino que hay que considerar además que dicha correspondencia exista entre el entendimiento que de la norma tiene quien la aplica y su contenido material. Esa la razón para que propugnemos porque se abra la investigación y se acredite cuál era la manera de actuar del Juez Cuenca en procesos similares, además de que se expliquen los motivos por los cuales la retención se prolongó en uno o dos días y por qué motivo no se cancelaron las órdenes de captura que propiciarían una nueva retención del denunciante. La atipicidad no es manifiesta y más bien parece que en el fondo existe un problema de culpabilidad que es necesario dilucidar. Para eso está el proceso".

Consideraciones de la Corte:

1. La conminación es una medida asegurativa que se impone en los casos señalados en la ley (art. 416 del C. de P. P.) y consiste en suscribir un compromiso de cumplir las obligaciones que le imponga el Juez al resolverle la situación jurídica.

2. Las obligaciones que puede y debe imponer el Juez son las permitidas por la ley. Categóricamente el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal señala que en los casos de conminación se le impondrán al procesado las siguientes obligaciones: 1. Presentarse cuando el Juez lo solicite; 2. Observar buena conducta individual, familiar y social, y 3. Informar todo cambio de residencia.

No está por consiguiente, al libre talante del funcionario señalar las obligaciones a cumplir en el acta de compromiso y, menos aún,

aquellas que por su propia naturaleza constituyen el objeto del proceso, pues de ser ello posible, se estaría frente a un anticipo de la sentencia lo que constituiría ciertamente, como mínimo, un abuso de autoridad.

3. Interpretar el incumplimiento de una obligación alimentaria como "falta a la buena conducta familiar" es extralimitar la acepción y alcance propios de la expresión señalada en el numeral 2º del artículo 443 del Estatuto Procesal. Con tal proceder, el objeto perseguido por el artículo 263 del Código Penal queda agotado en la suscripción de un acta que constituye fundamento de una sanción de privación de libertad, tornando un poder estrictamente disciplinario en instrumento o título de ejecución extrarápido de una obligación por demostrar con certeza en el proceso mediante un fallo de condena.

4. El poder disciplinario dado al Juez Penal en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal es solamente para casos de renuencia a firmar el compromiso conminativo o de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones señaladas en el artículo 443 Ibídem. *Sancionar con tal medida otra hipótesis por interpretación extensiva puede, realmente, tipificar una detención arbitraria y ello necesariamente conduce a que se investigue el hecho sumarialmente.*

Hay, desde luego, varios interrogantes que debe dilucidar el Juez imputado tales como quiénes son beneficiarios de alimentos, sus edades y circunstancias económicas? (art. 420 del C. C.); cuándo debe exigirse el cumplimiento de la obligación alimentaria?; qué entiende por capacidad económica y a quién incumbe su demostración?, etc., así como también los que sugiere la Delegada en su concepto.

Deberá, entonces, revocarse el proveído recurrido para que el Tribunal de origen se abra la correspondiente investigación penal.

En mérito de lo expresado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de acuerdo con la Procuraduría,

Resuelve:

Revocar el auto inhibitorio recurrido. En consecuencia, el Tribunal abrirá la correspondiente investigación sumarial.

En firme regrese la actuación a la Corporación de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

ERROR DE HECHO

El error de hecho atañe al examen material de la prueba

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Gustavo Gómez Velásquez.*

Aprobado: Acta número 83 (diciembre 7 de 1990).

Vistos:

Por auto de 28 de junio último se declaró *admisible* el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Fabián Rodríguez Ruiz* contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Florencia en abril 30 del presente año, únicamente por el delito de homicidio en grado de tentativa.

Corrido el traslado pertinente, el señor apoderado del procesado presentó escrito de demanda, dentro del término legal, razón por la cual se procede a su calificación.

Consideraciones de la Corte:

No puede la Corte dar curso al escrito presentado por el señor apoderado del procesado como demanda de casación, pues no alcanza a configurar siquiera un adecuado alegato de instancia.

En efecto: El censor presenta dos cargos contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior de Florencia, con ostensible desconocimiento del principio de contradicción y de la técnica propia del recurso extraordinario.

Enuncia así las causales:

"Fundamento mi petición de infirmación del fallo reclamado en las causales primera y tercera del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, *por infracción directa* y aplicación indebida y por estar en desacuerdo".

Cargo primero:

"Se acusa la sentencia *por violación indirecta* del artículo 323 del Código Penal en armonía del artículo 22 de la misma obra que trata de la tentativa, pues no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 247 del Estatuto procesal. Exigencia de inexistencia en el proceso de

prueba que conduzca a la certeza del hecho necesaria para condenar. Esta violación es producto de errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos".

"1. Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión. No se presenta la tentativa de homicidio puesto que los actos no fueron dirigidos inequívocamente a su consumación, y toda duda debe resolverse a favor del procesado. El único criterio procesal para dictar sentencia condenatoria ha sido el de la peligrosidad del sujeto, criterio eliminado del nuevo Código como base de responsabilidad. Se quebrantó el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal".

"2. Reconocer indicios, no elevados a la categoría de presunción legal, como plena prueba de un hecho de responsabilidad del procesado. Esto lo enseña el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal".

"El evidente error de hecho en que incurrió el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, cuando apreció deficiente y erróneamente el homicio (sic) tentado, no alcanza a configurar prueba suficiente, adujo (sic) el sentenciador a aplicar en forma indebida el artículo 323 del Código Penal en armonía con el 22 de la misma obra. Este tipo de violación de ley sustancial tiene el carácter de *indirecta*".

Como puede apreciarse, el censor enuncia una violación directa de la ley sustancial para, luego, concluir que la violación tiene el carácter de indirecta.

Ha dicho reiteradamente esta Sala que el error de hecho se presenta:

a) Cuando se ignora la existencia de una prueba, esto es, cuando el medio de convicción obre en el proceso y el juzgador omite su apreciación;

b) Cuando se supone o presume una prueba, vale decir, cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba ignorada por el juzgador; y

c) Cuando el sentenciador tergiversa o distorsiona el sentido de la prueba, que es tanto como falsear su expresión fáctica en cuanto a dicho medio de convicción le hace producir efectos probatorios que no se derivan de su contexto.

Entonces, el error de hecho que es el invocado por el libelista, atañe al examen material de la prueba, debiéndose indicar claramente cuál de ellas fue ignorada, o cuál el verdadero sentido de la considerada en la sentencia o, en último caso, indicar qué prueba consideró el sentenciador como existente en el proceso, sin estarlo, pues, el no hacerlo, impide a la Corte realizar oficiosamente esa selección tomando el lugar del actor, quien debe fijar el derrotero a seguir en la impugnación extraordinaria y, en consecuencia, declarar la improcedibilidad de la acusación.

Estando ausentes los requisitos técnico-formales, la demanda debe rechazarse. Corresponde al casacionista, formular la acusación dentro del ámbito preciso señalado por la ley, especificando los errores del juzgador que llevan al quebranto de la ley sustancial y demostrando cómo esos errores manifiestos y ostensibles han conducido al pronunciamiento de una sentencia no acorde con la ley o con los hechos debidamente acreditados en el proceso. La alegación no puede limitarse a consignar principios de derecho ampliamente conocidos hasta por un estudiante de las ciencias del derecho y como conclusión demandar la infirmación de la sentencia recurrida, como en el presente caso, que se dice que la duda ha debido resolverse en favor del acusado, sin determinar qué pruebas llevan a ella, o que las pruebas no fueron apreciadas en su conjunto, sin precisar y demostrar su afirmación.

Cargo segundo:

El libelista consigna que: "Es menester decir que los motivos de nulidad consagrados en la norma constitucional no son taxativos y que por analogía puede plantearse la negación injusta de las pruebas pedidas por el defensor como diligencia de inspección judicial, y de la prueba de balística para determinar si el arma fue disparada. Este motivo está íntimamente relacionado con el derecho de defensa y cuando se da lo afecta".

No puede la Corte atender un cargo de esta naturaleza por la vía de la causal tercera de casación prevista en el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, pues el libelista presenta dos ejemplos que en su sentir afecta el derecho de defensa más ninguna acusación presenta contra el fallo recurrido. Tan precaria enunciación de la aparente acusación, impone su rechazo *in límine* ya que no se puntualiza por parte del recurrente qué inspección judicial demandó la defensa, en qué momento procesal debía practicarse, cuál su incidencia en el proceso y menos aún, qué pretendía probar con ella.

Tampoco indica el actor la clase de nulidad que considera aparece en el proceso, los fundamentos de ella y no cita disposición alguna que considere fue infringida y menos la manera como tal violación incidió desfavorablemente en las decisiones tomadas en la sentencia en contra del procesado. Deja de indicar desde qué momento procesal se desconoció el derecho de defensa, ni demanda concretamente la invalidación del proceso.

En tales condiciones, la Corte no puede dar curso a las pretensiones del recurrente pues lo que permite que se llegue a la revisión del fallo recurrido (causal primera) o del proceso (causal tercera), es la presentación técnica de los cargos, con observancia plena de los requisitos previstos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *rechaza in límine* la demanda de casación presentada por el señor apoderado del procesado Fabián Rodríguez Ruiz por no reunir los requisitos previstos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia, *declara desierto* el recurso de

casación interpuesto por el procesado contra la sentencia de 30 de abril del presente año, proferida por el Tribunal Superior de Florencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Corlés Garnica, Secretario.

RECUSACION. Amistad íntima

Si la amistad tildada de íntima se basa en apraciaciones personales del recusante, que el acusado se anticipa a desvirtuar, el motivo aducido es infundado y debe desestimarse

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Carreño Luengas.*

Aprobado: Acta número 85 (diciembre 12 de 1990).

Vistos:

El defensor del procesado por homicidio *Floro Hernando Bejarano*, acogiéndose al ordinal 5º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, recusó al Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto doctor *Edgar Montenegro Espíndola* por amistad íntima con el abogado Guillermo León Martínez Narváez, apoderado de la parte civil en dicho proceso.

El funcionario recusado, rechazó los hechos en que se funda la recusación, ordenando remitir el proceso a esta Corporación para que se decida de plano el incidente.

Se considera:

En el proceso por homicidio adelantado por el Juzgado Segundo Superior de Pasto contra Floro Hernando Bejarano, su defensor doctor Edmundo Arturo Martínez, apeló del auto de veintiuno de septiembre postrero que denegó una nulidad impetrada, habiendo correspondido conocer del asunto al Magistrado doctor Carlos Javier Moncayo quien preside la Sala de Decisión de la cual forma parte el doctor Edgar Montenegro Espíndola.

Surtiéndose el trámite de segunda instancia, el defensor del sindicado recusó al Magistrado Montenegro Espíndola aduciendo amistad íntima del funcionario con el apoderado de la parte civil, doctor Guillermo León Martínez Narváez por haber compartido durante varios años la magistratura en el Tribunal Superior de Pasto "pudiéndose manifestar además, que son dos insignes camaradas, dos excelentes

compañeros, dos íntimos amigos, dos magníficos condiscípulos, que han compartido idénticas doctrinas. Al grado (sic) de comprometer el doctor Montenegro Espíndola, la imparcialidad o la independencia de la administración de justicia, cuando el exmagistrado aparece como parte en un proceso penal".

Las escuetas manifestaciones del recusante, fueron rechazadas por el recusado, por no encontrarse ajustadas a la realidad, argumentando que las relaciones amistosas y cordiales con su excompañero de magistratura el doctor Martínez Narváez no tienen la connotación que les asigna la ley para ser tenidas como causal de impedimento o de recusación.

"Los términos y los límites de esa necesaria amistad y cordialidad —expresa— que deben gobernar toda relación de trabajo y sobre todo, aquellas intrínsecas a la misión encomendada de administrar justicia, se encuentran en el suscrito perfectamente claras para que no invadan terrenos que involucran la rectitud, la imparcialidad e independencia en los conceptos, criterios y decisiones jurisdiccionales".

Repudia enfáticamente la afirmación de haber compartido con el doctor Martínez Narváez idénticas doctrinas, pues "por el contrario, en muchas ocasiones nos apartamos conceptualmente y así quedó plasmado en decisiones que invito al señor abogado defensor a revisar".

Para la Sala, es evidente que por tratarse de recusación fundada en un sentimiento humano, como es la amistad íntima del funcionario recusado con alguno de los sujetos procesales y no en una circunstancia objetiva, no resulta tan exigente la comprobación de dicho estado anímico; pero no es suficiente la simple afirmación de su existencia para que pueda darse por probado, máxime cuando alude a situaciones eminentemente subjetivas que deben ser recíprocas y compartidas.

El Magistrado recusado, afirma, sin que aparezca desmentido, que sus cordiales y amistosas relaciones con su excompañero de magistratura no resisten el calificativo de íntimas y de ninguna manera alcanzan a perturbar o comprometer su rectitud, imparcialidad e independencia en la decisión del caso sub júdice.

En esta materia, la jurisprudencia de la Corte se ha inclinado por aceptar las manifestaciones del funcionario recusado por amistad íntima por relacionarse con apreciaciones puramente subjetivas y personales que el propio juzgador es quien mejor puede valorar o cuantificar en sus efectos.

De modo pues, que si la amistad tildada de íntima se basa en apreciaciones personales o en simples temores del recusante, que el propio recusado se anticipa a desvirtuar, síguese que el motivo de recusación aducido es a todas luces infundado y debe desestimarse.

Esta Corporación, en caso que guarda relación con el presente, dijo sobre el particular:

"El Código de Procedimiento Penal (anterior y vigente, se aclara) no ha erigido la amistad pura y simple como causal de impedimento o recusación, sino la amistad íntima, vale decir, aquella que trasciende

los planos de los formalismos y conveniencias propios de la vida de relación, para adentrarse en el restringido ámbito de una comunión sentimental y espiritual entre dos seres que se identifican o complementan y que mantienen por eso, más o menos estables relaciones interpersonales de complementación mutua y desinteresada ayuda".

"De este orden de ideas, las relaciones que se derivan del compañerismo académico en los centros de educación escolar o universitaria no constituyen por sí misma, amistad íntima, a menos que presenten las características señaladas en precedencia; son, más bien, normales lazos de amistad al impulso de las afinidades intelectuales y de la comunidad cotidiana" (Auto de 6 de diciembre de 1979, Magistrado ponente doctor Alfonso Reyes Echandía).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, *rechaza* la recusación formulada en este proceso contra el Magistrado del Tribunal Superior de Pasto doctor Edgar Montenegro Espindola.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA

De acuerdo al artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, resulta forzoso aceptar que, es obligación del censor, determinar la vía a través de la cual se llegó a la violación de la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., trece de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Edgar Saavedra Rojas.*

Aprobado: Acta número 085 (diciembre 12 de 1990).

Vistos:

El día quince de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve el Juzgado Primero Superior de Tunja profirió sentencia condenatoria en contra de *Luis Alfonso López Martínez* a quien luego de los trámites procesales pertinentes encontró responsable de los delitos de *homicidio* y *porte ilegal de armas.* La pena que impuso al sentenciado fue la de *diez años y ocho meses de prisión.*

Apelada que fuera esta determinación, el expediente se remitió al Tribunal Superior de Tunja, que en fallo del dieciséis de abril de mil novecientos noventa confirmó en todas sus partes la sentencia recurrida.

Interpuesto oportunamente el recurso extraordinario de casación, se admitió en auto del veintisiete de junio de mil novecientos noventa, y luego de presentada la demanda correspondiente ésta se declaró ajustada a las previsiones legales por proveído del veintisiete de septiembre siguiente.

Escuchado el concepto adverso del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal a las pretensiones del libelo, corresponde a la Sala Penal de la Corte decidir el recurso, a lo cual se procede luego de hacer una síntesis de los siguientes

Hechos:

En la ciudad de Chiquinquirá, aproximadamente a las nueve de la noche del día trece de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, algunos sujetos que momentos antes estaban bebiendo cerveza en una de las tiendas del lugar, se trenzaron en una riña por causas no suficientemente conocidas, pero que según se afirma se inician con las

ofensas de palabra que uno de ellos —Luis Alfonso López Martínez— dirigió contra otros, y el posterior apoderamiento que el hoy occiso —William Alfonso Cañón Infante— hizo de una pistola de propiedad de aquél, a quien se le había caído al piso a causa de los golpes que se cruzaron en la pelea.

En el curso de tales acontecimientos, López Martínez se armó de una pistola de calibre 7.65 y disparó repetidamente en contra de la humanidad de Cañón Infante a quien causó varias heridas en diversas partes del cuerpo, a consecuencia de las cuales le sobrevino la muerte.

Actuación procesal:

Luego de la práctica de las diligencias de carácter preliminar, en desarrollo de las cuales el inculpado López Martínez negó tener participación en los hechos, el Juzgado Veintitrés de Instrucción Criminal radicado en Chiquinquirá inició la correspondiente investigación penal.

Ya en la etapa sumarial, el inculpado fue escuchado en indagatoria y allí afirmó ser el autor de varios disparos contra la humanidad de Cañón Infante, los cuales realizó con su arma de calibre 7.65. Por tales afirmaciones y las demás pruebas recaudadas, el Juzgado instructor decretó la detención preventiva del sindicado por el delito de *homicidio*, en auto que lleva fecha del veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho.

Con proveído del diez de marzo de mil novecientos ochenta y nueve se declaró cerrada la investigación cuyo mérito fue calificado el veintiocho de abril siguiente, habiéndose formulado resolución de acusación contra el indagado, por los delitos de *homicidio* y *porte ilegal de armas de fuego de defensa personal*, y se ordenó la expedición de copias para que se investigara la posible participación de otro sujeto no identificado en el delito de *homicidio*. Agotadas las diligencias propias del juicio, el Juzgado Primero Superior dictó la sentencia condenatoria ya reseñada, la cual al ser apelada recibió confirmación de parte del Tribunal Superior de Tunja.

La demanda de casación:

Con fundamento en la causal primera, "inciso 1º e inciso 2º por provenir la violación de normas de derecho sustancial por error de hecho", formuló el censor dos cargos contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

En el primero de los ataques, sin especificar si se trata de violación directa o indirecta, acusa al fallo de vulnerar la ley sustancial por falta de aplicación del artículo 29 numeral 4º, 2, 4, y 5 del Código Penal, con fundamento en errores de hecho al haber ignorado el sentenciador la existencia de pruebas que infirman la confesión del procesado.

Habla al respecto el casacionista afirmando que a la confesión de López Martínez el sentenciador de segundo grado dio pleno valor probatorio, con lo que descartó la presencia de coautores en el delito

de homicidio, pese a que otros medios de convicción demuestran que alguien más disparó en contra del occiso Cañón Infante. Así, hace alusión al testimonio de Julio César Abril Agudelo sobre el que plantea un error de hecho por falso juicio de identidad, puesto que éste aseveró en su intervención procesal que vio a dos sujetos disparando contra el finado.

Menciona luego el censor la evidencia según la cual se comprobó que a más del arma del sindicado existió en el sitio de los hechos otra de calibre nueve milímetros y que además el testigo Wilson Pedroza afirmó que la pistola de López Martínez no fue devuelta a él por parte del occiso. De allí, pasa sin más a predicar que la declaración de Pedroza deja flotando una duda sobre los hechos y afirmar que:

> "La certeza que se utiliza en la sentencia se (sic) que López disparó con una pistola blanca, es igualmente contraria a la versión de Wilson Pedroza quien no ha dado tal exactitud, pues se limita a considerar la posibilidad de que fuera de ese color porque brillaba, cuestión bien diferente del alcance que da aquella Corporación".

De lo anterior concluye que se incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia, como quiera que el Tribunal supuso pruebas que no obran en la actuación, las cuales se hallan rebatidas por las afirmaciones del tantas veces citado Pedroza en apartes que transcribe el libelista. Luego de otros cortos análisis, enfatiza el censor que la sentencia distorsionó el sentido de las pruebas, haciéndoles producir efectos probatorios que no se deducen de su contexto.

Dentro de este mismo primer cargo y sin orden alguno, el demandante procede a examinar el fenómeno de la legítima defensa que resultó rechazado por las instancias, alegando además que el Tribunal desconoció la existencia de un ataque imaginario, en obvia alusión a una defensa putativa, cuestión que es materia de la culpabilidad.

Más adelante, sostiene que el sentenciado actuó influido por el temor que le produjo el occiso, y que López Martínez se encontraba en una situación de real peligro inminente, luego de lo cual insiste en su aseveración de que el plenario arroja dudas que deberían absolverse a favor del encausado.

Subsidiariamente, dentro de ese ataque, solicita se reconozca a favor del enjuiciado el contenido del artículo 30 del Código Penal, por existir exceso en la legítima defensa.

En el segundo cargo tampoco el demandante concreta si se trata de violación directa o indirecta, y menos aún si se produjo un error de hecho o uno de derecho. Se limita a plantear la violación del contenido del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, al estimar que existen dudas que deben resolverse a favor del reo. Luego de una serie de lucubraciones en torno a los hechos, afirmó el casacionista que del expediente "emerge sin ningún esfuerzo la duda que jamás se quizo aplicar"; para ocuparse luego del examen superfluo de un dictamen pericial y algunas circunstancias de hecho, lo que lo lleva a sostener que las fallas humanas en la investigación "dieron como resultado la falta de certidumbre en los cargos y la entronización de tesis

orientadas a descartar cualquier posibilidad de defensa", en pasaje que entraña a las claras la alegación sobre un motivo de anulación del proceso.

Termina el censor pidiendo a la Corte que dicte el fallo de reemplazo.

Opinión del Ministerio Público:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal pide a la Sala rechazar los ataques presentados contra la sentencia, conclusión a la que llega luego de identificar y poner de presente los innumerables yerros de técnica que exhibe el escrito presentado por el defensor del sentenciado.

Anotó en primer lugar que la confección de la demanda con base en la proposición de contradicciones entre el personal criterio del censor y el de los juzgadores, así como la alegación de causales subsidiarias, resultan inaceptables en casación, a donde se debe llegar con conceptos claros acerca de la violación de la ley y respetar el principio de autonomía que impera para cada uno de los motivos del recurso extraordinario.

Resaltó el Colaborador Fiscal que el demandante ignora que la causal primera de casación establece dos motivos diferentes de quebrantamiento de la ley sustancial, y por ello, no planteó específicamente alguno de ellos sino que se quedó en el enunciado del cargo en la generalidad de invocar la infracción con base en el inciso 1º y el inciso 2º del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, atentando así contra el principio lógico de no contradicción, pues, además, transcribió el inciso primero como anunciando que fundamentaría sus argumentos en la violación directa, para luego desarrollar el ataque con base en las pruebas recaudadas en alusión evidente a la vulneración por la vía indirecta.

En cuanto al segundo cargo, sostuvo el Procurador Delegado que no son menos los errores de técnica. Destacó las mismas omisiones argumentativas reseñadas con ocasión del primer ataque, agregando además que el libelista hace un planteamiento que es "francamente insostenible y desconocedor de los mínimos presupuestos que imperan en teoría del delito en punto de antijuridicidad y culpabilidad", afirmación que desarrolló brevemente poniendo de presente las inconsistencias en que incurriera el demandante.

Consideraciones de la Sala:

El artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 modificó en forma parcial el texto original del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal que regula las causales de casación, y en referencia a la primera de ellas dispuso:

> *"1. Cuando la sentencia sea violatoria de una norma cualquiera de derecho sustancial.*

"Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente. Si el error fuere de hecho, éste debe aparecer, además manifiesto en los autos; cuando sea por violación de normas probatorias, deberá indicarse éstas y explicarse en qué consiste aquella".

Es ésta la norma invocada por el censor en la demanda presentada, bajo el entendido de que los dos cuerpos le pueden servir de fundamento a sus ataques, pues claramente expresó que el inciso 1º y el 2º le permitirían pedir la casación del fallo. No obstante lo anterior, en los dos cargos que desarrolló —uno más, solamente fue enunciado— se orientó siempre hacia el análisis de los medios de prueba recogidos en la actuación, con lo que parecería entonces que todo el libelo se enfoca por la violación indirecta de la ley, resultando de esta forma que la disposición invocada no se compadece con el contenido posterior, lo que se constituye un obstáculo para la prosperidad de las censuras.

Quizás porque en la reforma que introdujo el Decreto 1856 de 1989 al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal se ha querido ver una supuesta relajación de las exigencias técnicas del recurso extraordinario, se puede incurrir en errores como el señalado. Sin embargo, ya en otras ocasiones la Corte lo ha precisado, la modificación en punto a las causales de casación no tiene tal entidad ni permite desconocer la estructura lógica de la impugnación ni de sus formas. Cierto es que en la nueva disposición no se incluye expresamente el término "directa" para referirse a una de las posibles formas de violación de la ley sustancial, como sucedía en el artículo modificado, mas ello no quiere decir que el demandante esté relevado de "señalar" en "forma clara y precisa" la causal que habrá de aducir para quebrar el fallo y los argumentos que sustentien el ataque, tal como lo señala el artículo 224 del mismo Código de Procedimiento Penal, de donde resulta forzoso aceptar que si es obligación del censor la identificación, planteamiento y fundamentación de los yerros en que estime incurrió el juzgador, ello comprende también, por lógica consecuencia, la determinación de la vía a través de la cual se llegó a la violación de la ley.

Independientemente de que se dé una particular redacción a la norma que contemple el primero de los motivos de casación, lo cierto es que no existe una única forma de vulnerar la ley sustancial, sino dos: Una directa y otra indirecta. La primera, cuando el juzgador quebranta los preceptos sustanciales a través de los denominados vicios in iudicando *que recaen sobre la norma misma que se aplica en la sentencia; la segunda o indirecta, entraña también la comisión de una equivocación en el acto de juzgar, mas no sobre la norma aplicada en el fallo, sino respecto de aquella que de una u otra manera regula los aspectos probatorios del proceso; también se presenta esta modalidad de violación de la ley sustancial, cuando la equivocación recae sobre la prueba fácticamente considerada.*

Quiere decir lo anterior que las dos especies de vulneración de normas de derecho sustancial son distintas porque implican actividades diferentes u objetos diversos, y por tanto para desarrollar cumplida-

mente el ataque que se fundamente en la primera causal de casación, como sucede en este caso, se hace indispensable que se afirme por el censor si la violación es directa o indirecta y se pase a demostrarlo de conformidad con las exigencias técnicas del recurso que en este aspecto no han variado.

Invocar los dos incisos de la disposición ya transcrita, entraña un desconocimiento grave de la técnica del recurso, pues que a través de la violación directa se han de aceptar los hechos en la forma como fueron recogidos en la sentencia, a la par que en la vía indirecta se discuten ellos, y como no pueden aceptarse y rechazarse a un mismo tiempo, un planteamiento que así se presente resulta incoherente e impide a la Corte establecer cuáles son las bases mismas de la censura.

Este error señalado sería de por sí suficiente para declarar la no prosperidad de los cargos, pese a lo cual la Sala entrará a precisar otros errores de técnica que igualmente impiden el análisis de fondo de la demanda.

En el desarrollo de cada uno de los cargos, tampoco precisó el libelista si la vía de ataque era directa o indirecta. Por lo que respecta al primero, insiste en su enunciación en afirmar que acusa la sentencia por ser violatoria de una norma de derecho sustancial, pasando luego a sostener la presencia de un error de hecho por haberse ignorado la existencia de pruebas que infirman la confesión del procesado, afirmando además que a esta prueba se le otorgó pleno valor probatorio, como si estuviera arguyendo además sobre el mismo medio de convicción un error de derecho, planteamientos abiertamente incompatibles dentro del recurso extraordinario.

Adicionalmente, al hacer mención expresa al testimonio del señor Julio César Abril Agudelo, sostuvo el memorialista: "Elimina de esta manera el Tribunal la presencia del coautor no obstante estar integralmente respaldada con la declaración del agente Julio César Abril Agudelo (fl. 111) cuando se refiere a haber visto el fogonazo de dos armas 'y vimos dos sujetos que estaban disparando contra un señor...' y al folio 112, agrega: 'Disparaban según lo que entiendo en armas con una pistola 9 milímetros y con otra pistola 7.65'. Frente a tan categórica afirmación la Corporación *a quo* se aparta de la realidad probatoria como quiera que desconoce el dicho del testigo". En esta argumentación, plantea el libelista inicialmente un error de hecho por falso juicio de identidad, para luego sugerir la existencia de uno de la misma categoría, pero por falso juicio de existencia, incurriendo una vez más en contradicciones que impiden precisar el contenido mismo de la censura.

Criticando la valoración que en las instancias se diera a la confesión del procesado, el demandante partió de la base de que a ella se le dio pleno valor probatorio y fue la base de la sentencia, mas olvidó analizar que en los fallos respectivos se tuvieron también en cuenta otros medios de convicción, los que no atacó en la demanda, sin lograr de esta forma destruir el haz probatorio que se tuviera en cuenta para la sentencia de condena, dejando por tanto el cargo in-

completo, pues aún en el caso imposible de que se admitiera el error sobre la confesión, quedarían vigentes los demás medios de convicción que sirvieron de fundamento a la condena.

Algo más. En el planteamiento de este primer cargo y tal como lo anotó el Procurador Delgado en lo Penal, el casacionista confunde los conceptos propios de la autoría, la antijuridicidad y la culpabilidad, sin precisar por ello hacia cuál de los elementos del delito está dirigiendo sus ataques, pues si inicialmente la censura se dirige a poner en duda la autoría del procesado porque afirma que éste no disparó las dos armas a que hace referencia el plenario, llegando a insinuar incluso que cabe la posibilidad de que la única pistola que afirma disparó su patrocinado no haya causado heridas graves al ahora occiso, más adelante aborda el problema como la omisión del juzgador de analizar las pruebas que demostraban la existencia de condiciones constituyentes de una causal de justificación, en la medida en que López Martínez debió actuar en legítima defensa o en estado de necesidad —no precisa estas dos diversas causales—, para alegar luego que la reacción del sentenciado se debió a la necesidad de defenderse de un ataque imaginario, fenómeno este último que se encuadra dentro de las causales de inculpabilidad. Todo lo anterior, revela una confusión insalvable en los argumentos de la demanda, que impiden a la Sala determinar cuál es el ataque que se hace al fallo y por tanto entrar a considerar de fondo el asunto.

Para finalizar el primer cargo, el libelista hace argumentaciones referentes a la existencia de una duda respecto de la responsabilidad del sentenciado, mezclando indebidamente, de esta forma, el primero de los cargos con el tercero (denominado por el segundo), que hace relación a la falta de aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

En lo que debería ser un segundo cargo, que en la demanda se plantea como ataque subsidiario del primero, se enuncia simplemente la violación de la ley por desconocimiento del contenido del artículo 30 del Código Penal, porque el Tribunal no reconoció el exceso en la legítima defensa con que supuestamente actuó el incriminado. Como quiera que simplemente se menciona el cargo, pero no se hace desarrollo alguno de él, y por tanto no se cumple en este aspecto ni siquiera con las mínimas exigencias formales de la demanda, la Sala no se ocupará de este ataque y se limitará a señalar que en forma reiterada, además, se ha pronunciado sobre la inadmisibilidad de las causales subsidiarias en casación, por cuanto revelan justamente la falta de precisión en otras censuras —las principales— y un desconocimiento de la técnica propia del recurso.

En el denominado segundo cargo por el demandante, también se encuentran similares deficiencias técnicas. No se alega en momento alguno si la violación de la ley se produjo por la vía directa o la indirecta, aun cuando en la pretendida demostración del mismo se acude a planteamientos propios de la vía indirecta, incurriendo sin embargo en flagrante contradicción al afirmar que "frente a esa falta de claridad y cúmulo de teorías *emerge sin ningún esfuerzo la duda que jamás se quiso aplicar*" (resalta la Sala), porque aquí se anuncia la violación directa por falta de aplicación ya que, en el parecer del

demandante, el Tribunal aceptó la existencia de la duda probatoria mas excluyó en el fallo el contenido del artículo 248 del Código de Procedimiento Penal.

Pero incluso existe otra imprecisión en la censura. En los argumentos que esgrime para la prosperidad del segundo cargo, introduce sin respaldo alguno y sin desarrollar su afirmación, la presunta presencia de una causal de nulidad por violación al derecho a la defensa, cuando sostiene: "La falla humana en la investigación del forense al no retirar el proyectil alojado, la falta de pericia adecuada en el momento del levantamiento para determinar tatuajes, granulaciones, etc., *dieron como resultado la falta de certidumbre en los cargos y la entronización de tesis orientadas a descartar cualquier posibilidad de defensa*" (Subrayó la Sala), en clara alegación de una indebida formulación en la resolución de acusación que trajo como consecuencia la violación de garantías constitucionales para el procesado.

No obstante lo anterior, como se anotó, nada dijo el libelista, aparte de ello, respecto de dicho cargo, aun cuando sí introdujo planteamientos que tornan confusa y contradictoria la demanda.

Todos los errores técnicos anotados hacen que los cargos no prosperen.

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

Resuelve:

No casar el fallo atacado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION. Técnica. VIOLACION INDIRECTA

Presupuestos relacionados con la violación indirecta de la ley

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., catorce de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Juan Manuel Torres Fresneda.*

Aprobado: Acta número 85.

Vistos:

Se decide sobre el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil en contra de la sentencia proferida el 1º de septiembre de 1989 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la que por revocación de la de primera instancia se absuelve a los procesados *Julio A. Robayo, Germán Ramírez, Gerardo Rey, Rafael Hernández* y *Jesús Torreros* por el delito de violación de los derechos de reunión y asociación.

Hechos y actuación procesal:

1. En horas de la mañana de 27 de noviembre de 1985, un grupo de trabajadores de la Compañía Comercial e Industrial La Sabana "Avesco Ltda.", aproximadamente en número de cuarenta (40), se reunió con el fin de conformar un sindicato de base que agrupara a todos los operarios de la empresa, reuniendo en su empeño las exigencias legales. Para esos mismos días se produjo por parte de la compañía la cancelación de varios contratos de trabajo que afectaron a fundadores y adherentes al ente gremial, como otra serie de procederes que interpretados a manera de presión para impedir la vinculación de unos trabajadores al recién surgido sindicato, como la desafiliación de otros, suscitaron paralelamente la iniciación de procesos de índole laboral, y la formulación de la denuncia que encabeza estas diligencias.

2. Vinculados debidamente al proceso, fueron convocados a juicio como responsables del delito que define y sanciona el artículo 292 del Código Penal el representante legal de "Avesco Ltda." Antonio Robayo, el Jefe de Relaciones Industriales Germán Ramírez, el Gerente de Ventas Gerardo Rey y los Supervisores Rafael Hernández y Jesús Torreros (o Terreros), todos en calidad de coautores, según la cali-

ficación que en segunda instancia hiciera el Tribunal Superior de Bogotá, modificando en ello la calidad de cómplices que a los dos últimos había atribuido el funcionario de primera instancia.

Transcurrida la etapa del juicio, el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito de Bogotá profirió sentencia condenatoria en contra de todos los encausados, decisión que sustituida en instancia por el Tribunal Superior de Bogotá, dio lugar a la absolutoria que es ahora motivo de casación. Para su apoyo encontró el Tribunal que las pruebas recaudadas en la etapa de la causa desvirtuaban las conocidas durante el sumario, y que los fundadores del sindicato no cumplieron el requisito de comunicar por escrito al patrono sobre la constitución de la asociación, como lo prevé el artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo.

La demanda:

Dos cargos, uno como principal y el otro como subsidiario, propone el señor representante de la parte civil en contra del fallo acusado, basándose en la normatividad procesal ahora vigente, y olvidando que este proceso debe culminar su trámite dentro de los cánones del Código de Procedimiento Penal de 1971, dado que el cierre de la investigación se produjo y quedó en firme antes de 1º de julio de 1987.

Anunciando sus acusaciones, dice la demanda tomar asidero legal "en el artículo 15 del Decreto 1861 de 1989 que modificó el artículo 226 de nuestro Estatuto Procedimental Penal en sus *apartados segundo y tercero*..." —subraya la Sala— con lo que obliga a entender, en cuanto el libelo no lo dice, que hace con ello referencia a la causal 1ª de casación la cual en el Decreto 1861 entiende el profesional dividida en tres "apartados" que se separan el primero del segundo por un punto aparte, y éste del último por un punto seguido.

Es así como en el cargo primero —que contiene dos acusaciones— afirma que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en los autos; y en el segundo, o "subsidiario" que hubo "violación indirecta de la ley sustancial por violación de las normas probatorias, conforme al *apartado tercero* —subraya la Sala— del numeral primero del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989..."

Con esta necesaria clarificación, se procede a la reseña del escrito:

Cargo primero: A) El Tribunal ignoró el conocimiento que tuvieron los procesados de la creación de la organización sindical de "Avesco Ltda." el 27 de noviembre de 1985, al afirmar que, tal como lo demostró la inspección judicial cumplida en la etapa probatoria del juicio en el cuadernillo de correspondencia de la firma comercial, allí no constaba recibo de comunicación en ese sentido ni de ese día ni de los siguientes, sino que fue el 10 de diciembre cuando la noticia llegó a la entidad, y al tener como prueba unos fallos de la Sala Laboral de la misma Corporación, en que se absolvió a la empresa "Avesco" en unos procesos que fueron promovidos por trabajadores despedidos que alegaban violación del fuero sindical.

Desarrolla la censura luego de exponer algunas disquisiciones que estima pertinentes, en las que afirma que el bien jurídico tutelado en el artículo 292 del Código Penal es la libertad de trabajo y de asociación y que los derechos sindicales presuponen el de asociación "como noción, no solamente antecedente, sino concomitante y subsiguiente para que el sindicado como tal, tenga posibilidad real de desarrollo".

Que penalmente la asociación y su posibilidad de ejercicio "no está y no puede estar supeditada a una notificación expresa", sino que basta cualquier medio de enteramiento por una persona de ejercitar el derecho y la correlativa reacción de ésta "buscando su obstaculización, para que entonces se tenga, no solamente derecho a la protección, sino para que este comportamiento quede enmarcado" en la ley penal.

De lo contrario, quedaría huérfano de protección este derecho que dentro de su dinámica encierra una serie de "actos preparatorios a la concreción de una reunión legítima, que es a la que se refiere el artículo 292 del Código Penal".

Siendo el delito contemplado en esa norma sustantiva, doloso, basta con que el agente activo conozca "el deseo del o de los sujetos pasivos de ejercer algunos de sus derechos laborales e impida voluntariamente" su ejercicio para quedar incurso en la infracción. Mas, como el sujeto activo no tiene cualificación ninguna en la referida disposición, cualquier persona, sea o no patrono, puede cometer el delito.

Pasando luego a las normas en su sentir violadas, argumenta que lo fueron el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal actual que contempla el principio de la libertad de prueba, y el 258 subsiguiente que relaciona los medios demostrativos autorizados por la ley. Reflexiona sobre la finalidad de la actuación procesal en materia penal, sobre la garantía de que debe gozar la prueba para que cumpla su finalidad, y pretende complementar la proposición sobre disposiciones violadas con un aparte posterior, en que señala como vulneradas a través del "error de hecho manifiesto en los autos" los artículos 20, 21, 23, 36 y 292 del Código Penal, y los artículos 246 y 247 del procedimiento penal.

En una prolija mención de las pruebas practicadas durante la etapa sumarial y que estima desconocidas por el juzgador, alude a los testimonios de Hernando Rafael Ariza —ampliación de denuncia—, de Efraín Isaías Calderón, Nelson Castañeda, Carlos Fermín Gonzalo, Jorge Abril, Luis Fernando Mahecha, Henry Hurtado, Jorge Hernán Peña, Ana Bertilda Barrero, Ligia Herrera, todos ellos trabajadores de la empresa, algunos directivos provisionales del intentado sindicato y los demás afiliados, coincidentes en la afirmación de haber tenido los directivos inmediato conocimiento de la fundación de su ente gremial, al punto de que, como lo afirmó la última de los citados, dos días después de 27 de noviembre de 1985 "dos de los altos funcionarios de la empresa llegaron a proponerles que firmaran un pacto colectivo y ofrecerles una serie de ventajas salariales siempre y cuando renunciaran al sindicato".

Como parte de esas pruebas ignoradas recurre el actor a las confesiones de los procesados Rafael Hernández Díaz y Gerardo Rey,

del representante de "Avesco Ltda." y de Germán Ramírez, quienes admitieron —unos que a finales de noviembre, y que a comienzos de diciembre los restantes— haberse enterado de la fundación del sindicato, por rumores o comentarios de trabajadores o de terceros no conocidos para la entidad.

En lo documental sostiene que también resultaron ignoradas el acta de constitución del sindicato, la comunicación dirigida el mismo 27 de noviembre por los fundadores al representante legal de la compañía poniéndolo al tanto de la creación del ente y otra en que se entera sobre la afiliación de seis trabajadores más; tampoco habría sido tomada en cuenta la comunicación que la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca dirigió a las directivas empresariales, ni aquella que el 27 de noviembre enviaron las directivas provisionales al Ministerio del Trabajo. Enlista otra serie de documentos que estima de acusada incidencia en el debate, como una citación de la Inspección Cuarta de Asuntos Colectivos del Ministerio del Trabajo al representante de "Avesco Ltda.", constancias sobre la obstrucción de la empresa a la revisión oficial de sus dependencias, sobre las sanciones que ese acto ocasionó y la producción de fallo laboral adverso al patrono por violación del fuero sindical, para concluir con la cita de indicios que a la par concluye corroborativos de la persecución que a partir de la fecha de constitución del sindicato desplegó "Avesco Ltda." en contra del personal que se había unido a la recién creada agremiación.

B. La otra censura contenida en el primer cargo hace relación al desconocimiento que la sentencia del Tribunal habría tenido del "hecho manifiesto en los autos de haberse ejercido presiones y coacciones por parte de los sindicados para evitar que se desarrollara el sindicato".

Sobre este punto relaciona numerosa prueba documental procedente en particular de los trabajadores de la empresa señores Rafael Ariza, Efraín Calderón, Nelson Castañeda y Ligia Herrera insistiendo en las aportaciones indiciarias y documentales que sobre el mismo aspecto contiene el proceso, e insistiendo en la cita de las mismas disposiciones ya aludidas, como motivo de quebranto.

Cargo segundo. Propuesto como subsidiario del anterior, se deriva de la violación indirecta de las normas probatorias "conforme al apartado tercero del numeral primero del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989..."

Se desenvuelve sin embargo ésta acusación bajo los mismos términos de la anterior, pues pese a tomar como premisa que por el Tribunal se despreció la libertad de prueba que consagra el artículo 254 del actual Estatuto Procesal, restringiendo la forma de dar a conocer a la empresa la fundación del sindicato a la comunicación escrita de la que sólo apareció referencia —según la inspección judicial— el 10 de diciembre de 1985, volvió a fundarse en que toda la prueba recaudada en el sumario y relativa a ese hecho, indicaba que desde el mismo 27 de noviembre los directivos se enteraron tan suficientemente de la fundación, como que de allí desplegaron la amplia campaña persecutoria, coaccionando con despidos, amenazas, prome-

sas y la final adhesión de un gran número de trabajadores a un pacto colectivo que no había sido acordado, pero que se puso a circular para restarle posibilidades a la incipiente organización sindical.

Para demostrar este dicho vuelve el actor a su profusa consulta de las pruebas ya aducidas como desestimadas, agregándoles bajo cuestionamiento a la credibilidad que se le otorgó y que generó el error apreciativo del juzgador la inspección judicial a la correspondencia recibida por la empresa y los testimonios de algunos de sus empleados, tres de los cuales no podrían ser tenidos a su juicio por veraces, dado que desempeñaban labores fuera de la ciudad, pese a lo cual no merecieron la crítica del Tribunal.

Para concluir añade que "...a más de la prueba indiciaria, la cual se desprende de la actual inexistencia de un sindicato en Avesco Ltda., de los despidos que se suceden el mismo día, justamente contra quienes fundaron el sindicato, de que incluso las cartas se enviaron en las horas de la noche, llevan a la certeza de que sí existió persecución sindical y que en este punto el Tribunal se equivocó nuevamente al darle un alcance que no tenía la prueba documental relativa a las sentencias laborales que fueron resueltas favorablemente para la empresa".

Como normas objeto de la violación indirecta vuelve a citar los artículos 20, 21, 23, 36 y 292 del Código Penal, 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, a los cuales añade los artículos 253, 256, 284, 280, 285 y 300 del Código de Procedimiento Penal, ya que "no solamente se violó el principio de la libertad de prueba —dice—, sino que no se apreció la misma en su conjunto, a más de darle un alcance que no tiene ni la prueba testimonial e interpretar equivocadamente otra de carácter documental, desconociéndose testimonios, indicios, confesiones que daban la certeza, no solamente de la existencia del hecho punible, sino de la responsabilidad..."

Finalmente depreca la casación del fallo del Tribunal para que en su lugar se dicte la sentencia condenatoria que vendría a sustituirla.

Concepto del Ministerio Público:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal hace severas críticas por fallas técnicas al escrito de demanda, comenzando por censurar las citas que de las causales aducidas hace el actor, pues al referir a los "apartados" segundo y tercero del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, daba en principio a entender que remitía a las causales 2ª y 3ª de casación, lo que jamás en el extenso escrito halla sustento.

De igual manera censura la proposición de cargos principal y subsidiario, recordando al respecto que la legislación procesal no consagra esa clase de causales alternativas, mientras que las prescritas implican una "definida técnica especial".

Halla además que la alegación se orienta por el actor a la reapertura del debate probatorio al desarrollar los cargos bajo argumentaciones propias de la causal primera de casación, errando entonces en la cita de las disposiciones procesales que se aducen como violadas,

porque los artículos 246 sobre necesidad de la prueba y 247 del Código de Procedimiento Penal sobre prueba suficiente para condenar, no guardan relación alguna con las normas sustantivas que se relacionan como infringidas, vale decir, los artículos 20, 21, 23, 36 y 292 del Código Penal, de tal manera que no se integró la proposición jurídica "sustento de la sentencia atacada".

Por último y no obstante las fallas técnicas que en su criterio exhibe el escrito, advierte que el Tribunal no incurrió en el error de hecho de que habla su autor, porque no hay en el fallo falso juicio de existencia de las pruebas, ni falso juicio de identidad, ya que no medió distorsión y sí por el contrario claridad "al pregonar que la prueba inicialmente recaudada había sido refutada por el haz probatorio allegado en la etapa del juicio y que era esta última probanza la forjadora de la convicción del sentenciador".

Consecuente con sus reflexiones, sugiere que no se case la sentencia.

Los no recurrentes:

La representante de los procesados absueltos Antonio Robayo, Germán Ramírez, Gerardo Rey y Jesús Terreros alegó en defensa del fallo acusado, repitiendo en lo fundamental las razones del Ministerio Público para insistir en la presencia de insalvables fallas técnicas que impedirían el éxito de la demanda.

Comienza así por objetar la formulación misma de los cargos sobre el presupuesto de que al referir a los "apartados" del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, lo que hizo el actor fue remitirse a los "numerales" del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, de donde desprende insalvable error técnico en su presentación, y si bien admite en gracia de discusión la interpretación referencial a la violación indirecta, concluye en que tampoco se conformó debidamente la proposición jurídica aparte como para que el reclamo mereciera su estudio de fondo, pues no se mencionaron las normas procesales que llevaron a la violación de la ley sustancial, ni las sustantivas que dice transgredidas, mientras que las traídas a estudio resultan impertinentes ante el cargo que lanza.

Estima luego que el actor se dedicó a criticar desde un cariz subjetivo los elementos de juicio que apoyan el fallo acusado, y en cambio olvidó señalar cuál fue la exacta violación que él hizo de la ley sustancial.

Sostiene por último que no existe en la sentencia del Tribunal el pretendido error de hecho que predica el recurrente, pues ni se ignora por aquel, ni se presume, la existencia de prueba alguna, como tampoco media allí su distorsión, destacando que antes bien la Sala de Decisión subsanó el error en que había incurrido el Juez *a quo*, que apoyado en el testimonio de algunos trabajadores sobre los cuales habían recaído medidas patronales de los directivos de "Avesco Ltda.", que apenas correspondían a la utilización de sus facultades patronales.

Otorga en cambio a las pruebas que decretó el Tribunal al revocar el auto del Juzgado que las había denegado, el valor suficiente para demostrar a cabalidad que si se produjeron despidos en la empresa, ellos ocurrieron cuando aún se carecía del conocimiento formal sobre constitución del sindicato„ pues fue cierto, como lo concluyó el *ad quem*, que no se dio por los trabajadores cumplimiento a lo ordenado en el artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, y que en consecuencia, no enterada en legal forma la empresa, mal podía atribuírsele el ejercicio de represalias contra los amparados por el fuero a raíz de la institucionalización del sindicato.

Consideraciones de la Corte:

Sea lo primero advertir que a pesar de que el actor funda los cargos en contra del fallo de segundo grado con invocación de las normas de procedimiento actualmente vigentes, cuando el trámite presente se rige por las disposiciones del Código de Procedimiento Penal de 1971, esa falla por sí sola no implica la desestimación del escrito, dado que en los dos estatutos la causal invocada de la violación indirecta de la ley sustancial conserva unos mismos presupuestos.

La impropiedad que a juicio del Ministerio Público como de la opositora constituye la presentación de un cargo principal y otro subsidiario, carece también de la transcendencia que esas dos alegaciones le atribuyen, pues bajo tal condicionamiento no se presentaron causales diferentes de casación, sino dos cargos orientados dentro de la violación indirecta. Si la advertencia jurisprudencial refiere a la imposibilidad de hacer una supeditación entre las diferentes causales de casación por ser cada una de ellas principal e independiente, tal impropiedad no puede hacerse extensiva ni al orden ni a las denominaciones idiomáticas que el censor plasme en la proposición de cargos dentro de una misma causal, lo que hace inocua su ocurrencia frente a la técnica del recurso.

Por lo demás, quedó establecido en la reseña de las alegaciones del censor, que su alusión contenida bajo el título "concepto de la violación" a los "apartados segundo como principal y tercero subsidiariamente" del artículo 15 del Decreto 1861 de 1989, no se referían a causales distintas, sino al error de hecho y a la violación de normas probatorias, supuestos ambos al cobijo de la violación indirecta, de donde resulta inadmisible la desestimación técnica propuesta.

Tampoco resultaría motivo de desestimación de la demanda la falla en la presentación de la proposición jurídica completa, en tratándose de la alegación del error de hecho por falso juicio de existencia de la prueba recaudada en la etapa del sumario, pues no resulta en ella de tal relevancia el señalamiento de los preceptos que consagran los medios de acreditación omitidos o supuestos —según el caso—, haciéndose sí acogible la crítica de la Delegada cuando repara en que "el censor no ha logrado entender que esta pieza fundamental —la demanda— no es un escrito libre, a la manera de cualesquiera memorial de instancia, sino un exigente y riguroso enjuiciamiento a la sentencia de segundo grado, amparada por la doble presunción de acierto y legalidad" destacando cómo "a primer golpe se evidencia, que las

normas procedimentales supuestamente infringidas, artículos 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal —que tratan de la necesidad de la prueba y de la prueba apta para condenar— en este caso no guardan relación ninguna con los artículos 20, 21, 23, 36 y 292 del Código Penal..." lo que le hace concluir en que "más le hubiera valido al casacionista guardar silencio en torno a ellas, mas no aducir disposiciones que no vienen al caso y que tan sólo logran el desconcierto"

Mas, superando aún las anteriores críticas, halla en cambio la Sala irreparable y sustancial equivocación en el censor que hace imprósperа su demanda (realmente unificados los dos cargos en la única proposición de haberse proferido el fallo con desatención de la prueba del sumario y en exclusivo apoyo en los aportes de la causa) por su insalvable olvido de que la sentencia integra una unidad jurídica con el auto acusatorio en aquello que guardan coincidencia, de donde resulta forzoso admitir que la apreciación probatoria hecha en aquel y llevada al fallo con la misma significación valorativa, así no lo repita textualmente, integra esa unidad, bastando apenas que la sentencia mencione el resultado valorativo del enjuiciamiento para mantener los cargos porque los resultados de la causa le sirven de sustento, ora para desestimarlos y absolver porque el cotejo con los últimos resultados probatorios así lo obligue.

Fue esto último lo ocurrido en el caso presente, donde el auto de proceder de primera instancia, que el Tribunal sostuvo con amplios y juiciosos planteamientos referentes a la prueba del hecho como de la responsabilidad de los acusados, realizó una consideración crítica y valorativa de todas las pruebas trascendentes que se tuvieron por pertinentes y necesarias para el efecto, aportaciones testimoniales, documentales, indiciarias y de confesión que el actor dice notar de menos en la sentencia, y que por desatención —sostiene— generaron la apreciación errada de las pruebas de la causa.

Con la misma significación probatoria, aun cuando sólo suficientes para sostener el enjuiciamiento, e inidóneas para demeritar los nuevos elementos recaudados durante el juicio resultaron estimadas en la sentencia, en la cual concluyó el Tribunal que habían sido sobrepasadas en importancia por los últimos aportes determinando el sentido de su decisión, de tal manera que no puede afirmarse ni admitirse aquella falta de apreciación que le censura el demandante al fallo acusado.

Luego de esta reseña que pone en evidencia la valoración que por la Corporación se hacía de todas aquellas pruebas en que ahora insiste el casacionista, hizo referencia al amplio acopio testimonial y documental como a la inspección judicial cumplida dentro del enjuiciamiento, para otorgarle a su vez el valor que estimara pertinente, recordando que de esas piezas hacían parte:

> "Los fallos proferidos por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en los que confirman las sentencias absolutorias proferidas por los Juzgados Laborales del Circuito de la misma ciudad, por considerar que las personas a quienes les terminaron el contrato de trabajo a finales del mes de

noviembre de 1985, no estaban amparadas por el fuero sindical, debido a que la comunicación de la asociación sindical en formación, no fue notificada en legal forma al patrono".

Y concluir del amplio análisis que luego realizó con relación a la trascendencia de esos medios nuevos sobre el tema en debate en que:

"Si no se dio cumplimiento a lo ordenado por el artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, vale decir, si no se efectuó en legal forma la notificación de la asociación sindical en formación al patrono, mal puede hablarse que los despidos a varios trabajadores para finales del mes de noviembre de 1985, realizados por la empresa, se hayan operado para evitar la organización sindical, y menos tener noticia el patrono que los mismos trabajadores despedidos estaban amparados por el fuero sindical, por lo que no es viable afirmar que se ha violado el derecho de asociación que tipifica el artículo 292 del Código Penal.

"De otro lado, es verdad, como ya se dijo, que la empresa 'AVESCO LTDA.', dio por terminado varios contratos de trabajo para finales del mes en referencia, pero obrando de conformidad con las normas laborales, toda vez que estas, facultan al patrono para tal efecto, bien por justa causa conforme lo consagra el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, o por terminación unilateral del contrato sin justa causa previa indemnización de perjuicios a cargo del patrono, como en este caso se hizo, de conformidad con lo ordenado en el artículo 64 *ejusdem*.

"Por otra parte, se tienen los testimonios aportados en la etapa probatoria del juicio, en los que se expresan las excelentes relaciones laborales en la empresa en mención, lo mismo, acontece con sus salarios y prestaciones sociales, afirmando además que en momento alguno, se han presentado coacciones o violencias por parte del patrono para suscribir el pacto colectivo que a la postre no se llegó a dilucidar qué dia suscribieron el mismo, pues mientras unos dicen que empezó en el mes de septiembre de 1985, otros afirman que fue el mismo 27 de noviembre".

El conceder por el Tribunal mejor valor a las pruebas recaudadas en la etapa del juicio jamás implicó, entonces, su ignorancia de las aportadas dentro del sumario, de ahí que en cuanto a éstas no se incurrió en el falso juicio de existencia que por defecto acusa el impugnante, pues lo que en ese punto se hizo fue valorar en conjunto el acopio demostrativo con miras a fundar la decisión final del asunto.

En verdad, la alegación del demandante mejor conduce a reprochar en el fallador un error de juicio al introducir un supuesto fáctico a la norma que tipifica el delito del artículo 292 del Código Penal, que no supedita la legitimidad de la asociación sindical a la notificación por comunicación escrita al patrono de que trata el artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, porque según lo advierte, sin traer la disposición penal respectiva un sujeto activo cualificado, extiende la protección del interés jurídico frente a personas diferentes al pa-

trono. De ser ello así, la acusación debió orientarse a través de la violación directa de la ley sustantiva por falta de aplicación del artículo 292 del Código Penal y aplicación indebida del artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo, si, como lo reconoce el actor según se desprende de su alegación, las pruebas de la causa sí daban cabida a la conclusión del Tribunal en la sentencia.

Equivocada entonces por el actor la vía legal escogida para interposición de su recurso extraordinario, siendo ella potestativa de las partes no le es dado a la Corte enderezar los errores advertidos, ni por ende corregir de esa manera aquellos que haya podido cometer el sentenciador, tratándose ahora de una vía de impugnación que ajena a la plena jurisdicción, restringe la respuesta a la causal que se incentive.

Los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, parcialmente de acuerdo con el concepto emitido por el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Desechar el recurso de casación a que hace mérito la parte considerativa de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica. Secretario.

DELITOS CONEXOS. JURISDICCION PENAL MILITAR

Si en cabeza de un miembro de las Fuerzas Armadas, se establece la comisión de delitos comunes conexos con ilícitos sometidos a la Jurisdicción Penal Militar, los jueces castrenses son los autorizados legalmente para conocer de ellos

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez.*

Aprobado: Acta número 0084 (diciembre 11 de 1990).

Vistos:

El veintiocho (28) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Tribunal Superior Militar confirmó en lo fundamental la sentencia proferida por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra —Comando del Batallón de Entrenamiento de Infantería de Marina Número 1— con sede en Coveñas (Sucre), mediante la cual se condenó a los suboficiales adscritos a ese cuerpo, *Hélmer Antonio Riascos Chepote* y *Elvis Erick Gutiérrez González,* a purgar las penas principales de treinta (30) y veintiocho (28) años de prisión, respectivamente, al encontrarlos responsables de los delitos de homicidio (agravado), hurto militar, ataque a centinela, ataque a subalterno e infracción al Decreto 180 de 1988 —art. 13—, materia del proceso.

Contra aquel fallo interpusieron el recurso de casación y presentaron las demandas correspondientes, los apoderados de los procesados en mención. En su concepto, el señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal solicita casar la sentencia impugnada.

Hechos:

El Tribunal los resume de la siguiente manera:

"...Trata primordialmente este proceso de unos sangrientos e insólitos sucesos ocurridos aproximadamente a las nueve de la noche del día 27 de enero de 1989, en el puesto de Polvorines del Batallón de Entrenamiento de Infantería de Marina Número 1, ubicado en la turística localidad de Coveñas, cuando los Cabos de Infantería de Marina Hélmer Antonio Riascos Chepote y Elvis Erick Gutiérrez González, llegaron hasta ese sitio que estaba custodiado por los centinelas,

DGIM-Rubén Darío Pérez Salgado y el IMAR-William Morales Galeano, quienes les dieron las voces de 'alto', habiéndose apresurado el primero de aquellos a identificarse como su superior, circunstancia que unida a que efectivamente lo conocían, facilitó se acercaran a ellos, habiendo inicialmente entablado conversación sin trascendencia, pretextando que iban de paso en busca de unas chicas; pero en forma intempestiva, aleve y sorpresiva, el Cabo Riascos Chepote sujetó al DG-Pérez Salgado por el cuello, colocándole un cuchillo en la garganta, a la vez que le aplicaba una 'llave' para arrebartale el fusil y desarmarlo, mientras el Suboficial Gutiérrez González golpeaba con un martillo en la humanidad del IMAR-Morales Galeano, quedando los dos guardias dominados por los inculpados, quienes los hicieron tender en el piso, los maniataron y les dieron muerte, mediante tremendas heridas producidas en la región del cuello, de diez y quince centímetros respectivamente, que les comprometieron todo el paquete muscular nervioso, laringe, esófago, hasta llegar al plano óseo servical (sic), lesiones que por su naturaleza mortal los dejaron exánimes en el propio escenario del cruento episodio..."

"...Así mismo, violentaron un candado y la puerta de acceso al polvorín, de donde sustrajeron 178 granadas de fragmentación tipo Piña IM-2 y 56 cajas de Pentolina o Dinamita de diferente peso, y salieron del lugar llevando consigo el aludido material destinado al servicio de las Fuerzas Armadas. Posteriormente Gutiérrez González regresó a las dependencias del Batallón, y Riascos Chepote se llevó en un Jeep marca Willys de servicio particular todo el botín, siendo aprehendido al día siguiente 28 de enero de 1989, por personal de la Policía Nacional en un retén instalado a la altura del Restaurante Dinastía, sobre la carretera que de Coveñas conduce a Tolú, margen izquierda, a eso de las diez de la mañana, hallándose en su poder el material sustraído y antes relacionado..." (fls. 599 y 600, cuaderno del Tribunal).

Actuación procesal:

La Delegada la sintetizó en los siguientes términos:

"...El Comandante del Batallón de Entrenamiento de la Infantería de Marina Número 1 de la Armada Nacional con asiento en Coveñas (Sucre), como Juez de primera instancia, mediante Resolución número 002 de marzo 17 de 1989, convocó un Consejo de Guerra Verbal para que por el trámite del procedimiento establecido en el Código de Justicia Penal Militar (Decreto 0250 de 1958) se juzgara a Hélmer Antonio Riascos Chepote y Elvis Erick Gutiérrez González, en su condición de militares en servicio activo con el rango de Cabo 2º, por los delitos de homicidio agravado, robo militar, ataque al centinela, ataque a superiores e inferiores y violación al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, hechos cometidos alrededor de las once de la noche del viernes veintisiete (27) de enero de 1989 en 'Los Polvorines' de aquella unidad militar de Coveñas, donde los Infantes de Marina Rubén Darío Pérez Salgado y William Morales Galeano fueron ultimados con arma blanca cuando prestaban servicio de centinela, a fin

de obtener aquellos el apoderamiento de material bélico de uso privativo de la Armada Nacional del Ministerio de Defensa Nacional (fls. 441-444)..."

"...Con veredicto unánime de responsabilidad concluyó el juzgamiento, acto en el cual fueron sometidos a la consideración de los vocales 11 cuestionarios, todos los cuales obtuvieron respuesta afirmativa (fls. 446-461, segundo cuaderno)..."

"...La Presidencia del Consejo de Guerra Verbal, en fallo de 31 de marzo de 1989 (fls. 518-534, tercer cuaderno), acogió la anterior veredicción respecto de los cuestionarios 1, 4, 5, 7, 9 y 11, relacionados con la responsabilidad penal del procesado Hélmer Antonio Riascos Chepote, vale decir por homicidio agravado en el Infante de Marina William Morales Galeano, en calidad de autor; en la del Dragoneante de Infantería de Marina Rubén Darío Pérez Salgado, como coautor; por 'robo militar' de 178 granadas de fragmentación y 56 cajas de Pentolita; 'ataque al centinela' cometido en el Dragoneante de I.M. Rubén Darío Pérez Salgado; 'ataque a superiores e inferiores' cometido en la persona del mismo Dragoneante; y por transgresión al artículo 13 del Decreto 180 de 1988 (transporte sin permiso de autoridad competente de 178 granadas de fragmentación), como autor..."

"...Consecuencialmente (sic) fue condenado a purgar la pena principal privativa de la libertad de 30 años de prisión y multa de 50 salarios mínimos mensuales; a las accesorias de separación absoluta de las Fuerzas Armadas, publicación especial de la sentencia, pérdida de la patria potestad si la tuviere, pérdida e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de prisión..."

"...Igualmente fue acogido el veredicto afirmativo de responsabilidad frente a los cuestionarios números 2, 3, 6, 8 y 10 del procesado Elvis Erick Gutiérrez González, como autor culpable de los delitos de homicidio agravado en el Dragoneante de Infantería de Marina Rubén Darío Pérez Salgado y por los hechos punibles de 'ataque al centinela y ataque al subalterno'; como coautor en la occisión del Infante de Marina William Morales Galeano y en el 'robo militar' de 178 granadas de fragmentación y 56 cajas de pentolita..."

"...Por tales conductas le fue impuesta la pena de 28 años de prisión y similares accesorias..."

"...Al no ser apelada la precedente decisión, el Tribunal Superior Militar conoció del proceso por el grado jurisdiccional de la consulta y en sentencia de 28 de agosto de 1989 confirmó la sentencia *revocando* de la pena principal impuesta al CPIM-Helmer Antonio Riascos Chepote, la *multa* en cuantía de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales; *excluyendo* para los dos procesados la accesoria de la publicación especial de la sentencia, y *sustituyendo* la «pérdida» de la patria potestad, si la tuvieren, por la *suspensión* de la misma, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva'..."

"...No contentos los procesados con la sentencia de segunda instancia, oportunamente interpusieron el recurso extraordinario de casación que concedido fue admitido por la honorable Corte Suprema

de Justicia y luego declaradas ajustadas las respectivas demandas que en oportunidad legal fueron presentadas por apoderado especial en forma independiente..." (fls. 55/7, cuaderno de la Corte).

Las demandas:

Primera: Con fundamento en la *causal tercera* de casación, el defensor del acusado Riascos Chepote, impugna el fallo del Tribunal Superior Militar por considerar "...que el delito de homicidio agravado y el conexo de violación al artículo 13 del Decreto 180 de 1988 son actos ajenos al servicio y de ellos conoce la justicia penal ordinaria..." (fls. 9/15, cuaderno de la Corte).

Segunda: Para el procurador judicial del inculpado Gutiérrez González, las *causales primera y tercera* de casación le sirven de apoyo para formular dos (2) cargos contra la decisión de segundo grado recurrida, así:

1º Lo plantea, como se anotara, en el ámbito de la causal primera, cuerpo primero, acusando la mencionada sentencia de haber "...violado directamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal por aplicación indebida...lo mismo que los artículos 323 y 324 del Código Penal en armonía con las normas de homicidio agravado de la Justicia Penal Militar...dejando de aplicar el artículo 24 del Código Penal y artículo 331 *ibídem*..."

Luego, al precisar el "concepto de violación", señala el actor la incompetencia de la jurisdicción penal militar para fallar el presente asunto, advirtiendo que "...ni corta ni perezosa...sin evaluar la dirección de conducta de mi cliente...suma tales circunstancias... (las contempladas —según él reiteradamente anota— en el art. 260 del C. de J. P. M.)...en cabeza de un simple cómplice..."

A renglón seguido diserta el profesional sobre la causa y los indicios, para demostrar que "...Si todo el acerbo (sic) probatorio *apunta* al autor directo Riascos Chepote Hélmer Antonio y todo el peso de la responsabilidad recae sobre sus hombros...porqué se le endilga responsabilidad a mi cliente a título de *coautor*...?...a sabiendas de que en gracia de discusión apenas sería un simple *cómplice* no *necesario*...?..."

2º Esta vez acude a la causal tercera para señalar "...que los presuntos actos de agresión o de mal comportamiento *lejos* de habersen (sic) realizado con motivo o en desarrollo del servicio... *aparecían* precisamente contra la prestación del mencionado servicio... Se olvida entonces...que de los delitos cometidos por militares en *actos* ajenos al servicio conoce la justicia penal ordinaria..." (fls. 18 a 46, cuaderno de la Corte).

Concepto del señor Procurador Tercero (3º) Delegado en lo Penal:

Luego de criticar la carencia de técnica en las demandas presentadas, el Colaborador Fiscal impetra a la Sala casar de oficio la pro-

videncia cuestionada, pues, advierte, "...los delitos atribuidos a los dos procesados fueron cometidos por causas absolutamente ajenas a la prestación del servicio o al desarrollo de alguna actividad militar... resultando ser la jurisdicción penal ordinaria su Juez natural..." Como secuela pide "...se remita el proceso al Tribunal de origen para que por su conducto se cancele el registro y se envíe a la justicia penal ordinaria para que aprehenda el conocimiento correspondiente..." (fls. 55 y ss., cuaderno de la Corte).

La Corte:

I. Esta Sala quiere referirse en primer término a los plurales desaciertos en que se incurriera al elaborar los libelos formulados en el presente trámite.

En lo que a la primera demanda se refiere, la causal invocada es la tercera, significando la "incompetencia del Juez" como sentido del quebrantamiento alegado. No obstante, al anunciar sus argumentos, asegura el casacionista que va a demostrar "...fehacientemente *lesión verdadera* al vulnerarse las garantías de que normativamente gozan las partes en el decurso de la actuación procesal..." Bien se observa que el planteamiento se desvía hacia la violación de las formas propias del juicio o, incluso, podría pensarse en una vulneración al derecho de defensa.

La deducción no es equivocada. Luego de señalar que las circunstancias que rodearon el homicidio agravado se constituyen en un acto ajeno al servicio, regresa al artículo 26 de la Constitución Nacional, citando un aparte jurisprudencial de esta Sala, referente a las dichas formas rituales de juzgamiento. A seguida, avala su pensamiento explicando que lo que ha querido evitarse "...es que para juzgar a una persona se aplique un procedimiento distinto al consignado para su caso en la legislación, tal y como es la competencia del Juez..."

Posteriormente y ya como conclusión, indica cómo se ha visto afectado el ritual previo a la decisión de fondo, lo que se configura en una "informalidad sustancial", la incompetencia del Juez, expuesta en su censura. Bien puede verse la confusión extrema del recurrente, al transitar con impropiedad por las diferentes causales legales de nulidad, cada una dotada de naturaleza propia y, por tanto, poseedora de características, propiedades y efectos determinados.

Pues bien: Olvida el censor que las formas propias del juicio "...son aquellos señalamientos que el legislador hace en cada tipo de proceso y que siendo de obligatoria observancia para el funcionario director de la actuación y las partes que intervienen en la relación jurídico-procesal, no pueden ser dejadas al acuerdo entre las partes y los funcionarios del Estado que intervienen en ella. El principio del debido proceso apunta, pues, a la reglamentación procesal que con base en leyes preexistentes hace el Estado para asegurar que los procedimientos tengan un curso determinado, que una acción preceda lógicamente a otra, que la sentencia sea el resultado de una labor inicialmente investigativa de recopilación de pruebas y luego de discusión de los medios de convicción y valoración de ellos por parte del funcionario que producirá la decisión, que se establezcan pasos y for-

mas tendientes a garantizar tanto al procesado como al perjudicado la demostración de sus derechos y pretensiones, y al órgano jurisdiccional la posibilidad de comprobar plenamente los aspectos objetivos y subjetivos de la infracción; que se admitan en el curso de la actuación solamente los actos propios de ella sin injerencias de asuntos extraños a los que motivaron la puesta en marcha de la acción jurisdiccional, y en fin, todos aquellos aspectos que se refieren a los requisitos externos o aspectos de expresión en los actos judiciales..." (Sentencia, febrero 15 de 1990, Magistrado ponente doctor Saavedra Rojas).

En el caso de la incompetencia del Juez el tema a desarrollar versa aquí sobre la compartimentación que gobierna la labor judicial. El fuero, el factor territorial, el nivel de conocimiento, la conexidad misma, en veces la primacía de haber asumido primeramente la investigación, son, todas a una, las diferentes razones para tal especialización de funciones. De consiguiente, el ataque en este sentido ha de versar sobre dichos lineamientos. Acometer otras cuestiones, desdibuja la censura, marcándola de ambigüedad e imprecisión, provocando su rechazo. Tal es el destino que le corresponde a la demanda referida.

II. El segundo libelo tampoco es afortunado en la exposición argumental. Desatendiendo la lógica del recurso, concreta un primer cargo aduciendo una violación directa de la ley sustancial; sin embargo, la sustentación abandona sus predios para transitar por los caminos del quebrantamiento indirecto. La dilogía es evidente y conspira contra el éxito de la impugnación. Veámos:

Un primer escollo que se advierte es el señalamiento de una norma procesal como directamente infringida por el fallador. No obstante, el que sea el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal el indicado, anuncia los verdaderos propósitos del casacionista: Cuestionar la valoración probatoria hecha en las instancias, intención que se manifiesta en los renglones posteriores.

En el capítulo denominado "concepto de violación", el actor advierte que "...No se trata en verdad de abrir un debate sobre la existencia o inexistencia de la prueba...ni tampoco sobre su valoración jurídica..." La observación es atinada, pero infortunadamente es desconocida al avanzar la sustentación, pues al citar los artículos 259 y 260 (de la anterior codificación castrense), critica la jurisdicción penal militar por haber "capitalizado" en contra de un "simple cómplice", circunstancias de agravación punitiva extrañas a su comportamiento.

Es así como se dedica a exponer su pensamiento acerca del "nexo de causalidad material" y la problemática que rodea el fenómeno. Tales observaciones le sirven de apoyo para adverar que la providencia condenatoria olvidó la diferencia entre la causalidad necesaria y la contingente. Dicho cuestionamiento se patentiza en las próximas líneas. En ellas advierte el defensor cómo todo el acervo probatorio señala a Riascos Chepote como el único autor de los hechos materia del juzgamiento. Pese a esto, el fallador muestra a su patrocinado (Gutiérrez González) como coautor, "...a sabiendas de que en gracia de discusión sería un simple *cómplice* no *necesario*..."

El motivo de inconformidad se reduce, entonces, al grado de participación endilgado a su cliente, incurriendo con ello en el más común de los desaciertos que se cometen en éste especialísimo recurso: Proponer el cargo en un sentido y desarrollarlo en otro, hecho que constituye una violación flagrante al principio de no contradicción. Recuérdese que cada causal tiene un ámbito determinado, dotado de sus propias reglas y sujeto a unos limitados alcances.

III. En este caso, como se ha repetido muchas veces, la censura por quebrantamiento directo presupone la aceptación de los hechos tal y conforme los tuvo en cuenta el sentenciador. Desconocer esta exigencia rompe con la unidad lógica de la argumentación y presupone su rechazo.

En ocasión anterior, la Sala hizo la siguiente precisión:

"...Como requisito previo de la aplicación del derecho a una situación específica investigada, encuéntrase la valoración del acervo probatorio, a través del cual el Juez le da a las evidencias mismas y a los hechos que se desprenden de ellas, tanto una connotación especial como un alcance determinado..."

"...Decantada así la suma probatoria, procede el juzgador a acomodarla a una o varias disposiciones sustanciales. Es apenas obvio que para demostrar el yerro al efectuar el proceso de selección, han de admitirse los acontecimientos tal y conforme lo hizo el fallador, pues sólo con base en ellos se puede establecer la discordancia entre la interpretación hecha por el juzgador y la que evidentemente arroja el proceso bien porque no se escogió la norma adecuada ora porque se seleccionó una que no se ajusta a dicha realidad..."

"...Respecto a la interpretación errónea, fácil es advertir que ha de partirse en la censura de la corrección en la escogencia del precepto aplicable al caso concreto. Si ello es así, los hechos interpretados por el sentenciador han de prohijarse sin discusión, pues fue con fundamento en los mismos que el funcionario atinó en la designación del dispositivo. Controvertirlos implicaría negar el acierto normativo, creándose un contrasentido pues a la par que se acoge la norma se la rechaza..." (Sentencia, noviembre 13 de 1990, Magistrado ponente doctor Valencia Martínez).

No empece, la contradicción mayúscula se advierte en el planteamiento global de la demanda. Así, a la par que acepta el procedimiento seguido en el proceso al señalar la violación al artículo 226 del Código de Justicia Penal Militar —por falta de aplicación—, lo cuestiona al formular el siguiente cargo por una pretensa incompetencia del fallador pues, a su modo de ver, la jurisdicción apta para conocer del presente asunto es la ordinaria.

Desde antaño, la Corte ha llamado la atención sobre el cuidado que debe tenerse de formular acusaciones incompatibles entre sí al demandarse en casación, por vulnerarse con ello el principio de no contradicción. Sin embargo, "...la inobservancia de este requisito de orden técnico atribuible a los demandantes al plantear de una parte, la nulidad del proceso por vicios en su formación y de la otra, la sustitución del fallo de condena por uno de absolución, lo que supone

su validez, no autoriza *prima facie* el rechazo de la impugnación, puesto que en tal evento la Corte como Tribunal de casación no podría sustraerse al deber de indagar si alguno de los motivos aducidos configura nulidad insubsanable que deba declarar, o ésta emerge ostensible del proceso aunque por razones diferentes a las contenidas en las demandas, actitud conforme con el carácter oficioso de la nulidad en sede de casación, consagrado en el inciso segundo del artículo 227 *ibídem*..." (Sentencia, febrero 15 de 1990, Magistrado ponente doctor Carreño Luengas).

IV. Hecha esta necesaria aclaración, la Sala acomete el estudio respectivo.

Afirma el casacionista que "...los presuntos actos de agresión o de mal comportamiento LEJOS de habersen (sic) realizado con motivo o en desarrollo del servicio... APARECIAN precisamente contra la prestación del mencionado servicio...Se olvida entonces la vieja posición de la Corte...cuando afirma que de los delitos comunes *cometidos por militares en actos AJENOS al servicio conoce la justicia penal ordinaria y el delito de homicidio agravado y el conexo de violación al artículo 13 del Decreto 180 de 1988... son actos ajenos al servicio..."*

La sustentación, de suyo parca, impide conocer a profundidad el pensamiento del recurrente. Para su infortunio no aborda el tema de la conexidad, ni estudia las implicaciones que podría tener en el caso a tratar lo prevenido en el artículo 311 del derogado estatuto punitivo castrense. No obstante —y como quedó anotado— la SALA, en guarda de la facultad oficiosa que le asiste en estos eventos, hace las siguientes consideraciones.

La precitada norma prevé la posibilidad de que en cabeza de un miembro de las Fuerzas Armadas se establezca la comisión de delitos comunes y de ilícitos sometidos a la jurisdicción penal militar. En este caso, si no existe entre ellos relación de conexidad "...la autoridad militar conoce de los segundos y las autoridades comunes de los primeros..."

A contrario sensu, *es claro que en la coyuntura de subsistir conexidad entre las dos líneas de injustos, los Jueces en lo castrense estarían autorizados para conocer de ellos. La solución responde, de otra parte, a la lógica misma del fuero y a las circunstancias que rodearon la consumación de las dos especies delictivas.*

Explícase:

En el servicio militar rigen principios inquebrantables que permiten no sólo el desarrollo exacto de una actividad tal, sino también su existencia misma, como quiera que cualquier violación a ellos, pone en grave peligro su estructura y objetivos mismos. Es así como se erige la jerarquía, la rígida obediencia y la disciplina estricta. De ahí que una agresión a subalternos o superiores, quebranta dicha pirámide funcional. Lo mismo puede predicarse del embate a un centinela o, peor aún, el hurto de material bélico. Uno y otros causan ingentes perjui-

cios a la unidad militar y prohijan su debilitamiento. Explicable, entonces, que de tales conductas conozcan las cortes marciales respectivas.

Además, dichos comportamientos únicamente pueden ser elucidables a virtud de la actividad castrense. Extraídos de este marco especialísimo, pierden su razón de ser. Más aún, no encuentran correspondencia con la realidad cotidiana e, incluso, trasladados a la jurisdicción ordinaria, se convierten en atípicos o habría que dilatar en peligroso grado los tipos correspondientes para encontrar su acomodo.

En cambio, fallados por la justicia especial referida, tales procederes conservan en ella todo su vigor puesto que son comunes a la vida en sociedad y como tal encuentran explanación y sostén en cualesquiera de sus sectores.

De otra parte, nos encontramos frente a una conexidad de carácter consecuencial, toda vez que los delitos comunes se hallan respecto de los típicamente militares en una relación de medio a fin. Es claro que para poder sustraer los explosivos los acusados debían primero desarmar a los centinelas y reducirlos a una total indefensión. Ahora bien, como quiera que la confianza se constituyó en la herramienta fundamental para acercarse al polvorín, era obvio que, luego de cometido el ilícito, los testigos debían morir o de lo contrario los pondrían en evidencia. Así, entonces, el homicidio tuvo como objetivo conseguir la cabal impunidad de su accionar ilícito.

V. *Vistas de esta manera las cosas, el conocimiento de los delitos contra la vida y de la infracción al artículo 13 del Decreto 180 de 1988, le corresponde a la jurisdicción penal militar, en razón de la conexidad que conservan con los punibles típicamente castrenses, esto es, los de ataque a superiores e inferiores, ataque al centinela y hurto militar (arts. 144, 250 y 238 del Decreto 250 de 1958). Por consiguiente, la ritualidad seguida en el presente proceso se ajustó a derecho, lo cual implica de suyo la improsperidad de la demanda presentada y materia de estudio.*

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

Resuelve:

No casar la sentencia recurrida.

Devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Valencia Martínez, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Didimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

PERJUICIOS. DEMANDA DE CASACION. Interés

Cuándo es procedente el recurso de casación, si el objeto de la impugnación extraordinaria se limita a discutir el tema de los perjuicios

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Penal.— Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa.

Magistrado ponente: *Doctor Guillermo Duque Ruiz.*

Aprobado: Acta número 85 (diciembre 12 de 1990).

Conoce la Sala del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de octubre de 1989, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó a *Esperanza Eduarda Coime Solis* a 10 años de prisión por el delito de homicidio.

Antecedentes:

En las primeras horas de la mañana de 11 de septiembre de 1988, frente al "Grill Rafael" de la carrera 8ª con calle 18 de Cali, Esperanza Eduarda Coime Solis hirió en la vena yugular a Stella Hurtado, utilizando para ello un pico de botella. Stella fue conducida al Hospital San Juan de Dios y aunque alcanzó a ser operada, murió allí mismo poco después.

El Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Cali abrió investigación, escuchó en indagatoria a la sindicada, practicó otras pruebas y dictó auto de detención por el delito de homicidio, por el cual profirió luego resolución acusatoria (fls. 87 y ss.). El Juzgado Primero Superior ejerció el control de legalidad, siguió la causa, celebró audiencia con intervención de jurado de conciencia, que por unanimidad respondió afirmativamente sobre la responsabilidad de la procesada, veredicto que fue acogido por el Juzgado, dictándose sentencia de 1º de septiembre de 1989, por medio de la cual se la condenó a 10 años de prisión por el delito de homicidio, a interdicción de derechos y funciones públicas, a suspensión de la patria potestad, y a pagar la suma de 1.000 gramos de oro "como perjuicios morales y materiales" (fl. 165).

El defensor apeló ese fallo, sobre el cual la Fiscal Cuarta del Tribunal conceptuó que debía ser confirmado, salvo lo decidido en el punto 3º de su parte resolutiva, en donde se dispuso la susodicha condena en perjuicios, porque, en su sentir, los mismos no lograron demostrarse.

El Tribunal, en el fallo que recurre en casación la Fiscal Cuarta (fls. 175 y ss.), confirmó el del Juzgado modificándolo en el sentido de revocar la dicha condena en concreto y en su lugar "condenar en abstracto a Esperanza Eduarda Coime Solís, al pago de los perjuicios materiales y morales".

Las consideraciones en que el Tribunal fundamentó tal revocatoria, apartándose, por tanto, de lo pedido por la Fiscal, son las siguientes:

"El artículo 50 del Código Penal, regula todo lo concerniente a la condenación al pago de los perjuicios en los procesos en que se haya logrado demostrar la existencia de los mismos, por lo cual el Juez procederá a liquidarlos mediante la intervención de un perito.

"Esto quiere indicar que es necesario demostrar la existencia de perjuicios para poder condenar al procesado a su pago. Si no se pueden valorar los perjuicios morales y materiales, la indemnización se fijará de conformidad con los artículos 106 y 107 del Código Penal.

"Entiende la Sala que lo importante para la condenación al pago de perjuicios, es que se haya demostrado su existencia y ello sólo es posible mediante la intervención de un perito el que evaluando ciertos y determinados elementos de juicio relacionados con las condiciones personales del ofendido, sirvan para determinar cuál es su monto y en cabeza de quién se deben radicar esos perjuicios. Habría necesidad entonces de establecer quiénes pueden ser las personas perjudicadas u ofendidas con el delito, para así mismo mirar hasta dónde dependían del occiso y hasta dónde su muerte ha podido influir en determinadas personas o familiares para poder evaluar el monto de los perjuicios. Determinar así mismo la vida probable de esa persona, su trabajo, su salario y en fin, una serie de circunstancias que sirvan en un momento dado para fundamentar o demostrar la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado. y esto, porque en la actualidad es perentorio condenar en concreto a excepción cuando ello no es posible habiéndose intentado hacer durante el proceso.

"En este caso particular realmente nada se hizo por demostrar la existencia de familiares de la occisa, como tampoco se nombró algún perito para avaluar los daños sufridos, razón por la cual no es del caso condenar en concreto. Sin embargo, tampoco sería posible concluir que en esta clase de procesos no se genere ningún perjuicio, como que la vida es el supremo derecho del hombre y al serle quitada injustamente necesariamente va a producir un trauma en su familia, por más que se desconozca debe tener, y entonces interpretando el querer del legislador y las normas que regulan situaciones como éstas, se debe entender que la condenación en perjuicios en estos casos debe ser en abstracto y en ese sentido se modificará la sentencia" (fls. 184 y 185).

Salvó el voto el Magistrado Juan B. Quintero Meza, por considerar que la santencia no ha debido ser revocada en ese punto, ya que según los artículos 50 y 187 del Código de Procedimiento Penal, "en todos los casos se debe condenar en concreto".

La demanda:

Presentada por la Fiscal Cuarta del Tribunal con apoyo en el cuerpo segundo del numeral primero del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, por estimar que el fallo viola indirectamente la ley sustancial (arts. 103 del C. P., 2341 del C. C., 50 y 187 del C. de P. P.) por error de hecho, consistente en que el Tribunal "supuso" que la víctima del homicidio, Stella Hurtado, tenía familiares, y ello condujo a tener por probada la existencia de perjuicios, cuando el proceso nada dice acerca de los mismos, recalcando que se trata de "un falso juicio de existencia" sobre la prueba, por suposición de ésta.

En este caso, afirma la actora, no procedía condena de ninguna especie por perjuicios, y la sentencia, por consiguiente, debió hacer silencio sobre tal punto.

En cuanto al daño emergente dice que no se sabe si los funerales de la occisa fueron pagados por alguien o el mismo Municipio se encargó de ellos; respecto del lucro cesante anota que "en el proceso se ignora incluso si la occisa tenía parientes vivos y tampoco se estableció si alguien, como producto de la muerte de Stella Hurtado, resultó mediata o inmediatamente afectado patrimonialmente al no percibir de ella ayuda, ganancia o beneficio, y en consecuencia, no se demostró la existencia de un lucro cesante". Finalmente, en torno a los perjuicios morales, reitera que no se probó la existencia de "personas dolidas" por la muerte de Stella.

Dice la demandante que "si la acción no se ha ejercido y dentro del proceso no se logran demostrar los daños derivados del hecho punible, como en este caso, la justicia penal no puede ni debe pronunciarse, porque carece de elementos de juicio, debiendo por lo tanto guardar silencio al respecto, para no decidir una acción que particularmente no se ejerció, ni de oficio se tramitó adecuadamente, para que los ofendidos o perjudicados puedan acudir, en busca de satisfacer el interés privado que oficiosamente no se logró, ante la justicia civil". Y agrega:

"No sería lógico ni justo que a consecuencia de la inactividad del Juez y del respectivo Agente del Ministerio Público, o que a pesar del esfuerzo judicial, por la imposibilidad de cumplir los objetivos de la investigación oficiosa respecto de los daños y perjuicios, por falta de colaboración de los particulares perjudicados, se tuviera que paralizar o retrotraer la acción penal para definir una situación que es eminentemente de carácter privado, agravando la situación del condenado que debe seguir soportando un proceso oficioso a través de la prolongación de oportunidades procesales, para que el Estado, por medio del órgano judicial, logre demostrar aspectos en los que el ofendido no ha manifestado su interés, habiendo tenido y conservando aún la facultad para obtener el resarcimiento por los daños sufridos".

Pide, pues, que se case parcialmente la sentencia, "y en su lugar se disponga que la justicia penal, en este caso, no puede pronunciarse respecto a la indemnización de perjuicios por la muerte de Stella Hurtado".

La Delegada:

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal manifestó lo siguiente:

"La observancia del principio de la unidad de intervención del Ministerio Público en torno a las impugnaciones extraordinarias de casación interpuestas por los Fiscales de Tribunal Superior, no resulta legítimo que la Procuraduría Delegada en lo Penal corrija, aclare o se oponga a las pretensiones de la demanda.

"Como el libelo busca quebrar la sentencia en cuanto a la condenación de perjuicios *in génere* por la vía de la causal primera, violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho, no obstante la referencia a asuntos estrictamente de naturaleza jurídica, este Despacho se abstiene de coadyuvar los planteamientos de la recurrente".

Se considera:

1. Sobre la intervención del Procurador Delegado en lo Penal en sede de casación, precisó la Sala en auto de 26 de septiembre último, con ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez:

"Ha sido costumbre de los señores Procuradores Delegados en lo Penal, frente a demandas de casación presentadas por los Fiscales de los Tribunales, hacer uso de lo normado en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal derogado, es decir, ampliarla respecto de las causales aducidas por el recurrente absteniéndose de pronunciarse sobre ella.

"Conforme a la citada norma, el Ministerio Público ante la Corte, representado por los señores Procuradores Delegados en lo Penal, tenía la facultad de ampliar la demanda presentada por el Fiscal del Tribunal, en cuyo caso, el escrito de uno y otro traducían unidad y debía entenderse como demanda formulada en conjunto, en su condición de Ministerio Público, como parte recurrente.

"De ahí que el artículo 578 del estatuto procedimental en comento señalaba que una vez presentada la demanda por el recurrente, la Corte, si la hallare conforme a las prescripciones del artículo 576 *ibidem* 'dispondrá que *se corra traslado de ella a quienes no sean recurrentes*, por quince días a cada uno, para que formulen sus alegatos'.

"Frente al actual Código de Procedimiento Penal, la situación es bien distinta:

"El artículo 678 derogó la Ley 2ª de 1982 'por la cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal expedido mediante Decreto 409 de 1971 y todas las disposiciones que le sean contrarias al presente Decreto' (Decreto 050 de 1987) y solamente excepcionó su aplicación a los procesos que para el 1º de julio de ese año, estuvieran con auto de cierre de investigación ejecutoriado, de donde aquellos asuntos que no cumplían ese preciso requisito, y los iniciados con posterioridad a esa fecha, no toleraban la aplicación de normas derogadas, salvo los que por mandato constitucional y legal representaban cierta atendible favorabilidad.

"El artículo 219 del Código de Procedimiento Penal actual, enseña que el recurso extraordinario de casación 'podrá ser interpuesto por el procesado, su defensor, el apoderado de la parte civil o *el fiscal*'. En esta codificación el legislador no mencionó al término genérico *Ministerio Público* como aparecía en el artículo 570 del anterior estatuto, razón por la cual, en el artículo 225 previó el traslado al señor Procurador General de la Nación, representado por su Delegado en lo Penal, por el término de veinte (20) días *para que emita su concepto*, respecto de la demanda o demandas presentadas por los recurrentes, sin que se haya exceptuado a ningún sujeto procesal con capacidad para interponer el recurso extraordinario y presentar su demanda.

"Y es que *el concepto* de la Delegada respecto de la demanda o demandas presentadas, resulta de suma importancia no solamente para la decisión que deba adoptar la Corte, sino para las demás partes *no recurrentes* que frente al nuevo Código de Procedimiento Penal disponen de *un término común* para presentar sus alegatos, bien sea oponiéndose a las pretensiones del recurrente o coadyuvando los motivos y las causales aducidas por el actor.

"Podría pensarse que de no compartir el Delegado el criterio del Fiscal recurrente, se rompería la unidad del Ministerio Público, lo cual era válido de acuerdo a las normas procedimentales derogadas, cuando se le otorgaba la facultad de ampliar la respectiva demanda. Hoy, el Procurador Delegado no sólo puede coadyuvar el libelo del Fiscal recurrente, sino oponerse al mismo, ya por improcedencia del recurso, ya por defectos de técnica que imposibilite su estudio de fondo. Sostener lo contrario llevaría a la conclusión ilógica, con base en la unidad del Ministerio Público, de que la Delegada podría desistir del recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal, lo cual resulta inadmisible. Su facultad, entonces, queda circunscrita a emitir concepto sobre la demanda, bien sea para apoyarla en sus conclusiones y demandar la prosperidad de la causal invocada o para oponerse a ella, como lo viene haciendo respecto de las demandas presentadas por los otros intervinientes en el recurso de casación" (Subrayas del original).

Sentadas esas premisas, y teniendo en cuenta que este proceso se gobierna por el nuevo Código de Procedimiento Penal (Decreto 050 de 1987), las consideraciones del señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, para abstenerse de conceptuar, resultan equivocadas, pues, como se dijo, debe encarar la demanda del Fiscal del Tribunal de igual manera que la de cualquiera otro de los recurrentes (defensor o apoderado de la parte civil), es decir que está facultado para apoyarla o para objetarla, estándole vedado, desde luego, aducir nuevas causales o nuevos motivos de impugnación, pues, si no, estaría formulando otra demanda, cuando por ministerio de la ley, como quedó dicho, debe emitir un *concepto* sobre el libelo o libelos de impugnación presentados.

2. *Tiene razón el Magistrado que salvó el voto sobre la consideración de que ya no es procedente que la condena al pago de los perjuicios derivados del hecho punible se haga en abstracto, como ocurrió en este caso y se viene haciendo de verdad asiduamente por Juzgados y Tribunales.*

Al respecto conviene precisar:

El Código Penal dispone:

> *"Artículo 106. Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. Si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos de oro.*
>
> *"Esa tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido".*
>
> *"Artículo 107. Indemnización por daño material no valorable pecuniariamente. Si el daño material derivado del hecho punible* no pudiere *avaluarse pecuniariamente, debido a que* no existe *dentro del proceso base suficiente para fijarlo por medio de perito, el Juez podrá señalar prudencialmente, como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de cuatro mil gramos de oro.*
>
> *"Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza del hecho, la ocupación habitual del ofendido, la supresión o merma de su capacidad productiva y los gastos ocasionados por razón del hecho punible".*

Los vocablos de esos artículos que se han subrayado significan, en principio, que sólo cuando de acuerdo con la realidad procesal la indemnización no pueda ser concretada mediante peritaje, el Juez podrá fijarla por sí propio bajo los parámetros que dichas normas le marcan.

Mas si como acontece con frecuencia, del proceso emergen las bases suficientes para cuantificar la indemnización por medio de perito, pero la experticia no se lleva a cabo por negligencia del Juez, del Ministerio Público y/o de la parte civil, ¿es dable acudir a dichos artículos 106 y 107, cuyo carácter, ha dicho la jurisprudencia, es subsidiario? *Algunos son del criterio que no, y de ahí que, como en el caso de autos, se decidan por la condena en abstracto. Empero, la Sala, dentro de una hermenéutica correcta es del sentir que en ningún caso procede tal condena* in género.

En efecto. El artículo 50 del Código de Procedimiento Penal señala en su inciso 2º que "en los casos de perjuicios materiales o morales no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en los artículos 106 y 107 del Código Penal". Y el artículo 187 ibidem, *dispone:*

> *"Condena en concreto. En toda sentencia condenatoria el Juez deberá señalar el monto de los perjuicios ocasionados por el hecho punible".*

Es decir que con el Código de Procedimiento Penal nuevo (Decreto 050 de 1987) quiso el legislador erradicar, en guarda de los principios

de celeridad y de economía procesal, la condena en abstracto, y en armonía con este objetivo suprimió el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal anterior (Decreto 409 de 1971), que decía:

> *"Liquidación de perjuicios. La condena al pago de daños y perjuicios se hará en forma genérica, cuando establecido el quebranto, no aparezca demostrada su cuantía. En tal caso, se señalarán las bases de la liquidación, si ello fuere posible.*
>
> *"La liquidación de perjuicios se adelantará ante el mismo Juez que dictó la sentencia de primera instancia y se tramitará en la forma prevista en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil".*

También en aras de los principios procesales precitados, los artículos 307 y 308 del susodicho Código, que consagraban la condena en abstracto, fueron derogados por los artículos 137 y 138 del Decreto 2282 de 7 de octubre de 1989 (reformatorio del Código de Procedimiento Civil), que dispone expresamente la obligación de condenar en concreto; e incluso el inciso 3º del mencionado artículo 137 establece que la no observancia de las reglas tendientes a concretar los perjuicios, "constituye falta sancionable conforme al régimen disciplinario".

En el expresado orden de ideas, siempre que el hecho punible origine perjuicios, en la respectiva sentencia debe el juzgador condenar en concreto a la cancelación de los mismos.

Y es que según el Código de Procedimiento Penal, uno de los objetos primordiales de la investigación es establecer "los daños y perjuicios de orden moral y material que causó el hecho punible" (art. 360-6), y cuando la investigación exija "avalúos, el Juez decretará la prueba pericial" (art. 266). También dentro de las funciones del Ministerio Público como representante de la sociedad, se señala la de procurar "la indemnización de los perjuicios causados por la infracción" (art. 122-1).

3. Aquí la Fiscal casacionista enfrentó una condena en abstracto y el único cargo que formula en su demanda se basa en que, a su juicio, en el presente caso no se causó perjuicio alguno, razón por la cual el Tribunal "ha debido guardar silencio" respecto al pago de la indemnización.

Empero, el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal dice:

> *"Cuantía para recurrir. Cuando el recurso de casación tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia condenatoria, deberá tener como fundamento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil".*

Las causales son las establecidas en el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el 182 del referido Decreto 2282), y la cuantía, teniendo en cuenta la fecha del fallo recurrido, es de diez millones de pesos ($ 10.000.000.00), según los artículos 1º y 2º del Decreto 522 de 1988.

Si no existe cuantía —como en el caso presente—, o si ésta es inferior a la supradicha, ninguna de las partes puede interponer recurso de casación, si el objeto de la impugnación extraordinaria se limita con exclusividad a discutir el tema de los perjuicios decretados en sentencia condenatoria.

La señora Fiscal que aquí impugna, insiste en que ella no discute el monto de la indemnización, sino solamente que la condena no es procedente ante la ausencia de daño derivado del delito. Sin embargo, reitérase que tanto el Fiscal recurrente como las demás partes se encuentran en idénticas condiciones de cara a su legitimidad para recurrir en casación. Dijo al respecto esta Sala en auto de 26 de septiembre, referido inicialmente, frente a la casación interpuesta por la misma actora en otro proceso:

"Y si corresponde al Ministerio Público buscar que se aplique la ley en el curso del proceso penal, debe sujetarse a las normas que lo rigen, incluso en los recursos extraordinarios. Por ello, como defensor de la ley, tiene la facultad de recurrir los fallos de segundo grado proferidos por los tribunales superiores, cuando el delito por el cual se ha juzgado a una persona, tiene señalada pena privativa de la libertad de cinco (5) años o más. Corresponde entonces al Fiscal respectivo interponer el recurso extraordinario de casación, y una vez admitido por la Corte, dentro del término legal presentar la demanda".

Y agregó:

"Si el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre indemnización de perjuicios, *el recurrente debe presentar su demanda con arreglo a las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando el interés para recurrir (económico) sea el previsto o determinado por la ley para su procedibilidad. No puede la Corte aceptar causal distinta a las señaladas en el Código de Procedimiento Civil, ni admitir recurso que por la cuantía resulta improcedente, así se trate del Ministerio Público".*

Concluyese, pues, que el recurso no era admisible en este caso por no cumplirse con el examinado requisito de la cuantía. Ahora bien: Es cierto que no hay norma que exija "anunciar" el tema o temas del recurso de casación al momento de interponer el mismo. Mas como en tratándose exclusivamente del aspecto de los perjuicios, es requisito indispensable para su admisibilidad o inadmisibilidad cotejar su monto, la Corte, en su citado proveído, señaló que el impugnante, al interponer la casación, si ésta va a versar únicamente sobre el tema de perjuicios debe expresarlo así ante el Tribunal, con el fin de que éste disponga del elemento de juicio respectivo para decidir si concede o no el recurso. Dijo la Sala en dicha ocasión:

"Cuando el recurrente es el Ministerio Público (o en su caso el procesado o la parte civil) y el fallo es condenatorio, en su escrito de interposición debe consignar inequívocamente que su discrepancia con él es por motivos de la indemnización de perjuicios, para que el Tribunal con conocimiento pleno pueda tomar determinaciones sobre la cuantía. Porque si el motivo es diverso, no es necesario mencionarlo, *pero tampoco podrá ante la Corte presentar acusación alguna por la*

vía de las causales de casación civil, es decir, por indemnización de perjuicios, so pena de ser rechazada in límine *su demanda" (Magistrado ponente doctor Gómez Velásquez).*

Se anulará, pues, lo actuado en la Corte, a partir inclusive del auto de 30 de enero del año en curso, mediante el cual se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por la recurrente, y se declarará que tal impugnación no es admisible.

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

Resuelve:

1. *Decretar* la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de 30 de enero de 1990 y que corre a folio 2 del cuaderno de la Corte.

2. *Declarar inadmisible* el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Cuarta del Tribunal Superior de Cali, contra la sentencia de 25 de octubre de 1989 dictada por dicha Corporación, por medio de la cual se condenó a la procesada Esperanza Eduarda Coime Solís por el delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. *Cúmplase.*

Jorge Enrique Valencia Martínez, Con salvamento de voto; *Ricardo Calvete Rangel, Jorge Carreño Luengas, Guillermo Duque Ruiz, Gustavo Gómez Velásquez, Dídimo Páez Velandia, Edgar Saavedra Rojas, Juan Manuel Torres Fresneda.*

Rafael I. Cortés Garnica, Secretario.

DEMANDA DE CASACION (ACLARACION DE VOTO). MINISTERIO PUBLICO (ACLARACION DE VOTO)

A la Procuraduría Delegada para lo Penal, le asiste capacidad no solamente de ampliar las tesis consignadas en la demanda, sino además las de rectificarlas acudiendo incluso a otra causal

Referencia: Proceso. Casación número 4695. Contra Esperanza E. Colme Solís. Delito: Homicidio.

Acerca de la intervención del Procurador Delegado en lo Penal en sede de casación sostiene la providencia que a estos funcionarios les está vedado "...aducir nuevas causales o nuevos motivos de impugnación, pues, si no, estaría formulando otra demanda, cuando por ministerio de la ley, como quedó dicho, debe emitir un concepto sobre el libelo o libelos de impugnación presentados..."

No estoy de acuerdo con estas premisas. En redor de este asunto expresé —no ha mucho— un criterio opuesto a tales razonamientos, los cuales me basta simplemente copiar para mostrar mi inconformidad:

"...Entendiendo la mayoría de la Sala que los Procuradores Delegados no pueden ampliar y muchísimo menos corregir, enmendar o modificar la demanda de casación presentada por los Fiscales de los Tribunales Superiores, considera que por rebasar aquellos la facultad legal que les asignaba el artículo 571 del anterior Código de Procedimiento Penal, debe la Corte abstenerse de sopesar la impugnación por tratarse no de una ampliación del libelo y sí de una transformación o cambio radical del mismo..."

"...Pese a lo argumentado soy de opinión que a la Procuraduría Delegada para lo Penal le asiste la capacidad no solamente de ampliar las tesis consignadas en la respectiva demanda sino, además, la de rectificar los desatinos, errores o desaguisados que ella presente acudiendo incluso a otra causal sin que esto implique sustitución o suplantación de deberes funcionarios o invasiones de atribuciones ajenas. Como en ésta caso mi perplejidad por lo resuelto es inútil, bástame repetir para sostener mi voz disidente— la literalidad de una pausada elaboración descargada con todo el rigor de la dialéctica por otros Magistrados que pensaron como yo:..."

"...1. Es imprescindible considerar la unidad que preside el funcionamiento del Ministerio Público y atender a las consecuencias de

esta jerarquización que no tiene, solamente, una connotación burocrática sino que responde a condicionamiento evidente de su eficacia en el ejercicio totalizante de sus varias funciones. Todos los funcionarios del Ministerio Público están llamados a 'recibir directrices funcionales, operativas y doctrinarias del Procurador General de la Nación que tiene a su cargo la responsabilidad de dirigir, orientar, y si fuere del caso asumir directamente el ejercicio del Ministerio Público ante los funcionarios de la Rama Judicial' (ver expediente 1106, demanda contra el artículo 28 de la Ley 25 de 1974)..."

"...2. Esta caracterización la ha reconocido la Corte en varias ocasiones (con excepción de lo relacionado con los Personeros Municipales —art. 28, inciso 2º de Ley 25 de 1974, expediente 1468, Magistrado ponente doctor Hernando Gómez Otálora— octubre 9 de 1986), al estudiar y aceptar la constitucionalidad de las normas que autorizan al Procurador, en cualquier momento, para determinar la sustitución de un agente del Ministerio Público por uno especial, designado por él. En expediente número 1106, demanda del artículo 28 de la Ley 25 de 1974, ponencia del Magistrado Ricardo Medina Moyano (marzo 8 de 1984) se dijo: 'Segundo. Es necesario así mismo destacar, como consecuencia de la naturaleza y fines del Ministerio Público, su carácter eminentemente unitario, lo cual no es incompatible con la necesidad de una organización amplia y jerarquizada que le permita ejercer su autoridad en la Nación entera sobre sus agentes fiscales'. Esta unidad se evidencia en los artículos 143 y 144 de la Constitución Nacional y la desarrollan los artículos 101 y 102 del Código de Procedimiento Penal. Además, después de alertarse sobre una indebida comparación de identidad con la Rama Jurisdiccional, ante la cual interviene la Procuraduría en una de sus múltiples y polifacéticas actividades, y que por ello se le reconocen algunas garantías, se puntualizó: Su 'estructura interna, institucionalmente se asemeja más a la organización administrativa, con la existencia de un poder disciplinario y de instrucción sobre el desempeño de sus labores, por parte de los funcionarios que de él dependen y con respecto a los cuales, se desempeña el Procurador General con el carácter de una auténtica jefatura...'"

"...3. Estas nociones son fundamentales para interpretar el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal y deducir las soluciones más aconsejables para los interrogantes inicialmente formulados..."

"...¿De qué valdría esa unidad y jerarquización si cada miembro del Ministerio Público se siente vocado a obrar con absoluta autonomía, llegándose a desconocer una explícita indicación de la Procuraduría, en orden, por ejemplo, a que se interponga un recurso, se desista de él y, en caso de ser desoído, a asumir directamente ese rol?..."

"...4. Insistir en esta unidad de estructura, en esta vertical intercomunicación, en esta jerarquización que impone constante contacto, vigilancia, orientación y acatamiento, es enfocar en debida forma la institución y establecer las consecuencias necesarias y adecuadas, dentro de las cuales no es posible la coetánea disparidad fundamental de criterios y actitudes. Así, pues, no se concilia con la obtención de estos fines, aceptar que los Fiscales interpongan recursos que la Pro-

curaduría desestima por perjudiciales, antitécnicos o nocivos. Esta correspondencia y armonía establece por sí el imprescindible criterio de considerar a la Procuraduría, en su función de organismo superior e interviniente ante la Corte, como quien tiene la capacidad procesal para manifestar si un recurso debe o no mantenerse..."

"...5. También conviene destacar, a este mismo respecto, que no resulta de ninguna lógica reconocer que la Procuraduría puede ordenar y ser atendida so pena de condignas represiones disciplinarias, la orden de introducirse, por un Fiscal, un recurso, pero desconocerle como atributo suyo el que pueda desistir de él; como tampoco que pueda llegar a sustituir, así sea inopinadamente a un Fiscal, pero, en cambio, no tenga repercusión alguna el desistimiento del recurso por aquél interpuesto. O sea, que pudiéndose lograr el mismo efecto (desistimiento) por vías más expeditas y directas se impone el expediente de la sustitución comentada o del mandato de no cursar la correspondiente demanda. Aquí sí se hace necesario recordar y aplicar la máxima de que quien quiere y puede lo más, quiere y puede lo menos..."

"...6. Pero agréguese una adicional y secundaria explicación: Tal como estaba regulado el instituto de la interposición del recurso de casación, por parte del Ministerio Público, inicialmente fue dable entender que se reservaba al directo impugnador el control total y disposición del recurso. En efecto, el Código de Procedimiento Penal se desentendió de la Procuraduría en cuanto a que ésta fuera la llamada a presentar la demanda pues ésta era compromiso de quien lo había interpuesto. Posteriormente, y esto denota ya un cambio de sistema que fue acentuándose hasta desembocar en la posibilidad de sustituir a los Fiscales (Ley 24 de 1974, orgánica de la Procuraduría General de la Nación), se mantuvo la interposición del recurso por parte del respectivo agente del Ministerio Público y la presentación de la demanda a cargo de la Procuraduría, quien de omitirla daba al traste con el recurso. Desde entonces ya fue posible doctrinariamente aceptar que si podía eliminar el recurso de esta manera, también podía, más directamente, expresar su voluntad de desistir. Luego, por razones que más adelante se comentarán pero que nada tienen que ver con una prohibición para la Procuraduría de intentar el desistimiento, exigió al impugnante la posibilidad de sustentar el recurso, pero concediendo a la Procuraduría la posibilidad de ampliar la demanda, entendiéndose esta facultad en el sentido restringido que se dejó indicado con la transcripción de la correspondiente decisión de la Corte, aunque en doctrina no del todo pacífica..."

"...7. De esto, máxime mediando la Ley 25 de 1974, artículo 28, reformatorio del artículo 106 del Código de Procedimiento Penal, no puede deducirse, en forma simplista y con abandono del contexto y la finalidad de todo el ordenamiento que estructura la Procuraduría, que si la ley sólo ha previsto una restringida facultad de coadyuvancia (ampliar la demanda —art. 571 *'ibidem'*—), es porque se quiere vedar su posible reemplazo en este cometido y menos auspiciarle el que desista de la impugnación. Este modo de pensar que, se repite, contraviene aspectos más sustanciales (unidad, jerarquía, sustituibilidad, etc.), no refuta, tampoco, la prosperidad de no pocos recursos a ex-

pensas, no tanto del contenido de la demanda como si de su ampliación o la identidad que, según el ya copiado pronunciamiento de la Corte, caracteriza a una y otra actividad, o sea, la del Fiscal y la de la Procuraduría..."

"...8. La última enmienda (que fue posterior a la Ley 25 de 1974 y que viene a mudar los esquemas de interpretación), no quiso desalojar la intervención de la Procuraduría, ni ofrece por sí, argumento suasorio para inhibir una interpretación que como la que hoy sustentamos, afincada ésta no tanto en el aislado texto del artículo 571 como sí a todo el ordenamiento jurídico que debe entrar en juego cuando se trata de un estudio completo del Ministerio Público. La ley ha querido, en síntesis, facilitar la impugnación pues cuando permitió esta intervención del Fiscal reconoció en él mayores aunque no excluyentes facilidades de enteramiento en cuanto a los pronunciamientos de los Tribunales, y, además se propuso con la obligación de presentar la correspondiente demanda, comprometer un inicial juicio de seriedad, un primer esfuerzo de análisis, porque por averiguado se tiene que cuando no se exigen sustentaciones los recursos tienden a proliferar. Pero de allí no se debe concluir que la Procuraduría está inhabilitada, en caso de omisión voluntaria o involuntaria del Fiscal, para sustituirle en la presentación de la demanda o para desistir del recurso interpuesto y sustentado por aquél..."

"...9. En consecuencia debe concluirse que los Fiscales por sí o por orden de la Procuraduría, quien asumirá las correspondientes responsabilidades, pueden interponer el recurso de casación; también puede hacerse directamente por la Procuraduría, quien queda habilitada para cursar la correspondiente demanda, en defecto de aquellos o para desistir del recurso interpuesto por los mismos y hacer prevalecer su voluntad en este campo, cuando se advierta contrariedad entre la actitud y propósitos de unos y otros. Esta la opinión que tenemos sobre esta cuestión, bien diferente por cierto de la estimación de la mayoría. De ahí entonces, la razón de ser de este disentimiento..."

"...Gustavo Gómez Velásquez, Lisandro Martínez Zúñiga, Guillermo Dávila Muñoz, Jaime Giraldo Angel..." (Cfr., auto, mayo 27 de 1987, Magistrado ponente doctor Mantilla Jácome; *G. J.* número 2428, volumen I, págs. 496 y ss.).

"...Además, resulta notorio y dañino contrasentido advertir cómo el legislador quiere y propicia la intervención calificada del Procurador Delegado en lo Penal, en favor o en contra del procesado, y al mismo tiempo la impide porque la doctrina de la mayoría de la Sala supedita ésta intervención al acierto del Fiscal del Tribunal que interpuso el recurso y elaboró la demanda que, por regla general, tiene una menor versación en tan especializado tema o ha enfocado la cuestión de manera diversa. Es inadmisible esta atadura que da al traste con cualquier intento de corrección, resultando, en definitiva, que el inferior, con menos experiencia y capacitación, sea el dueño de la acción y excluya todo posible esfuerzo por la Delegada. De haberse querido esto, el estatuto procedimental habría exceptuado la participación de la Delegada..."

"...De otro lado, aún dentro del criterio de la mayoría, se presenta como exageración conceptual criticable el que se impida al Procurador Delegado en lo Penal, moverse dentro de una misma causal, como ha sido el caso de autos, en donde la distinta apreciación se concreta en que uno entendió como error de derecho lo que el otro advirtió como error de hecho. Se está exigiendo, pues, una absoluta y casi imposible identidad de criterio, para lo cual resulta innecesaria y superflua la actuación de la Delegada..." (Salvamento de voto, doctores Valencia Martínez y Gómez Velásquez, Sentencia de casación mayo 2 de 1990).

Con todo respeto,

Jorge Enrique Valencia Martínez.

Fecha *ut supra.*



INDICE ALFABETICO POR MATERIA

SEGUNDO SEMESTRE DE 1990

A

Pág.

ALLANAMIENTO. ... 555

ANONIMO. ... 189

APODERADO. ... 607

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. ... 70

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. ... 77

AUTO INTERLOCUTORIO. ... 439

AUTOR. ... 549

C

CAMBIO DE RADICACION. ... 526

CASACION. ... 95

CASACION. ... 172

CASACION. ... 419

CASACION. Ministerio Público. Perjuicios. ... 374

CASACION. Procedencia. ... 392

CESACION DE PROCEDIMIENTO. ... 244

CESACION DE PROCEDIMIENTO. ... 501

COLISION DE COMPETENCIA. ... 280

COLISION DE COMPETENCIA. ... 385

COMISO. ... 811

Pág.

COMPETENCIA ... 130

COMPETENCIA ... 337

COMPETENCIA ... 470

COMPETENCIA ... 474

COMPETENCIA ... 545

COMPETENCIA. A prevención (Salvamento de voto) ... 342

CONCURSO ... 112

CONCURSO ... 157

CONCURSO ... 702

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL ... 567

CONSEJO DE GUERRA ... 647

CONSEJO DE GUERRA VERBAL ... 726

CONSULTA ... 95

D

DEBIDO PROCESO ... 58

DEBIDO PROCESO ... 541

DEBIDO PROCESO ... 647

DEFENSOR ... 122

DEFENSOR ... 602

DEFENSOR ... 697

DEFENSOR (Aclaración de voto) ... 605

DEFENSOR (Aclaración de voto) ... 701

DELITO COMUN ... 501

DELITO CONSUMADO ... 743

DELITOS CONEXOS ... 337

DELITOS CONEXOS ... 790

Págs.

DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL. 577

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. 349

DEMANDA DE CASACION. 294

DEMANDA DE CASACION. 344

DEMANDA DE CASACION. 368

DEMANDA DE CASACION. Admisión. 484

DEMANDA DE CASACION. Interés. 799

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 107

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 302

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 307

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 395

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 465

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 478

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 516

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 573

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 673

DEMANDA DE CASACION. Técnica. 760

DENUNCIA. 189

DERECHO DE DEFENSA. 7

DERECHO DE DEFENSA (Salvamento de voto). 14

DERECHO DE DEFENSA. 49

DERECHO DE DEFENSA. 451

DERECHO DE DEFENSA. 460

DERECHO DE DEFENSA. 534

DESOBEDIENCIA. 592

DETENCION ARBITRARIA. 349

DETENCION ARBITRARIA (Salvamento de voto). 359

DETENCION ARBITRARIA. 403

Págs.

DICTAMEN PERICIAL. ... 267

DICTAMEN PERICIAL. ... 284

E

EMPLEADO OFICIAL. ... 611

ENRIQUECIMIENTO ILICITO. ... 611

ERROR DE HECHO. ... 765

ESTAFA. ... 112

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ... 728

EXTRADICION. ... 98

EXTRADICION. ... 326

EXTRADICION. ... 400

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO. ... 157

FALSEDAD EN DOCUMENTO. Firma. ... 426

FALSEDAD EN DOCUMENTO. Firma (Salvamento de voto). ... 433

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. ... 157

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. Uso. ... 210

FAVORABILIDAD. ... 442

FAVORABILIDAD. ... 728

FRAUDE PROCESAL. ... 112

FUNCIONARIO PUBLICO. ... 349

FUNCIONARIO PUBLICO (Salvamento de voto). ... 359

FUERO. ... 522

Págs.

I

IMPEDIMENTO. ... 277
IMPEDIMENTO. ... 321
IMPEDIMENTO. ... 602
IMPEDIMENTO. ... 697
IMPEDIMENTO (Aclaración de voto). ... 605
IMPEDIMENTO. Interés. ... 314
IMPEDIMENTO (Salvamento de voto). ... 318
INASISTENCIA ALIMENTARIA. ... 280
INASISTENCIA ALIMENTARIA. ... 762
INDULTO. ... 244
INDULTO. ... 577
INDULTO. Ley 77 de 1989. ... 218
INDULTO. Ley 77 de 1989. ... 285
INDULTO. Ley 77 de 1989. ... 714

J

JUEZ. ... 522
JUEZ. ... 611
JUEZ ESPECIALIZADO. ... 365
JURADO DE CONCIENCIA. ... 522
JURADO DE CONCIENCIA. ... 389
JURADO DE CONCIENCIA. ... 754
JURADO DE CONCIENCIA (Salvamento de voto). ... 752

Págs.

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. ... 65

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. ... 222

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. ... 451

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. ... 660

JURISDICCION PENAL MILITAR. ... 790

JUSTICIA PENAL MILITAR. ... 101

JUSTICIA PENAL MILITAR. ... 498

JUSTICIA PENAL MILITAR. ... 592

L

LESIONES PERSONALES. ... 470

LEY 2ª DE 1984. ... 470

LEY 48 DE 1987. ... 457

LEY 48 DE 1987 (Aclaración de voto). ... 494

LIBERTAD. ... 442

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Obligaciones. ... 762

MINISTERIO PUBLICO. ... 98

MINISTERIO PUBLICO. ... 376

N

NARCOTRAFICO. ... 130

NARCOTRAFICO. ... 201

NARCOTRAFICO. ... 728

Pág.

NARCOTRAFICO. ... 740

NARCOTRAFICO (Salvamento de voto). ... 750

NARCOTRAFICO. Testaferro. ... 545

NULIDAD. ... 58

NULIDAD. ... 134

NULIDAD. ... 172

NULIDAD. ... 267

NULIDAD. ... 344

NULIDAD. ... 368

NULIDAD. ... 419

NULIDAD. ... 541

P

PARTICIPACION. ... 549

PENA. ... 201

PENA. ... 507

PENA. ... 611

PENA. ... 702

PENA. Rebaja. ... 487

PENA. Rebaja (Aclaración de voto). ... 494

PERJUICIOS. ... 374

PERJUICIOS. ... 799

PRESCRIPCION. ... 34

PREVARICATO. ... 37

PREVARICATO. ... 288

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. ... 34

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. ... 267

Pags.

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. ... 101

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. ... 573

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. ... 321

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. ... 460

PROCESADO. ... 607

PRUEBA. ... 498

PRUEBA. ... 555

PRUEBA. ... 732

R

REBELION. ... 501

RECURSOS EXTRAORDINARIOS. ... 607

RECUSACION. Amistad intima. ... 769

RESOLUCION DE ACUSACION. ... 134

RESOLUCION DE ACUSACION. ... 360

REVISION. ... 104

REVISION. ... 334

REVISION. ... 439

REVISION. ... 498

REVISION. ... 722

S

SECUESTRO. ... 223

SENTENCIA. Motivación. ... 597

SITUACION JURIDICA. ... 403

SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA. ... 567

Págs.

T

TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. 474
TRANSITO DE LEGISLACION. ... 207
TRANSITO DE LEGISLACION. ... 442
TRANSITO DE LEGISLACION. ... 689
TRANSITO DE LEGISLACION. ... 726
TRANSITO DE LEGISLACION. ... 754
TRANSITO DE LEGISLACION (Salvamento de voto). ... 759
TRATADOS PUBLICOS INTERNACIONALES. ... 728

V

VIOLACION DIRECTA. ... 118
VIOLACION DIRECTA. ... 151
VIOLACION DIRECTA. ... 410
VIOLACION DIRECTA. ... 414
VIOLACION DIRECTA. ... 587
VIOLACION DIRECTA. ... 772
VIOLACION DIRECTA (Aclaración de voto). ... 47
VIOLACION INDIRECTA. ... 118
VIOLACION INDIRECTA. ... 254
VIOLACION INDIRECTA. ... 384
VIOLACION INDIRECTA. ... 414
VIOLACION INDIRECTA. ... 522
VIOLACION INDIRECTA. ... 772
VIOLACION INDIRECTA. ... 780
VOCALES. ... 647
VOCALES (Salvamento de voto). ... 657

INDICE DE PROVIDENCIAS PUBLICADAS

SEGUNDO SEMESTRE DE 1990

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORIA SALA DE CASACION PENAL

Págs.

DERECHO DE DEFENSA. Sólo cuando la ausencia de una defensa técnica lesione o disminuya de manera cierta y concreta las garantías del procesado podrá pregonarse que se está en presencia de una nulidad. Sentencia de casación. JULIO 3 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Pedro José Palacios Vásquez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 26 de la Constitución Nacional. 7

DERECHO DE DEFENSA (SALVAMENTO DE VOTO). Dentro de la realidad de un proceso con mayor tendencia inquisitiva y sobre las diferencias existentes con los sistemas procesales de tendencia acusatoria, se hace indispensable garantizar la existencia de la defensa durante toda la etapa procesal, llámese sumario o causa. JULIO 3 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Salvamento de voto del doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 26 de la Constitución Nacional. 14

PRESCRIPCION. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD. Para procesos en los que sea aplicable la Ley 2ª de 1984, es ésta más favorable frente a la legislación ordinaria en la que el término de prescripción es más amplio. Sentencia de revisión. JULIO 4 DE 1990. *Declara la prescripción de la acción.* Juzgado Unico del Circuito de Chaparral. Procesado (s): Noel Alberto Montiel Suárez. Delito: Hurto calificado. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Fuente formal: Ley 2ª de 1984. 34

PREVARICATO. Bajo ninguna circunstancia podría predicarse que se trata de un tipo en blanco. Se consuma cuando el empleado oficial toma una determinación contraria al derecho positivo vigente. Sentencia de casación. JULIO 4 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jorge Hernando González Orzaga. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Aclaración de voto del doctor Jaime Giraldo Angel. 37

Págs.

VIOLACION DIRECTA (ACLARACION DE VOTO). La violación directa de la ley sustancial no se da por razón de la discrepancia de la prueba de cualquiera de los elementos constitutivos del tipo, se discute si es esa la norma aplicable al caso. JULIO 4 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Aclaración de voto del doctor Jaime Giraldo Angel. 47

DERECHO DE DEFENSA. Si el fallador aduce como agravante un hecho no probado ni debatido en el proceso, o una circunstancia que no se infiere de los hechos probados, sin duda se afectaría el derecho a la defensa. Sentencia de casación. JULIO 5 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Neiva. Procesado (s): Heriberto Suárez Rodríguez. Delito: Homicidio y violación de habitación ajena. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. 49

NULIDAD. DEBIDO PROCESO. Ante el hecho de haber desaparecido el error en la denominación jurídica como causal específica de nulidad, es procedente invocar el numeral 2º del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. Sentencia de casación. JULIO 5 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Rafael Astolfo Lara. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. 58

CONSULTA. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. Cuando el hecho haya tenido ocurrencia antes de entrar en vigencia el Decreto 1861 de 1989, el artículo 2º del Decreto 474 de 1988 prevalece sobre el 40 del Decreto 180 del mismo año, no sólo por ser posterior, sino porque regla expresa y específicamente lo referente a la segunda instancia. Sentencia de casación. JULIO 6 DE 1990. *Casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Eulises Barreto. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 2º del Decreto 474 de 1988. 65

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. COMPETENCIA. El que un arma de fuego pertenezca a uno u otro grupo: Defensa personal o uso privativo de las Fuerzas Armadas, depende de diferentes factores. Sentencia de casación. JULIO 9 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Neftalí Suavita Molina. Delito: Porte ilegal de armas. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Decreto 2003 de 1982. 70

ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. TERRORISMO. La regulación de los asuntos de armas a través del Decreto 180 de 1988 al omitir la expresión "terrorista", no es indicativo de que el legislador extraordinario haya deseado conservar inalteradas las normas pertinentes de la legislación ordinaria. Sentencia de casación.

Págs.

JULIO 9 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Andrés Lucena Blair y Fernando Antonio Henao. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. ... 77

CASACION. CONCURSO. Es posible que en el juzgamiento por concurso de hechos punibles se introduzcan modificaciones al fallo en lo que hace alusión a los delitos que, por la cantidad de pena, no son susceptibles del recurso extraordinario. Auto de casación. JULIO 10 DE 1990. *Es admisible el recurso de casación.* Tribunal Superior de Manizales. Procesado (s): José William Tubón Monsalve. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. ... 95

MINISTERIO PUBLICO. EXTRADICION. A falta de una ley expresa que permita la intervención del Ministerio Público en el trámite de la extradición ante la Corte, es la Carta Política la que le da dicha función, como una contribución más a la justicia. Trámite de extradición. JULIO 12 DE 1990. *Ordena devolver la actuación.* Ministerio de Justicia. Procesado (s): Claudia María Goldswurhty. Delito: Extradición. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículos 20 y 51 de la Constitución Nacional. ... 98

PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. JUSTICIA PENAL MILITAR. Aunque en el Código de Justicia Penal Militar no se incluyó expresamente el requisito de la no contradicción, sigue siendo indispensable para que la demanda de casación pueda aceptarse. Auto de casación. JULIO 13 DE 1990. *Rechaza la demanda de casación.* Tribunal Superior Militar. Procesado (s): Carlos Antonio Builes. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jaime Giraldo Angel. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. ... 101

REVISION. La lógica indica que si se está controvirtiendo la validez de un acto jurídico, como una sentencia ejecutoriada, ha de acompañarse copia del mismo a la demanda de revisión en que se le ataca. Auto de revisión. JULIO 16 DE 1990. *Rechaza la demanda de revisión.* Tribunal Superior de Armenia. Procesado (s): Jhon Henry Salgado Alvarez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. ... 104

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Por no existir tarifa legal para la apreciación y valoración de los diversos elementos de convicción, éstos no pueden ser objeto de ataque por error de derecho en ese aspecto. Sentencia de casación. JULIO 17 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Montería. Procesado (s): Carlos de la Rosa Montes y Alejandro Ruiz Andrade. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 107

Págs.

ESTAFA. FRAUDE PROCESAL. CONCURSO. Resulta jurídicamente viable la concurrencia entre los delitos de fraude procesal y estafa. Sentencia de casación. JULIO 17 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Ibagué. Procesado (s): Alberto Varón Pérez y Esther Nubia Castro de Peña. Delito: Fraude procesal y estafa. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 26 del Código Penal. ... 112

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA. A excepción de la "interpretación errónea" los otros dos sentidos de la violación (aplicación indebida y falta de aplicación) son comunes a las violaciones directa e indirecta. Sentencia de casación. JULIO 17 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jairo Pineda Alvarez. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 118

DEFENSOR. DERECHO DE DEFENSA. La ausencia de una defensa técnica sólo puede llegar a reconocerse cuando pueda demostrarse que ella fue la causa de una decisión contraria a los intereses del procesado. Sentencia de casación. JULIO 18 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Luis Alfonso Cárdenas. Delito: Homicidio y hurto Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. 122

NARCOTRAFICO. COMPETENCIA. LEY 2ª DE 1984. El Decreto 1203 de 1987 comenzó a regir el 1º de julio de 1987, simultáneamente con el Código de Procedimiento Penal, precisamente para evitar los traumatismos propios del tránsito de legislación, en cuanto a competencia de delitos relacionados con el narcotráfico. Sentencia de casación. JULIO 18 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): César Augusto Rodríguez D Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Decreto 1203 de 1987. 130

RESOLUCION ACUSATORIA. NULIDAD. En la actual ritualidad penal cambiaron las características de la resolución de acusación, como que permite la variación de la calificación provisional del delito. Sentencia de casación. JULIO 18 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Jairo Dávila Gallego. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 470 del Código de Procedimiento Penal. 134

VIOLACION DIRECTA. La apreciación de pruebas ilegalmente producidas, debe hacerse al amparo de la causal primera por violación indirecta y en orden a demostrar errores de derecho. Sentencia de casación. JULIO 24 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Esteban del Socorro Lara Cuava. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. ... 151

Págs.

FALSEDAD EN DOCUMENTO. Hoy debido a los adelantos de la técnica el concepto de documento para los efectos penales, no es sólo la manifestación escrita como expresión del pensamiento y destinado a servir de prueba. Sentencia de casación. JULIO 26 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Antonio Cebollero Campo. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 220 del Código Penal. 157

CONCURSO. FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. Ha sido unánime y reiterada la jurisprudencia que reconoce la modalidad concursal, tratándose de falsedad en documento público, porque no es necesario su uso para integrar la conducta ilícita. Sentencia de casación. JULIO 26 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Antonio Cebollero Campo. Delito: Falsedad y estafa. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 220 del Código Penal. ... ...

Págs.

dan por fuera del principio de favorabilidad. Auto de recurso de hecho. AGOSTO 13 DE 1990. *Declara improcedente recurso de hecho.* Tribunal Superior de Aduanas. Procesado (s): Iván Espinosa C. Delito: Contrabando. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 26 de la Constitución Nacional. 207

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO. Uso. El legislador de 1980 separó nitidamente la hipótesis del actor que usa el documento habiendo concurrido a su falsificación, situación ésta que excluye la posibilidad de un concurso. Sentencia de casación. AGOSTO 14 DE 1990. *Casa parcialmente.* Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): María Elena Muñoz. Delito: Falsedad en documento público Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 222 del Código Penal. 210

INDULTO. La Ley 77 de 1989 señala un procedimiento mixto para dispensar el cese de procedimiento a los individuos que fuera de la organización subversiva, hubiesen demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil (En el mismo sentido providencia de agosto 24 de 1990). Auto de segunda instancia. AGOSTO 22 DE 1990. *Se inhibe conocer en segunda instancia.* Tribunal Superior de Neiva. Procesado (s): Marcos Murillo Galindo. Delito: Homicidio, concierto para delinquir. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Ley 77 de 1989. 218

SECUESTRO. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. Si en la búsqueda de los propósitos de restablecimiento del orden público turbado se dictó el Decreto 180 de 1988, es natural que la nueva forma de secuestro debe tener finalidades terroristas o debe ser realizado sobre alguna de las personas enumeradas en el Decreto 474 de 1988, con pretensiones similares. Sentencia de casación. AGOSTO 22 DE 1990. *Casa parcialmente.* Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Omaira Marlene Caicedo. Delito: Secuestro. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Decreto 180 de 1988. 222

INDULTO. CESACION DE PROCEDIMIENTO. Si se ha comprobado la militancia en la agrupación subversiva desmovilizada y si el vocero de la misma ha reafirmado que los hechos se cumplieron como parte de la estrategia rebelde, debe proferirse la cesación de procedimiento (Ley 77 de 1989). Auto de segunda instancia. AGOSTO 24 DE 1990. *Revoca la providencia.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Carlos Chiquiza Segura. Delito: Violación al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Ley 77 de 1989. 244

VIOLACION INDIRECTA. Si se presenta un cargo por violación directa de la ley sustancial, se contraría la técnica del recurso argumentando que no se aplicó una causal de inculpabilidad porque no se tuvo en

Págs.

cuenta un hecho como prueba, pues la vía para esa impugnación es la indirecta. Sentencia de casación. AGOSTO 27 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Olga Lucero Calle y Miguel Pombo Salazar. Delito: Peculado y falsedad. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 223 del Código de Procedimiento Penal. 254

DICTAMEN PERICIAL. NULIDAD. Es apegarse con exceso al formulismo reducir los cuestionarios del artículo 273 del Código de Procedimiento Penal a que estos so pena de nulidad, tengan que hacerse por auto separado y titulándose en tal sentido. Sentencia de casación. AGOSTO 28 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Santa Marta. Procesado (s): José Antonio Peralta Barrera. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 273 del Código de Procedimiento Penal. 267

IMPEDIMENTO. Que alguno de los sujetos procesales sea apoderado o defensor del juzgador, no tiene porqué comportar la virtualidad de que éste se parcialice. Auto de impedimento. AGOSTO 28 DE 1990. *Declara infundado el impedimento*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Doctores Abelardo Rivera Llano y Aida Rangel Quintero, Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 277

INASISTENCIA ALIMENTARIA. COLISION DE COMPETENCIA. El delito de inasistencia alimentaria es de carácter permanente y exige querella de parte, que sólo existe cuando ésta se ha ratificado bajo la gravedad del juramento, requisito para fijar la competencia. Auto de colisión. AGOSTO 29 DE 1990. *Dirime colisión de competencia*. Juzgado Penal Municipal de Bucaramanga. Procesado (s): Pablo Antonio Monsalve Vargas. Delito: Inasistencia alimentaria. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Decreto 2737 de 1989. 280

INDULTO. La Ley 77 de 1989 exige como condición para iniciar el trámite de la cesación, la solicitud expresa y el rito previo administrativo que culmina con la integración de listas destinadas a los respectivos Tribunales Superiores. Auto de segunda instancia. AGOSTO 30 DE 1990. *Se inhibe de revisar la decisión*. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Walter Triviño Gómez. Delito: Fabricación y tráfico de armas. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Ley 77 de 1989. 285

PREVARICATO. No le compete al juzgador, aplicador o intérprete de la ley, resolver la bondad de la norma legal, pues ello es tarea del legislador. Auto de segunda instancia. AGOSTO 31 DE 1990. *Confirma la providencia*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Luz Amparo

Págs.

Leaño Castellanos, Juez Dieciocho Penal del Circuito. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. 288

DEMANDA DE CASACION. DICTAMEN PERICIAL. El dictamen pericial no puede ser impugnado por error de derecho al haberle otorgado el fallador un valor probatorio de acuerdo a su criterio jurídico. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 4 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Manuel Enrique Barreto Díaz. Delito: Falsedad en documentos. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 236 del Código de Procedimiento Penal. 294

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Para que la demanda de casación prospere es indispensable que quien ejercita este recurso, la ajuste rigurosamente a los requisitos exigidos por la ley. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 5 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Jaime Pérez González. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 302

DEMANDA DE CASACION. Técnica. El recurso de casación no es una tercera instancia, sólo busca dilucidar la pretensa violación a la ley por el fallador —no disvalorar la sana crítica que le asiste— enfrentándole tesis diferentes. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 7 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Florencia. Procesado (s): Gilberto Serpa Mendoza. Delito: Estafa. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 307

IMPEDIMENTO. Interés. El interés no puede quedar restringido a la noción patrimonial, también merece ser observado bajo la óptica de una posible inclinación a respaldar la posición judicial asumida por un Juez o por su colaborador Fiscal. Auto de casación. SEPTIEMBRE 11 DE 1990. *Acepta el impedimento*. Procuraduría General de la Nación. Procesado (s): Doctor Carlos E. Mejía Escobar, Procurador Tercero Delegado en lo Penal. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 314

IMPEDIMENTO (SALVAMENTO DE VOTO). MINISTERIO PUBLICO (SALVAMENTO DE VOTO). Las opiniones o conceptos que en representación de la sociedad se emitan no fueron objeto de regulación en la causal 7ª del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. SEPTIEMBRE 11 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Salvamento de voto de los doctores Edgar Saavedra Rojas y Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 318

Págs.

IMPEDIMENTO. PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El impedimento señalado en el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, hoy en el inciso tercero del artículo 34 del Decreto 1861 de 1989, no obra en el evento del procedimiento abreviado. Auto de impedimento. SEPTIEMBRE 14 DE 1990. *Rechaza impedimento.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Guillermo Gómez Arboleda, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 321

EXTRADICION. A partir de 12 de diciembre de 1986, todo lo que se tramite en materia de extradición con los Estados Unidos de América, deberá ceñirse a las reglas contenidas en el Tratado de 1888, con su adición de 1940 y en materia de narcotráfico y conexos, el Decreto 1860 de 1989. Concepto de extradición. SEPTIEMBRE 17 DE 1990. *Se abstiene de conceptuar.* Ministerio de Justicia. Procesado (s): Timothy Allen Crawford. Delito: Narcotráfico. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Decreto 1860 de 1989. ... 326

REVISION. La capacidad que posee el recurso de desvertebrar la sentencia ejecutoriada, se basa en la robustez de los nuevos elementos probatorios invocados para conseguir su prosperidad. Auto de revisión. SEPTIEMBRE 17 DE 1990. *Rechaza la demanda de revisión.* Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Carlos Alberto Castillo G. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. ... 334

COMPETENCIA. DELITOS CONEXOS. Cuando se trate de delitos conexos sometidos a diversas competencias, debe conocer el Juez de mayor jerarquía que, por la misma razón, conoce del delito de mayor gravedad. Auto de colisión. SEPTIEMBRE 18 DE 1990. *Dirime colisión de competencias.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jerónimo Ospina Alvarez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 75 del Código de Procedimiento Penal. 337

COMPETENCIA. A prevención (SALVAMENTO DE VOTO). La competencia a prevención sólo exige el fenómeno de la denuncia y que ésta se refiera a conducta delictiva que haya tenido ocurrencia en el lugar donde actúa el funcionario que la recepciona. SEPTIEMBRE 18 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Salvamento de voto del doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 75 del Código de Procedimiento Penal. 342

DEMANDA DE CASACION. NULIDAD. La nulidad como motivo de casación, es tan exigente como las demás causales, en su técnica y demostración. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 18 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Carlos Arturo Palacio

Págs.

Arbeláez. Delito: Homicidio Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. 344

DETENCION ARBITRARIA. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. No obstante que es cierto, que al prohibir la captura y detención de un empleado oficial antes de su suspensión se busca proteger la buena marcha de la Administración Pública, de esto no puede desprenderse que cuando se contraría ese mandato no se lesiona la libertad individual. Auto de segunda instancia. SEPTIEMBRE 20 DE 1990. *Modifica la sentencia.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Augusto Eduardo Benincore Castro, Juez Ciento Quince de Instrucción Criminal. Delito: Prolongación ilícita de la libertad. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 273 del Código de Procedimiento Penal. 349

DETENCION ARBITRARIA (SALVAMENTO DE VOTO). FUNCIONARIO PUBLICO (SALVAMENTO DE VOTO). La norma prohibitiva contenida en el artículo 423 del estatuto procesal, debe interpretarse y aplicarse con relaión a la facultad del artículo 437 del mismo ordenamiento, en cuanto permite al Juez apreciar la situación para determinar si se lesiona la Administración Pública. SEPTIEMBRE 20 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 273 del Código de Procedimiento Penal. 359

COLISION DE COMPETENCIA. JUEZ ESPECIALIZADO. El Juez competente para resolver lo pertinente con la inmovilización de aeronaves es, indiscutiblemente, el especializado del lugar donde se ordenó y efectuó. Auto de colisión. SEPTIEMBRE 25 DE 1990. *Dirime colisión de competencia.* Juzgado Primero Especializado de Bogotá. Procesado (s): Bernardo Soto Burgos. Delito: Narcotráfico. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Decreto 1856 de 1989. 365

DEMANDA DE CASACION. NULIDAD. De acuerdo con el principio de autonomía las causales de casación son independientes unas de otras, lo cual significa que ninguna de ellas está sujeta a los resultados de otra u otras. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 26 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): William Humberto Arias Moreno. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 368

CASACION. MINISTERIO PUBLICO. PERJUICIOS. Si el recurso extraordinario de casación versa exclusivamente sobre indemnización de perjuicios, no puede, la Corte, aceptar causal distinta a las señaladas en el Código de Procedimiento Civil, ni admitirlo si por la cuantía

Págs.

resulta improcedente, así se trate del Ministerio Público. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 26 DE 1990. *Declara nulidad de lo actuado e inadmisibilidad del recurso.* Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Alberto Suárez Figueroa. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 374

VIOLACION INDIRECTA. Tratándose de vicios en la práctica de la prueba y su consiguiente ilegal aducción al proceso, debe orientarse la censura a través de la causal primera, cuerpo segundo. Sentencia de casación. SEPTIEMBRE 27 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Arnulfo Cifuentes Tovar. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. ... 384

CASACION. Procedencia. En el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal no se habla de las posibilidades de adecuación típica que puedan darse durante el proceso, sino que se remite expresa y concretamente al contenido de la sentencia. Auto de recurso de hecho. OCTUBRE 3 DE 1990. *Declara procedente la denegación.* Tribunal Superior de Manizales. Procesado (s): Pedro Claver Valencia Valencia. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 218 del Código de Procedimiento Penal. 392

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Cada uno de los sentidos de la violación directa de la ley posee su propia estructura, lo cual la dota de unas específicas cualidades que amojonan el linde de su influencia. Sentencia de casación. OCTUBRE 3 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Hernando Coy Cruz. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 395

EXTRADICION. A partir de la vigencia del Decreto legislativo 1860 de 1989, si la solicitud de extradición versa sobre los delitos de tráfico de estupefacientes y conexos, el procedimiento es netamente administrativo. Concepto de extradición. SEPTIEMBRE 3 DE 1990. *Se abstiene de conceptuar.* Gobierno de Gran Bretaña. Procesado (s): Claudia María Goldsworthy o Claudia María Angel Mesa. Delito: Narcotráfico. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Decreto legislativo 1860 de 1989. 400

SITUACION JURIDICA. DETENCION ARBITRARIA. Para definir la situación jurídica del procesado la ley no admite prórrogas, recuentos, adiciones o restitución del lapso. Auto de segunda instancia. OCTUBRE 3 DE 1990. *Revoca la providencia.* Tribunal Superior de Barranquilla. Procesado (s): Luis Alfonso Ramos de la Hoz y María Elisa Granados E., Jueces Décimo de Inscriminal de Sabanalarga y Penal

Págs.

Municipal del mismo lugar. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 413 del Código de Procedimiento Penal. 403

VIOLACION DIRECTA. El ataque simultáneo con los tres sentidos de la violación directa, pone de manifiesto el desconocimiento del actor respecto a las exigencias del recurso. Sentencia de casación. OCTUBRE 3 DE 1990 *No casa*. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Nahum Peñaranda Peñaranda. Delito: Porte ilegal de armas de uso privativo. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. ... 410

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA. El demandante en casación que habiéndose acogido expresamente a la violación directa de la ley aduce error de hecho o error de derecho, incurre en insuperable falla de orden técnico. Sentencia de casación. OCTUBRE 3 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Florencia. Procesado (s): José Alberto Carvajal y Henry Camargo. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 414

NULIDAD. CASACION. La jurisprudencia tuvo necesidad de concretar los diferentes alcances de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, en elaboración que sirvió de antecedente a la regulación dada al fenómeno de las nulidades en el Decreto 050 de 1987. Sentencia de casación. OCTUBRE 4 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Manizales. Procesado (s): John James Vargas y Héctor de Jesús Salazar. Delito: Homicidio y fuga de presos. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. 419

FALSEDAD EN DOCUMENTO. Firma. El delito de falsedad documental no siempre reclamará la creación imitativa de lo que es o ha sido real en torno a la individualización del otorgante. Sentencia de casación. OCTUBRE 5 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Neiva. Procesado (s): Rosa Judith Polanco. Delito: Hurto y falsedad en documento. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 426

FALSEDAD EN DOCUMENTO. Firma (SALVAMENTO DE VOTO). Para que exista en sentido penal falsificación de la firma debe ésta constituir una imitación de la verdad. OCTUBRE 5 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 433

Págs.

REVISION. AUTO INTERLOCUTORIO. El recurso extraordinario de revisión es improcedente frente a autos interlocutorios, por expresa disposición de la ley, que solamente lo contempla para las sentencias. Sentencia de revisión. OCTUBRE 5 DE 1990. *Rechaza la demanda de revisión.* Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Pedro L. Correa Giraldo. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. 439

LIBERTAD. FAVORABILIDAD. TRANSITO DE LEGISLACION. La jurisprudencia, con justicia y buen tino, se ha orientado en el sentido de que se debe realizar una concreta comparación entre uno y otro estatuto y si, en caso alguno, referido por ejemplo a la libertad, se encontrare que las disposiciones son más favorables, se aplicarán. Auto de segunda instancia. OCTUBRE 8 DE 1990. *Confirma la providencia.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jackeline Suárez Acosta, Juez Segundo Promiscuo Municipal de Chonchí. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 26 de la Constitución Nacional. 442

JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. DERECHO DE DEFENSA. En los procesos que se tramitan por la Jurisdicción Especial de Orden Público, en la instancia el traslado a las partes es la única oportunidad con que se cuenta para ejercer efectivamente el derecho de defensa. Sentencia de casación. OCTUBRE 12 DE 1990. *Casa parcialmente.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Armando Olaya Alvarez y Jaime Mosquera Ramírez. Delito: Fabricación y tráfico de armas. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. 451

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. DERECHO DE DEFENSA. Mal puede entenderse que, con fundamento en el solo diseño legal del procedimiento abreviado, aparezca conculcada la garantía de la defensa. Sentencia de casación. OCTUBRE 17 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Claudia Ivonne Rico Molina y Luis Fernando Vélez Vahos. Delito: Falsedad en documento. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 474 del Código de Procedimiento Penal. 460

DEMANDA DE CASACION. Técnica. La demanda de casación constituye un todo orgánico y, no obstante integrarse por diversos títulos y apartes metodológicos, presupone una unidad inescindible y congruente. Sentencia de casación. OCTUBRE 19 DE 1990. *Deniega la casación.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Mario Gonzalo Jiménez Novoa y otros. Delito: Hurto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 468

LESIONES PERSONALES. LEY 2ª DE 1984. COMPETENCIA. El compendio ritual desde la Ley 2ª de 1984 a la Ley 55 del mismo año para conocer de los delitos de lesiones personales, tuvo vigencia hasta la expedición

Págs.

del actual Código de Procedimiento Penal. Auto de segunda instancia. OCTUBRE 19 DE 1990. *Confirma la providencia.* Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Elizabeth Reyes Cristancho y Gloria S. López Benito, Jueces Segundo Superior y Quinto Penal Municipal. Delito: Prevaricato. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Ley 2ª de 1984. 470

TRAFICO DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES. COMPETENCIA. Desde la expedición del Decreto 1204 de 1987 la competencia en relación con el delito de fabricación y tráfico de armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, está retenida en los Juzgados Especializados, hasta tanto no se designen Jueces de Orden Público. Sentencia de casación. OCTUBRE 19 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Oswaldo Rafael Vicent López. Delito: Fabricación y tráfico de armas. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Decreto 1204 de 1987. . . 474

DEMANDA DE CASACION. Técnica. No puede confundirse el contenido de las causales de casación para aducir, en relación con cualquiera de ellas, argumentos o razones valederas o pertinentes para demostrar otro motivo de impugnación. Sentencia de casación. OCTUBRE 22 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior Militar. Procesado (s): Carlos Hernando Arjona Bernal, Teniente del Ejército Nacional. Delito: Falsedad y abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 478

DEMANDA DE CASACION. Admisión. Determinar cuál es la sanción que corresponde para la admisibilidad del recurso, sólo es factible atendiéndose a la clase de delitos objeto del debate y del fallo. Auto de casación. OCTUBRE 23 DE 1990. *Declara nulidad inadmisible recurso.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Margarita Márquez C. y otros. Delito: Cohecho. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 484

PENA. Rebaja. LEY 48 DE 1987. Para la Sala, es claro que la rebaja de pena concedida por la Ley 48 de 1987 sí afecta la punibilidad de los delitos cometidos por las personas acreedoras a dicho beneficio. Sentencia de casación. OCTUBRE 23 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Manuel Alfonso González Fernández. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Aclaración de voto de los doctores Jorge Enrique Valencia Martínez y Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Ley 48 de 1987. 487

PENA (ACLARACION DE VOTO). LEY 48 DE 1987 (ACLARACION DE VOTO). En los eventos que cita el artículo 2º de la Ley 48 de 1987, se infiere sin dificultad que las rebajas de pena operan a partir de la individualización judicial de la misma y no para su graduación. Sen-

Págs.

tencia de casación. OCTUBRE 23 DE 1990. Magistrado ponenta: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Aclaración de voto de los doctores Jorge Enrique Valencia Martínez y Juan Manuel Torres Fresneda. 494

PRUEBA. REVISION. JUSTICIA PENAL MILITAR. El alcance interpretativo de la causal 5ª del artículo 447 del Código de Justicia Penal Militar, no puede ser otro que el fallo haya tenido como sustento un hecho punible configurado por la alteración dolosa del medio de prueba y que, de no haber ocurrido, el sentido de la decisión hubiera sido diferente. Auto de revisión OCTUBRE 23 DE 1990. *Rechaza la demanda de revisión.* Tribunal Superior Militar. Procesado (s): Pedro Miguel Cely Chivatá. Delito: Falsedad. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 447 del Código de Justicia Penal Militar. 498

REBELION. CESACION DE PROCEDIMIENTO. DELITO COMUN. Un "rebelde" puede perfectamente cometer delitos comunes, supuestos en que ya no procede como tal, ni por tanto, le es dable pretender que se le considere como delincuente político. Auto de segunda instancia. OCTUBRE 23 DE 1990. *Confirma la providencia.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Rubén Darío Zábala Suárez. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Ley 77 de 1989. 501

SENTENCIA. Motivación PENA. La debida motivación de la sentencia también es exigencia a ser observada por el juzgador al momento de dosificar o individualizar la pena. Sentencia de casación. OCTUBRE 23 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jairo Bustos Castillo. Delito: Homicidio y hurto. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 163 de la Constitución Nacional y artículo 186 del Código de Procedimiento Penal. 507

SALVAMENTO DE VOTO: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 514

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Para conseguir la demostración del yerro judicial, debe partirse de la decisión misma, única manera de demostrar sus falencias para sacar a la luz la violación consiguiente de la ley. Sentencia de casación. OCTUBRE 25 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Mauricio Aguirre Rodríguez. Delito: Homicidio, lesiones personales y otros. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 518

JURADO DE CONCIENCIA. VIOLACION INDIRECTA. En exigencia del Decreto 050 de 1987, se abrió el campo para acusar por la vía de la violación indirecta los errores cometidos por el Juez en la sentencia. Sentencia de casación. OCTUBRE 25 DE 1990. *No casa.* Tribunal Su-

Págs.

perior de San Gil. Procesado (s): Luis Emilio Mosquera Moreno. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Decreto 050 de 1987. 522

FUERO. JUEZ. La sola circunstancia de que un proceso se inicie para la investigación de actos funcionales del implicado como Juez de la República, no somete el comportamiento que en él realice, bajo los márgenes del fuero. Auto de segunda instancia. NOVIEMBRE 1º DE 1990. *Se abstiene de revisar la decisión.* Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado (s): Hernando Saavedra Duarte, Juez Primero Civil de Menores. Delito: Injuria. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de voto de los doctores Jorge Enrique Valencia Martínez, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas y Julio Rozo Rozo. Fuente formal: Artículo 69 del Código de Procedimiento Penal. 523

CAMBIO DE RADICACION. El monopolio informativo de los periódicos ha perdido vigencia, especialmente en los conglomerados abiertos, conservando apenas una cierta ascendencia sobre la comunidad. Auto de cambio de radicación. OCTUBRE 31 DE 1990. *Niega el cambio de radicación.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jaime Michelsen Uribe. Delito: Infracción al Decreto 2920 de 1982. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 78 del Código de Procedimiento Penal. 526

FUERO (SALVAMENTO DE VOTO). JUEZ (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando el Juez en calidad de justiciable comete una infracción a la ley, la misma está íntimamente relacionada con las funciones que realiza. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 1º DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de voto de los doctores Jorge Enrique Valencia Martínez, Gustavo Gómez Velásquez, Edgar Saavedra Rojas y Julio Rozo Rozo. Fuente formal: Artículo 69 del Código de Procedimiento Penal. 532

DERECHO DE DEFENSA. La doctrina de la Corte se ha mostrado reacia al señalamiento de pautas o derroteros al defensor, respecto a la forma como debe dirigir u orientar la defensa o en cuanto a calificar su éxito por el resultado obtenido. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 7 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): José Gersain Medina Real. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 26 de la Constitución Nacional. 534

DEBIDO PROCESO. NULIDAD. Si la inconformidad del recurrente radica en la denominación jurídica debe plantearse nulidad por la causal segunda del artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 8 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de

Pág.

Bucaramanga. Procesado (s): Israel Barrios Serrano. Delito: Extorsión. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. 541

NARCOTRAFICO. Testaferro. COMPETENCIA. De acuerdo con el Decreto 1856 de 1989 —artículo 6º—, es claro que el delito se consuma donde se perfecciona el documento mediante el cual el bien o propiedad comienza a figurar legalmente como de dominio del testaferro. Auto de colisión. NOVIEMBRE 9 DE 1990. *Dirime colisión de competencia.* Juzgado Cuarto Especializado de Bogotá. Delito: Infracción al Decreto 1856 de 1989. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Decreto 1856 de 1989. 545

PARTICIPACION. AUTOR. La solución a los problemas de autoría y participación presenta múltiples dificultades. Auto de única instancia. NOVIEMBRE 9 DE 1990. *Ordena cesación de procedimiento.* Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Iván Santacoloma Jaramillo y Danici Becerra Piedrahita, Magistrados del Tribunal Superior de Pereira. Delito: Prevaricato por acción. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Artículo 23 del Código Penal. 549

ALLANAMIENTO. PRUEBA. La tesis que pretende distinguir entre el allanamiento como tal y las pruebas recogidas durante el mismo, al punto de que éstas puedan ser válidas, pese a la invalidez de aquél, o ellas puedan ser invalidadas pese a la validez del registro, resulta exagerada y extraña a la valoración jurídica que debe presidirla. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 13 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Elmer Antonio Muñoz Navia. Delito: Narcotráfico y otro. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 370 del Código de Procedimiento Penal. 555

CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA PENA. Características y alcances de las figuras de la condena de ejecución condicional, en su forma pura y fundamental —artículos 68 a 71 del Código Penal— y la muy afín del aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena —artículos 432 y 513 del Código de Procedimiento Penal—. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 13 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bucaramanga. Procesado (s): Principa Rivera o Rivera Turbay. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 432 del Código de Procedimiento Penal. 387

DEMANDA DE CASACION. Técnica. PRINCIPIO DE NO CONTRADICCION. Impugnar la sentencia en un sentido y defenderla en otro, es dilogía que impide precisar el pensamiento del actor, provocándose el rechazo respectivo al violar el principio de no contradicción. Auto de casación. NOVIEMBRE 13 DE 1990. *Rechaza una demanda y admite otra.*

Págs.

Tribunal Superior de Villavicencio. Procesado (s): Julio César Matallana y Héctor Villamil. Delito: Violación a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. 573

INDULTO. DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL. Según la exigencia de la Ley 77 de 1989, para la comprobación de la conexidad del delito común con el de carácter político, la manifestación que hagan los voceros reconocidos de la agrupación rebelde desmovilizada, no puede tener el carácter de único medio de convicción. Auto de segunda instancia. NOVIEMBRE 13 DE 1990. *Confirma la providencia.* Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Orlando Noguera y Victoria Socarrás Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Decreto 180 de 1988. 577

VIOLACION DIRECTA. Para demostrar el yerro al efectuar el proceso de selección, han de admitirse los acontecimientos tal y conforme lo hizo el fallador. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 13 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Luis Sergio Castillo. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. 587

DESOBEDIENCIA. JUSTICIA PENAL MILITAR. La orden debe ser dada por un superior jerárquico que tenga competencia para hacerlo, de tal manera que comprometa el destinatario a su cumplimiento. Auto de única instancia. NOVIEMBRE 15 DE 1990. *Dispone reapertura de investigación.* Corte Suprema de Justicia. Procesado (s): Víctor Delgado Mallarino, General (r) de la Policía Nacional. Delito: Desobediencia militar. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Fuente formal: Decreto 250 de 1958. 592

IMPEDIMENTO. DEFENSOR. Un vínculo contractual —mandato— entre el funcionario y el profesional del derecho, satisface a plenitud el alcance y contenido de una causal de inhabilidad. Auto de impedimento. NOVIEMBRE 16 DE 1990. *Acepta el impedimento.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Alberto Hernández Esquivel. Delito: Impedimento. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Aclaración de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 602

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO). DEFENSOR (ACLARACION DE VOTO). La causal 2ª del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, es una consecuencia independiente y no necesaria del contrato de mandato que le sirve de causa. Auto de impedimento. NOVIEMBRE 16 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Aclaración de voto del doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. ... 605

Págs.

RECURSOS EXTRAORDINARIOS. PROCESADO. APODERADO. Los recursos extraordinarios requieren de particulares cualidades para transitar con éxito por el rigor de sus caminos, sin embargo, puede suceder que en el procesado concurra la condición de abogado, caso en el cual la normatividad consagra esta excepción. Auto de revisión. NOVIEMBRE 16 DE 1990. *Rechaza la demanda de revisión.* Juzgado Treintra y Tres Penal Municipal de Bogotá. Procesado (s): Ciro Antonio Rodriguez Vesga. Delito: Inasistencia alimentaria. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 126 del Código de Procedimiento Penal. 307

ENRIQUECIMIENTO ILICITO. La subsidiariedad del tipo no permite que la prueba del nexo causal entre el enriquecimiento no justificado y el cargo público o las funciones propias de este, sea una prueba directa. Sentencia de segunda instancia. NOVIEMBRE 21 DE 1990. *Confirma el fallo.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Mario César Restrepo González, Juez Veintidós de Instrucción Criminal. Delito: Enriquecimiento ilicito. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 148 del Código Penal. 311

JUEZ. PENA. EMPLEADO OFICIAL. Dentro de la inmensa gama de empleados oficiales, es posible deducir la circunstancia de agravación señalada en el ordinal 11 del artículo 66 del Código Penal en relación con algunos y entre ellos se encuentran los Jueces. Sentencia de segunda instancia. NOVIEMBRE 21 DE 1990. *Confirma el fallo.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Mario César Restrepo González, Juez Veintidós de Instrucción Criminal. Delito: Enriquecimiento ilicito. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Artículo 66 del Código Penal. 311

ENRIQUECIMIENTO ILICITO. COMISO. No está expresamente prevista como pena la pérdida a favor del Estado, de los bienes producto del enriquecimiento ilicito. Sentencia de segunda instancia. NOVIEMBRE 21 DE 1990. *Confirma el fallo.* Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Mario César Restrepo González. Delito: Enriquecimiento ilicito. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Salvamento parcial de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 110 del Código Penal. 311

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 345

DEBIDO PROCESO. VOCALES. CONSEJO DE GUERRA. Constituye una irregularidad, que afecta el debido proceso, la intervención de los vocales en el Consejo de Guerra, cuando no está autorizada por la ley. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 29 DE 1990. *Declara la nulidad.* Tribunal Superior Militar. Procesado (s): Jaime Hernández Romero,

Págs.

Agente de la Policía Nacional. Delito: Concusión. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. ... 647

VOCALES (SALVAMENTO DE VOTO). TRANSITO DE LEGISLACION (SALVAMENTO DE VOTO). La iniciación del juzgamiento con la intervención de vocales es una actuación judicial, que termina con la sentencia que esté en consonancia con el veredicto. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 29 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 305 del Código de Procedimiento Penal. ... 657

RESOLUCION DE ACUSACION. JURISDICCION DE ORDEN PUBLICO. En el procedimiento especialísimo seguido por los Jueces Especializados y los Jueces de Orden Público, no existe una formulación de cargos por medio de resolución de acusación. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 29 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Miguel Antonio Jaramillo Vidales y otros. Delito: Violación al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Decreto 180 de 1988. ... 660

TRANSITO DE LEGISLACION. JURADO DE CONCIENCIA. La Corte al avocar el estudio de tránsito de normas que suscita la abolición del jurado de conciencia a raíz de la vigencia del Decreto 1861 de 1989, concluye de modo indefectible en la aplicabilidad inmediata y retroactiva del nuevo ordenamiento. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 30 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Medellín. Procesado (s): Juan de Dios Cano Espinosa. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. ... 629

DEMANDA DE CASACION. Técnica. Cuándo la demanda cumple las exigencias de técnica que presupuestan el estudio de sus argumentaciones. Sentencia de casación. NOVIEMBRE 30 DE 1990. *Casa el fallo*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Jorge Aljure Chalela y Jorge Lesmes. Delito: Abuso de confianza. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 224 del Código de 1980. ... 673

IMPEDIMENTO. DEFENSOR. El hecho único constituído por ser el defensor de uno de los procesados el mismo abogado que representa al funcionario judicial en otro proceso, implica dos aspectos disímiles, dispares en su solución como causales de excusación. Auto de impedimento DICIEMBRE 3 DE 1990. *Acepta el impedimento*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Alberto Hernández Esquivel, Magistrado Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente: Doctor

Págs.

Juan Manuel Torres Fresneda. Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 697

IMPEDIMENTO (ACLARACION DE VOTO). DEFENSOR (ACLARACION DE VOTO). Es posible aceptar la manifestación del funcionario que se declara moralmente inhabilitado para conocer de un expediente donde actúa como parte su propio abogado. Auto de impedimento. DICIEMBRE 3 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. 701

CONCURSO. PENA. Dada la naturaleza de la pena de prisión es ésta la que ha de servir de parámetro, para identificar la base de la sanción correspondiente al concurso de hechos delictivos. Sentencia de casación. DICIEMBRE 5 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Wanda Pace de Restrepo y otros. Delito: Peculado y falsedad documental. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 26 del Código Penal. 702

INDULTO. Ley 77 de 1989. Ni el Juez para dictar el auto inhibitorio, ni el Tribunal para ordenar la cesación de procedimiento, pueden omitir el requisito de verificar que el beneficiario esté incluido en la lista enviada por el Ministerio de Justicia. Auto de segunda instancia. DICIEMBRE 5 DE 1990. *Cesa el procedimiento*. Tribunal Superior de Orden Público. Procesado (s): Bernardo Antonio Marulanda Manrique y otros. Delito: Infracción al Decreto 180 de 1988. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Fuente formal: Ley 77 de 1989. 714

REVISION. PRUEBA. Las pruebas exhibidas para la admisión de la demanda, necesitan ser aducidas dentro del término de apertura a prueba. Sentencia de revisión. DICIEMBRE 5 DE 1990. *Niega la revisión*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Andrés Eduardo Bautista Puerto. Delito: Peculado. Magistrado ponente: Doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 233 del Código de Procedimiento Penal. 722

FAVORABILIDAD. NARCOTRAFICO. TRANSITO DE LEGISLACION. El Decreto 1060 de 1984 resulta más favorable por su doble aspecto punitivo (pena aflictiva y pecuniaria) que la Ley 30 de 1986 en relación con el transporte de las sustancias señaladas. Sentencia de casación. DICIEMBRE 6 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Valledupar. Procesado (s): Lawrence Steven Zeliat y otros. Delito: Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Ley 30 de 1986. 728

Págs.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD. TRATADOS PUBLICOS INTERNACIONALES. CONSEJO DE GUERRA VERBAL. La excepción de inconstitucionalidad de los Consejos de Guerra Verbales del anterior Código de Justicia Penal Militar, frente a los Tratados Públicos aprobados por Colombia, no daría lugar a la invalidez del proceso. Sentencia de casación. DICIEMBRE 6 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Valledupar. Procesado (s): Lawrence Steven Zeliat y otros. Delito: Infracción al Decreto 1188 de 1974. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Ley 30 de 1986. 728

DELITO CONSUMADO. NARCOTRAFICO. El tipo penal del artículo 33 de la Ley 30 de 1986 está integrado por varios verbos rectores, por manera que al iniciarse la acción en cualquiera de esas modalidades ya se está consumando el delito en su totalidad. Sentencia de casación. DICIEMBRE 11 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Rafael Angel Visbal Angulo. Delito: Infracción a la Ley 30 de 1986. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Ley 30 de 1986. 740

TENTATIVA (SALVAMENTO DE VOTO). NARCOTRAFICO (SALVAMENTO DE VOTO). Algunos de los verbos rectores de los diseñados en la composición actual del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, admiten un comienzo de ejecución al realizar el sujeto parte de la fase ejecutiva, la cual se interrumpe por causas ajenas a su voluntad. Sentencia de casación. DICIEMBRE 11 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Salvamento de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Ley 30 de 1986. 750

JURADO DE CONCIENCIA. TRANSITO DE LEGISLACION. El Decreto 1861 de 1989 suprimió el Jurado de Conciencia y como única excepción consagró en la norma transitoria (art. 36), los casos en los cuales ya la audiencia pública se había iniciado (En el mismo sentido, sentencia de esta fecha, en el proceso número 4858, Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel). Sentencia de casación. DICIEMBRE 11 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior de Ibagué. Procesado (s): Jaime Bonilla Bernal. Delito: Homicidio y lesiones personales. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 754

JURADO DE CONCIENCIA (SALVAMENTO DE VOTO). TRANSITO DE LEGISLACION (SALVAMENTO DE VOTO). No es posible, sin quebrantar las formas propias del juicio, suprimir la intervención del jurado en la segunda fase de la actuación del juzgamiento en concurso. Sentencia de casación. DICIEMBRE 11 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Ricardo Calvete Rangel. Salvamento de voto del doctor Didimo Páez Velandia. Fuente formal: Decreto 1861 de 1989. 759

Págs.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Obligaciones. INASISTENCIA ALIMENTARIA. Interpretar el incumplimiento de una obligación alimentaria como falta a la buena conducta familiar, es extralimitar la acepción y alcance propios de la expresión señalada en el numeral 2º del artículo 443 del Estatuto Procesal. Auto de segunda instancia. DICIEMBRE 11 DE 1990. *Revoca el auto inhibitorio.* Tribunal Superior de Ibagué. Procesado (s): Jairo Cuenca, Juez Tercero Penal Municipal. Delito: Detención arbitraria. Magistrado ponente: Doctor Dídimo Páez Velandia. Fuente formal: Artículo 443 del Código de Procedimiento Penal. ... 762

ERROR DE HECHO. El error de hecho atañe al examen material de la prueba. Auto de casación. DICIEMBRE 12 DE 1990. *Declara desierto.* Tribunal Superior de Florencia. Procesado (s): Fabián Rodríguez Ruiz. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. ... 765

RECUSACION. Amistad íntima. Si la amistad tildada de íntima se basa en apreciaciones personales del recusante, que el acusado se anticipa a desvirtuar, el motivo aducido es infundado y debe desestimarse. Auto de recusación. DICIEMBRE 13 DE 1990. *Rechaza la recusación.* Tribunal Superior de Pasto. Procesado (s): Edgar Montenegro Espindola, Magistrado. Tribunal Superior de Pasto. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas. Fuente formal: Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal. ... 769

VIOLACION DIRECTA. VIOLACION INDIRECTA. De acuerdo al artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, resulta forzoso aceptar que, es obligación del censor, determinar la vía a través de la cual se llegó a la violación de la ley. Sentencia de casación. DICIEMBRE 13 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Tunja. Procesado (s): Luis Alfonso López Martínez. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Edgar Saavedra Rojas. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. ... 772

DEMANDA DE CASACION. Técnica. VIOLACION INDIRECTA. Presupuestos relacionados con la violación indirecta de la ley. Sentencia de casación. DICIEMBRE 14 DE 1990. *No casa.* Tribunal Superior de Bogotá. Procesado (s): Julio A. Robayo y otros. Delito: Violación a los derechos de reunión. Magistrado ponente: Doctor Juan Manuel Torres Fresneda. Fuente formal: Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. ... 780

DELITOS CONEXOS. JURISDICCION PENAL MILITAR. Si en cabeza de un miembro de las Fuerzas Armadas, se establece la comisión de delitos comunes conexos con ilícitos sometidos a la Jurisdicción Penal Militar, los Jueces castrenses son los autorizados legalmente para co-

Págs.

nocer de ellos. Sentencia de casación. DICIEMBRE 19 DE 1990. *No casa*. Tribunal Superior Militar. Procesado (s): Hélmer Antonio Riascos Chepote y otro suboficial. Delito: Homicidio, hurto militar y otros. Magistrado ponente: Doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Código de Justicia Penal Militar. 790

PERJUICIOS. DEMANDA DE CASACION. Interés. Cuándo es procedente el recurso de casación, si el objeto de la impugnación extraordinaria se limita a discutir el tema de los perjuicios. Auto de casación. DICIEMBRE 19 DE 1990. *Rechaza la demanda de casación*. Tribunal Superior de Cali. Procesado (s): Esperanza Eduarda Coime Solís. Delito: Homicidio. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. Fuente formal: Artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. 799

DEMANDA DE CASACION (ACLARACION DE VOTO). MINISTERIO PUBLICO (ACLARACION DE VOTO). A la Procuraduría Delegada para lo Penal, le asiste capacidad no solamente de ampliar las tesis consignadas en la demanda, sino además las de rectificarlas acudiendo incluso a otra causal. Auto de casación. DICIEMBRE 19 DE 1990. Magistrado ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz. Aclaración de voto del doctor Jorge Enrique Valencia Martínez. 808

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial "PARA LA LIBERTAD" en el mes de mayo de 1983.
Penitenciaría de Columbia

SANTAFE DE BOGOTA, D. C. - COLOMBIA